

RALF DEFREN

Der haftungsrechtliche Beamtenbegriff

Juristische Reihe **TENEA** / www.jurawelt.com Bd. 14



Die vorliegende Dissertation befaßt sich mit den in der Praxis höchst relevanten und in Rechtsprechung und Wissenschaft nach wie vor umstrittenen haftungsrechtlichen Konsequenzen der Einbeziehung Privater in die Aufgabenerfüllung der öffentlichen Verwaltung, wie sie sich zum Beispiel beim Abschleppen verbotswidrig geparkter Kraftfahrzeuge zeigen.

Die Arbeit untersucht zunächst die historischen und verfassungsrechtlichen Implikationen des geltenden Amtshaftungsregimes. Dabei betont sie besonders den grundrechtlichen und rechtsstaatlichen Aspekt der Staatshaftung und konzipiert ein Grundrecht auf Staatshaftung.

Weiterhin beleuchtet sie das Verhältnis von § 839 BGB und Art. 34 GG und stellt die Unhaltbarkeit der herrschenden Meinung zur Auslegung des § 839 BGB dar.

Nach eingehender Auseinandersetzung mit Rechtsprechung und Literatur zur Auslegung des Art. 34 GG bietet die Arbeit zwei verschiedene Lösungswege an.

Die Arbeit legt schließlich die Bedeutung der Amtspflichten für die Auslegung von Art. 34 GG dar und veranschaulicht an Fallkonstellationen aus der Rechtsprechung und Praxis die sich nach einem der vorgeschlagenen Lösungswege ergebenden Konsequenzen hinsichtlich der den Staat jeweils treffenden Rechtspflichten.

Ralf Defren, geboren 1975 in Stuttgart. 1994 Abitur am Paul-von-Denis-Gymnasium in Schifferstadt. Von 1994 bis 1998 Jurastudium in Heidelberg und am King's College London. 1998 Erstes Staatsexamen. Anschließend Referendariat in Rheinland-Pfalz. 2000 Zweites Staatsexamen. Seit Januar 2001 Rechtsanwalt in Frankfurt am Main.

TENEA



Tenea (ἡ Τενέα), Dorf im Gebiet von Korinth an einem der Wege in die → Argolis, etwas s. des h. Chiliomodi. Sehr geringe Reste. Kult des Apollon Teneates. T. galt im Alt. sprichwörtl. als glücklich, wohl wegen der Kleinheit [...]
Aus: K. Ziegler, W. Sontheimer u. H. Gärtner (eds.): *Der Kleine Pauly*. Lexikon der Antike. Bd. 5, Sp. 585. München (Deutscher Taschenbuch Verlag), 1979.

RALF DEFREN

Der haftungsrechtliche Beamtenbegriff

TENEA



Ralf Defren:
Der haftungsrechtliche Beamtenbegriff
(Juristische Reihe TENE A / www.jurawelt.com; Bd. 14)

Zugleich Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg
Dissertation 2002

© TENE A Verlag für Medien
Berlin 2002
Alle Rechte vorbehalten. All rights reserved.
Digitaldruck und Bindung:
docupoint GmbH · 39112 Magdeburg
Umschlaggestaltung: nach Roland Angst, München
TENE A-Graphik: Walter Raabe, Berlin
Printed in Germany 2002

ISBN 3-936582-33-5

*In Liebe und Dankbarkeit
Meinen Eltern*

INHALTSÜBERSICHT

Einleitung	10
A. Gegenstand und Zweck der vorliegenden Untersuchung	10
B. Gang der Untersuchung.....	11
C. Grundbegriffe.....	11
1. Teil: Historische Entwicklung der Staatshaftung.....	14
A. Die Entwicklung der Beamtenhaftung.....	14
B. Die Entwicklung der Staatshaftung.....	16
I. Entwicklung bis in das 19. Jahrhundert.....	16
II. Die öffentlich-rechtliche Begründung der Staatshaftung	18
III. Die privatrechtliche Begründung der Staatshaftung.....	21
IV. Die Bedeutung einer Fiskusfiktion für den Rechtsschutz	22
V. Die Übernahme der Haftung durch den Staat.....	23
VI. Generelle Haftungsübernahme durch die Weimarer Reichsverfassung	25
VII. Die grundgesetzliche Regelung in Art. 34 GG.....	26
VIII. Die Bemühungen um eine Reform der Staatshaftung	30
2. Teil: Grundlagen der Amtshaftung.....	32
A. Zweck der Amtshaftung.....	32
I. Schutz des Geschädigten	32
II. Schutz des Beamten.....	34
III. Schutz der Verwaltung	36
IV. Zusammenfassung	37
B. Die Abgrenzung der Amtshaftung von anderen öffentlich-rechtlichen Ersatzleistungen.....	37
I. Ansprüche aus verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnissen	37
II. Der Aufopferungsanspruch.....	39
III. Der Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff.....	40
IV. Der Anspruch aus enteignendem Eingriff	41
V. Der Folgenbeseitigungsanspruch.....	41
VI. Die öffentlich-rechtliche Gefährdungshaftung	42
VII. Weitere öffentlich-rechtliche Ersatzleistungen	42
C. Verfassungsrechtliche Implikationen der Amtshaftung.....	43
I. Verhältnis zum Rechtsstaatsprinzip	43
II. Verhältnis zum Sozialstaatsprinzip	45
III. Art. 34 GG als Grundrecht	46

3. Teil: Der haftungsrechtliche Beamtenbegriff als Tatbestandsmerkmal	68
A. Abgrenzungen	68
I. Staatsrechtlicher Beamtenbegriff	68
II. Strafrechtlicher Beamtenbegriff	69
III. Haftungsrechtlicher Beamtenbegriff	70
IV. Bedeutung des haftungsrechtlichen Beamtenbegriffs	70
B. Lokalisierung des Tatbestandsmerkmals	74
I. Art. 34 GG	74
II. § 839 BGB	75
4. Teil: Inhaltliche Bestimmung des haftungsrechtlichen Beamtenbegriffs.....	95
A. Allgemeine Definition	95
B. Herkömmliche Systematik	96
C. Die Beleihung	97
I. Begriff.....	97
II. Beispielsfälle	98
III. Abgrenzung von anderen Rechtsinstituten.....	98
IV. Der Amtshaftungsanspruch	102
D. Unselbständige Verwaltungshelfer	106
I. Begriff.....	107
II. Abgrenzung von der Beleihung.....	110
III. Der Amtshaftungsanspruch	110
E. Selbständige Verwaltungshelfer/Unternehmer.....	123
I. Abgrenzung zu (unselbständigen) Verwaltungshelfern.....	123
II. Ausgangsproblematik	124
III. Rechtsprechung des Reichsgerichts.....	126
IV. Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes bis 1992	128
V. Die Entscheidung in BGHZ 121, 161.....	145
VI. Neuorientierung der Rechtsprechung in neuerer Zeit?.....	150
VII. Argumentationsansätze in der Literatur	152
VIII. Die Bestimmung der konkreten Amtspflichten.....	188
F. Haftung für legislatives Unrecht.....	215
I. Die Einbeziehung parlamentarischer Entscheidungsträger unter Funktions Gesichtspunkten	215
II. Die fehlende Überzeugungskraft der Gegenargumente.....	216
Zusammenfassung	221
ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS.....	224
LITERATURVERZEICHNIS	225

INHALTSVERZEICHNIS

Einleitung	10
A. Gegenstand und Zweck der vorliegenden Untersuchung	10
B. Gang der Untersuchung	11
C. Grundbegriffe	11
1. Teil: Historische Entwicklung der Staatshaftung	14
A. Die Entwicklung der Beamtenhaftung	14
B. Die Entwicklung der Staatshaftung	16
I. Entwicklung bis in das 19. Jahrhundert	16
II. Die öffentlich-rechtliche Begründung der Staatshaftung	18
III. Die privatrechtliche Begründung der Staatshaftung	21
IV. Die Bedeutung einer Fiskusfiktion für den Rechtsschutz	22
V. Die Übernahme der Haftung durch den Staat	23
VI. Generelle Haftungsübernahme durch die Weimarer Reichsverfassung	25
VII. Die grundgesetzliche Regelung in Art. 34 GG	26
1. Entstehungsgeschichte	26
2. Unterschiede zur Weimarer Reichsverfassung	29
VIII. Die Bemühungen um eine Reform der Staatshaftung	30
2. Teil: Grundlagen der Amtshaftung	32
A. Zweck der Amtshaftung	32
I. Schutz des Geschädigten	32
II. Schutz des Beamten	34
III. Schutz der Verwaltung	36
IV. Zusammenfassung	37
B. Die Abgrenzung der Amtshaftung von anderen öffentlich-rechtlichen Ersatzleistungen	37
I. Ansprüche aus verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnissen	37
II. Der Aufopferungsanspruch	39
III. Der Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff	40
IV. Der Anspruch aus enteignendem Eingriff	41
V. Der Folgenbeseitigungsanspruch	41
VI. Die öffentlich-rechtliche Gefährdungshaftung	42
VII. Weitere öffentlich-rechtliche Ersatzleistungen	42
C. Verfassungsrechtliche Implikationen der Amtshaftung	43
I. Verhältnis zum Rechtsstaatsprinzip	43
II. Verhältnis zum Sozialstaatsprinzip	45
III. Art. 34 GG als Grundrecht	46
1. Positionen in der Literatur	46

2. Auslegungskriterien.....	47
3. Begriff des Grundrechtes	48
4. Auslegung des Art. 34 GG	50
a. Grammatikalische/Logische Auslegung	50
b. Systematische Auslegung.....	50
c. Genetische Auslegung.....	52
d. Historische Auslegung	54
e. Teleologische Auslegung.....	56
f. Das Kriterium der Einheit der Verfassung.....	57
g. Zusammenfassung.....	59
5. Folgen der Qualifizierung des Art. 34 GG als Grundrecht.....	59
6. Inhalt der Grundrechtsgewährleistung.....	60
a. Verfassungskonformität des Amtshaftungsrechts, insb. § 839 BGB.....	60
b. Art. 34 GG als Ausdruck einer unmittelbaren Staatshaftungsnorm.....	62
3. Teil: Der haftungsrechtliche Beamtenbegriff als Tatbestandsmerkmal	68
A. Abgrenzungen	68
I. Staatsrechtlicher Beamtenbegriff	68
II. Strafrechtlicher Beamtenbegriff	69
III. Haftungsrechtlicher Beamtenbegriff	70
IV. Bedeutung des haftungsrechtlichen Beamtenbegriffs	70
1. Haftung des Staates nach Art. 34 GG, § 839 BGB.....	71
2. Haftung des Staates nach den zivilrechtlichen Vorschriften	72
3. Rechtliche Folgen eines Haftungsunterschiedes.....	73
B. Lokalisierung des Tatbestandsmerkmals.....	74
I. Art. 34 GG.....	74
II. § 839 BGB.....	75
1. Die Dichotomie der Auslegung	75
2. Die Fragwürdigkeit der dichotomen Auslegung.....	76
a. Historische Gesichtspunkte.....	77
b. Verfassungswidrigkeit der dichotomen Auslegung	80
aa. Vorliegen einer Ungleichbehandlung	84
aaa. Ungleichbehandlung zwischen Beamten und Angestellten.....	84
bbb. Ungleichbehandlung zwischen geschädigten Bürgern	87
ccc. Zusammenfassung	88
bb. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung der Ungleichbehandlung.....	88
cc. Ergebnis	90
c. Lösungsmöglichkeiten für das Auslegungsproblem des Beamtenbegriffs in § 839 BGB	91
aa. Lösungsansatz von <i>Gerhard</i>	91
bb. Der Ansatz <i>Bettermanns</i>	93
cc. Lösungsweg	93
dd. Zusammenfassung.....	94
4. Teil: Inhaltliche Bestimmung des haftungsrechtlichen Beamtenbegriffs.....	95
A. Allgemeine Definition	95

B. Herkömmliche Systematik.....	96
C. Die Beleihung	97
I. Begriff.....	97
II. Beispielsfälle	98
III. Abgrenzung von anderen Rechtsinstituten.....	98
1. Abgrenzung von der Erlaubnis/Genehmigung.....	98
2. Abgrenzung von der Konzession.....	99
3. Abgrenzung von der Indienstnahme	100
4. Abgrenzung von den sog. staatlich gebundenen Berufen.....	101
5. Abgrenzung von den statusrechtlichen Beamten.....	101
6. Abgrenzung von öffentlich-rechtlichen Selbstverwaltungskörperschaften	101
7. Abgrenzung von öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnissen.....	102
8. Zusammenfassung	102
IV. Der Amtshaftungsanspruch	102
1. Das Problem der Passivlegitimation.....	103
2. Der Ansatz von <i>Frenz</i>	103
D. Unselbständige Verwaltungshelfer	106
I. Begriff.....	107
II. Abgrenzung von der Beleihung.....	110
III. Der Amtshaftungsanspruch	110
1. Meinungsvielfalt in der Literatur	110
2. Meinungsvielfalt in der Rechtsprechung	112
3. Systematische Erfassung der verschiedenen Haftungskonstellationen.....	113
a. Vorliegen einer Ermächtigung	113
b. Fehlender Wille zur Übertragung öffentlich-rechtlicher Befugnisse	113
c. Wille zur Übertragung öffentlich-rechtlicher Befugnisse ohne Ermächtigung	115
aa. Erfordernis einer Ermächtigung.....	115
bb. Fehlerfolge	120
4. Zusammenfassung	123
E. Selbständige Verwaltungshelfer/Unternehmer	123
I. Abgrenzung zu (unselbständigen) Verwaltungshelfern.....	123
II. Ausgangsproblematik	124
III. Rechtsprechung des Reichsgerichts.....	126
IV. Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes bis 1992	128
1. Die Werkzeugtheorie	128
2. Die Bedeutung der Werkzeugtheorie in der Rechtsprechung.....	129
3. Die dogmatische Herleitung der Werkzeugtheorie.....	134
a. Rekurs auf § 831 BGB?	135
b. Die systematisch-dogmatisch korrekte Herleitung der Werkzeugtheorie	137
4. Argumente der Literatur gegen die Rechtsprechung	138
a. Maßgeblichkeit der Außenbeziehung Verwaltung-Geschädigter	138
b. Einheitlichkeit der Betrachtungsweise.....	139
c. Haftungslage aus Sicht des Geschädigten.....	140
aa. Problem des richtigen Klagegegners.....	140
bb. Öffentlich-rechtliche Wertung aus Sicht des Geschädigten.....	140

d.	Öffentlich-rechtliche Natur der Aufgabe	141
e.	Flucht ins Privatrecht	141
f.	Die Unvereinbarkeit der Werkzeugtheorie mit der Rechtsprechung zu den "rein mechanischen Tätigkeiten"	143
g.	Risikosphärenbetrachtung/Risikoverlagerung	144
h.	Zusammenfassung.....	145
V.	Die Entscheidung in BGHZ 121, 161.....	145
1.	Sachverhalt	145
2.	Argumentationsstruktur	146
3.	Unklarheiten in der Argumentationsstruktur.....	147
4.	Aufgabe oder Bestätigung der Werkzeugtheorie?	149
VI.	Neuorientierung der Rechtsprechung in neuerer Zeit?.....	150
VII.	Argumentationsansätze in der Literatur	152
1.	Verhältnis zwischen Verwaltungshelfer und Verwaltung als öffentlich-rechtliche Beziehung.....	152
2.	Garantenstellung des Staates	154
3.	Anwendung der Staatshaftung auf privatrechtliches Handeln des Staates	155
a.	Die Grundrechtsbindung der privatrechtsförmigen Verwaltung.....	156
aa.	Typologie der staatlichen Verwaltung nach Aufgabenkriterien.....	156
bb.	Grundsätzliche Möglichkeit der Grundrechtsgeltung bei privatrechtlichem Handeln der Verwaltung.....	157
cc.	Die Erstreckung der Grundrechtsbindung auf sämtliches privatrechtliches Verwaltungshandeln.....	159
aaa.	Die Auslegung von Art. 1 Abs. 3 GG	159
bbb.	Unmöglichkeit sachgerechter Abgrenzung der verschiedenen Aufgabenbereiche	161
ccc.	Sonderprobleme.....	163
ddd.	Zusammenfassung	164
b.	Die Lehre von der Formenwahlfreiheit.....	164
c.	Erstreckung des Art. 34 GG auf privatrechtliches Handeln ohne Qualifizierung des Art. 34 GG als Grundrecht	166
aa.	Der Ansatz von <i>Schröder</i>	167
bb.	Der Ansatz von <i>Kühlhorn</i>	168
cc.	Der Ansatz von <i>Böhme</i>	169
dd.	Die Auffassung des III. Zivilsenats des Bundesgerichtshofes	170
ee.	Kritische Würdigung.....	170
ff.	Die fehlende Überzeugungskraft der Gegenargumente	171
gg.	Zusammenfassung.....	173
d.	Die Verifizierung der Erstreckung der Staatshaftung auf das privatrechtliche Verwaltungshandeln anhand weiterer Kriterien.....	173
aa.	Die haftungsrechtliche Indifferenz des Formenwahlzweckes.....	173
bb.	Die Schwierigkeit der Abgrenzung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht	175
e.	Zusammenfassung.....	176
4.	Erfüllungsgehilfeneigenschaft und Amtspflicht	176
a.	Die Unmöglichkeit der Anwendung des § 278 BGB.....	176
b.	Die Gleichsetzung staatlicher Rechtspflichten mit den Amtspflichten	177
c.	Analogie zum Zivilrecht	180
d.	Das Abstellen auf den Charakter der Amtspflicht	181
e.	Das Abstellen auf die Amtspflicht nach anderen Auffassungen.....	186

f. Rückblick zum unselbständigen Verwaltungshelfer.....	187
5. Zusammenfassung der Lösungsmöglichkeiten für selbständige Verwaltungshelfer.....	187
VIII. Die Bestimmung der konkreten Amtspflichten.....	188
1. Problemstellung.....	188
2. Standardsituationen im Polizeirecht.....	191
3. Sonderrechtsverhältnisse.....	193
a. Soldatenverhältnis.....	193
b. Gefangenenverhältnis.....	200
c. Schulverhältnis.....	201
4. Sonstige Fälle.....	206
a. Sachverständige.....	206
aa. Gerichtliche Sachverständige.....	206
bb. Administrative Sachverständige.....	213
b. Straßenverkehrsfälle.....	214
5. Zusammenfassung.....	215
F. Haftung für legislatives Unrecht.....	215
I. Die Einbeziehung parlamentarischer Entscheidungsträger unter Funktionsgesichtspunkten.....	215
II. Die fehlende Überzeugungskraft der Gegenargumente.....	216
Zusammenfassung.....	221
ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS.....	224
LITERATURVERZEICHNIS.....	225

Einleitung

A. Gegenstand und Zweck der vorliegenden Untersuchung

Das Staatshaftungsrecht steht seit fast 2 Jahrhunderten mit unveränderter Stärke im Mittelpunkt der rechtswissenschaftlichen Diskussion. Die Reformbedürftigkeit des Systems wird kaum noch bestritten. Dies gilt insbesondere für die Amtshaftung in ihrer "monströsen Konstruktion"¹, deren Grundlage, der § 839 BGB, als "der schlechtest konstruierte, dazu für das Volk unverständlichste aller Rechtssätze"² gilt und die selbst als "staatstheoretisch wie verfassungsrechtlich untragbar"³ bezeichnet wird. Aktivität des Gesetzgebers wird seit langem vergeblich angemahnt. Gerade in letzter Zeit ist die Dogmatik der Amtshaftung wieder in Bewegung geraten⁴. Dabei lassen sich die Kontroversen um System und Auslegung von Aspekten der Amtshaftung auf rechtshistorisch-philosophische Kontroversen zurückführen, die tief in die Grundlagen unserer Rechtsordnung reichen.

Die Problematik des haftungsrechtlichen Beamtenbegriffs ist aktueller denn je und von entscheidender Bedeutung für das gesamte System der Staatshaftung, präjudiziert die Entscheidung darüber doch die Anwendung von in Voraussetzungen und Rechtsfolgen unterschiedlichen Haftungssystemen. Gerade der viel diskutierte Fall der Beschädigung eines falsch geparkten Kraftfahrzeugs bei der Ausführung des Abschleppvorgangs durch selbständige Abschleppunternehmer⁵ macht die Relevanz des haftungsrechtlichen Beamtenbegriffs deutlich.

Die vorliegende Arbeit versucht, Klarheit in das "Dickicht" des haftungsrechtlichen Beamtenbegriffs zu bringen und diesen Begriff in das System der Staatshaftung einzubinden. Damit will sie auch zu einem modernen Verständnis der Amtshaftung, d.h. zu einem der heutigen Staats- und Verwaltungsrealität entsprechenden Verständnis, beitragen und so die

¹ So Haas, System der öffentlich rechtlichen Entschädigungspflichten, S. 58.

² Vgl. Hofacker, AcP 118 (1920), 281 (349): "Was soll man dazu sagen, daß der Gesetzgeber der Reichsverfassung den § 839 BGB, den schlechtestkonstruierten, dazu für das Volk unverständlichsten aller Rechtsätze, für würdig befunden hat, dem Inhalt nach in Art. 131 zum Verfassungsartikel zu erheben?"

³ So Bartlspenger, NJW 1968, 1697 (1700); Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, S. 6.

⁴ Besonders die Entscheidung BGHZ 121, 161 hat Neues gebracht und die Diskussion um das hier behandelte Thema wieder entfacht; vgl. auch Meysen, JuS 1998, 404 und unten 4. Teil E V.

⁵ Vgl. zu den Fällen der sog. selbständigen Verwaltungshilfe unten 4. Teil E.

teilweise Behandlung und Anwendung der Staatshaftung bzw. Amtshaftung als "Stiefkind des Rechtsstaates" beseitigen.

Das Staatshaftungsrecht der neuen Bundesländer, in denen das Staatshaftungsgesetz der DDR fortgilt⁶, bleibt ausgeklammert.

B. Gang der Untersuchung

Die vorliegende Untersuchung gliedert sich in mehrere Teile. Zu Anfang sollen die Grundlagen des geltenden Amtshaftungsrechts in ihrer historischen Entwicklung sowie die Funktion und Bedeutung der Amtshaftung dargestellt werden (1. und 2. Teil), womit die für die Auslegung relevanten "Vorarbeiten" geschaffen werden sollen. Danach soll die Bedeutung des haftungsrechtlichen Beamtenbegriffs als Tatbestandsmerkmal erörtert werden, d.h. die Fragen beantwortet werden, welche Normen des Staatshaftungsrechts den haftungsrechtlichen Beamtenbegriff als Tatbestandsmerkmal enthalten und wie das Verhältnis dieser Normen zueinander zu bestimmen ist (3. Teil). Dann folgt die Erörterung der inhaltlichen Ausfüllung dieses Tatbestandsmerkmals, d.h. es soll untersucht werden, wann von einem haftungsrechtlichen Beamten gesprochen werden kann (4. Teil).

C. Grundbegriffe

Der Begriff der "Staatshaftung" ist mehrdeutig.

Man könnte darunter die Haftung für hoheitliches Unrecht verstehen, womit Haftungstatbestände für hoheitliches Handeln, die nicht an das Merkmal der Rechtswidrigkeit anknüpfen, außen vor bleiben⁷.

Andererseits könnte man den Begriff der Staatshaftung in einem umfassenderen Sinne gebrauchen, als Bezeichnung für die Verantwortlichkeit des Staates für hoheitliches Handeln, also unter Einbeziehung der Haftungstatbestände für rechtmäßige staatliche Handlungen, etwa der Ansprüche aus Aufopferung⁸.

⁶ Vgl. Art. 9 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 in Verbindung mit Anlage II, Kapitel III, Sachgebiet B, Abschnitt III Nr. 1 des Einigungsvertrages.

⁷ Vgl. zu diesem Begriffsinhalt Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, S. 1; Brugger, JuS 1999, 625 (Fn. 2).

Nicht erfaßt von einem wie auch immer gearteten umfassenderen Verständnis der Staatshaftung sind Ansprüche gegen den Staat oder öffentlich-rechtliche Körperschaften nach den zivilrechtlichen Vorschriften der §§ 31, 89, 823 ff. BGB. Es läßt sich daher sagen, daß der Begriff der Staatshaftung die Haftung des Staates für Handlungen bezeichnet, die nur dem Staat möglich sind und nicht Privaten, also die Haftung des Staates, die im öffentlichen Recht als dem Sonderrecht des Staates wurzelt.

Der Begriff "Staatshaftung" wird aber auch verwendet, um verschiedene Haftungsmodelle voneinander abzugrenzen.

So wird der Begriff benutzt, um ein bestimmtes Haftungsmodell von den Modellen der Amtshaftung und der Beamtenhaftung abzugrenzen.

Unter Beamtenhaftung wird die persönliche Haftung des Beamten für Schäden aus unerlaubten Handlungen, die er Dritten gegenüber in Ausübung seines Amtes zufügt, verstanden⁹. Wird diese Haftung auf den Staat übergeleitet, so daß der Beamte selbst nicht mehr haftet, wird dies als Amtshaftung bezeichnet¹⁰ (oder auch mittelbare Staatshaftung¹¹). Diese Konstruktion liegt nach herrschender Meinung dem deutschen Recht in § 839 BGB, Art. 34 GG zugrunde¹². Als Staatshaftung wird dagegen eine Verbandshaftung gekennzeichnet, nach der für unerlaubte Handlungen des Beamten in Ausübung seines Amtes alleine und ausschließlich der Staat haftet, so daß die Haftung des Beamten ausgeschlossen ist¹³.

⁸ Vgl. Brugger, JuS 1999, 625 (Fn. 2); Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, S. 2.

⁹ Vgl. Peine, Allg. VerwR, Rn. 398; Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, S. 7, der allerdings als Definitionsmerkmal hinzufügt, daß der Staat nicht haftet, was jedoch nicht begriffsnotwendig erscheint, so daß im folgenden unter Beamtenhaftung die persönliche Haftung des Beamten verstanden werden soll, unabhängig davon, ob kumulativ auch der Staat haftet.

¹⁰ Vgl. Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, S. 7.

¹¹ Vgl. Bender, Staatshaftungsrecht, 3. A., Rn. 77; Peine, Allg. VerwR, Rn. 398; Schöning, Rechtliche Auswirkungen der Technisierung, S. 119; Bettermann, DÖV 1954, 299, ders. in: Bettermann/Nipperdey/Scheuner, Die Grundrechte III/2, S. 831 versteht unter Staatshaftung Amtshaftung.

¹² Siehe dazu ausführlich unten 2. Teil C III 6 b.

¹³ Vgl. Bartlsperger, NJW 1968, 1696 (1701); Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, S. 7. Auch hier scheint jedoch die Zufügung Ossenbühls, daß der Beamte nicht hafte, nicht begriffsnotwendig, denn auch das Zivilrecht kennt eine Verbandshaftung nach §§ 31, 823 BGB, bei der der Schädiger aus § 823 BGB neben dem Verband haftet. Wird Staatshaftung als Verbandshaftung in diesem Sinne verwendet, so sollte damit eine unmittelbare Staatshaftung im Gegensatz zur mittelbaren Staatshaftung in Form der Amtshaftung bezeichnet werden, so daß entscheidendes Merkmal hierbei die direkte, unmittelbare Zurechnung des Schädigerverhaltens an den Staat ist. Da bei der Beamtenhaftung sowie der Staatshaftung auf jeweils unterschiedliche Haftungspflichtige geschaut wird, ist es unerheblich, wer daneben noch haftet oder nicht haftet (so wohl auch Peine, Allg. VerwR, Rn. 398).

Da diese Begrifflichkeiten keine unmittelbaren rechtlichen Folgerungen für das geltende Recht beinhalten, ist allein aus ihnen kein Erkenntnisgewinn zu ziehen. Auf entsprechend genaue Abgrenzungen und subsumtionsfähige Definitionen kommt es daher nicht an.

Im folgenden soll zwecks besserer Verständlichkeit und in Übereinstimmung mit der herrschenden Konvention der Begriff der Staatshaftung im oben dargelegten umfassenden Sinne einer Einstandspflicht für hoheitliches Handeln verwendet werden. Wenn der Begriff der Staatshaftung im Sinne einer Verbandshaftung zur Abgrenzung der verschiedenen Haftungsmodelle dienen soll, wird im folgenden von unmittelbarer Staatshaftung gesprochen.

1. Teil: Historische Entwicklung der Staatshaftung in Deutschland

Das Verständnis der Amtshaftung in ihrer heutigen Konstruktion ist ohne den Rückblick auf die historische Entwicklung unmöglich.

Bei der folgenden Betrachtung sind zwei verschiedene Entwicklungslinien auseinanderzuhalten: zum einen die Frage nach der persönlichen Haftung des Beamten für schädigende Handlungen in Ausübung seines Amtes, zum anderen die Entwicklung der Haftung des Dienstherrn für Schädigungen Dritter durch seine Beamten.

A. Die Entwicklung der Beamtenhaftung

Die Haftung des Beamten, wie sie später Eingang in das BGB gefunden hat, beruht im wesentlichen auf der römisch-rechtlichen Mandatstheorie. Zwar erkannte das römische Recht dem Staat nicht den Status einer juristischen Person zu, doch wurde schon zwischen dem Bürger als Einzelnem und der *res publica* als der organisierten Gesamtheit der Bürger unterschieden¹⁴. Der Beamte war vom Staat privatrechtlich mandatiert, d.h. bevollmächtigt im heutigen Sinne, als Organ der Gesamtheit zu handeln, solange er sich in den Grenzen der ihm erteilten Vollmacht hielt¹⁵. Der Beamte haftete bei Mandatsüberschreitung dem geschädigten Dritten gegenüber wie ein Privatmann; dem Staat (im Sinne der organisierten Gesamtheit der Bürger) wurde das schädigende Verhalten weder mittelbar noch unmittelbar zugerechnet¹⁶.

Entsprechend der römisch-rechtlichen Mandatslehre wurde im 18. Jahrhundert das rechtliche Verhältnis zwischen dem Landesherrn und dem Beamten (im Sinne eines Staatsdieners) als ein privatrechtliches Vertragsverhältnis angesehen¹⁷. Handelte der Beamte *contra mandatum*, so überschritt er die ihm vertraglich gezogenen Auftrags- bzw. Bevollmächtigungsgrenzen und haftete persönlich¹⁸.

¹⁴ Vgl. Loening, Haftung des Staates, S. 26; Pfab, Staatshaftung, S. 4.

¹⁵ Vgl. Bartlsperger, NJW 1968, 1696 (1698); Loening, Haftung des Staates, S. 26.

¹⁶ Vgl. Kohl, Unrechtsfähigkeit des Staates, S. 11; Pfab, Staatshaftung, S. 4.

¹⁷ Vgl. Heidenhain, Amtshaftung und Entschädigung, S. 15, 16; Kohl, Unrechtsfähigkeit des Staates, S. 79; Schöning, Rechtliche Auswirkungen der Technisierung; S. 114.

¹⁸ Vgl. Gehre, Entwicklung der Amtshaftung, S. 27, 28; Böhme, Amtshaftung, S. 14.

Zwar änderte sich im 19. Jahrhundert die rechtliche Beurteilung der Natur des Beamtenverhältnisses, so daß mehr der öffentlich-rechtliche Charakter des Amtes betont wurde¹⁹. Da man die Amtsgewalt als fest umgrenzt ansah, änderte sich an der rechtlichen Beurteilung der persönlichen Beamtenhaftung nichts. Eine Überschreitung der Amtsgewalt machte den Beamten zum Privatmann, der nach den gemeinrechtlichen Vorschriften wie jeder andere Private für die Schadenszufügung Dritten gegenüber einzustehen hatte²⁰. Es galt der gemeinrechtliche Grundsatz: "si excessit, privatus est"²¹. Beachtenswert ist hierbei, daß zwischen hoheitlichem Handeln und privatrechtlichem Handeln des Beamten nicht unterschieden wurde²².

Die privatrechtliche Eigenhaftung des Beamten für Schädigungen gegenüber Dritten in Ausübung seines Amtes war somit seit dem 19. Jahrhundert eine feststehende Lehre; sie galt kraft allgemeiner Rechtsüberzeugung und hatte gewohnheitsrechtlichen Charakter²³. In Bayern, Preußen²⁴ und Sachsen²⁵ bestand eine gesetzliche Regelung dieses deliktischen Anspruchs.

Der Rechtsgrundsatz der persönlichen privatrechtlichen Haftung des Beamten wurde bei den Beratungen zum Erlaß des BGB kaum diskutiert; man wollte keine Änderung der bestehenden Rechtslage herbeiführen²⁶. Umstritten war lediglich das Maß des Verschuldens, für das der Beamte einzustehen hatte. Man entschied sich letztlich für eine jegliches Verschulden

¹⁹ Vgl. Kohl, Unrechtsfähigkeit des Staates, S. 80; Heidenhain, Amtshaftung und Entschädigung, S. 17; Gehre, Entwicklung der Amtshaftung, S. 27; Bender, Staatshaftungsrecht, 3. A., Rn. 68; Schöning, Rechtliche Auswirkungen der Technisierung, S. 115.

²⁰ Vgl. Gehre, Entwicklung der Amtshaftung, S. 27; Böhme, Amtshaftung, S. 14.

²¹ Vgl. Kohl, Unrechtsfähigkeit des Staates, S. 80; Pfab, Staatshaftung, S. 6.

²² Vgl. Heidenhain, Amtshaftung und Entschädigung, S. 16; Bender, Staatshaftungsrecht, 3. A., Rn. 68; Böhme, Amtshaftung, S. 14; Schöning, Rechtliche Auswirkungen der Technisierung, S. 115; BK-Dagtoglou, Art. 34 Rn. 14.

²³ Vgl. Scheuner, GS-Jellinek, S. 331 (337); Gehre, Entwicklung der Amtshaftung, S. 28, 30, 36; Böhme, Amtshaftung, S. 14, 15; Boos/Haarmann, Staatshaftung, S. 27.

²⁴ § 88 des PrALR v. 1794 lautet: "Wer ein Amt übernimmt, muß auf die pflichtgemäße Führung desselben die genaueste Aufmerksamkeit wenden." § 89 des PrALR lautet: "Jedes dabei begangene Versehen, welches bei gehöriger Aufmerksamkeit und nach den Kenntnissen, die bei der Verwaltung des Amtes erfordert werden, hätte vermieden werden können und sollen, muß er vertreten." § 90 des PrALR lautet: "Vorgesetzte, welche durch vorschriftsmäßige Aufmerksamkeit die Amtsvergehen [...] hätten verhindern können, sind für den aus der Vernachlässigung dessen entstehenden Schaden, sowohl dem Staat als auch einzelnen Privatpersonen [...] verhaftet." § 91 des PrALR lautet: "Doch findet in beiden Fällen (§§ 89,90) die Vertretung nur alsdann statt, wenn kein anderes gesetzmäßiges Mittel, wodurch den nachteiligen Folgen eines solchen Versehens abgeholfen werden könnte, mehr übrig ist."

²⁵ § 1507 Sächs. BGB v. 1. 3. 1865 lautet: "Von dem Staate oder von Gemeinden angestellte Verwaltungsbeamte haften für den Schaden, welchen sie bei Behandlung der ihnen obliegenden Geschäfte absichtlich oder durch grobe Fahrlässigkeit verursachen, ausgenommen, wenn der Beschädigte es unterlassen hat, die gesetzlichen Mittel zu gebrauchen, durch welche er die Schadenszufügung hätte abwenden können."

²⁶ Vgl. Heidenhain, Amtshaftung und Entschädigung, S. 18; Gehre, Entwicklung der Amtshaftung, S. 29; Böhme, Amtshaftung, S. 16.

umfassende Regelung, kam den Befürwortern einer Einschränkung der Beamtenhaftung jedoch durch Schaffung der Subsidiaritätsklausel in § 839 I 2 BGB entgegen²⁷. Die Einfügung der Subsidiaritätsklausel hatte daher mit der Frage nach einem Übergang zur Haftung des Staates für die Delikte der Beamten nichts zu tun.

Zusammenfassend läßt sich somit sagen, daß die persönliche Haftung des Beamten, wie sie in § 839 BGB ausgeprägt ist, seit den Tagen des römischen Rechts im wesentlichen unverändert blieb. Man kann erahnen, daß der Schwerpunkt der kontroversen Diskussion und Entwicklung in der Haftung des Staates für das schädigende Verhalten des Beamten liegt.

B. Die Entwicklung der Staatshaftung

I. Entwicklung bis in das 19. Jahrhundert

Wie bereits erwähnt, schied im römischen Recht eine mittelbare oder unmittelbare Zurechnung der schädigenden Beamtenhandlung an den "Staat" (als Gesamtheit der Bürger verstanden) aus, der Beamte haftete für die Mandatsüberschreitung ausschließlich selbst²⁸.

Die Rechtsauffassung der Germanen unterschied sich diesbezüglich sehr. Der Stammeskönig war an die Rechtsordnung genauso gebunden wie seine Untertanen. Zwischen diesen und dem König bestand ein gegenseitiges Treueverhältnis, woraus sich bei einem Rechtsbruch durch den König ein Recht zur Gehorsamsverweigerung sowie ein Widerstandsrecht ergaben²⁹. Der Rechtsbruch konnte zur Fehde und der damit einhergehenden Verantwortlichkeit der gesamten Sippe führen³⁰.

Diese Vorstellung von der Verantwortlichkeit organisierter Gemeinschaften verdichtete sich im Mittelalter zu einer Anerkennung der genossenschaftlich verfaßten Gemeinschaft als eigene Persönlichkeit, die, da der Einzelne ein Glied der Gemeinschaft und die Gesamtheit der Einzelnen mit der Gemeinschaft gleichgesetzt wurde, für die Handlungen des Einzelnen verantwortlich war. Er handelte auch als Mitglied der Gemeinschaft, so daß nicht mehr von

²⁷ Vgl. Pfab, Staatshaftung, S. 9; Böhme, Amtshaftung, S. 16,17.

²⁸ Vgl. oben I. Teil A.

²⁹ Vgl. Kohl, Unrechtsfähigkeit des Staates, S. 15; Pfab, Staatshaftung, S. 5.

³⁰ Vgl. Pfab, Staatshaftung, S. 5; Kohl, Unrechtsfähigkeit des Staates, S. 16.

Stellvertretung, sondern praktisch von einer Organschaft im heutigen Rechtssinne³¹ gesprochen werden kann³². Die Körperschaft wurde somit als delikts- und willensfähig betrachtet.

Diese Auffassung war mit der römisch-rechtlichen Auffassung unvereinbar, so daß mit der Rezeption des römischen Rechts in Deutschland die germanische Auffassung mehr und mehr zurückgedrängt wurde³³. Nach der Auffassung der Postglossatoren waren die Dienstleute (Verwalter, Vorsteher und Angestellte) keine Organe der Gemeinschaft. Ein Teil der Rechtsgelehrten begründete die Haftung der Gemeinschaft in Analogie zum römischem Recht über die Haftung der Wirte, Feldmesser u.a.³⁴. Dabei ist aber zu beachten, daß Haftung in diesem Sinne die persönliche Verantwortlichkeit des Dienstherrn meint³⁵.

Die Rechtsanwendung war in hohem Maße unübersichtlich und uneinheitlich, bis sich im 18. Jahrhundert eine einheitliche Auffassung bildete³⁶. Die römisch-rechtliche Auffassung des Mandatskontraktes, nach der der Mandant für den contra mandatum handelnden Beamten grundsätzlich nicht haftete, hatte sich durchgesetzt, so daß der Dienstherr nur bei ausdrücklichem Befehl oder Auftrag zur schädigenden Handlung oder bei Auswahl- oder Aufsichtsverschulden haftete (*culpa in eligendo sive custodiendo*)³⁷.

Die römisch-rechtliche Auffassung war auch zu Beginn des 19. Jahrhunderts herrschend, doch empfand man das Ergebnis, also die haftungsrechtliche Freistellung des Dienstherrn für schädigende Handlungen seiner Beamten, als unbefriedigend³⁸. Man versuchte daher, eine Haftung des Staates auf Analogien zu privatrechtlichen Grundsätzen zu stützen, wobei nicht zwischen privatrechtlichem und hoheitlichem Handeln unterschieden wurde³⁹.

³¹ Organschaft bedeutet, daß das Handeln des Organs im Rechtssinne ein Handeln der Körperschaft selbst darstellt, vgl. Westermann, JuS 1961, 333 (335, 336).

³² Vgl. Loening, Haftung des Staates, S. 26-28; Pfab, Staatshaftung, S. 5.

³³ Vgl. Loening, Haftung des Staates, S. 34; Gehre, Entwicklung der Amtshaftung, S. 57.

³⁴ Vgl. Gehre, Entwicklung der Amtshaftung, S. 57; Böhme, Amtshaftung, S. 21.

³⁵ Vgl. Böhme, Amtshaftung, S. 21.

³⁶ Vgl. Loening, Haftung des Staates; S. 43; Böhme, Amtshaftung, S. 22.

³⁷ Vgl. Heidenhain, Amtshaftung und Entschädigung, S. 20; Loening, Haftung des Staates, S. 42, 43; Gehre, Entwicklung der Amtshaftung, S. 57.

³⁸ Vgl. Schöning, Rechtliche Auswirkungen der Technisierung, S. 116; Loening, Haftung des Staates, S. 44; Heidenhain, Amtshaftung und Entschädigung, S. 21.

³⁹ Vgl. Gehre, Entwicklung der Amtshaftung, S. 61 ff.; Böhme, Amtshaftung, S. 24.

II. Die öffentlich-rechtliche Begründung der Staatshaftung

Seit dem 2. Drittel des 19. Jahrhunderts entwickelte sich eine Auffassung, die eine Haftung des Staates anstelle der persönlichen Haftung des Dienstherrn für Schädigungen durch hoheitliches Handeln der Beamten ausschließlich auf eine öffentlich-rechtliche Begründung und nicht mehr auf privatrechtliche Analogien stützen wollte⁴⁰. Charakteristisch für diese Lehre war die Unterscheidung des Handelns des Beamten nach Privatrecht oder öffentlichem Recht, wobei die öffentlich-rechtliche Begründung der Staatshaftung sich nur auf die Schadenszufügung in Ausübung hoheitlichen Handelns bezog; die Haftung des Staates nach den für alle Rechtsgenossen gültigen privatrechtlichen Grundsätzen war bei privatrechtlichem Handeln des Staates nie Gegenstand von Kontroversen⁴¹. Weiterhin ist beachtenswert, daß eine Haftung des Staates nur bestehen sollte, wenn zugleich eine Eigenhaftung des Beamten begründet war⁴².

In der Begründung stützte sich die öffentlich-rechtliche Auffassung im wesentlichen⁴³ auf drei Säulen: Subjektion, Repräsentation und Staatszweck.

Der Gedanke der Subjektion bezog sich auf die Gehorsamspflicht des einzelnen gegenüber dem Staat. Wenn der Staat von seinen Untertanen Gehorsam fordere, gleichgültig, ob zu Recht oder Unrecht, so müsse er auch für die Folgen dieses Gehorsams selbst einstehen. Denn im allgemeinen werde vom Untertanen verlangt, daß er dem staatlichen Befehl ohne Nachprüfung der Rechtmäßigkeit nachkomme⁴⁴.

⁴⁰ Die öffentlich-rechtliche Begründung wurde zuerst von Carl Sundheim, Schadensstiftung durch Staatsbeamte, vorgebracht, später wurde sie dann von Pfeiffer, Practische Ausführungen, weitergeführt und fand ihre entschiedenste Vertretung letztendlich in Zachariäs Aufsatz "Ueber die Haftungsverbindlichkeit des Staates aus rechtswidrigen Handlungen und Unterlassungen seiner Beamten" in der ZGeStW, Bd. 19 (1863), 582 ff. (die nachfolgenden Zitate entstammen einem Nachdruck dieses Aufsatzes).

⁴¹ Vgl. Bornhak, Preußisches Staatsrecht, 2. Band (1889), S. 47; Stobbe, Handbuch des Deutschen Privatrechts, 2. A. (1885), 3. Band, S. 398; v. Rönne, Das Staatsrecht der preußischen Monarchie, 3. A. (1871), 2. Band, 1. Abtheilung, S. 518/519; Loening, Haftung des Staates, S. 53, 54; Zachariä, Haftungsverbindlichkeit des Staates, S. 40; Bullinger, Vertrag und Verwaltungsakt, S. 236; Scheuner, GS-Jellinek, S. 331 (337); Joel, Öffentliches Amt, S. 16; Böhme, Amtshaftung, S. 25; 67.

⁴² Vgl. Zachariä, Haftungsverbindlichkeit des Staates, S. 39.

⁴³ Es kann hier schon aus Raumgründen nicht auf alle Aspekte dieses komplexen Themas eingegangen werden. Es sollen vielmehr nur die für das weitere Verständnis und die allgemeinen Entwicklungslinien entscheidenden Punkte erläutert werden. Zu den näheren Einzelheiten vgl. Böhme, Amtshaftung, S. 28 ff.

⁴⁴ Vgl. Zachariä, Haftungsverbindlichkeit des Staates, S. 51; zum Grundsatz des Vertrauensschutzes und dem Gedanken der Gehorsamspflicht im heutigen öffentlichen Recht vgl. Mainka, Vertrauensschutz, S. 22 f.

Der Gesichtspunkt der Repräsentation stützte sich darauf, daß der Staat nicht selbst handlungsfähig sei, sondern durch seine Beamten repräsentiert werde, die durch ihre Handlungen den Staat berechtigten und verpflichteten⁴⁵.

Nicht zu vernachlässigen ist auch der "philosophische Überbau" der öffentlich-rechtlichen Auffassung, der sich in der Theorie vom Wesen des Staates manifestiert. Die sog. ältere konstitutionelle Staatslehre bediente sich neben der juristischen Methode auch philosophisch-politischer Methoden⁴⁶. Der Staat wurde als objektives Rechtsverhältnis zwischen dem Ganzen und seinen Gliedern, als sittlich-vernünftige Ordnung, deren Grundlage nur im objektiven Recht besteht, gedeutet⁴⁷. Auf die Schaffung bzw. Erhaltung dieser objektiven Rechtsordnung war der Zweck des Staates gerichtet, so daß rechtswidrige Akte außerhalb der Staatsordnung und des Staatszweckes standen, womit der Staat zur Wiederherstellung des objektiven Rechts verpflichtet war, insbesondere, wenn das Unrecht durch seine Repräsentanten veranlaßt wurde⁴⁸. Damit erlangte die Haftung des Staates den Charakter einer objektiven Gewährleistung für das Handeln staatlicher Beamter. Den Staat traf eine Garantenstellung für das Funktionieren des Verwaltungsapparates, da er den Beamten mit der Autorität ausstattete, hoheitlich zu handeln⁴⁹. Mit dieser Auffassung war eine Identitätstrennung des Anspruchs gegen den Beamten einerseits, der weiterhin privatrechtlich-deliktiert qualifiziert wurde, und des Anspruchs gegen den Staat andererseits, der unmittelbar gegen diesen gerichtet und öffentlich-rechtlicher Natur war, verbunden. Ebenso differierte die rechtliche Begründung der beiden Ansprüche.

⁴⁵ Vgl. Zachariä, Haftungsverbindlichkeit des Staates, S. 35, 36, 39, 52.

⁴⁶ Vgl. Zachariä, a. a. O., S. 3, 4: "Die Existenz einer staatsrechtlichen Frage wird dadurch bedingt, daß ihre Lösung aus der Natur des staatsrechtlichen Verhältnisses selbst, aus dem Wesen des Staates als eines lebendigen Organismus entnommen werden muß, nach welchem sich das Verhältnis des Gliedes zum Ganzen bestimmt. Hinsichtlich des zu gewinnenden Resultats machen wir aber freilich auch hier die für unsere staatsrechtliche Doktrin überhaupt unentbehrliche Forderung geltend, nicht bloß dasjenige zum Inhalt des positiven Rechts zu rechnen, was durch Gesetz oder Gewohnheit ausdrücklich anerkannt oder ausgesprochen ist, sondern auch dasjenige, was sich als Consequenz des von dem herrschenden Rechtsbewußtsein getragenen, den bestehenden Verfassungen zu Grunde liegenden Staatsbegriffs ergibt."

⁴⁷ Vgl. Zachariä, a. a. O., S. 3, 4; vgl. dazu auch Heidenhain, Amtshaftung und Entschädigung, S. 26; Böhme, Amtshaftung, S. 38.

⁴⁸ Vgl. Böhme, Amtshaftung, S. 38, 39.

⁴⁹ Vgl. Zachariä, a.a.O, S. 39, 53, der so zu einer nur subsidiären Haftung des Staates gelangt, da nur insofern der Autoritätsausstattung eine Garantieerklärung entnommen werden könne; ebenso v. Gerber, Grundzüge des Deutschen Staatsrechts, 3. A. (1880), S. 213, 214 (Fn. 5); vgl. zu diesen Gedanken auch Scheuner, GS-Jellinek, S. 38; JuS 1961, 243.

Die öffentlich-rechtliche Begründung der Staatshaftung war nicht unumstritten, sie wurde von einem Teil der Literatur scharf bekämpft, wenn auch mit unterschiedlichsten Begründungen⁵⁰. Sie hatte jedoch erheblichen Einfluß und bestimmte die Beschlußfassungen des 6. und 9. Deutschen Juristentages (München 1867 bzw. Stuttgart 1871), die sich für die Anerkennung der öffentlich-rechtlichen begründeten unmittelbaren Staatshaftung aussprachen⁵¹.

Die öffentlich-rechtliche Begründung konnte sich in Preußen nicht durchsetzen, dort verlief die Entwicklung sogar in umgekehrter Richtung. Während nämlich immer mehr zwischen privatrechtlicher und hoheitlicher Betätigung des Staates unterschieden wurde, bildete sich in Preußen ein Gerichtsgebrauch aus, nach dem die Haftung des Staates bei hoheitlicher Betätigung nur aufgrund ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift gegeben war⁵². Da aber eine solche gesetzliche Vorschrift nicht bestand, wurde der Rechtsweg bei hoheitlicher Betätigung abgeschnitten⁵³. Die öffentlich-rechtliche Begründung hatte die paradoxe Konsequenz, daß sie mit ihrer Unterscheidung von privatrechtlichem und öffentlich-rechtlichem Handeln des Staates und der strikten Ablehnung einer privatrechtlichen Haftungsbegründung für hoheitliche Schädigungen ihren Gegnern mit dem Hinweis auf die fehlende gesetzliche Regelung die Argumentationsbasis ebnete⁵⁴. Im Zusammenhang mit der fehlenden gesetzlichen Regelung steht auch die "seit jeher undurchsichtige"⁵⁵ preußische "Kabinettsordre betreffend die genauere Beobachtung der Grenzen zwischen landeshoheitlichen und fiskalischen Rechtsverhältnissen" vom 4. 12. 1831, in der darauf hingewiesen wurde, daß nur bei privatrechtlichen Verhältnissen der Rechtsweg gegen den Staat gegeben sei⁵⁶. Mit Gesetz vom 11. 05. 1842 wurde schließlich der Rechtsweg gegen polizeiliche Verfügungen ausgeschlossen.

In einem Teil der anderen Staaten Deutschlands bestanden abweichende Regelungen⁵⁷.

⁵⁰ So insbesondere von Loening, Haftung des Staates, S. 93 ff.; vgl. auch v. Rönne, Das Staatsrecht der preußischen Monarchie, 3. A. (1871), 2. Band, 1. Abtheilung, S. 518/519; Stein, Die Verwaltungslehre, 2. A. (1869), 1. Teil, S. 369; gegen den Repräsentationsgedanken sehr früh auch schon Heffter, Beiträge zum deutschen Staats- und Fürstenrecht, 1. Lief. (1829), S. 162.

⁵¹ Vgl. Böhme, Amtshaftung, S. 48-50.

⁵² Vgl. Böhme, Amtshaftung, S. 43.

⁵³ Nur der Aufopferungsanspruch für rechtmäßiges Handeln hatte bereits in der Einleitung zum PrALR in den §§ 74, 75 eine gesetzliche Ausprägung erfahren, so daß es seltsam anmutet, daß die Haftung für rechtmäßiges Verhalten früher einer Regelung zugeführt wurde als die Haftung für rechtswidriges Handeln.

⁵⁴ Vgl. Böhme, Amtshaftung, S. 54.

⁵⁵ So die Charakterisierung von Dürig, JZ 1955, 521 (522).

⁵⁶ Vgl. Böhme, Amtshaftung, S. 44.

⁵⁷ Vgl. Böhme, Amtshaftung, S. 46-48: z. B. in Sachsen, wo eine gewohnheitsrechtlich begründete Gesamtschuldnerschaft zwischen Staat und Beamten bestand oder in Bayern, wo der Staat gewohnheitsrechtlich subsidiär haftete. Daneben gab es eine Reihe kleinerer Staaten, in denen die Staatshaftung gesetzlich verbürgt war, so z. B. in Sachsen-Altenburg und Sachsen-Coburg-Gotha.

Mit dem Aufkommen des Gesetzespositivismus gegen Ende des 19. Jahrhunderts verlor die öffentlich-rechtliche Begründung der Staatshaftung immer mehr an Boden. Die Ablehnung wurde zum einen auf das Fehlen einer gesetzlichen Regelung gestützt⁵⁸. Auch der Gedanke der Subjektion wurde verworfen, da keine Gehorsampflicht gegenüber rechtswidrigen Befehlen bestand⁵⁹. Des weiteren wurden die bereits bekannten Argumentationsfiguren aus der Mandatstheorie bemüht: Die Beamten seien Stellvertreter des Staates, der sie aber nicht zu rechtswidrigem Handeln bevollmächtigt habe, da dies im Widerspruch zum Staatswillen stehe⁶⁰. Bemerkenswert ist insbesondere, daß den Argumenten der öffentlich-rechtlichen Begründung der Staatshaftung nicht der Charakter rechtlicher Argumente in vollem Umfange zuerkannt wurde, sie vielmehr als Vorschläge *de lege ferenda* angesehen wurden, nur als Forderungen an ein passendes System der Staatshaftung, nicht jedoch als geltendes Recht⁶¹. Auch das Reichsgericht hielt an einer grundsätzlichen Nichthaftung des Staates für Schädigungen durch hoheitliches Handeln seiner Beamten fest⁶². Das Reichsgericht begründete seine Auffassung zum einen mit dem Fehlen einer gesetzlichen Normierung der Staatshaftung. Zum anderen schloß sich das Reichsgericht der Argumentation von *Zoepfl* und *Loening* an, daß die öffentlich-rechtliche Herleitung der Staatshaftung nur als Vorschlag an den Gesetzgeber anzusehen sei.

Gegen Ende des 19. Jahrhunderts war die öffentlich-rechtliche Lehre somit gescheitert.

III. Die privatrechtliche Begründung der Staatshaftung

Die Frage nach der Haftung des Staates im hoheitlichen Bereich war daher eine gesetzgebungspolitische Frage. Vor Beantwortung der Frage, wie die Gesetzgebung nun das gesetzgebungspolitische Problem "löste", ist zu erwähnen, daß gegen Ende des 19. Jahrhunderts auch eine privatrechtliche Theorie der Staatshaftung existierte, die von so

⁵⁸ Vgl. Bornhak, Preußisches Staatsrecht, 2. Band (1889), S. 57; Loening, Haftung des Staates, S. 96, 98; ebenso Zoepfl, Grundzüge des Allgemeinen und Deutschen Staatsrechts, mit besonderer Rücksicht auf das allgemeine Staatsrecht und auf die neuesten Zeitverhältnisse, 5. A. (1863), 2. Teil, S. 807, 808, 810, der jedoch die komplette Ablehnung einer Staatshaftung angriff und sich statt dessen für privatrechtliche Analogien aussprach, vgl. Zoepfl, a. a. O., S. 803-808.

⁵⁹ Vgl. Loening, Haftung des Staates, S. 98/99, 102, 121.

⁶⁰ Vgl. Bornhak, a. a. O., S. 43, 47; Stein, a. a. O., S. 369; Loening, Haftung des Staates, S. 107.

⁶¹ Vgl. Zoepfl, a. a. O., S. 808; Loening, Haftung des Staates, S. 98, 104.

⁶² Vgl. RGZ 11, 206 (209-211), wo die öffentlich-rechtliche Begründung ausdrücklich zurückgewiesen wurde.

herausragenden Juristen wie *Windscheid* und *Otto von Gierke* vertreten wurde⁶³. Während im einzelnen die Begründungsstrukturen verschieden waren, so ist doch die Lehre *von Gierkes* in Gestalt der Theorie der realen Verbandspersönlichkeit hervorzuheben. Da der Anspruch gegen den Beamten privatrechtlicher Natur sei und der Staat als oberster sozialer Organismus und rechtsfähige Person nur durch seine Organe, nämlich die Beamten, handeln könne, müsse der Staat auch privatrechtlich nach den Vorschriften über die Haftung juristischer Personen für ihre Organe haften⁶⁴. Bemerkenswert hierbei ist, daß sich gegenüber der öffentlich-rechtlichen Theorie ein einheitlicher Anspruch gegen den Staat, gleichgültig ob er privatrechtlich handelte oder hoheitlich, begründen ließ, womit der Staat bei all seinen Handlungen allen übrigen Rechtsgenossen gleichgestellt wurde⁶⁵. Auch diese Auffassung konnte sich nicht durchsetzen.

IV. Die Bedeutung einer Fiskusfiktion für den Rechtsschutz

Welche Rolle haben sogenannte "Fiskustheorien" in der Geschichte der Staatshaftung gespielt⁶⁶?

Manche nehmen an, der Staat müsse zum Fiskus umgedeutet werden, um dem Untertan Rechtsschutz gegen seine Akte zukommen zu lassen⁶⁷. Es wurde oben bereits erwähnt, daß die gewohnheitsrechtliche Auffassung bestand, der Staat sei bei fiskalischem Handeln immer dem für alle Rechtsgenossen gleichen Recht, nämlich dem Privatrecht, unterworfen⁶⁸. Einer Fiktion des Fiskus bedurfte es somit nicht, denn der Rechtsweg für privatrechtliche Streitigkeiten gegen den Staat war immer gegeben. Im übrigen bestimmte sich der Rechtsweg nach der Frage, ob eine "Justizsache" vorlag oder nicht, was stets der Fall war, wenn in "wohl-erworbene" Rechte des Untertanen eingegriffen wurde und es nicht darauf ankam, ob der Eingriff hoheitlich oder privatrechtlich erfolgte⁶⁹. Diese Unterscheidung kam erst zu Beginn des 19. Jahrhunderts auf. So wurden in Preußen durch die bereits erwähnte Kabinettsordre

⁶³ Vgl. v. Gierke, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, 1887, S. 794 ff.; ders., *Deutsches Privatrecht*, 1985, 1. Band, S. 530 (Fn. 69); Stobbe, a. a. O., S. 400; Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 3. A. (1873), 2. Band, S. 711, 712 (Fn. 4); resignierend dann Windscheid/Kipp, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 9. A. (1906), 2. Band, S. 1051: "Es ist zu sagen, daß sich der Beweis nicht führen läßt, daß die Verhaftung des Staates für das Verschulden seiner Beamten gemeines Recht Deutschlands sei."

⁶⁴ Vgl. v. Gierke, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, 1887, S. 794; ders., *Deutsches Privatrecht*, 1985, 1. Band, S. 530 (Fn. 69), wo allerdings gefordert wird, daß das Organ innerhalb seiner Zuständigkeit gehandelt haben müsse, was angesichts des Widerspruchs zur generellen Bejahung der Möglichkeit eines rechtswidrigen Körperschaftsdeliktes unklar bleibt.

⁶⁵ Vgl. zu diesem Gedanken auch Böhme, *Amtshaftung*, S. 76.

⁶⁶ Zur historischen Entwicklung der "Fiskustheorien" vgl. Bullinger, *Vertrag und Verwaltungsakt*, S. 200-236.

⁶⁷ So Zeidler, *VVDStRL* 19 (1961), 208 (221, 222).

⁶⁸ Vgl. oben I. Teil B II.

sowie das Gesetz vom 11. 5. 1842, betreffend die Zulässigkeit des Rechtsweges in Beziehung auf polizeiliche Verfügungen, die Justizsachen auf privatrechtliche Handlungen des Staates beschränkt. Auch nach Auffassung der älteren konstitutionellen Staatslehre war der Schadensersatzanspruch gegen den Staat bei Schädigungen durch hoheitliche Handlungen der Beamten als vermögensrechtlicher (fiskalischer) Anspruch eine Justizsache, da in Rechte Privater eingegriffen wurde⁷⁰. Nur für die gesetzpositivistische Auffassung gegen Ende des 19. Jahrhunderts war die Fiktion eines Fiskus essentiell, um überhaupt die Klagbarkeit gegen den privatrechtlich handelnden Staat zu ermöglichen, da eine Haftung nur eintrat, wenn sich der Staat (was wiederum eine öffentlich-rechtliche Frage war) als Privatrechtssubjekt gerieren wollte, was eben auf eine Fiktion hinauslief⁷¹.

V. Die Übernahme der Haftung durch den Staat

Mit der Ablehnung einer öffentlich-rechtlich begründeten unmittelbaren Staatshaftung durch die Lehre sowie die Rechtsprechung war klargelegt, daß den Staat keine eigene Haftungsverpflichtung traf. Das legte die Konsequenz nahe, daß der Staat die Haftung des Beamten und damit eine fremde Haftung übernehmen sollte, wollte er der Forderung der Gerechtigkeit nach einem Ausgleich für den Schuldner nachkommen⁷².

Eine frühe gesetzliche Regelung fand sich in § 29 Abs. 2 der preußischen Grundbuchordnung von 1872, nach der der Staat noch subsidiär haftete⁷³. Die erste gesetzliche Regelung, die das Prinzip der Haftungsübernahme bzw. Haftungsüberleitung auf den Staat verwirklichte, fand sich in § 12 der Reichsgrundbuchordnung vom 24. 3. 1897⁷⁴.

⁶⁹ Vgl. Bullinger, Vertrag und Verwaltungsakt, S. 204, 236; Öffentliches Recht und Privatrecht, S. 30, 32, 36, 54.

⁷⁰ Vgl. v. Rönne, Das Staatsrecht der preußischen Monarchie, 3. A. (1871), 2. Band, 1. Abtheilung, S. 518/519.

⁷¹ Vgl. Bornhak, Preußisches Staatsrecht, 2. Band (1889), S. 47; vgl. auch Gammelin, Rechtsscheinhaftung, S. 67.

⁷² Vgl. Böhme, Amtshaftung, S. 62; Bender, Staatshaftungsrecht, Rn. 74 begründet dieses "Umschwenken" zur Haftungsübernahme mit der zunehmenden Intensivierung der Staatstätigkeit.

⁷³ § 29 Abs. 2 preuß. Grundbuchordnung lautet: "Soweit der Beschädigte nicht im Stande ist, Ersatz seines Schadens von dem Grundbuchbeamten zu erhalten, haftet ihm für denselben der Staat." Nach Böhme, Amtshaftung, S. 63, soll dies jedoch nur Ausdruck der unmittelbaren Verpflichtung des Staates nach der öffentlich-rechtlichen Lehre sein.

⁷⁴ § 12 Reichsgrundbuchordnung v. 24. 3. 1897 lautet: "Verletzt ein Grundbuchbeamter vorsätzlich oder fahrlässig die ihm obliegende Amtspflicht, so trifft den Beteiligten gegenüber die im § 839 bestimmte Verantwortlichkeit an Stelle des Beamten den Staat oder die Körperschaft, in deren Dienst der Beamte steht."

Bereits im ersten Entwurf zum BGB fehlte eine Bestimmung über die Verantwortlichkeit des Staates bei hoheitlichen Schädigungen durch Beamte, da man die Zuständigkeit des Reichsgesetzgebers wegen der öffentlich-rechtlichen Natur der Frage verneinte⁷⁵. Auch *Otto von Gierke* scheiterte in der zweiten Lesung der Kommission mit seinem Antrag, die Haftung des Staates einheitlich bei öffentlich-rechtlichem und privatrechtlichem Handeln nach §§ 89, 31 BGB zu bestimmen, da dies unabsehbare Belastungen des Staates zur Folge habe⁷⁶. Zwar wurde in den Lesungen der Reichstagskommission und auch später in den Beratungen des Reichstages noch einmal die Einführung einer unmittelbaren Staatshaftung beantragt, doch wurden auch diese Anträge im wesentlichen mit dem Argument abgelehnt, daß es sich bei der Frage der Staatshaftung um eine öffentlich-rechtliche Frage handle, für die dem Reich die Gesetzgebungskompetenz fehle, wie aus einem Umkehrschluß aus Art. 4 Nr. 13⁷⁷ der Verfassung des Deutschen Reiches vom 16. 04. 1871 hergeleitet wurde⁷⁸. Wegen der Verschiedenheit der unterschiedlichen Verwaltungszweige im Reich wurde auch die Einführung der Haftung wenigstens für die Reichsbeamten abgelehnt⁷⁹.

Gemäß Art. 77 EGBGB⁸⁰ wurde daher den Ländern die Regelung der Staatshaftung überlassen. Eine reichsgesetzliche Regelung bestand somit nur in dem bereits oben erwähnten § 12 der Reichsgrundbuchordnung.

Die Bestimmungen in den Ländern fielen sehr unterschiedlich aus. In Bayern, Baden, Württemberg und Sachsen-Coburg-Gotha wurde die Haftung des Beamten ähnlich § 12 der Reichsgrundbuchordnung auf den Staat übergeleitet⁸¹. In Hessen, Sachsen-Weimar-Eisenach

⁷⁵ Vgl. dazu Heidenhain, Amtshaftung und Entschädigung, S. 33 f.; Gehre, Entwicklung der Amtshaftung, S. 97 f.

⁷⁶ Die Entscheidung erging denkbar knapp mit 8 gegen 8 Stimmen durch Stichentscheid des Vorsitzenden, vgl. Gehre, Entwicklung der Amtshaftung, S. 98; Heidenhain, Amtshaftung und Entschädigung, S. 34 Fn. 8; Böhme, Amtshaftung, S. 78; es ist jedoch zweifelhaft, ob angesichts der ablehnenden Haltung des Reichstages später die Annahme des Antrags eine entscheidende Wendung in der Geschichte der Amtshaftung gebracht hätte.

⁷⁷ Art. 4 der Weimarer Reichsverfassung lautet: "Der Beaufsichtigung seitens des Reichs und der Gesetzgebung desselben unterliegen die nachstehenden Angelegenheiten [...] 13. die gemeinsame Gesetzgebung über das gesamte bürgerliche Recht, das Strafrecht und das gerichtliche Verfahren."

⁷⁸ Vgl. Heidenhain, Amtshaftung und Entschädigung, S. 34; Pfab, Staatshaftung, S. 9.

⁷⁹ Vgl. Böhme, Amtshaftung, S. 80.

⁸⁰ § 77 EGBGB lautet: "Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über die Haftung des Staates, der Gemeinden und anderer Kommunalverbände (Provinzial-, Kreis-, Amtsverbände) für den von ihren Beamten in Ausübung der diesen anvertrauten öffentlichen Gewalt zugefügten Schaden sowie die landesgesetzlichen Vorschriften, welche das Recht des Beschädigten, von dem Beamten den Ersatz eines solchen Schadens zu verlangen, insoweit ausschließen, als der Staat oder der Kommunalverband haftet."

⁸¹ Vgl. dazu Pfab, Staatshaftung, S. 10; Böhme, Amtshaftung, S. 81.

und Elsaß-Lothringen galt dagegen das Prinzip der subsidiären Bürgen- oder Ausfallhaftung des Staates, während in Sachsen weiterhin Beamter und Staat als Gesamtschuldner hafteten⁸².

Die meisten Länder machten von der Ermächtigung in Art. 77 EGBGB zunächst keinen Gebrauch. So erklärte Preußen erst 1909 im preußischen Beamtenhaftungsgesetz die ausschließliche Haftungsüberleitung auf den Staat⁸³. In Anlehnung an § 12 der Reichsgrundbuchordnung und an § 1 des preußischen Haftungsgesetzes war auch das 1910 geschaffene Reichsbeamtenhaftungsgesetz nach dem Prinzip der befreienden Schuldübernahme durch den Staat konstruiert⁸⁴.

Bemerkenswert ist, daß auf dem 28. Deutschen Juristentag in Berlin, der sich wegen der Zersplitterung der Staatshaftung in den einzelnen Ländern des Reiches erneut mit der Staatshaftung befaßte, eine breite Zustimmung zur Erstreckung der §§ 89, 31 BGB auf das hoheitliche Handeln des Staates vorherrschte und eine einheitliche deliktische Körperschaftshaftung (die für alle Verbände nach den gleichen Grundsätzen erfolgen sollte) befürwortet wurde⁸⁵. Wegen der von vornherein beschränkten Fragestellung des Juristentages, die nur auf die Haftung für hoheitliches Handeln abzielte, begnügte man sich mit der Forderung nach der reichsgesetzlichen Normierung einer unmittelbaren Staatshaftung für hoheitliche Schädigungen.

VI. Generelle Haftungsübernahme durch die Weimarer Reichsverfassung

Mit Art. 131 der Weimarer Verfassung wurde die erste reichseinheitliche Regelung der befreienden Schuldübernahme durch den Staat für die Schädigungen durch hoheitlich handelnde Beamte geschaffen, gleichgültig, ob Reichs-, Landes oder sonstige Beamte öffentlich-rechtlicher Körperschaften⁸⁶. Für den Beamten selbst war bei hoheitlicher

⁸² Vgl. dazu Gehre, Entwicklung der Amtshaftung, S. 99.

⁸³ § 1 des Gesetzes über die Haftung des Staates und anderer Verbände für Amtspflichtverletzungen von Beamten bei Ausübung von öffentlicher Gewalt v. 1. 8. 1909 lautet: "Verletzt ein unmittelbarer Staatsbeamter in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt vorsätzlich oder fahrlässig die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so trifft die im § 839 des Bürgerlichen Gesetzbuches bestimmte Verantwortlichkeit an Stelle des Beamten den Staat."

⁸⁴ § 1 des Gesetzes über die Haftung des Reiches für seine Beamten vom 22. 5. 1910 lautet: "Verletzt ein Reichsbeamter in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt vorsätzlich oder fahrlässig die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so trifft die im § 839 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bestimmte Verantwortlichkeit an Stelle des Beamten den Staat."

Betätigung eine Haftung gegenüber dem geschädigten Dritten ausgeschlossen, ein Haftungsrisiko bildete für ihn nur der mögliche Regreß des Dienstherrn. Wegen Satz 3 des Art. 131 WRV konnte der Anspruch gegen den Staat auch nicht durch prozessuale Regelungen ausgeschlossen werden. Zwar wurde zu Anfang Art. 131 WRV nur als Programmsatz angesehen, doch erklärte das Reichsgericht Art. 131 WRV bald für unmittelbar anwendbares Recht, so daß Art. 131 WRV vollgültiges, aktuelles Verfassungsrecht der Weimarer Republik darstellte⁸⁷.

Obwohl Art. 131 WRV insofern ein Fortschritt war, als er die Rechtszersplitterung in den einzelnen Ländern des Reiches beseitigte und im Interesse von Rechtssicherheit und Rechtsklarheit eine begrüßenswerte Regelung schuf, knüpfte er an das alte, überkommene Modell des privatrechtlichen Mandatskontraktes an. Wollte man die Forderungen des 28. Deutschen Juristentages nicht rezipieren, blieb nur die Möglichkeit der Haftungsübernahme einer fremden Schuld⁸⁸.

VII. Die grundgesetzliche Regelung in Art. 34 GG

1. Entstehungsgeschichte

Art. 34 GG lehnt sich im wesentlichen an die Regelung des Art. 131 WRV an. Inhaltlich sollten keine Veränderungen vorgenommen werden; bezweckt war nur eine Klarstellung der in der Rechtsprechung des Reichsgerichts zu Art. 131 WRV entwickelten Grundsätze⁸⁹.

⁸⁵ Das gilt jedenfalls für die Gutachter von Gierke, von Herrmann, Oertmann und den Berichterstatter Wildhagen sowie die in den Diskussionen vorgebrachten Argumente, vgl. dazu Bartlsperger, NJW 1968, 1697 (1698 f.); BK-Dagtolglou, Art. 34 Rn. 20; Gammelmin, Rechtsscheinhaftung, S. 72.

⁸⁶ Art. 131 der Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. 8. 1919 lautet: "Verletzt ein Beamter in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so trifft die Verantwortlichkeit grundsätzlich den Staat oder die Körperschaft, in deren Dienst der Beamte steht. Der Rückgriff gegen den Beamten bleibt vorbehalten. Der ordentliche Rechtsweg darf nicht ausgeschlossen werden. Die nähere Regelung liegt der zuständigen Gesetzgebung ob."

⁸⁷ Vgl. RGZ 102, 166 (168-171); 102, 391 (393); 103, 429 (430); 105, 334 (335); 160, 193 (195).

⁸⁸ Zu Recht kritisch auch Pfab, Staatshaftung, S. 14.

⁸⁹ Vgl. die Auffassungen der Mitglieder des Zuständigkeitsausschusses Dr. Laforet, Dr. v. Brentano und des Vors. Wagner, StenProt der 6. Sitzung des Zuständigkeitsausschusses v. 30. 9. 1948, S. 41 f.; eine materiellrechtliche Veränderung von Art. 131 WRV zu Art. 34 GG verneinend auch die ganz h. M., vgl. Barkhau, Öffentlich-rechtliche Entschädigung, S. 79; Gammelmin, Rechtsscheinhaftung, S. 75 f.; Joel, Öffentliches Amt, S. 21; Schöning, Rechtliche Auswirkungen der Technisierung, S. 118; Boos/Haarmann, Staatshaftung, S. 29 (Rn. 4); Büchner/Reiner, Staatshaftung, Rn. 70; v. Mangoldt/Klein, Art. 34 II 2; BK-Dagtolglou, Art. 34 Rn. 23; Schröder, JZ 1958, 422 (425).

Während Art. 120 des Verfassungsentwurfes des Herrenchiemseer Verfassungskonvents lediglich eine Haftung des Bundes für seine eigenen Bediensteten vorsah⁹⁰, kam man im Zuständigkeitsausschuß des Parlamentarischen Rates bereits früh zu der Auffassung, daß auch die Bediensteten der Länder in die Regelung miteinbezogen werden sollten⁹¹. Obwohl es im Zuständigkeitsausschuß mehrere Kontroversen zwischen dem Abgeordneten *Hoch* (SPD) und dem Abgeordneten *Laforet* (CSU) gab, unterschieden sich deren Vorschläge nur in Formulierungsdetails. Man einigte sich, daß der vom Zuständigkeitsausschuß vorgeschlagene Art. 15a im Grundrechtsteil verankert werden sollte. Bereits dieser Art. 15a beinhaltete eine weite Auffassung des Beamtenbegriffs⁹².

Der Allgemeine Redaktionsausschuß schlug am 16. 11. 1948 auf Anregung von *Laforet* eine Formulierung von nunmehr Art. 20a vor, die wieder näher an Art. 131 WRV heranrückte⁹³. Dieser Vorschlag entsprach bis auf die Formulierung der Klausel über den ordentlichen Rechtsweg in Satz 3 bereits dem heutigen Art. 34 GG.

Im Grundsatzausschuß schlug man dagegen wieder vor, in den Abschnitt "Übergangs- und Schlußbestimmungen" einen Art. 139a einzufügen⁹⁴, da praktisch nur eine Umformulierung der zu Art. 131 WRV entwickelten Grundsätze der Rechtsprechung vorliege⁹⁵.

Wegen Meinungsverschiedenheiten zu diversen Aspekten der Amtshaftung konnte sich der Hauptausschuß zunächst nicht einigen und setzte die Beschlußfassung bis zu einem neuen

⁹⁰ Art. 120 Abs. 1 HChE lautet: "Verletzt ein Bediensteter des Bundes in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt seine Amtspflicht, so trifft die Schadensersatzpflicht ausschließlich den Bund. Dem Bund steht der Rückgriff gegen den Bediensteten zu, wenn diesen ein grobes Verschulden trifft. Der Schadensersatzanspruch gegen den Bund kann im ordentlichen Rechtsweg verfolgt werden." Art. 120 Abs. 2 HChE lautet: "Abs.1 gilt entsprechend für Bedienstete einer bundesunmittelbaren Selbstverwaltung."

⁹¹ Vgl. 6. Sitzung des Zuständigkeitsausschusses v. 30. 9. 1948, StenProt S. 39-43.

⁹² Art. 15a sollte lauten: "Bei Amtspflichtverletzungen in Ausübung der öffentlichen Gewalt ist der daraus entstandene Schaden nach Maßgabe der Gesetze zu ersetzen. Der Anspruch ist gegen den Dienstherrn zu richten. Diesem bleibt bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit der Rückgriff vorbehalten. Der ordentliche Rechtsweg darf für den Schadensersatzanspruch sowie den Rückgriff nicht ausgeschlossen werden."

⁹³ Art. 20a sollte lauten: "Verletzt jemand in Ausübung eines ihm anvertrauten öffentlichen Amtes die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so trifft die Verantwortlichkeit grundsätzlich den Staat oder die Körperschaft, in deren Dienst er steht. Bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit bleibt der Rückgriff gegen ihn vorbehalten. Für den Schadensersatz und für den Rückgriff darf der ordentliche Rechtsweg nicht ausgeschlossen werden."

⁹⁴ Art. 139a sollte lauten: "Die Grundsätze des Art. 131 Weimarer Reichsverfassung gelten fort."

⁹⁵ So insbesondere die Auffassung des Vorsitzenden Dr. v. Mangoldt, vgl. 28. Sitzung des Grundsatzausschusses v. 3. 12. 1948, StenProt, S. 5, 10.

Vorschlag des Zuständigkeitsausschusses aus. Ihm wurde aufgegeben, die Zitierung des Art. 131 WRV zu vermeiden, aber den Text des Artikels als Arbeitsgrundlage zu nehmen⁹⁶.

Der Zuständigkeitsausschuß änderte Satz 3 des vorgeschlagenen Art. 20a in die heutige Fassung des Art. 34 GG um und schlug die neue Fassung als Art. 27c vor⁹⁷.

Der Hauptausschuß nahm diesen Vorschlag an, ein Antrag der SPD-Fraktion auf Streichung wurde abgelehnt⁹⁸. Später änderte man die systematische Stellung noch einmal, so daß nunmehr der im Wortlaut unveränderte Art. 34 daraus wurde⁹⁹.

Im Plenum wurde der Antrag am 6. 5. 1949 angenommen, nachdem ein SPD-Antrag auf Streichung zurückgezogen wurde¹⁰⁰.

Aus diesem kurzen Abriß der Entstehungsgeschichte wird bereits deutlich, daß die Einführung einer unmittelbaren, originären Staatshaftung nie wirklich zur Debatte stand. Man blieb den traditionellen Regelungen der Amtshaftung verhaftet¹⁰¹. Man kann nicht umhin, kritisch zu bemerken, daß bei der Grundgesetzgebung die rechtsstaatliche Dimension des Sekundärrechtsschutzes, außer von den Mitgliedern des Zuständigkeitsausschusses, teilweise verkannt wurde. Dies überrascht angesichts der weitreichenden Grundrechtsgewährleistungen in den Art. 1-19 GG, ist doch eine umfassende Grundrechtsgewährleistung nur durch ebenso weitreichenden Sekundärrechtsschutz möglich. Denn die Amtshaftung in der grundgesetzlich beabsichtigten Konstruktion der Haftungsübernahme ist letztlich nur wieder als Auferstehung der Lehre von der Unrechtsfähigkeit des Staates denkbar¹⁰².

⁹⁶ Vgl. 18. Sitzung des Hauptausschusses vom 4. 12. 1948, StenProt, S. 220-222.

⁹⁷ Vgl. Antrag des Zuständigkeitsausschusses v. 15. 12. 1948, PR Drs. 12.148-382.

⁹⁸ Vgl. 57. Sitzung des Hauptausschusses v. 5. 5. 1949, Kurzprot., PR Drs. 5.49-932, S. 20.

⁹⁹ Vgl. Hauptausschuß, Grundgesetzentwurf v. 5. 5. 1949, Fassung 4. Lesung, PR Drs. 5.49-850.

¹⁰⁰ Vgl. 9. Sitzung des Plenums v. 6. 5. 1949, StenBer, S. 181.

¹⁰¹ Kritisch auch Pfab, Staatshaftung, S. 20, die zu Recht auf die fundamentale Bedeutung für den Rechtsstaat hinweist, dann aber halbherzig konzidiert, daß bei der Verfassungsgebung nur die rechtsstaatlichen Grundsätze festgelegt werden könnten, nicht aber rechtspolitische oder rechtsdogmatische Fragen. Dazu ist zu sagen, daß die rechtsstaatlichen Grundsätze nur unzureichend berücksichtigt wurden, man sich dafür viel zu lange und ausführlich mit Detailfragen über z. B. die Rückgriffsregelung gegen den Beamten befaßte.

¹⁰² So zu Recht Pfab, Staatshaftung, S. 20.

2. Unterschiede zur Weimarer Reichsverfassung

Wie bereits erwähnt, sollten durch Art. 34 GG nur die bereits durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts zu Art. 131 WRV entwickelten Grundsätze verdeutlicht und klargestellt werden. Eine materiell-rechtliche Änderung war nicht beabsichtigt. Die Änderungen beschränkten sich im wesentlichen auf Wortlautänderungen.

So wurde das in Art. 131 WRV enthaltene Tatbestandsmerkmal "Beamter" durch das Tatbestandsmerkmal "jemand" ersetzt, um der Ausweitung der Haftung auf alle Personen, die mit der Ausübung öffentlicher Gewalt betraut waren, durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts Rechnung zu tragen¹⁰³.

Das Tatbestandsmerkmal der Ausübung öffentlicher "Gewalt" wurde durch das Tatbestandsmerkmal der Ausübung eines öffentlichen "Amtes" ersetzt, um klarzustellen, daß das Reichsgericht die Amtshaftung über den Bereich staatlicher Anordnungs- und Zwangsbefugnisse auch auf den Bereich der hoheitlichen Daseinsvorsorge ausgedehnt hatte¹⁰⁴.

Als materiellrechtliche Änderung wurde die Rückgriffsmöglichkeit derart eingeschränkt, daß der Rückgriff gegen den für die schädigende Handlung verantwortlichen Beamten nur bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit möglich ist¹⁰⁵.

Zwar fehlt in Art. 34 GG ein ausdrücklicher Hinweis auf die nähere Ausgestaltung durch die Gesetzgebung, der in Art. 131 WRV noch enthalten war, doch sollte damit keinesfalls die nähere Regelung durch die Gesetzgebung ausgeschlossen werden¹⁰⁶.

¹⁰³ Vgl. dazu Schriftlicher Bericht zum Entwurf des Grundgesetzes von Dr. Laforet, Anlage zum StenBer. der 9. Sitzung des Plenums vom 6. Mai 1949, S. 37; Staudinger/Schäfer, § 839 Rn. 24.

¹⁰⁴ Vgl. Barkhau, Öffentlich-rechtliche Entschädigung, S. 79; Staudinger/Schäfer, § 839 Rn. 25.

¹⁰⁵ Vgl. dazu Schriftlicher Bericht zum Entwurf des Grundgesetzes von Dr. Laforet, Anlage zum StenBer. der 9. Sitzung des Plenums vom 6. Mai 1949, S. 37, 38.

¹⁰⁶ Vgl. dazu Schriftlicher Bericht zum Entwurf des Grundgesetzes von Dr. Laforet, Anlage zum StenBer. der 9. Sitzung des Plenums vom 6. Mai 1949, S. 37; Barkhau, Öffentlich-rechtliche Entschädigung, S. 79.

VIII. Die Bemühungen um eine Reform der Staatshaftung

Die Grundkonzeption der Amtshaftung war schon wenig überzeugend. Durch die Bemühungen der Rechtsprechung, Sinn zu schaffen, wo keiner war, wurden die richterrechtlichen Institute wie Aufopferungsanspruch, enteignender und enteignungsgleicher Eingriff sowie Folgenbeseitigungsanspruch weiterentwickelt und damit ein unübersichtliches und kompliziertes System geschaffen. Schon bald wurde die Notwendigkeit eines gesetzgeberischen Eingriffs offenbar¹⁰⁷.

Nachdem der 41. Deutsche Juristentag 1955 in Berlin die Fortentwicklung und Anpassung des Amtshaftungssystems empfohlen hatte, ein 1967 verfaßter Referentenentwurf jedoch nicht auf eine umfassende Reform des gesamten Staatshaftungssystems gerichtet war, empfahl der 47. Deutsche Juristentag 1968 eine umfassende Vereinheitlichung aller Staatshaftungsinstitute durch Bundesgesetz, worauf eine von der Bundesregierung 1970 eingesetzte unabhängige Sachverständigenkommission 1973 eine Änderung des Grundgesetzes und ein Staatshaftungsgesetz vorschlug¹⁰⁸. Dieses basierte auf dem Gedanken der unmittelbaren Staatshaftung, der Aufgabe der Subsidiaritätsklausel sowie des Verschuldensprinzips, der Einbeziehung des Folgenbeseitigungsanspruchs sowie der Legislativakte und der Konzentration der prozessualen Zuständigkeiten bei dem Gericht, das auch die Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns überprüft¹⁰⁹.

Angesichts der Kritik in Literatur und Praxis an dem Entwurf entstand ein Referentenentwurf, der dem Rechnung tragen sollte und der den Kommissionsentwurf nicht unerheblich abänderte¹¹⁰. Der sich aus dem Referentenentwurf entwickelnde Regierungsentwurf des Staatshaftungsgesetzes geriet im Bundestag in heftige Kritik bezüglich einzelner Detailregelungen, wie z. B. der Verschuldensregelung; aus gesetzgebungstechnischen Gründen (der Bundestag kam nicht mehr zur Zurückweisung des Einspruchs des Bundesrates gegen das am 12. 6. 1980 verabschiedete Staatshaftungsgesetz) erledigte sich der Gesetzesbeschluß mit Ablauf der Legislaturperiode¹¹¹. In der 9. Legislaturperiode wurde das

¹⁰⁷ Vgl. zu dieser Entwicklung Pfab, Staatshaftung, S. 21.

¹⁰⁸ Vgl. auch Erichsen/Rüfner, Allg. VerwR, § 50 Rn. 2.

¹⁰⁹ Vgl. zu den näheren Inhalten Kreft, Öffentlich-rechtliche Entschädigung, § 839 Rn. 7.

¹¹⁰ Vgl. die Nachweise bei Pfab, Staatshaftung, S. 24; Kreft, Öffentlich-rechtliche Entschädigung, § 839 Rn. 7, 8.

¹¹¹ Vgl. dazu Erichsen/Rüfner, Allg. VerwR, § 50 Rn. 2; Pfab, Staatshaftung, S. 24.

StHG erneut eingebracht, vom Bundestag am 12. 2. 1981 verabschiedet und vom Bundespräsidenten trotz Verweigerung der Zustimmung durch den Bundesrat ausgefertigt.

Auf die abstrakte Normenkontrolle der Landesregierungen von Baden-Württemberg, Bayern, Niedersachsen, Rheinland-Pfalz und Schleswig-Holstein wurde das StHG¹¹² vom Bundesverfassungsgericht am 19. 10. 1982 für nichtig erklärt¹¹³.

Nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts fehlte dem Bundesgesetzgeber die Kompetenz zum Erlaß des StHG, denn weder Art. 34 GG noch Art. 74 Nr. 1 GG würden dem Bund die Gesetzgebungskompetenz zur Regelung einer unmittelbaren Staatshaftung zuweisen. Die Frage der öffentlich-rechtlichen unmittelbaren Staatshaftung sei unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt dem bürgerlichen Recht zuzuordnen. Ein näheres Eingehen auf die kompetenzrechtlichen Aspekte erübrigt sich hier, da 1994 dem Bund durch eine Grundgesetzänderung in Art. 74 Abs. 1 Nr. 25 GG die Gesetzgebungskompetenz für das Staatshaftungsrecht zugewiesen wurde. Im Zuge der Wiedervereinigung wurde eine Verfassungskommission eingesetzt. Sie konnte jedoch kein inhaltliches Konzept einer Staatshaftungsreform erarbeiten¹¹⁴. Eine baldige Reform des Staatshaftungsrechts ist daher nicht in Sicht.

¹¹² § 1 Abs. 1 StHG lautete: "Verletzt die vollziehende oder die rechtsprechende Gewalt eine Pflicht des öffentlichen Rechts, die ihr einem anderen gegenüber obliegt, so haftet ihr Träger dem anderen für den daraus entstehenden Schaden nach diesem Gesetz."

¹¹³ Vgl. BVerfGE 61, 149.

¹¹⁴ Vgl. zu den neueren Entwicklungen die Darstellung bei Pfab, Staatshaftung, S. 28.

2. Teil: Grundlagen der Amtshaftung

A. Zweck der Amtshaftung

Die Gründe für die Übernahme der den Beamten treffenden Schadensersatzverpflichtung durch den Staat sind mehrschichtig.

I. Schutz des Geschädigten

Art. 34 GG, der die Haftung des Beamten auf den Staat oder die entsprechende Körperschaft überleitet¹¹⁵, bezweckt primär den Schutz des Geschädigten¹¹⁶. Dieser soll in Gestalt des Staates, der über nahezu unbegrenzte Mittel verfügt bzw. sich Finanzmittel beschaffen kann¹¹⁷, einen leistungsfähigen Schuldner bekommen¹¹⁸, worin sich die rechtsstaatliche Funktion der Amtshaftung zeigt¹¹⁹.

Die Rechtfertigung dafür ist mannigfaltig. Zum einen ist offensichtlich, daß der Beamte aufgrund seiner finanziellen Situation nicht in der Lage ist, einen Schaden, der sein Einkommen bei weitem übersteigt, auszugleichen, zumal die Mehrzahl den schadensanfälligen Verwaltungsvorgänge im Massenbetrieb der Verwaltung von Beamten abgewickelt wird, deren Einkommen eher am unteren Rande anzusiedeln ist¹²⁰. Andererseits wird der Beamte vom Staat mit den Befugnissen zur Amtsausübung und damit mit der Möglichkeit der Schadensverursachung ausgestattet, wobei sich der Bürger, der in zahlreichen Fällen auf den Staat angewiesen ist, diesem nicht entziehen kann¹²¹. Der Staat muß somit für die Ermöglichung der schädigenden Handlung durch seinen Beamten aufkommen, zumal der

¹¹⁵ Vgl. dazu unten 2. Teil C III 6 b.

¹¹⁶ Vgl. Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, S. 9; Frenz, Staatshaftung, S. 130; v. Mangoldt/Klein, Art. 34 II 3; Luhmann, Öffentlichrechtliche Entschädigung, S. 205.

¹¹⁷ Selbstverständlich sind auch die Ressourcen des Staates bzw. seine Möglichkeiten der Finanzmittelbeschaffung nicht endlos. Gemeint ist, daß der Staat im Vergleich zu allen denkbaren anderen Schuldnern, wie z. B. auch juristischen Personen, über dermaßen große Finanzmittel und Ressourcen verfügt, daß eine Ausschöpfung derselben eher theoretisch anmutet.

¹¹⁸ Vgl. bereits RGZ 160, 193 (196) zu Art. 131 WRV; Bethge in: Kopp, Neuere Entwicklungen, S. 23; Gammelin, Rechtsscheinhaftung, S. 45; Staudinger/Schäfer, § 839 Rn. 23; Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, S. 9; Frenz, Staatshaftung, S. 130; v. Mangoldt/Klein, Art. 34 II 3.

¹¹⁹ Vgl. Sachs/Bonk, Art. 34 Rn. 5; Bethge in: Kopp, Neuere Entwicklungen, S. 23; Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, S. 9; kritisch zur rechtsstaatlichen Notwendigkeit, allerdings ohne Begründung, Schröder, JZ 1958, 422 (423, 426).

¹²⁰ Vgl. BK-Dagtoglou, Art. 34 Rn. 2.

Bürger dem staatlichen Behördenhandeln dergestalt ausgeliefert ist, daß er sich den einzelnen Beamten, der in Kontakt zu ihm tritt, nicht aussuchen kann¹²². Weiterhin ist der Staat der Herr des Dienstbetriebes, der die Beamten auswählt, sie beaufsichtigt und ihnen gegebenenfalls Weisungen erteilt¹²³. Die Haftungsübernahme wird somit als eine notwendige Konsequenz aus dem Rechtsstaatsprinzip angesehen¹²⁴.

Bei näherer Betrachtung zeigt sich, daß diese Argumente im wesentlichen der Begründung der öffentlich-rechtlichen Staatshaftung im 19. Jahrhundert¹²⁵ gleichen. Der Gesichtspunkt der Subjektion kann insbesondere die Gründe (1) der fehlenden Auswahlmöglichkeit des Beamten durch den Bürger, (2) des Angewiesenseins auf den Staat und (3) der Unentziehbarkeit bzw. Ausgeliefertheit gegenüber staatlichen Handlungen erfassen. Aber auch der Gedanke der Repräsentation kehrt in der Argumentation der Ausstattung des Beamten mit Befugnissen durch den Staat und im Gedanken der Herrschaft über den Dienstbetrieb wieder, wenn hier auch bereits Ansätze für eine Haftung des Staates für das Funktionieren seines Verwaltungsapparates ersichtlich sind. Die Tatsache, daß die Argumente einer Lehre, auf deren Ablehnung gerade die Amtshaftung beruht, zur Rechtfertigung dieser Haftungskonstruktion herangezogen werden, enthüllt die ganze Absurdität unseres Staatshaftungsrechts.

Gegenüber dem Argument, daß der Staat der leistungsfähigste Schuldner ist, kann das Vorbringen, der Staat sei nicht der leistungswilligste Schuldner, vielmehr einer, dessen Prozeßlust und Hartnäckigkeit notorisch sei und der auch nach der Rechtskraft des Urteils den Kläger monatelang auf Zahlung warten lasse¹²⁶, nicht überzeugen. Denn Prozeßlust und Hartnäckigkeit sowie Zahlungsverweigerung auch nach Rechtskraft sind keine Negativattribute, die nur auf das Prozeßverhalten des Staates zuträfen. Für einen Kläger ist jedoch ein hartnäckiger und prozeßlustiger Schuldner, der leistungsfähig ist, immer noch vorteilhafter als einer, der ebenso hartnäckig und prozeßlustig ist, aber finanziell so schwach ist, daß die Vollstreckung eines lang erkämpften Titels aussichtslos ist.

¹²¹ Vgl. Frenz, Staatshaftung, S. 130; BK-Dagtoglou, Art. 34 Rn. 3.

¹²² Vgl. Mangoldt/Klein, Art. 34 II 3; BK-Dagtoglou, Art. 34 Rn. 3; Frenz, Staatshaftung, S. 130.

¹²³ Vgl. BK-Dagtoglou, Art. 34 Rn. 3.

¹²⁴ Vgl. v. Mangoldt/Klein, Art. 34 II 3; Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, S. 9; Frenz, Staatshaftung, S. 130.

¹²⁵ Vgl. oben I. Teil B II.

¹²⁶ So Herschel, NJW 1969, 817 (820); wohl auch Frenz, Staatshaftung, S. 132.

Hinsichtlich der Rangfolge der verschiedenen Zweckrichtungen der Amtshaftung ist der Schutz des Geschädigten der primäre Zweck¹²⁷. Daraus folgt, daß die (teleologische) Auslegung auf diesen Schutzzweck hin auszurichten ist, jedes Auslegungsergebnis an der Erreichung und Vereinbarkeit mit diesem Schutzzweck zu messen ist. Erst dann können auch die weiteren Schutzrichtungen Berücksichtigung finden.

II. Schutz des Beamten

Zwar erscheint nach der Entstehungsgeschichte und der Rechtsprechung des Reichsgerichts zweifelhaft, ob die Haftungsübernahme durch den Staat auch den Schutz des Beamten bezweckt¹²⁸, doch ist mittlerweile anerkannt, daß bei der Frage des Innenregresses, der nach Art. 34 S. 2 GG nur bei grobem Verschulden und Vorsatz zulässig ist, unter Berücksichtigung des Grads des Verschuldens sowie der Leistungsfähigkeit auf die Verhältnisse des Beamten Rücksicht genommen werden muß, so daß insofern ein Schutz des in der Regel leistungsschwachen Beamten erkennbar wird¹²⁹. Dies ist jedoch nur ein untergeordneter Zweck bzw. eine Nebenfolge der Haftungsübernahme¹³⁰. Die innere Rechtfertigung dafür ergibt sich aus dem zwischen Staat und Beamten bestehenden öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis. Der Beamte begibt sich mit seiner ganzen Persönlichkeit und für das ganze Leben in den Dienst des Staates, woraus eine Fürsorgepflicht des Staates erwächst¹³¹.

Diese Argumentation kann nicht überzeugen. Denn sie paßt nur für Beamte im statusrechtlichen Sinne¹³², nicht für die unstreitig auch von Art. 34 GG erfaßten Angestellten und Arbeiter des Öffentlichen Dienstes, bei denen nicht wie bei Beamten im statusrechtlichen Sinne von einer Indienststellung der gesamten Persönlichkeit zugunsten des Staates gesprochen werden kann und bei denen das Arbeitsrecht noch keine prinzipielle Pflicht des Arbeitgebers zur Freistellung von Schadensersatzpflichten kennt, denen sie sich im Dienst durch fahrlässiges Handeln ausgesetzt haben.

¹²⁷ Vgl. Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, S. 9; Frenz, Staatshaftung, S. 130; BK-Dagtoglou, Art. 34 Rn. 2.

¹²⁸ So BK-Dagtoglou, Art. 34 Rn. 2.

¹²⁹ Vgl. Frenz, Staatshaftung, S. 133; v. Mangoldt/Klein, Art. 34 II 3; BK-Dagtoglou, Art. 34 Rn. 2; Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, S. 9.

¹³⁰ Vgl. Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, S. 9, 10; Frenz, Staatshaftung, S. 134.

¹³¹ Vgl. v. Mangoldt/Klein, Art. 34 II 3; Frenz, Staatshaftung, S. 134.

¹³² Vgl. zu dem Begriff und zur Abgrenzung 3. Teil A I - III.

Diese Schutzrichtung kann auch nicht mit einem Vergleich mit der aus dem Arbeitsrecht bekannten Rechtsfigur des Freistellungsanspruchs bzw. der betrieblich veranlaßten (früher: gefahrgeneigten¹³³) Tätigkeit begründet werden. Denn hier bestehen zwei erhebliche Unterschiede.

Zum einen betrifft die Fallgruppe der betrieblich veranlaßten Tätigkeit nur das interne Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, so daß der Anspruch des Dritten gegen den Arbeitgeber unberührt bleibt. Dem Arbeitnehmer steht nur ein Freistellungsanspruch entsprechend §§ 670, 675 BGB bzw. §§ 611, 242 BGB gegen den Arbeitgeber zu¹³⁴. Demnach bestünde für eine Haftungsüberleitung mit der Folge der Nichtinanspruchnahmefähigkeit des Beamten kein Grund. Der Freistellungsanspruch könnte auch im öffentlichen Recht das notwendige Korrelat bilden. Damit wäre eines der Hauptprobleme des haftungsrechtlichen Beamtenbegriffs entschärft, nämlich die Schwierigkeit für den geschädigten Dritten, den richtigen Klagegegner zu finden. Der Beamte könnte seinen Freistellungsanspruch gegen den Staat an den Geschädigten abtreten. Die Haftungsüberleitung "schießt" somit über das Ziel des Schutzes des Beamten hinaus.

Zum anderen gilt für den Rückgriff bei privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen ein anderer Verschuldensmaßstab als im Beamtenrecht. Denn der Arbeitnehmer haftet nur bei leichtester Fahrlässigkeit überhaupt nicht, bei mittlerer Fahrlässigkeit tritt dagegen in aller Regel eine quotale Aufteilung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber ein¹³⁵. Der Rückgriff gegen den Beamten ist dagegen nur ab der "Schwelle" der groben Fahrlässigkeit zulässig. Auch hier schießt die Haftungsüberleitung auf den Staat über vergleichbare Ziele im Privatrecht weit hinaus.

Der Schutz des Beamten kann daher nicht die volle Haftungsüberleitung auf den Staat erklären. Obwohl die innere Rechtfertigung für diesen weitgehenden Schutz des Beamten unklar bleibt, kann dies nichts an dem Befund ändern, daß der Verfassungsgeber den Schutz

¹³³ Das BAG hat die Begrenzung von Haftungserleichterungen auf sog. schadens- oder gefahrgeneigte Arbeit zugunsten des Kriteriums der betrieblich veranlaßten Tätigkeit aufgegeben, worunter alle Tätigkeiten zu verstehen sind, die dem Arbeitnehmer für den Betrieb übertragen worden sind oder die der Arbeitnehmer im Interesse des Betriebs ausführt, vgl. BAG GS NJW 1995, 210 (212).

¹³⁴ Vgl. Hromadka/Maschmann, ArbR, § 9 Rn. 41; Wollenschläger, ArbR, Rn. 162; ErfK-Preis, § 611 Rn. 1051, 1054.

¹³⁵ Vgl. Wollenschläger, ArbR, Rn. 161; ErfK-Preis, § 611 Rn. 1041-1046; Hromadka/Maschmann, ArbR, § 9 Rn. 33-37; dort auch zu weiteren Differenzierungen und neuesten Entwicklungen in der Rechtsprechung.

des Beamten durch die Rückgriffsregelung in Art. 34 S. 2 GG verfassungsrechtlich zum Ausdruck gebracht hat.

III. Schutz der Verwaltung

Drittens bezweckt die Haftungsüberleitung auf den Staat auch den Schutz der Verwaltung¹³⁶. Dies hängt eng mit dem Schutz des Beamten zusammen, es handelt sich um einen mittelbaren Schutz¹³⁷. Wird der Beamte vor einer Inanspruchnahme durch den geschädigten Dritten geschützt, so wird seine Arbeit nicht von der Angst vor einer Haftung behindert, seine Entschlußfreudigkeit und seine Bereitschaft zum Handeln, insbesondere bei eilbedürftigen Maßnahmen, werden gestärkt¹³⁸. Der Schutz der Verwaltung darf nicht dahingehend mißverstanden werden, daß die Verwaltung vor der finanziellen Inanspruchnahme geschützt werden soll. Vielmehr ist mit Schutz der Verwaltung ein Schutz der Effizienz des Verwaltungshandelns, ein Schutz des Verwaltungsablaufs in seiner Funktion gemeint¹³⁹.

Dieser Schutzzweck ist von Annahmen geprägt, die empirisch keineswegs bewiesen sind. Würde die Angst vor einer Haftung die Entschlußfreudigkeit und den Handlungswillen des Tätigen lähmen, so wäre es verwunderlich, warum im Zivilrecht bzw. Arbeitsrecht, wo die Arbeitnehmer grundsätzlich schon bei mittlerer Fahrlässigkeit quotal haften, noch nicht der rechtspolitische Ruf nach Reformen laut wurde. Dies zeigt, daß die faktische Basis für die dem angesprochenen Schutzzweck unterliegende Begründung äußerst schwach ist¹⁴⁰.

¹³⁶ Vgl. BK-Dagtolou, Art. 34 Rn. 2; v. Mangoldt/Klein, Art. 34 II 3; Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, S. 9, 10; Frenz, Staatshaftung, S. 135 f.

¹³⁷ So die Bezeichnung von Frenz, Staatshaftung, S. 135.

¹³⁸ Vgl. Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, S. 9, 10; Staudinger/Schäfer, § 839 Rn. 13; BK-Dagtolou, Art. 34 Rn. 2; v. Mangoldt/Klein, Art. 34 II 3.

¹³⁹ Vgl. v. Mangoldt/Klein, Art. 34 II 3; BK-Dagtolou, Art. 34 Rn. 2; Frenz, Staatshaftung, S. 135.

¹⁴⁰ Frenz, Staatshaftung, S. 136, konzidiert sogar, daß eine der Amtshaftung entsprechende Regelung im Privatrecht zu geringem Verantwortungsbewußtsein, unsorgfältigem und oberflächlichem Vorgehen verleiten würde, was bei öffentlich-rechtlichen Körperschaft wegen der Verpflichtung und Verbundenheit der Beamten gegenüber dieser Körperschaft nicht so sei, so daß eine Haftungsüberleitung auf Private (aber nicht auf Beamte öffentlich-rechtlicher Körperschaften) und nicht auf den Staat sogar geboten sein könne. Abgesehen davon, daß völlig nebulös bleibt, worin diese besondere (!) Verbundenheit und Verpflichtung liegen soll, begünstigt die Freistellung von der Haftung in Verbindung mit der grundsätzlichen Unmöglichkeit, einen Beamten zu entlassen, gerade das von Frenz befürchtete Verhalten, was mithin ein Grund für die mögliche Unzufriedenheit bezüglich des Verwaltungshandelns in großen Teilen der Bevölkerung sein könnte. Sehr kritisch-ironisch zu diesem Schutzzweck auch Bethge in: Kopp, Neuere Entwicklungen, S. 23.

IV. Zusammenfassung

Der Schutz des Geschädigten, die Notwendigkeit, ihm einen leistungsfähigen Schuldner zu verschaffen, ist oberster Schutzzweck und Auslegungsmaxime der Haftungsüberleitungsnorm des Art. 34 GG. Die innere Rechtfertigung des Schutzes des leistungsschwachen Beamten vor Inanspruchnahme durch den geschädigten Dritten sowie der Effizienzschutz der Verwaltung läßt sich nur schwer begründen; die beiden Schutzrichtungen liegen dennoch dem geltenden Verfassungsrecht in Art. 34 GG zugrunde.

B. Die Abgrenzung der Amtshaftung von anderen öffentlich-rechtlichen Ersatzleistungen

Neben der Amtshaftung gibt es innerhalb des Systems der Staatshaftung bzw. des Systems der öffentlich-rechtlichen Ersatzleistungen weitere Ansprüche eines geschädigten Bürgers gegen den Staat. Darauf näher einzugehen, würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen. Es kommt hier nur auf den Zusammenhang mit der Amtshaftung und die Darstellung der Grundstrukturen an.

I. Ansprüche aus verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnissen

Parallel zum Zivilrecht, nach dessen Systematik die Haftungsintensität zunimmt, je dichter die Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien sind, hat sich auch im öffentlichen Recht eine Konzeption der Haftung aus (verwaltungsrechtlichen) Schuldverhältnissen entwickelt, die versucht, zivilrechtliche Konzeptionen ins öffentliche Recht zu übertragen¹⁴¹. Dabei ist noch vieles ungeklärt.

Bejaht wurde das Vorliegen eines verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnisses beispielsweise beim Anschluß an die kommunale Kanalisation, auch wenn der Anschlußkanal nicht von der Gemeinde selbst, sondern von einem von der Gemeinde beauftragten Bauunternehmer hergestellt wird. Kommt es durch eine fehlerhafte Herstellung des Anschlusses zu Wasserschäden an einem Wohnhaus, so haftet die Gemeinde unter sinngemäßer Anwendung der Vorschrift des § 278 BGB¹⁴².

¹⁴¹ Vgl. Papier/Dengler, Jura 1995, 38 (39); Erichsen/Rüfner, Allg. VerwR, § 48 Rn. 9.

¹⁴² Vgl. BGHZ 54, 299 ff.

Für den geschädigten Bürger bietet die Haftung aus einem verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnis gegenüber der Amtshaftung Vorteile. Zum einen findet die Subsidiaritätsklausel des § 839 Abs. 1 S. 2 BGB keine Anwendung, zum anderen ist die Haftung für Hilfspersonen gemäß § 278 BGB strenger als in der deliktsrechtlichen Amtshaftung gemäß § 831 BGB; weiterhin richtet sich der Anspruch auf Naturalrestitution und nicht Geldersatz, wobei dem Bürger auch längere Verjährungsfristen zugute kommen; zu guter Letzt ergeben sich Beweislastunterschiede¹⁴³. Der Schadensersatzanspruch aus einem verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnis steht neben dem Anspruch aus Amtshaftung¹⁴⁴.

Das Problem bei der Rechtsfigur des verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnisses besteht darin, Kriterien festzulegen, wann ein solches vorliegt¹⁴⁵. Eine subsumtionsfähige Abgrenzungsformel ist bislang nicht gefunden worden, letztlich reduziert sich die Frage darauf, ob eine besondere Interessenlage vorliegt, die das Verhältnis zwischen Staat und Bürger als besonders eng erscheinen läßt¹⁴⁶.

Anhand des angeführten Beispiels des Anschlusses an die kommunale Kanalisation wird deutlich, daß der haftungsrechtliche Beamtenbegriff bei verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnissen keine Rolle spielt. Über § 278 BGB wird nämlich jeder, unabhängig von organisations- oder statusrechtlichen Vorschriften, der für die Verwaltung tätig wird, in den Kreis derer, die eine Haftung auslösen können, einbezogen. Andererseits wird folgende Wechselwirkung zur Amtshaftung deutlich: Je weiter man den Kreis derer faßt, die Amtshaftungsansprüche auslösen können, um so geringer ist das Bedürfnis für die Bejahung eines verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnisses. Hätte der BGH im Fall des Anschlusses an die kommunale Kanalisation den Bauunternehmer als haftungsrechtlichen Beamten angesehen, wäre ohne weiteres ein Amtshaftungsanspruch gegeben gewesen. An diesem Beispiel ist leicht zu erkennen, daß die Rechtsprechung bei Sachverhalten, bei denen die Verneinung der Staatshaftung zu einem nach allgemeiner Auffassung "ungerechten" Ergebnis führen würde, bemüht ist, dem geschädigten Bürger zu helfen. Um die Unzulänglichkeiten des

¹⁴³ Vgl. zu all diesen Vorteilen gegenüber der Amtshaftung Erichsen/Rüfner, Allg. VerwR, § 48 Rn. 10; Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, S. 338, 339.

¹⁴⁴ Vgl. BGH NJW 1974, 1816; Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, S. 360.

¹⁴⁵ Gewisse Verwaltungsverhältnisse sind bereits anerkannt, wie z. B. verwaltungsrechtliche Verträge und öffentlich-rechtliche Benutzungs- und Leistungsverhältnisse, vgl. zu den anerkannten Fallgruppen Erichsen/Rüfner, Allg. VerwR, § 48 Rn. 11; Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, S. 339- 353.

¹⁴⁶ Vgl. dazu und den verschiedenen Abgrenzungsversuchen Blume, Schuldrechtsähnliche Sonderverbindungen im öffentlichen Recht, S. 131 ff. sowie Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, S. 353- 354.

Amtshaftungsanspruchs für den Bürger zu mildern, wurde auch das unten näher erläuterte Institut des enteignungsgleichen Eingriffs entwickelt. Es stellt sich die Frage, warum die Rechtsprechung nicht den Weg einer Ausdehnung des Amtshaftungsanspruchs gegangen ist. Hätte sich die Rechtsprechung auf den Weg einer sachgerechten Auslegung und Ausdehnung des Amtshaftungsanspruchs gemacht, wäre das heutige System der öffentlich-rechtlichen Ersatzleistungen mit Sicherheit weniger kompliziert und bei weitem systematischer.

II. Der Aufopferungsanspruch

Ein Anspruch auf Entschädigung, nicht Schadensersatz, aus Aufopferung ist gegeben, wenn die Verletzung eines immateriellen Rechtsguts durch hoheitlichen Zwang zum Wohle der Allgemeinheit erfolgte und dadurch dem Geschädigten ein Sonderopfer auferlegt wurde¹⁴⁷.

Der Aufopferungsanspruch steht neben dem Amtshaftungsanspruch¹⁴⁸. Der Vorteil eines Anspruchs aus Aufopferung gegenüber einem Amtshaftungsanspruch besteht darin, daß nicht die deliktische Verjährung des § 852 BGB, sondern eine Verjährung von 30 Jahren gilt (§ 195 BGB)¹⁴⁹ und weder die Subsidiaritätsklausel noch das Verschuldenserfordernis Anwendung finden.

Umstritten ist die Rechtsgrundlage des Aufopferungsanspruchs¹⁵⁰. Während teilweise eine gewohnheitsrechtliche Geltung des § 75 EinlPrALR als Rechtsgrundlage angeführt wird¹⁵¹, verweisen andere auf das verfassungsrechtliche Prinzip der Lastengleichheit, das in Art. 3 GG seinen Niederschlag gefunden hat, wobei nur die Existenz des Aufopferungsanspruchs als verfassungskräftig verbürgt gilt¹⁵².

Auch der Aufopferungsanspruch knüpft nicht an bestimmte persönliche Merkmale des die Haftung Auslösenden an, wie die haftungsrechtliche Beamteneigenschaft oder die Amtsträgereigenschaft, sondern lediglich an das Erfordernis hoheitlichen Handelns. Da der

¹⁴⁷ Vgl. Erichsen/Rüfner, Allg. VerwR, § 48 Rn. 82; Obermayer, VerwR, S. 157, bezeichnet dies als Aufopferungsanspruch i.e.S.

¹⁴⁸ Vgl. BGHZ (GrS) 13, 88 (101); Kuschmann, NJW 1966, 574.

¹⁴⁹ Durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz wurde die Verjährung angeglichen, so daß Aufopferungsanspruch und Staatshaftungsanspruch einheitlich gemäß §§ 195, 199 verjährten. Ein Unterschied besteht somit nur noch für Altfälle gemäß Art. 229 § 6 EGBGB.

¹⁵⁰ Vgl. dazu Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, S. 130.

¹⁵¹ So BGHZ 9, 83 (85/86); 13, 88 (91).

¹⁵² So Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, S. 130, andeutungsweise auch BGHZ 13, 88 (91).

Aufopferungsanspruch bei rechtmäßigem Handeln der Verwaltung eingreift, macht eine Anknüpfung an ein Verschuldenserfordernis mangels Anknüpfungspunkts keinen Sinn. Als Anspruch bei rechtmäßigem Verhalten der Verwaltung besteht ein struktureller Unterschied zur Haftung für rechtswidriges Verhalten aus Amtshaftung.

III. Der Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff

Der Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff wurde entwickelt, um die Schwächen des Amtshaftungsanspruchs auszugleichen¹⁵³.

Ein enteignungsgleicher Eingriff ist gegeben, wenn eine Verletzung einer durch Art. 14 GG geschützten Rechtsposition durch unmittelbare Auswirkungen einer rechtswidrigen hoheitlichen Maßnahme im Interesse der Allgemeinheit erfolgt ist¹⁵⁴.

Der Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff steht, wie der Aufopferungsanspruch, neben dem Anspruch aus Amtshaftung¹⁵⁵. Er bietet gegenüber der Amtshaftung die gleichen Vorteile wie der Aufopferungsanspruch.

Der enteignungsgleiche Eingriff ist nach dem Naßauskiesungsbeschluß des Bundesverfassungsgerichts¹⁵⁶ von Art. 14 GG abgekoppelt. Er ist zwar aus Art. 14 GG abgeleitet, seine Ausgestaltung nach Tatbestandsvoraussetzungen und Rechtsfolgen liegt auf der Ebene des einfachen Rechts¹⁵⁷. Beim Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff handelt es sich ebenfalls um eine Ausprägung der unmittelbaren Staatshaftung¹⁵⁸.

Auch der Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff knüpft nicht an einen irgendwie gearteten Beamtenbegriff an. Es genügt hoheitliches Handeln. Eine tatbestandliche Begrenzung der Haftung tritt durch das Erfordernis der Unmittelbarkeit des Eingriffs ein.

Schon von der erwähnten Entstehungsgeschichte her zeigt sich die besondere Wechselwirkung mit dem Amtshaftungsanspruch: Je mehr man den Amtshaftungsanspruch ausdehnt, desto geringer das Bedürfnis nach einem Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff.

¹⁵³ Vgl. Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, S. 214.

¹⁵⁴ Vgl. Obermayer, VerwR, S. 147; Erichsen/Rüfner, Allg. VerwR, § 48 Rn. 58.

¹⁵⁵ Vgl. BGHZ 13, 88 (94, 95); Kuschmann, NJW 1966, 574.

¹⁵⁶ Vgl. BVerfGE 58, 300.

¹⁵⁷ Vgl. BGHZ 76, 375 (384); 90, 17 (30); BVerfG NJW 1992, 36 (37).

IV. Der Anspruch aus enteignendem Eingriff

Der Anspruch aus enteignendem Eingriff unterscheidet sich vom enteignungsgleichen Eingriff dadurch, daß er rechtmäßige hoheitliche Maßnahmen umfaßt, der Anspruch mithin gegeben ist, wenn ein Eingriff in das Eigentum durch eine rechtmäßige hoheitliche Maßnahme vorliegt, die ein Sonderopfer für den Anspruchsteller darstellt¹⁵⁹. Der enteignende Eingriff wird jedenfalls überwiegend auf der Ebene des einfachen Rechts angesiedelt, mag auch die konkrete Rechtsgrundlage umstritten sein¹⁶⁰. Auch der Anspruch aus enteignendem Eingriff stellt einen unmittelbaren Staatshaftungsanspruch dar.

V. Der Folgenbeseitigungsanspruch

Der Folgenbeseitigungsanspruch ist gegeben, wenn durch einen hoheitlichen Eingriff in ein subjektives Recht ein rechtswidriger Zustand geschaffen wurde, der noch andauert¹⁶¹. Er ist jedoch kein Schadensersatz- oder Entschädigungsanspruch, sondern ein Wiederherstellungsanspruch, der den vor dem Eingriff gegebenen Zustand wieder herbeiführen soll¹⁶².

Die Rechtsgrundlage des Folgenbeseitigungsanspruchs ist umstritten¹⁶³. Eine materiell-inhaltliche Verwandtschaft besteht auch zur Anfechtungsklage¹⁶⁴. Der Folgenbeseitigungsanspruch stellt ebenfalls eine Ausprägung der unmittelbaren Staatshaftung dar¹⁶⁵.

¹⁵⁸ So zu Recht Heidenhain, Amtshaftung und Entschädigung, S. 155; Heidenhain, JZ 1968, 487 (491).

¹⁵⁹ Vgl. Obermayer, VerwR, S. 147/148; Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, S. 276.

¹⁶⁰ Vgl. BGHZ 91, 20 (26-28): Der enteignende Eingriff finde ebenso wie der enteignungsgleiche Eingriff im allgemeinen Aufopferungsanspruch der §§ 74, 75 Einl PrALR in seiner richterrechtlichen Ausprägung seine Grundlage. Herangezogen wird teilweise § 906 Abs. 2 S. 2 BGB analog, vgl. dazu Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, S. 271.

¹⁶¹ Vgl. Brugger, JuS 1999, 625; Obermayer, VerwR, S. 165; Erichsen/Rüfner, Allg. VerwR, § 49 Rn. 24.

¹⁶² Vgl. Brugger, JuS 199, 625 (626); Maurer, VerwR, § 29 Rn. 1.

¹⁶³ Teilweise wird § 1004 BGB analog, das Rechtsstaatsprinzip, der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG sowie die Grundrechte herangezogen, vgl. dazu Obermayer, VerwR, S. 165. Die Auffassung, daß der Folgenbeseitigungsanspruch aus der Grundrechtsgewährleistung abzuleiten ist, scheint sich jedoch immer mehr durchzusetzen, vgl. BVerwGE 82, 76 (95) (Anspruch sowohl grundrechtlich als auch rechtsstaatlich motiviert); 94, 100 (103) (Herleitung aus dem materiellen Rechtsstaatsprinzip, zu dem auch die Grundrechte gehörten); kombinierend auch Obermayer, VerwR, S. 165; für die Ableitung ausschließlich aus den Grundrechten Schoch, VerwArch 79 (1988), 1 (34 ff.); vgl. auch Maurer, VerwR, § 29 Rn. 5. Am plausibelsten erscheint eine Kombination all dieser Begründungselemente auf jeweils unterschiedlichen Stufen, wie sie von Brugger, JuS 1999, 625 (628 ff.) vorgeschlagen wurde.

¹⁶⁴ Darauf weist Maurer, VerwR, § 29 Rn. 6 zu Recht hin.

¹⁶⁵ So richtig Heidenhain, Staatshaftung und Entschädigung, S. 175, 177.

VI. Die öffentlich-rechtliche Gefährdungshaftung

Die Frage, ob das öffentliche Recht eine allgemeine Gefährdungshaftung kennt, ist umstritten. Die Rechtsprechung lehnt eine allgemeine öffentlich-rechtliche Gefährdungshaftung ab¹⁶⁶. In der herrschenden Literatur wird eine Gefährdungshaftung unter Hinweis auf das Eintreten der herkömmlichen Tatbestände wie Aufopferung, enteignender und enteignungsgleicher Eingriff als überflüssig abgelehnt¹⁶⁷. Es läßt sich daher bislang weder eine einheitliche Haftungsgrundlage noch ein subsumtionsfähiger Tatbestand aufzeigen.

VII. Weitere öffentlich-rechtliche Ersatzleistungen

Abgeleitet aus dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung ist der öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch anerkannt, der auf die Rückabwicklung rechtsgrundlos erlangter Leistungen gerichtet ist¹⁶⁸.

Weiterhin sei noch auf die in den jeweiligen Landespolizeigesetzen enthaltenen Entschädigungsregelungen für Nichtstörer¹⁶⁹ sowie auf zahlreiche Schadensersatz- und Entschädigungsansprüche in Spezialgesetzen verwiesen.

Auf die in der Folge des Naßauskiesungsbeschlusses des Bundesverfassungsgerichts entwickelten Ansprüche aus ausgleichspflichtiger Inhaltsbindung ist im vorliegenden Zusammenhang nicht näher einzugehen, da es sich um ein Problem der Verfassungsmäßigkeit einer Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums handelt, die nur bei Gewährung eines gesetzlich angeordneten Ausgleichs für den Eingriff verhältnismäßig ist, so daß der haftungsrechtliche Beamtenbegriff nicht ins Spiel kommen kann.

¹⁶⁶ Vgl. BGHZ 54, 332 (336, 337); 55, 229 (232, 233).

¹⁶⁷ Vgl. Maurer, VerwR, § 28 Rn. 18, 19 (bejahend allerdings für Schäden durch Computer/technische Einrichtungen); Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, S. 374; Erichsen/Rüfner, Allg. VerwR, § 49 Rn. 60; die öffentlich-rechtliche Gefährdungshaftung bejahend dagegen Obermayer, VerwR, S. 162; ausführlich dazu Ossenbühl, JuS 1971, 575 (579-581).

¹⁶⁸ Vgl. dazu Maurer, VerwR, § 28 Rn. 20; Obermayer, VerwR, S. 171, 172.

¹⁶⁹ Vgl. § 55 Abs. 1 S. 1 PolG von Baden Württemberg.

C. Verfassungsrechtliche Implikationen der Amtshaftung

I. Verhältnis zum Rechtsstaatsprinzip

Die meisten Berührungspunkte weist die Vorschrift des Art. 34 GG mit dem Rechtsstaatsprinzip auf. Art. 34 GG ist eine Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips¹⁷⁰. Der Grundsatz der Gesetz- und Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns, wie er in Art. 20 Abs. 3 GG zum Ausdruck kommt, verbietet zwar ein rechtswidriges Handeln, enthält jedoch keine Sanktionsregelungen für den Fall eines solchen Handelns. Mit den durch die VwGO gewährten Rechtsbehelfen und mittels der Gewährleistung des Art. 19 Abs. 4 GG kann der geschädigte Bürger zwar in aller Regel die Aufhebung der rechtswidrigen Maßnahme erreichen. Oftmals ist aber durch die rechtswidrige Maßnahme bereits ein Schaden entstanden, so daß die Aufhebung der Maßnahme durch ein Verwaltungsgericht nicht zur vollständigen Genugtuung des geschädigten Bürgers ausreicht. Ein Rechtsstaat kann eine solche Verletzung nicht ohne Restitution oder Kompensation lassen¹⁷¹. Die Staatshaftung entpuppt sich somit als eine rechtsstaatlich notwendige Konsequenz und unentbehrliche Ergänzung zur gerichtlichen Kontrolle des Verwaltungshandelns. Ohne die Staatshaftung besäßen Rechtsschutz und gerichtliche Kontrolle nur theoretische Bedeutung¹⁷². Die Staatshaftung gewährt somit auch eine Form repressiven Schutzes gegen Verwaltungshandeln¹⁷³.

Der Rechtsstaat fordert eine Entschädigung für das in seinem Namen dem Bürger zugefügte Unrecht, wozu auch die Garantie eines leistungsfähigen Schuldners, nämlich des Staates, gehört¹⁷⁴. Art. 34 GG ist somit eine notwendige Folgerung aus einem materiell verstandenen Rechtsstaatsprinzip, wie es in Art. 20 Abs. 3 GG zum Ausdruck kommt¹⁷⁵.

Mit der Aussage von *Papier*, der auf die Zufügung des Unrechts im Namen des Staates hinweist¹⁷⁶, tritt in der Argumentationsstruktur wieder ein Berührungspunkt mit dem Gedanken der Repräsentation auf, wie er im 19. Jahrhundert von der öffentlich-rechtlichen Begründung der Staatshaftung vertreten wurde.

¹⁷⁰ Vgl. AK-Rittstieg, Art. 34 Rn. 10; Hesse, Grundzüge, Rn. 206; zur Frage der subjektiv-rechtlichen Ausprägung sogleich unten.

¹⁷¹ Vgl. Stern, Staatsrecht, Bd.1, S. 855.

¹⁷² Vgl. BK-Dagtoglou, Art. 34 Rn. 29; Stern, Staatsrecht, Bd. 1, S. 855.

¹⁷³ Vgl. BK-Dagtoglou, Art. 34 Rn. 29.

¹⁷⁴ Vgl. *Papier* in: Maunz/Dürig, Art. 34 Rn. 12.

¹⁷⁵ Vgl. Stern, Staatsrecht, Bd. 1, S. 855; *Papier* in: Maunz/Dürig, Art. 34 Rn. 12.

¹⁷⁶ Vgl. *Papier* in: Maunz/Dürig, Art. 34 Rn. 12.

Im Zusammenhang mit der rechtsstaatlichen Qualifikation des Art. 34 GG stellt sich auch die Frage, ob Art. 34 GG nach Art. 79 Abs. 3 GG vor einer Änderung durch den Verfassungsgeber geschützt ist. Das verneint insbesondere *Dagtoglou*¹⁷⁷. Art 34 GG sei ohnehin keine klassische Verfassungsbestimmung, gehöre nicht zum Kern der materiellen Verfassung, verdiene den Verfassungsrang aber als unmittelbarer Ausfluß des Rechtsstaatsprinzips¹⁷⁸. Art. 79 Abs. 3 GG schütze aber nicht jeden Ausfluß und jede Modalität des Rechtsstaatsprinzips¹⁷⁹.

Das kann aus mehreren Gründen nicht überzeugen. Der Begriff des Rechtsstaatsprinzips als solcher ist bereits dermaßen unbestimmt, daß er im wesentlichen nur durch gewisse Ausprägungen und Modalitäten in der Verfassungswirklichkeit entfaltet wird. Soll das Rechtsstaatsprinzip nicht vollständig unterlaufen werden, ist ein gewisser Schutz seiner Modalitäten unabdingbar. Bei der Staatshaftung handelt es sich nicht um eine fernliegende Modalität, sondern um eine Anwendung des Gesetzmäßigkeitsprinzips der Verwaltung, was zum unmittelbaren Kernbestand des Rechtsstaatsprinzips zählt. Daraus ergibt sich, daß die Staatshaftung zum wesentlichen Kernbestand eines jeden Rechtsstaates gehört. Wenn *Dagtoglou* selbst einräumt, daß ohne Staatshaftung Rechtsschutz und Kontrolle der Verwaltung nur von theoretischer Bedeutung seien¹⁸⁰, folgt daraus ohne weiteres die überragende Bedeutung der Staatshaftung für das Rechtsstaatsprinzip. Es ist nicht vorstellbar, wie eine wirksame Kontrolle der Verwaltung ohne die Möglichkeit eines Schadensersatzanspruchs bei rechtswidriger Schädigung möglich sein soll. Denn die nachträgliche Feststellung der Rechtswidrigkeit bei Realakten ist weder geeignet, die Verwaltung von rechtswidrigen Schädigungen abzuhalten, noch für die Geschädigten ausreichend. Ohne Staatshaftung könnte die Verwaltung sanktionslos durch möglichst zügige Vollziehung von Verwaltungsakten, auch wenn dies rechtswidrig wäre, sich jeglicher Verantwortung entziehen¹⁸¹. Diese kurze Überlegung zeigt schon, in welcher Weise ein Rechtsstaat, will er diesem Namen gerecht werden, auf die Staatshaftung angewiesen ist.

¹⁷⁷ Vgl. BK-Dagtoglou, Art. 34 Rn. 31.

¹⁷⁸ So BK-Dagtoglou, Art. 34 Rn. 27, 29, was allerdings nicht eines gewissen inneren Widerspruchs entbehrt.

¹⁷⁹ So BK-Dagtoglou, Art. 34 Rn. 30.

¹⁸⁰ So BK-Dagtoglou, Art. 34 Rn. 29.

¹⁸¹ Die nachträgliche Feststellung der Rechtswidrigkeit ist ohne die Möglichkeit, Schadensersatz zu erlangen, ohne jegliche praktische Bedeutung.

Als zum Kernbestand des Rechtsstaatsprinzips zählend, unterliegt Art. 34 GG somit auch dem Schutz des Art. 79 Abs. 3 GG. Das heißt aber nicht, daß nicht Modifikationen des Art. 34 GG möglich sind. Art. 34 GG hat jedoch eine Grundsatzentscheidung für das Bestehen der Staatshaftung getroffen. Die Staatshaftung kann daher zwar eingeschränkt werden, aber nicht völlig abgeschafft werden

II. Verhältnis zum Sozialstaatsprinzip

Art. 34 GG ist keine Ausprägung des Sozialstaatsprinzips¹⁸².

Dies gilt zum einen gegenüber dem Beamten, bezüglich dessen sich die Haftungsübernahme als Ausdruck der ihm geschuldeten beamtenrechtlichen Fürsorgepflicht darstellt. Die beamtenrechtliche Fürsorgepflicht ist kein Ausdruck des Sozialstaatsprinzips, da ihre Schutzrichtung nicht auf einen Bereich außerhalb der Staatsorganisation zielt¹⁸³.

Art. 34 GG ist auch keine Ausprägung des Sozialstaatsprinzips hinsichtlich des Schutzes des Geschädigten. Dies kann zwar nicht mit dem Argument begründet werden, daß die Staatshaftung eine notwendige Folge des Rechtsstaatsprinzips sei, womit sie keine Folge des Sozialstaatsprinzips mehr sein könne¹⁸⁴. Denn es ist kein Grund ersichtlich, warum es ausgeschlossen sein sollte, daß sich eine rechtliche Qualifikation sowohl aus dem Rechtsstaatsprinzip als auch aus dem Sozialstaatsprinzip ergeben könnte. Rechtsstaatsprinzip und Sozialstaatsprinzip schließen sich, selbst als Gegensatzpaar im Sinne von Freiheit und Gleichheit, nicht gegenseitig aus. Wenn teilweise ein Verhältnis der Gegensätzlichkeit angenommen wird, so bezieht sich dies darauf, daß zur Verwirklichung des sozialstaatlichen Prinzips oftmals Eingriffe in Freiheitsrechte anderer Bürger unerlässlich sind bzw. deren Freiheit beschränkt wird¹⁸⁵. Als Ausdruck beider Prinzipien wäre die Staatshaftung gegen den Staat gerichtet, womit ein Spannungsverhältnis zwischen Freiheit und Gleichheit im Verhältnis zu anderen Bürgern mangels Einschränkung von Freiheitsrechten nicht aufkommen könnte.

¹⁸² Vgl. BK-Dagtoglou, Art. 34 Rn. 30; v. Mangoldt/Klein, Art. 34 II 3.

¹⁸³ Vgl. v. Mangoldt/Klein, Art. 34 II 3.

¹⁸⁴ So jedoch v. Mangoldt/Klein, Art. 34 II 3.

¹⁸⁵ Vgl. zur Umschreibung dieser Situation durch das Spannungsverhältnis von Freiheit und Gleichheit Degenhart, Staatsrecht, Rn. 365.

Der Grund für die Zuordnung des Art. 34 GG zum Rechtsstaatsprinzip und nicht zum Sozialstaatsprinzip ist darin zu sehen, daß der Schadensersatz für den Geschädigten nur die Wiederherstellung des vor der schädigenden Handlung bestehenden status quo darstellt, er somit keine Erweiterung seines status quo über eine bereits vorhandene Position erhält¹⁸⁶. Die Tatsache, daß ein leistungsfähigerer Schuldner verschafft wird, rechtfertigt keine andere Beurteilung, da sich die Berechtigung dieses Anliegens aus den Gedanken der Subjektion und Repräsentation im weitesten Sinne ergibt¹⁸⁷, diese aber mit dem Sozialstaatsprinzip nichts zu tun haben.

III. Art. 34 GG als Grundrecht

Bei der großen Bedeutung, der Art. 34 GG für die Verwirklichung des Rechtsstaatsprinzips zugeschrieben wird¹⁸⁸, könnte man davon ausgehen, daß Art. 34 GG ähnlich Art. 19 Abs. 4 GG ein Grundrecht darstelle.

Ob Art. 34 GG ein Grundrecht verbürgt, ist wichtig, weil für die Frage, ob die Staatshaftung nicht auch bei privatrechtlichem Staatshandeln Anwendung findet, das Problem der Geltung der Grundrechte bei privatrechtsförmiger Verwaltung auftaucht und gelöst werden muß¹⁸⁹.

1. Positionen in der Literatur

Der Grundrechtscharakter des Art. 34 GG wird, soweit ersichtlich, nur von *Zimniok* behauptet¹⁹⁰. Er folgert aus dem Zweck der Vorschrift, dem Staatsbürger "ein innerpolitisches Mittel zur Sicherung demokratischer Freiheit"¹⁹¹ in die Hand zu geben, den Grundrechtscharakter. Art. 131 WRV habe im Abschnitt über die Grundrechte und Grundpflichten gestanden, das Reichsgericht den Grundrechtscharakter anerkannt¹⁹². Des weiteren hätten Abgeordnete des Parlamentarischen Rates im Staatshaftungsprinzip ein Grundrecht gesehen und es in den Grundrechtsteil aufnehmen wollen¹⁹³.

¹⁸⁶ So auch BK-Dagtoglou, Art. 34 Rn. 30.

¹⁸⁷ Vgl. oben 2. Teil A I.

¹⁸⁸ Vgl. oben 2. Teil C I.

¹⁸⁹ Vgl. dazu unten 4. Teil E VII 3 a.

¹⁹⁰ Vgl. *Zimniok*, DÖV 1952, 296 (297).

¹⁹¹ Eine Formulierung von Heidenhain, NJW 1949, 841.

¹⁹² So die Argumentation von *Zimniok*, DÖV 1952, 296 (297).

¹⁹³ So *Zimniok*, DÖV 1952, 296 (297).

Von der herrschenden Meinung wird der Grundrechtscharakter oder die Eigenschaft als grundrechtsgleiches oder -ähnliches Recht verneint, wenn auch meist ohne nähere Begründung¹⁹⁴. Aus der Tatsache, daß Abgeordnete des Parlamentarischen Rates Art. 34 GG in den Grundrechtsteil aufnehmen wollten, damit aber nicht durchdrangen, folgert v. Mangoldt/Klein, daß Art. 34 GG kein Grundrecht darstelle¹⁹⁵. Auch die Argumentation, die Staatshaftung stelle ein innerpolitisches Mittel zur Sicherung demokratischer Freiheit dar, wird nicht anerkannt, da die Staatshaftung bereits im grundrechtslosen Obrigkeitsstaat gegolten habe¹⁹⁶. Der Einordnung eines Rechtsinstituts unter eine bestimmte Staatsform kann für die Frage der Auslegung des Art. 34 GG aber nur geringe Bedeutung zukommen. Nach v. Mangoldt/Klein kann auch nicht aus der Formulierung "einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht" in Art. 34 GG auf den Grundrechtscharakter geschlossen werden¹⁹⁷, da ein Grundrecht nur auf der Rechtsfolgenseite stehen könne, diese Formulierung aber als Tatbestandsmerkmal aufzufassen sei¹⁹⁸. Diese Argumentation läßt sich jedoch anhand der Grundrechtsnormierungen im Grundgesetz nicht nachvollziehen¹⁹⁹.

Schon dieser kurze Überblick zeigt, daß es bei der Diskussion um den Grundrechtscharakter an einer systematischen, an den Auslegungsregeln der Verfassung orientierten nachvollziehbaren Methodik fehlt²⁰⁰.

2. Auslegungskriterien

Bei der Frage nach dem Grundrechtscharakter des Art. 34 GG handelt es sich um ein Problem der Verfassungsauslegung und nicht der Grundrechtsauslegung²⁰¹. Die Frage, ob eine grundgesetzliche Norm ein Grundrecht verbürgt, ist logisch vorrangig. Besonderer Bedeutung

¹⁹⁴ Vgl. AK-Rittstieg, Art. 34 Rn. 9, der sich mit dem kurzen Hinweis auf Wortlaut und systematische Stellung des Art. 34 GG begnügt; Papier in: Maunz/Dürig, Art. 34 Rn. 13 ohne jede Begründung; BK-Dagtoglou, Art. 34 Rn. 28 unter kurzem Hinweis auf Stellung und Entstehungsgeschichte des Art. 34 GG; v. Mangoldt/Klein, Art. 34 II 5.

¹⁹⁵ So v. Mangoldt/Klein, Art. 34 II 5.

¹⁹⁶ Vgl. v. Mangoldt/Klein, Art. 34 II 5.

¹⁹⁷ V. Mangoldt/Klein, Art. 34 II 5, schreiben diese Argumentation zu Unrecht Zimniok zu, der das gar nicht behauptet.

¹⁹⁸ Vgl. v. Mangoldt/Klein, Art. 34 II 5.

¹⁹⁹ So zu Recht auch Pfab, Staatshaftung, S. 42 Fn. 233.

²⁰⁰ Auch das Bundesverfassungsgericht hat ohne nähere Begründung, wohl lediglich unter dem Eindruck der formalen Stellung, den Grundrechtscharakter verneint, vgl. BVerfGE 2, 336 (338/339).

²⁰¹ Es kann daher dahinstehen, ob es gerechtfertigt ist, Grundrechtsnormen anders als andere Verfassungsnormen auszulegen.

kommt bei der Verfassungsauslegung über die anerkannten Auslegungsmethoden hinaus²⁰² dem Prinzip der Einheit der Verfassung zu²⁰³, die eine ideengetragene Konzeption darstellt und ein geschlossenes Ganzes der Ordnung des Staats- und Gemeinschaftslebens geben will²⁰⁴. Im Lichte dieses Einheitsstrebens des Verfassungsgebers müssen daher mögliche Konflikte zwischen Verfassungsrechtssätzen harmonisiert werden, unterschiedliche Positionen in Konkordanz zueinander gebracht werden²⁰⁵.

3. Begriff des Grundrechtes

Falsch wäre es, als Grundrechte diejenigen Rechte anzusehen, die mit der Verfassungsbeschwerde durchgesetzt werden können. Denn die Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde ist kein Begriffsmerkmal eines Grundrechts, sondern lediglich die Folge davon, daß ein Grundrecht vorliegt. Dies folgt schon aus dem Wortlaut von Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a GG.

Das Grundgesetz enthält keine Legaldefinition des Begriffs "Grundrecht".

Unter formalen Gesichtspunkten scheinen die Art. 1 - 19 GG die Grundrechte zu enthalten, da dieser Abschnitt als "Die Grundrechte" im Grundgesetz bezeichnet ist. Art. 1 Abs. 3 GG weist auf die "nachfolgenden Grundrechte" hin, woraus man zu Unrecht den Schluß ziehen müßte, daß die in Art. 1 Abs. 1 GG enthaltene Menschenwürde kein Grundrecht darstellt²⁰⁶. Auch die zentrale Vorschrift des Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a GG, der die Verfassungsbeschwerde regelt, nennt nicht die Art. 1-20 GG, sondern nimmt pauschal auf die Grundrechte Bezug. Die Möglichkeit einer Verfassungsbeschwerde wird auch für außerhalb der Art. 1 - 19 GG stehende Rechte eingeräumt²⁰⁷. Art. 142 GG verwendet den Begriff der Grundrechte im Zusammenhang mit den Art. 1-18 GG, was ebenfalls ungenau ist, da die Grundrechtsqualität von Art. 19 Abs. 4 GG unbestritten ist²⁰⁸. Aus dem Text des Grundgesetzes läßt sich somit eine eindeutige Ableitung einer Definition eines Grundrechtes nicht erreichen. Diese

²⁰² Vgl. Stern, Staatsrecht, Bd. 1, S. 125 f., dessen methodischem Ansatz hier gefolgt wird, sowie Sachs, Einf., Rn. 37 ff.

²⁰³ Vgl. dazu Hesse, Grundzüge, Rn. 71; Stern, Staatsrecht, Bd. 1, S. 131 f.

²⁰⁴ Vgl. Sachs, Einf., Rn. 50; Stern, Staatsrecht, Bd. 1, S. 131 f.

²⁰⁵ Vgl. Hesse, Grundzüge, Rn. 72; Stern, Staatsrecht, Bd. 1, S. 132 f.; Sachs, Einf., Rn. 50.

²⁰⁶ Vgl. BVerfGE 28, 151 (163); 28, 243 (263); 61, 126 (137); Sachs/Höfling, Art. 1 Rn. 3; a. A. Dreier, Art. 1 I Rn. 71 m. w. N zur Gegenansicht.

²⁰⁷ Auch diese Rechte haben Grundrechtsqualität und werden als grundrechtsgleiche (so Pieroth/Schlink, Grundrechte, Rn. 51) oder grundrechtsähnliche Rechte bezeichnet. Vgl. dazu Pfab, Staatshaftung, S. 34.

²⁰⁸ Vgl. nur Schmidt-Aßmann in: Maunz/Dürig, Art. 19 Rn. 7 ff.

Ungewißheit wird noch durch die Tatsache verstärkt, daß es außerhalb des Grundgesetzes sog. internationale Grundrechte sowie einen gemeinsamen Grundrechtsstandard auf europäischer Ebene gibt²⁰⁹. Aus diesen Überlegungen folgt, daß man sich bei der Frage nach dem Vorliegen eines Grundrechts nicht allein mit einer formalen Zuordnung zu den Art. 1-19 GG begnügen darf²¹⁰.

Es besteht daher kein Zweifel, daß der Begriff des Grundrechts (auch) materiell zu bestimmen ist. Materiell betrachtet ergibt sich schon aus der Bezeichnung, daß Grundrechte (subjektive) Rechte des Einzelnen darstellen. Von einfach-gesetzlichen Rechten unterscheiden sich Grundrechte dadurch, daß sie auch gegen die gemäß Art. 20 Abs. 3 GG an die Verfassung gebundene Legislative gerichtet sind. Daraus ergibt sich die Definition eines Grundrechtes, wie sie z. B. von *Pieroth/Schlink* folgendermaßen vorgenommen wird: Die Grundrechte des Grundgesetzes sind die die Ausübung der staatlichen Gewalt verfassungskräftig verpflichtenden subjektiven Rechte des Einzelnen²¹¹. Entscheidend ist demnach also, daß es sich um ein von der Verfassung garantiertes subjektives Recht handelt. Bei der Schaffung des Grundgesetzes ging man davon aus, daß nicht alle Grundrechte im Grundrechtsteil zusammengefaßt sind²¹². So wird deutlich, daß es an weiteren formellen oder materiellen Kriterien zur Eingrenzung bzw. Begrenzung des Grundrechtsbegriffes fehlt. Es bleibt demnach nur der Rückgriff auf den Charakter als verfassungskräftig verbürgtes subjektives Recht. Da Art. 34 GG eine Verfassungsnorm darstellt, muß man nur untersuchen, ob Art. 34 GG dem betroffenen Bürger ein subjektives Recht gewährt.

²⁰⁹ Hesse, Grundzüge, Rn. 278; Pfab, Staatshaftung, S. 34 weisen in diesem Zusammenhang zu Recht auf die Europäische Menschenrechtskonvention sowie die Deklaration der Vereinten Nationen zur Erklärung der Menschenrechte und die europäische Sozialcharta hin.

²¹⁰ So auch Pfab, Staatshaftung, S. 35; Hesse, Grundzüge, Rn. 277 sieht den Begriff der Grundrechte als einen lediglich formalen, konzipiert dann aber, der Begriff sei unzureichend. Für die vorliegenden Untersuchung spielt es keine Rolle, ob man den Begriff des Grundrechts weiter faßt oder eher restriktiv, dann aber die Grundrechtsvorschriften ebenso auf grundrechtsgleiche Rechte ausdehnt, wie Hesse, a. a. O., dies befürwortet.

²¹¹ Vgl. *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, Rn. 56; ebenso *Badura*, Staatsrecht, S. 75 Rn. 2; S. 77 Rn. 5; Hesse, Grundzüge, Rn. 279; *Quaritsch* in: *Kirchhof/Isensee*, HdbStR, Band V, § 120 Rn. 1.

²¹² Vgl. *Stern* in: *Isensee/Kirchhof*, HdbStR, Bd. V, § 109 Rn. 6.

4. Auslegung des Art. 34 GG

a. Grammatikalische/Logische Auslegung

Nach dem Wortlaut bestimmt Art. 34 GG nur, wen im Falle der Verletzung eines öffentlichen Amtes die Verantwortlichkeit trifft. Der Wortlaut ist objektiv gefaßt. Ein individualrechtlicher Bezug ergibt sich jedoch daraus, daß Art. 34 S. 1 GG auf die einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht abstellt²¹³. Auch aus dem Zusammenspiel mit § 839 BGB, der die in Art. 34 S. 1 GG erwähnte Verantwortlichkeit ausgestaltet, ergibt sich, daß ein Bezug zum Anspruchsinhaber, nämlich dem geschädigten Dritten, vorhanden sein muß²¹⁴. Art. 34 S. 1 GG bildet somit einen Teil der Anspruchsgrundlage für den Amtshaftungsanspruch. Aus der logischen Interpretation ergibt sich somit ein subjektiv-rechtlicher Gehalt des Art. 34 S. 1 GG. Dem bloßen Wortlaut kann dagegen weniger Bedeutung zukommen, da auch objektiv gefaßte Normen ohne Zweifel Grundrechte verbürgen, so z. B. die Art. 4 Abs. 1, 2, Art. 5 Abs. 3 S. 1, Art. 6 Abs. 1, Art. 10 Abs. 1 Art. 13 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1 S. 1, Art. 16 GG. Während die grammatikalische Interpretation weder gegen noch für die Anerkennung als Grundrecht spricht, deckt die logische Interpretation einen subjektiv-rechtlichen Gehalt auf²¹⁵.

b. Systematische Auslegung

Betrachtet man die systematische Stellung der Norm des Art. 34 GG, so spricht die Einordnung unter den II. Abschnitt "Der Bund und die Länder" gegen eine Einordnung als Grundrecht. Art. 34 GG gehört vom materiellen Standpunkt aus jedoch nicht dorthin, wo er tatsächlich steht²¹⁶. Schon aus den erwähnten Schutzzwecken, wonach der Schutz des Amtswalters nur eine nebensächliche Komponente darstellt, ergibt sich, daß auch der Zusammenhang mit der beamtenrechtlichen Komponente in Art. 34 S. 2 GG nicht ausreicht, die Stellung der Norm hinter Art. 33 GG zu rechtfertigen. Art. 34 GG müßte eigentlich Art. 19 Abs. 5 GG sein. Das ergibt sich aus dem dargestellten Zusammenhang mit dem Rechtsstaatsprinzip, dessen unmittelbarer Ausfluß Art. 34 GG ist. Ferner besteht ein Zusammenhang in der Normstruktur, erfordert doch Art. 19 Abs. 4 GG ähnlich wie Art. 34 S.

²¹³ So auch Pfab, Staatshaftung, S. 42 f.

²¹⁴ Ebenso Pfab, Staatshaftung, S. 42, 43.

²¹⁵ Das muß auch Pfab, Staatshaftung, S. 43, zugeben.

1 GG eine subjektive Rechtsverletzung im Sinne einer Schutznormverletzung²¹⁷. Der enge Zusammenhang zwischen Art. 19 Abs. 4 GG und Art. 34 GG wird auch historisch durch die Abgrenzungsschwierigkeiten belegt, die im Zuständigkeitsausschuß bei der Frage nach dem Verhältnis der beiden Vorschriften zueinander auftraten²¹⁸.

Pfab meint jedoch, auch bei systematischer Betrachtung würden die Unterschiede zwischen Art. 34 GG und Art. 19 Abs. 4 GG überwiegen. So meint sie, die erste deutliche Diskrepanz bereits im unterschiedlichen Wortlaut zu erkennen, sei Art. 34 doch objektiv-unpersönlich, Art. 19 Abs. 4 GG dagegen in klar individuell berechtigender Weise gefaßt²¹⁹. Wie bereits festgestellt, läßt sich jedoch dem Wortlaut des Art. 34 GG weder gegen noch für eine Anerkennung des Art. 34 GG als Grundrecht etwas herleiten²²⁰.

Pfab ist weiterhin der Auffassung, es fehle an einer materiellen Vergleichbarkeit mit Art. 19 Abs. 4 GG. Zwar könne man prima facie meinen, beide Normen wollten den gleichen Freiheitsraum sichern, indem sie die individuelle Freiheit bzw. die Grundrechte vor rechtswidrigen Übergriffen der öffentlichen Gewalt schützten. Der entscheidende Unterschied liege jedoch darin, daß Art. 19 Abs. 4 GG dem primären Rechtsschutz, Art. 34 GG dagegen dem sekundären Rechtsschutz diene. Die Abwehr und Korrektur rechtswidriger hoheitlicher Maßnahmen stellten aber das rechtsstaatlich vorrangige Ziel dar. Es gebe keine Wahlmöglichkeit nach dem alten Satz "dulde und liquidiere", womit eine verfassungsrechtlich identische Absicherung primären und sekundären Rechtsschutzes nicht zwingend sei²²¹. Der Primärrechtsschutz in Form der Erhaltung und Wiederherstellung rechtmäßiger Zustände stelle für den einzelnen eine umfassendere, wichtigere und intensivere Freiheitsverbürgung dar als die Wiedergutmachung durch Schadensersatz²²².

Selbst wenn diese Auffassung zum Verhältnis von Primärrechtsschutz und Sekundärrechtsschutz richtig wäre, kann man daraus nicht schließen, daß es nur wegen der

²¹⁶ Vgl. BK-Dagtoglou, Art. 34 Rn. 29, zweifelnd auch v. Mangoldt/Klein, Art. 34 II 10, der sich zwar nicht zur endgültig "richtigen" Stellung äußert, aber jedenfalls feststellt, daß Art. 34 GG keinesfalls in den II. oder VIII. Abschnitt des Grundgesetzes gehört.

²¹⁷ Vgl. *Pfab*, Staatshaftung, S. 44.

²¹⁸ Vgl. 12. Sitzung des Zuständigkeitsausschusses v. 14. 10. 1948, StenProt., S. 5, 6.

²¹⁹ Vgl. *Pfab*, Staatshaftung, S. 56.

²²⁰ Dies ist auch das Ergebnis von *Pfab*, S. 42 f., die sich damit in Widerspruch zu ihren eigenen Auslegungsergebnissen setzt.

²²¹ Vgl. *Pfab*, Staatshaftung, S. 57.

²²² Vgl. *Pfab*, Staatshaftung, S. 57.

Nachrangigkeit des Sekundärrechtsschutzes an der strukturellen Vergleichbarkeit mit Art. 19 Abs. 4 GG fehle. Das Verhältnis von Primärrechtsschutz und Sekundärrechtsschutz wird mit solchen Aussagen nicht richtig erfaßt. Auch der Naßauskiesungsbeschluß des Bundesverfassungsgerichts²²³ geht nicht von einer generellen Nachrangigkeit des Sekundärrechtsschutzes gegenüber dem Primärrechtsschutz aus. Die Frage des Rangverhältnisses stellt sich erst dann, wenn überhaupt die Möglichkeit zum Primärrechtsschutz besteht. Tritt der Schaden jedoch ein, bevor sich der Bürger zur Wehr setzen konnte, ist die Frage nach dem Verhältnis von Primär- und Sekundärrechtsschutz bedeutungslos. Eine generelle Nachrangigkeit des Sekundärrechtsschutzes gegenüber dem Primärrechtsschutz läßt sich der Verfassung nicht entnehmen. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem Hinweis auf § 839 Abs. 3 BGB²²⁴. Denn diese einfach-gesetzliche Norm hat keine Bedeutung für die Verfassungsauslegung als solche. Auch kommt in § 839 Abs. 3 BGB nur der allgemeine Rechtsgedanke zum Ausdruck, daß den Geschädigten eine Schadensminderungspflicht trifft, d.h. soweit möglich, aber eben auch nur soweit, Primärrechtsschutz vor Sekundärrechtsschutz geht. Wer den Sekundärrechtsschutz niedriger bewertet als den Primärrechtsschutz, fordert die Verwaltung geradezu heraus, auf der faktischen Ebene den Primärrechtsschutz zu entwerten, z. B. Verwaltungsakte sofort zu vollziehen. Auch aus repressiver Sicht und unter dem Aspekt der Disziplinierung der Verwaltung kann dem Sekundärrechtsschutz keine geringere Bedeutung als dem Primärrechtsschutz zukommen. Aus rechtsstaatlicher Sicht müssen Primär- und Sekundärrechtsschutz Hand in Hand gehen²²⁵.

c. Genetische Auslegung

Der Grundrechtscharakter der Vorschrift wurde während der Beratungen zum Grundgesetz zwar des öfteren betont²²⁶, man konnte sich letztendlich aber nicht zu einer Aufnahme in den Grundrechtsteil durchringen²²⁷. Die Frage der Stellung des heutigen Art. 34 GG war während der Beratungen und Beschlußfassungen zum Grundgesetz äußerst umstritten²²⁸. Die Position des Art. 34 GG erscheint überaus zufällig²²⁹. Vieles spricht dafür, daß man mit der Stellung des Art. 34 GG nicht gegen den Grundrechtscharakter votieren wollte. So sind wohl auch die Vorschläge zu erklären, einfach einen Grundgesetzartikel zu schaffen, der die Weitergeltung

²²³ Vgl. BVerfGE 58, 300 (324).

²²⁴ So aber wohl Pfab, Staatshaftung, S. 57 Fn. 352.

der Grundsätze des Art. 131 WRV festschreiben sollte. Dies relativiert die formal-systematische Stellung des Art. 34 GG über die oben bereits genannten Argumente hinaus.

In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, daß der Grundrechtscharakter der Amtshaftung hauptsächlich von *v. Mangoldt* mit dem Argument abgelehnt wurde, es handle sich nicht um ein klassisches Freiheitsrecht, da es im angelsächsischen Raum unbekannt sei und auch dort nicht zu den klassischen Menschen- und Freiheitsrechten zähle²³⁰. Natürlich wurde auch die gegenteilige Auffassung vertreten²³¹. Überhaupt erscheint die Idee, daß die Amtshaftung deswegen kein Grundrecht sein könne, weil sie im angelsächsischen Raum unbekannt sei, eher abwegig, da Großbritannien bekanntermaßen überhaupt keine Grundrechte kennt²³². Jedenfalls kann einer solch eigenwilligen Argumentation nichts mehr entnommen werden. Ebenso unklar bleibt, warum das Grundgesetz nur klassische Freiheits- und Menschenrechte, was immer auch darunter zu verstehen sein mag, anerkennen soll. Dies vermag z. B. im Hinblick auf das Asylrecht nicht ohne weiteres einzuleuchten. Es schimmert der eigentliche Konflikt durch, der für das Amtshaftungssystem geradezu charakteristisch erscheint. Während die Mitglieder des Zuständigkeitsausschusses klar die rechtsstaatliche Komponente betonten, blieb *v. Mangoldt* der beamtenrechtlichen Deutung, die in der Amtshaftung primär einen Schutz des handelnden Beamten sah, verhaftet. Jedenfalls ist wie dargelegt unter den heutigen Deutungen des Schutzzweckes der Amtshaftung die beamtenrechtliche Deutung, selbst wenn sie historisch jemals richtig gewesen sein sollte, überholt. Im übrigen ist zu beachten, daß der von *v. Mangoldt* selbst favorisierte Vorschlag zur Stellung des Art. 34 GG nicht zum Tragen kam.

²²⁵ Daher auch die weise Entscheidung der meisten Reformvorschläge, die Rechtswegspaltung aufzugeben und in einem einheitlichen Verfahren über den gesamten Streitstoff zu entscheiden.

²²⁶ Insbesondere im Zuständigkeitsausschuß bestand unter den führenden Mitgliedern Dr. Hoch sowie Dr. Reif, Dr. Laforet und dem Vors. Wagner Einigkeit darüber, daß die Vorschrift im Grundrechtsteil plaziert werden sollte. Vgl. StenProt. der 6. Sitzung des Zuständigkeitsausschusses v. 30. 9. 1948, S. 41, 43, 47; StenProt der 8. Sitzung des Zuständigkeitsausschusses v. 6. 10. 1948, S. 5, 10, 15; StenProt der 11. Sitzung des Zuständigkeitsausschusses v. 13. 10. 1948, S. 85, StenProt der 12. Sitzung des Zuständigkeitsausschusses v. 14. 10. 1948, S. 5.

²²⁷ Diesen Gesichtspunkt betonen auch *v. Mangoldt/Klein*, Art. 34 II 5; *BK-Dagtolou*, Art. 34 Rn. 28.

²²⁸ Vgl. dazu oben zur Entstehungsgeschichte.

²²⁹ Sehr bezeichnend in dieser Beziehung die Aussage von Dr. Reif in der 28. Sitzung des Grundsatzausschusses v. 3. 12. 1948, StenProt S. 4: "Jetzt irrt diese Formulierung herum und sucht eine Heimstätte in dem System der Verfassung."

²³⁰ Vgl. die Äußerungen *v. Mangoldts* i. d. 26. Sitzung des Grundsatzausschusses, StenProt, S. 15 sowie i. d. 18. Sitzung des Hauptausschusses v. 4. 12. 1948, StenProt. S. 220.

²³¹ Vgl. die Äußerung von Dr. Hoch i. d. 8. Sitzung des Zuständigkeitsausschusses v. 6. 10. 1948, StenProt. S. 15: "Klassisches Grundrecht ist es nicht, aber für uns Heutige ist es eine Selbstverständlichkeit, daß es zu einem klassischen Grundrecht geworden ist."

²³² Vgl. dazu und zum rechtspolitischen (!) Streit um die Einführung einer "bill of rights" Koch, Zur Einführung eines Grundrechtskataloges im Vereinigten Königreich von Großbritannien und Nordirland, S. 19 ff.

d. Historische Auslegung

Es ist unbestritten, daß Art. 34 GG gegenüber Art. 131 WRV keine materiellen Änderungen enthalten sollte, vielmehr nur die durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts entwickelten Grundsätze festschreiben wollte²³³. Art. 131 WRV war jedoch in der Weimarer Zeit als Grundrecht anerkannt, insbesondere das Reichsgericht betonte den Grundrechtscharakter²³⁴.

Pfab meint daraus nur begrenzt Schlüsse ziehen zu können, da die Grundrechtsqualifizierung durch das Reichsgericht weniger mit der Erkenntnis zu tun gehabt habe, daß es sich um ein klassisches Freiheitsrecht handele. Vielmehr habe das Reichsgericht damit der praktischen Notwendigkeit einer aktuellen Geltung der Norm trotz fehlender einfachgesetzlicher Ausgestaltung Tribut gezollt²³⁵. Außerdem seien in der Weimarer Zeit die Grundrechte nicht als unabdingbares, den Gesetzgeber verpflichtendes und höchstrangiges Recht ausgestaltet gewesen; der Gesetzgeber habe aufgrund der Gesetzesvorbehalte Kompetenzen zur weitgehenden Ausgestaltung der Grundrechte erhalten²³⁶.

Diese Auffassung verkennt, daß es in der Weimarer Zeit aufgrund des bereits vorhandenen § 839 BGB auf eine nähere gesetzliche Ausgestaltung gar nicht ankam. Im übrigen hat die Frage, ob eine Bindung des Gesetzgebers eintritt, für die vorliegende Frage nach dem subjektiv-rechtlichen Gehalt keine Bedeutung. Denn es geht nur darum, ob Art. 131 WRV subjektive Rechte verschaffen wollte. Ob dies auch gegenüber dem Gesetzgeber gelten sollte, ist eine Frage des Ranges des subjektiven Rechts, die jedenfalls heute unter der Geltung des Grundgesetzes keine Rolle mehr spielt. Aus der Aussage, die Grundrechte der Weimarer Verfassung richteten sich nicht gegen den Gesetzgeber, läßt sich jedenfalls nicht folgern, daß der Grundrechtscharakter des Art. 131 WRV bei der Transformation ins Grundgesetz verloren

²³³ Vgl. oben 1. Teil B VII 1.

²³⁴ Vgl. RGZ 102, 166 (171): "Es bliebe also dem einzelnen Lande überlassen, ob und wann es die Richtlinien der Staatsverantwortlichkeit für sein Gebiet verwirklichen wollte. Um dem vorzubeugen, schafft und verwirklicht die Reichsverfassung selbst die Staatsverantwortlichkeit als ein sofortiges Grundrecht aller Deutschen für das ganze Reichsgebiet."

²³⁵ Vgl. *Pfab*, Staatshaftung, S. 47 f.

²³⁶ So die Argumentation von *Pfab*, Staatshaftung, S. 48.

gehen sollte. Da Art. 131 WRV als Grundrecht anerkannt war, war es für die Weimarer Zeit unproblematisch, damit ein subjektives Recht zu verbinden²³⁷.

Zwar stellt der II. Hauptteil der Weimarer Verfassung einen Komplex von subjektiven Rechten, objektiven Gewährleistungen, Grundsätzen, Richtlinien und Programmen dar, so daß die Hauptfrage der Weimarer Zeit die nach der juristischen Wirkkraft dieser Normen war. Das Verhältnis zum Gesetzgeber war oftmals offen, weil wegen der Vielzahl an Gesetzesvorbehalten eine weitgehende Ausgestaltungsbefugnis durch den Gesetzgeber blieb²³⁸. Die Frage nach der unmittelbaren Geltung eines Grundrechtsartikels wurde von Fall zu Fall beantwortet²³⁹. Gegen Ende der Weimarer Republik äußerte sich *Anschütz*, der anfangs sogar die unmittelbare Geltung des Art. 131 WRV bestritten hatte, zu Art. 131 WRV folgendermaßen: Art. 131 WRV sei keine Richtlinie und kein Programmsatz, sondern vielmehr als Grundsatz wie als Grundrecht reichsverfassungskräftig, womit in Anlehnung an *Thoma* wohl gemeint ist, daß Art. 131 WRV selbst durch den Reichsgesetzgeber nicht abänderbar sei, somit also erhöhten Schutzcharakter besitze²⁴⁰. Zur Frage des Gesetzesvorbehaltes führt er aus, daß das Tatbestandsmerkmal "grundsätzlich" in Art. 131 WRV die das "nähere" regelnde Gesetzgebung ermächtigen solle, innerhalb gewisser - naturgemäß nicht weiter, sondern enger- Grenzen Ausnahmen vom Prinzip der Staatshaftung vorzuschreiben oder zuzulassen²⁴¹.

Daraus läßt sich folgendes ableiten: Mag für andere Grundrechtsvorschriften vieles strittig gewesen sein, Art. 131 WRV war jedenfalls als unmittelbar wirkendes Grundrecht anerkannt und war sogar als reichsverfassungskräftiger Grundsatz mit erhöhtem Schutz gegenüber dem Gesetzgeber ausgestaltet, dem nicht wie bei anderen Grundrechten ein weiter Ausgestaltungsspielraum zugestanden wurde. Würde Art. 34 GG nicht als Grundrecht anerkannt, würde man sogar hinter den Schutzstandard der Weimarer Reichsverfassung zurückfallen.

²³⁷ Vgl. nur *Anschütz*, Die Verfassung des Deutschen Reiches, S. 506, 513, 514, der bei der Nennung von Artikeln im II. Hauptteil der Weimarer Verfassung, die nur objektives Recht darstellen, Art. 131 WRV gerade nicht erwähnt.

²³⁸ Vgl. *Stern* in: *Isensee/Kirchhof*, HdbStR, Bd. II, § 108 Rn. 29; *Schneider* in: *Isensee/Kirchhof*, HdbStR, Bd. I, § 3 Rn. 34; *Stern*, Staatsrecht, Bd. III/1, S. 123, 126.

²³⁹ Vgl. *Stern*, Staatsrecht, Bd. III/1, S. 123.

²⁴⁰ Vgl. *Anschütz*, Die Verfassung des Deutschen Reiches, S. 608, 609 (i. V. m. S. 517/518); zur Frage der erschwerten Abänderbarkeit des Art. 131 WRV vgl. auch *Anschütz/Thoma*, Hdb. des Deutschen Staatsrechts, S. 603.

²⁴¹ Vgl. *Anschütz*, Die Verfassung des Deutschen Reiches, S. 612/613.

e. Teleologische Auslegung

Wie ausgeführt²⁴², bezweckt Art. 34 GG in erster Linie den Schutz des Geschädigten. An diesen primären Schutzzweck muß somit auch die teleologische Auslegung anknüpfen.

Art. 34 GG weist eine eindeutig (und zwar fast ausschließlich) bürgerbezogene Zielrichtung auf. Ein weiteres Argument ist die enge Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip, insbesondere dem Schutz der Grundrechte durch Art. 34 GG²⁴³. Es darf außerdem nicht verkannt werden, daß sich seit Erlass des Grundgesetzes in der staatlichen Verwaltungstätigkeit ein grundlegender Wandel vollzogen hat. Seit dem 2. Weltkrieg ist eine geradezu explosionsartige Vermehrung der Staatstätigkeit zu beobachten. Dies geht einher mit einer verstärkten Abhängigkeit des Einzelnen vom Staat²⁴⁴. Der Staat usurpiert immer mehr Bereiche, die ursprünglich privater Tätigkeit und Initiative vorbehalten waren. Diesem Bedeutungswandel staatlicher Tätigkeit kann sich auch und gerade die Verfassungsauslegung nicht verschließen. Dabei handelt es sich keineswegs um rechtspolitisch motivierte Auslegungsergebnisse²⁴⁵. Dies folgt schon aus dem Zweck des Art. 19 Abs. 4 GG und des Art. 34 GG, den Bürger umfassend gegen die staatliche Gewalt zu schützen. Je mehr sich der Staat ausbreitet, desto dringender das Bedürfnis, dem Bürger eine "starke Waffe" gegen die Verwaltung in die Hand zu geben. Spricht man Art. 34 GG keinen Grundrechtscharakter zu, kann sich der Bürger nicht gegen mögliche Einschränkungen der Staatshaftung wehren.

²⁴² Vgl. oben 2. Teil A I.

²⁴³ Darauf weist auch Pfab, Staatshaftung, S. 50 f. hin, ohne dann allerdings die naheliegende Konsequenz des Grundrechtscharakters zu ziehen; vgl. auch BGHZ 69, 128 (134): "Besonders dann, wenn - wie hier - der (durch die Verwaltungsgerichte zu gewährende) unmittelbare Rechtsschutz gegen rechtswidrige Maßnahmen staatlicher Amtsträger wegen der Eigenart der Verwaltungstätigkeit im wesentlichen ausfällt, das Verhalten der Amtsträger jedoch zu erheblichen Einbußen des Einzelnen führt, gewinnt der durch Art. 34 GG vermittelte subsidiäre (mittelbare) Schutz in rechtsstaatlicher Hinsicht besondere Bedeutung [Zitate]."

²⁴⁴ Vgl. dazu bereits Forsthoff, VerwR, S. 321.

²⁴⁵ So zu Unrecht Pfab, Staatshaftung, S. 50 f., die den offenen, dynamischen Charakter der Verfassung verkennt.

f. Das Kriterium der Einheit der Verfassung

Zuletzt soll noch auf das Kriterium der Einheit der Verfassung eingegangen werden, d.h. auf die Frage, inwieweit sich eine Qualifizierung des Art. 34 GG als Grundrecht in das logisch-teleologische Sinngebilde der Verfassung als Ordnungsidee bezüglich einer Gesamtkonzeption des Staats- und Gemeinschaftslebens einfügt.

So wird z. B. von *Pfab* vorgebracht, eine Charakterisierung des Art. 34 GG als Grundrecht bedeute eine Einengung des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraumes und somit eine Kompetenzverlagerung zugunsten des Bundesverfassungsgerichts²⁴⁶. Dem Gesetzgeber sollte aber angesichts der Tatsache, daß Art. 34 GG nur als Ausdruck mittelbarer Staatshaftung aufgefaßt werde, ein gewisser Gestaltungsspielraum verbleiben²⁴⁷. Abgesehen davon, daß es sich hierbei um ein rechtspolitisches Argument handelt, kann es auch in der Sache nicht überzeugen. Zwar mag dadurch der Spielraum des Gesetzgebers weiter verengt werden, doch kommt dies dem geschädigten Bürger zugute, fügt sich also nahtlos in den oben analysierten Schutzzweck ein. Die herrschende Meinung führt dazu, daß der Bürger sich auf eine Vorschrift nicht berufen kann, die fast ausschließlich seinem Schutz dient. Nach der herrschenden Meinung stellt nämlich Art. 34 GG eine institutionelle Garantie im Sinne einer Mindestgarantie dar, d.h. der zuständige Gesetzgeber darf diese Grenze zwar überschreiten, jedoch nicht unterschreiten²⁴⁸. Die Folge einer Unterschreitung durch den Gesetzgeber bliebe aber folgenlos, denn der Geschädigte könnte sich mangels Grundrechtscharakter des Art. 34 GG nicht mit einer Verfassungsbeschwerde gegen die Einschränkung der Staatshaftung wehren. Insoweit ist die Charakterisierung als institutionelle Garantie oder Mindestgarantie nur eine leere Hülle, die nicht weiterhilft. Mit der Charakterisierung als Einrichtungsgarantie wäre Art. 34 GG die einzige Einrichtungsgarantie im Grundgesetz, der kein korrespondierendes subjektives Recht entspricht²⁴⁹. Denn von Einrichtungsgarantien wird im allgemeinen nur im Zusammenhang mit Grundrechten gesprochen, um das subjektive Recht

²⁴⁶ Vgl. *Pfab*, Staatshaftung, S. 52.

²⁴⁷ Vgl. *Pfab*, Staatshaftung, S. 52; an gleicher Stelle räumt *Pfab* jedoch ein, daß selbst bei einer Charakterisierung als Grundrecht dem Gesetzgeber die Schaffung einer unmittelbaren Staatshaftung nicht verwehrt ist, wodurch sie das vorgenannte Argument selbst entwertet.

²⁴⁸ Vgl. BVerfG NJW 1983, 25 (30); BK-Dagtolou, Art. 34 Rn. 31; Erichsen, *VerwArch* 62 (1971), 181 (186); Lerche, *JuS* 1961, 237 (240); Lüke, *AöR* 104 (1979), 225 (235); Bettermann in: *Bettermann/Nipperdey/Scheuner*, *Die Grundrechte*, Bd. III/2, S. 853; Papier in: *Maunz/Dürig*, Art. 34 Rn. 13; *AK-Rittstieg*, Art. 34 Rn. 7; Papier in: *Isensee/Kirchhof*, *HdbStR*, Bd. VI, § 157 Rn. 14; *Sachs/Bonk*, Art. 34 Rn. 2, 3.

zu verstärken²⁵⁰. Ohne letzteres geht die Einrichtungsgarantie nicht über den Inhalt einer "normalen" Verfassungsvorschrift hinaus. Es versteht sich von selbst, daß das Wesen einer Verfassungsvorschrift nicht vollständig unterlaufen oder das in ihr angeordnete Rechtsinstitut abgeschafft werden darf. Das ergibt sich schon aus der Charakterisierung als Verfassungsvorschrift, die, auch wenn keine Einrichtungsgarantie vorliegt, dem einfachen Gesetz vorgeht²⁵¹. Es ist daher verwunderlich, wenn zum Teil die Argumente, die für die Charakterisierung als Grundrecht sprechen, nun dafür verwendet werden, die Staatshaftung als Einrichtungsgarantie zu charakterisieren²⁵².

Pfab geht noch einen Schritt weiter, indem sie Art. 34 GG nicht nur als Einrichtungsgarantie auffaßt, sondern dieser Norm sogar einen impliziten Verfassungsauftrag im Sinne eines Gesetzgebungsauftrages entnehmen will. Aus dem Rechtsstaatsprinzip, den Prinzipien der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit sowie aus dem Prinzip einer optimalen Wirkkraft der Verfassungsordnung sei ein verdichteter Verfassungsbefehl zu folgern, der auf die Schaffung eines einheitlichen Wiedergutmachungsanspruchs im Sinne einer unmittelbaren Staatshaftung gerichtet sei²⁵³, was jedoch in sich widersprüchlich ist. Bestünde ein solcher Gesetzgebungsauftrag, so wäre der Gesetzgeber diesem Auftrag nicht nachgekommen. Die jetzige Ausgestaltung der Amtshaftung wäre als verfassungswidrig zu qualifizieren. Es widerspricht jedoch den Auslegungsregeln, aus einer Norm, die als Ausprägung der Amtshaftung anzusehen ist, den Gesetzgebungsauftrag zur Abschaffung gerade dieser Amtshaftung abzuleiten. Auch führt die Charakterisierung als Verfassungsbefehl nicht zu einer besseren Wirkkraft der Verfassung, denn der Gesetzgebungsauftrag kann vom Bürger nicht eingefordert werden.

Aus dem Gedanken der optimalen Wirkkraft der Verfassung ist vielmehr zu folgern, daß Art. 34 GG als Grundrecht anzusehen ist, denn nur dann kann sich der verfassungsmäßige

²⁴⁹ Vgl. zur Entsprechung von Einrichtungsgarantien und subjektiven Rechten Bleckmann, Grundrechte, § 11 Rn. 111.

²⁵⁰ Vgl. Bleckmann, Grundrechte, § 11 Rn. 112-115.

²⁵¹ Insoweit ist zu beachten, daß das Institut der Einrichtungsgarantien ein von Carl Schmitt in der Weimarer Zeit entwickeltes Instrumentarium darstellt, um den Gesetzgeber an die Grundrechte zu binden, die sich eigentlich nur an Verwaltung und Rechtsprechung richteten, vgl. Bleckmann, § 11 Rn. 69; schon aus historischer Sicht zeigt sich daher, daß der ursprüngliche Zweck dieses Rechtsinstituts angesichts Art. 1 Abs. 3 GG im wesentlichen überholt ist.

²⁵² Vgl. Pfab, Staatshaftung, S. 65, die aus dem Charakter des Art. 34 GG als überragend wichtiger Schutzfunktion zugunsten der Grundrechte folgert, daß diese eine Einrichtungsgarantie geradezu fordere; aus der Einrichtungsgarantie will sie dann aber keine subjektiven Rechte ableiten, vgl. Pfab, a. a. O., S. 67 f.

²⁵³ Vgl. Pfab, Staatshaftung, S. 95-98.

Schutzzweck voll entfalten und dem geschädigten Bürger ein wirklich wirksames Instrument zur Verwirklichung des Rechtsstaatsprinzips an die Hand gegeben werden.

g. Zusammenfassung

Zusammenfassend läßt sich somit sagen:

Während der Wortlaut des Art. 34 GG nicht eindeutig ist und somit keine Schlußfolgerung zuläßt, spricht die historische, die systematische und auch die teleologische Auslegung klar für eine Charakterisierung des Art. 34 GG als Grundrecht. Die genetische Auslegung dagegen bleibt ohne klares Ergebnis. Auch aus dem Gedanken der Einheit der Verfassung läßt sich eine Grundrechtsqualifizierung bejahen. Art. 34 GG läßt sich damit nach den anerkannten Auslegungsmethoden als Grundrecht qualifizieren.

5. Folgen der Qualifizierung des Art. 34 GG als Grundrecht

Man könnte argumentieren, daß die Qualifizierung des Art. 34 GG als Grundrecht dem Bürger nur dann weiterhelfe, wenn ihm auch die Möglichkeit der Verfassungsbeschwerde eröffnet werde. Unabhängig von der Frage der Verfassungsbeschwerdefähigkeit ist die Frage des Vorliegens eines Grundrechts aber schon deshalb relevant, weil sich aus der Qualifizierung als Grundrecht Folgerungen für die Auslegung des einfachen Rechts ergeben, die den Bürger in größerem Umfang schützen als bei Nichtvorliegen eines Grundrechts²⁵⁴.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts soll Art. 34 GG jedenfalls nicht verfassungsbeschwerdefähig sein²⁵⁵. Die Auffassung des Bundesverfassungsgericht kann nicht überzeugen. Aus Art. 93 Abs.1 Nr. 4 a GG folgt keineswegs, daß Art. 34 GG nicht verfassungsbeschwerdefähig ist. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a GG spricht ganz allgemein von "Grundrechten". Darunter fällt nach der hier vertretenen Auffassung auch Art. 34 GG.

Auch mit der formalen Zuordnung zu den Art. 1-19 GG kommt man nicht weiter. Denn nach der oben dargelegten Auslegung müßte Art. 34 GG von seiner systematischen Stellung, von seiner Entstehungsgeschichte und von seinem Sinn und Zweck her eigentlich Art. 19 Abs. 5 GG sein. Dieser fiele aufgrund seiner Stellung unter das Tatbestandsmerkmal der

²⁵⁴ Vgl. dazu unten 4. Teil E VII 3 a.

²⁵⁵ Vgl. BVerfGE 2, 336 (338 f.), allerdings ohne jede Begründung.

"Grundrechte" in Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a GG, so daß die Verfassungsbeschwerdefähigkeit gegeben ist.

6. Inhalt der Grundrechtsgewährleistung

a. Verfassungskonformität des Amtshaftungsrechts, insb. § 839 BGB

Nach dem Wortlaut erstreckt sich die verfassungsmäßige Gewährleistung darauf, daß dem Bürger grundsätzlich der Staat oder die öffentlich-rechtliche Körperschaft haftet, wenn jemand in Ausübung seines öffentlichen Amtes eine Amtspflicht, die ihm einem Dritten gegenüber obliegt, verletzt. Da die Tatbestandsmerkmale größtenteils mit § 839 BGB übereinstimmen, dürfte das jetzige Amtshaftungssystem im wesentlichen verfassungskonform sein. Art. 34 GG sagt schon von seinem Wortlaut nichts darüber aus, daß eine unmittelbare Staatshaftung vorliegen muß. Dem Tatbestandsmerkmal "grundsätzlich" in Art. 34 S. 1 GG ist insofern ein Gesetzesvorbehalt zu entnehmen, als der Gesetzgeber befugt ist, die Staatshaftung einfachgesetzlich auszugestalten, wobei für den Ausschluß der Staatshaftung ein rechtfertigender Grund vorliegen muß. Die Grenzen eines solchen Ausschlusses sind jedoch entsprechend dem verfassungsrechtlich verbürgten Schutzzweck des Art. 34 GG und der Grundentscheidung des Verfassungsgebers für eine Staatshaftung eng zu ziehen²⁵⁶.

Es ist heute fast unbestritten, daß die Konstruktion der Staatshaftung als Amtshaftung konstruktiv nicht geglückt ist. Als problematisch werden insbesondere das Verschuldenserfordernis, die Subsidiaritätsklausel, das Amtspflichterfordernis sowie das Fehlen einer Naturalrestitution angesehen²⁵⁷.

Aus dem Wortlaut des Art. 34 GG, der von "Verletzt [...]" spricht, sowie dem Grundsatz, daß eine Haftung für eine Rechtsgutsverletzung nach deutschem Recht in aller Regel Verschulden voraussetzt, kann man schließen, daß kein verfassungsmäßiger Anspruch auf verschuldensunabhängige Staatshaftung besteht. In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes spielt das Verschuldenserfordernis sowieso so gut wie keine Rolle mehr; durch eine Objektivierung des Verschuldensmaßstabes ist dieses Kriterium fast hinfällig

²⁵⁶ Vgl. zur Funktion des Tatbestandsmerkmals "grundsätzlich" als Gesetzesvorbehalt BGHZ 9, 289 (290); 61, 7 (14); 62, 372 (376); zur Beschränkung des Gesetzgebers bei Ausschluß der Staatshaftung vgl. bereits zu Art. 131 WRV Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reiches, S. 612/613.

geworden²⁵⁸. Da Art. 34 GG insoweit keine eindeutige Regelung trifft, muß es dem Gesetzgeber überlassen bleiben, das Verschuldenserfordernis aufrechtzuerhalten. Keinesfalls darf die Staatshaftung aber auf grobe Fahrlässigkeit beschränkt werden, denn dies ist dem Wortlaut und auch Sinn und Zweck des Art. 34 GG nicht zu entnehmen.

Problematischer ist die Subsidiaritätsklausel des § 839 Abs. 1 S. 2 BGB. Sie dient dem Schutz des Beamten²⁵⁹, so daß sie von ihrem Schutzzweck her bei der Haftung des Staates aus Erwägungen der teleologischen Reduktion keine Anwendung finden kann²⁶⁰. Charakterisiert man Art. 34 GG als Grundrecht, so hat man den dogmatischen Ansatzpunkt gefunden, um die Subsidiaritätsklausel endgültig in das Reich der Rechtsgeschichte zu verbannen. Art. 34 GG enthält keinen irgendwie gearteten Bezug zur Subsidiaritätsklausel, keinen Vorbehalt zugunsten des Staates, der primär den Verweis auf die Verantwortlichkeit privater Dritter erlauben würde. Dies kann nicht dem Tatbestandsmerkmal "grundsätzlich" entnommen werden, denn dieses ordnet gerade die grundsätzliche Geltung der Staatshaftung an, während die Subsidiaritätsklausel die grundsätzliche Haftung des Staates in ihr Gegenteil verkehrt²⁶¹. Die Subsidiaritätsklausel kann auch nicht mit dem Argument der Schonung der Staatsfinanzen gerettet werden²⁶². Einem solchen fiskalischen Argument ist schon grundsätzlich die Geltung zu versagen, denn "Rechtsstaatlichkeit nach Kassenlage" würde letztendlich den Schutz des Staates vor dem Bürger bedeuten und nicht der grundgesetzlichen Wertung, die den Schutz des Bürgers vor dem Staat statuiert, entsprechen²⁶³. Im übrigen bedarf der Staat dieses unverhältnismäßigen Instruments der Subsidiaritätsklausel auch bei einer Abwägung der widerstreitenden Interessen nicht. Denn der Staat hat es selbst in der Hand, durch rechtmäßiges und fehlerfreies Handeln seine Haftung gar nicht erst entstehen zu lassen. Die Subsidiaritätsklausel ist somit mit der grundrechtlichen Gewährleistung der Staatshaftung in Art. 34 GG unvereinbar.

²⁵⁷ Vgl. Luhmann, Öffentlichrechtliche Entschädigung, S. 210; Kohl, Unrechtsfähigkeit des Staates, S. 101 ff.

²⁵⁸ Vgl. Bartlspenger, NJW 1968, 1696 (1700); Kohl, Unrechtsfähigkeit des Staates, S. 102; Schöning, Rechtliche Auswirkungen der Technisierung, S. 126, 127.

²⁵⁹ Vgl. Papier in: Isensee/Kirchhof, HdbStR, Bd. VI, § 157 Rn. 47; Kohl, Unrechtsfähigkeit des Staates, S. 103.

²⁶⁰ Vgl. v. Mangoldt/Klein/Starck/v. Danwitz, Art. 34 Rn. 100; Bettermann in: Bettermann/Nipperdey/Scheuner, Die Grundrechte, Bd. III/2, S. 837; Bettermann, DÖV 1954, 299 (304); Papier in: Isensee/Kirchhof, HdbStR, Bd. VI, § 157 Rn. 47; Fücksel, DAR 1972, 313 (314).

²⁶¹ So zu Recht Fücksel, DAR 1972, 313 (315).

²⁶² So BGHZ 13, 88 (104).

²⁶³ Vgl. auch Fücksel, DAR 1972, 313 (316, 317); kritisch auch v. Mangoldt/Klein/Starck/v. Danwitz, Art. 34 Rn. 100.

Auf den Inhalt und die Bestimmung der Amtspflichten wird später eingegangen²⁶⁴.

Auch das Fehlen eines Anspruchs auf Naturalrestitution bereitet verfassungsrechtlich keine Probleme. Denn soweit es darum geht, Verwaltungsakte aufzuheben oder Verwaltungsakte zu erlassen, steht dem Bürger das in der VwGO niedergelegte Klagesystem zur Verfügung. Somit entsteht dem Bürger kein Rechtsnachteil. Aus Art. 34 GG läßt sich jedenfalls nicht entnehmen, daß auch diese Art der Naturalrestitution umfaßt sein soll. Das ergibt sich schon aus dem Zusammenhang mit der Rechtswegregelung in Art. 34 S. 3 GG. Zwar mag die Doppelgleisigkeit rechtspolitisch eine schwere Fehlentscheidung gewesen sein, nach dem Grundgesetz ist sie vorgesehen und damit verfassungsgemäß.

Soweit es aber im Zusammenhang mit einem Anspruch auf Naturalrestitution um die Frage geht, wer die Folgen einer mißlungenen Restitution zu tragen hat²⁶⁵, läßt sich § 839 BGB zwanglos in Übereinstimmung mit den allgemeinen zivilrechtlichen Schadensersatzregelungen auslegen.

Bis auf die in § 839 Abs. 1 S. 2 BGB enthaltene Subsidiaritätsklausel ist das Amtshaftungsrecht somit verfassungsgemäß.

b. Art. 34 GG als Ausdruck einer unmittelbaren Staatshaftungsnorm

Nach der herrschenden Meinung soll § 839 BGB die haftungsbegründende, Art. 34 GG die haftungsüberleitende Regelung sein, Art. 34 GG mithin lediglich die Passivlegitimation verschieben²⁶⁶. Dies ist jedoch bereits nach der herrschenden Meinung in sich widersprüchlich, sieht doch die herrschende Meinung als Beamten im Sinne des § 839 BGB nur den staatsrechtlichen Beamten²⁶⁷ an²⁶⁸. Dann kann aber bei Beamten im

²⁶⁴ Vgl. dazu unten 4. Teil E VII 4 b.

²⁶⁵ Ein Beamter beschädigt z. B. schuldhaft in Ausübung seines Dienstes das Eigentum eines Bürgers, dieser läßt eine Reparatur durchführen, die Reparatur schlägt das erste Mal fehl.

²⁶⁶ Vgl. BVerfG NJW 1983, 25 (30); Barkhau, Öffentlich-rechtliche Entschädigung, S. 80, 82; Büchner/Reiner, Staatshaftung, Rn. 72; Erichsen, VerwArch 62 (1971); 181 (186); v. Mangoldt/Klein, Art. 34 II 7; Meister, Drittbezogene Amtspflichten, S. 18; Bryde in: v. Münch/Kunig, Art. 34 Rn. 11; Papier in: MünchKomm, § 839 Rn. 119; Peine, Allg. VerwR, Rn. 399, 400; Schmidt-Bleibtreu/Klein, Art. 34 Rn. 1a; Staudinger/Schäfer, § 839 Rn. 28; Steinberg/Lubberger, Aufopferung, S. 26; für Art. 131 WRV ebenso Goebel, Die Haftungsvoraussetzungen des Staates für Amtspflichtverletzungen bei Betätigung der öffentlichen Gewalt, 1937, S. 14. Dies wird oft mit dem Ausdruck, die Staatshaftung sei an das BGB "angeseilt" bezeichnet, ein Ausdruck, der auf Jellinek, JZ 1955, 147 (149) zurückgeht, der allerdings selbst die "Anseilung" für gelockert hielt.

²⁶⁷ Vgl. zu den Abgrenzungen der verschiedenen Beamtenbegriffe unten 3. Teil A I-III.

haftungsrechtlichen Sinne, die nicht zugleich Beamte im staatsrechtlichen Sinne sind, keine Haftung übergeleitet werden, denn eine solche kann nach § 839 BGB nicht bestehen. Entweder muß § 839 BGB auch haftungsrechtliche Beamte erfassen oder Art. 34 GG insoweit als eigenständige, unmittelbare Haftungsnorm fungieren. Dann wäre Art. 34 GG zum einen unmittelbare Anspruchsnorm, zum anderen aber wiederum nur Haftungsüberleitungsnorm²⁶⁹. Die herrschende Meinung umgeht dieses Dilemma, indem sie bei öffentlich-rechtlichem Handeln den Beamtenbegriff des § 839 BGB anders auslegt als bei privatrechtlichem Handeln. Denn bei öffentlich-rechtlichem Handeln sei unter Beamter eben jeder haftungsrechtliche Beamte zu sehen. Damit bestimmt Art. 34 GG den Inhalt von § 839 BGB²⁷⁰.

Diese widersprüchliche Systematik besteht nach den Befürwortern einer unmittelbaren Staatshaftung nicht.

Die Begründungen innerhalb der Meinungsgruppe, die eine unmittelbare Staatshaftung bejahen, differieren allerdings stark.

So sieht *Bettermann* die Staatshaftung als eine Erscheinungsform der Verbands-, Dienstherren- und Geschäftsherrenhaftung an²⁷¹. Da der Staat und seine Organe selbst nicht handlungsfähig seien und somit nur durch die Amtswalter, mithin also ihre Organe, handeln könnten, sei Art. 34 GG als das öffentlich-rechtliche Gegenstück zu §§ 31, 89 BGB zu begreifen, womit eine Haftung für eigenes und nicht fremdes Verschulden vorliege²⁷². Rechtssystematisch als auch rechtspolitisch gehöre Art. 34 GG somit zu §§ 31, 89 BGB und nicht zu §§ 278, 831 BGB²⁷³.

²⁶⁸ Vgl. Blomeyer, Schadensersatzansprüche, S. 118; Erichsen/Rüfner, Allg. VerwR, § 47 Rn. 6; Ermann/Küchenhoff, § 839 Rn. 31; Friebe, ZBR 1957, 389 (391, allerdings krit. aus rechtspolit. Sicht); Kayser/Leiß, Amtshaftung, S. 25; Kreft, Öffentlich-rechtliche Ersatzleistungen, § 839 Rn. 16; Meister, Drittbezogene Amtspflichten, S. 19; Nassauer, Verwaltung und Privatrechtsform, S. 55; Peine, Allg. VerwR, Rn. 401; Bryde in: v. Münch/Kunig, Art. 34 Rn. 12; Papier in: MünchKomm, § 839 Rn. 128; Papier/Dengler, Jura 1995, 38 (40); Reinhardt, DÖV 1955, 542 (643); Schlick/Rinne, NVwZ 1997, 1065; Schmidt-Bleibtreu/Klein, Art. 34 Rn. 7; Soergel/Vinke, § 839 Rn. 32, 33, 39; Weitnauer, Haftung, S. 7.

²⁶⁹ So z. B. Bender, Staatshaftungsrecht, 3. A., Rn. 80.

²⁷⁰ Vgl. zur h. M. BK-Dagtolou, Art. 34 Rn. 82; Bryde in: v. Münch/Kunig, Art. 34 Rn. 12; Papier in: MünchKomm, § 839 Rn. 125, 127; Soergel/Vinke, § 839 Rn. 39, 42.

²⁷¹ vgl. Bettermann, DÖV 1954, 299 (300, 303); ders., JZ 1961, 482 (483); zustimmend Heydt, JR 1967, 169 (170).

²⁷² Vgl. Bettermann, DÖV 1954, 299 (300, 301); ders., JZ 1961, 482 (482).

²⁷³ Vgl. Bettermann, DÖV 1954, 299 (300). Daraus ergibt sich jedoch, daß Art. 34 GG wie §§ 31, 89 BGB doch nur eine Zurechnungsnorm darstellt, womit wieder eine mittelbare Staatshaftung begründet wäre. Bettermanns Ausführungen sind insoweit nicht widerspruchsfrei, vgl. einerseits DÖV 1965, 299 (304), wo er ausführt, daß Art. 34 GG nur das Zurechnungssubjekt für die Ansprüche darstelle, andererseits JZ 1961, 482 (483), wo er das Seil zwischen Art. 34 GG und § 839 BGB "kappen" möchte.

Richtig daran ist zweifelsohne, daß die Amtswalter Organe des Staates sind und der Staat wie jede juristische Person nicht selbst handeln kann. Daraus muß man den Schluß ziehen, daß eine systematisch sachgerechte Staatshaftungsregelung als Organhaftung mit unmittelbarer Zurechnung an den Staat ausgestaltet sein müßte. Entscheidend ist aber nicht, wie eine Regelung sachgerechterweise ausgestaltet sein müßte, sondern wie sie tatsächlich ausgestaltet ist. *Bettermann* liefert jedoch kaum Argumente, um der insoweit eindeutigen Entstehungsgeschichte²⁷⁴ widersprechen zu können.

Eine andere Meinungsgruppe, die eine unmittelbare Staatshaftung bejaht, stellt mehr auf allgemeine verfassungsrechtliche Grundprinzipien, wie das Rechtsstaatsprinzip, ab.

So wird aus dem Rechtsstaatsprinzip gefolgert, daß der Staat Rechtswidrigkeit nicht dulden könne, er somit bei einer Rechtswidrigkeit, die von ihm selbst bzw. seinen Organwaltern verursacht wurde, zur Beseitigung derselben verpflichtet sei²⁷⁵. Aus dem Rechtsstaatsprinzip folgt für diese Auffassung die Notwendigkeit einer direkten Zurechnung des rechtswidrigen Organwalterverhaltens zum Staat. Diese Auffassung fusioniert die bisherigen an die Rechtswidrigkeit anknüpfenden Staatshaftungstatbestände, wie z. B. den enteignungsgleichen Eingriff, den Folgenbeseitigungsanspruch und die Amtshaftung, zu einem einheitlichen Wiedergutmachungsanspruch, der einheitlich auf Naturalrestitution, d.h. auf Beseitigung des rechtswidrigen Zustandes, unter bloßer Anknüpfung an die Rechtswidrigkeit gerichtet ist²⁷⁶. *Bartlsperger* und *Lüke* begründen dies damit, daß als Zurechnungspunkt für die Rechtmäßigkeit auch bei der Amtshaftung nur die staatlicherseits bestehenden Außenrechtspflichten und nicht die internen Dienstpflichten des Amtswalters entscheidend sein könnten, somit nur die objektive Rechtswidrigkeit relevant sei, was sich auch im Vergleich mit Art. 19 Abs. 4 GG zeige²⁷⁷. Es sei nämlich rechtslogisch unmöglich, ein- und denselben Eingriff aus Sicht der Amtshaftung einem Beamten als Privatperson und zugleich aus der Sicht des Folgenbeseitigungs- bzw. Entschädigungsanspruchs einem Hoheitsträger zuzurechnen²⁷⁸. Es ist bei beiden nicht recht ersichtlich, auf welche konkrete Rechtsgrundlage sie diesen allgemeinen Wiedergutmachungsanspruch stützen wollen.

²⁷⁴ Vgl. oben 1. Teil B VII 1.

²⁷⁵ Vgl. Haas, System der öffentlichrechtlichen Entschädigungspflichten, S. 59; Lüke, AöR 104 (1979), 225 (229, 230); Bartlsperger, NJW 1968, 1697 (1700 ff.).

²⁷⁶ Vgl. Haas, System der öffentlichrechtlichen Entschädigungspflichten, S. 64; Lüke, AöR 104 (1979), 225 (229, 230); Bartlsperger, NJW 1968, 1697 (1703, 1704).

²⁷⁷ Vgl. Bartlsperger, NJW 1968, 1697 (1700); Lüke, AöR 104 (1979), 225 (228-230).

²⁷⁸ Vgl. Bartlsperger, NJW 1968, 1697 (1702).

Haas begründet die Herleitung des allgemeinen Wiedergutmachungsanspruchs aus dem Rechtsstaatsprinzip und dem Gedanken der Überordnung des Staates über den Bürger sowie als Gegenstück zu der Vermutung der Rechtmäßigkeit staatlicher Akte²⁷⁹. Dieser Pflicht des Staates zur umfassenden Wiedergutmachung entspreche ein Anspruch des Bürgers, der als Garantie in den Art. 19 Abs. 4 GG sowie Art. 34 GG niedergelegt sei²⁸⁰. Auch bei *Haas* finden sich nur wenige Aussagen über die konkrete Rechtsgrundlage dieses allgemeinen Wiedergutmachungsanspruchs²⁸¹.

Einen anderen Begründungsansatz wählt *Menger*. Er folgert aus einem materiellen Zusammenhang zwischen Staatshaftungsklagen und Verwaltungsprozeßsachen sowie einer dogmatischen Parallele zu den zivilrechtlichen Wiedergutmachungs- bzw. Ausgleichsansprüchen, wie z. B. der *actio negatoria* und den deliktischen Schadensersatzansprüchen, und einer staatstheoretischen Trennung der Rechtssphären von Staat und Bürger, daß es eine materiell öffentlich-rechtliche Rechtsnorm gebe, die als ungeschriebener Rechtsgrundsatz die Grundlage all dieser Staatshaftungsansprüche darstelle²⁸². Es ist jedoch nicht so, daß man dieser Auffassung entnehmen könnte, daß dem Bürger aufgrund dieses Rechtsgrundes ein subjektiv-rechtlicher Anspruch zukomme. Denn *Menger* bezeichnet den Staatshaftungsanspruch aus Art. 34 GG selbst als rechtliche Ausprägung dieser einen Grundnorm²⁸³. Mithin handelt es sich bei dieser Auffassung eher um eine rechtsdogmatische Darstellung eines gemeinsamen Rechtsgrundes, der allen Staatshaftungsansprüchen zugrunde liegt, und weniger um die Schaffung einer neben diesen Rechtsgrund oder an seine Stelle tretenden neuen Norm.

Ganz ohne Rekurs auf das Rechtsstaatsprinzip glaubt *Papier* auskommen zu können. Er folgert den Charakter des Art. 34 GG als selbständige Staatshaftungsnorm bereits aus dem Wortlaut, denn Art. 34 S. 3 GG stelle klar, daß die "Verantwortlichkeit" in Art. 34 S. 1 GG eine Schadensersatzverpflichtung meine²⁸⁴. Weiterhin sei der Charakter des Art. 34 GG als selbständige Haftungsnorm daraus zu folgern, daß unter Amtspflichten im Sinne des Art. 34

²⁷⁹ Vgl. *Haas*, System der öffentlichrechtlichen Entschädigungspflichten, S. 59.

²⁸⁰ Vgl. *Haas*, System der öffentlichrechtlichen Entschädigungspflichten, S. 60.

²⁸¹ Zum einen soll der Sitz entweder in Art. 19 Abs. 4 GG oder in Art. 34 GG zu sehen sein (*Haas*, a. a. O., S. 64), zum anderen soll Art. 34 GG aber auch einen bestehenden Anspruch voraussetzen (*Haas*, a. a. O., S. 65, 66), was eher für Art. 19 Abs. 4 GG als *sedes materiae* spräche.

²⁸² Vgl. *Menger*, GS-Jellinek, S. 348, 350-353.

²⁸³ Vgl. *Menger*, GS-Jellinek, S. 355.

²⁸⁴ Vgl. *Papier*, Forderungsverletzung, S. 111.

GG nur Außenrechtspflichten des Staates gemeint sein könnten und somit diese Pflichten sich einem für das Zivilrecht wie das öffentliche Recht geltendem Rechtsgrundsatz zufolge in Schadensersatzpflichten umwandeln können, während nach der herrschen Konstruktion der Amtspflichten ein direkter Verstoß gegen Außenrechtspflichten entgegen diesem allgemeinen Rechtsgrundsatz nicht in Schadensersatzpflichten übergehen könnte²⁸⁵. Weiterhin sei auch für die Aufhebung eines Verwaltungsaktes nur erheblich, ob er unter Verletzung der Außenrechtspflichten des Staates zustandegekommen sei oder nicht, ein Befund, der durch die Regelung in § 40 Abs. 2 S. 1 VwGO bestätigt werde, sei doch dort von "öffentlich-rechtliche Pflichten" die Rede, womit unter anderem die Amtshaftungsansprüche gemeint seien²⁸⁶.

Alle diese Auffassungen sind von dem Gedanken getragen, die oben dargestellten Schwächen der Amtshaftung auszumerzen. Bei verfassungskonformer Auslegung des § 839 BGB bedarf es eines allgemeinen Wiedergutmachungsanspruchs bzw. einer Auslegung des Art. 34 GG als unmittelbare Staatshaftungsnorm jedoch nicht. Der richtige Weg zu einen besseren Staatshaftungssystem kann nicht in der Schaffung eines neuen, neben die unzähligen bereits geschaffenen Ansprüche tretenden Rechtsinstituts gelöst werden, sondern der "Angriff" auf Art. 34 GG ist der sachgerechte Weg. Befreit man die Amtshaftung von den verfassungswidrigen Fesseln, so entsteht jedenfalls für den geschädigten Bürger kein Nachteil aus der monströsen Konstruktion der Amtshaftung. Der einheitliche Wiedergutmachungsanspruch, aber auch der enteignungsgleiche Eingriff sowie der Folgenbeseitigungsanspruch entfallen bei einem richtigen Verständnis der Amtshaftung. Einer Auslegung des Art. 34 GG als unmittelbarer Anspruchsnorm bedarf es daher gar nicht. Sie wäre auch nicht richtig, denn bereits die Entstehungsgeschichte spricht gegen eine unmittelbare Staatshaftungsnorm²⁸⁷. Sinn und Zweck gebieten eine solche Auslegung ebenfalls nicht²⁸⁸. Aus dem Grundrechtscharakter des Art. 34 GG folgt nichts anderes. Denn dessen optimale, verfassungsrechtliche Wirkkraft läßt sich wie oben dargestellt ebenso gut im Wege einer Amtshaftung entfalten. Damit soll nicht gesagt werden, daß die Amtshaftung nicht systemwidrig falsch konstruiert ist. Bei verfassungskonformer Auslegung entsteht dem Bürger jedoch kein Rechtsnachteil. Die Beurteilung der Eleganz der amtshaftungsrechtlichen Konstruktion ist damit keine verfassungsrechtliche Frage mehr. Art. 34 GG selbst kann zur Frage der mittelbaren oder unmittelbaren Staatshaftung nichts entnommen werden. Die nähere

²⁸⁵ Vgl. Papier, Forderungsverletzung, S. 112.

²⁸⁶ Vgl. Papier, Forderungsverletzung, S. 113.

²⁸⁷ So zu Recht auch Frenz, Staatshaftung, S. 84 ff.

Ausgestaltung obliegt dem Gesetzgeber in seinem Gestaltungsspielraum, solange der Bürger für die oben näher umschriebenen Schadenszufügungen durch einen haftungsrechtlichen Beamten Schadensersatz erhält. An der Erreichung dieses Schutzzweckes ist eine gesetzliche Ausgestaltung zu messen. Gestaltet der Gesetzgeber die Staatshaftung als Amtshaftung aus, so fungiert Art. 34 GG als Haftungsüberleitungsnorm. Unterläßt er eine Regelung, so fungiert Art. 34 GG als unmittelbare Anspruchsnorm. Regelt er die Staatshaftung in einem Gesetz als unmittelbare Staatshaftung, so ist die nähere Ausgestaltung an Art. 34 GG zu messen. Daraus folgt, daß sowohl bei mittelbarer als auch bei unmittelbarer Staatshaftung im wesentlichen für den geschädigten Bürger die gleichen Ergebnisse und Rechtsfolgen erzielt werden müssen.

²⁸⁸ So richtig Frenz, Staatshaftung, S. 95.

3. Teil: Der haftungsrechtliche Beamtenbegriff als Tatbestandsmerkmal

A. Abgrenzungen

Das geltende Recht verwendet in verschiedenen Zusammenhängen verschiedene Beamtenbegriffe. Ein Großteil der Interpretationsprobleme ist auf die Unklarheit des verwendeten Beamtenbegriffs zurückzuführen.

Im folgenden sollen deshalb die verschiedenen Interpretationen des Beamtenbegriffs in den jeweiligen Rechtsgebieten dargestellt werden.

I. Staatsrechtlicher Beamtenbegriff

Nach dem staatsrechtlichen Beamtenbegriff ist derjenige Beamte, der nach den geltenden Gesetzen zum Beamten ernannt worden ist²⁸⁹. Dieser Begriff knüpft somit an den Status als Beamter an²⁹⁰. Da der Begriff des staatsrechtlichen Beamten insoweit eher farblos bleibt, ist vorgeschlagen worden, vom Begriff des Beamten im beamtenrechtlichen Sinne anstatt im staatsrechtlichen Sinne zu sprechen²⁹¹. Da es sich um einen Begriff handelt, der an den Status anknüpft, sollten diese Beamten besser als Beamte im statusrechtlichen Sinne bezeichnet werden.

Kennzeichnend für den Beamten im statusrechtlichen Sinne ist, daß er zu seinem Dienstherrn in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis steht²⁹², während die Angestellten und Arbeiter des öffentlichen Dienstes in einem privatrechtlichen Arbeitsverhältnis zu ihrem jeweiligen Dienstherrn stehen.

Entscheidend für die Erlangung der Beamteneigenschaft im statusrechtlichen Sinne ist eine förmliche Ernennung. Diese erfolgt durch den formalen Akt der Aushändigung einer Ernennungsurkunde, die die Worte "unter Berufung in das Beamtenverhältnis" enthalten muß²⁹³. Fehlt die Aushändigung der Ernennungsurkunde, liegt keine Ernennung vor²⁹⁴. Der förmliche Akt der Aushändigung der Urkunde ist somit konstitutives Merkmal der Beamteneigenschaft.

²⁸⁹ Vgl. Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, S. 14.

²⁹⁰ Vgl. Maurer, VerwR, § 25 Rn. 14; Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, S. 14.

²⁹¹ So Maurer, VerwR, § 25 Rn. 14.

²⁹² Vgl. § 2 Abs. 1 BRRG; § 2 Abs. 1 BBG.

²⁹³ Vgl. § 5 Abs. 2 S. 1, S. 2 Nr. 1 BRRG, § 6 Abs. 2 S. 1, S. 2 Nr. 1 BBG.

II. Strafrechtlicher Beamtenbegriff

Das ältere Strafrecht enthielt in § 359 StGB a.F. eine globale Umschreibung des für das Strafrecht relevanten Beamtenbegriffes. Das neuere Strafrecht stellt nicht mehr den Begriff des Beamten in den Mittelpunkt der Systematik der Amtsdelikte, sondern den des Amtsträgers, der in § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB legaldefiniert wird²⁹⁵.

Die Haupttrennlinie im modernen Strafrecht verläuft somit zwischen den Amtsträgern einerseits (§ 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB) und den für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteten andererseits (§ 11 Abs. 1 Nr. 4 StGB)²⁹⁶. Während der alte strafrechtliche Beamtenbegriff des § 359 StGB a.F. sowohl die Beamten im statusrechtlichen Sinne als auch die Beamten in einem weiteren strafrechtlichen Sinne umfaßte, erfaßt der Begriff der Beamten im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2 a) StGB nur noch die Beamten im statusrechtlichen Sinne²⁹⁷. Was früher unter den Beamtenbegriff des § 359 StGB a. F. fiel, wird heute vom Begriff des Amtsträgers umfaßt²⁹⁸. Von einem strafrechtlichen Beamtenbegriff zu sprechen, erscheint heute im wesentlichen als überholt. Wie ausgeführt, deckt sich der Begriff des Beamten im Strafrecht heute mit dem statusrechtlichen Beamtenbegriff. Es sollte daher besser von einem strafrechtlichen Amtsträgerbegriff gesprochen werden.

²⁹⁴ Vgl. § 5 Abs. 3 BRRG, § 6 Abs. 2 S. 3 BBG.

²⁹⁵ § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB lautet: "Amtsträger:

wer nach deutschem Recht

a) Beamter oder Richter ist,

b) in einem sonstigen öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnis steht oder

c) sonst dazu bestellt ist, bei einer Behörde oder bei einer sonstigen Stelle oder in deren Auftrag Aufgaben der öffentlichen Verwaltung unbeschadet der zur Aufgabenerfüllung gewählten Organisationsform wahrzunehmen;"

§ 11 Abs. 1 Nr. 4 enthält die Legaldefinition eines für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteten: "für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteter:

wer, ohne Amtsträger zu sein,

a) bei einer Behörde oder bei einer sonstigen Stelle, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt, oder

b) bei einem Verband oder sonstigen Zusammenschluß, Betrieb oder Unternehmen, die für eine Behörde oder für eine sonstige Stelle Aufgaben der öffentlichen Verwaltung ausführen,

beschäftigt oder für sie tätig und auf die gewissenhafte Erfüllung seiner Obliegenheiten auf Grund eines Gesetzes förmlich verpflichtet ist;"

²⁹⁶ Vgl. Schönke/Schröder/Eser, § 11 Rn. 15.

²⁹⁷ Vgl. Schönke/Schröder/Eser, § 11 Rn. 15, 17.

²⁹⁸ Vgl. Schönke/Schröder/Eser, § 11 Rn. 15.

III. Haftungsrechtlicher Beamtenbegriff

Bei der Abgrenzung des haftungsrechtlichen Beamtenbegriffs von den anderen Beamtenbegriffen wird im allgemeinen davon ausgegangen, daß es sich um einen Funktionsbegriff handelt. Von einem Beamten im haftungsrechtlichen Sinne solle immer dann gesprochen werden, wenn jemand (im Sinne von jedermann/irgend jemand) hoheitlich im Sinne von öffentlich-rechtlich tätig wird²⁹⁹. Dies stellt jedoch eine inhaltliche Definition dar, die zwar (möglicherweise) richtig ist, jedoch nicht als Abgrenzungsfunktion zu den anderen Beamtenbegriffen zu gebrauchen ist. Insbesondere wegen des zweistufigen Aufbaus der geltenden Amtshaftung mit § 839 BGB als haftungsbegründender und Art. 34 GG als haftungsüberleitender Norm ist es jedoch unerlässlich, über den Begriff des Beamten im haftungsrechtlichen Sinne Klarheit zu gewinnen. Als Beamter im haftungsrechtlichen Sinne ist diejenige Person bezeichnet, deren Handeln für die Begründung eines Amtshaftungsanspruchs in Betracht kommt. Dies stellt noch keine inhaltliche Interpretation welcher Art auch immer dar.

Welche Person darunter fällt, ist eine inhaltliche Interpretationsfrage, die das Thema dieser Untersuchung darstellt. Da die Beantwortung dieser Frage allein aus der Interpretation der geltenden Amtshaftungsbestimmungen zu gewinnen ist, ergibt sich, daß insoweit keine nähere Verbindung zum Beamtenbegriff im statusrechtlichen Sinne besteht. Dies kann, ohne vorzugreifen, festgehalten werden.

IV. Bedeutung des haftungsrechtlichen Beamtenbegriffs

Welche Bedeutung der haftungsrechtliche Beamtenbegriff hat, ergibt sich aus dem bereits Gesagten. Können wir von einem Beamten im haftungsrechtlichen Sinne sprechen, so tritt, bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen, die Staatshaftung gemäß § 839 BGB, Art. 34 GG ein. Wird dagegen das Vorliegen eines Beamten im haftungsrechtlichen Sinne verneint, so tritt die Staatshaftung gemäß § 839 BGB, Art. 34 GG nicht ein. An ihre Stelle kann die privatrechtliche Haftung des Staates nach den allgemeinen zivilrechtlichen Vorschriften treten, soweit deren Voraussetzungen jeweils erfüllt sind.

²⁹⁹ Vgl. Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, S. 14; Maurer, VerwR, § 25 Rn. 12, 14.

1. Haftung des Staates nach Art. 34 GG, § 839 BGB

Ein Staatshaftungsanspruch hat für den geschädigten Bürger diverse Vorteile, aber auch Nachteile. Er bringt zum Teil Erweiterungen, zum Teil Einschränkungen gegenüber der normalen zivilrechtlichen Deliktshaftung.

Zum einen entfällt beim Staatshaftungsanspruch für den Staat die Möglichkeit des Entlastungsbeweises gemäß § 831 BGB, so daß der Staat für die schuldhafte Amtspflichtverletzung immer ohne Exkulpationsmöglichkeit haftet.

Eine Erweiterung tritt auch insofern ein, als jede schuldhafte Verletzung der Amtspflicht, die dem Beamten gegenüber einem Dritten obliegt, die Haftung für den dem Dritten dadurch entstandenen Schaden auslöst, ohne Rücksicht darauf, ob die Amtspflichtverletzung einen der allgemeinen Tatbestände der unerlaubten Handlung der §§ 823-838 BGB erfüllt, so daß das Vorliegen einer allgemeinen Vermögensschädigung ausreicht, obwohl keine Verletzung eines der in § 823 Abs. 1 BGB aufgeführten Rechtsgüter oder eine Verletzung eines Schutzgesetzes gemäß § 823 Abs. 2 BGB vorliegt³⁰⁰. Auch genügt ein fahrlässig sittenwidriges Verhalten im Gegensatz zu § 826 BGB, bei dem die sittenwidrige Schädigung vorsätzlich herbeigeführt werden muß³⁰¹.

Gegenüber der allgemeinen zivilrechtlichen Deliktshaftung bringt die Amtshaftung jedoch auch Einschränkungen.

Für den Bürger besonders nachteilig könnte die Subsidiaritätsklausel des § 839 Abs. 1 S. 2 BGB gewertet werden. Da diese Vorschrift jedoch bei einer Haftungsüberleitung auf den Staat nach ihrem Sinn und Zweck keine Anwendung findet³⁰² bzw. nach der hier vertretenen Auffassung sowieso verfassungswidrig ist³⁰³ und damit bei Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 34 GG keine Anwendung findet, stellt die Subsidiaritätsklausel keinen Nachteil für den geschädigten Bürger mehr dar.

Nachteilig für den Geschädigten ist auch, daß für Amtspflichtverletzungen der Richter nur unter den ganz engen Voraussetzungen des § 839 Abs. 2 S. 1 BGB gehaftet wird.

Im Widerspruch zum Grundsatz des § 254 BGB, nach dem der schuldhafte Nichtgebrauch eines Rechtsmittels zur Schadensabwendung nur zu einer Abwägung nach

³⁰⁰ Vgl. Staudinger/Schäfer, § 839 Rn. 6.

³⁰¹ Vgl. Staudinger/Schäfer, § 839 Rn. 6.

³⁰² Vgl. oben 2. Teil C III 6 a.

³⁰³ Vgl. oben 2. Teil C III 6 a.

Verschuldensanteilen und somit zu einer quotalen Minderung führt³⁰⁴, führt ein mitwirkendes Verschulden des Geschädigten zum vollständigen Entfallen der Ersatzpflicht gemäß § 839 Abs. 3 BGB.

§ 839 BGB stellt hinsichtlich der handelnden Beamten eine erschöpfende Sonderregelung der Haftung aus schuldhafter Amtspflichtverletzung dar, neben der für die Anwendung der allgemeinen Haftungstatbestände des Zivilrechts im Sinne der § 823 ff. BGB kein Raum mehr bleibt, unabhängig davon, ob es sich um eine Handlung im Rahmen der öffentlich-rechtlichen oder der privatrechtlichen Betätigung des Staates handelt³⁰⁵. Dies gilt nicht, soweit es um die Haftung des Staates geht.

2. Haftung des Staates nach den zivilrechtlichen Vorschriften

Wie bereits erwähnt, verläuft die Trennlinie zwischen Staatshaftung und anderen Haftungsinstituten beim Staatshandeln in öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Formen. Für das Handeln des Staates im Privatrechtsbereich bleibt die Haftung nach den allgemeinen zivilrechtlichen Vorschriften³⁰⁶.

Bei öffentlich-rechtlichem Handeln besteht nach der Haftungsüberleitung nur noch ein Haftungssubjekt, nämlich die öffentlich-rechtliche Körperschaft. Bei privatrechtlichem Handeln ist zwischen der Haftung der Körperschaft und der Haftung des Handelnden zu unterscheiden.

Für verfassungsmäßige Vertreter haftet die Körperschaft gemäß §§ 31, 89 BGB i.V.m mit der jeweiligen Anspruchsgrundlage, wie z. B. Vertragsverletzung, culpa in contrahendo. oder unerlaubter Handlung³⁰⁷. Dabei wird der Begriff des verfassungsmäßigen Vertreters wie bei allen anderen juristischen Personen des Privatrechts weit ausgelegt und umfaßt alle Personen, denen durch die Organisationsnormen der juristischen Person bestimmte Aufgaben zur eigenverantwortlichen Erledigung übertragen sind. Es genügt, daß bedeutsame wesensmäßige Funktionen zur selbständigen Erfüllung zugewiesen sind und so eine Repräsentation der

³⁰⁴ Vgl. Staudinger/Schäfer, § 839 Rn. 7.

³⁰⁵ Vgl. Staudinger/Schäfer, § 839 Rn. 8.

³⁰⁶ Nach Bender, Staatshaftungsrecht, 2. A., Rn. 400 handelt es sich dabei um die Konsequenz der nach der neueren Fiskustheorie immer noch ideellen Aufspaltung des Staates als Rechtsperson in den Staat als Fiskus einerseits und als Hoheitsträger andererseits.

³⁰⁷ Vgl. Bender, Staatshaftungsrecht, 2. A., Rn. 402; Palandt/Heinrichs, § 89 Rn. 2.

juristischen Person erfolgt³⁰⁸. Da die Rechtsprechung zum Organisationsmangel auch bei § 89 BGB Anwendung findet³⁰⁹, haftet die juristische Person praktisch für die Erfüllung aller wichtigen Aufgaben nach den §§ 31, 89 BGB i.V.m. den jeweiligen Anspruchsgrundlagen³¹⁰. Das Verschulden anderer Personen wird bei Vertragsverletzungen oder bei culpa in contrahendo gemäß § 278 BGB zugerechnet³¹¹. Für deliktische Handlungen dieser Personen haftet die Körperschaft gemäß § 831 BGB, wobei jedoch in den meisten Fällen der Entlastungsbeweis möglich sein wird und somit die deliktische Haftung in der Mehrzahl der Fälle nicht in Betracht kommen dürfte.

Nach herrschender Meinung kann der Körperschaft nach §§ 31, 89 BGB oder § 831 BGB niemals eine Haftung des Beamten (nach § 839 BGB) zugerechnet werden, denn die Deliktshaftung des Staates im Fiskalbereich kann nur eintreten, wenn die Amtspflichtverletzung zugleich auch nach den allgemeinen Vorschriften einen Deliktstatbestand verwirklicht³¹². Dies folgt aus Sinn und Zweck des § 839 BGB, der auf der Lehre des privatrechtlichen Mandatskontraktes aufbaut. Der Körperschaft kann kein Delikt zugerechnet werden kann, daß sie selbst niemals begehen kann³¹³.

3. Rechtliche Folgen eines Haftungsunterschiedes

Aus dem Dargelegten ergibt sich, daß sich die Haftung des Staates im Privatrechtsbereich grundlegend von der Haftung des Staates im öffentlich-rechtlichen Wirkungskreis unterscheidet. Schon die Tatbestandsvoraussetzungen differieren enorm. Sieht man nach der hier vertretenen Auffassung und der Auffassung des größten Teils der Literatur bei der Haftung des Staates über die Subsidiaritätsklausel hinweg, zeigt sich die Staatshaftung für den geschädigten Bürger als die wesentlich vorteilhaftere Regelung.

Der Wahl der Rechtsform durch den Staat kommt also haftungsrechtlich eine Bedeutung zu; sie kann über das Vorliegen eines haftungsrechtlichen Anspruchs gegen den Staat entscheiden.

³⁰⁸ Vgl. Palandt/Heinrichs, § 89 Rn. 4.

³⁰⁹ Vgl. Palandt/Heinrichs, § 89 Rn. 4.

³¹⁰ Vgl. Palandt/Heinrichs, § 31 Rn. 7, 8.

³¹¹ Vgl. Bender, Staatshaftungsrecht, 2. A., Rn. 401; Palandt/Heinrichs, § 89 Rn. 2.

³¹² Vgl. Bender, Staatshaftungsrecht, 2. A., Rn. 413, 403; BGH MDR 1952, 674 (676); BGHZ 42, 176 (178); so auch schon das Reichsgericht RGZ 155, 257 (266).

³¹³ Vgl. Papier, Forderungsverletzung, S. 110/111.

B. Lokalisierung des Tatbestandsmerkmals

Welche Normen im System der Amtshaftung normieren das Handeln eines Beamten im haftungsrechtlichen Sinne als Tatbestandsvoraussetzung?

I. Art. 34 GG

Art. 34 GG spricht von "jemand", der "in Ausübung eines anvertrauten öffentlichen Amtes" handelt. Der Begriff des "Beamten", der noch Tatbestandsvoraussetzung in Art. 131 WRV war, ist somit aus Art. 34 GG verschwunden. Damit war keine materielle Änderung beabsichtigt, es sollte nur der Rechtsprechung des Reichsgerichts Rechnung getragen werden³¹⁴. Da bei einem Vergleich zwischen Art. 131 WRV und Art. 34 GG hervorgeht, daß der Begriff des Beamten durch den Begriff des "jemand" ersetzt worden ist, könnte man zu der Auffassung gelangen, im Tatbestandsmerkmal des "jemand" trete der haftungsrechtliche Beamtenbegriff hervor, während das Tatbestandsmerkmal der "Ausübung eines öffentlichen Amtes" ein weiteres, davon unabhängiges Tatbestandsmerkmal darstelle³¹⁵. Das Abstellen auf das Tatbestandsmerkmal des "jemand" ist natürlich ohne jeden Erkenntnisgewinn, da es außer bei Eintritt höherer Gewalt und Versagen technischer Einrichtungen immer erfüllt ist³¹⁶.

Entscheidend ist daher die Ausübung eines öffentlichen Amtes. Dieses Tatbestandsmerkmal verkörpert den haftungsrechtlichen Beamtenbegriff. Der Begriff des Beamten im statusrechtlichen Sinne spielt in Art. 34 GG keine Rolle mehr³¹⁷. Insofern ist in Art. 34 GG eine, nach dem Willen des Verfassungsgebers inhaltlich unbedeutende, Verschiebung in der Tatbestandsstruktur eingetreten, nämlich vom Beamten hin zum Amtsträger.

³¹⁴ Vgl. oben 1. Teil B VII 1 und 2.

³¹⁵ So anscheinend Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, S. 13 ff. einerseits und S. 26 ff. andererseits, was letztendlich jedoch unter dem Tatbestandsmerkmal des öffentlichen Amtes diskutiert wird; ähnlich auch Papier in: MünchKomm, § 839 Rn. 127 einerseits und Rn. 141 andererseits, wobei die Ausübung eines öffentlichen Amtes nur für diejenigen "Beamten" Bedeutung haben soll, die nicht durch die Wahrnehmung öffentlich-rechtlicher Funktionen konstitutiv Beamte im haftungsrechtlichen Sinne werden.

³¹⁶ So zu Recht Bull, Allg. VerwR, Rn. 1021; Wertenbruch, DÖV 1960, 672 (679).

³¹⁷ Insofern ist Wertenbruch, DÖV 1960, 672 (679) zuzustimmen, daß der haftungsrechtliche Beamtenbegriff bereits der Rechtsgeschichte angehört.

II. § 839 BGB

Im geltenden System der Amtshaftung ist der Begriff des Beamten als Tatbestandsmerkmal nur noch in § 839 BGB, nicht mehr in Art. 34 GG, genannt.

Es fragt sich jedoch gerade angesichts der dargestellten Änderung in der Tatbestandsstruktur, welche Bedeutung und Auslegung dem Begriff des Beamten in § 839 BGB zukommt.

1. Die Dichotomie der Auslegung

Die herrschende Meinung folgt in der Auslegung des Begriffs des Beamten in § 839 BGB der Trennlinie zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht. Da die Staatshaftung, wie dargelegt, nur bei Handeln im öffentlich-rechtlichen Wirkungskreis des Staates eintritt, d.h. nach ganz herrschender Meinung die Haftungsüberleitung gemäß Art. 34 GG nur bei öffentlich-rechtlichem Handeln eintritt, tritt bei Handeln im privatrechtlichen Wirkungskreis des Staates die Eigenhaftung des Beamten gemäß § 839 BGB ein.

§ 839 BGB gilt nach ebenso ganz herrschender Meinung im Privatrecht ebenso wie im öffentlichen Recht, nur daß im öffentlich Recht eben die Haftungsüberleitung gemäß Art. 34 GG eintritt.

Daraus ergibt sich für die herrschende Meinung ein Problem. § 839 BGB meint als Beamte nur Beamte im statusrechtlichen Sinne. Art. 34 GG möchte die Haftung aber auch für Beamte im (weiteren) haftungsrechtlichen Sinne überleiten. Da § 839 BGB wegen seiner Spezialität aber die einzige haftungsbegründende Norm darstellen kann, könnte die Haftung für andere als statusrechtliche Beamte mangels Anspruchsgrundlage gar nicht übergeleitet werden.

Daraus folgt für die herrschende Meinung eine dichotome Auslegung des Beamtenbegriffes in § 839 BGB. Im öffentlich-rechtlichen Bereich, also bei Übernahme der Haftung, hat "Beamter" in § 839 BGB die Bedeutung eines Beamten im haftungsrechtlichen Sinne, im privatrechtlichen Wirkungskreis des Staates hat "Beamter" in § 839 BGB jedoch die Bedeutung eines Beamten im statusrechtlichen Sinne³¹⁸. Wenn die Überleitung der

³¹⁸ So die ganz h. M., vgl. BGHZ 42, 176 (178) (beiläufig); Blomeyer, Schadensersatzansprüche, S. 118; Erichsen/Rüfner, Allg. VerwR, § 47 Rn. 6; Erman/Küchenhoff, § 839 Rn. 31; Friebe, ZBR 1957, 389 (391, allerdings sehr kritisch aus rechtspolitischer Sicht); Kayser/Leiß, Amtshaftung, S. 25; Bryde in: v. Münch/Kunig, Art. 34 Rn. 12; Meister, Drittbezogene Amtspflichten, S. 19; Nassauer, Verwaltung und Privatrechtsform, S. 55; Schmidt-Bleibtreu/Klein, Art. 34 Rn. 7; Schlick/Rinne, NVwZ 1997, 1065; Staudinger/Schäfer, § 839 Rn. 66; Soergel/Glaser, § 839 Rn. 42, 43; Kreft, Öffentlich-rechtliche Ersatzleistungen, § 839 Rn. 16; Papier in: MünchKomm, § 839 Rn. 127, 128; Papier/Dengler, Jura 1995, 38 (40); Weitnauer, Haftung, S. 7.

Staatshaftung ausnahmsweise ausgeschlossen ist, jedoch im öffentlich-rechtlichen Wirkungskreis gehandelt wurde, soll ebenfalls der haftungsrechtliche Beamtenbegriff in § 839 BGB gelten³¹⁹. Im Bereich der Staatshaftung decken sich somit die Beamtenbegriffe des Art. 34 GG einerseits und des § 839 BGB andererseits³²⁰.

Unter dem Gesichtspunkt der verfassungskonformen Auslegung des § 839 BGB kommt es im Bereich der Staatshaftung im wesentlichen nur auf Art. 34 GG an. Die Auslegung des § 839 BGB ist immer entsprechend anzupassen. Im folgenden soll deshalb nur auf den Beamtenbegriff in § 839 BGB bei privatrechtlichem Handeln des Staates eingegangen werden.

2. Die Fragwürdigkeit der dichotomen Auslegung

Wie bereits dargelegt, tritt die Eigenhaftung des § 839 BGB im privatrechtlichen Wirkungskreis nach ganz herrschender Meinung nur für Beamte im statusrechtlichen Sinne ein.

Ob diese Auslegung sachgerecht ist, erscheint zweifelhaft. Warum bei privatrechtlichem Handeln plötzlich nur noch der Beamte im statusrechtlichen Sinne von § 839 BGB erfaßt wird, begründen die oben zitierten Autoren nicht. Die dichotome Auslegung erscheint als Selbstverständlichkeit. Dies dürfte nur dadurch zu erklären sein, daß allgemein von der Geltung des statusrechtlichen Beamtenbegriffes in § 839 BGB ausgegangen wird. Angesichts der Erweiterung durch Art. 34 GG wird eine Aufspaltung der Auslegung in dem Sinne für erklärungsbedürftig angesehen, als zu erläutern ist, warum bei öffentlich-rechtlichem Handeln der haftungsrechtliche Beamtenbegriff und nicht (auch) der statusrechtliche gelten soll. Für die Prämisse, daß § 839 BGB nur den statusrechtlichen Beamtenbegriff meine, fehlt dann aber wiederum jede Begründung.

³¹⁹ Vgl. Kreft, Öffentlich-rechtliche Ersatzleistungen, § 839 Rn. 50; Staudinger/Schäfer, § 839 Rn. 66. Diese Fälle finden sich hauptsächlich im RBHG: so findet keine Haftungsüberleitung statt bei Handlungen von Gebührenbeamten (§ 5 Nr. 1 RBHG), Diplomaten (unter weiteren Voraussetzungen, § 5 Nr. 2 RBHG) oder falls der Anspruchsteller Ausländer ist und die Bundesregierung wegen fehlender Gegenseitigkeit eine entsprechende Regelung getroffen hat (§ 7 RBHG).

³²⁰ Vgl. Kreft, Öffentlich-rechtliche Ersatzleistungen, § 839 Rn. 50. Anderer Ansicht sind diejenigen, die strikt am statusrechtlichen Beamtenbegriff in § 839 BGB festhalten und insoweit beim haftungsrechtlichen Beamtenbegriff bereits eine unmittelbare Staatshaftung in Art. 34 GG sehen.

a. Historische Gesichtspunkte

Die Auslegung der herrschenden Meinung erscheint bereits unter historischen Gesichtspunkten bedenklich.

Bei Schaffung des BGB gab es überhaupt keinen eigenen haftungsrechtlichen Beamtenbegriff, ebensowenig gab es einen statusrechtlichen Beamtenbegriff, wie wir ihn heute kennen³²¹. Der Begriff des Beamten in § 839 BGB hatte keine eigene Bedeutung, vielmehr sollte der gewöhnliche Sprachgebrauch maßgebend sein³²². Er wurde vom BGB als etwas bereits Feststehendes selbstverständlich vorausgesetzt, d.h. insoweit mußte auf das öffentliche Recht rekuriert werden³²³. Selbst § 1 des Reichsbeamtenhaftungsgesetzes gab keine Definition des Beamten, auch hier wurde der Beamtenbegriff als feststehend vorausgesetzt. Da es keine Legaldefinition des "Beamten" gab, wurde auf allgemeine Rechtsgrundsätze zurückgegriffen, nach denen das Beamtenverhältnis als ein durch Hoheitsakt begründetes öffentlich-rechtliches Dienst- und Treueverhältnis aufgefaßt wurde³²⁴. So umschrieb das Reichsgericht 1896 das Beamtenverhältnis folgendermaßen: "Die Eigenschaft eines Beamten wird erworben durch die Übertragung eines Amtes, d.h. eines durch das öffentliche Recht begrenzten Kreises von Geschäften, in dem Organismus des Reiches, des Staates, der öffentlichen Gemeinden, Verbände oder Korporationen seitens der zuständigen Person oder der zuständigen Behörde und durch den Abschluß eines Dienstvertrages, welcher bezüglich des Amtes ein Gewaltverhältnis begründet, vermöge dessen der Gewalthaber zum Schutze und zur Gewährung des zugesicherten Dienstehaltens verpflichtet ist, der Angestellte aber in eine besondere Gehorsams-, Treue- und Dienstpflicht gegenüber dem Gewalthaber tritt."³²⁵

Dem damaligen Beamtenrecht war die heute in den Beamtengesetzen niedergelegte formelle Ernennung durch Überreichung einer Urkunde fremd; auch durch die bloße, formlose Übertragung öffentlich-rechtlicher Dienstfunktionen konnte man zum Beamten im haftungsrechtlichen wie im statusrechtlichen Sinne werden, beide Begriffe deckten sich also insoweit³²⁶. Insbesondere konnte der Staat die zum Dienst herangezogenen Personen auch auf privatrechtlichem Wege beschäftigen³²⁷. Damit trat die organisationsrechtliche Struktur, die

³²¹ Vgl. Kleinhoff, AcP 156, 212 (218); Gerhard, Beamtenbegriff, S. 5.

³²² Vgl. Kleinhoff, AcP 156, 212 (218); Gerhard, Beamtenbegriff, S. 5.

³²³ Vgl. Gerhard, Beamtenbegriff, S. 5, 6; Kleinhoff, AcP 156, 212 (218).

³²⁴ Vgl. Kleinhoff, AcP 156, 212 (219); Gerhard, Beamtenbegriff, S. 7.

³²⁵ Vgl. RGZ 37, 241 (243).

³²⁶ Vgl. Kleinhoff, AcP 156, 212 (219); Gerhard, Beamtenbegriff, S. 7.

³²⁷ Vgl. Gerhard, Beamtenbegriff, S. 7.

Position des Beamten in den Hintergrund, die Funktion, die Tatsache, daß der Beamte nach außen als Träger hoheitlicher Befugnisse erschien, trat in den Vordergrund, wobei der Beamte kraft Funktion vollwertig neben dem als solchem berufenen Beamten stand³²⁸.

Diese recht weite Auffassung von der Erlangung der Beamteneigenschaft im statusrechtlichen Sinne führte zu unangenehmen fiskalischen Folgen, war doch mit der Anerkennung der Beamteneigenschaft nach dieser Auffassung die Zuerkennung der jedem Beamten zustehenden vermögensrechtlichen Ansprüche verbunden³²⁹. Dies veranlaßte den Gesetzgeber durch das Beamtenrechtsänderungsgesetz vom 30. Juni 1933 die Anerkennung des Status als Beamter an die formelle Übergabe der Urkunde anzuknüpfen. Erst seit diesem Zeitpunkt existierte der Beamte im statusrechtlichen Sinne, wie wir ihn heute kennen. Waren vor dieser Gesetzesänderung der haftungsrechtliche und der statusrechtliche Beamtenbegriff im wesentlichen deckungsgleich, existierte vielmehr überhaupt kein eigenständiger haftungsrechtlicher Beamtenbegriff³³⁰, so stellte sich nun die Frage der Auswirkung des neuen Beamtenbegriffs im statusrechtlichen Sinne auf das Haftungsrecht.

Der Beamtenbegriff fand sich als Tatbestandsmerkmal auch in Art. 131 WRV. Insoweit entwickelte sich eine ständige Rechtsprechung des Reichsgerichts, nach der Beamter im Sinne des Art. 131 WRV jeder war, den der Staat mit öffentlicher Gewalt und zwar mit der Gewalt "umkleidet" hat, in deren Ausübung er pflichtwidrig handelte³³¹. Insoweit ergab sich im Gegensatz zur bisherigen Rechtsprechung eine Verschiebung, führte doch die "Umkleidung" mit öffentlicher Gewalt nur dann zur Annahme der Beamteneigenschaft, wenn die Pflichtverletzung gerade in Ausübung der verliehenen Machtbefugnisse begangen worden ist, während vorher die Anstellung, die zur Ausübung hoheitlicher Befugnisse berechtigte, schlechthin den Erwerb der Beamteneigenschaft nach sich zog³³². Aus dieser Einschränkung folgerte man, daß diese Entscheidung eher im Hinblick auf § 839 BGB und weniger im Hinblick auf Art. 131 WRV gefällt wurde. Dadurch hat man die Konsequenz vermeiden wollen, daß eine einmalige Ausübung hoheitlicher Befugnisse auch im Bereich des privatrechtlichen Handelns jemand zum Beamten im Sinne des § 839 BGB gemacht hätte. Für Art. 131 WRV sei die Bedeutung sowieso gering, setze diese Bestimmung doch das Handeln

³²⁸ Vgl. Gerhard, Beamtenbegriff, S. 8, 9.

³²⁹ Vgl. Gerhard, Beamtenbegriff, S. 9.

³³⁰ Vgl. Gerhard, Beamtenbegriff, S. 9.

³³¹ Ständige Rechtsprechung des Reichsgerichts, vgl. RGZ 105, 334 (335); 114, 197 (200/201); 118, 241 (242).

³³² Darauf weisen Kleinhoff, AcP 156, 212 (223) und Gerhard, Beamtenbegriff, S. 11 zu Recht hin.

in Ausübung gerade der anvertrauten öffentlichen Gewalt voraus³³³. Dies erscheint eher als bloße Vermutung, vor allem wenn man sich vor Augen führt, daß der Beamtenbegriff im heutigen statusrechtlichen Sinne noch überhaupt nicht entwickelt war, § 839 BGB somit immer auf den Beamtenbegriff außerhalb des Haftungsrechtes verwies. Vielmehr zeigt die Rechtsprechung des Reichsgerichtes, daß man eine genauere Differenzierung der Beamtenbegriffe in § 839 BGB, wenn diesem überhaupt eine selbständige Bedeutung zukam, und in Art. 131 WRV nicht vornahm³³⁴. Die Beamtenbegriffe des § 839 BGB und des Art. 131 WRV deckten sich somit. Die Änderung des statusrechtlichen Beamtenbegriffes durch das Beamtenrechtsänderungsgesetz von 1933 änderte an dieser Rechtsprechung des Reichsgerichtes nichts. Das Reichsgericht hielt an seiner Rechtsprechung zum Beamtenbegriff des § 839 BGB und des Art. 131 WRV fest³³⁵. Das war sachgerecht und folgerichtig. Ziel des Beamtenrechtsänderungsgesetzes war, nur das Innenverhältnis zwischen Staat und Beamten insoweit klarzustellen, daß alleine die Übertragung hoheitlicher Funktionen nicht mehr zum Erwerb vermögensrechtlicher Ansprüche führen sollte³³⁶. Für die Beibehaltung der reichsgerichtlichen Rechtsprechung sprach auch die Streichung des Klammerzusatzes in § 1 Abs. 1 des Reichsbeamtenhaftungsgesetzes, wo auf § 1 des Reichsbeamtengesetzes verwiesen wurde³³⁷. Damit wurde auch formal zum Ausdruck gebracht, daß sich der statusrechtliche Beamtenbegriff vom haftungsrechtlichen löste. Erst ab 1933 gingen somit der statusrechtliche und der haftungsrechtliche Beamtenbegriff getrennte Wege. Vorher gab es keinen eigenständigen haftungsrechtlichen Beamtenbegriff.

Aus diesem historischen Überblick lassen sich folgende Rückschlüsse ziehen: Da bei Schaffung des BGB der statusrechtliche Beamtenbegriff im heutigen Sinne unbekannt war, kann § 839 BGB mit dem Begriff des Beamten nicht den statusrechtlichen Beamten im heutigen Sinne gemeint haben. Dieses Ergebnis gilt auch für die privatrechtliche Tätigkeit des Staates. Demnach kann der heutige statusrechtliche Beamtenbegriff der Beamtengesetze auch nicht auf § 839 BGB, mag es im privatrechtlichem oder im öffentlich-rechtlichen

³³³ So Kleinhoff, AcP 156, 212 (223).

³³⁴ Vgl. RGZ 151, 385 (387): "Wird eine im staatsrechtlichen Sinne nichtbeamtete Person mit hoheitsrechtlichen Aufgaben betraut, so fällt dies nach dem oben Gesagten unmittelbar in den Bereich von § 839."; RGZ 165, 91 (99): "Die Angestellten der Krankenkasse sind nun weiter zwar nicht als Beamte im staatsrechtlichen Sinn anzusehen, aber als "Beamte" im Sinne des Art. 131 WRV und des § 839 BGB gelten nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts alle Personen, die der Staat oder eine dazu befugte Körperschaft mit öffentlicher Gewalt umkleidet."

³³⁵ Vgl. RGZ 142, 190 (192).

³³⁶ Vgl. Kleinhoff, AcP 156, 212 (225).

³³⁷ Vgl. Kleinhoff, AcP 156, 212 (225).

Wirkungskreis sein, übertragen werden. Eine Übertragung wäre nur mit dem Argument möglich, daß schon immer auf den Beamtenbegriff außerhalb des Haftungsrechtes rekurriert werden sollte, was dann aber auch im öffentlich-rechtlichen Wirkungskreis ein Abstellen auf den statusrechtlichen Beamtenbegriff nach sich ziehen müßte. Diese Konsequenz will aber niemand ziehen. Sie würde auch, wie ausgeführt, den Zielen der Änderung durch das Beamtenrechtsänderungsgesetz von 1933 nicht gerecht werden.

Demgegenüber kann nicht vorgebracht werden, daß schon bei Erlaß des BGB neben Beamten auch Angestellte und Arbeiter bekannt waren, die Ausübung öffentlicher Gewalt aber den Beamten als den Vollstreckern des Staatswillens vorbehalten war, weshalb § 839 BGB diese schützen wollte³³⁸. Daraus könnte eine unterschiedliche Beurteilung nach privatrechtlichem und öffentlich-rechtlichem Handeln nicht begründet werden. Auch verkennt diese Argumentation die Begründungsrichtung: Nicht derjenige, der Beamter war, konnte öffentliche Gewalt ausüben, sondern derjenige, der öffentliche Gewalt ausüben konnte, war Beamter. Dies ergibt sich aus den dargelegten historischen Hintergründen. Die Gegenauffassung legt dem Begriff des Beamten in dem Satz, daß es neben Beamten zur damaligen Zeit auch Angestellte und Arbeiter gab, in Verkennung der historischen Gegebenheiten die Bedeutung des heutigen Beamtenbegriffes im statusrechtlichen Sinne bei.

Nach der historischen Auslegung liegt es somit nahe, unter dem Tatbestandsmerkmal des Beamten in § 839 BGB auch im privatrechtlichen Wirkungskreis dem haftungsrechtlichen Beamtenbegriff entsprechend Angestellte und Arbeiter im öffentlichen Dienst einzubeziehen.

b. Verfassungswidrigkeit der dichotomen Auslegung

Gegen die herrschende Meinung, die § 839 BGB im privatrechtlichen Wirkungskreis auf statusrechtliche Beamte beschränkt wissen will, haben sich in der Literatur schon früh Stimmen herausgebildet.

Bachof hat schon 1954 die Unterscheidung zwischen statusrechtlichen Beamten und Angestellten des öffentlichen Dienstes bei Handeln des Staates im Privatrechtsverkehr als

³³⁸ Vgl. zu diesem Argument Ruland, BayVBl. 1976, 581 (585); Gerhard, Beamtenbegriff, S. 45, 46.

höchst anfechtbare Auffassung bezeichnet, die nur von Autor zu Autor weitergereicht werde³³⁹.

Auch *Bettermann* hat sich gegen eine dichotome Auslegung ausgesprochen. Es sei ein Gebot des Gleichheitssatzes und der veränderten Wirklichkeit des öffentlichen Dienstes, den Beamtenbegriff in § 839 BGB an Art. 34 GG anzupassen³⁴⁰. Die Auslegung der herrschenden Meinung sei willkürlich, da für die Schadensersatzverpflichtung im Außenverhältnis die Art des Dienstverhältnisses, also das Innenverhältnis, keine Rolle spielen könne³⁴¹.

Der herrschenden Meinung wird also der Vorwurf sachfremder Differenzierung gemacht. Weiterhin wird ihr entgegengehalten, daß es willkürlich sei, die Haftung von einem Umstand abhängig zu machen, der weder vom Verhalten noch vom Willen des Verletzten abhängt³⁴².

Faßt man diese Gegenmeinungen unter einem bestimmten rechtlichen Gesichtspunkt zusammen, so handelt es sich in der Substanz um den Vorwurf, die herrschende Meinung verstoße mit ihrer dichotomen Auslegung gegen den Gleichheitssatz gemäß Art. 3 Abs. 1 GG. Es ist daher zu untersuchen, ob tatsächlich eine Grundrechtsverletzung nach Art. 3 Abs. 1 GG vorliegt.

Die Prüfung eines (möglichen) Grundrechtsverstoßes gegen Art. 3 Abs. 1 GG zerfällt in zwei Teile: zunächst ist zu fragen, ob überhaupt eine Ungleichbehandlung vorliegt; ist eine solche positiv festgestellt, ist nach einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung zu fragen.

Zuvor ist noch kurz auf die Frage einzugehen, ob bezüglich der Beamten im statusrechtlichen Sinne (diese bilden eine der möglichen Personengruppen, die ungleich behandelt bzw. bevorzugt wird³⁴³) Art. 3 Abs. 1 GG überhaupt anwendbar ist. Daran könnte man deshalb zweifeln, weil das Beamtenverhältnis als besonderes Gewaltverhältnis (nach früherer Terminologie) bzw. als Sonderrechtsverhältnis (nach neuerer Terminologie) ausgestaltet ist, denn das gesamte Dasein des Beamten wird vom Amt überlagert³⁴⁴. Mittlerweile ist jedoch zu Recht anerkannt, daß die Grundrechte, die in diesem Zusammenhang selbst keine

³³⁹ Vgl. Bachof, DÖV 1954, 95 (96).

³⁴⁰ Vgl. *Bettermann*, JZ 1961, 482; ebenso *Bender*, Staatshaftungsrecht, 2. A., Rn. 415; *Soergel/Glaser*, § 839 Rn. 33.

³⁴¹ Vgl. *Bettermann* in: *Bettermann/Nipperdey/Scheuner*, Die Grundrechte, Band III/2, S. 835; ähnlich auch *BK-Dagtolou*, Art. 34 Rn. 81.

³⁴² Vgl. dazu *BK-Dagtolou*, Art. 34 Rn. 81.

³⁴³ Vgl. dazu sogleich unten.

³⁴⁴ Vgl. *Loschelder* in: *Isensee/Kirchhof*, HdbStR, Band V, § 123 Rn. 43.

Beschränkungen ihres Anwendungsbereiches statuieren, auch im Sonderrechtsverhältnis gelten, wobei dem Gesichtspunkt des Sonderrechtsverhältnisses auf der Eingriffs- bzw. Rechtfertigungsebene Rechnung getragen wird³⁴⁵. Die grundsätzliche Anwendbarkeit des Art. 3 Abs. 1 GG steht daher in unserem Fall außer Frage, die sachliche Rechtfertigung einer möglichen Ungleichbehandlung muß aber vertieft betrachtet werden.

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist eine Ungleichbehandlung gerechtfertigt, wenn sie frei von Willkür erfolgt, worunter zu verstehen ist, daß ein sachlicher Grund für die Ungleichbehandlung gegeben sein muß³⁴⁶. Problematisch ist dabei, daß der Gleichheitssatz damit im wesentlichen vollkommen entleert wäre, denn irgendein sachlicher Grund wird sich immer finden lassen³⁴⁷. Eine generelle Reduktion der Kontrolle des Gleichheitssatzes auf das Erfordernis irgendeines Grundes wird heute kaum noch vertreten³⁴⁸. Im Grunde wäre sowieso zu fragen, ob nicht das Willkürverbot seinen verfassungsrechtlichen Platz eher im Rechtsstaatsprinzip als in Art. 3 Abs. 1 GG hat³⁴⁹. Jedenfalls wird zur näheren Konkretisierung des Willkürverbotes oft auf indizielle Kriterien, wie z. B. Systemgerechtigkeit, Sachgerechtigkeit und Widerspruchsfreiheit der fraglichen Regelung in der Gesamtkonzeption des Regelungssystems zurückgegriffen³⁵⁰.

In der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und in der Literatur haben sich auch Strömungen gebildet, die den Akzent anders setzen. Danach soll eine Ungleichbehandlung gerechtfertigt sein, wenn zwischen den beiden Vergleichsgruppen Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, daß sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen, womit eine stärkere Differenzierung nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen einhergeht³⁵¹. Knüpft eine Ungleichbehandlung nicht an unterschiedliche Sachverhalte, sondern an unterschiedliche Personengruppen an, sind in aller Regel strengere Bindungen des Gesetzgebers zu beachten³⁵².

³⁴⁵ Vgl. Loschelder in: Isensee/Kirchhof, HdbStR, Band V, § 123 Rn. 7.

³⁴⁶ Vgl. BVerfGE 17, 122 (130); 71, 39 (53); 80, 109 (118).

³⁴⁷ Vgl. Finckh, Öffentliche Unternehmen, S. 138/139.

³⁴⁸ Vgl. Finckh, Öffentliche Unternehmen, S. 139; Sachs, JuS 1997, 124 (125).

³⁴⁹ Vgl. Sachs, JuS 1997, 124 (125).

³⁵⁰ Vgl. BVerfGE 9, 20 (28); 34, 103 (115); 36, 383 (394); 59, 36 (49); vgl. dazu auch Hesse, Grundzüge, Rn. 439; Sachs, JuS 1997, 124 (125).

³⁵¹ So BVerfGE 55, 72 (88); 85, 238 (244); 88, 5 (12); 88, 87 (96); 89, 365 (375); 90, 46 (56); 91, 346 (362/363); 91, 389 (401); 95, 267 (316).

³⁵² Vgl. BVerfGE 90, 46 (56); 91, 346 (362/363); 91, 389 (401); 95, 267 (316).

Im wesentlichen ist folgende Differenzierung anerkannt:

Liegt eine Ungleichbehandlung von Personengruppen vor, so gebietet der Gleichheitssatz eine strengere Prüfung im Sinne einer Verhältnismäßigkeitsprüfung; liegt eine verhaltensbezogene Ungleichbehandlung vor, so ist der Gleichheitssatz als Willkürverbot zu sehen³⁵³. Da die Rechtsprechung in dieser Beziehung noch nicht zur Ruhe gekommen ist, herrscht eine gewisse Verunsicherung. Es scheint jedoch anerkannt zu sein, daß bei Art. 3 Abs. 1 GG eine abgestufte Kontrolldichte anzunehmen ist, deren Maßstab sich an der Intensität der Ungleichbehandlung, an der Nähe der Differenzierungsmerkmale zu Art. 3 Abs. 3 GG, an der Beeinflußbarkeit der Differenzierungsmerkmale durch die Betroffenen sowie an der Berührung grundrechtlich geschützter Freiheiten durch die fragliche Regelung auszurichten hat³⁵⁴.

Bezüglich der personenbezogenen Ungleichbehandlung stellt sich das weitere Problem, daß sich eine personenbezogene Regelung auch als sachbezogene Regelung und umgekehrt formulieren läßt³⁵⁵ und von einer trennscharfen Abgrenzung nicht gesprochen werden kann. Es ist zur sachgerechten Abgrenzung vorgeschlagen worden darauf abzustellen, ob die fragliche Regelung für eine abgrenzbare Personengruppe selbst gruppenkonstituierend ist oder die Personengruppe durch andere, außerhalb der fraglichen Regelung liegende Kriterien bestimmt wird³⁵⁶. Da die Auslegung der herrschenden Meinung bei § 839 BGB an die statusrechtliche Beamteneigenschaft anknüpft, diese aber nicht durch § 839 BGB geschaffen wird, sondern durch die außerhalb der Überprüfung liegenden Beamtengesetze, kann § 839 BGB nicht gruppenkonstituierend im eben dargelegten Sinne sein. Die Auslegung des § 839 BGB durch die herrschende Meinung stellt eine personenbezogene Ungleichbehandlung dar, bei der der strengste Prüfungsmaßstab Anwendung findet und deshalb eine Verhältnismäßigkeitsprüfung erforderlich ist. Es ist bei Art. 3 Abs. 1 GG grundsätzlich zu berücksichtigen, daß dem Gesetzgeber bei der Ungleichbehandlung ein weiter Ermessens- und Gestaltungsspielraum zukommt; nicht etwa muß der Gesetzgeber jeweils die gerechteste und zweckmäßigste Regelung getroffen haben³⁵⁷.

³⁵³ Vgl. Hesse, FS-Lerche, S. 121 (124); Hesse, Grundzüge, Rn. 439; Sachs, JuS 1997, 124 (126).

³⁵⁴ Vgl. dazu Sachs, JuS 1997, 124 (127); Hesse, FS-Lerche, S. 121 (131).

³⁵⁵ So zu Recht Hesse, FS-Lerche, S. 121 (128/129).

³⁵⁶ So Sachs, JuS 1997, 124 (129) in Anlehnung an die Rechtsprechung des U.S. Supreme Court.

³⁵⁷ Vgl. BVerfGE 64, 158 (168); 66, 84 (95); 71, 39 (53).

aa. Vorliegen einer Ungleichbehandlung

Es ist zunächst zu überprüfen, ob eine Ungleichbehandlung vorliegt.

Dafür ist ein Bezugspunkt im Sinne eines gemeinsamen Oberbegriffes (*tertium comparationis*) zu finden, unter den die rechtlich verschiedenen Personen, Personengruppen oder Situationen fallen³⁵⁸. Wendet man diese Vorgaben auf eine Prüfung des Beamtenbegriffes der herrschenden Meinung in § 839 BGB an, so ergeben sich zwei zunächst vollkommen verschiedene Betrachtungsweisen. Zum einen kann nämlich auf die interne Organisation der öffentlichen Verwaltung abgestellt werden und so eine mögliche Ungleichbehandlung von Beamten im statusrechtlichen Sinne gegenüber anderen in der öffentlichen Verwaltung tätigen Personengruppen herausgearbeitet werden. Zum anderen könnte man auf das Außenverhältnis, nämlich auf die Ansprüche eines durch einen Beamten im statusrechtlichen Sinne Geschädigten einerseits und auf die Ansprüche eines durch nichtbeamtete Verwaltungsangestellte Geschädigten andererseits, abstellen. Da es sich hierbei um unterschiedliche Sachverhalte handelt, müssen beide getrennt untersucht werden.

aaa. Ungleichbehandlung zwischen Beamten und Angestellten

Beamte im statusrechtlichen Sinne und Angestellte bzw. Arbeiter in der öffentlichen Verwaltung erfüllen oft die gleichen Aufgaben. Gemeinsamer Bezugspunkt und Oberbegriff ist demnach die Personengruppe der für die oder in der öffentlichen Verwaltung Tätigen.

Es ist demnach zu untersuchen, ob zwischen Beamten (im nachfolgenden immer im statusrechtlichen Sinne verstanden) und Angestellten (der Vereinfachung halber sei nur diese Gruppe herausgenommen) eine Ungleichbehandlung vorliegt.

Dazu ist zunächst erforderlich, die nach der herrschenden Auslegung eintretenden Haftungsmodelle für Schädigungen, zum einen durch Beamte und zum anderen durch Angestellte, näher zu betrachten. Fügt ein Beamter einem Dritten einen Schaden im privatrechtlichen Wirkungskreis des Staates zu, so ist die einzig mögliche Anspruchsgrundlage gegen den Beamten § 839 BGB. Wegen des Charakters des § 839 BGB als Spezialvorschrift gegenüber §§ 823 ff. BGB ist ein Rückgriff auf diese Vorschriften ausgeschlossen.

³⁵⁸ Vgl. zum methodischen Vorgehen Pieroth/Schlink, Grundrechte, Rn. 431-435.

Dabei sind zwei Besonderheiten gegenüber der hoheitlichen Haftung zu beachten. Zum einen wird der Begriff der Amtspflicht restriktiv ausgelegt, so daß eine Verletzung der allgemeinen Pflichten im Verkehr nicht mehr ausreicht, es ist die Verletzung einer spezifischen Amtspflicht erforderlich³⁵⁹. Schon aus diesem Grunde ist der Anspruch aus § 839 BGB eingeschränkt. Zum anderen kommt die Subsidiaritätsklausel des § 839 Abs. 1 S. 2 BGB nach herrschender Meinung voll zum Tragen, d. h. der Beamte kann auf die Ersatzpflicht des Staates verweisen, was zu der seltsam anmutenden Konsequenz führt, daß der Beamte sich auf eine mangelnde Überwachung seitens der Verwaltung ihm gegenüber gemäß § 831 BGB berufen kann bzw. seine Stellung als verfassungsmäßiger Vertreter im Sinne der §§ 31, 89 BGB nachweisen kann. Da, wie ausgeführt, §§ 31, 89 bei wesentlichen, wichtigen Aufgaben immer vorliegt, besteht für den Beamten nur in seltenen Ausnahmefällen eine Haftung, wird doch die Subsidiaritätsklausel regelmäßig eingreifen. Dies steht in diesen Fällen auch nicht im Gegensatz zu der hier vertretenen Auffassung³⁶⁰, da es sich zum einen um das Eingreifen im Rahmen der Amtshaftung, also im Bereich hoheitlichen Handelns, und zum anderen um den Staat und nicht den Beamten als Anspruchsgegner handelt. Der Beamte wird also nur in speziellen Ausnahmefällen selbst haften.

Für den Angestellten gelten dagegen §§ 823 BGB ff. und zwar nur diese. Da insoweit gegenüber dem allgemeinen Zivilrecht keine Besonderheiten bestehen, werden Staat und Angestellter als Gesamtschuldner gemäß § 840 BGB in der Regel gemeinsam haften (für den Staat greifen auch hier § 831 BGB oder §§ 31, 89 i.V.m. §§ 823 BGB als Zurechnungsnormen ein). Daraus ergibt sich die Konsequenz, daß der Angestellte im Außenverhältnis selbst, allerdings neben der Verwaltung, haftet. Zwar kommt ihm, im Innenverhältnis ein Freistellungsanspruch gegen die Verwaltung nach den Grundsätzen der betrieblich veranlaßten Tätigkeit³⁶¹ zu, was allerdings an der bestehenden Außenhaftung nichts ändert. Wie oben ebenfalls dargelegt, geht die Beschränkung des Rückgriffsrechtes gegen den Beamten auch wesentlich weiter als die Grundsätze der betrieblich veranlaßten Tätigkeit für Angestellte.

Diese Ausführungen lassen sich an folgendem Beispielfall verdeutlichen:

³⁵⁹ Vgl. Erichsen/Rüfner, Allg. VerwR, § 47 Rn. 39.

³⁶⁰ Vgl. oben 2. Teil C III 6 a.

³⁶¹ Vgl. oben 2. Teil A II.

In einem staatlichen Krankenhaus arbeiten ein beamteter Arzt und ein angestellter Arzt als Chefarzte. Beide verursachen bei einer Operation einen Kunstfehler (z. B. irrtümliche Amputation des falschen Beines), durch den der Patient einen Schaden erleidet.

Für beide Ärzte haftet das Krankenhaus aus positiver Forderungsverletzung i.V.m. § 278 BGB.

Für den beamteten Arzt stellt sich die Lage wie folgt dar: Als einzige Haftungsnorm kommt § 839 BGB in Betracht, die als Spezialnorm die §§ 823 ff. BGB verdrängt. Da jedoch das Krankenhaus haftet, kommt zugunsten des Arztes die Subsidiaritätsklausel voll zum Tragen. Er kann auf die vorrangige Inanspruchnahme des Krankenhauses verweisen, so daß eine Schadensersatzklage gegen ihn als unbegründet abgewiesen würde.

Für den angestellten Arzt stellt sich die Lage hingegen so dar: Er haftet nach außen zunächst voll nach § 823 Abs. 1 BGB, so daß der Patient einen Schadensersatzprozeß gegen ihn in vollem Umfange gewinnen würde. Auch kann der Patient vom Arzt Schmerzensgeld verlangen.

Der angestellte Arzt ist also dem vollen Prozeßrisiko ausgesetzt, während der beamtete Arzt nach außen überhaupt nicht haftet.

Es gibt aber auch eine für den Beamten gegenüber dem Angestellten nachteilige Haftungskonzeption. Verletzt ein Angestellter fahrlässig das Vermögen eines Bürgers, so haftet er, vorausgesetzt es liegt keine Schutzgesetzverletzung nach § 823 Abs. 2 BGB vor, dem Bürger gegenüber nicht, die Verwaltung haftet ebenfalls nicht. Verletzt dagegen ein Beamter fahrlässig eine Amtspflicht (in der engen Auslegung) und dadurch das Vermögen eines Bürgers, so haftet nur der Beamte. Der Staat haftet nicht, da es an der Verletzung einer Anspruchsnorm, die zugerechnet werden könnte, fehlt, denn eine Haftung nach § 839 BGB kann der Verwaltung niemals zugerechnet werden³⁶². Insoweit ergibt sich also eine Schlechterstellung des Beamten: außer ihm haftet niemand, er muß den Schaden alleine ersetzen.

Dies läßt sich an folgendem Beispielfall illustrieren:

Das Land möchte ein Grundstück verkaufen. Damit sind ein Beamter und ein angestellter Sachbearbeiter betraut. Ein Käufer verlangt von den beiden jeweils eine Auskunft über die Formalien der Einreichung der Angebotsunterlagen. Von beiden erhält er eine falsche

³⁶² Vgl. oben 3. Teil A IV 2.

Auskunft, so daß seine Unterlagen zu spät eingehen. Dadurch erleidet er einen Vermögensschaden.

Für den beamteten Ministerialrat stellt sich die Lage nun wie folgt dar: Da § 839 BGB auch Vermögensschäden erfaßt, haftet dieser dem Kaufinteressenten gegenüber auf den vollen Vermögensschaden. Eine Haftung des Landes aus culpa in contrahendo, die die Haftung des Beamten wegen der Subsidiaritätsklausel ausschließen würde, besteht hier nicht, da sich die gegenseitigen Pflichten durch die bloße Anfrage noch nicht zu einem vorvertraglichen Schuldverhältnis verdichtet haben dürften.

Für den angestellten Sachbearbeiter dagegen gilt: § 823 BGB erfaßt keine reinen Vermögensschäden, eine Schutzgesetzverletzung nach § 823 BGB oder eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung nach § 826 BGB liegen nicht vor. Der angestellte Sachbearbeiter haftet demnach dem Kaufinteressenten gegenüber überhaupt nicht.

Beamte und Angestellte werden also untereinander ungleich behandelt, wobei Beamte in der Regel besser gestellt sind als Angestellte. Es sind jedoch auch Fälle denkbar, in denen Beamte schlechter gestellt sind als Angestellte.

bbb. Ungleichbehandlung zwischen geschädigten Bürgern

Nun ist eine mögliche Ungleichbehandlung des geschädigten Bürgers zu untersuchen. Gemeinsamer Bezugspunkt ist insofern der durch eine Verwaltungshandlung im privatrechtlichen Wirkungskreis des Staates Geschädigte. Zwischen einem durch einen Beamten Geschädigten und einem durch einen Angestellten Geschädigten erkennt man die erste Ungleichbehandlung bereits aufgrund der erwähnten Vermögensschädigung. Erleidet in dem erwähnten Beispielfall der Bürger einen Vermögensschaden, so kann er nur Ersatz verlangen, wenn dieser von einem Beamten verursacht wurde, nicht hingegen, wenn er von einem Angestellten verursacht wurde. In dieser Beziehung steht der geschädigte Bürger besser da, wenn er von einem Beamten geschädigt wurde.

Eine weitere Ungleichbehandlung der geschädigten Bürger ergibt sich ebenfalls aus der bereits dargestellten Ungleichbehandlung. In der Regel wird der geschädigte Bürger den schädigenden Beamten nicht in Anspruch nehmen können, dagegen den schädigenden Angestellten immer. Zwar ergibt sich bei der Zurechnung an den Staat in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle kein Unterschied, so daß der Geschädigte Bürger Ersatz, aber nur von der

Verwaltung, erlangen wird. Der geschädigte Bürger wird aus Erwägungen der Leistungsfähigkeit heraus fast immer nur den Staat und nicht den schädigenden Angestellten in Anspruch nehmen wollen. Dies sind jedoch rechtstatsächliche Überlegungen. Rein rechtlich gesehen bleibt für den geschädigten Bürger nur die Möglichkeit, seinen direkten Schädiger zu verklagen, wenn es sich bei diesem um einen Angestellten handelt, nicht jedoch, wenn dieser Beamter ist.

ccc. Zusammenfassung

Zusammenfassend läßt sich feststellen, daß verschiedene Ungleichbehandlungen vorliegen. Beamte und Angestellte werden untereinander ungleich behandelt, weil Beamte in der Regel besser gestellt sind als Angestellte. Auch Bürger, die von Beamten oder Angestellten geschädigt werden, werden ungleich behandelt, weil die von Beamten Geschädigten in der Regel schlechter gestellt sind als die von Angestellten Geschädigten.

bb. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung der Ungleichbehandlung

Damit stellt sich die Frage, ob diese Ungleichbehandlungen verfassungsrechtlich gerechtfertigt sind. Aus dem oben dargestellten Ansatz ergibt sich, daß zunächst das gesetzgeberische Ziel zu ermitteln ist. Dann ist nach dem Verhältnis der Differenzierungskriterien zu diesem Regelungsziel zu fragen.

Schon aus dem dargestellten historischen Hintergrund der Entstehung des § 839 BGB ergibt sich, daß § 839 BGB den Schutz des Beamten als Repräsentanten des Staates, als Vollstrecker des Staatswillens im Auge hatte³⁶³. § 839 BGB soll daher den schützen, der im Dienste des Staates dessen Aufgaben wahrnimmt.

Dieses Regelungsziel ist ins Verhältnis zum Differenzierungskriterium, nämlich der Beamteneigenschaft (im statusrechtlichen Sinne) zu setzen. Dabei zeigt sich bereits die Unhaltbarkeit des Differenzierungskriteriums. Denn im Innenverhältnis ist es unter den heutigen Bedingungen moderner Verwaltungstätigkeit dem Zufall überlassen, ob der betreffende Amtsträger verbeamtet wird oder nicht. Zwar ist gemäß Art. 33 Abs. 4 GG die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse als ständige Aufgabe in der Regel Beamten zu

übertragen, doch können aus dieser Vorschrift für die hier in Frage stehenden Fälle keine Folgerungen gezogen werden. Denn es geht gerade nicht um die Frage der hoheitlichen Staatstätigkeit, sondern der Tätigkeit des Staates im privatrechtlichen Wirkungskreis. Es ist demnach weitgehend der internen Behördenorganisation bzw. dem Zufall überlassen, ob die privatrechtliche Staatstätigkeit von Beamten oder Angestellten ausgeübt wird. Auch die Angestellten sind in solchen Fällen Vollstrecker des Staatswillens. Darum müßte eigentlich auch diesen die Subsidiaritätsklausel und die enge Auslegung der Amtspflichtverletzung zugute kommen. Dies ergäbe sich auch gerade aus der Entstehungsgeschichte der Vorschrift, wonach die Ausübung der Staatsgewalt die Charakterisierung als Beamter auslösen sollte und nicht umgekehrt.

Die Anknüpfung an die Beamteneigenschaft als solche ist somit in dem vom Gesetzgeber innerhalb des Regelungsziels gesetzten Rahmen nicht folgerichtig und im Hinblick auf das Regelungsziel auch nicht sachgerecht. Damit wäre auch nach der Willkürformel ein sachlicher Grund zu verneinen.

Für die rechtliche Regelung, daß bei fahrlässigen Vermögensverletzungen nur der Beamte und zwar nur dieser alleine haften soll, ist überhaupt kein Grund ersichtlich.

Auch unter Berücksichtigung des Verhältnisses zum Bürger ergibt sich als spiegelbildliche Abbildung zum Gesagten nichts anderes. Warum der von einem Angestellten in seinem Vermögen geschädigte Bürger schlechter stehen soll als der von einem Beamten in seinem Vermögen geschädigte, ist unerfindlich. Die Tatsache, daß der, der von einem Beamten geschädigt wird, in der Regel schlechter steht, ließe sich nur aus dem Schutzgedanken zugunsten des Vollstreckers des Staatswillens erklären. Wie bereits festgestellt, müßte dies dann den Angestellten ebenfalls zugute kommen.

Ergibt sich aus der Rechtfertigungsstruktur des Art. 3 Abs. 1 GG selbst zunächst kein sachlicher Grund, der eine Ungleichbehandlung rechtfertigen würde, so bleibt noch offen, ob nicht etwa in der Regelung des Art. 33 Abs. 5 GG eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung zu erblicken ist. Sollte sich die dichotome Auslegung als einer der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums darstellen, so könnte darin möglicherweise ein sachlicher Grund für eine Ungleichbehandlung gesehen werden.

³⁶³ Vgl. Gerhard, Beamtenbegriff, S. 46.

Die dichotome Auslegung des Beamtenbegriffs in § 839 BGB fällt jedoch aus mehreren Gründen nicht unter Art. 33 Abs. 5 GG bzw. könnte sogar selbst dann das gefundene Ergebnis nicht revidieren. Wie bereits erwähnt, kann sich die dichotome Auslegung nicht auf rechtshistorische Gesichtspunkte stützen. Aus rechtshistorischer Sicht ist sie sogar abzulehnen. Demnach kann es sich bei der dichotomen Auslegung nicht um einen *hergebrachten* Grundsatz des Berufsbeamtentums handeln. Das Tatbestandsmerkmal des Hergebrachten knüpft an eine vorkonstitutionelle Tradition an³⁶⁴, die bezüglich der herrschenden Auslegung nicht besteht.

Selbst wenn man eine solche Tradition annehmen würde, lägen die Voraussetzungen des Art. 33 Abs. 5 GG nicht vor. Denn Art. 33 Abs. 5 GG schützt nicht jede Regelung an der Peripherie des Beamtentums, mag sie auch noch so lange bestanden haben, sondern nur die Grundsätze, die das Bild des Beamtentums in seiner überkommenen Gestalt so prägen, daß ihre Nichtbeachtung das Wesen des Beamtentums antasten würde³⁶⁵. Davon kann aber bei solchen eher am Rande des Beamtentums liegenden Vorschriften wie etwa § 839 BGB, die im übrigen im hier untersuchten Zusammenhang auch nicht das öffentlich-rechtliche Handeln des Beamten regeln, das nach Art. 33 Abs. 4 GG den Kern seiner Tätigkeit ausmachen soll, nicht die Rede sein.

Im übrigen wären nach Art. 33 Abs. 5 GG nur solche Grundrechtsbeschränkungen zulässig, die durch Sinn und Zweck des konkreten Dienst- und Treueverhältnisses gefordert werden³⁶⁶. Es läßt sich aber kein sachlicher Grund für die Ungleichbehandlung feststellen, so daß die dichotome Auslegung durch Sinn und Zweck des konkreten Dienst- und Treueverhältnisses nicht gefordert sein kann. Aus diesen Gründen kann auch Art. 33 Abs. 5 GG das gefundene Ergebnis des Verstoßes der dichotomen Auslegung gegen Art. 3 Abs. 1 GG nicht revidieren.

cc. Ergebnis

Sowohl im Hinblick auf die "Innendifferenzierung" zwischen Beamten und Angestellten als auch im Hinblick auf die "Außendifferenzierung" liegt eine verfassungswidrige Ungleichbehandlung vor.

³⁶⁴ Vgl. Maunz in: Maunz/Dürig, Art. 33 Rn. 55; Kunig in: v. Münch/Kunig, Art. 33 Rn. 61.

³⁶⁵ Vgl. Maunz in: Maunz/Dürig, Art. 33 Rn. 53; Kunig in: v. Münch/Kunig, Art. 33 Rn. 62.

³⁶⁶ Vgl. BVerfGE 19, 303 (322); nach Kunig in: v. Münch/Kunig, Art. 33 Rn. 58, kann bei Übertragung identischer Funktionen auf verschiedene Gruppen von Dienstnehmern bei materiell stark angenäherten Rechtsverhältnissen sogar die Rechtfertigung für weitere bestehende Unterschiede entfallen, so daß Art. 33 Abs. 5 GG insofern durch Art. 3 Abs. 1 GG begrenzt wird.

Daraus ergibt sich weiterhin, daß die dichotome Auslegung des Beamtenbegriffes in § 839 BGB durch die herrschende Meinung nicht haltbar ist, vielmehr gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstößt.

c. Lösungsmöglichkeiten für das Auslegungsproblem des Beamtenbegriffs in § 839 BGB

Es ergeben sich verschiedene Wege, die Verfassungswidrigkeit der dichotomen Auslegung zu beseitigen.

aa. Lösungsansatz von Gerhard

Am intensivsten hat sich, soweit ersichtlich, *Gerhard* mit der Frage des Beamtenbegriffs in § 839 BGB auseinandergesetzt.

Gerhard legt die gesamte Norm des § 839 BGB nach Sinn und Zweck der Subsidiaritätsklausel aus und fragt nach der Funktion dieser Sondernorm gegenüber dem allgemeinen Deliktsrecht³⁶⁷. Dabei verneint er die Möglichkeit einer Bestimmung des Beamtenbegriffes nach der Position des Handelnden, vielmehr sei dafür die Funktion des Haftpflichtigen entscheidend³⁶⁸. Die Sondernorm des § 839 BGB rechtfertige sich durch eine Unterscheidung der nichthoheitlichen Tätigkeit des Staates von der Tätigkeit anderer Zivilrechtssubjekte, die in einem öffentlichen Element zu sehen sei, nämlich der Wahrnehmung von Solidarinteressen³⁶⁹. Handle der Staat in diesem Solidarinteresse, womit ein öffentliches Interesse gemeint ist, bleibe er auch bei Handeln in den Formen des Privatrechtes Staat, es liege eine ihm eigentümliche Verwaltung vor³⁷⁰. Da die erwerbswirtschaftliche Betätigung des Staates sowie fiskalische Hilfsgeschäfte nur mittelbar dem öffentlichen Interesse dienen, sei deren Einbeziehung unter die Sondernorm des § 839 BGB nicht gerechtfertigt³⁷¹. Daraus folgert *Gerhard*, daß die Anwendung des § 839 BGB im Privatrechtsverkehr auf diejenigen Personen zu beschränken sei, die mit Aufgaben der

³⁶⁷ Vgl. *Gerhard*, Beamtenbegriff, S. 49- 52, 74.

³⁶⁸ Vgl. *Gerhard*, Beamtenbegriff, S. 52.

³⁶⁹ Vgl. *Gerhard*, Beamtenbegriff, S. 61, 63, 70.

³⁷⁰ Vgl. *Gerhard*, Beamtenbegriff, S. 63, 72; insb. S. 63: "Öffentliche Verwaltung in privatrechtlichen Formen wird dort ausgeübt, wo der Staat als gleichberechtigter Partner des Staatsbürgers auftritt, ohne sich von seiner ihm eigentümlichen Zielsetzung, der Wahrnehmung von Solidarinteressen zu emanzipieren. [...] Der Staat als Leistungsträger bedient sich privatrechtlicher Rechtsformen, ohne damit die dem Privatrecht eigentümliche Handlungsfreiheit zu gewinnen."

³⁷¹ Vgl. *Gerhard*, Beamtenbegriff, S. 65- 68.

Leistungsverwaltung betraut seien, womit sich folgender Beamtenbegriff des § 839 BGB ergebe: "Beamter im Sinne des § 839 BGB ist jede vom Staat oder einer dazu befugten Körperschaft mit Aufgaben der obrigkeitlichen oder leistenden Verwaltung betraute Person, ungeachtet ihrer Rechtsbeziehungen zur Anstellungskörperschaft und gleichgültig, in welcher Rechtsform der Staat oder die Körperschaft ihre Leistungsverpflichtungen erfüllen."³⁷²

Die Auffassung *Gerhards* weist eine erstaunliche Parallelität zur Lehre vom Verwaltungsprivatrecht auf. Er überträgt die Grundsätze dieser Lehre auf die Auslegung des § 839 BGB.

Nach der Auffassung *Gerhards* wären auch Angestellte von der Norm des § 839 BGB erfaßt, allerdings nur bei Tätigkeiten im Bereich der Leistungsverwaltung oder Daseinsvorsorge, nach heutiger Terminologie der Lehre vom Verwaltungsprivatrecht mithin bei der unmittelbaren Erfüllung öffentlicher Aufgaben in Privatrechtsform. Nur dann soll § 839 BGB auch bei Beamten gelten, also für Beamte bei erwerbswirtschaftlicher Betätigung wie für Angestellte die §§ 823 ff. BGB Anwendung finden.

Es erscheint jedoch zweifelhaft, die gesamte Vorschrift des § 839 BGB von der Subsidiaritätsklausel aus auszulegen. Vielmehr müßte die Subsidiaritätsklausel im Lichte des Zwecks der Vorschrift des § 839 BGB gesehen werden. Nach *Gerhards* Ansatz müßte es daher folgerichtig sein, die Subsidiaritätsklausel bei Handeln in unmittelbarer Erfüllung öffentlicher Aufgaben eingreifen zu lassen, sonst nicht. Da *Gerhard* Art. 3 Abs. 1 GG nicht erwähnt, bleibt im Dunkeln, warum er nach seinem Ansatz bei der Auslegung des Beamtenbegriffes ansetzt und nicht bei der Subsidiaritätsklausel.

Gerhard schafft aber auch hinsichtlich seines Ergebnisses bedenkliche Differenzierungen. Für den Beamten und den Angestellten bleibt es bei ihrer Tätigkeit gleich, ob sie nun im Wege der Daseinsvorsorge privatrechtliche Maßnahmen treffen oder im Rahmen der erwerbswirtschaftlichen Tätigkeit der Verwaltung. Allein das unmittelbare Interesse an der öffentlichen Aufgabenerfüllung erscheint schwerlich ausreichend für eine Differenzierung gegenüber der erwerbswirtschaftlichen oder fiskalischen Tätigkeit der Beamten, wenn schon der Staat sich für ein Handeln in den Formen des Privatrechts entschieden hat. Verläßt man die Rechtsform des Staatshandelns als Trennlinie, erscheint § 839 BGB auch immer mehr als

³⁷² Vgl. Gerhard, Beamtenbegriff, S. 71/72.

Fremdkörper in der Systematik des BGB. Wenn *Gerhards* Ansatz auch viele richtige Feststellungen enthält, so kann ihm doch nicht ganz gefolgt werden.

bb. Der Ansatz *Bettermanns*

Zur Auslegung des Beamtenbegriffes in § 839 BGB ist von *Bettermann* vorgeschlagen worden, den Beamtenbegriff des § 839 BGB an den des Art. 34 GG, mithin also an den haftungsrechtlichen Beamtenbegriff anzugleichen³⁷³.

Das stößt jedoch auf unüberwindliche Schwierigkeiten. Denn beim haftungsrechtlichen Beamtenbegriff als Funktionsbegriff wird auf die Ausübung hoheitlicher Gewalt in der Form des öffentlichen Rechts abgestellt³⁷⁴. Man kann aber die Ausübung hoheitlicher Gewalt in Form des öffentlichen Rechts schlechterdings unmöglich zur Kennzeichnung des Staatshandelns im privatrechtlichen Bereich machen. Schon aus diesen systematischen Überlegungen heraus kann der haftungsrechtliche Beamtenbegriff im Privatrechtsverkehr in § 839 BGB keine Anwendung finden.

cc. Lösungsweg

Der Ansatz *Bettermanns* weist jedoch in die richtige Richtung. Wollte man nämlich die Verfassungswidrigkeit der dichotomen Auslegung des Beamtenbegriffes dadurch lösen, daß man auch die Angestellten sowie die Arbeiter und sonstigen in der Verwaltung Tätigen in § 839 BGB einbezieht, so würde man verfassungsrechtlich unter dem Gesichtspunkt des Gleichheitssatzes in kaum weniger bedenklicher Weise ein Differenzierungsproblem gegenüber Angestellten aus dem nichtstaatlichen Bereich schaffen. Aus dieser Überlegung heraus zeigt sich, daß die gesamte Regelung des § 839 BGB, mag man sie drehen und wenden wie man will, verfassungsrechtlich bedenkliche Differenzierungen schafft. Der Charakter des § 839 BGB als Fremdkörper, der sich in die zivilrechtliche Systematik nicht ohne Bruchstellen einfügen läßt, wird dadurch um so deutlicher.

Die systematisch richtige Lösung liegt aber auf der Hand. Auf sie haben *Bettermann* und *Ruland* bereits hingewiesen. § 839 BGB ist auf den öffentlich-rechtlichen Bereich zu

³⁷³ So *Bettermann*, JZ 1961, 482.

beschränken³⁷⁵. Das ist aus Sicht der herrschenden Meinung folgerichtig, denn dann tritt § 839 BGB immer nur bei einer Haftungsüberleitung nach Art. 34 GG in Erscheinung. Genauer müßte man daher sagen, daß eine Haftung nach § 839 BGB immer dann zu bejahen ist, wenn eine Haftungsüberleitung gemäß Art. 34 GG eintreten könnte³⁷⁶. Insoweit findet dann in § 839 BGB der haftungsrechtliche Beamtenbegriff ebenfalls seinen Platz.

Man mag gegen diese Lösung einwenden, daß sie das Auslegungsproblem nur eine Ebene höher in Art. 34 GG verlagere. Das ist richtig, denn dort gehört dieses Problem systematisch hin. Art. 34 GG muß als höherrangige Verfassungsnorm die Auslegung der haftungsbegründenden Norm im wesentlichen determinieren. Diese Lösung vermeidet dogmatische Windungen bei § 839 BGB, insbesondere die Einführung eines weiteren Beamtenbegriffes neben den schon bekannten, der für das privatrechtliche Handeln der Verwaltung in § 839 BGB Anwendung finden würde. Weiterhin wird nach dieser Lösung § 839 BGB seines Fremdkörpercharakters im Zivilrecht behoben, tritt doch immer dann, wenn seine Voraussetzungen vorliegen, auch eine Haftungsüberleitung auf den Staat ein.

dd. Zusammenfassung

Zusammenfassend läßt sich festhalten, daß der Beamtenbegriff des § 839 BGB nicht selbständig auszulegen ist, vielmehr die Auslegung von Art. 34 GG determiniert werden muß. Immer wenn die Voraussetzungen des Art. 34 GG vorliegen, muß auch § 839 BGB vorliegen. Liegt Art. 34 GG nicht vor, so darf auch § 839 BGB nicht angewendet werden. § 839 BGB ist somit auf den Anwendungsbereich der Staatshaftung zu beschränken.

³⁷⁴ Vgl. unten 4. Teil A.

³⁷⁵ Vgl. Bettermann, JZ 1961, 482; Ruland, BayVBl. 1976, 581.

³⁷⁶ Denn möglicherweise tritt auch bei Handeln in nicht-öffentlichrechtlichen Formen eine Haftungsüberleitung gemäß Art. 34 GG ein, dazu unten 4. Teil E VII 3.

4. Teil: Inhaltliche Bestimmung des haftungsrechtlichen Beamtenbegriffs

Haben wir bisher die Frage beantwortet, welche Rolle der haftungsrechtliche Beamtenbegriff im System der Staatshaftung spielt, soll nun untersucht werden, wann es inhaltlich gerechtfertigt ist, von einem Beamten im haftungsrechtlichen Sinne zu sprechen, d. h. also, wann das Tatbestandsmerkmal des haftungsrechtlichen Beamtenbegriffes bejaht werden kann.

A. Allgemeine Definition

Über die inhaltliche Ausfüllung des haftungsrechtlichen Beamtenbegriffs herrscht Einigkeit. Als haftungsrechtlicher Beamter wird jeder erfaßt, dem von der zuständigen Stelle die Ausübung eines öffentlichen Amtes anvertraut worden ist, wobei unter öffentlichem Amt jede dienstliche Betätigung zu verstehen ist, die öffentlich-rechtliche Belange wahrnimmt, somit praktisch jede Person, die hoheitlich im Sinne von öffentlich-rechtlich handelt³⁷⁷. Auf die Rechtsstellung des handelnden Amtswalters kommt es nicht an, beim haftungsrechtlichen Beamtenbegriff handelt es sich um einen reinen Funktionsbegriff³⁷⁸. Das folgt bereits aus der dargelegten Verschiebung des Wortlauts in Art. 34 GG gegenüber Art. 131 WRV, der ja noch vom "Beamten" sprach. Unter "jemand" fällt aber jede natürliche Person, so daß es nur folgerichtig ist, den Fokus nun auf die Ausübung eines öffentlichen Amtes zu legen. Nach herrschender Meinung kommt es auf die tatsächliche Übertragung des öffentlichen Amtes in dem Sinne an, daß die handelnde Person mit Willen der zuständigen Stelle eingeschaltet wurde, wobei Art, Zulässigkeit oder rechtliche Wirksamkeit des Anvertrauensvorganges unerheblich sind³⁷⁹. Daraus erkennt man bereits, daß die Voraussetzungen dieses Tatbestandsmerkmals einer erheblichen Reduktion unterliegen. Weiterhin ist es unumstritten, daß das Tatbestandsmerkmal des Handelns "in Ausübung" nur der Abgrenzung des

³⁷⁷ H. M., vgl. Barkhau, Öffentlich-rechtliche Entschädigung, S. 79; Bartling, Haftung, S. 142, 143; Büchner/Reiner, Staatshaftung, Rn. 73; Bull, Allg. VerwR, Rn. 1023; Dorn, NJW 1964, 137 (138); Engelhardt, NVwZ 1992, 1052; Erichsen/Rüfner, Allg. VerwR, § 46 Rn. 3; § 47 Rn. 7; Erichsen, VerwArch 62 (1971), 181 (182); Gammelmin, Rechtsscheinhaftung, S. 77, 80, 81, 97; Kreft, Öffentlich-rechtliche Entschädigung, § 839 Rn. 16, 21; v. Mangoldt/Klein, Art. 34 III 2 a), b); Martens, Öffentlich, S. 83, 99; Maurer, JuS 1994, 1015; Meister, Drittbezogene Amtspflichten, S. 18, 19; v. Mutius, VerwArch 64 (1973), 433 (439, 442); Nassauer, Verwaltung und Privatrechtsform, S. 54; Notthoff, NVwZ 1994, 771 (772); Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, S. 14; Papier in: MünchKomm, § 839 Rn. 128; Peine, Allg. VerwR, Rn. 401/402; Ruland, BayVBl. 1976, 581; Sachs/Bonk, Art. 34 Rn. 4; Scheuner, GS-Jellinek, S. 331 (332); Schoch, Jura 1988, 585 (586); Steinberg/Lubberger, Aufopferung, S. 262; Wagner, JZ 1968, 245; Weller, Haftung, S. 8; Windthorst, JuS 1995, 791 (792).

³⁷⁸ Vgl. Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, S. 14.

³⁷⁹ Zur h. M. vgl. nur BK-Dagtolou, Art. 34 Rn. 80; v. Mangoldt/Klein, Art. 34 III 2 d; Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, S. 19.

dienstlichen Handelns im weitesten Sinne vom Handeln bei Gelegenheit dient, worunter nur die nicht in einem unmittelbaren Zusammenhang mit der Amtstätigkeit liegenden Schädigungen ausgeschlossen werden sollen³⁸⁰.

Kommt es somit weder auf die Rechtsstellung des handelnden Amtswalters noch auf dessen organisatorische Eingliederung in den Staatsapparat an, so reduziert sich nach herrschender Meinung der haftungsrechtliche Beamtenbegriff darauf, ob der handelnde Schädiger in der Rechtsform des öffentlichen Rechts gehandelt hat, was eben dem Tatbestandsmerkmal des "öffentlichen Amtes" entnommen wird³⁸¹. Es ist daher festzustellen, daß der Begriff des haftungsrechtlichen Beamten nicht selbständig ausgelegt werden darf, vielmehr nur erläuternde Funktion dergestalt hat, daß er das Handeln in den Formen des öffentlichen Rechts umfaßt³⁸².

B. Herkömmliche Systematik

Nach dieser anerkannten Definition des haftungsrechtlichen Beamten, die nur auf die Funktion der schädigenden Handlung abstellt, ergibt sich ohne weiteres, daß neben Beamten im statusrechtlichen Sinne auch die Angestellten und Arbeiter im öffentlichen Dienst haftungsrechtliche Beamten sind³⁸³.

Da es auf die organisatorische Eingliederung in den Staatsapparat nicht ankommt, müßte man eigentlich davon ausgehen, daß bei Einschaltung von Privatpersonen nur zu prüfen sei, ob sie denn nun tatsächlich öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich gehandelt haben³⁸⁴. Dem ist jedoch mitnichten so. Vielmehr ist hier das Zentrum rechtswissenschaftlicher Diskussion um den haftungsrechtlichen Beamtenbegriff zu finden. Dabei ist festzustellen: Je loser die Eingliederung in den Staatsapparat, um so problematischer und umstrittener wird die Bejahung des Tatbestandsmerkmals des haftungsrechtlichen Beamten. Hier wird bereits ein

³⁸⁰ So tritt die Amtshaftung nicht ein, wenn ein Polizist am Wochenende zu Hause seinen Nachbarn wegen einer zu lauten Grillparty im Garten verprügelt; hier fehlt jeder Zusammenhang mit der Diensttätigkeit; vgl. zu einem ähnlichen Fall BGHZ 11, 181 (185).

³⁸¹ Vgl. Frenz, Staatshaftung, S. 98, 99; a. A. wohl v. Mutius, VerwArch 64 (1973), 433 (441/442); Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, S. 13 ff. einerseits, S. 26 andererseits; Papier in: MünchKomm, § 839 Rn. 141 bejaht eine eigenständige Bedeutung nur bei Beamten im staatsrechtlichen Sinne, was aber nicht ohne inneren Widerspruch ist, zeugt es doch von einer gewissen Abkehr vom funktionsrechtlichen Haftungsbezug.

³⁸² Vgl. Bull, VerwR, Rn. 1021.

³⁸³ Vgl. nur Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, S. 14; Papier in: Maunz/Dürig, Art. 34 Rn. 107; Sachs/Bonk, Art. 34 Rn. 55; Soergel/Vinke, § 839 Rn. 43.

³⁸⁴ Wobei die zwar eingebürgerte, aber an sich unsinnige Bezeichnung als Privatperson beibehalten werden soll, denn auch ein Angestellter des öffentlichen Dienstes ist eine Privatperson.

erster innerer Widerspruch in der ganzen Diskussion deutlich, denn auf die organisationsrechtliche Eingliederung soll es doch gar nicht ankommen.

Da im Kernbereich der Eingliederung in den Staatsapparat, d.h. bei Beamten in statusrechtlichen Sinne sowie bei Angestellten und Arbeitern des öffentlichen Dienstes, das Vorliegen der Voraussetzungen des haftungsrechtlichen Beamtenbegriffes unproblematisch ist, müssen wir uns nur mit den "Problemkindern" befassen, d.h. mit denjenigen Privatpersonen, die sich durch eine mehr oder minder ausgeprägte organisationsrechtliche Loslösung vom Staatsapparat auszeichnen.

Diese Fälle sollen im folgenden näher untersucht werden, wobei der herkömmlichen Systematik der Einteilung dieser Privaten gefolgt wird. Danach sind die Personengruppen der Beliehenen, der (unselbständigen) Verwaltungshelfer sowie der selbständigen Verwaltungshelfer zu unterscheiden³⁸⁵.

C. Die Beleihung

I. Begriff

Die Rechtsfigur des Beliehenen ist eine Erscheinungsform der Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private, die in ihren mannigfaltigen Erscheinungsformen immer noch sehr umstritten ist, obwohl es nicht an zahlreichen Werken fehlt, die sich mit dem Problem des Beliehenen befassen.

Einigkeit scheint wenigstens insoweit über die Definition des Beliehenen zu herrschen: Beliehene sind natürliche oder juristische Personen des Privatrechts, denen durch Gesetz oder aufgrund Gesetzes durch Verwaltungsakt oder verwaltungsrechtlichen Vertrag bestimmte einzelne hoheitliche Kompetenzen zur selbständigen Wahrnehmung im eigenen Namen übertragen worden sind³⁸⁶.

³⁸⁵ Vgl. zu dieser Systematik Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, S. 14 ff.; Papier in: MünchKomm, § 839 Rn. 130 ff.

³⁸⁶ Vgl. Steiner, JuS 1969, 69 (70); Notthoff, NVwZ 1994, 771 (772); Gause, Die öffentliche Indienststellung Privater als Rechtsinstitut der Staatsorganisation, S. 52, 60; Weller, Haftung, S. 31; Papier in: MünchKomm, § 839 Rn. 131; Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, S. 15; Frenz, Staatshaftung, S. 31; Maurer, VerwR, § 23 Rn. 56.

II. Beispielfälle

Als klassische Beispielfälle der Beleihung gelten: die Schiffskapitäne³⁸⁷, die Luftfahrzeugführer³⁸⁸, die Jagdaufseher³⁸⁹, die nach § 3 Abs. 2 S. 2 TierseuchenG zugezogenen Tierärzte sowie die nach § 4 ZDG anerkannten Beschäftigungsstellen für den Zivildienst. Auch die Notare sind, wenn sie nicht beamtet sind, Beliehene, wobei hier jedoch die Staatshaftung in Form der Amtshaftung wegen der Sondervorschrift des § 19 Abs. 1 S. 1 BNotO ausgeschlossen ist. Für ihre Amtspflichtverletzungen haften die Notare persönlich. Weiterhin sind als praktisch relevanteste Gruppe die amtlich anerkannten Sachverständigen für den Kraftfahrzeugverkehr zu nennen, wobei die einzelnen Sachverständigen selbst Beliehene sind und nicht die Technischen Überwachungsvereine als juristische Personen des Privatrechts als Arbeitgeber der einzelnen Sachverständigen³⁹⁰. Diese kurze Übersicht über einige Beispiele der Beleihung soll genügen³⁹¹.

III. Abgrenzung von anderen Rechtsinstituten

1. Abgrenzung von der Erlaubnis/Genehmigung

Zunächst erscheint fraglich, worin sich die Beleihung von einer Erlaubnis bzw. Genehmigung unterscheidet, insbesondere wenn diese die Ausübung eines Berufes zum Gegenstand haben. Bei dieser Abgrenzung ist die durch Grundrechte gewährte allgemeine Handlungsfreiheit sowie die Berufsfreiheit zu beachten. Denn der Gesetzgeber kann nur in den durch die Grundrechte ihm gesetzten Grenzen Erlaubnistatbestände und Genehmigungen vorschreiben. So darf der Gesetzgeber, der den Schutz der Verbraucher bzw. Kunden von Gewerbetreibenden im Auge hat, die Ausübung des Gewerbes von einer Genehmigung abhängig machen. Nach dem Grundsatz der Gewerbefreiheit darf jedoch jedermann ein Gewerbe ausüben. Das Erfordernis einer Genehmigung stellt sich somit nur als Prüfung gewisser Voraussetzungen zum Schutz der Kunden dar. Dadurch wird der Grundsatz der Gewerbefreiheit jedoch nicht grundsätzlich eingeschränkt. Keineswegs wird der

³⁸⁷ Vgl. § 106 SeemannsG.

³⁸⁸ Vgl. § 29 Abs. 3 LuftVG.

³⁸⁹ Vgl. § 25 Abs. 2 BJagdG.

³⁹⁰ Vgl. zu den TÜV-Sachverständigen BGHZ 49, 108 (11); BGH NJW 1973, 458; Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, S. 16 ff.

³⁹¹ Weitere Fälle sind aufgezählt bei Jacobs, Staatshaftungsrecht, Rn. 147; Papier in: MünchKomm, § 839 Rn. 131; Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, S. 15 .

Gewerbetreibende durch die Erlaubnis zum Beliehenen, da er nicht zur Ausübung hoheitlicher Kompetenzen ermächtigt wird. Die Ausübung eines Gewerbes ist eine privatrechtliche Tätigkeit. Durch die Erlaubnis kann der Gewerbetreibende keine öffentlich-rechtlichen Beziehungen zu seinen Vertragspartner, den Kunden, begründen.

Kennzeichen der Beleihung ist jedoch, daß dem Beliehenen eine Rechtsmacht verliehen wurde, die er vorher nicht hatte, also sein rechtliches Können erweitert wird, woran es in den Fällen der Erlaubnis gerade fehlt. Denn dort wird dem Empfänger der Erlaubnis keine ihm vorher nicht zustehende Rechtsmacht verliehen, vielmehr wird nur sein rechtliches Dürfen, nicht sein rechtliches Können, erweitert³⁹². Dies gilt für alle Arten von Erlaubnissen und Genehmigungen, d.h. für das präventive Verbot mit Erlaubnisvorbehalt sowie das repressive Verbot mit Befreiungsvorbehalt³⁹³. Zwar mag das repressive Verbot mit Befreiungsvorbehalt im Gegensatz zum präventiven Verbot mit Erlaubnisvorbehalt, das wegen der Grundrechtseinflüsse einfacher begründbar ist, wegen des Ausnahmecharakter eher als Verleihung einer neuen Rechtsmacht zu sehen sein, obwohl auch dies zweifelhaft erscheint, jedoch wird auch in diesen Fällen keine Rechtsmacht zur Begründung öffentlich-rechtlicher Befugnisse erteilt.

2. Abgrenzung von der Konzession

Schwierig ist auch die Abgrenzung der Beleihung von den Fällen der Konzession, da oft unklar bleibt, was unter einer Konzession zu verstehen ist³⁹⁴.

Oftmals behält sich der Staat Tätigkeiten vor, die nicht spezifisch staatlicher Natur sind, sondern ihrer Natur nach auch von einem Privaten ausgeübt werden könnten, womit der Staatstätigkeit ein gewisser Monopolcharakter³⁹⁵ zukommt. Klassische Beispiele hierfür sind das Branntweinmonopol sowie das Zündwarenmonopol und, früher, der Betrieb öffentlicher Eisenbahnen³⁹⁶. Von einem rein privatrechtlichen Standpunkt aus gesehen könnte jeder Branntwein herstellen und verkaufen. Er darf es nur nicht. Auch hier hilft wieder die Unterscheidung zwischen rechtlichem Können und rechtlichem Dürfen weiter. Da sich das Monopol des Staates nicht auf spezifisch staatliche, sondern auf private Betätigungen bezieht,

³⁹² Vgl. Dagtoglou, DÖV 1970, 532 (535).

³⁹³ Vgl. Michaelis, Der Beliehene, S. 72.

³⁹⁴ Vgl. Schilling, JR 1968, 87.

³⁹⁵ Deshalb wird die Konzession von Badura, Verwaltungsmonopol, S. 258, auch als monopoldurchbrechende Gestattung bezeichnet.

kann eine Gestattung (Konzession) als solche nicht die Übertragung einer spezifischen öffentlich-rechtlichen Rechtsmacht bedeuten³⁹⁷. Während der Beliehene durch die Beleihung die über seine privatrechtliche Handlungsfähigkeit hinausgehende Rechtsmacht erhält, öffentlich-rechtliche Beziehungen zu begründen und in den Rechtsformen des öffentlichen Rechts zu handeln, erhält der Konzessionsbegünstigte nur die Möglichkeit, seine privatrechtliche Handlungsfähigkeit auch voll auszuschöpfen. Der staatliche Monopolcharakter ändert daran nichts.

3. Abgrenzung von der Indienstnahme

Weiterhin ist die Beleihung abzugrenzen von der staatlichen Indienstnahme Privater. Damit bezeichnet man in Anklang an *H. P. Ipsen* die Abwälzung öffentlicher Verwaltungsaufgaben auf private Leistungsträger zur Schonung verwaltungseigener Mittel³⁹⁸. Klassisches Beispiel hierfür sind z. B. die Pflichten des Arbeitgebers zur Abführung der Lohnsteuer und der Beiträge zur Sozialversicherung³⁹⁹ und die Heranziehung von Privatpersonen durch Gerichte zur Erstattung eines Gutachtens als Sachverständige⁴⁰⁰. Eine Vergleichbarkeit der Indienstnahme Privater mit der Beleihung ergibt sich insofern, als der Staat Aufgaben, die er an sich selbst erfüllen müßte, auf Private überwält, wobei in beiden Fällen das Zivilrechtssubjekt, auf das die Aufgaben übergewält werden, seine Stellung als Zivilrechtssubjekt behält⁴⁰¹. Jedoch hat die staatliche Indienstnahme lediglich solche Tätigkeiten zum Gegenstand, die nicht nur der Staat, sondern auch der Private ausüben kann, da es sich meist um reine Tathandlungen sowie rein technische Vorgänge (wie z. B. reine Buchungsvorgänge beim Lohnsteuerabzugsverfahren) von rechtlich neutraler Natur handelt⁴⁰². Daraus wird gefolgert, daß dem Indienstgenommenen nur eine öffentlich-rechtliche Pflicht auferlegt wird, nicht jedoch sein rechtliches Können über seine privatrechtliche Handlungsfähigkeit hinaus erweitert wird⁴⁰³. Das erscheint zwar nicht immer überzeugend, denn es mag zweifelhaft scheinen, nach welcher privatrechtlichen Norm der Arbeitgeber zum Abzug der Lohnsteuer seines Arbeitnehmers befugt sein soll. Es ist jedoch so, daß seine

³⁹⁶ Vgl. Michaelis, Der Beliehene, S. 76.

³⁹⁷ Vgl. Dagtoglou, DÖV 1970, 532 (535).

³⁹⁸ Vgl. Ipsen, FS-Kaufmann, S. 141; Steiner, Öffentliche Verwaltung durch Private, S. 184.

³⁹⁹ Vgl. Michaelis, Der Beliehene, S. 80.

⁴⁰⁰ Vgl. Michaelis, Der Beliehene, S. 81.

⁴⁰¹ Vgl. Michaelis, Der Beliehene, S. 82.

⁴⁰² Vgl. Michaelis, Der Beliehene, S. 82, 83.

⁴⁰³ So Michaelis, Der Beliehene, S. 83.

öffentlich-rechtliche Pflicht auch den Inhalt des privatrechtlichen Arbeitsvertrages bestimmt. Auch hier ist darauf abzustellen, daß dieser öffentlich-rechtlichen Pflicht keine entsprechende öffentlich-rechtliche Befugnis des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer korrespondiert, der Indienstgenommene somit keine öffentlich-rechtlichen Beziehungen zu anderen Rechtssubjekten begründen kann⁴⁰⁴.

4. Abgrenzung von den sog. staatlich gebundenen Berufen

Die Beleihung ist außerdem von den staatlich gebundenen Berufen abzugrenzen. Unter staatlich gebundenen Berufen versteht man unter Anlehnung an *Triepel* Berufe, die zwar frei zugänglich sind, bei denen der Staat den Gebundenen jedoch gewisse Pflichten auferlegt hat⁴⁰⁵. Darunter fallen als klassische Beispiele die Berufe des Rechtsanwaltes und der Wirtschafts- und Steuerberater⁴⁰⁶. Zwar dienen diese Berufe meist unmittelbar öffentlichen Interessen und Zwecken, jedoch üben sie diese Tätigkeit auf dem Boden des Privatrechts aus, ohne überhaupt die Befugnis zu öffentlich-rechtlichem Handeln zu erhalten. Da auch hier keine Erweiterung der privatrechtlichen Handlungsfähigkeit vorliegt, scheidet eine Qualifizierung als Beleihung aus.

5. Abgrenzung von den statusrechtlichen Beamten

Vom Beamten unterscheidet sich der Beliehene durch eine grundlegend andere organisationsrechtliche Einbindung. Während der Beliehene seine Hoheitsbefugnisse in eigenem Namen wahrnimmt und somit in eigener Zuständigkeit handelt, handelt der Beamte immer für den Staat, nimmt also fremde Zuständigkeiten wahr⁴⁰⁷.

6. Abgrenzung von öffentlich-rechtlichen Selbstverwaltungskörperschaften

Von öffentlich-rechtlichen Selbstverwaltungskörperschaften unterscheidet sich der Beliehene dadurch, daß er trotz der Ausübung spezifisch staatlicher Verwaltungsaufgaben in eigener Trägerschaft Privatrechtssubjekt bleibt, während die öffentlich-rechtliche

⁴⁰⁴ So letztendlich auch Michaelis, *Der Beliehene*, S. 83; vgl. auch v. Heimburg, *Verwaltungsaufgaben und Private*, S. 39.

⁴⁰⁵ Vgl. *Triepel*, *FS-Binding*, 2. Band, S. 1 (82).

⁴⁰⁶ Vgl. *Dagoglou*, *DÖV* 1970, 532 (535); v. Heimburg, *Verwaltungsaufgaben und Private*, S. 45; *Triepel*, *FS-Binding*, 2. Band, S. 1 (81).

Selbstverwaltungskörperschaft ein öffentlich-rechtliches Rechtssubjekt darstellt⁴⁰⁸. Beispielhaft seien hier die Kirchen genannt, die Körperschaften des öffentlichen Rechts sind⁴⁰⁹. Dort wo die Kirchen ihre grundgesetzlich verbürgten Selbstbestimmungsrechte in Anspruch nehmen, ohne staatliche Aufgaben zu erfüllen, wie beim sakralen Glockenläuten, handeln sie zwar öffentlich-rechtlich, aber nicht als Beliehene⁴¹⁰. Wegen ihres Status als öffentlich-rechtliche Körperschaft handeln die Kirchen auch bei der Wahrnehmung staatlicher Aufgaben nicht als Beliehene.

7. Abgrenzung von öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnissen

Der Beliehene ist selbst Verwaltungsträger, während der in einem beschränkt öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis Stehende nicht selbst Verwaltungsträger wird⁴¹¹.

8. Zusammenfassung

Die Mehrzahl dieser Abgrenzungsfälle macht deutlich, daß die Besonderheit des Beliehenen darin besteht, daß dieser zwar ein Privatrechtssubjekt ist und bleibt, aber in den Formen des öffentlichen Rechts handeln kann.

IV. Der Amtshaftungsanspruch

Da die Möglichkeit und Fähigkeit, in den Rechtsformen des öffentlichen Rechts zu handeln, gerade konstitutives Wesensmerkmal der Beleihung darstellt⁴¹² und sich auf das Handeln in dieser Rechtsform nach herrschender Meinung die Voraussetzungen des haftungsrechtlichen Beamtenbegriffes reduzieren lassen⁴¹³, ist unbestritten, daß der Beliehene einen Amtshaftungsanspruch auf der Tatbestandsseite auslösen kann, mithin also als haftungsrechtlicher Beamter anzusehen ist⁴¹⁴.

⁴⁰⁷ Vgl. Michaelis, Der Beliehene, S. 87, 88.

⁴⁰⁸ Vgl. Michaelis, Der Beliehene, S. 89.

⁴⁰⁹ Vgl. Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 5 WRV.

⁴¹⁰ Vgl. zur Stellung der Kirchen als öffentlich-rechtlicher Körperschaft und zum Glockenläuten BVerwGE 68, 62 ff.

⁴¹¹ Vgl. Maurer, Allg. VerwR, § 23 Rn. 61.

⁴¹² Vgl. Schmidt, Unterscheidung von privatem und öffentlichem Recht, S. 270, 271.

⁴¹³ Vgl. oben 4. Teil A.

1. Das Problem der Passivlegitimation

Das Problem der Beleihung wird auf der Ebene der Passivlegitimation gesehen, d.h. bei der Frage, wer für den von einem Beliehenen verursachten Schaden einzustehen hat, wobei niemand bestreitet, daß bei Beliehenen die Tatbestandsvoraussetzungen der Amtshaftung vorliegen können.

Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung kann es dahinstehen, welche der vieldiskutierten Theorien zur Passivlegitimation sachgerecht sind. Denn nach allen diskutierten Theorien trifft die Haftung eine Körperschaft des öffentlichen Rechts, womit mit Recht von Staatshaftung gesprochen werden kann⁴¹⁵. Umstritten ist nur, welche öffentlich-rechtliche Körperschaft in concreto haftet. Das spielt im Rahmen der vorliegenden Untersuchung keine Rolle. Entscheidend ist jedoch die Auseinandersetzung mit der Auffassung, der Beliehene oder die ihn anstellende Privatrechtsvereinigung hafte. Folgte man dem, würde die Haftung eben nicht mehr auf eine öffentlich-rechtliche Körperschaft übergeleitet werden. Von einer Staatshaftung könnte dann schwerlich gesprochen werden.

2. Der Ansatz von Frenz

In jüngster Zeit hat sich namentlich *Frenz* gegen eine Überleitung der Haftung auf eine öffentlich-rechtliche Körperschaft ausgesprochen.

Obwohl *Frenz* drei verschiedene Gruppen von Beliehenen unterscheidet, nämlich (1) selbständige natürliche Personen, die die übertragenen Hoheitsbefugnisse selbständig

⁴¹⁴ Ganz h. M., vgl. Steinberg/Lubberger, Aufopferung, S. 266; Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, S. 15; Papier in: MünchKomm, § 839 Rn. 131; Papier/Dengler, Jura 1995, 38 (41); Peine, Allg. VerwR, Rn. 401.

⁴¹⁵ Während die Funktionstheorie darauf abstellt, wessen Aufgabe (d.h. die Aufgabe welchen Verbandes) der schädigende Amtswalter gerade wahrgenommen hat, stellt die Anstellungstheorie darauf ab, welcher Verband den handelnden Amtswalter angestellt hat, vgl. dazu Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, S. 112. Der BGH folgt keiner dieser beiden Theorien, sondern einer Kombination. Nach der Rechtsprechung des BGH haftet in der Regel die Anstellungskörperschaft; wenn eine solche Anknüpfung versagt, ist zu fragen, wer dem Amtsträger die konkrete Aufgabe anvertraut hat, vgl. BGHZ 99, 326 (330): "Nach Art. 34 GG trifft die Haftung grundsätzlich diejenige Körperschaft, in deren Dienst der pflichtwidrig handelnde Amtsträger steht. In ständiger Rechtsprechung legt der Senat diese Vorschrift dahin aus, daß sich die Frage nach dem haftenden Dienstherrn danach beantwortet, welche Körperschaft dem Amtsträger das Amt, bei dessen Ausübung er fehlsam gehandelt hat, anvertraut hat, wer mit anderen Worten dem Amtsträger die Aufgaben, bei deren Wahrnehmung die Amtspflichtverletzung vorgekommen ist, übertragen hat. Es haftet daher im Regelfall die Körperschaft, die diesen Amtsträger angestellt und ihm damit die Möglichkeit zur Amtsausübung eröffnet hat. Ob auch die konkrete Aufgabe, bei deren Erfüllung die Amtspflichtverletzung begangen wurde, in den Aufgabenkreis der Anstellungskörperschaft fällt, bleibt dagegen grundsätzlich unbeachtlich [Zitate]. Lediglich dann, wenn die Anknüpfung an die Anstellung versagt, weil kein Dienstherr oder mehrere Dienstherrn vorhanden sind, ist darauf abzustellen, wer dem Amtsträger die Aufgabe, bei deren Erfüllung er gefehlt hat, anvertraut hat." Vgl. zum Problem des Klagegegners in schwierigen Fällen auch Hinkel, NVwZ 1989, 119 (120).

wahrnehmen, (2) beliehene natürliche Personen, die bei einer Privatrechtsvereinigung angestellt sind, die nicht selbst beliehen ist, sowie (3) beliehene Privatrechtsvereinigungen, die ihre Hoheitsbefugnisse durch Angestellte wahrnehmen, die nicht selbst beliehen sind⁴¹⁶, kommt er zu dem Ergebnis, daß grundsätzlich der Beliehene selbst haftet, soweit jedenfalls eine Verurteilung zur Naturalrestitution in Frage steht. Bei Haftung auf Schadensersatz gelte grundsätzlich das Gleiche, außer bei den Beliehenen, die bei Privatrechtsvereinigungen angestellt seien, denn dann werde die Haftung auf die nicht beliehene Privatrechtsvereinigung übergeleitet⁴¹⁷.

Begründet wird dies zum einen damit, daß bei der Beleihung durch Gesetz die gesetzgeberische Körperschaft nicht für alle Schäden eintreten könne, zum anderen bei der Beleihung durch Verwaltungsakt oft nur eine rein formale Bestätigung einer Person vorliege. Diese sei meist von anderen ausgesucht worden, so daß praktisch nur die Ausübung ermöglicht werde, von einer Übertragung aber keine Rede sein könne und die Anknüpfung der herrschenden Meinung schon aus diesem Grunde versage, weil es eben keine Körperschaft gebe, die dem Beliehenen das öffentliche Amt anvertraut habe⁴¹⁸.

Zum anderen sei der Beliehene auch weniger mit dem Amtswalter im herkömmlich verstandenen Sinne zu vergleichen als mit den sonstigen Trägern mittelbarer Staatsverwaltung, die aber alle als passivlegitimierte Körperschaften im Sinne des Art. 34 GG anerkannt seien⁴¹⁹. Da für die meisten Beliehenen auch eine Regreßvorschrift fehle, müßte immer die öffentliche Hand für das Fehlverhalten der Beliehenen einspringen, was aber bei finanzstarken Beliehenen systemwidrig sei⁴²⁰.

Schließlich gebiete es auch der Zweck des Art 34 GG, die Haftung auf den Beliehenen überzuleiten, denn zur Naturalrestitution, die durch Art. 34 GG geschuldet werde, sei die öffentlich-rechtliche Körperschaft gar nicht in der Lage, die entsprechenden Amtshandlungen könnten nur von dem Beliehenen selbst vorgenommen werden⁴²¹. Auch die Gedanken des Schutzes des Amtswalters und der Effizienz der Verwaltung stünden dem nicht entgegen. Da dem Beliehenen im Gegensatz zum Beamten keine so enge Verpflichtung gegenüber dem

⁴¹⁶ Vgl. Frenz, Staatshaftung, S. 44-46.

⁴¹⁷ Vgl. Frenz, Staatshaftung, S. 258, 259.

⁴¹⁸ Vgl. Frenz, Staatshaftung, S. 150 - 156.

⁴¹⁹ Vgl. Frenz, Staatshaftung, S. 162 f.

⁴²⁰ Vgl. Frenz, Staatshaftung, S. 163-166.

Staat obliege, könne eine Haftungsfreistellung der Beliehenen gerade in das Gegenteil der beabsichtigten Zielrichtung umschlagen, nämlich in geringeres Verantwortungsbewußtsein und nachlässigere Amtsführung⁴²².

Dem Ansatz von *Frenz* kann Logik und Folgerichtigkeit nicht abgesprochen werden. Trotzdem ist diese Auffassung letztlich nicht überzeugend. *Frenz* ist zuzugeben, daß die Vorschrift des Art. 34 GG von ihrer Entstehungsgeschichte her auf hierarchisch durchgegliederte Organisationstrukturen angelegt ist und daher auf eine losere Verbindung mit dem Staatsapparat nicht richtig paßt. Das ist das Grundproblem der ganzen Diskussion um die Einbeziehung Privater in den Staatshaftungsanspruch. Doch packt *Frenz* dieses Problem von der falschen Seite an.

Eine nicht beliehene Privatrechtsvereinigung kann ihren Angestellten schon deshalb kein öffentliches Amt übertragen, da ihr selbst ein solches nicht zusteht. Zwar mag so die Übertragung eines öffentlichen Amtes durch Verwaltungsakt von Seiten der Behörde nur formal und eher gekünstelt erscheinen, doch kann dabei immerhin eher von Anvertrauen die Rede sein als bei einer Privatrechtsvereinigung.

Auch das Abstellen auf die Naturalrestitution ist verfehlt. Denn es ist schon im Ansatz zweifelhaft, ob dies mit dem geltenden System der Amtshaftung erreicht werden kann. Jedenfalls kann bei Erlaß von Verwaltungsakten durch den Beliehenen, und dies dürfte die größte Zahl der Naturalrestitutionsfälle sein (so z. B. bei Versagung der Prüfplakette durch den TÜV-Sachverständigen, was einen Verwaltungsakt darstellt), für den Bürger kein Rechtsnachteil entstehen, kann er doch vom umfassenden verwaltungsgerichtlichen Klagesystem der VwGO Gebrauch machen. Rechtspolitisch mag eine Zusammenfassung von Primär- und Sekundärrechtsschutz mit Sicherheit vorteilhaft sein, doch kann dies schwerlich dem geltenden Recht entnommen werden.

Auch das Problem des Innenregresses wegen fehlender Anspruchsgrundlage gegen den Beliehenen rechtfertigt nicht die vollständige Uminterpretation des geltenden Amtshaftungsrechts. Zum einen wäre die richtige Lösung, diese Regreßvorschriften eben zu schaffen, da das Innenverhältnis zwischen Staat und Beliehenem für den im Außenverhältnis

⁴²¹ Vgl. *Frenz*, Staatshaftung, S. 167.

interessierenden Staatshaftungsanspruch keine Rolle spielen kann. Zum anderen erscheint aber auch zweifelhaft, ob nicht doch aus einem verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnis eine generelle Ersatzpflicht des Beliehenen gegenüber dem Staat folgt.

Schließlich ist eine Haftung des Beliehenen selbst auch mit dem primären Schutzzweck des Art. 34 GG, nämlich dem Schutz des Geschädigten, der einen leistungsfähigen Schuldner erhalten soll, nicht vereinbar. Beliehene können finanzstark sein oder auch nicht. Dies gilt genauso für beliehene Privatrechtsvereinigungen. Es ist durchaus vorstellbar, daß ein einziges schädigendes Ereignis einen so großen Schaden anrichtet, daß auch eine beliehene Privatrechtsvereinigung insolvent werden kann. Diese Verlagerung des Ausfallrisikos auf den geschädigten Bürger versucht *Frenz* dadurch zu entschärfen, daß er in solchen Fällen eine subsidiäre Haftung des Staates aus Garantenstellung annimmt, deren Rechtsgrundlage nicht in Art. 34 GG zu finden sein soll⁴²³. Dies würde den geschädigten Bürger zwingen, zwei Prozesse zu führen, was schwerlich mit dem Schutzzweck des Art. 34 GG in Einklang zu bringen ist. Auch fehlt für die Haftung aus Garantenstellung die Rechtsgrundlage. Der Gedanke der Garantenstellung sollte hier vielmehr dazu dienen, Art. 34 GG dahingehend auszulegen, daß der Staat für einen Beliehenen zunächst direkt haftet. Es erscheint erheblich systemgerechter, die Staatshaftung eintreten zu lassen und dann beim Beliehenen Regreß zu nehmen als das gesamte System der Staatshaftung umzuinterpretieren, weil eine Regreßgrundlage (möglicherweise) fehlt. Das Eintreten der Staatshaftung für den Beliehenen verwirklicht auch am ehesten den Schutzzweck des Art. 34 GG. Das Problem des Innenregresses ist im Außenverhältnis ohne Relevanz. Hier muß der Staat die entsprechenden Vorschriften noch schaffen, sollte es tatsächlich an Regreßmöglichkeiten fehlen.

Es bleibt festzuhalten, daß auch für den Beliehenen die Staatshaftung nach den allgemeinen Kriterien eintritt. Die Rechtsfigur des Beliehenen schafft insoweit keine Besonderheiten.

D. Unselbständige Verwaltungshelfer

Kann man bei der Beteiligung Privater am Verwaltungshandeln in Form der Beleihung noch eine einigermaßen sichere Meinungsbildung feststellen, was die Begriffsbildung und die Aspekte der Staatshaftung betrifft, bietet die Beteiligung Privater an Verwaltungsaufgaben in

⁴²² Vgl. *Frenz*, Staatshaftung, S. 167.

Form der gemeinhin als Verwaltungshelfer bezeichneten Gruppe ein sehr uneinheitliches Bild. Das gilt bereits für den Begriffsinhalt wie auch für die Frage des Eingreifens der Staatshaftung.

I. Begriff

War bei den Beliehenen im wesentlichen Einigkeit über den Begriffsinhalt vorhanden, zeigt sich bei den Verwaltungshelfern eine große Uneinheitlichkeit.

Unter einem Verwaltungshelfer wird von einem Teil der Literatur derjenige verstanden, der der Verwaltung in abhängiger Position bei der Wahrnehmung ihrer Funktionen behilflich ist, ohne jedoch staatliche Kompetenzen von Gewicht in eigenem Namen, vielmehr nur gelegentlich anfallende ergänzende Hilfsfunktionen, wahrzunehmen⁴²⁴. Nach anderer Auffassung sollen unter den Begriff der Verwaltungshilfe alle Privatpersonen eingeordnet werden können, die zu Hilfsorganen der Verwaltung bestellt worden sind und präventive Verwaltungsgeschäfte wahrnehmen, nachdem ihnen in irgendeiner Form Verwaltungsobliegenheiten zur selbständigen Erledigung übertragen worden sind oder nachdem sie diese aufgrund eigener Initiative übernommen haben⁴²⁵. Nach wieder anderer Meinung ist der Verwaltungshelfer dadurch charakterisiert, daß er die Verwaltungsbehörde bei der Durchführung bestimmter Verwaltungsaufgaben unterstützt, aber nicht selbständig tätig wird, sondern nur Hilfstätigkeiten im Auftrag und nach Weisung der Behörde wahrnimmt⁴²⁶. Ein Teil der Literatur lehnt den Begriff des Verwaltungshelfers ab und rekurriert auf andere Bezeichnungen, wie z. B. den des Amtshelfers, der jede Privatperson umfaßt, die von einem Amtsträger mit der Wahrnehmung einzelner hoheitlicher Aufgaben auf freiwilliger Basis beauftragt wird und als Hilfsorgan in fremdem Namen unter Angliederung an einen Träger öffentlicher Verwaltung selbständig tätig wird⁴²⁷. Weiterhin könnte man den Begriff der Verwaltungshilfe in einem extensiven Sinne verstehen und darunter jede Beteiligung Privater an Verwaltungsaufgaben sehen, so daß damit auch der Begriff der Beleihung erfaßt wäre.

⁴²³ Vgl. Frenz, Staatshaftung, S. 231.

⁴²⁴ So Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, S. 18.

⁴²⁵ So Boge, Verwaltungshelfer, S. 12 aus allerdings wohl eher polizeirechtlicher Sicht.

⁴²⁶ Vgl. Maurer, Allg. VerwR, § 23 Rn. 60.

⁴²⁷ So Stober, Schüler als Amtshelfer, S. 94.

Die terminologische Differenzierung könnte dahingestellt bleiben, wenn an das Vorliegen des Begriffes des Verwaltungshelfers keine Rechtsfolgen geknüpft wären und im übrigen Einigkeit bestünde, welche generellen Fallgruppen unter den Begriff des Verwaltungshelfers zu fassen sind. Beides ist jedoch nicht der Fall. Kann man mit der herrschenden Meinung von einem Verwaltungshelfer sprechen, so wird ohne weiteres davon ausgegangen, daß die Staatshaftung eintritt⁴²⁸. Das gilt auch nach der (älteren) Rechtsprechung, die von der sog. "Werkzeugtheorie" ausgeht, da Begriffsmerkmal des Verwaltungshelfers nach der herrschenden Meinung gerade diese Werkzeugeigenschaft ist⁴²⁹. Schon aus diesem Grunde ist die Frage nach dem Vorliegen einer Verwaltungshilfe von rechtlicher Relevanz.

Es besteht auch Uneinigkeit darüber, welche Fallgruppen überhaupt erfaßt sind. Zwar scheinen die klassischen Fälle der Verwaltungshelfer, wie z. B. die Schülerlotsen und die Ordnungsschüler, inzwischen insoweit geklärt zu sein, als man in diesen Fällen von einem (unselbständigen) Verwaltungshelfer ausgehen kann⁴³⁰. Doch wird auch die Tätigkeit eines Abschleppunternehmers, der im Auftrag der Polizei im Wege der Ersatzvornahme ordnungswidrig geparkte Fahrzeuge abschleppt, von einem Teil der Literatur unter den Begriff des Verwaltungshelfers subsumiert, so daß dann ohne weiteres auf das Eintreten der Staatshaftung geschlossen wird⁴³¹. Tatsächlich bildet aber gerade der Fall der Einschaltung eines Abschleppunternehmers einen der am meisten diskutierten Staatshaftungsfälle überhaupt⁴³², so daß der Schluß vom Begriff auf die Rechtsfolge zu versagen scheint. Der Abschleppunternehmer wird vielmehr in der Regel der weiter unten noch zu diskutierenden Fallgruppe der (selbständigen) Verwaltungshelfer zugeordnet. Es scheint, daß man aufgrund der Charakterisierung als (unselbständiger) Verwaltungshelfer auf das Eintreten der Staatshaftung schließen möchte, um Problemen bei anderweitiger Charakterisierung auszuweichen.

⁴²⁸ Vgl. Maurer, Allg. VerwR, § 25 Rn. 13; Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, S. 18 ff., Bryde in: v. Münch/Kunig, Art. 34 Rn. 14.

⁴²⁹ Vgl. nur Bryde in: v. Münch/Kunig, Art. 34 Rn. 14.

⁴³⁰ Vgl. Bryde in: v. Münch/Kunig, Art. 34 Rn. 14; Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, S. 18 ff.; Papier in: MünchKomm, § 839 Rn. 134.

⁴³¹ So Stober, Schüler als Amtshelfer, S. 92; Wolff/Bachof/Stober, VerwR I, § 21 Rn. 61 (S. 212/213); vgl. auch Stober, JuS 1982, 740 (741); BGH NJW 1978, 2503 bezeichnet die Tätigkeit eines Abschleppunternehmers zwar als Verwaltungshilfe, läßt aber die Frage einer Anwendung der Staatshaftung mangels Entscheidungserheblichkeit offen.

⁴³² Vgl. dazu die Ausführungen unten 4. Teil E.

Wegen der eben dargestellten (möglicherweise aber unberechtigten) Folgen kann der Begriffsinhalt nicht ungeklärt bleiben. Bei dieser Inhaltsbestimmung ist zunächst von den unstreitigen Fallgruppen auszugehen. Andererseits hat eine weite Begriffsbestimmung, die jede Verwaltungsmitwirkung Privater an Verwaltungsaufgaben mit dem Begriff der Verwaltungshilfe umfaßt, im Bereich der Staatshaftung keine Abgrenzungsfunktion mehr. Somit muß dieser weite Begriff abgelehnt werden.

Vergleicht man jedoch die anerkannten Fallgruppen wie die Ordnungsschüler und die Schülerlotsen mit einem selbständigen Abschleppunternehmer, so werden gleich mehrere Unterschiede deutlich. Zum einen, und deshalb paßt bei der Einordnung eines Abschleppunternehmers nur der Begriff des selbständigen Verwaltungshelfers, handelt es sich bei der Tätigkeit der Angehörigen dieser Fallgruppe um eine unternehmerisch geprägte Tätigkeit, die auf Grundlage eines privatrechtlichen Vertrages abgewickelt wird. Im Rahmen des Vertragsinhaltes entscheidet der Unternehmer selbständig über die Ausführung des von ihm geschuldeten Leistungsumfanges. Die Erfüllung der Verwaltungsaufgabe im Außenverhältnis stellt sich im Innenverhältnis als Angelegenheit des Unternehmers selbst dar. Die Einflußmöglichkeiten und Weisungsbefugnisse der Verwaltung gegenüber dem Unternehmer bestimmen sich nach dem Vertragsinhalt bzw. nach dem zivilrechtlichen Vertragsrecht. Die gesamte Rechtsbeziehung ist privatrechtlich determiniert.

Dagegen zeigen die anerkannten Fallgruppen der (unselbständigen) Verwaltungshilfe, daß es um unselbständige Hilfstätigkeiten im Rahmen besonderer Gewaltverhältnisse geht. Der Schüler, der für einen Lehrer die Aufsicht übernimmt, unterliegt in vollem Umfang dessen Weisungsbefugnissen und Aufsichtsmöglichkeiten. Der Lehrer ist in der Ausgestaltung der Befugnisse des Schülers völlig frei, er kann ihm diese jederzeit entziehen. Von einer privatrechtlich normierten Determination kann keine Rede sein. Auch besteht im Gegensatz zu selbständigen Dienst- und Werkunternehmern eine stärkere institutionelle Eingliederung, denn der unselbständige Verwaltungshelfer steht der Verwaltung nicht als vollkommen Außenstehender gegenüber. Es besteht eine gewisse organisatorische Ein- bzw. Angliederung an die Verwaltung, mag es auch nur in der Tatsache der Gewaltunterworfenheit im Rahmen des besonderen Gewaltverhältnisses sein.

Kennzeichnend für die unselbständige Verwaltungshilfe ist somit die unselbständige, weisungsabhängige Hilfsfunktion des Privaten im Rahmen der Wahrnehmung fremder

Verwaltungsaufgaben⁴³³, d.h. der unselbständige Verwaltungshelfer hilft der Verwaltung bei der Erledigung ihrer und nicht seiner Aufgaben.

II. Abgrenzung von der Beleihung

Von der Beleihung unterscheidet sich die unselbständige Verwaltungshilfe zum einen durch das Fehlen einer gesetzlichen Ermächtigung für das Handeln des Verwaltungshelfers nach außen⁴³⁴. Zum anderen fehlt bei der unselbständigen Verwaltungshilfe das Handeln des Verwaltungshelfers im eigenen Namen, dieser nimmt vielmehr Fremdzuständigkeiten wahr, handelt somit für einen anderen, nämlich die Verwaltung⁴³⁵.

III. Der Amtshaftungsanspruch

Ist somit der Begriffsinhalt der unselbständigen Verwaltungshilfe geklärt und die Abgrenzungen zur Beleihung einerseits und zur selbständigen Verwaltungshilfe andererseits vollzogen, ist die Frage nach dem Staatshaftungsanspruch zu klären.

1. Meinungsvielfalt in der Literatur

Auch hier zeigt sich eine ähnliche Uneinheitlichkeit wie schon bei der Frage nach dem Begriffsinhalt.

Nach einer Auffassung scheidet die Staatshaftung aus, weil mangels einer gesetzlichen Ermächtigung keine Befugnis zu öffentlich-rechtlichem Handeln habe übertragen werden können⁴³⁶. Zwar kann danach eine Amtspflichtverletzung des Übertragenden vorliegen, wenn die Ermächtigung nicht wirksam ist, da der Übertragende eine Amtspflicht verletzt und es dem Übertragungsempfänger ermöglicht habe, sich öffentlich-rechtlich zu gerieren. Das Vorliegen eines solchen Sachverhalts wird sowohl für den Ordnungsschüler als auch für den

⁴³³ Ähnlich auch Notthoff, NVwZ 1994, 771 (772); vgl. auch Steiner, Öffentliche Verwaltung durch Private, S. 233.

⁴³⁴ Vgl. Papier in: MünchKomm, § 839 Rn. 133. Das Fehlen einer gesetzlichen Ermächtigung und somit die fehlende Möglichkeit, eine rechtmäßige Beleihung zu konstruieren, dürfte der tiefere Grund für die rechtliche Problematik der unselbständigen Verwaltungshilfe darstellen.

⁴³⁵ Vgl. Stober, Schüler als Amtshelfer, S. 81.

⁴³⁶ So Martens, NJW 1970, 1029.

Schülerlotsen verneint, da diesen überhaupt keine öffentlich-rechtlichen Befugnisse übertragen werden sollten⁴³⁷.

Nach anderer Auffassung soll der Beliehene der einzige Private sein, dem überhaupt öffentlich-rechtliche Befugnisse übertragen werden könnten⁴³⁸.

Ein Teil der Literatur stellt darauf ab, daß es für die Frage nach der Ausübung eines anvertrauten öffentlichen Amtes nicht auf Art, Zulässigkeit und rechtliche Wirksamkeit des Übertragungsaktes ankommen soll, dieser vielmehr als rein tatsächlicher Vorgang aufzufassen sei⁴³⁹.

Nach wieder anderer Auffassung soll es gerade nicht auf den tatsächlichen Vorgang ankommen, vielmehr sei die Wirksamkeit der Übertragung entscheidend, so daß dann doch die Staatshaftung eintreten soll, denn auch ein mangels gesetzlicher Ermächtigung ergangener Übertragungsakt sei wirksam⁴⁴⁰.

Ein Teil der Literatur argumentiert, daß der Verwaltungshelfer lediglich unselbständiges Werkzeug des beauftragenden Amtsträgers sei und diesem das schädigende Verhalten des Verwaltungshelfers unmittelbar zugerechnet werde⁴⁴¹. Nach dieser Auffassung kommt es also auf das Verhalten des beauftragenden Amtswalters an und nicht unmittelbar auf das des Verwaltungshelfers.

Nach einer anderen Meinung kommt es dagegen weder auf die Rechtsform der Beauftragung, die Selbständigkeit des Verwaltungshelfers, die Einflußmöglichkeit der Verwaltung auf den Verwaltungshelfer noch auf die Unmittelbarkeit der Erfüllung von Hoheitsaufgaben an, sondern nur darauf, daß der Verwaltungshelfer als Erfüllungsgehilfe in eine öffentlich-rechtlich zu erledigende Aufgabe eingeschaltet werde; entscheidend ist demnach der Sachzusammenhang⁴⁴².

⁴³⁷ Vgl. Martens, NJW 1970, 1029, 1030.

⁴³⁸ So Frenz, Staatshaftung, S. 51/52.

⁴³⁹ So Ossenbühl, Staatshaftung, S. 19.

⁴⁴⁰ So Pappermann, ZBR 1970, 354 (356).

⁴⁴¹ So Bryde in: v. Münch/Kunig, Art. 34 Rn. 14; Maurer, Allg. VerwR, § 23 Rn. 60 (S. 576).

⁴⁴² So Wolff/Bachof/Stober, VerwR I, § 22 Rn. 61 (S. 213); ähnlich auch Stober, JuS 1982, 740 (742).

2. Meinungsvielfalt in der Rechtsprechung

Ein ähnlich uneinheitliches Bild bietet auch die Rechtsprechung.

So stellt der Bundesgerichtshof in einem Fall, in dem eine Sportlehrerin während des Turnunterrichts 2 Schülerinnen mit dem Leisten einer Hilfestellung für eine Mitschülerin "beauftragt" hatte, die während des Turnens zu Schaden kam, wesentlich auf Überwachungs- und Aufsichtspflichten der Lehrerin, also der übertragenden Amtswalterin ab und bezeichnete es nur als "naheliegende Erwägung", der aber im zu entscheidenden Falle nicht nachgegangen werden mußte, daß auch die beiden Schülerinnen ein von der Schule anvertrautes öffentliches Amt ausübten⁴⁴³.

Das *OLG Köln* hat in einem Fall, in dem ein Schülerlotse durch ein falsches Signal einen Autofahrer (der schuldlos handelte) dazu verleitete, einen Mitschüler (den Kläger) anzufahren, den Eintritt der Staatshaftung bejaht, weil die Einrichtung des Schülerlotsendienstes ein sehr wichtiger Teil der Vor- und Fürsorge im Straßenverkehr und deshalb als hoheitliche Tätigkeit anzusehen und eine Haftung des Schülerlotsen unzumutbar sei, weil sie zum Zusammenbruch des Schülerlotsendienstes führen müßte⁴⁴⁴.

Das *LG Rottweil* hat in einem Fall, in dem ein Lehrer während der Unterrichtszeit zu einer Beerdigung ging und die Beaufsichtigung der Klasse einem Schüler "übertragen" hatte, der dann eine Mitschülerin verletzte, bejaht, daß dem Aufsichtsschüler ein hoheitliches Amt anvertraut worden sei, da die übertragene Amtspflicht des Lehrers eine öffentlich-rechtliche sei und zwischen der Schule und dem Schüler eine öffentlich-rechtliche Beziehung bestand, wobei dieses Ergebnis auch dem Schutzzweck des Art. 34 GG entspreche und es im übrigen auf die Art, Zulässigkeit oder rechtliche Wirksamkeit der Übertragung nicht ankomme⁴⁴⁵.

Dies alles läßt den Betrachter zunächst einmal ratlos erscheinen. Kommt es auf die Amtspflichtverletzung des beauftragenden Amtswalters oder die des Verwaltungshelfers an? Oder soll es nur darauf ankommen, daß nach außen der Anschein öffentlich-rechtlichen

⁴⁴³ Vgl. BGH VersR 1958, 705 (706); kritisch zur Abwicklung von Schulunfällen aus rechtspolitischer Sicht mit Recht Kötz, JZ 1968, 285, der eine versicherungsrechtliche Lösung erstrebt.

⁴⁴⁴ Vgl. OLG Köln NJW 1968, 655 (656).

⁴⁴⁵ Vgl. LG Rottweil NJW 1970, 474 (475).

Handelns erzeugt wird? Kommt es überhaupt auf eine gesetzliche Ermächtigung für die Übertragung an? Was ist die Folge, wenn eine solche fehlt?

3. Systematische Erfassung der verschiedenen Haftungskonstellationen

Bei systematischer Betrachtung können verschiedene Haftungskonstellationen unterschieden werden.

a. Vorliegen einer Ermächtigung

Unproblematisch ist der Fall, wenn für die Übertragung der Befugnisse an den Verwaltungshelfer eine gesetzliche Ermächtigung vorliegt. Dann ist die Befugnis zu öffentlich-rechtlichem Handeln gegeben, so daß der Verwaltungshelfer selbst nach der herrschenden Meinung, die nur auf die Ausübung öffentlich-rechtlicher Befugnisse abstellt, einen Amtshaftungsanspruch auslösen kann, wenn er tatsächlich in den Rechtsformen des öffentlichen Rechts gehandelt hat.

Ein Amtshaftungsanspruch wird auch durch eine gleichzeitig vorliegende Amtspflichtverletzung des übertragenden Amtswalters ausgelöst. Begriffsnotwendiges Merkmal des unselbständigen Verwaltungshelfers ist gerade, daß er unselbständig und weisungsabhängig ist. Dann ist er aber auch Verrichtungsgehilfe im Sinne des § 831 BGB und nach der früheren Rechtsprechung somit Werkzeug⁴⁴⁶. Liegt keine Werkzeugeigenschaft vor, liegt begriffsnotwendig auch keine unselbständige Verwaltungshilfe vor. Dies erklärt, warum die Auffassung vertreten wird, daß eine unmittelbare Zurechnung des Verhaltens des Verwaltungshelfers an den übertragenden Amtswalter vorliege⁴⁴⁷.

b. Fehlender Wille zur Übertragung öffentlich-rechtlicher Befugnisse

Sollten dem Verwaltungshelfer überhaupt keine öffentlich-rechtlichen Befugnisse übertragen werden, d.h. wollte die Verwaltung den Verwaltungshelfer nicht in die Erfüllung ihrer öffentlich-rechtlichen Aufgaben einschalten, so liegt auf Seiten des Verwaltungshelfers der Fall einer Amtsanmaßung vor.

⁴⁴⁶ Vgl. zur Werkzeugtheorie und deren näherem Inhalt weiter unten 4. Teil E IV 1 - 4.

⁴⁴⁷ So Bryde in: v. Münch/Kunig, Art. 34 Rn. 14; Maurer, Allg. VerwR, § 23 Rn. 60.

Hier muß differenziert werden, ob ein Staatshaftungsanspruch durch den "beauftragenden" Amtswalter, der jedoch nur zu privatrechtlichem Handeln beauftragen wollte, oder durch den Verwaltungshelfer selbst eintreten kann.

Für den "übertragenden" Amtswalter gelten die allgemeinen Regeln, wobei zu beachten ist, daß der Amtswalter privatrechtlich handelte, also nach der herrschenden Meinung⁴⁴⁸ gerade keine Amtshaftung gegeben ist und demnach die allgemeinen zivilrechtlichen Regelungen Anwendung finden⁴⁴⁹. Es liegt nicht die Fallkonstellation vor, daß ein Amtshaftungsanspruch gegeben wäre, weil der handelnde Amtswalter dem Verwaltungshelfer ermöglichte, sich öffentlich-rechtlich zu gerieren. Dies wäre dann der Fall, wenn dem Verwaltungshelfer auch öffentlich-rechtliche Befugnisse übertragen werden sollten⁴⁵⁰.

Bezüglich des Verwaltungshelfers ist zu fragen, ob die sog. "Amtsanmaßung" zu einem Staatshaftungsanspruch führen kann. Darunter fallen generell die Konstellationen, in denen sich Privatpersonen als Amtsträger ausgeben und so dem betroffenen Bürger gegenüber den Anschein hoheitlichen Handelns hervorrufen. Im Kontext der Gruppe der Verwaltungshelfer sind die Privatpersonen gemeint, die sich als Verwaltungshelfer ausgeben, obwohl sie dazu gerade nicht bestellt wurden. Ein Beispiel dafür ist ein Kaufhausdetektiv, der sich als Polizist bzw. Polizeibeauftragter (Verwaltungshelfer) ausgibt und vor dem Kaufhaus stehende Fahrzeuge abschleppen läßt. Ohne Zweifel wird in diesem Fall kein öffentliches Amt ausgeübt, denn ein Privatrechtssubjekt kann sich nicht ohne weiteres selbst die Rechtsmacht zugestehen, in den Formen des öffentlichen Rechts zu handeln. Dazu fehlt ihm die Rechtsmacht, so daß es auf Fragen der Wirksamkeit einer Übertragung bereits mangels einer solchen gar nicht ankommt⁴⁵¹. Trotzdem wird teilweise eine Haftung kraft Rechtsscheins bejaht: Der Amtsanmaßende handele auch in diesem Falle dem Bürger gegenüber mit überlegener Rechtsmacht, wobei der Bürger ein Handeln in dieser Rechtsform in aller Regel auf den Staat zurückführen werde, der als Einziger über diese Rechtsmacht verfüge, so daß eine Haftung kraft Rechtsscheins als Korrelat des für den Staat vorteilhaften Vertrauens, das der Bürger meist gegenüber staatlichem Handeln entgegenbringe, und wegen der Schutzwürdigkeit des Bürgers gerechtfertigt sei⁴⁵².

⁴⁴⁸ Zur Frage, ob dieser Fall nicht doch unter das Staatshaftungsregime fallen kann, siehe unten 4. Teil E VII 3.

⁴⁴⁹ Gemäß dem oben unter 3. Teil A IV 2 dargestellten Haftungsregime im Zivilrecht.

⁴⁵⁰ Vgl. Martens, NJW 1970, 1029.

⁴⁵¹ Vgl. Frenz, Staatshaftung, S. 248.

⁴⁵² So Frenz, Staatshaftung, S. 248.

Eine solche Auffassung kann nicht überzeugen. Denn zum einen fehlt es in diesen Fällen an der überlegenen Rechtsmacht bzw. dem Handeln in dieser Rechtsform; es wird nur der Anschein erweckt, als ob diese überlegene Rechtsmacht bestehe. Entscheidend ist, daß es schon am Verhalten irgendeines Amtswalters fehlt, das die Staatshaftung auslösen könnte, immer vorausgesetzt natürlich, es liegt kein Fall der Duldung oder eines schuldhaften Nichterkennens der Amtsanmaßung durch einen Amtswalter vor. Eine Haftung kraft Rechtsscheins analog zivilrechtlicher Regelungen würde weit über das hinausgehen, was im Zivilrecht als Duldungs- bzw. Anscheinsvollmacht anerkannt ist, wobei diese Rechtsinstitute auf vertragliche Rechtsverhältnisse zugeschnitten sind und noch nicht einmal auf deliktsrechtliche, wo eine Rechtsscheinhaftung kaum in Frage kommt.

Eine Haftung kraft Rechtsscheins ist somit abzulehnen. Auch in den Fällen der Amtsanmaßung kann somit vom Verwaltungshelfer kein Amtshaftungsanspruch ausgelöst werden kann.

c. Wille zur Übertragung öffentlich-rechtlicher Befugnisse ohne Ermächtigung

Als letzte Gruppe lassen sich die Fälle erfassen, in denen dem Verwaltungshelfer öffentlich-rechtliche Befugnisse übertragen werden sollen, aber eine Ermächtigung fehlt. Hier sind verschiedene Problemkreise auseinanderzuhalten. Zum einen ist zu klären, ob überhaupt eine Ermächtigung erforderlich ist, zum anderen ist zu fragen, welche Fehlerfolge eintritt, wenn eine Ermächtigung erforderlich sein sollte, aber nicht vorhanden ist.

aa. Erfordernis einer Ermächtigung

Eine Ermächtigung ist dann erforderlich, wenn ein Gesetzesvorbehalt für die Übertragung auf Verwaltungshelfer besteht.

Es ist besonders wichtig, den Unterschied zur Beleihung im Auge zu behalten. Der Beliehene ist mit eigenen Kompetenzen ausgestattet und kann Hoheitsbefugnisse im eigenen Namen wahrnehmen. Der unselbständige Verwaltungshelfer (aber auch der selbständige Verwaltungshelfer) nimmt dagegen immer nur die Befugnisse eines anderen, nämlich der ihn einschaltenden Behörde, wahr. Diese Befugnisse erschöpfen sich meist in der rein tatsächlichen Ausführung von Verwaltungsentscheidungen und umfassen in den seltensten

Fällen Entscheidungsbefugnisse inhaltlicher Art. Im Grunde geht es daher um die Frage, wann die Verwaltung einen außerhalb der Verwaltung stehenden Privaten mit der tatsächlichen Durchführung oder Umsetzung hoheitlicher Maßnahmen betrauen darf⁴⁵³.

Das Rechtsinstitut des Gesetzesvorbehalts wird verschiedenen verfassungsrechtlichen Instituten entnommen. So versteht man unter dem demokratischen Gesetzesvorbehalt, daß das unmittelbar demokratisch legitimierte Parlament die für das Gemeinwesen, insbesondere die für die Bürger bedeutsamen Regelungen selbst trifft und die Verwaltung nicht kraft eigenen Rechts oder eigener Machtvollkommenheit tätig werden darf⁴⁵⁴. Der rechtsstaatliche Gesetzesvorbehalt fordert, daß allgemeine Gesetze das Verwaltungshandeln für den Bürger voraussehbar und berechenbar machen⁴⁵⁵. Schließlich ist noch ein institutioneller Gesetzesvorbehalt dergestalt anerkannt, daß der Gesetzgeber den Aufbau und die Strukturen der Verwaltung, die Errichtung der Verwaltungsträger sowie die Zuständigkeiten der Behörden und die Ausgestaltung des Verwaltungsverfahrens in seinen Grundzügen regeln muß⁴⁵⁶. Diese verschiedenen Ausprägungen des Rechtsinstituts stehen jedoch nicht trennscharf nebeneinander, sondern bedingen und durchdringen sich gegenseitig.

Für die Übertragung von Befugnissen auf Verwaltungshelfer ist vereinzelt ein Gesetzesvorbehalt aus rechtsstaatlicher und demokratischer Sicht sowie aus den Argumenten bejaht worden, daß die Privatperson zusätzliche Pflichten bekomme und ein Eingriff in die Rechte des Bürgers möglich sei⁴⁵⁷.

Für diese Auffassung sprechen einige Gesichtspunkte, man muß sich jedoch vor allgemeinen Lösungen hüten. Vielmehr ist eine einzelfallbezogene Differenzierung sachgerechter.

Zunächst ist festzuhalten, daß sich die Rechtsnatur der Aufgaben und Pflichten durch die Übertragung aus Sicht der Verwaltung nicht ändern soll. Kommen einem Lehrer seine Aufsichtsbefugnisse aufgrund des öffentlich-rechtlichen Schulverhältnisses zu, kann sich

⁴⁵³ Vgl. BVerwGE 35, 334 (337 f.), wo für die Aufstellung von Verkehrszeichen durch Bauunternehmer klargestellt wird, daß sich die Pflicht des Bauunternehmers in der rein tatsächlichen Aufstellung erschöpft, aber gerade keine Befugnis besteht, über für Verkehrsteilnehmer verbindliche Anordnungen zu entscheiden; ebenso BGH NJW 1974, 453 f.

⁴⁵⁴ Vgl. Maurer, Allg. VerwR, § 6 Rn. 5; Gammelin, Rechtsscheinhaftung, S. 121, 122.

⁴⁵⁵ Vgl. Gammelin, Rechtsscheinhaftung, S. 120, 121; Maurer, Allg. VerwR, § 6 Rn. 6.

⁴⁵⁶ Vgl. Maurer, Allg. VerwR, § 6 Rn. 21; vgl. auch Kopp, DVBl. 1970, 724 (726, 727) sowie Gammelin, Rechtsscheinhaftung, S. 122, die beide auf die Außenwirkung des Handelns abstellen.

⁴⁵⁷ Vgl. Martens, NJW 1970, 1029, jedoch ohne weitere Ausführungen oder Begründungen.

daran nichts ändern, wenn ein Aufsichtsschüler mit der Aufsicht über die Klasse betraut wird. Eine privatrechtliche Rechtsgrundlage für die Befugnisse und Pflichten des Verwaltungshelfers wäre in den meisten Fällen der Verwaltungshilfe nicht vorhanden. Daraus folgt, daß auch die Befugnisse des Verwaltungshelfers im öffentlichen Recht wurzeln, denn der Verwaltungshelfer soll Aufgaben und Befugnisse des Übertragenden übernehmen, mithin soll dem Verwaltungshelfer die Befugnis zu öffentlich-rechtlichem Handeln zukommen.

Für einen Gesetzesvorbehalt aus rechtsstaatlichen Gesichtspunkten sprechen bei der Übertragung von Hoheitsbefugnissen gewichtige Gründe. Zum einen ist die Befugnis, in den Rechtsformen des öffentlichen Rechts zu handeln, Ausdruck der Sondermacht des Staates und der ihm eigenen Sonderrechtsstellung. Das öffentliche Recht ist das Sonderrecht des Staates. Demnach muß aus Bürgersicht erkennbar sein, welchen Gruppen von Amtswaltern die Befugnis eingeräumt ist, ihnen gegenüber die Sonderrechtsordnung in Anspruch zu nehmen, was außerdem auch wegen möglicher Erschwerung der Rechtsverfolgung aufgrund eines verkomplizierten Kompetenzgefüges zu fordern ist⁴⁵⁸.

Weiterhin ist zu berücksichtigen, daß das öffentliche Recht von einer Vielzahl von Ermessensentscheidungen bestimmt ist, so daß eine Delegation von Ermessensentscheidungen in Betracht kommt. Die Ermessensentscheidungen sind aber vom Gesetzgeber in gesetzlich normierten Zuständigkeitsregelungen gewissen Amtsträgern übertragen, die die Gewähr für eine rechtsstaatlich korrekte Ermessenshandhabung bieten. Es erscheint daher bedenklich, solche Entscheidungen auf Privatrechtssubjekte zu übertragen, die kaum Gewähr für die unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten erforderliche Ermessensausübung bieten können⁴⁵⁹. Für die rechtsstaatlich korrekte Ausübung von Verwaltungsbefugnissen dürften die meisten Verwaltungshelfer nicht ausgebildet sein. Auch die Aufsichtsrechte bleiben bei den meisten Konstellationen der Verwaltungshilfe im Dunkeln.

Bedenken gegen eine Übertragung ergeben sich auch aus demokratischen Gesichtspunkten. Denn durch die gesetzliche Regelung der Zuständigkeit hat der Gesetzgeber zum Ausdruck gebracht, daß Verwaltungshandeln nicht von außerhalb der Verwaltung stehenden Kräften

⁴⁵⁸ Vgl. Reuß, DVBl. 1976, 927 (930); Ossenbühl, VVDStRL 29 (1971), 137 (171).

⁴⁵⁹ Steiner, Öffentliche Verwaltung durch Private, S. 270, spricht bei unselbständigen Verwaltungshelfern anschaulich von einem "potentiellen rechtsstaatlichen Minus" für den Bürger.

beherrscht sein darf⁴⁶⁰. Diese gesetzgeberische Entscheidung wird durch eigenmächtige Delegation der Verwaltung von Hoheitsbefugnissen auf Verwaltungshelfer unterlaufen. Dagegen kann nicht eingewandt werden, die Heranziehung Privater zu Verwaltungsaufgaben sei demokratischer, da insofern das "Volk" an der Verwaltung beteiligt werde⁴⁶¹. Das ist eine naiv-laienhafte Vorstellung von Demokratie, die in der Ausformung des Demokratieprinzips im Grundgesetz keine Stütze findet. Denn die Beteiligung des Volkes am Staat vollzieht sich nach dem grundgesetzlichen Demokratieprinzip in der Beteiligung an Wahlen zu den Vertretungskörperschaften in Bund und Land sowie in den Kommunalwahlen. Auch kann keinesfalls gesagt werden, daß der von der Verwaltung im konkreten Fall herangezogene Verwaltungshelfer repräsentativ für das Volk wäre, da gerade eine demokratische Legitimation des Verwaltungshelfers fehlt.

Auch aus institutionellen Gesichtspunkten spricht manches für einen Gesetzesvorbehalt. Durch die Übertragung entäußert sich die Verwaltung insoweit gewisser Befugnisse, daß diese ihr zwar nicht verlorengehen, doch ist die Kontrolle und Einflußmöglichkeit der Verwaltung in der Regel reduziert. Es wird eine außerhalb der Verwaltung stehende Institution geschaffen, die an Stelle der Verwaltung handelt. Damit wird, obwohl Weisungen von Seiten der Verwaltung bestehen und nur untergeordnete, unselbständige Tätigkeiten verrichtet werden, von der gesetzlichen Zuständigkeitsverteilung abgewichen und praktisch auf Initiative der Verwaltung ein Amtswalter zwischen den institutionalisierten, in die Staatsorganisation eingegliederten, und den Beliehenen geschaffen⁴⁶². Für den Beliehenen als Privatrechtssubjekt, welches die Fähigkeit zum öffentlich-rechtlichen Handeln hat, ist ein Gesetzesvorbehalt deshalb längst anerkannt⁴⁶³. Funktional betrachtet, d.h. von der Mitwirkung an Verwaltungsaufgaben her, kann die Tatsache, daß der Verwaltungshelfer nicht in eigenem Namen handelt, keine andere Beurteilung rechtfertigen.

Gegen das Erfordernis einer Ermächtigung kann auf der anderen Seite zu Recht eingewandt werden, daß das generelle Erfordernis einer Ermächtigung geeignet ist, auch ganz unbedeutende Bagatellfälle einzubeziehen⁴⁶⁴, oder angesichts der Vielgestaltigkeit und Zahl

⁴⁶⁰ Vgl. zu diesem Gedanken Erichsen/Rudolf, Allg. VerwR, § 52 Rn. 2 (S. 786); Obermayer, JZ 1956, 625 (628).

⁴⁶¹ So aber wohl Dagtoglou, Der Private in der Verwaltung, S. 124, 125.

⁴⁶² Vgl. Ossenbühl, VVDStRL 29 (1971), 137 (172).

⁴⁶³ Vgl. nur Kopp, DVBl. 1970, 724 (726); Steiner, JuS 1969, 69 (73); Frenz, Staatshaftung, S. 69.

⁴⁶⁴ Vgl. Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, S. 19.

der Aufgaben zu einer schablonenhaften Anwendung des Rechtsstaatsprinzips führen kann⁴⁶⁵. Selbstverständlich kann keine detaillierte Ermächtigung dafür gefordert werden, daß ein Lehrer einen Schüler bitten darf, Kreide zu holen. Dieser Fall läßt sich mit den Fällen des Schülerlotsens oder des Aufsichtsschülers nach Art und Bedeutung der übertragenen Aufgabe sowie den Befugnissen Mitschülern gegenüber nicht vergleichen. Angesichts der Vielzahl der möglichen Fallkonstellationen von unselbständigen Verwaltungshelfern kann keine generelle Antwort gegeben werden. Weiterhin ist zu berücksichtigen, daß der Organisationsgewalt der Exekutive auch außenwirksame Kompetenzregelungen nicht ohne weiteres wegen fehlender gesetzlicher Grundlage versagt werden können, vielmehr oftmals aus der Aufgabenzuweisung eine im Amtsauftrag immanente Annexkompetenz zur Inanspruchnahme der für die zugewiesenen Aufgaben erforderlichen Maßnahmen und Regelungen herzuleiten ist⁴⁶⁶. Kompetenzen werden aber nicht unwiderruflich übertragen, sondern in den Fällen der unselbständigen Verwaltungshilfe oftmals nur zur Ausübung überlassen. Andererseits kann aber die staatlich festgelegte Kompetenzordnung nicht dadurch "auf kaltem Wege" unterlaufen werden, daß Kompetenzen nicht übertragen, sondern nur zur Ausübung in punktuellen Fällen überlassen werden. Auch hier muß eine differenzierende Betrachtung Platz greifen.

Angesichts der oben dargelegten Argumente muß man folgende Kriterien in einem Wertungszusammenhang würdigen, wobei gleitende Übergänge möglich sind:

Je mehr Befugnisse, insbesondere eingreifender Art, der Verwaltungshelfer übertragen bekommt, desto eher ist ein Gesetzesvorbehalt zu fordern. Dabei ist der Grad der Selbständigkeit gegenüber der Verwaltung, das Ausmaß der "Ent-Institutionalisierung", der Grad der Außenwirkung gegenüber Dritten sowie der Grad der Ermessensbefugnisse zu berücksichtigen. Auch die Abstufung von Einwirkungsmöglichkeiten der Verwaltung auf das Verhalten des Verwaltungshelfers ist einzubeziehen. Ebenso kann die Häufigkeit des Auftretens solcher Fälle in der Verwaltungsrealität und somit die Vorhersehbarkeit, nicht unberücksichtigt bleiben, was in engem Zusammenhang mit dem Problem der technischen Normierbarkeit der Ermächtigung, die eine Vielzahl abstrakter Fälle vorhersehen müssen, steht⁴⁶⁷.

⁴⁶⁵ Vgl. Zuleeg, DÖV 1970, 627 (630, 631).

⁴⁶⁶ Vgl. Ossenbühl, VVDStRL 29 (1971), 137 (170); Mallmann, VVDStRL 19 (1961), 165 (188).

⁴⁶⁷ Vgl. Rüfner, Formen, S. 227.

Dieser Zusammenhang ist ebenso bei der Frage nach dem Detailliertheitsgrad der dann möglicherweise zu fordernden Ermächtigung in Betracht zu ziehen. So mag zwar bei einigen Fällen aus rechtsstaatlicher sowie aus institutioneller Sicht eine Ermächtigung zu fordern sein, die Interdependenz von Gesetzesvorbehalt und Bestimmtheit der Ermächtigung⁴⁶⁸ kann dann aber dazu führen, daß eine Ermächtigung in einer Annexkompetenz zur Aufgabenzuweisung an die Behörde gesehen werden kann, wobei in den Fällen besonderer Gewaltverhältnisse noch einmal Abstufungen vorzunehmen sein könnten. Im Zweifel wird man eher eine gesetzliche Ermächtigung fordern, aber an die Detailliertheit nur geringste Anforderungen stellen, so daß praktisch nur in den seltensten Fällen ein Verstoß gegen das Prinzip vom Vorbehalt des Gesetzes vorliegen dürfte.

Nach diesen Kriterien wird man wohl für die Fälle des Aufsichtsschülers sowie des Schülerlotsens eine Ermächtigung fordern dürfen. Hier zeigt sich der gerade dargestellte Zusammenhang zwischen Ermächtigung und Detailliertheitsgrad, denn überzeugende Argumente sprechen dafür, daß die in den einschlägigen Schulgesetzen enthaltenen Erziehungsziele auch die Ernennung von Ordnungsschülern rechtfertigen⁴⁶⁹. Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung geht es nur darum, die generellen Grenzen der Verwaltungshilfe notwendigerweise abstrakt aufzuzeigen und die Kriterien für die wertende Entscheidung im Einzelfall offenzulegen.

Wir können daher zunächst festhalten, daß sich eine generalisierende Lösung für das Problem der Ermächtigung verbietet. Vielmehr ist anhand wertender Kriterien in konkret einzelfallbezogener Analyse eine Entscheidung zu treffen.

bb. Fehlerfolge

Liegt eine ausreichende Ermächtigung vor, ist die Frage nach dem Staatshaftungsanspruch unproblematisch, da dann die bereits oben erwähnte Systematik in der ersten Fallgruppe greift.

⁴⁶⁸ Vgl. zu dieser Interdependenz Rüfner, Formen, S. 224/225.

⁴⁶⁹ So zu Recht Pappermann, ZBR 1970, 354 (356).

Ist eine Ermächtigung nach der beschriebenen Systematik nicht zu verlangen, ist die Frage nach dem Staatshaftungsanspruch ebenso unproblematisch, da dann ebenfalls die bereits erwähnte Systematik greift.

Fraglich kann somit nur sein, welche Folgen eintreten, wenn eine Ermächtigung fehlt.

Auch hier muß wieder zwischen dem übertragenden Amtswalter und dem Verwaltungshelfer differenziert werden.

Bei Fehlen einer Ermächtigung ist die Übertragung rechtswidrig und stellt eine Amtspflichtverletzung des übertragenden Amtswalters dar, die selbst einen Staatshaftungsanspruch auslösen kann. Die Problematik der Subsidiaritätsklausel stellt sich nach der hier vertretenen Auffassung nicht⁴⁷⁰. Daraus ergibt sich, daß für den geschädigten Bürger durch das Erfordernis einer Ermächtigung kein rechtlicher Nachteil erwächst, wenn man auf die Amtspflichten des übertragenden Amtswalters abstellt.

Schwieriger ist die Frage nach dem Staatshaftungsanspruch bezüglich des Verwaltungshelfers zu beantworten. Folgt man der Auffassung, daß sich das Anvertrauen als tatsächlicher Vorgang darstellt, bei dem es auf Wirksamkeit oder Zulässigkeit nicht ankommt⁴⁷¹, so ist dem Verwaltungshelfer ein öffentliches Amt anvertraut. Er handelt somit öffentlich-rechtlich und kann einen Staatshaftungsanspruch auslösen. Gegen diese Auffassung bestehen jedoch Bedenken, weil die Übertragung von Hoheitsbefugnissen einen Rechtsakt darstellt, der nach allgemeinen rechtlichen Regeln wirksam sein muß.

Entscheidend ist somit, ob die Übertragung wirksam ist. In der Regel wird die Übertragung einen Verwaltungsakt darstellen⁴⁷². Zwar erscheint z. B. der Aufsichtsschüler nicht in seinem Grundverhältnis betroffen. Es dürfte eine Regelung des Betriebsverhältnisses vorzuliegen, doch kann die Einräumung von Hoheitsbefugnissen als etwas gegenüber dem Betriebsverhältnis wesensmäßig so Verschiedenes charakterisiert werden, daß der Charakter als Verwaltungsakt bejaht werden kann. Bei den nicht in einem besonderen Gewaltverhältnis stehenden Verwaltungshelfern ist dieser Punkt unproblematisch. Da die unselbständige Verwaltungshilfe keine dauerhafte Einräumung von Hoheitsbefugnissen darstellt, wird auch

⁴⁷⁰ Vgl. oben 2. Teil C 6 a.

⁴⁷¹ Vgl. 4. Teil A.

⁴⁷² Vgl. Zuleeg, DÖV 1970, 627 (629); Pappermann, ZBR 1970, 354 (355).

der punktuellen, einzelfallbezogene Charakter der Regelung deutlich. Somit ist eine Qualifizierung des Übertragungsaktes als Verwaltungsakt gerechtfertigt.

Die Rechtsfolgen einer rechtswidrigen Übertragung bestimmen sich nach den Regelungen der jeweiligen Verwaltungsverfahrensgesetze. Daher mag der Verwaltungsakt zwar rechtswidrig sein, dies führt jedoch nur zur Aufhebbarkeit, und zwar nur für die Zukunft⁴⁷³. Im übrigen liegt Nichtigkeit und damit Unwirksamkeit des Übertragungsaktes nur bei offensichtlichen und schwerwiegenden Mängeln vor (§ 44 VwVfG)⁴⁷⁴.

Bei Nichtigkeit der Übertragung fehlt dem Verwaltungshelfer die Rechtsmacht, öffentlich-rechtlich zu handeln. In diesem Fall muß für die Staatshaftung auf die Amtspflichtverletzung des Übertragenden abgestellt werden, die Subsidiaritätsklausel findet nach der hier vertretenen Auffassung keine Anwendung. Denn in diesen Fällen lag die Amtspflichtverletzung des Übertragenden darin, daß er einem Verwaltungshelfer erlaubt hat, sich öffentlich-rechtlich zu gerieren⁴⁷⁵.

Zwar haftet der Verwaltungshelfer dann nach den allgemeinen zivilrechtlichen Regelungen gemäß §§ 823 ff. BGB, doch kann ihm ein Freistellungsanspruch gegen die "übertragende" Körperschaft aus dem verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnis zustehen, falls er nicht vorsätzlich oder grob fahrlässig gehandelt hat.

Für den Fall, daß die Übertragung rechtswidrig, aber nicht nichtig, also insgesamt wirksam ist, kann der Verwaltungshelfer durch sein Handeln, da wirksam zum Handeln in öffentlich-rechtlichen Formen berufen, selbst einen Staatshaftungsanspruch auslösen. In diesem Fall liegen somit zwei Amtspflichtverletzungen vor, einmal die des rechtswidrig Übertragenden durch den Übertragungsakt und die des Verwaltungshelfers. Es liegt keine Amtsanmaßung des Verwaltungshelfers vor, denn dieser besitzt die Rechtsmacht zum öffentlich-rechtlichen Handeln. Anderes könnte man nur dann annehmen, wenn die Befugnis zu öffentlich-rechtlichem Handeln grundsätzlich überhaupt nicht übertragbar wäre, denn dann könnte auch eine bloß rechtswidrige Übertragung diese Rechtsmacht nicht verschaffen. Die Rechtsmacht zu öffentlich-rechtlichem Handeln ist aber übertragbar, wenn auch dafür eine gesetzliche Ermächtigung erforderlich sein sollte. Es handelt sich lediglich um eine Frage der

⁴⁷³ Vgl. Zuleeg, DÖV 1970, 627 (629).

⁴⁷⁴ Vgl. Pappermann, ZBR 1970, 354 (355).

⁴⁷⁵ Vgl. Martens, NJW 1970, 1029.

Rechtmäßigkeit, nicht um eine Frage der grundsätzlichen Möglichkeit der Übertragung⁴⁷⁶. Selbst wenn man letzteres annimmt, wäre ein Staatshaftungsanspruch gegeben, denn dann liegt eine Amtspflichtverletzung des "übertragenden" Amtswalters darin, daß er dem Verwaltungshelfer die Möglichkeit verschafft hat, sich öffentlich-rechtlich zu gerieren⁴⁷⁷.

4. Zusammenfassung

Zusammenfassend läßt sich also folgendes feststellen:

Nur in den Fällen der Amtsanmaßung, die keinen Fall der Verwaltungshilfe darstellt, sowie in den Fällen eines nichtigen Übertragungsaktes kann der Verwaltungshelfer selbst keinen Staatshaftungsanspruch begründen. Im letzteren Fall wird ein Staatshaftungsanspruch durch das Verhalten des "übertragenden" Amtswalters begründet.

In allen übrigen Fällen wird ein Staatshaftungsanspruch auch durch eine Amtspflichtverletzung des übertragenden Amtswalters begründet. Der Konstruktion einer Verwaltungshilfe bedarf es daher nicht. Es genügt, auf die jeweils übertragenden Amtswalter abzustellen, ohne daß dem geschädigten Bürger dadurch ein Nachteil entsteht.

In jedem Fall der unselbständigen Verwaltungshilfe (außer bei Amtsanmaßung) entsteht somit ein Staatshaftungsanspruch, mag auch die jeweilige rechtliche Konstruktion differieren.

E. Selbständige Verwaltungshelfer/Unternehmer

I. Abgrenzung zu (unselbständigen) Verwaltungshelfern

Unter die Fallgruppe der selbständigen Verwaltungshelfer werden in aller Regel diejenigen selbständigen Werk- und Dienstunternehmer gefaßt, die in bzw. bei Ausübung ihrer Unternehmertätigkeit privatrechtliche Verträge mit der Verwaltung schließen⁴⁷⁸.

Diese selbständigen Verwaltungshelfer stehen organisatorisch vollständig außerhalb der Verwaltungsstruktur, während bei den unselbständigen Verwaltungshelfern noch eine gewisse

⁴⁷⁶ Insoweit also nicht überzeugend Martens, NJW 1970, 1029; vgl. auch in einem ähnlichen Zusammenhang Kopp, DVBl. 1970, 724 (726, 727).

⁴⁷⁷ So Martens, NJW 1970, 1029.

Ein- bzw. Angliederung festgestellt werden konnte. Während die unselbständigen Verwaltungshelfer im Rahmen öffentlich-rechtlicher Beziehungen herangezogen werden, besteht zwischen den selbständigen Verwaltungshelfern und der Verwaltung keine öffentlich-rechtliche Beziehung. Pflichten und Aufgaben des selbständigen Verwaltungshelfers werden (im Verhältnis zur Verwaltung) ausschließlich durch die vertraglichen Vereinbarungen bzw. das allgemeine Zivilrecht determiniert. Nach dem Vertragsinhalt bestimmt sich auch das Maß der Einfluß-, Weisungs- und Aufsichtsmöglichkeiten der Verwaltung gegenüber den Verwaltungshelfern, die im übrigen ihre Tätigkeit und Aufgabe selbständig erfüllen.

II. Ausgangsproblematik

Die grundlegende Problematik des selbständigen Verwaltungshelfers liegt in der Überlagerung von öffentlichem Recht und Privatrecht. Denn der Abschluß eines privatrechtlichen Vertrages dient aus Sicht der Verwaltung der Erfüllung ihrer vom öffentlichen Recht gestellten Aufgaben und Pflichten⁴⁷⁹. Die Verwaltung bedient sich also im Innenverhältnis der Formen des Privatrechts, um im Außenverhältnis eine öffentlich-rechtliche Aufgabe zu erfüllen. Soll hier nun der privatrechtliche oder der öffentlich-rechtliche Charakter überwiegen? Aus Sicht des selbständigen Verwaltungshelfers stellt sich die Situation ähnlich dar. Der selbständige Verwaltungshelfer erfüllt eine Pflicht, die ihm lediglich aufgrund seiner im Rahmen der Privatautonomie getroffenen Vertragsvereinbarung obliegt. Die Wirkung dieser Vertragserfüllung erschöpft sich nicht im Innenverhältnis zur Verwaltung, der Verwaltungshelfer handelt auch mit Wirkung nach außen. Im Außenverhältnis erfüllt der Verwaltungshelfer eine öffentlich-rechtliche Aufgabe bzw. Pflicht der Verwaltung. Auf was soll abgestellt werden, auf die Innenrechtsbeziehung oder auf die Außenrechtsbeziehung?

Ein gewisses Unbehagen gegenüber der Staatshaftung ergibt sich auch aus folgendem Gedanken: Während der unselbständige Verwaltungshelfer in der Regel für seine Tätigkeit keine Gegenleistung erhält, der Angestellte des öffentlichen Dienstes zwar einen Lohn erhält, der aber in keinem Verhältnis zu den von ihm verursachbaren Schadensmöglichkeiten steht, erhält der selbständige Verwaltungshelfer einen Werk- bzw. Dienstlohn, der nach den

⁴⁷⁸ Vgl. Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, S. 20.

marktwirtschaftlichen Gegebenheiten in aller Regel zwischen dem Unternehmer und seinem Vertragspartner, der Verwaltung, ausgehandelt wird. Für den selbständigen Unternehmer besteht somit die Möglichkeit, ein eventuelles Schadensrisiko in seine unternehmerische Kalkulation einzubeziehen. Von diesem Blickwinkel aus betrachtet mag es seltsam anmuten, für organisatorisch vollkommen selbständige Rechtssubjekte eine Staatshaftung eintreten zu lassen.

Diese Problematik mag kurz am klassischen Fall des selbständigen Verwaltungshelfers, dem Abschleppunternehmer, aufgezeigt werden: Möchte die Polizei ein Auto, das im Halteverbot steht, im Wege der Verwaltungsvollstreckung abschleppen, so kann sie dies selbst tun oder im Wege der Ersatzvornahme einen anderen beauftragen⁴⁸⁰, z. B. einen selbständigen Abschleppunternehmer. Dabei handelt es sich jedoch um eine Kann-Vorschrift. Im Rahmen ihrer öffentlich-rechtlichen Pflicht zur Gefahrenabwehr obliegt der Polizei das Wegschaffen des falsch parkenden Autos. Wie sie diese Pflicht erfüllt, ist dagegen ihrem pflichtgemäßen Ermessen überlassen. Die Polizei kann sich daher zur Erfüllung ihrer öffentlich-rechtlichen Pflicht der Gefahrbeseitigung im Innenverhältnis der privatrechtlichen Formen durch Beauftragung des Abschleppunternehmers bedienen. Im Außenverhältnis gegenüber dem Bürger, dessen Auto abgeschleppt wurde, stellt sich dies jedoch unabhängig von der Art der gewählten Ausführung als öffentlich-rechtliche Aufgabe der Gefahrenabwehr dar. Zwischen dem Abschleppunternehmer und dem betroffenen Bürger kommt keine öffentlich-rechtliche Beziehung zustande. Im diesem Verhältnis handelt der Abschleppunternehmer auf privatrechtlicher Grundlage. Schadensersatzansprüche können dem Bürger nach § 823 Abs. 1 BGB zukommen⁴⁸¹. Schadensersatzansprüche auf vertraglicher Grundlage können ebenfalls entstehen, soweit der Werk- bzw. Dienstleistungsvertrag zwischen Abschleppunternehmer und Behörde als Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter ausgelegt werden kann⁴⁸².

⁴⁷⁹ Dient die Heranziehung privater Unternehmer auf der Basis privatrechtlicher Verträge nicht der Erfüllung einer Verpflichtung des öffentlichen Rechts oder einer öffentlich-rechtlichen Aufgabe, so kommt nach h. M. ohnehin nur das privatrechtliche Haftungssystem in Frage, vgl. dazu auch unten 4. Teil E VII 3.

⁴⁸⁰ Vgl. § 25 LVwVG von Baden-Württemberg; § 10 VwVG des Bundes.

⁴⁸¹ Dies setzt allerdings voraus, daß der Abschleppunternehmer gerade nicht als haftungsrechtlicher Beamter angesehen wird.

⁴⁸² Vgl. BGH NJW 1978, 2502 ff., dazu sogleich unter IV. 2.

III. Rechtsprechung des Reichsgerichts

Schon das Reichsgericht hatte sich mit der Frage der Staatshaftung bei organisatorisch selbständigen Verwaltungshelfern zu befassen. Eine Entscheidung zu Abschleppfällen oder sonstigen selbständigen Werk- oder Dienstunternehmern ist jedoch, soweit ersichtlich, nicht ergangen.

Als haftungsrechtlichen Beamten hatte das Reichsgericht alle diejenigen Personen angesehen, die der Staat mit der Ausübung öffentlicher Gewalt umkleidet bzw. betraut hat und zwar mit der Gewalt, in deren Ausübung sie pflichtwidrig handelten⁴⁸³. Das Reichsgericht stellte maßgeblich darauf ab, ob öffentlich-rechtliche Befugnisse ausgeübt wurden⁴⁸⁴.

Diese Konstellation soll im folgenden an ausgewählten Fällen erläutert werden.

In einem Fall von 1933, der nach Erlaß des Beamtenrechtsänderungsgesetzes⁴⁸⁵ entschieden wurde, ging es um einen Feld- und Jagdhüter, der von einer Privatrechtsvereinigung, einer Gemeinschaft von Ackerinteressenten, angestellt und vom Landrat bestätigt worden war und der dann bei einer Treibjagd einen Nachbarn auf dessen Grundstück anschoß⁴⁸⁶. Das Reichsgericht hat die Haftung des Landes Preußen bejaht. Es stellt maßgeblich auf das Außenverhältnis ab, erklärt das Innenverhältnis zwischen Staat und Schädiger für unerheblich. Es komme nur auf die Natur der übertragenen Hoheitsaufgabe an, die hier wegen der polizeilichen Befugnisse des Feld- und Jagdhüters zu bejahen seien⁴⁸⁷. Die Anerkennung durch den Landrat hält das Reichsgericht für unmaßgeblich⁴⁸⁸.

Die Entscheidung kann aber nicht als Beleg für eine Auffassung des Reichsgerichts zur Frage der Staatshaftung durch selbständige Verwaltungshelfer herangezogen werden, da der Feld- und Jagdhüter kein auf dem freien Markt auftretender Unternehmer, sondern nur Angestellter war. Andererseits ist die Entscheidung nicht mit der Anerkennung der Staatshaftung für im

⁴⁸³ Vgl. RGZ 105, 334 (335); 114, 197 (200/201); 118, 241 (242).

⁴⁸⁴ Vgl. RGZ 104, 346 (347) zur Frage, ob die Arbeiter- und Soldatenräte haftungsrechtliche Beamte waren: "Denn die Berechtigung zur Vornahme von Staatshoheitsakten ist gerade das wesentlichste und charakteristische Merkmal der Beamtenstellung."; RGZ 105, 99 (100): "Es bedarf dazu vielmehr einer Tätigkeit - sei es zwingender sei es fürsorglicher Art-, die unmittelbar oder mittelbar nach außen gerichtet ist, die eingreift in die Verhältnisse Dritter."

⁴⁸⁵ Vgl. oben 3. Teil B II 2 a.

⁴⁸⁶ Vgl. RGZ 142, 190.

⁴⁸⁷ Vgl. RGZ 142, 190 (192, 197).

⁴⁸⁸ Vgl. RGZ 142, 190 (194).

öffentlichen Dienst beschäftigte Angestellte vergleichbar, deren Anstellungsvertrag auch nur privatrechtlicher Natur ist. Der Angestellte ist organisatorisch eingegliedert, er ist von einer Körperschaft des öffentlichen Rechts angestellt. Der Feld- und Jagdhüter hingegen ist von einer Privatrechtsvereinigung angestellt, die selbst niemals in den Rechtsformen des öffentlichen Rechts hätte handeln können. Aber auch vom Land Preußen war er nicht angestellt, so daß insoweit eine gewisse Selbständigkeit nicht zu leugnen ist. Das Reichsgericht stellte bei der Bestimmung des Klagegegners nur darauf ab, daß es auf die Natur der übertragenen Hoheitsbefugnisse ankomme, so daß bei den polizeilichen Befugnissen des Jagd- und Feldhüters auf den Staat als Träger der Polizeigewalt als Klagegegner zuzugreifen sei⁴⁸⁹. Von einer Übertragung von Hoheitsbefugnissen in dem Sinne, wie sie bei den unselbständigen Verwaltungshelfern vorliegt, kann kaum gesprochen werden. Insoweit stellt das Reichsgericht die Anforderungen an das Anvertrauen zurück und stützt die Entscheidung nur auf die öffentlich-rechtlichen Befugnisse nach außen.

In einem Fall von 1942 ging es um einen Vertragsarzt des Reichsarbeitsdienstes, der einen Kranken, der im Reichsarbeitsdienst seiner Arbeitsdienstpflicht nachkam, falsch behandelte⁴⁹⁰.

Der Tatsache, daß der Arzt aufgrund privatrechtlichen Vertrages zu seiner Tätigkeit berufen wurde, mißt das Reichsgericht keine Bedeutung zu. Entscheidend sei, daß die Obliegenheiten (d.h. die ärztliche Fürsorge), zu deren Erfüllung der Reichsarbeitsdienst sich des Beklagten bediente, öffentlich-rechtlicher Natur seien, so daß der Arzt mit der Behandlung des Klägers eine Amtspflicht des Reichsarbeitsdienstes gegenüber dem Kläger erfüllte und daher Beamter im haftungsrechtlichen Sinne sei⁴⁹¹. Auch hier wird wieder konsequent auf das Außenverhältnis abgestellt, wobei erstmals betont wird, daß der Verwaltungshelfer eine Pflicht erfüllt, die gar nicht ihm selbst oblag, sondern dem Reichsarbeitsdienst. Es scheint somit eine neue Argumentationslinie auf, die nicht mehr auf die öffentlich-rechtlichen Befugnisse des Schädigers selbst abzustellen schien, sondern darauf, daß dieser bei der Erfüllung der öffentlich-rechtlichen Pflichten eines anderen mitwirkte. Insoweit handelte es sich der Sache nach um eine frühe Ausprägung des Erfüllungsgehilfegedankens.

⁴⁸⁹ Vgl. RGZ 142, 190 (197).

⁴⁹⁰ Vgl. RGZ 168, 388.

⁴⁹¹ Vgl. RGZ 168, 388 (391).

Auch diese Entscheidung kann nicht ohne weiteres auf die heutige Problematik der selbständigen Verwaltungshelfer übertragen werden. Insoweit gilt auch hier, daß der Arzt nicht unternehmerisch am Markt tätig war, sondern, trotz privatrechtlichen Dienstvertrages, eine gewisse organisatorische Eingliederung in die Verwaltungsstruktur bestand. Interessanterweise zieht das Reichsgericht keine mögliche Parallele zu den Angestellten des öffentlichen Dienstes, sondern argumentiert mit dem Erfüllungsgehilfegedanken, der bei den Angestellten des öffentlichen Dienstes nie auftauchte.

Zusammenfassend läßt sich feststellen, daß das Reichsgericht zu der Frage der selbständigen Verwaltungshelfer nicht explizit Stellung genommen hat. Aus der Jagd- und Feldhüterentscheidung sowie aus der Arztentscheidung ergeben sich konkrete Anhaltspunkte dafür, daß das Reichsgericht in der Frage des Abschleppunternehmers vermutlich die Staatshaftung bejaht hätte. Dies zeigt insbesondere der Erfüllungsgehilfegedanken, der in den Abschleppfällen von Teilen der Literatur heute zur Begründung der Staatshaftung herangezogen wird⁴⁹². Auch das konsequente Abstellen auf die öffentlich-rechtliche Rechtsform nach außen spricht für eine Bejahung der Staatshaftung. Jedenfalls hat das Reichsgericht in der Sache niemals die sogenannte "Werkzeugtheorie"⁴⁹³ vertreten.

IV. Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes bis 1992

Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zur Staatshaftung selbständiger Verwaltungshelfer ist gekennzeichnet durch die sogenannte "Werkzeugtheorie".

1. Die Werkzeugtheorie

Der Bundesgerichtshof geht von der allgemein anerkannten Überlegung aus, daß eine öffentliche Aufgabe von der Zielsetzung her hoheitlichen Charakter trägt, davon aber die konkrete Durchführung der Aufgabe zu unterscheiden ist, die auf die Ebene des Privatrechts verlagert werden darf⁴⁹⁴. Der Bundesgerichtshof folgert aus dem Abschluß eines privatrechtlichen Vertrages mit dem Verwaltungshelfer, daß die Durchführung der hoheitlichen Aufgabe auf die Ebene des Privatrechts verlagert wurde und auch gegenüber dem

⁴⁹² Vgl. unten 4. Teil E VII 4.

⁴⁹³ Vgl. zu Begriff und Inhalt der Theorie unten 4. Teil E IV 1-4.

Geschädigten privatrechtlich gehandelt wurde⁴⁹⁵. Dies soll nur anders sein, wenn die beauftragende Behörde in so weitgehendem Maße auf die Durchführung der Arbeiten des selbständigen Verwaltungshelfers Einfluß genommen hat, daß sie diese wie eigene Arbeiten gegen sich gelten lassen und es so angesehen werden muß, wie wenn der Verwaltungshelfer lediglich als Werkzeug der öffentlichen Behörde bei der Durchführung ihrer hoheitlichen Aufgabe tätig geworden ist⁴⁹⁶. Daraus ergibt sich folgendes Regel-Ausnahme-Verhältnis: Bei privatrechtlicher Einbeziehung der selbständigen Verwaltungshelfer ist von einer privatrechtlichen Durchführung der Aufgaben auszugehen, es sei denn, die Einflußnahme der Verwaltung ist so stark, daß der Verwaltungshelfer nur als Werkzeug erscheint.

2. Die Bedeutung der Werkzeugtheorie in der Rechtsprechung

Die Bedeutung der Werkzeugtheorie in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes wird von der Literatur oftmals überschätzt. Tatsächlich hat die Werkzeugtheorie dem rechtssuchenden Bürger jedenfalls in der höchstrichterlichen Rechtsprechung kaum Nachteile gebracht. Soweit ersichtlich, wurde keine Schadensersatzklage aufgrund der Werkzeugtheorie abgewiesen.

Die Frage des Werkzeugcharakters spielte in der ersten veröffentlichten Entscheidung, die die Werkzeugtheorie entwickelte, keine Rolle, da die Klage des geschädigten Bürgers gegen die öffentlich-rechtlichen Körperschaften unter jedem Gesichtspunkt begründet war⁴⁹⁷. Dieser Klage lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Der Kläger war Pächter mehrerer landwirtschaftlicher Grundstücke, die an einer Autobahn bzw. Bundesstraße lagen. An diesen Straßen fanden Spreng- und Erdbewegungen statt, um die Straßen auszubauen. Diese Arbeiten waren durch privatrechtlichen Vertrag einer privaten Firma übertragen. Durch den bei den Arbeiten aufgewirbelten Staub erlitt der Kläger auf seinen Feldern Schäden. Beklagte waren die Bundesrepublik Deutschland sowie das Land,

⁴⁹⁴ Vgl. BGHZ 48, 98 (103); BGH VersR 1964, 1070 (1072, 1074); BGH VersR 1967, 859 (860); BGH NJW 1971, 2220 (2221).

⁴⁹⁵ Vgl. BGHZ 48, 98 (103); BGH VersR 1967, 859 (860, 861); BGH NJW 1971, 2220 (2221); BGH NJW 1981, 50 (51); zustimmend für Abschleppfälle Daumann, DAR 1969, 317 (318); Wiethaup, DAR 1973, 264 (265); sehr bezeichnend Felix, NJW 1957, 1547 (1548): "Diese Art Transponierung der Hoheitsgewalt ist aber nur im Wege bestimmter bürgerlich-rechtlicher Rechtsverhältnisse möglich, und zwar solcher, kraft derer sich die *Privatperson in den behördlichen Apparat mehr oder weniger einordnet* [meine Hervorhebung]."

⁴⁹⁶ Vgl. BGHZ 48, 98 (103); BGH VersR 1967, 859 (861); BGH NJW 1971, 2220 (2221); BGH VersR 1973, 417 (418).

dessen Autobahn-Neubauamt die Aufsicht über die Bauarbeiten oblag. Die Beklagten waren in der Vorinstanz zum Ersatz der dem Kläger zugefügten Schäden verurteilt worden, die Revisionen blieben erfolglos.

Der Bundesgerichtshof führt im Urteil aus, daß als Anspruchsgrundlage ein bürgerlich-rechtlicher oder ein öffentlich-rechtlicher Aufopferungsanspruch in Gestalt des enteignenden/enteignungsgleichen Eingriffs in Betracht komme. Aus der Charakterisierung des Autobahnbaus als wichtiger öffentlicher Aufgabe folgert er, daß es sich beim Bau der Straßen um eine hoheitliche Maßnahme handelte. Die Durchführung könne allerdings auf die Ebene des Privatrechts verlagert werden, wofür die Beauftragung der privaten Firma spreche. Anders sei dies nur dann, wenn die Aufsicht so stark sei, daß die Firma als Werkzeug der Verwaltung erscheine. Letztendlich ließ der Bundesgerichtshof die Abgrenzung dahinstehen, da nach beiden Anspruchsgrundlagen ein Anspruch gegeben sei.

An dieser Entscheidung, auf die sich viele der nachfolgend zitierten Entscheidungen berufen, wird zum einen deutlich, daß die Frage des Werkzeugcharakters des selbständigen Verwaltungshelfers nicht entscheidungserheblich war. Zum anderen wird deutlich, daß die Werkzeugtheorie mit der Frage der Amtshaftung überhaupt nichts zu tun hatte, sondern beim enteignenden/enteignungsgleichen Eingriff ihren Platz hatte. Dies ist dadurch zu erklären, daß diese Rechtsinstitute einen unmittelbaren hoheitlichen Eingriff voraussetzen, von der Unmittelbarkeit bei Übertragung auf Private aber kaum noch gesprochen werden kann. Andererseits scheint der Bundesgerichtshof dem Werkzeugcharakter aber auch die Funktion eines Abgrenzungskriteriums zwischen öffentlich-rechtlichem und privatrechtlichem Handeln zuzumessen.

In einer anderen Entscheidung wurde die Sache zurückverwiesen, um die Frage des Werkzeugcharakters zu klären, nachdem die untere Instanz die Klage abgewiesen hatte, so daß dem geschädigten Bürger hier vom Bundesgerichtshof ein "Hintertürchen" offengehalten wurde⁴⁹⁸. Die beklagte Stadtgemeinde hatte einen Vorflutkanal bauen lassen. Mit der Durchführung des Bauvorhabens wurde eine private Baufirma beauftragt. Bei den Bauarbeiten wurden Stromkabel beschädigt, der Betrieb der Klägerin mußte stillgelegt werden, wodurch sie einen nicht unerheblichen Schaden erlitt. Mit dem Bau des Vorflutkanals kam die Beklagte

⁴⁹⁷ Vgl. BGHZ 48, 98 (103).

nach Ansicht des Bundesgerichtshofs einer öffentlich-rechtlichen Pflicht aus der öffentlichen Daseinsvorsorge nach. Die Baufirma dagegen werde privatrechtlich tätig und übe keine öffentliche Gewalt aus. Da fraglich blieb, ob ein Anspruch gegen die Baufirma wegen schuldhaften Handelns bestand, so daß die Subsidiaritätsklausel die Geltendmachung des Anspruchs gegen die Beklagte hätte sperren können, konnte über den Amtshaftungsanspruch nicht abschließend entschieden werden. Da der Bundesgerichtshof von einem Aufsichtsverschulden eines Beamten im statusrechtlichen Sinne ausging, mußte zur Qualifizierung der Mitarbeiter der Baufirma als Beamte im haftungsrechtlichen Sinne nichts gesagt werden. Zu den Ansprüchen aus enteignungsgleichem Eingriff führt der Bundesgerichtshof aus, ein hoheitlicher Eingriff sei wegen der Erfüllung der öffentlich-rechtlichen Pflicht mit Mitteln des Privatrechts an sich zu verneinen, der Werkzeugcharakter der Baufirma aber denkbar, so daß die Beklagte sich das Verhalten der Baufirma als eigenen hoheitlichen Eingriff zurechnen lassen müßte. Da diesbezüglich tatsächliche Feststellungen fehlten, wurde zurückverwiesen.

Auch an diesem Urteil wird deutlich, daß die Werkzeugtheorie nur im Bereich des enteignungsgleichen Eingriffs angewandt wurde, nicht aber bei der Amtshaftung.

Auch in einem der "Ampelanlage-Fälle" spielte die Werkzeugtheorie letztendlich keine Rolle, da auf eine Amtspflichtverletzung eines statusrechtlichen Beamten zurückgegriffen wurde⁴⁹⁸. In diesem Fall erlitt der Kläger einen Schaden an seinem PKW, als er mit einem anderen PKW im Bereich der beklagten Stadt zusammenstieß. Grund für den Zusammenstoß war eine fehlerhafte Ampelschaltung. Die Ampelanlage war im Auftrag der Beklagten von einer privaten Firma gebaut worden. Das Oberlandesgericht als Vorinstanz hatte die Amtshaftung bejaht, die Revision blieb ohne Erfolg. Der Bundesgerichtshof führt allerdings aus, daß ein Amtshaftungsanspruch wegen der privatrechtlichen Beauftragung der Firma ausscheide. Etwas anderes solle nur gelten, wenn die Firma solchem Einfluß der Verwaltung unterliege, daß sie als Werkzeug der Verwaltung erscheine. Im Ergebnis spielte dies jedoch keine Rolle, da der Bundesgerichtshof eine Amtspflichtverletzung eines Baurats bejahte, der die Arbeit der Firma nicht hinreichend überwacht habe. In diesem Urteil wurde somit die Werkzeugtheorie zum ersten Mal explizit im Zusammenhang mit der Amtshaftung erwähnt.

⁴⁹⁸ Vgl. BGH VersR 1967, 859 (861).

⁴⁹⁹ Vgl. BGH NJW 1971, 2220 (2221, 2222), wo der BGH sogar dann noch die "Klippe der Subsidiaritätsklausel" geschickt umschriffte, um die Klage nicht abweisen zu müssen.

In einem weiteren "Straßenbau-Fall" verwies der Bundesgerichtshof die Sache ebenfalls zurück, nachdem das Oberlandesgericht die Klage vollumfänglich abgewiesen hatte, da die Frage des Vorliegens eines enteignungsleichen Eingriffs nicht geprüft wurde und möglicherweise eine Amtspflichtverletzung eines statusrechtlichen Beamten hätte konstruiert werden können⁵⁰⁰. In diesem Fall erlitt der Kläger als Eigentümer eines Grundstücks durch eine Überflutung seines Kellers einen Wasserschaden, der durch Beschädigung eines nahegelegenen Schachtes bei Bauarbeiten verursacht wurde. Diese Bauarbeiten dienten dem Ausbau einer Landesstraße, wurden aber aufgrund privatrechtlichen Vertrages von einem privaten Bauunternehmen durchgeführt. Das Oberlandesgericht wies die Klage gegen das Land ab, der Bundesgerichtshof gab der Revision statt und verwies die Sache zurück. Nach Ansicht des Bundesgerichtshofs fehlten für die Beurteilung eines Anspruchs aus enteignungsgleichem Eingriff tatsächliche Feststellungen. Der Werkzeugcharakter des Bauunternehmens konnte aufgrund der Einflußnahme der Verwaltung nicht ausgeschlossen werden. Hinsichtlich des Amtshaftungsanspruchs ist der Bundesgerichtshof der Auffassung, daß jedenfalls die Überwachung der ordnungsgemäßen Durchführung der Bauarbeiten Ausübung hoheitlicher Gewalt sei.

Schließlich konnte der Bundesgerichtshof im ersten "Abschlepp-Fall" die Frage des Werkzeugcharakters des Abschleppunternehmers bzw. die Frage nach der Werkzeugtheorie insgesamt offenlassen, da der Anspruch des geschädigten Bürgers aus anderen Gründen gegeben war⁵⁰¹. In diesem Fall erlitt der Kläger einen Schaden an seinem PKW, als dieser von einem privaten Abschleppunternehmer im Auftrag der Polizei abgeschleppt wurde. Beklagter war hier der Abschleppunternehmer. Der Bundesgerichtshof erwähnt kurz das Problem, ob die Durchführung der Maßnahme öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Natur sei, ohne allerdings die Werkzeugtheorie zu erwähnen. Er läßt dies dahinstehen, da der Anspruch aus § 328 BGB ohnehin begründet sei. Denn der Vertrag mit der Polizei sei als Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten des Klägers anzusehen, so daß dem Kläger ein vertraglicher Anspruch zustand.

Interessant ist im vorliegenden Zusammenhang eine weitere Entscheidung des Bundesgerichtshofs aus dem Jahr 1973, in der der Bundesgerichtshof entschieden hat, daß die

⁵⁰⁰ Vgl. BGH VersR 1973, 417 (418, 419).

Unterhaltung von Verkehrszeichen in Baden-Württemberg eine der Verwaltung zugewiesene hoheitlich zu erfüllende Amtspflicht darstelle⁵⁰². In der Entscheidung ging es um folgenden Sachverhalt:

Im Auftrag der beklagten Stadt baute ein Bauunternehmer eine Straßenkreuzung aus. Im Werkvertrag hatte sich der Unternehmer verpflichtet, alle für die Verkehrssicherung und -regelung erforderlichen Maßnahmen unter eigener Verantwortung durchzuführen. Auf Anordnung des Amtes für öffentliche Ordnung beschilderte der Bauunternehmer die Kreuzung mit Vorfahrtszeichen. Nachts wurde von einem Unbekannten ein Vorfahrtszeichen entwendet, so daß der Kläger in Unkenntnis der Vorfahrtsregelungen mit einem anderen PKW zusammenstieß und einen Schaden an seinem PKW erlitt.

Während das Oberlandesgericht der Klage zum Teil stattgegeben hat, hob der Bundesgerichtshof diese Entscheidung auf und verwies die Sache zurück.

Nach Ansicht des Bundesgerichtshofes falle die Unterhaltung von Verkehrszeichen nicht in den Bereich der dem Bauunternehmer obliegenden Verkehrssicherungspflicht. Nach § 67⁵⁰³ des LStrG in Baden-Württemberg obliege diese Pflicht vielmehr den Organen und Bediensteten der mit der Verkehrssicherung befaßten Körperschaften als eine hoheitlich zu erfüllende Amtspflicht. Diese Amtspflicht könne nicht auf einen anderen übertragen werden. Eine tatsächlich stattfindende Übertragung entlasse die Verwaltung daher nicht aus ihrer eigenen Verantwortung für die ordnungsgemäße Erfüllung dieser Aufgaben. Da zu den Pflichtverletzungen der Bediensteten der Trägerin der Straßenbaulast keine Feststellungen getroffen waren, wurde die Sache zurückverwiesen. Die Eigenschaft des Bauunternehmers als haftungsrechtlicher Beamter verneinte der Bundesgerichtshof mit dem Argument, daß der Bauunternehmer aufgrund des bloßen tatsächlichen Aufstellens der Schilder nur technisches Ausführungsorgan der Verwaltung gewesen sei. Über eine mögliche Werkzeugeigenschaft des Bauunternehmers hat der Bundesgerichtshof nicht nachgedacht.

Es gibt also nach Ansicht des Bundesgerichtshofs spezielle Fälle, in denen eine Einschaltung privater Hilfspersonen nach dem Gesetz ausscheidet, weil der Gesetzgeber davon ausgeht, daß

⁵⁰¹ Vgl. BGH NJW 1978, 2502 (2502, 2503).

⁵⁰² Vgl. BGH NJW 1974, 453.

⁵⁰³ Mittlerweile § 59 LStrG von Baden-Württemberg, der lautet: "Die mit dem Bau und der Unterhaltung sowie der Überwachung der Verkehrssicherheit der öffentlichen Straßen einschließlich der Bundesfernstraßen zusammenhängenden Pflichten obliegen den Organen und Bediensteten der damit befaßten Körperschaften und Behörden als Amtspflichten in Ausübung hoheitlicher Tätigkeit."

diese Aufgaben von der Verwaltung selbst, d.h. mit dem ihr zur Verfügung stehenden Personal, erfüllt werden müssen.

Konsequenterweise hätte der Bundesgerichtshof aber dann bereits in der Beauftragung des Bauunternehmers mit der Aufstellung des Schildes eine Amtspflichtverletzung der Behörde sehen müssen.

Wenn der Bundesgerichtshof den Bauunternehmer mangels eigener Entscheidungsbefugnisse (nur) als technisches Ausführungsorgan ansieht, so hätte die Werkzeugeigenschaft des Bauunternehmers bejaht werden müssen. Auch dieser Fall zeigt, daß im Rahmen der Amtshaftung die Werkzeugtheorie vom Bundesgerichtshof selbst nur selten herangezogen wurde.

Ausgehend von dieser geringen Entscheidungserheblichkeit der Werkzeugtheorie erscheint sie in einem anderen Licht. Vom Ausgangspunkt des Bundesgerichtshofes her war eine hoheitliche Betätigung eines selbständigen Verwaltungshelfers undenkbar, insbesondere weil die Abgrenzung zwischen öffentlich-rechtlichem und privatrechtlichem Handeln an der privatrechtlichen Beauftragung des Verwaltungshelfers festgemacht wurde. Dies schien jedoch zu unbilligen Ergebnissen führen zu können, wenn die Verwaltung beherrschenden Einfluß auf die Tätigkeit nahm. Es scheint eher so zu sein, daß der Bundesgerichtshof die Werkzeugtheorie als zusätzliche Rechtsschutzmöglichkeit für den geschädigten Bürger ansah und nicht so sehr als eine Einschränkung für dessen Schadensersatzansprüche.

Umso erstaunlicher ist daher, daß die Instanzgerichte, teilweise ohne Bezug auf die Werkzeugtheorie zu nehmen, die Aussagen des Bundesgerichtshofes zur Möglichkeit der privatrechtlichen Verlagerung der Aufgabendurchführung übernahmen, aber sich mit der Werkzeugtheorie nicht mehr auseinandersetzten, so daß dem geschädigten Bürger vor den Instanzgerichten Schadensersatzansprüche gegen die Verwaltung versagt blieben⁵⁰⁴.

3. Die dogmatische Herleitung der Werkzeugtheorie

Wie dargestellt geht der Bundesgerichtshof von der Wahlfreiheit der Verwaltung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht aus und sieht in der Einbeziehung eines selbständigen

⁵⁰⁴ Vgl. OLG Nürnberg, JZ 1967, 61 (62) ohne jeden Bezug zur Werkzeugtheorie; LG München NJW 1977, 628 ebenfalls ohne Bezug; OLG Celle VersR 1968, 76 mit Bezug zur Möglichkeit der Einbindung, wenn der Verwaltungshelfer nur als "verlängerter Arm der Behörde" tätig wird.

Verwaltungshelfers auf privatrechtlicher Grundlage ein Indiz für die Wahl des Privatrechts. Es ist unklar, wieso anderes gelten soll, wenn die Verwaltung bestimmenden Einfluß auf die Tätigkeit des Verwaltungshelfers hat, der Verwaltungshelfer also als Werkzeug anzusehen ist.

Erstaunlicherweise ist die Werkzeugtheorie vom Bundesgerichtshof während ihrer Entwicklung niemals begründet, sondern nur unter Berufung auf frühere BGH-Urteile fast litaneiartig der Satz von der Einbeziehung als Werkzeug "heruntergebetet" worden⁵⁰⁵. Erst in neuerer Zeit hat der Bundesgerichtshof die Begründung "nachgeschoben", indem er behauptet, die Zielsetzung der Tätigkeit ermögliche bei Realakten für sich betrachtet keine sachgerechte Begrenzung der Staatshaftung⁵⁰⁶. Damit wird im Grunde genommen nur wiederholt, was der Bundesgerichtshof schon zuvor ausgeführt hat. Die Tatsache, daß eine öffentliche Aufgabe zu erfüllen ist, läßt noch keinen Rückschluß darauf zu, in welcher Rechtsform diese Aufgabe erfüllt wird. Warum nur bei Abstellen auf den Werkzeugcharakter eine sachgerechte Begrenzung der Staatshaftung möglich sein soll, bleibt weiterhin unklar.

a. Rekurs auf § 831 BGB?

Ein Teil der Literatur ist der Auffassung, daß die amtshaftungsrechtliche Funktionenhaftung sich nicht auf außerhalb der Verwaltung stehende Personen übertragen lasse, da dies zu einer generellen, undifferenzierten Einbeziehung dieses Personenkreises in den Bereich der Amtshaftung führen würde, was dem Normzweck des Art. 34 GG widerspreche⁵⁰⁷. Da die selbständigen Verwaltungshelfer den Weisungen der Behörde nicht unterlägen, sei eine Gleichbehandlung mit den Verwaltungsangehörigen unmöglich und ein spezieller Zurechnungstatbestand für das Verhalten der selbständigen Verwaltungshelfer erforderlich⁵⁰⁸.

Bezüglich dieses speziellen Zurechnungstatbestandes wird die Auffassung vertreten, daß sich die Amtshaftung auch als Einstandspflicht der Behörde für das Verhalten Dritter begründen lasse, wenn diese Verrichtungsgehilfen im Sinne des § 831 BGB seien, was dann zutreffe,

⁵⁰⁵ Vgl. BGHZ 48, 98 (103); BGH VersR 1967, 859 (861); BGH NJW 1971, 2220 (2221); BGH VersR 1973, 417 (418).

⁵⁰⁶ So BGHZ 121, 161 (165); ähnlich auch Windthorst/Sproll, Staatshaftungsrecht, § 7 Rn. 24.

⁵⁰⁷ So Windthorst/Sproll, Staatshaftungsrecht, § 7 Rn. 24.

⁵⁰⁸ So Windthorst/Sproll, Staatshaftungsrecht, § 7 Rn. 24.

wenn sie Werkzeuge im Sinne der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes seien⁵⁰⁹. Nach dieser Auffassung stellt somit § 831 BGB die erforderliche Zurechnungsnorm dar. Da es auf die Amtspflichten des selbständigen Verwaltungshelfers nicht ankomme, sei dieser nicht als haftungsrechtlicher Beamter anzusehen. Es kommt nach dieser Meinung bei der Werkzeugtheorie auf eine Amtspflichtverletzung eines Verwaltungsangehörigen und nicht eines Verwaltungshelfers an.

Diese Erklärung der Werkzeugtheorie kann kaum überzeugen. Denn Voraussetzung der Amtshaftung ist, daß der Verwaltungsangehörige, in dessen Person § 831 BGB erfüllt sein muß, öffentlich-rechtlich gehandelt hat. Konsequenterweise müßte man sagen, daß die Verwaltung die Erfüllung der öffentlichen Aufgabe auf die Ebene des Privatrechts verlagert hat. Dann kann aber ein noch so großer Einfluß bei der Durchführung die privatrechtliche Handlungsform nicht in eine öffentlich-rechtliche "umkippen". Die Einflußnahme bleibt nach wie vor auf die Durchführung, die gerade privatrechtlich erfolgt, bezogen. Demnach müßte nach herrschender Meinung nicht die Staatshaftung nach Art. 34 GG eintreten, sondern die Haftung nach dem allgemeinen zivilrechtlichen Haftungsregime⁵¹⁰. Selbst wenn man inkonsequenterweise annimmt, daß die Beaufsichtigung des selbständigen Verwaltungshelfers öffentlich-rechtlicher Natur wäre⁵¹¹, würde dies nach der herrschenden Meinung nichts ändern, da wegen der Subsidiaritätsklausel ein Anspruch gegen den selbständigen Verwaltungshelfer besteht. Selbst wenn die Pflicht zur Überwachung öffentlich-rechtlicher Natur wäre und eine Amtspflicht eines Verwaltungsangehörigen darstellen würde, würde deren Verletzung unabhängig von der Frage, ob der Verwaltungshelfer Verrichtungsgehilfe ist, die Staatshaftung eintreten lassen. Die Überwachungspflicht kann nicht nur bei Verrichtungsgehilfen bestehen, wenn sie tatsächlich öffentlich-rechtlich zu qualifizieren wäre. Ansonsten würde bei weniger Aufsicht weniger Haftung eintreten. Die Werkzeugtheorie kann demnach eine Staatshaftung nur für Verrichtungsgehilfen nicht begründen. Wenn eine Verlagerung auf die privatrechtliche Ebene stattgefunden hat, muß man konsequenterweise das gesamte zivilrechtliche Haftungsregime anwenden.

⁵⁰⁹ So Kreissl, NVwZ 1994, 349 (350/351), der der Auffassung ist, daß der BGH "wohl intuitiv" mit der Werkzeugtheorie auf § 831 BGB rekurren wolle, womit sich auch als einziges die Haftung für unselbständige Verwaltungshelfer erklären lasse; ähnlich auch Windthorst/Sproll, Staatshaftungsrecht, § 7 Rn. 35.

⁵¹⁰ Vgl. oben 3. Teil A IV 2.

⁵¹¹ So wohl BGH VersR 1964, 1070 (1074); BGH VersR 1973, 417 (419).

Dies ergibt auch ein Vergleich mit der sog. Zwei-Stufen-Theorie⁵¹² bei der Subventionsgewährung, die eine gewisse Ähnlichkeit mit den Fällen der selbständigen Verwaltungshelfer aufweist: Nach der Zwei-Stufen-Theorie ist zwischen der Stufe des "ob" und der Stufe des "wie" zu unterscheiden, wobei die Entscheidung über das "ob" der Subvention in der Regel einen Verwaltungsakt darstellt, also dem öffentlichen Recht, der Vollzug und die Abwicklung jedoch in der Regel dem Privatrecht zuzuordnen ist. Hierbei ist zu beachten, daß durch die Einbeziehung eines selbständigen Verwaltungshelfers ein Dreiecksverhältnis geschaffen wird, das die privatrechtliche Abwicklung der zweiten Stufe determiniert⁵¹³. Wie bei der Zwei-Stufen-Theorie verhält es sich auch mit der Einbeziehung selbständiger Verwaltungshelfer. Die Entscheidung über das "ob" z. B. eines Straßenbaus, ist öffentlich-rechtlich, die konkrete Durchführung, das "wie", kann nach Wahl der Verwaltung privatrechtlich geschehen. Somit bestätigt sich die oben erwähnte Unmöglichkeit, die Werkzeugtheorie als Haftung für Verrichtungsgehilfen gemäß § 831 BGB zu erklären, denn die Überwachung bezieht sich immer nur auf die konkrete Durchführung der zweiten Stufe, des "wie", die aber privatrechtlich ausgestaltet ist. Die Werkzeugtheorie kann nach alledem nicht mit einem Rekurs auf § 831 BGB erklärt werden.

b. Die systematisch-dogmatisch korrekte Herleitung der Werkzeugtheorie

Die dogmatische Herleitung der Werkzeugtheorie liegt auf der Hand, wenn man ihre Entwicklung berücksichtigt. Die Werkzeugtheorie wurde in Fällen entwickelt, in denen die Amtshaftung keine Rolle spielte, es vielmehr um die Frage des Vorliegens eines enteignungsgleichen bzw. enteignenden Eingriffs ging⁵¹⁴. Bei einem enteignungsgleichen Eingriff stellt sich die Frage nach dem Vorliegen eines *unmittelbaren* Eingriffs, so daß diese enge Voraussetzung nur bei Vorliegen von Weisungen und starker Einflußnahme von Seiten der Verwaltung bejaht werden kann. Dabei ist zu bedenken, daß das Vorliegen eines enteignungsgleichen Eingriffs nicht von den Voraussetzungen einer Subsidiaritätsklausel abhängig ist. Bei der Staatshaftung könnte jedenfalls bei Einbeziehung Privater ein großzügigerer Maßstab angelegt werden. Es erscheint daher als ein Mißverständnis der

⁵¹² Vgl. dazu Maurer, Allg. VerwR, § 17 Rn. 11 ff.

⁵¹³ Vgl. Kopp, DVB. 1970, 724 (725); Maurer, Allg. VerwR, § 17 Rn. 28.

⁵¹⁴ Vgl. BGHZ 48, 98 (103, 104); sehr deutlich BGH VersR 1967, 859 (860, 861), wo bei der Prüfung der Amtshaftungsansprüche kein Wort über einen möglichen Werkzeugcharakter des Verwaltungshelfers verloren wird, dann aber bei der Prüfung des enteignungsgleichen Eingriffs, und eben nur bei diesem, die Frage nach dem Werkzeugcharakter aufgeworfen wird; mit dichotomer Prüfung genauso BGH VersR 1973, 417 (418, 419).

späteren Rechtsprechung, die Werkzeugtheorie auf die Amtshaftung übertragen zu haben, auf deren Tatbestand sie von ihrer Entwicklung her nicht abgestimmt war.

Zusammenfassend läßt sich feststellen, daß bei der Verlagerung einer Maßnahme auf die Ebene des Privatrechts nicht erklärbar ist, warum bei starker Einflußnahme und Weisungen von Seiten der Behörde, und zwar nur bei Vorliegen dieser Voraussetzungen, die Staatshaftung in Form der Amtshaftung eintreten soll.

4. Argumente der Literatur gegen die Rechtsprechung

Nachdem festgestellt wurde, daß es dogmatisch nicht erklärbar ist, warum (nur) bei starker Einflußnahme der Verwaltung auf die Tätigkeit des selbständigen Verwaltungshelfers die Amtshaftung eintreten soll, muß noch auf die Argumente der Literatur eingegangen werden, die das Abstellen auf den Werkzeugcharakter aus mehreren Gründen kritisiert und die Amtshaftung über die Fälle der Bejahung des Werkzeugcharakters hinaus eintreten lassen möchte.

Das Abstellen auf den Werkzeugcharakter des selbständigen Verwaltungshelfers hat in der Literatur größtenteils herbe Kritik erfahren⁵¹⁵. Im wesentlichen stützt sich diese Kritik zu Recht auf die nachfolgenden Argumente.

a. Maßgeblichkeit der Außenbeziehung Verwaltung-Geschädigter

Das Innenverhältnis zwischen Verwaltung und selbständigem Verwaltungshelfer und seine rechtliche Ausgestaltung ist zu vernachlässigen, da bei der Amtshaftung das Verhältnis zwischen geschädigtem Bürger und der Verwaltung, mithin also das Außenverhältnis, maßgeblich ist⁵¹⁶. Das ergibt sich schon daraus, daß außer bei statusrechtlichen Beamten auch bei Angestellten und Arbeitern des öffentlichen Dienstes, die nur in einem privatrechtlichen

⁵¹⁵ Vgl. nur Papier in: MünchKomm, § 839 Rn. 136, der die Rechtsprechung des BGH als "rechtspolitisch unvertretbar, rechtsdogmatisch keinesfalls zwingend" und zu einem "rechtssystematisch untragbaren Ergebnis" führend bezeichnet.

⁵¹⁶ Vgl. Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 505; Erichsen, VerwArch 62 (1971), 181 (184, 185); Bartling, Haftung, S. 160, 161; Bettermann, DVBl. 1971, 116 (117); Jacobs, Staatshaftungsrecht, Rn. 155; Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, S. 21; Ossenbühl, JuS 1973, 421 (423); Köhlhorn, Haftung, S. 111; Notthoff, NVwZ 1994, 771 (773); Papier in: MünchKomm, § 839 Rn. 136; Steinberg/Lubberger, Aufopferung, S. 270; Weißen, JA 1980, 477 (479); Würtenerberger, DAR 1983, 155 (160/161).

Rechtsverhältnis zur Verwaltung stehen, eine Staatshaftung ohne weiteres bejaht wird, die Verwaltung sich demnach nicht nur in Ausnahmefällen im Innenverhältnis privatrechtlicher Rechtsformen bedient⁵¹⁷.

Der Fehler der Rechtsprechung liegt darin, daß sie ohne zwingenden Grund von der Ausgestaltung des Innenverhältnisses auf die Ausgestaltung der gesamten Maßnahme im Verhältnis zum Bürger schließt. Wenn die Verwaltung sich eines selbständigen Verwaltungshelfers auf privatrechtlicher Basis bedient, läßt dies noch nicht den Willen der Verwaltung bezüglich der Ausübung ihrer Wahlfreiheit dahingehend erkennen, die gesamte Maßnahme privatrechtlich durchzuführen. Die Verwaltung kann, auch wenn sie durch ihre eigenen Bediensteten handelt, privatrechtlich handeln. Der Tatsache, daß ein selbständiger Verwaltungshelfer privatrechtlich verpflichtet wird, könnte daher nur Indizcharakter für eine Ausübung der Wahlfreiheit zugunsten des Privatrechts zukommen⁵¹⁸. Diese Indizwirkung wird bereits durch die Tatsache widerlegt, daß sich die Verwaltung des selbständigen Verwaltungshelfers oftmals nur privatrechtlich bedienen kann⁵¹⁹, da für eine Heranziehung z. B. mittels Verwaltungsakt die Voraussetzungen des polizeilichen Notstandes vorliegen müßten, was in aller Regel nicht der Fall ist. Entscheidend ist somit die tatsächliche Durchführung der Maßnahme im Außenverhältnis⁵²⁰, was nach den allgemeinen Abgrenzungskriterien zur Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht zu bestimmen ist, wobei bei Erfüllung öffentlicher Aufgaben eine Vermutung für die Erfüllung in der Rechtsform des öffentlichen Rechts spricht⁵²¹.

b. Einheitlichkeit der Betrachtungsweise

Grundsätzlich spaltet die Rechtsprechung eine aus mehreren Teilakten bestehende hoheitliche Maßnahme nicht in einzelne Teilakte auf, die dann dem Privatrecht unterliegen sollen, sondern hält in Übereinstimmung mit der Literatur auch bei Realakten an einer einheitlichen Betrachtungsweise fest, die insbesondere die hoheitliche Zielsetzung der Maßnahme berücksichtigt⁵²². Warum anderes gelten soll, wenn nicht mehr Angehörige des öffentlichen

⁵¹⁷ Vgl. Seibert, JuS 1985, 625 (631); Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 505; Ossenbühl, JuS 1973, 421 (423).

⁵¹⁸ Vgl. Kühlhorn, Haftung, S. 111.

⁵¹⁹ Vgl. Kühlhorn, Haftung, S. 112.

⁵²⁰ Vgl. Weißen, JA 1980, 477 (480); Erichsen, VerwArch 62 (1971), 181 (185).

⁵²¹ Vgl. Weißen, JA 1980, 477 (479), Erichsen/Hoffmann-Becking, JuS 1971, 144 (145); Kühlhorn, Haftung, S. 114.

Dienstes, sondern selbständige Verwaltungshelfer in bezug auf eine hoheitlicher Zielsetzung dienenden Maßnahme Handlungen durchführen, ist unerfindlich. Hier wird von der Rechtsprechung ein einheitlicher Lebensvorgang in einer der natürlichen Betrachtungsweise widersprechenden Art aufgespalten⁵²³.

c. Haftungslage aus Sicht des Geschädigten

Das Abstellen auf den Werkzeugcharakter führt in zweierlei Hinsicht zu einer Verunsicherung der Haftungslage⁵²⁴.

aa. Problem des richtigen Klagegegners

Die Feststellung des richtigen Klagegegners bereitet für den geschädigten Bürger erhebliche Probleme, denn die Frage nach der Einflußmöglichkeit der Verwaltung auf die Durchführung der Aufgaben durch den selbständigen Verwaltungshelfer ist ein verwaltungsinternes, nach außen nicht sichtbares und somit nur das Innenverhältnis zwischen Verwaltung und Verwaltungshelfer determinierendes Merkmal, das für den Bürger nicht erkennbar ist⁵²⁵. Da die Klage gegen die Verwaltung unbegründet ist, wenn keine Einflußmöglichkeit bestand, umgekehrt die Klage gegen den Verwaltungshelfer wegen der Haftungsüberleitung unbegründet ist, wenn doch eine Einflußmöglichkeit bestand, wird der geschädigte Bürger mit einem zusätzlichen Prozeßrisiko belastet⁵²⁶.

bb. Öffentlich-rechtliche Wertung aus Sicht des Geschädigten

Weiterhin ist zu berücksichtigen, daß aus Sicht des geschädigten Bürgers ihm gegenüber nicht der Verwaltungshelfer, sondern die Verwaltung selbst handelt, da der Unternehmer praktisch an die Stelle der Verwaltung tritt und somit nach außen die Erfüllung der Aufgabe als Erfüllung durch die Verwaltung erscheint⁵²⁷. Dem Bürger ist es gleichgültig, ob eine

⁵²² Vgl. Kühlhorn, Haftung, S. 110; Notthoff, NVwZ 1994, 771 (772/773).

⁵²³ Vgl. Medicus, JZ 1967, 63; Kühlhorn, Haftung, S. 64; Notthoff, NVwZ 1994, 771 (772/773); Erichsen, VerwArch 62 (1971), 181 (183/184).

⁵²⁴ Vgl. Schimikowski, VersR 1984, 315.

⁵²⁵ Vgl. Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, S. 23; Steinberg/Lubberger, Aufopferung, S. 270; Notthoff, NVwZ 1994, 771 (772); Kühlhorn, Haftung, S. 116/117.

⁵²⁶ Vgl. Kühlhorn, Haftung, S. 117.

⁵²⁷ Vgl. Weißen, JA 1980, 477 (479); Würtenberger, DAR 1983, 155 (161); Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, S. 21/22; Kühlhorn, Haftung, S. 117.

Maßnahme ihm gegenüber durch die Verwaltung oder den Verwaltungshelfer ausgeführt wird, da er sich, insbesondere bei Maßnahmen der Eingriffsverwaltung, diesen nicht entziehen kann⁵²⁸.

Stellt man demgegenüber auf die hoheitliche Zielsetzung der Maßnahme insgesamt ab, so würde die Haftungslage für Schädiger und Geschädigten transparenter, strittige Randunschärfen würden vermieden⁵²⁹.

d. Öffentlich-rechtliche Natur der Aufgabe

Grundsätzlich kann die Einschaltung privater Verwaltungshelfer einem Eingriff nicht den Hoheitscharakter nehmen, die Einschaltung eines Verwaltungshelfers läßt die öffentlich-rechtliche Natur der Aufgabe unberührt, der ursprüngliche Rechtscharakter der tatsächlichen Handlungsvorgänge kann so nicht geändert werden⁵³⁰. Das ergibt sich zum einen daraus, daß der Staat dem Bürger gegenüber öffentlich-rechtlich für die Erfüllung der Aufgabe so lange verpflichtet ist, bis diese Aufgabe tatsächlich und endgültig erfüllt ist⁵³¹. Zum anderen darf die Verwaltung im Bereich der Eingriffsverwaltung nicht privatrechtlich handeln, mithin die Kompetenzen nicht aus der Hand geben⁵³². Zutreffend wird darauf hingewiesen, daß z. B. in den Abschleppfällen dem Bürger gegenüber materiell hoheitliche Gewalt ausgeübt wird, denn eine privatrechtliche Rechtsgrundlage für das Abschleppen läßt sich in aller Regel weder für die Verwaltung noch für den Verwaltungshelfer finden⁵³³.

e. Flucht ins Privatrecht

Weiterhin ist die Rechtsprechung geeignet, der Verwaltung eine "Flucht ins Privatrecht"⁵³⁴ nahezu legen. Da nach der Rechtsprechung nur bei starkem Einfluß und bindenden Weisungen an den Verwaltungshelfer gehaftet wird, kann sich die Verwaltung durch Wahl der

⁵²⁸ Vgl. Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, S. 21/22; Würtenberger, DAR 1983, 155 (161).

⁵²⁹ Auf diese Klarstellungsfunktion des Haftungsrechts weist Schimikowski, VersR 1984, 315 (318), zu Recht hin.

⁵³⁰ Vgl. Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 504; Ossenbühl, JuS 1973, 421 (423); Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, S. 22; Würtenberger, DAR 1983, 155 (160); Schimikowski, VersR 1984, 315 (317); Kühlhorn, Haftung, S. 114.

⁵³¹ Vgl. Kühlhorn, Haftung, S. 114/115.

⁵³² Vgl. Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 505 (insb. Fn. 460).

⁵³³ Vgl. Medicus, JZ 1967, 63 (64); Würtenberger, DAR 1983, 155 (160).

privatrechtlichen Aufgabenerfüllung zum einen und durch Wahl eines selbständigen Verwaltungshelfers im Gegensatz zu unselbständigen Verwaltungshelfern oder verwaltungsorganisatorisch eingegliederten Amtswaltern zum anderen jeder haftungsrechtlichen Verantwortung für die ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung entziehen⁵³⁵. Hier liegt der Vorwurf eines "Formenmißbrauchs" nahe.

Von einer unzulässigen Flucht könnte nicht gesprochen werden, wenn die privatrechtliche Haftung der öffentlich-rechtlichen Amtshaftung adäquat wäre. Dem ist aber nicht so. Da die Staatshaftung im privatrechtlichen Bereich ebenfalls deliktisch ausgestaltet ist, würde die Verwaltung nur nach § 831 BGB haften. Dann müßte zum einen ein Verrichtungsgehilfe vorliegen, was bei selbständigen Verwaltungshelfern selten der Fall sein wird, zum anderen dürfte der Exkulpationsbeweis nicht gelingen, was ebenfalls selten sein wird. § 831 BGB ist nach im Zivilrecht nahezu unbestrittener Meinung dysfunktional und in höchstem Maße reformbedürftig⁵³⁶. Diese Unzulänglichkeit des § 831 BGB schlägt voll auf die Schadensersatzmöglichkeiten eines geschädigten Bürgers durch. Demgegenüber beschränkt § 839 BGB die Haftung nicht auf Verrichtungsgehilfen und kennt keine Exkulpationsmöglichkeit. Die Staatshaftung ist damit für den geschädigten Bürger klar vorteilhafter (insbesondere wenn man nach der hier vertretenen Auffassung die Subsidiaritätsklausel für obsolet hält)⁵³⁷.

Die Rechtsprechung bietet nun gerade der Verwaltung einen Anreiz, sich des privatrechtlichen Haftungssystems zu bedienen, indem die Einflußnahme auf den selbständigen Verwaltungshelfer reduziert wird. Die Verweisung an einen im Vergleich zum Staat finanzschwachen Schuldner erscheint in hohem Maße unbillig, da es um einen Schaden geht, der bei Erfüllung einer der Verwaltung obliegenden Aufgabe verursacht wurde⁵³⁸.

⁵³⁴ Vgl. Schimikoski, VersR 1984, 315 (317); Würtenberger, DAR 1983, 155 (160); Notthoff, NVwZ 1994, 771 (772).

⁵³⁵ Vgl. Kühlhorn, Haftung, S. 110; Medicus, JZ 1967, 63 (64); Schimikoski, VersR 1984, 315 (317); Seibert, JuS 1985, 625 (631); Steinberg/Lubberger, Aufopferung, S. 269; Würtenberger, DAR 1983, 155 (160); Notthoff, NVwZ 1994, 771 (772); Ossenbühl, JuS 1973, 421 (423); Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, S. 23.

⁵³⁶ Vgl. auch Münzel, NJW 1966, 1344, der als (rechtspolitisch) sachgerechte Lösung vorschlägt, den Entlastungsbeweis für die Staatshaftung auszuschließen.

⁵³⁷ Vgl. oben 3. Teil A IV 3.

⁵³⁸ Vgl. Würtenberger, DAR 1983, 155 (160).

Das Kriterium der Einflußnahme erscheint somit zur Determinierung der Staatshaftung in hohem Maße ungeeignet⁵³⁹. Der an § 831 BGB angepaßte Werkzeugbegriff paßt nicht auf das Verhältnis zwischen Bürger und Staat, so daß sich eine Haftung eher am Rechtsgedanken der Erfüllungsgehilfeneigenschaft nach § 278 BGB orientieren sollte⁵⁴⁰.

Insofern ist auch nicht verständlich, warum die Rechtsprechung, die die Amtshaftung in Übereinstimmung mit dem Schrifttum als Funktionshaftung begreift, für deren Bejahung der tatsächliche Vorgang des Anvertrauens ausreichen soll, nun plötzlich bei selbständigen Verwaltungshelfern auf die Werkzeugeigenschaft abstellt und nicht mehr nur auf das Außenverhältnis wie bei den verwaltungsangehörigen Amtswaltern.

f. Die Unvereinbarkeit der Werkzeugtheorie mit der Rechtsprechung zu den "rein mechanischen Tätigkeiten"

Nach einer Auffassung soll die Staatshaftung bei unselbständigen, innerdienstlichen Leistungsverpflichtungen wie z. B. bei interner Kanzleiarbeit, Einordnen von Schriftstücken oder mechanischer Werkstätentätigkeit (sog. rein mechanische Tätigkeiten) nicht eintreten, da der haftungsrechtliche Beamte als "Träger öffentlicher Machtbefugnisse" handeln muß⁵⁴¹. Dies erscheint zwar zweifelhaft, impliziert es doch geradezu eine Abkehr von der Funktionenhaftung hin zu einer am Status orientierten Betrachtung sowie ein Wiederaufflammen der alten Auffassung, Verwaltung sei nur als Machtausübung im Sinne einer Eingriffsverwaltung denkbar. Dies kann jedoch dahinstehen, es soll nur der Widerspruch zur Werkzeugtheorie aufgezeigt werden. Diese rein mechanischen Tätigkeiten sind nämlich gerade diejenigen, bei denen Einfluß und bindende Weisungen der Verwaltung am größten sind. Die Selbständigkeit dieser Personen ist denkbar weitgehend beschränkt, sie erscheinen sinnbildlich als bloße Werkzeuge der Verwaltung: "Mehr Werkzeug" ist fast nicht denkbar. Und gerade hier soll die Staatshaftung nicht eingreifen. Man könnte meinen, daß der Ausschluß der Staatshaftung deshalb gerechtfertigt sei, weil es sich bloß um interne Verwaltungsangelegenheiten handelt, bei denen ein Bürgerkontakt ausgeschlossen erscheint. Dann müßte aber im Umkehrschluß bei den selbständigen Verwaltungshelfern festgestellt

⁵³⁹ Vgl. Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 505.

⁵⁴⁰ Vgl. Kühllhorn, Haftung, S. 115/116; Seibert, JuS 1985, 625 (631, 632); Steinberg/Lubberger, Aufopferung, S. 270; Windthorst, JuS 1995, 791 (794).

⁵⁴¹ So RGZ 105, 99 (101); 118, 241 (243/244); BGH VersR 1959, 353 (354); Soergel/Glaser, § 839 Rn. 73.

werden, daß nur diese in Kontakt zum Bürger treten und nicht die Verwaltung, so daß gerade aus diesem Grund eine Staatshaftung angezeigt erscheint.

g. Risikosphärenbetrachtung/Risikoverlagerung

Hinsichtlich der Einbeziehung der selbständigen Verwaltungshelfer in die Amtshaftung ließe sich folgendes Argument zur Stützung der Werkzeugtheorie denken: Der Staat ist verpflichtet, Gefahren für die öffentliche Sicherheit zu beseitigen. Dies kann er mit eigenen Mitteln oder mit Hilfe eines Verwaltungshelfers tun. Der Staat ist also nicht verpflichtet, die Gefahr durch eigene Mittel zu beseitigen. Daraus könnte man folgern, daß es nicht einzusehen sei, warum dann der Staat für Fehler der Verwaltungshelfer haften solle. Vielmehr sieht es so aus, als ob das unternehmerische Risiko des Verwaltungshelfers vom Staat übernommen werde und dieser ohne Haftung davonkomme. Hätte der Störer nämlich selbst z. B. einen Abschleppunternehmer beauftragt, seinen PKW zu entfernen, was seine öffentlich-rechtliche Pflicht gewesen wäre, so hätte er sich auch nur an diesen und nicht an den Staat halten können.

Diese Argumentation kann nicht überzeugen. Wenn der Bürger die Gefahr selbst beseitigt, so kann er wählen, ob er diese selbst oder durch Dritte beseitigt. Entscheidet sich der Staat, die Gefahr im Wege des öffentlichen Rechts an Stelle des Bürgers zu beseitigen, wird dem Bürger die Einfluß- und Auswahlmöglichkeit genommen. Da diese auf den Staat übergeht, spricht unter dem Gesichtspunkt der Risikosphärenverteilung nichts dagegen, den Staat für das Fehlverhalten des Unternehmers einstehen zu lassen. Auswahl und Einfluß fallen eher in die Risikosphäre des Staates als des Bürgers. Im übrigen ist Sinn und Zweck der Erlaubnis, staatliche Aufgaben durch Private durchführen zu lassen, die Überlegung, staatliche Ressourcen zu schonen. Sonst müßte der Staat auch noch "Abschleppbeamte" unterhalten und versorgen. Nicht Sinn und Zweck ist dagegen, daß sich der Staat seiner haftungsrechtlichen Verantwortung entzieht.

Nicht richtig ist das Argument, das Unternehmerrisiko werde auf den Staat und die Steuerzahler verlagert. Der Staat soll dem geschädigten Bürger gegenüber haften, nicht aber den Schaden letztlich alleine tragen. Im Innenverhältnis kann der Staat beim Verwaltungshelfer aufgrund des Werk-/Dienstvertrages selbstverständlich Regreß nehmen und trägt nur das Risiko der Insolvenz des Verwaltungshelfers. Es ist nicht zu beanstanden,

daß der Staat und nicht der Bürger das Insolvenzrisiko trägt. Der Staat kann dieses Risiko leicht vermeiden, indem er sich über die Verwaltungshelfer entsprechend informiert. Der Bürger dagegen hat diesbezüglich keine Möglichkeit.

h. Zusammenfassung

Die Orientierung am Werkzeugcharakter erscheint nicht nur dogmatisch nicht begründbar, sie ist auch widersprüchlich und sachlich nicht zu rechtfertigen. Die Werkzeugtheorie ist daher abzulehnen.

V. Die Entscheidung in BGHZ 121, 161

Möglicherweise hat sich der Bundesgerichtshof selbst von der Werkzeugtheorie gelöst. Es ist zu untersuchen, welche Bedeutung der Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 21. 01. 1993⁵⁴² zukommt.

1. Sachverhalt

Es handelt sich nicht um einen der "klassischen" Abschleppfälle, da nicht der Störer geschädigt wurde, sondern ein Dritter:

Ein PKW, dessen Fahrer unbekannt blieb, kam von der Fahrbahn ab und blieb beschädigt im Straßengraben liegen. Die den Unfall aufnehmenden Polizeibeamten beauftragten ein privates Unternehmen, das mit dem Land Nordrhein-Westfalen einen Rahmenvertrag über das Abschleppen und die Aufbewahrung von Fahrzeugen abgeschlossen hatte, mit der Bergung des Fahrzeugs. Die Bergung wurde vom angestellten Fahrer der Firma, dem Beklagten zu 1)⁵⁴³, durchgeführt. Während die Polizeibeamten noch mit der Sicherung der Bergungsstelle beschäftigt waren, fuhr die Klägerin mit ihrem Fahrzeug in ein Stahlseil, das von dem Beklagten zwecks Bergung quer über die gesamte Fahrbahn gespannt war. Die Klägerin wurde dabei schwer verletzt, ihr Wagen beschädigt.

⁵⁴² Vgl. BGH v. 21. 01. 1993, III ZR 189/91 (BGHZ 121, 161).

⁵⁴³ Beklagte zu 2) war die Haftpflichtversicherung, bei der das Fahrzeug der Abschleppfirma versichert war.

2. Argumentationsstruktur

Der Bundesgerichtshof hat die Klage gegen den Beklagten zu 1) wegen fehlender Passivlegitimation in vollem Umfange abgewiesen, da wegen Erfüllung der Staatshaftungsvoraussetzungen eine befreiende Haftungsübernahme eintrete.

Der Bundesgerichtshof erwähnt zwar die Werkzeugtheorie und die kritischen Stimmen dagegen, sieht jedoch keinen Anlaß, zur Kritik Stellung zu beziehen⁵⁴⁴.

Die Gruppe der selbständigen Verwaltungshelfer bildet für den Bundesgerichtshof keine homogene Gruppe. Vielmehr sieht er Unterschiede in dem Charakter der von den Verwaltungshelfern wahrgenommenen Aufgaben, in der Sachnähe der auszuführenden Tätigkeit zu diesen Aufgaben und im Grad der Einbindung in den behördlichen Pflichtenkreis⁵⁴⁵. Je stärker der hoheitliche Charakter der Aufgabe in den Vordergrund trete, je enger die Verbindung zwischen der übertragenen Tätigkeit und der hoheitlichen Aufgabe sei und je begrenzter der Entscheidungsspielraum des Verwaltungshelfers sei, um so näher liege es, diesen als Beamten im haftungsrechtlichen Sinne anzusehen⁵⁴⁶. Daraus wird gefolgert, daß im Bereich der Eingriffsverwaltung die Verwaltung sich nicht durch Übertragung der Durchführung einer Maßnahme auf einen selbständigen Verwaltungshelfer der Haftung entziehen könne⁵⁴⁷. Die Durchführung der Bergungsmaßnahme stelle im konkreten Fall eine hoheitliche Maßnahme in Form der Ersatzvornahme dar. Es komme für die diesbezügliche Qualifikation nicht auf das Innenverhältnis zwischen Polizei und Abschleppunternehmen an, sondern allein auf das Verhältnis zwischen Polizei und geschädigtem Bürger und auf das nach außen manifestierte Handeln des Verwaltungshelfers als Erfüllungsgehilfe der Verwaltung⁵⁴⁸. Die rechtliche Beurteilung der Maßnahme könne sich nicht, auch nicht aus Sicht des geschädigten Bürgers, dadurch ändern, daß anstelle der Polizei ein Dritter mit eigenen Mitteln in Gegenwart der Polizei die Maßnahme durchführe, wobei dies möglicherweise auch bei Abwesenheit der Beamten nicht anders wäre⁵⁴⁹. Es liege durchaus nahe, für den Eintritt der Staatshaftung die Verpflichtung der Beamten zur Überwachung der Bergung und Durchführung der erforderlichen Sicherungsmaßnahmen genügen zu lassen. Daraus folge, daß

⁵⁴⁴ Vgl. BGHZ 121, 161 (165).

⁵⁴⁵ Vgl. BGHZ 121, 161 (165).

⁵⁴⁶ Vgl. BGHZ 121, 161 (165/166).

⁵⁴⁷ Vgl. BGHZ 121, 161 (166).

⁵⁴⁸ Vgl. BGHZ 121, 161 (167).

dem Beklagten nur ein sehr begrenzter Entscheidungsspielraum zugestanden habe und er insoweit von der Stellung her einem Verwaltungshelfer angenähert gewesen sei⁵⁵⁰.

3. Unklarheiten in der Argumentationsstruktur

Der Bundesgerichtshof hat sich deutlich erkennbar zahlreiche Argumentationsmuster aus der Kritik der Literatur an der Werkzeugtheorie zu eigen gemacht hat, so z. B. die Maßgeblichkeit des Außenverhältnisses, das Abstellen auf die Klägersicht sowie die Erfüllungsgehilfenqualifizierung des Verwaltungshelfers und die öffentlich-rechtliche Natur der Aufgabe.

Die Entscheidung läßt allerdings viele Fragen offen und viele Probleme ungelöst.

Zum einen ist nicht erkennbar, ob die drei Kriterien Aufgabencharakter, Sachnähe der Tätigkeit zur Aufgabe und Grad der Einbindung flexible Zurechnungskriterien sind⁵⁵¹, die auch bei Handeln des Verwaltungshelfers im Bereich der Eingriffsverwaltung in Zukunft anzuwenden sind, oder ob es sich um allgemeine Kriterien handelt, die im Bereich der Eingriffsverwaltung Anwendung finden, aber eine Vermutung für ihr Vorliegen besteht, oder ob es sich bei diesen Kriterien um Begründungselemente dafür handelt, daß im Bereich der Eingriffsverwaltung nunmehr generell von der Staatshaftung für Verwaltungshelfer auszugehen ist.

Zum anderen stellt sich das Problem, ob nicht auch im Bereich der Leistungsverwaltung, unabhängig von den eben genannten Kriterien, die Argumente der Erfüllungsgehilfeneigenschaft des Verwaltungshelfers sowie der Maßgeblichkeit der Klägersicht Anwendung finden müßten.

Ganz allgemein fehlt eine dogmatische Erklärung dafür, was mit der Qualifizierung des Verwaltungshelfers als Erfüllungsgehilfe zum Ausdruck gebracht werden soll. Denn bei einer analogen Anwendung des § 278 BGB müßte dies auch auf die Leistungsverwaltung ausgedehnt werden, wobei der Bundesgerichtshof sich nicht zur Frage der Erforderlichkeit

⁵⁴⁹ Vgl. BGHZ 121, 161 (166).

⁵⁵⁰ Vgl. BGHZ 121, 161 (167).

⁵⁵¹ So Windthorst, JuS 1995, 791 (794); Windthorst/Sproll, Staatshaftungsrecht, § 7 Rn. 31.

eines öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnisses äußert, was wiederum bedeuten kann, daß ein solches im vorliegenden Falle implizit bejaht wurde oder aber ein solches im Bereich der Amtshaftung möglicherweise nicht mehr erforderlich ist.

Problematisch ist auch die Aussage des Bundesgerichtshofes, daß bei Abwesenheit der Polizeibeamten möglicherweise ebenso zu entscheiden sein könnte. Denn dies würde sich in die Argumentation nicht einfügen. In diesem Falle müßte die Argumentation nach Klägersicht, Außenverhältnis und Erfüllungsgehilfeneigenschaft identisch sein. Diese Argumentation macht nur Sinn in Zusammenhang mit der nachfolgenden Aussage des Bundesgerichtshofes, daß die Polizeibeamten verpflichtet wären, die Unfallstelle abzusichern. Man kann sich des Eindrucks nicht erwehren, daß der Bundesgerichtshof weniger auf die Verfehlungen des Beklagten als vielmehr auf die Amtspflichten der am Unfall beteiligten Beamten abstellen wollte. Deshalb mag dem Bundesgerichtshof seine Lösung für den Fall der Abwesenheit der Beamten zweifelhaft erscheinen. Das Abstellen auf die Amtspflichten der Beamten würde beim Sachverhalt dieses Falles durchaus Sinn machen. Nimmt man nämlich eine Amtspflicht der Beamten bei der Bergung dahingehend an, ausreichend für die Sicherheit anderer Verkehrsteilnehmer zu sorgen, so liegt auf der Hand, daß die fehlende Absicherung einer Bergungsstelle, bei der ein Stahlseil nachts quer über die Fahrbahn gespannt wird, auf das Größte fahrlässig war. Andererseits kann nicht wirklich konsequent auf die Amtspflichtverletzung der Polizeibeamten abgestellt werden, da wegen der von der Rechtsprechung immer noch angewandten Subsidiaritätsklausel eine Staatshaftung verneint werden müßte, weil auch der Angestellte der Abschleppfirma die erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen hatte.

Zu guter Letzt darf nicht übersehen werden, daß es sich in einem wesentlichen Detail nicht um den klassischen Abschleppfall handelte, bei dem der abzuschleppende Wagen beschädigt wird. Die geschädigte Bürgerin war eine an der Bergungsmaßnahme vollkommen Unbeteiligte. Sie war nicht Adressatin der Bergungsmaßnahme. Insoweit kann ihr gegenüber kaum von Eingriffsverwaltung im klassischen Sinne gesprochen werden.

Aus all dem ergibt sich, daß die dogmatische Einordnung der vorliegenden Entscheidung außerordentliche Probleme aufwirft.

4. Aufgabe oder Bestätigung der Werkzeugtheorie?

Die Konsequenzen der Entscheidung des Bundesgerichtshofes für oder gegen eine Fortführung der Werkzeugtheorie sind nicht ohne weiteres verständlich.

Ein Teil der Literatur nimmt an, daß der Bundesgerichtshof die Weichen der Amtshaftung neu gestellt habe, indem er die Werkzeugtheorie deutlich relativiert habe⁵⁵². Es sei zwar keine völlige Abkehr von der Werkzeugtheorie vorgenommen worden, die Bezugnahme auf die Werkzeugtheorie werde aber in Zukunft wohl vermieden⁵⁵³. Eine andere Auffassung geht davon aus, daß der Amtshaftungsanspruch nach der Werkzeugtheorie zu verneinen gewesen wäre, so daß darin eine Aufgabe dieser Theorie zu sehen sei⁵⁵⁴. Wieder andere nehmen an, daß die Werkzeugtheorie keinesfalls aufgegeben worden sei, die Entscheidung bestätige sie vielmehr⁵⁵⁵.

Aus der Tatsache, daß der Bundesgerichtshof in der Entscheidung auf den sehr begrenzten Entscheidungsspielraum sowie die an einen (unselbständigen) Verwaltungshelfer angenäherte Stellung abstellt, kann geschlossen werden, daß nach wie vor an der Werkzeugtheorie festgehalten wird. Dafür sprechen auch die drei Kriterien des Aufgabencharakters, der Sachnähe und des Einbindungsgrades, die sehr an die Werkzeugtheorie erinnern. Andererseits spricht das Abstellen auf die Eingriffsverwaltung dafür, daß sich jedenfalls in diesem Bereich die Rechtsprechung von der Werkzeugtheorie gelöst hat und nun ohne weiteres vom Vorliegen der Voraussetzungen der Staatshaftung ausgegangen werden kann. Für den Bereich der Eingriffsverwaltung herrscht insoweit Einigkeit, daß die Einbeziehung selbständiger Verwaltungshelfer als die Amtshaftung auslösend anerkannt ist⁵⁵⁶. Für den Bereich der Leistungsverwaltung bzw. des schlicht-hoheitlichen Handelns dagegen ist die Entwicklung der Rechtsprechung vollkommen offen, eine grundsätzliche Beibehaltung der

⁵⁵² So Osterloh, JuS 1994, 175.

⁵⁵³ So Gotzen, VR 1995, 170 (172).

⁵⁵⁴ So wohl Würtenberger, JZ 1993, 1003 (1004).

⁵⁵⁵ So Kreissl, NVwZ 1994, 349 (350, 351); auch Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, S. 22 geht davon aus, daß die Werkzeugtheorie keinesfalls aufgegeben worden sei, will den verwendeten Kriterien aber nur den Charakter als "aus der Sachstruktur des Falles gewonnen" zuerkennen, während Kreissl, a. a. O., darin gerade die Bestätigung der Werkzeugtheorie sieht.

⁵⁵⁶ Vgl. Osterloh, JuS 1994, 175; Würtenberger, JZ 1993, 1003 (1004); Windthorst/Sproll, Staatshaftungsrecht, § 7 Rn. 36.

Werkzeugtheorie unter leichter Modifizierung durch die flexibleren, am Einzelfall orientierten Kriterien erscheint aber in diesem Bereich als das wahrscheinlichste⁵⁵⁷.

VI. Neuorientierung der Rechtsprechung in neuerer Zeit?

Möglicherweise hat der Bundesgerichtshof mittlerweile selbst seine neueren Ansätze auch auf den Bereich der Leistungsverwaltung übertragen und damit die Werkzeugtheorie endgültig aufgegeben. Dies will ein Teil der Literatur einer neueren Entscheidung des Bundesgerichtshofes entnehmen⁵⁵⁸.

In der Entscheidung⁵⁵⁹ ging es um folgenden Sachverhalt⁵⁶⁰:

Ein Bundeswehrsoldat wurde mit Schmerzen in das zuständige Bundeswehrkrankenhaus eingeliefert, wo eine Nierensteinerkrankung sowie ein Tumor entdeckt wurde. Er wurde in ein allgemeines (ziviles) Krankenhaus überwiesen, wo die behandelnden Ärzte den Tumor übersahen und ihn als "geheilt" entließen. Erst später hat der Truppenarzt aufgrund weiterer Beschwerden des Soldaten mit der Therapie des Tumors begonnen, wegen der Nachlässigkeit der Ärzte des zivilen Krankenhauses allerdings ein halbes Jahr zu spät, wodurch dem Soldaten erheblicher Schaden entstand.

Der Bundesgerichtshof bestätigt die Vorinstanz in der Auffassung, daß der Arzt des zivilen Krankenhauses in Ausübung eines öffentlichen Amtes gehandelt habe und somit die Staatshaftung dem Grunde nach eintrete. Die Tatsache des privatrechtlichen Behandlungsvertrages zwischen dem Beamten und dem allgemeinen Krankenhaus sei unerheblich, da das Innenverhältnis zwischen Verwaltung und Verwaltungshelfer für die Beziehung zwischen Verwaltung und geschädigtem Dritten keine Rolle spiele⁵⁶¹. Die Behandlung des Soldaten durch einen hinzugezogenen Arzt bleibe im Verhältnis zum Soldaten ein Bestandteil der kraft eines öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses zu

⁵⁵⁷ Die Einbeziehung selbständiger Verwaltungshelfer im Bereich der Leistungsverwaltung, also z. B. bei Straßenbauarbeiten durch private Baufirmen, wird von Würtemberger, JZ 1993, 1003 (1004) und Kreissl, NVwZ 1994, 349 (351) abgelehnt, dagegen will Windthorst, JuS 1995, 791 (794) den Erfüllungsgehilfengedanken auch auf diesen Bereich anwenden, vgl. dazu auch unten 4. Teil E VII 4 a.

⁵⁵⁸ Vgl. Meysen, JuS 1998, 404 (406, 407).

⁵⁵⁹ BGH v. 29. 2. 1996, III ZR 238/94 (NJW 1996, 2431).

⁵⁶⁰ Der Sachverhalt ist der abgedruckten Fundstelle, a. a. O., nicht vollständig zu entnehmen. Daher wird auf die Schilderung bei Meysen, JuS 1998, 404, Bezug genommen, der über das nicht veröffentlichte Urteil der Vorinstanz verfügt hat.

⁵⁶¹ Vgl. BGH NJW 1996, 2431 (2432).

gewährenden Gesundheitsfürsorge, obwohl Weisungsmöglichkeiten, wie sie bei der Heranziehung von privaten Unternehmen für Straßenbauarbeiten für erforderlich gehalten worden seien, wegen der Natur der ärztlichen Tätigkeit ausgeschlossen gewesen seien⁵⁶².

Da es der Bundesgerichtshof unterläßt, die Kriterien des Aufgabencharakters sowie der Sachnähe und des Grades der Einbindung anzuwenden, wird auf eine Aufgabe der Werkzeugtheorie geschlossen⁵⁶³. Wegen des alleinigen Abstellens auf den Charakter der Aufgabe als hoheitlich und die sprachliche Formulierung, wonach der Senat eine Weisungsgebundenheit bei Heranziehung privater Unternehmen für erforderlich gehalten "hat", sei eine unterschiedliche Behandlung z. B. der privaten Baufirmen bei den dargestellten Fällen nicht zu rechtfertigen, mithin auch diese Fälle unter Amtshaftungsgesichtspunkten zu lösen⁵⁶⁴. Andererseits könne die Haftung nicht auf die privatrechtliche Erfüllung der Abfallentsorgung oder den Bau eines Altenheimes erstreckt werden, da es nach der Argumentation des Bundesgerichtshofes auf ein Verwaltungsrechtsverhältnis ankomme, wobei sich als Konsequenz dieses Abstellens auf den Erfüllungsgehilfencharakter nach § 278 BGB analog die Rechtsfigur des verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnisses erledige⁵⁶⁵.

Es überrascht zunächst, daß der Bundesgerichtshof die von ihm entwickelten Kriterien nicht angewandt hat. Das kann auch daran liegen, daß der Bundesgerichtshof den vorliegenden Fall kaum als problematisch empfunden haben dürfte. Denn im Gegensatz zum klassischen Fall des Straßenbaus durch private Unternehmer handelte es sich hier um eine Schädigung, die im Rahmen eines bereits bestehenden öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnis zwischen dem Bund und dem Soldaten stattfand, so daß die Klage ohne weiteres auch auf positive Forderungsverletzung i.V.m. § 278 BGB analog hätte gestützt werden können. Insoweit war klar, daß eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung dem Kläger gegenüber im Rahmen eines öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnisses erfüllt werden sollte. Hierbei stellt sich die Frage nach der Wahlfreiheit der Verwaltung nicht mit großer Vehemenz. Das Problem, z. B. beim Straßenbau durch private Unternehmer, ist gerade, daß ohne Abstellen auf das Innenverhältnis die Frage, welche Rechtsform die Verwaltung tatsächlich gewählt hat, schwer gelöst werden kann. In diesem Zusammenhang dürfte es nicht ohne weiteres möglich sein, ein öffentlich-rechtliches Schuldverhältnis oder ein Verwaltungsverhältnis zu begründen. Der Entscheidung

⁵⁶² Vgl. BGH NJW 1996, 2431 (2432).

⁵⁶³ So Meysen, JuS 1998, 404 (406).

⁵⁶⁴ So Meysen, JuS 1998, 404 (406, 407).

des Bundesgerichtshofes kann somit nicht entnommen werden, daß die Werkzeugtheorie vollkommen aufgegeben worden sei. Im Bereich der Leistungsverwaltung ist die Entwicklung in der Rechtsprechung nach wie vor als offen zu bewerten.

Eine neuere Entscheidung des Bundesgerichtshofes im Bereich der Leistungsverwaltung spricht eher dafür, daß in diesem Bereich nach wie vor an der Werkzeugtheorie festgehalten wird⁵⁶⁶.

VII. Argumentationsansätze in der Literatur

Bis jetzt konnte festgestellt werden, daß im Bereich der Eingriffsverwaltung die Rechtslage weitestgehend geklärt ist. Im Bereich der Eingriffsverwaltung kann nur öffentlich-rechtlich gehandelt werden und im Außenverhältnis zum geschädigten Bürger muß die Staatshaftung eingreifen. In diesem Bereich sind gesetzliche Grundlagen für eine Übertragung an selbständige Verwaltungshelfer, wie z. B. die polizeirechtlichen Regelungen über die Ersatzvornahme, vorhanden, so daß keine Probleme bestehen, selbständige Verwaltungshelfer als haftungsrechtliche Beamte zu qualifizieren.

Da die Eingriffsverwaltung aber nur einen Teil des gesamten Verwaltungsspektrums abdeckt, muß versucht werden, eine generelle Argumentationsstruktur für selbständige Verwaltungshelfer zu finden. Die Werkzeugtheorie, mag sie möglicherweise auch von der Rechtsprechung noch vertreten werden, ist dafür ungeeignet⁵⁶⁷.

Im folgenden ist daher zu untersuchen, inwieweit die allgemeine Gültigkeit beanspruchenden Ansätze aus der Literatur zur Problemlösung beitragen.

1. Verhältnis zwischen Verwaltungshelfer und Verwaltung als öffentlich-rechtliche Beziehung

Ein möglicher Ansatz könnte darin liegen, das Verhältnis zwischen Verwaltung und Verwaltungshelfer als öffentlich-rechtliche Beziehung zu qualifizieren. Der Ansatz wäre aus der Sicht der früheren Rechtsprechung als "systemimmanent" zu bezeichnen, liegt dem doch implizit die Annahme zugrunde, das Innenverhältnis zwischen Verwaltung und

⁵⁶⁵ So Meysen, JuS 1998, 404 (407/408).

⁵⁶⁶ Vgl. BGH JZ 1994, 784 (785), wo der BGH die Frage nach der Qualifikation des streitigen Bedarfsdeckungsgeschäfts (ohne Wirkung nach außen) allerdings mit der Frage des Verschuldens vermischt.

Verwaltungshelfer schlage auf das Außenverhältnis zwischen Verwaltung und geschädigtem Bürger durch.

Für den Bereich der polizeilichen Ersatzvornahme, also für die klassischen Abschleppfälle, ist tatsächlich die Auffassung vertreten worden, das Verhältnis zwischen Verwaltung und Verwaltungshelfer sei nicht nach den privatrechtlichen Regeln des Werk- oder Dienstvertrages, sondern öffentlich-rechtlich zu konstruieren⁵⁶⁸.

Ein öffentlich-rechtlicher Vertrag zwischen Verwaltung und Verwaltungshelfer kommt nicht in Betracht. Dafür fehlt es in aller Regel bereits am Schriftformerfordernis gemäß § 57 VwVfG. Nach *Burmeister* soll ein öffentlich-rechtlicher Vertrag auch deswegen fehlen, weil die Einbeziehung des Verwaltungshelfers nicht auf zwei übereinstimmenden Willenserklärungen basiere, denn es gebe nichts, worüber die Behörde mit dem Verwaltungshelfer paktieren könne⁵⁶⁹. Dies trifft allerdings nicht zu, da z. B. über die Entschädigung des Verwaltungshelfers für seine Dienste verhandelt werden kann. Auch die Tatsache, daß eine Partei im wesentlichen den ganzen Vertragsinhalt bestimmt, ist dem Zivilrecht nicht fremd, wie z. B. die üblichen Allgemeinen Geschäftsbedingungen zeigen.

Das Innenverhältnis soll nach den Regeln über zustimmungspflichtige Verwaltungsakte determiniert sein, da dem Verwaltungshelfer keine Abschlußfreiheit wie bei einem zivilrechtlichen Vertrag zustehe, dieser vielmehr nur den Eintritt der Regelungswirkung beeinflussen könne⁵⁷⁰.

Dieser Denkansatz basiert auf mehreren Annahmen. Es sei rechtsdogmatisch unmöglich, daß aus einem privatrechtlichen Vertrag gegenüber Dritten eine als Ausfluß von Staatsgewalt qualifizierbare Kompetenzausübung erwachsen könne, da hoheitliche Zwangsakte ihre Legitimationsgrundlage ausschließlich in kompetenzrechtlich strukturierten gesetzlichen Eingriffsermächtigungen, also Normen des staatlichen Sonderrechts, finden könnten⁵⁷¹. Da

⁵⁶⁷ Vgl. oben 4. Teil E IV 4.

⁵⁶⁸ So *Burmeister*, JuS 1989, 256 (261, 262). Sympathie für diesen Ansatz bekundend auch *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, S. 23, der die unnatürliche und unangemessene dualistische Konstruktion der Ersatzvornahme kritisiert und sich ebenfalls für eine einheitliche öffentlich-rechtliche Gesamtbetrachtung ausspricht.

⁵⁶⁹ Vgl. *Burmeister*, JuS 1989, 256 (262).

⁵⁷⁰ Vgl. *Burmeister*, JuS 1989, 256 (262).

⁵⁷¹ So *Burmeister*, JuS 1989, 256 (260).

der Verwaltungshelfer öffentlich-rechtliche Beziehungen gegenüber Dritten begründen könne, sei eine solche Ausstattung mit hoheitlichen Befugnissen nur durch einen öffentlich-rechtlichen Akt möglich⁵⁷².

Diese Argumentation ist aus mehreren Gründen angreifbar. Selbstverständlich kann jemand durch privatrechtlichen Vertrag mit der Ausübung von Hoheitsrechten im Namen einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft beauftragt werden, sonst wären hoheitliche Handlungen von Angestellten und Arbeitern des öffentlichen Dienstes im Namen ihrer Anstellungskörperschaft nicht denkbar⁵⁷³. Für die Eingriffsbefugnisse ist eine gesetzliche Ermächtigung erforderlich, die aber in jedem Polizeigesetz in den Regelungen über die Ersatzvornahme zu finden ist. Diese Regelungen sehen die Ersatzvornahme durch fremde Mittel vor⁵⁷⁴. Dabei handelt es sich um eine Norm des öffentlichen Rechts. *Burmeister* übersieht, daß eine Norm des öffentlichen Rechts der Verwaltung gestatten kann, auf privatrechtlichem Wege Hoheitsbefugnisse zu übertragen bzw. Verwaltungshelfer heranzuziehen. Dies ist kein Widerspruch zu der Aussage, daß Eingriffsbefugnisse nur in Normen des öffentlichen Rechts zu finden sind, denn es handelt sich bei den Regelungen über die Ersatzvornahme um öffentlich-rechtliche Normen. Ist somit bereits der Denkansatz verfehlt, kann die Konstruktion der Ersatzvornahme als durchweg öffentlich-rechtlich keinen Bestand haben. Nach der nunmehr herrschenden Meinung kommt es auf das Innenverhältnis nicht mehr an⁵⁷⁵. Im Bereich der Leistungsverwaltung, wie z. B. dem Straßenbau durch Verwaltungshelfer, würde dieser Ansatz ebenfalls nicht weiterhelfen.

2. Garantenstellung des Staates

Nach einer Auffassung sei das Gemeinwesen gegenüber dem einzelnen Bürger für die Verwaltungshilfe Privater im Hinblick auf die öffentlich-rechtlichen Pflichten und Bindungen, die der jeweiligen Körperschaft auch bei Einschaltung Privater obliegen, verantwortlich. Daraus wird eine Garantenstellung des Staates erst recht bei Verletzung dieser Pflichten abgeleitet, da ansonsten die Rechte des Bürgers bei Einschaltung privater Verwaltungshelfer geschmälert werden könnten, weil sie dann schlechter stünden als bei Erfüllung dieser

⁵⁷² So *Burmeister*, JuS 1989, 256 (261).

⁵⁷³ Dies ergibt sich sogar aus Art. 33 Abs. 4 GG, nach der die Ausübung von Hoheitsbefugnissen nur *in der Regel* Beamten zu übertragen ist; vgl. dazu auch *Greß*, Staats- und Kommunalverwaltung 1967, 122 (123).

⁵⁷⁴ Vgl. § 25 LVwVG von Baden-Württemberg; § 10 VwVG des Bundes.

⁵⁷⁵ Vgl. oben 4. Teil E IV 4 a und V.

Aufgabe durch die Behörde bzw. deren Beamte selbst⁵⁷⁶. Diese Garantenstellung wird jedoch nicht aus Art. 34 GG abgeleitet, sondern soll als subsidiäre Haftung aus einem anderen Haftungsgrund hergeleitet werden⁵⁷⁷.

Diese Auffassung ist nicht unbedenklich. So bleibt die Frage des Haftungsgrundes, d.h. der konkreten Anspruchsgrundlage, offen. Es erscheint aber rechtskonstruktiv kaum möglich, ohne jede rechtliche Verankerung Ansprüche, mögen sie auch subsidiär sein, zu schaffen. Rechtsdogmatisch und rechtssystematisch erscheint der Weg des direkten Einbaus in das Staatshaftungssystem als der sachgerechtere, zumal er die Schaffung neuer, über das unübersichtliche und komplizierte "Minenfeld" der bereits bestehenden Staatshaftungsansprüche hinausgehender Ansprüche vermeidet. Auch die konkreten Anspruchsvoraussetzungen bleiben ohne rechtliche Verankerung zu vage.

Der eben kritisierten Auffassung ist jedoch zu gute zu halten, daß sie mit der Akzentuierung der Pflichtenverantwortlichkeit der die privaten Verwaltungshelfer einbeziehenden Körperschaft einen Anstoß zu einem (möglicherweise) erfolgsversprechenden Pfad in der Staatshaftung gegeben hat, der sich stärker als bisher auf die Amtspflichten der öffentlich-rechtlichen Körperschaft bezieht⁵⁷⁸.

3. Anwendung der Staatshaftung auf privatrechtliches Handeln des Staates

Die herrschende Meinung möchte, wie dargelegt, die Amtshaftung nur bei öffentlich-rechtlichem Handeln eingreifen lassen⁵⁷⁹. Am einfachsten wäre es aber, wenn man den Anwendungsbereich der Amtshaftung auch auf privatrechtliches Handeln übertragen könnte. Zum einen entfielen dann die bei Realakten äußerst diffizile Aufgabe der Abgrenzung unterschiedlicher Rechtsregime, zum anderen müßte man sich mit dem Problemkreis der selbständigen Verwaltungshelfer nicht mehr auseinandersetzen. Denn dann könnte man jede Einbeziehung in die staatliche Aufgabenerfüllung bzw. jedes Einschalten, auch das privatrechtliche, von Seiten des Staates dahingehend interpretieren, daß dem

⁵⁷⁶ So Frenz, Staatshaftung, S. 229, 230 in Anlehnung an Gallwas, VVDStRL 29 (1971), 211 (226 ff., insb. 228): "Die Organe des Gemeinwesens bleiben grundsätzlich auch dann für die Einhaltung der öffentlich-rechtlichen Vorschriften verantwortlich, wenn sie Aufgaben von Privaten erfüllen lassen.", woraus dann aber nur Handlungspflichten des Gemeinwesens folgen sollen, vgl. Gallwas, a. a. O., S. 231; ähnlich auch Nassauer, Verwaltung und Privatrechtsform, S. 97-99; positiv de lege ferenda auch Reuß, DVBl. 1976, 927 (931).

⁵⁷⁷ Vgl. Frenz, Staatshaftung, S. 231.

⁵⁷⁸ Vgl. unten 4. Teil E VII 4.

⁵⁷⁹ Vgl. oben 4. Teil A.

Verwaltungshelfer die die Staatshaftung auslösenden Qualifikationen übertragen worden sind. Damit würde der gesamte Kreis von (staatlichen) Aufgaben, auch bei Erfüllung durch Private, in die Amtshaftung einbezogen⁵⁸⁰.

Die Frage ist daher, ob es möglich ist, die Anwendung der Amtshaftung von der Rechtsform zu lösen.

Tatsächlich ist eine Erstreckung der Amtshaftung auf privatrechtliches Handeln von zahlreichen Stimmen bejaht worden, wenn auch mit denkbar unterschiedlichen Schattierungen und Differenzierungen⁵⁸¹.

a. Die Grundrechtsbindung der privatrechtsförmigen Verwaltung

Nach der hier vertretenen Auffassung ist Art. 34 GG als Grundrecht zu qualifizieren. Die Frage, ob Art. 34 GG somit auf privatrechtliches Verwaltungshandeln Anwendung findet, entpuppt sich als eine Frage der Grundrechtsbindung der privatrechtlichen Verwaltung.

aa. Typologie der staatlichen Verwaltung nach Aufgabenkriterien

Wegen möglicher rechtlicher Relevanz muß eine kurze Übersicht über die Typologie der staatlichen Verwaltung nach Aufgabenkriterien vorgenommen werden.

Zunächst ist die Eingriffsverwaltung als klassischer Bereich des Verwaltungshandelns, der auf ein Über-/Unterordnungsverhältnis zugeschnitten ist, zu nennen. Der Bereich der Eingriffsverwaltung interessiert im vorliegenden Zusammenhang nicht weiter, da die

⁵⁸⁰ Vgl. zu dieser Folge der Erstreckung auf das privatrechtliche Staatshandeln Weiss, Beamtenbegriff, S. 123.

⁵⁸¹ Die Möglichkeit einer Erstreckung der Amtshaftung auf privatrechtliches Handeln wird befürwortet von: Kühlhorn, Haftung, S. 121 ff., 147, 150; Böhme, Amtshaftung, S. 117 ff., 138 ff., 163; Schröder, JuS 1969, 25 (27); Bethge in: Kopp, Entwicklungen, S. 25, 26; Friebe, ZBR 1957, 389 (391, 392); Giese/Schunck, Art. 34 II 3; Obermayer, VerwR, S. 151; Hamann/Lenz, Art. 34 B 3; Gronarz, DöD 1950, 246 (246, 247); Süsterhenn/Schäfer, Kommentar der Verfassung für Rheinland Pfalz, Art. 128 2 b; Pestalozza, Formenmißbrauch, S. 184 (Fn. 134); Flessa, NJW 1958, 1276; Flessa, DÖV 1959, 106 (107); Friesenhahn, Die rechtsstaatlichen Grundlagen des Verwaltungsrechts, S. 279; Lerche, Ordentlicher Rechtsweg und Verwaltungsrechtsweg, S. 105; Köttgen, FS-Smend, S. 126, 134, 135; Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, S. 24, 25 unter Verweis auf Ossenbühl, DÖV 1971, 513 (522); Ossenbühl, JuS 1973, 421 (423); Jacobs, Rn. 154; Kunert, Bedarfsdeckungsgeschäfte, S. 212; Rüfner, Formen, S. 385 bezeichnet dies als eine Überlegung; Finckh, Öffentliche Unternehmen, S. 73 ff., 78 f., 101, 116 möchte Art. 34 GG auf privatrechtliches Handeln anwenden, verneint aber die Existenz eines überleitbaren Anspruchs auf privatrechtlicher Ebene; kritisch zur h. M. auch Rupp, NJW 1961, 811 (813 Fn. 18); Mertens, JuS 1963, 391; Raiser, JZ 1959, 407 (408); nach Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, S. 24 (Fn. 69) soll auch Gammelín, Rechtsscheinhaftung, die Erstreckung vertreten, was er aber gerade nicht tut, vgl. Gammelín, a. a. O., S. 97, 114, 115, 125.

Verwaltung dort immer nur öffentlich-rechtlich handeln kann und somit eine Grundrechtsbindung unbestritten ist. Auch der Eintritt der Staatshaftung bereitet selbst nach der Auffassung, die Art. 34 GG nicht als Grundrecht qualifiziert, keine Probleme mehr⁵⁸².

Die Leistungsverwaltung, auch als Maßnahmen der Daseinsvorsorge bezeichnet, stellt die staatliche Infrastruktur bereit (z. B. Straßen, Universitäten, Friedhöfe), versorgt die Bevölkerung mit Gütern und Dienstleistungen (z. B. Energie, Wasser), beseitigt Stoffe (z. B. Abwasser, Abfälle) oder begünstigt einzelne Bürger (z. B. Sozialhilfe, Wirtschaftssubventionen)⁵⁸³.

Die Bedarfsverwaltung besorgt die sachlichen und personellen Mittel, die zur Erfüllung der Verwaltungsaufgaben erforderlich sind, wie z. B. Ankauf von Computern, Papier, Bleistiften, Fahrzeugen für die Verwaltung⁵⁸⁴.

Die wirtschaftende oder erwerbswirtschaftlich sich betätigende Verwaltung tritt wie ein sonstiges Wirtschaftssubjekt als Anbieter oder Nachfrager von Gütern und Dienstleistungen am Markt auf (z. B. kommunale Sparkassen)⁵⁸⁵.

bb. Grundsätzliche Möglichkeit der Grundrechtsgeltung bei privatrechtlichem Handeln der Verwaltung

Die materielle Aufgabenabgrenzung bliebe für die Frage der Grundrechtsbindung ohne Bedeutung, wenn die Verwaltung nur bei öffentlich-rechtlichem Handeln an die Grundrechte gebunden sei, mithin also nur die Rechtsform über die Grundrechtsbindung dergestalt entscheiden würde.

Tatsächlich wurde die Auffassung vertreten, die Grundrechte seien nur im öffentlich-rechtlichen Handlungsbereich der Verwaltung anwendbar⁵⁸⁶. Zunächst bestreitet *Emmerich* eine Bindungswirkung für die erwerbswirtschaftliche Betätigung, da dies zu einer mit der Teilnahme am Privatrechtsverkehr unvereinbar starren Bindung und der Gleichheitssatz zu

⁵⁸² Vgl. oben 4. Teil E V.

⁵⁸³ Vgl. Erichsen/Ehlers, Allg. VerwR, § 1 Rn. 38; Schuppert, Erfüllung öffentlicher Aufgaben, S. 82.

⁵⁸⁴ Vgl. Schuppert, Erfüllung öffentlicher Aufgaben, S. 82; Erichsen/Ehlers, Allg. VerwR, § 1 Rn. 40.

⁵⁸⁵ Vgl. Erichsen/Ehlers, Allg. VerwR, § 1 Rn. 42; Schuppert, Erfüllung öffentlicher Aufgaben, S. 82.

⁵⁸⁶ So Emmerich, JuS 1970, 332 (334-337).

einem allgemeinen Kontrahierungszwang führen würde⁵⁸⁷. Aber auch im Bereich des Verwaltungsprivatrechts⁵⁸⁸ verneint er eine Bindungswirkung, da es zum einen keinen materiellen Verwaltungsbegriff gebe und auch keine Aufgaben, die von Natur aus öffentliche Verwaltung wären. Zum anderen habe das Abstellen auf den öffentlichen Zweck keine Bedeutung, da der Staat sowieso bei all seiner Tätigkeit nur öffentliche Zwecke verfolgen dürfe und im Endeffekt die Daseinsvorsorge genau wie die öffentliche Aufgabe keinen Rechtsbegriff, sondern lediglich einen soziologischen Begriff darstelle⁵⁸⁹. Im übrigen biete auch das Wettbewerbsrecht mit seinem Diskriminierungsverbot genügend Schutz, da alle öffentlichen Unternehmen als marktbeherrschend anzusehen seien und eine zusätzliche Bindung an Art. 3 GG entbehrlich⁵⁹⁰.

Dieser Auffassung ist nicht beizupflichten. Zum einen weist *Emmerich* bereits eine bedenkliche Fixierung auf den allgemeinen Gleichheitssatz auf, der aber selbstredend nicht die Problematik der gesamten Grundrechtsbindung erfaßt. Die Anwendung des Art. 3 GG würde auch nicht zu einem allgemeinen Kontrahierungszwang führen, da Art. 3 GG nur sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlungen verbietet, mithin eine Differenzierung unter sachlichen Gesichtspunkten möglich bleibt⁵⁹¹. Das einfache Gesetzesrecht kann im übrigen auch keine Grundrechtsbindung derogieren. Das wäre eine Umkehrung des Prinzips vom Vorrang der Verfassung vor dem einfachen Recht. Bedenken sind auch angebracht, weil das Wettbewerbsrecht nicht alle Fallkonstellationen befriedigend lösen kann, enthält es doch zahlreiche Ausnahmeklauseln gerade für öffentliche Unternehmen⁵⁹². Weiterhin ist *Emmerichs* Argumentation auch in sich widersprüchlich: Würde das einfache Recht gleichen Schutz wie die Grundrechte vermitteln (es also eines Rückgriffs auf diese gar nicht bedürfte), so ist verwunderlich, daß nur bei Grundrechtsanwendung die Teilnahme am Privatrechtsverkehr unzumutbar erschwert würde, nicht aber bei Anwendung des doch (angeblich) gleich starken Schutz und Bindung verbürgenden Wettbewerbsrechts.

⁵⁸⁷ Vgl. *Emmerich*, JuS 1970, 332 (334).

⁵⁸⁸ Vgl. zum Begriff sogleich unten.

⁵⁸⁹ Vgl. *Emmerich*, JuS 1970, 332 (335, 336).

⁵⁹⁰ Vgl. *Emmerich*, JuS 1970, 332 (336, 337).

⁵⁹¹ Vgl. *Röhl*, *VerwArch* 86 (1995), 531 (575).

⁵⁹² Vgl. *Stern*, *Staatsrecht*, Band III/1, S. 1414.

cc. Die Erstreckung der Grundrechtsbindung auf sämtliches privatrechtliches Verwaltungshandeln

Das privatrechtliche Handeln der Verwaltung ist nicht a priori von der Grundrechtsbindung ausgeschlossen.

Damit gewinnt die Frage an Bedeutung, ob es innerhalb des Bereichs der privatrechtlichen Betätigung noch einmal Differenzierungen bezüglich der Grundrechtsbindung gibt.

Die (noch) herrschende Meinung differenziert in der Tat bei privatrechtlicher Betätigung noch einmal. Im Bereich des Verwaltungsprivatrechts, d.h. im Bereich der Leistungsverwaltung bzw. Daseinsvorsorge, soll eine unmittelbare Grundrechtsbindung anzunehmen sein, nicht jedoch bei erwerbswirtschaftlicher Betätigung oder bei Bedarfsdeckungsgeschäften. Verwaltungsprivatrecht, d.h. das Vorliegen einer zwar formell, nicht aber materiell privatrechtlichen Verwaltungstätigkeit, wird bejaht, wenn die Verwaltung unmittelbar öffentliche Zwecke erfüllt und öffentliche Aufgaben wahrnimmt⁵⁹³.

Für den Bereich des Verwaltungsprivatrechts ist wegen des Grundrechtscharakters des Art. 34 GG zunächst vom Eintritt der Staatshaftung auszugehen.

Abgrenzungsprobleme erübrigen sich, wenn auch für die erwerbswirtschaftliche sowie die Bedarfsdeckungsverwaltung eine Grundrechtsbindung anzunehmen ist.

aaa. Die Auslegung von Art. 1 Abs. 3 GG

Ob dem so ist, ist eine Frage der Auslegung von Art. 1 Abs. 3 GG, der von der Grundrechtsbindung der "vollziehenden Gewalt" ausgeht.

Bei unbefangenen Herantreten an den Wortlaut des Begriffs der "Gewalt" könnte man der Auffassung sein, daß die Grundrechtsbindung nur für Über-/Unterordnungsverhältnisse gelte, also lediglich für die öffentlich-rechtliche Eingriffsverwaltung. Das wird aber von niemandem vertreten. Zum einen ist unbestritten, daß die Grundrechtsbindung allein abhängig von der Rechtsform für die gesamte öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit gilt, also auch für eine öffentlich-rechtliche Leistungsverwaltung. Zum anderen wäre auch nicht erklärlich, warum beim Verwaltungsprivatrecht eine Grundrechtsbindung gelten sollte, liegt doch dort weder ein öffentlich-rechtliches Handeln noch ein Über-/Unterordnungsverhältnis vor.

⁵⁹³ Vgl. Stern, Staatsrecht, Band III/1, S. 1396 m. w. N.; Mallmann, VVDStRL 19 (1961), 165 (195 ff.).

Weiterhin ist zu bedenken, daß der Begriff der "vollziehenden Gewalt" erst durch eine Grundgesetzänderung von 1956 eingefügt wurde, vorher wurde der Begriff "Verwaltung" gebraucht⁵⁹⁴. Eine inhaltliche Veränderung wurde nicht angestrebt, vielmehr sollte lediglich klargestellt werden, daß die Grundrechtsbindung auch für die neu geschaffenen Streitkräfte gilt und der Begriff der "vollziehenden Gewalt" inhaltlich weiter als der Begriff der "Verwaltung" aufgefaßt werden muß⁵⁹⁵.

Sprechen Wortlaut und Entstehungsgeschichte eher für eine Einbeziehung des gesamten Verwaltungshandelns, so darf nicht übersehen werden, daß aus historischer Sicht bei Erlass des Grundgesetzes die Frage der Grundrechtsbindung der privatrechtlich handelnden Verwaltung keine Rolle spielte. Möglicherweise hing der Grundgesetzgeber noch der allerdings schon damals überholten Vorstellung von der Grundrechtsungebundenheit des Fiskus an⁵⁹⁶.

Wortlaut und Entstehungsgeschichte bleiben somit in gewisser Weise ambivalent⁵⁹⁷.

Eine an der Einheit der Verfassung orientierte "Gesamtschau-Interpretation" ergibt einen engen Zusammenhang zwischen Art. 1 Abs. 3 GG und Art. 1 Abs. 1 und 2 GG und macht die Intention des Grundgesetzgebers deutlich, den Grundrechten nicht den geringstmöglichen, sondern den größtmöglichen Geltungsbereich zu sichern. Eine solche extensivere Interpretation stellt eine bessere Integration des Art. 1 Abs. 3 GG im Vergleich mit Art. 20 Abs. 2 und Abs. 3 GG her, die ebenfalls von "vollziehender Gewalt" sprechen⁵⁹⁸. Der Staat ist grundsätzlich von einem Privaten wesensverschieden, in keinem Fall kommt ihm eine einem Privaten vergleichbare Privatautonomie zu. Staatliches Handeln ist nicht durch freie Persönlichkeitsentfaltung staatlicher Hoheitsträger, sondern durch Allgemeinwohlbezug determiniert⁵⁹⁹. Der Staat hat keine Privatangelegenheiten⁶⁰⁰. Die Grundrechtsbindung beeinflusst die Motivation staatlichen Handelns und setzt über diese Motivbindung hinaus

⁵⁹⁴ Vgl. Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 215.

⁵⁹⁵ Vgl. Kunert, Bedarfsdeckungsgeschäfte, S. 106; Finckh, Öffentliche Unternehmen, S. 64, 65; Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 215; Achterberg, JA 1985, 503 (507).

⁵⁹⁶ Vgl. Stern, Staatsrecht, Bd. III/1, S. 1410.

⁵⁹⁷ Vgl. Kunert, Bedarfsdeckungsgeschäfte, S. 109; Stern, Staatsrecht, Bd. III/1, S. 1410.

⁵⁹⁸ Vgl. Zeidler, VVDStRL 19 (1961), 208 (226, 227); Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 216; Stern, Staatsrecht, Bd. III/1, S. 1411.

⁵⁹⁹ Vgl. Schmidt-Aßmann, DVBl. 1989, 533 (539): "Die Sphäre des Bürgers ist vom Gesetz der Freiheit geprägt, die Verwaltungsrechtsordnung dagegen wird durch rechtlich verliehene Kompetenzen bestimmt."; Schmidt-Aßmann, Öffentliches Recht und Privatrecht, S. 18-20; Finckh, Öffentliche Unternehmen, S. 65; Bleckmann, Grundrechte, § 10 Rn. 48, 53; Zeidler, VVDStRL 19 (1961), 208 (229).

⁶⁰⁰ Vgl. Röhl, VerwArch 86 (1995), 531 (538, 539); Mallmann, VVDStRL 19 (1961), 165 (197).

diesem Handeln Grenzen⁶⁰¹. Wird somit deutlich, daß der Staat immer Staat bleibt, in welcher Form er auch auftreten mag, kann daraus geschlossen werden, daß der Verfassungsgesetzgeber den Willen hatte, das Staatshandeln in seiner Gesamtheit verfassungsrechtlichen Bindungen zu unterwerfen und es kein Reservat staatlichen Wirkens geben soll, das dem Geltungsanspruch der Verfassung nicht unterworfen ist⁶⁰². Daraus ergibt sich eine Vermutung für eine umfassende Bindung aller staatlichen Tätigkeit, die Nichtanwendung der Bindungsklausel ist insoweit "beweisbelastet"⁶⁰³. Man kann sich des Eindrucks nicht erwehren, daß die Vertreter der eingeschränkten Bindungswirkung immer noch der Fiskuslehre alter Tradition anhängen⁶⁰⁴.

bbb. Unmöglichkeit sachgerechter Abgrenzung der verschiedenen Aufgabenbereiche

Für eine Einbeziehung der gesamten privatrechtlichen Tätigkeit spricht, daß es rechtlich unmöglich ist, eine "unmittelbare Erfüllung öffentlicher Aufgaben" von der "unmittelbaren Erfüllung nicht-öffentlicher Aufgaben" sowie der "mittelbaren Erfüllung öffentlicher Aufgaben" abzugrenzen.

Schon der Begriff der "öffentlichen Aufgaben" ist viel zu unbestimmt, um in einem rechtsstaatlich bedeutsamen Gebiet wie der Grundrechtsbindung als Abgrenzungskriterium zu fungieren.

Öffentliche Aufgaben sollen Aufgaben sein, an deren Erfüllung die Öffentlichkeit ein maßgebliches Interesse hat⁶⁰⁵. Doch wer ist die Öffentlichkeit? Und wann ist ein Interesse maßgeblich? *Isensee* soll einmal gesagt haben, daß man ohne weiteres auch das Kinderkriegen mit diesen Kriterien als öffentliche Aufgabe ansehen könnte⁶⁰⁶. Es bleiben bei einer solchen Definition zu viele Fragen offen. Kann man bereits bei mehr als einer Person von Öffentlichkeit reden, gibt es eine Interdependenz zwischen der für eine Öffentlichkeit im Rechtssinne konstituierenden Personenzahl und der Bedeutung der in Frage stehenden

⁶⁰¹ Vgl. Finckh, Öffentliche Unternehmen, S. 65.

⁶⁰² Vgl. Stern, Staatsrecht, Bd. III/1, S. 1411; Martens, Öffentlich, S. 98; Kunert, Bedarfsdeckungsgeschäfte, S. 111; Finckh, Öffentliche Unternehmen, S. 68; Zeidler, VVDStRL 19 (1961), 208 (226).

⁶⁰³ Vgl. Stern, Staatsrecht, Bd. III/1, S. 1413; Kunert, Bedarfsdeckungsgeschäfte, S. 113; Finckh, Öffentliche Unternehmen, S. 65.

⁶⁰⁴ Vgl. Finckh, Öffentliche Unternehmen, S. 67.

⁶⁰⁵ Vgl. Kunert, Bedarfsdeckungsgeschäfte, S. 73; Peters, FS-Nipperdey, S. 877 (888).

⁶⁰⁶ Zitiert nach Finckh, Öffentliche Unternehmen, S.62 Fn. 302; vgl. auch Klein, DÖV 1965, 755 (759) mit dem Beispiel, es bestehe dann ein öffentliches Interesse daran, daß der Regierungschef eines Landes eine tadellose Ehe führe.

Aufgabe? Wer bestimmt, wer Öffentlichkeit ist, wer, was ein Interesse ist, wer, wann es maßgeblich ist?

Mit einer solchen Blankettformel wie der des öffentlichen Interesses oder der öffentlichen Aufgabe läßt sich weder das Subjekt noch das Objekt öffentlichen Interesses juristisch determinieren⁶⁰⁷.

Der Begriff der "Aufgabe" ließe sich nur retten, wenn man richtigerweise nicht auf eine öffentliche, sondern auf eine staatliche Aufgabe abstellt. Zur inhaltlichen Bestimmung dieses Begriffes ist auf ein institutionalisiertes Verfahren zurückzugreifen, d.h. eine staatliche Aufgabe ist eine solche, mit der sich der Staat in irgendeiner Form befaßt⁶⁰⁸, genauer: eine solche, bei der sich der Staat selbst zum verantwortlichen Aufgabenträger bestimmt⁶⁰⁹.

Danach sind sowohl die erwerbswirtschaftliche Tätigkeit der Verwaltung als auch die Bedarfsdeckungsgeschäfte als staatliche Aufgaben zu qualifizieren. Der Verwaltung wird in einem institutionalisierten Verfahren durch den Gesetzgeber die Befugnis eingeräumt, erwerbswirtschaftlich tätig zu werden⁶¹⁰ bzw. die zur Aufrechterhaltung und Fortführung des Verwaltungsbetriebes erforderlichen Geschäfte abzuschließen. Wer anders als die Verwaltung selbst sollte somit verantwortlicher Aufgabenträger für diese Geschäfte sein? Der Begriff der staatlichen Aufgabe erfaßt ex definitione jedes Staatshandeln.

Auch der Begriff des "Unmittelbaren" macht eine Abgrenzung nicht leichter. Nach der herrschenden Meinung soll es zwar entscheidend darauf ankommen, daß der Staat dem Bürger gegenüber unmittelbar die Aufgabe erfüllt, was aber nicht einsichtig ist, da alle zulässigen Tätigkeiten der Verwaltung gleichermaßen dem vom Gesetzgeber konkretisierten Allgemeinwohl dienen⁶¹¹.

⁶⁰⁷ Vgl. dazu auch die weiteren Ausführungen bei Kunert, Bedarfsdeckungsgeschäfte, S. 73-77; eine Abgrenzbarkeit bezweifelnd auch Klein, DÖV 1965, 755 (757, 759); Krautzberger, Erfüllung öffentlicher Aufgaben, S. 106; Röhl, VerwArch 86 (1995), 531 (577); Schuppert, Erfüllung öffentlicher Aufgaben, S. 79; Leisner, AöR 93 (1968), 161 (185, 186): "Unter dem Vorwand der Erfüllung öffentlicher Aufgaben könnten öffentliche Ämter von geradezu nationalsozialistischer Prägung geschaffen werden."

⁶⁰⁸ So BVerfG 12, 205 (261, 244).

⁶⁰⁹ Vgl. Peters, FS-Nipperdey, S. 877 (878-880); Martens, Öffentlich, S. 131; Kunert, Bedarfsdeckungsgeschäfte, S. 83; sehr kritisch zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts unter dem Aspekt der Berufsfreiheit mit Recht Leisner, AöR 93 (1968), 161 (186, 187) sowie Martens, Öffentlich, S. 119, 120; vgl. auch Lorenz, BayVBl. 1971, 52.

⁶¹⁰ Vgl. §§ 102, 103 GemO BW; vgl. auch Martens, Öffentlich, S. 99.

⁶¹¹ Vgl. Kunert, Bedarfsdeckungsgeschäfte, S. 96-99.

Ein kurzes Beispiel anhand des Abschleppfalles mag dies verdeutlichen. Die Beauftragung des privaten Abschleppunternehmers soll als ein Bedarfsdeckungsgeschäft der Verwaltung anzusehen sein⁶¹². Demnach dürfte also der Abschleppunternehmer entweder keine öffentliche bzw. staatliche Aufgabe wahrnehmen oder diese nicht unmittelbar. Ein in einem demokratisch-institutionalisierten Verfahren festgelegtes Gesetzesinteresse am Abschleppen besteht, wie sich aus den einschlägigen Gefahrenabwehrvorschriften der Polizeigesetze ergibt. Diese Aufgabe ist auch der Polizei als Verwaltung verantwortlich übertragen. Die Befugnisse des Abschleppunternehmers leiten sich nur von der Polizei ab. Demnach liegt also eine öffentliche bzw. staatliche Aufgabe vor. Wer erfüllt nun diese Aufgabe unmittelbar, wenn nicht der Abschleppunternehmer? Durch die bloße Abschleppanordnung der Polizei bewegt sich das Auto keinen Zentimeter, die Gefahr wird nicht beseitigt. Vielmehr ist offensichtlich, daß der Abschleppunternehmer die Gefahr unmittelbar "dem Bürger gegenüber" beseitigt. Er ist der einzige, der die Gefahr tatsächlich beseitigt, indem er das Auto fortbewegt.

An diesem Beispiel zeigt sich, daß eine Abgrenzung nach den Kriterien der herrschenden Meinung zum Verwaltungsprivatrecht sinnlos ist⁶¹³.

Insofern wird durch Sinnhaftigkeits- und Sachgerechtigkeitsargumente die oben dargelegte Vermutung der Bindungswirkung sämtlichen Verwaltungshandelns bestätigt.

ccc. Sonderprobleme

Trotzdem meint *Stern*, daß bei der erwerbswirtschaftlichen Betätigung die Vermutung widerlegt sei, da der Schutzbereich der Grundrechte wohl nur in Ausnahmefällen tangiert sei⁶¹⁴. Dies stellt an sich die grundrechtliche Bindungswirkung nicht in Abrede, vielmehr muß der Schutzbereich der Grundrechte sorgfältig bestimmt werden, insbesondere bei Art. 12 GG und Art. 14 GG. Dies sind Probleme einzelner Grundrechte, auf die hier nicht näher eingegangen werden kann.

Ein Sonderproblem könnte bei gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen in Privatrechtsform entstehen, bei denen öffentliche und private Anteilseigner beteiligt sind. Nach einer Auffassung soll diese Gesellschaft eine eigene Rechtspersönlichkeit besitzen, die durch die besonderen rechtlichen Verhältnisse ihrer Gesellschafter grundsätzlich nicht beeinflußt

⁶¹² So Erichsen/Ehlers, Allg. VerwR, § 1 Rn. 40.

⁶¹³ Eine Abgrenzbarkeit anhand der Kriterien der h. M. verneinend auch Dreier, Art. 1 Abs. 3 Rn. 49.

wird⁶¹⁵. Dies gilt jedoch nur für gemischt-wirtschaftliche Unternehmen, bei denen die öffentliche Hand keinen Majoritätseinfluß hat, sondern nur eine Kapitalbeteiligung vorliegt. Haben die (öffentlichen) Gesellschafter Minderheitsrechte, wie sie auch jedem Aktionär mit gleicher Kapitalquote zustehen, handeln sie bei Ausübung ihrer Rechte als Staat und unterliegen somit der Bindungswirkung. Unternehmen mit beherrschendem Einfluß von öffentlichen Gesellschaftern unterliegen dagegen voll der Bindungswirkung, mögen auch private Anteilseigner beteiligt sein. Ansonsten könnte die Verwaltung nämlich durch Abgabe einer einzigen Aktie an Private die gesamte Bindungswirkung unterlaufen. In diesen Fällen liegt mittelbare Verwaltungstätigkeit vor^{616 617}.

ddd. Zusammenfassung

Festzuhalten bleibt: Sämtliches Staatshandeln ist, unabhängig von der Rechtsform, in der gehandelt wird, an die Grundrechte gemäß Art. 1 Abs. 3 GG⁶¹⁸ und somit an Art. 34 GG gebunden.

Selbst nach der herrschenden Meinung ist die Amtshaftung nach Art. 34 GG auch auf die Fälle des Verwaltungsprivatrechts zu erstrecken.

b. Die Lehre von der Formenwahlfreiheit

Die herrschende Meinung folgt der These von der Wahlfreiheit der Verwaltung bezüglich der Rechtsform⁶¹⁹, was allerdings, ohne daß sich die herrschende Meinung dessen immer explizit bewußt wäre, nur für die Erfüllung unmittelbarer Verwaltungsaufgaben, mithin für den Bereich der Leistungsverwaltung, gilt. Im Bereich der Eingriffsverwaltung darf nur öffentlich-

⁶¹⁴ Vgl. Stern, Staatsrecht, Bd. III/1, S. 1420; zu diesem Problemkreis auch Görgmaier, DÖV 1977, 356 (357, 358).

⁶¹⁵ Vgl. Püttner, Öffentliche Unternehmen, S. 119.

⁶¹⁶ Vgl. Stern, Staatsrecht, Bd. III/1, S. 1421.

⁶¹⁷ Zum gleichen Ergebnis gelangt auch Finckh, Öffentliche Unternehmen, S. 113, 114.

⁶¹⁸ Auch das Bundesverfassungsgericht neigt wohl zu einer umfassenden Bindung der Staatsgewalt, was sich allerdings nur indirekt aus einer kurzen Entscheidung ergibt, vgl. BVerfGE 10, 302 (327).

⁶¹⁹ Vgl. BGHZ 9, 145 (147); 36, 91 (96); 38, 49 (50); 97, 312 (316, 317); Papier in: Maunz/Dürig, Art. 34 Rn. 131; Papier in: Isensee/Kirchhof, HdbStR, Bd. VI, § 157 Rn. 25; Cantner, Verwaltungspraxis 1971, 169; Dagtoglou, DÖV 1970, 532 (535); Erichsen/Hoffmann-Becking, JuS 1971, 144 (145); Ipsen, GS-Jellinek, S. 593 (600); Jacobs, Staatshaftungsrecht, Rn. 89; Kruschke, DÖV 1971, 694 (695/696); Reuß, DVBl. 1976, 927 (929); Soergel/Vinke, § 839 Rn. 65, 66; Weller, Haftung, S. 9; Windthorst, JuS 1995, 791 (795); vgl. auch Stern, Staatsrecht, Bd. III/1, S. 1400/1401.

rechtlich gehandelt werden, in den Bereichen der Bedarfsdeckungsgeschäfte und der erwerbswirtschaftlichen Betätigung dagegen muß immer privatrechtlich gehandelt werden⁶²⁰.

Die Auffassung von der Formenwahlfreiheit ist nicht ohne Kritik geblieben.

Pestalozza vertrat die Auffassung, der Staat dürfe nicht privatrechtlich handeln. Die Formenwahl beinhalte nämlich einen doppelten Subsumtionsversuch des Staates, zum einen die Entscheidung über die jeweils angerufene öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Sachnorm, zum anderen aber auch die Entscheidung über die Kollisionsnorm, d.h. über denjenigen Obersatz, der darüber befindet, ob die betreffende Rechtsordnung zur Verfügung steht⁶²¹. Die Wahlfreiheit mache den Staat somit zum Herren über die Kollisionsnorm, obwohl sich seine Qualifikationshoheit nur auf die Sachnorm und gerade nicht auf die Kollisionsnorm beziehe⁶²². Das öffentliche Recht sei jedoch das Amtsrecht des Staates, das für sämtliche seiner Verhaltensweisen gelte, der Staat stehe stets unter Amtsrecht⁶²³. Nach *Pestalozza* muß daher ein Realakt immer dem öffentlichen Recht zugeordnet werden, wenn der Staat an ihm beteiligt ist⁶²⁴.

Dieser Auffassung ist zuzustimmen. Stellt das öffentliche Recht das Amtsrecht des Staates dar, darf sich der Staat diesem nicht beliebig entziehen⁶²⁵. Allerdings gibt es keinen verfassungsrechtlichen Grund, warum der Staat nicht privatrechtlich handeln dürfte. Vielmehr stellt das Handeln nach öffentlichem Recht den Grundsatz dar. Es ist aber nicht ausgeschlossen, daß eine Rechtsvorschrift der Verwaltung privatrechtliches Handeln bzw. eine Wahlfreiheit zugesteht. Eine solche Vorschrift, die öffentlich-rechtlich wäre, da sie als notwendiges Zuordnungssubjekt einen Hoheitsträger hat, ist ohne weiteres denkbar. Öffentliches Recht wie Privatrecht bestimmen selbst über ihren Geltungsbereich⁶²⁶. Es gibt eine Wahlfreiheit, wenn und soweit sie sich aus positiven Gesetzesbestimmungen oder Gewohnheitsrecht herleiten läßt⁶²⁷. Deshalb sind die Maßnahmen der Leistungsverwaltung in aller Regel wegen fehlender gesetzlicher Bestimmungen dem öffentlichen Recht zu

⁶²⁰ Vgl. Erichsen/Ehlers, Allg. VerwR, § 2 Rn. 34.

⁶²¹ Vgl. Pestalozza, Formenmißbrauch, S. 171.

⁶²² Vgl. Pestalozza, Formenmißbrauch, S. 177.

⁶²³ Vgl. Pestalozza, Formenmißbrauch, S. 174, 175.

⁶²⁴ Vgl. Pestalozza, Formenmißbrauch, S. 178/179.

⁶²⁵ So auch Erichsen/Ehlers, Allg. VerwR, § 2 Rn. 42.

⁶²⁶ Vgl. Erichsen/Ehlers, Allg. VerwR, § 2 Rn. 42.

⁶²⁷ Vgl. Erichsen/Ehlers, Allg. VerwR, § 2 Rn. 42.

unterstellen⁶²⁸. Da es bei Realakten ebensowenig auf eine Willensäußerung der Verwaltung bezüglich der Rechtsformwahl ankommt, sind diese immer öffentlich-rechtlich zu qualifizieren, es sei denn, sie stehen in engem inneren und äußeren Zusammenhang mit der Wahrnehmung privatrechtlich zu erfüllender Aufgaben⁶²⁹.

Selbst wenn man Art. 34 GG nicht als Grundrecht qualifizieren würde, müßte man doch bei Leistungsverwaltung und Realakten, also gerade den schwierigen Fällen der Staatshaftung, wie z. B. dem Straßenbau durch private Unternehmer, nach dem eben Gesagten von öffentlich-rechtlichem Handeln und damit von der Staatshaftung ausgehen.

c. Erstreckung des Art. 34 GG auf privatrechtliches Handeln ohne Qualifizierung des Art. 34 GG als Grundrecht

Nach dem Gesagten ist zunächst von der Erstreckung der Amtshaftung auf privatrechtliches Verwaltungshandeln auszugehen.

Art. 34 GG könnte jedoch selbst seine Anwendung auf privatrechtliches Handeln verneinen, somit also nur Geltung für das öffentliche Recht beanspruchen. Es ist zulässig, daß ein Grundrecht seinen Schutzbereich beschränkt, was auch in einer Geltungsbeschränkung auf bestimmte Rechtsformen liegen kann.

Andererseits wäre auch denkbar, daß man durch eine nicht an der grundrechtlichen Bindungsklausel orientierten Auslegung zu dem Ergebnis kommt, unter "öffentlichem Amt" bereits nach den allgemeinen Auslegungsregeln auch privatrechtliches Handeln zu verstehen. Dies würde das dargelegte Ergebnis bestätigen.

In der Literatur ist sowohl das eine wie auch das andere, leider oftmals ohne Begründung, behauptet worden. So geht *Ehlers* ohne weiteres davon aus, daß Art. 34 GG sich nur an die öffentlich-rechtliche Verwaltung wendet⁶³⁰. Andererseits wird behauptet, die Wortlautänderung in Art. 34 GG, in dem von "öffentlichem Amt" statt "öffentlicher Gewalt"

⁶²⁸ Es stellt sich daher ernsthaft die Frage, ob die unselige Rechtsfigur des Verwaltungsprivatrechts nicht besser aufgegeben werden sollte. Vgl. auch Schmidt, Unterscheidung von privatem und öffentlichem Recht, S. 313-315, der davon ausgeht, daß jede staatliche Aufgabe öffentlich-rechtlich wahrgenommen werden muß, da der Verwaltung eben keine freie Selbstbestimmung nach Privatrecht zukommt, andererseits aber für die Teilnahme am Wirtschaftsverkehr eine Übertragung der Befugnis zur Privatautonomie stattgefunden habe, was nicht eben widerspruchsfrei ist.

⁶²⁹ Vgl. Erichsen/Ehlers, Allg. VerwR, § 2 Rn. 57.

⁶³⁰ So Erichsen/Ehlers, Allg. VerwR, § 2 Rn. 80.

wie in Art. 131 WRV die Rede ist, lasse den Willen des Grundgesetzgebers erkennen, die Amtshaftung auf sämtliches privatrechtliches Handeln zu erweitern und somit §§ 31, 89, 823 ff. im allgemeinen Zivilrecht überflüssig zu machen⁶³¹. Eine andere Meinungsgruppe will das Tatbestandsmerkmal des öffentlichen Amtes dahingehend auslegen, daß es nur bei Erfüllung unmittelbarer Verwaltungsaufgaben, sei es auch in Privatrechtsform, gegeben sei⁶³², womit eine Erstreckung der Amtshaftung nach den Grundsätzen der herrschenden Meinung zum Verwaltungsprivatrecht erzielt würde.

Daraus ergibt sich bereits die Zwiespältigkeit des Wortlauts von Art. 34 GG. Das liegt zum einen am Begriff des Öffentlichen, der sich jeder näheren Bestimmung entzieht⁶³³, zum anderen am Begriff des Amtes. Zwar liegt es nahe, "öffentlich" als öffentlich-rechtlich zu verstehen, doch ist dies keineswegs zwingend. Auch bei den öffentlichen Aufgaben haben wir festgestellt, daß damit keineswegs öffentlich-rechtliche Aufgaben gemeint sind. Nicht gesichert ist auch die Auslegung des Begriffes "Amt". Von der herrschenden Meinung wird dabei nicht auf einen wie auch immer gearteten organisationsrechtlichen Amtsbegriff rekurriert. Würde man dies tun, würde die Staatshaftung ihren Charakter als Funktionenhaftung verlieren und zur Statushaftung werden.

Nähere Klarheit über den Inhalt des öffentlichen Amtes muß man daher aus anderen Argumenten als dem Wortlaut gewinnen. Dabei sollen im folgenden die Ansätze in der Literatur näher beleuchtet werden, die sich eingehend mit diesem Problem befaßt haben.

aa. Der Ansatz von Schröder

Schröder hält den Wortlaut ebenfalls für unergiebig, der Begriff des "öffentlichen Amtes" meine nur den Gegensatz zum "privaten Amt", ohne auf die Rechtsform, in der gehandelt werde, zu rekurrieren⁶³⁴. Die Aufspaltung der Haftung je nach Rechtsform sei eine Konsequenz der Aufspaltung der Rechtspersonen in Fiskus und Hoheitsträger, die heute überholt sei⁶³⁵. Aus der Entstehungsgeschichte des Art. 34 GG folge vielmehr, daß die Amtshaftung die Bereiche des eigentlich staatlichen Handelns mit spezifischen

⁶³¹ So Giese/Schunck, Art. 34 II 3; Gronarz, DöD 1950, 246 (246, 247); Süsterhenn/Schäfer, Kommentar der Verfassung für Rheinland Pfalz, Art. 128 2 b; Friesenhahn, Die rechtsstaatlichen Grundlagen des Verwaltungsrechts, S. 279.

⁶³² So Köhlhorn, Haftung, S. 121 ff.; Schröder, JuS 1969, 25 (26, 27); Obermayer, Allg. VerwR, S. 151; Hamann/Lenz, Art 34 B 3; Flessa, NJW 1958, 1276; Flessa, DÖV 1959, 106 (107); Ossenbühl, JuS 1973, 421 (423).

⁶³³ Vgl. dazu bereits oben 4. Teil E VII 3 a cc bbb.

Machtbefugnisse abdecken solle. Dies sei früher wegen der Intensität mit öffentlich-rechtlichem Handeln verbunden gewesen, gelte heute aber auch im Bereich der Leistungsverwaltung, in dem materiell Hoheitsaufgaben bestünden, da dort ebenfalls oftmals eine Machtstellung des Staates bestehe⁶³⁶.

bb. Der Ansatz von Kühllhorn

Kühllhorn möchte den Begriff des öffentlichen Amtes vom Anvertrauen der Aufgabe her bestimmen, indem er unter einem öffentlichen Amt einen institutionalisierten Inbegriff von Wahrnehmungszuständigkeiten im Sinne einer Kombination von staatlicher Aufgabenzuweisung und öffentlich-rechtlichen Befugnissen, die jedoch nicht ausgeübt werden müssen, versteht⁶³⁷. Da im Bereich des Verwaltungsprivatrechts die Befugnis der Verwaltung zu öffentlich-rechtlichem Handeln besteht, ist nach *Kühllhorns* Ansatz das Tatbestandsmerkmal des öffentlichen Amtes erfüllt. *Kühllhorn* lehnt es jedoch strikt ab, außerhalb des Bereichs des Verwaltungsprivatrechts die Amtshaftung auf privatrechtliches Handeln zu erstrecken, da eine völlige Loslösung von öffentlich-rechtlichen Befugnissen die Grenze der Auslegung des Art. 34 GG überschreite⁶³⁸. Für die Wahl privatrechtlicher Organisationsformen, d.h. Unternehmen des Staates, die in Privatrechtsform geführt werden, wird jegliche Einbeziehung auch im Bereich des Verwaltungsprivatrechts abgelehnt: Wenn die Rechtsordnung nämlich eine Präsentation im Privatrechtskleid zulasse, könne keine Zurückverwandlung durch Staatshaftungsrecht erfolgen, weil das Unternehmen als das allein handelnde Rechtssubjekt auftrete und an eine Rechtsscheinwirkung nicht angeknüpft werden könne⁶³⁹. Bei der Wahl privatrechtlicher Mittel dagegen, d.h. die Verwaltung wählt die Erfüllung einer Aufgabe im Wege des Privatrechts, bleibe der Staat formal das handelnde Rechtssubjekt, so daß er vom erzeugten Rechtsschein her als öffentlich-rechtlich handelndes

⁶³⁴ Vgl. Schröder, JuS 1969, 25 (26); selbst Joel, Öffentliches Amt, S. 20, ist der Auffassung, daß der Wortlaut eher für die Einbeziehung privatrechtlichen Handelns spricht, obwohl er der h. M. folgt, vgl. Joel, a. a. O., S. 21; auch Gammelin, Rechtsscheinhaftung, S. 59, ist der Auffassung, das Wort "öffentlich" stehe allenfalls für "nicht-privat", ohne daß damit eine normenwendungsfähige Aussage getroffen werde, was in gleichem Maße für das Tatbestandsmerkmal "Amt" gelte; auch Weiss, Beamtenbegriff, geht davon aus, daß der Wortlaut des Art. 34 GG privatrechtliches Verwaltungshandeln erfassen könne; dagegen Kötting, FS-Smend, S. 144, 145.

⁶³⁵ Vgl. Schröder, JuS 1969, 25 (26, 27).

⁶³⁶ Vgl. Schröder, JuS 1969, 25 (27).

⁶³⁷ Vgl. Kühllhorn, Haftung, S. 121, 142, 144 - 146.

⁶³⁸ Vgl. Kühllhorn, Haftung, S. 145.

⁶³⁹ Vgl. Kühllhorn, Haftung, S. 126, 126.

Subjekt auftrete⁶⁴⁰. Ansonsten komme es zu sachlich nicht zu rechtfertigenden unterschiedlichen Ergebnissen. Bei Erlass des Grundgesetzes sei ein Anwachsen der Leistungsverwaltung, deren Bedeutung heute gleichwertig neben der der Eingriffsverwaltung sei, nicht vorhergesehen worden, so daß historische Argumente gegen die Einbeziehung des Bereichs des Verwaltungsprivatrechts in die Amtshaftung nicht zwingend seien⁶⁴¹.

cc. Der Ansatz von Böhme

Böhme konstatiert ebenso wie *Kühlhorn* eine Strukturveränderung der Verwaltungstätigkeit. Zwar sei die Amtshaftung ursprünglich auf die Eingriffsverwaltung ausgelegt, doch sei durch das verfassungskräftig verbürgte Strukturprinzip des sozialen Rechtsstaates eine Änderung der staatlichen Tätigkeit hin zu neuen Planungs-, Verteilungs- und Lenkungsaufgaben des Staates eingetreten, wodurch der Staat den Bereich der Gesellschaft immer mehr durchdringe und bestimme, was mit einer zunehmenden Abhängigkeit des Einzelnen vom Staat korrespondiere⁶⁴². Mit der Schaffung der dogmatischen Figur des Verwaltungsprivatrechts habe die dualistische Abgrenzung nach der Rechtsform ihre Bedeutung verloren, so daß keine qualitative, sondern nur noch eine technische Restbedeutung verbleibe, womit nicht mehr Mittel und Form, sondern Aufgabe und Ziel als das die öffentliche Verwaltung Charakterisierende erscheine⁶⁴³. Damit einher gehe jedoch eine Aushöhlung der rechtsstaatlichen Garantien, die auf die Eingriffsverwaltung zugeschnitten seien, so daß aus dem Gebot des sozialen Rechtsstaates eine Weiterentwicklung erforderlich sei⁶⁴⁴. Für eine Einbeziehung des Verwaltungsprivatrechts spreche auch die Qualitätsidentität von öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Verwaltung, die Sachwidrigkeit eines beliebigen Austausches der Rechtsformen durch die Verwaltung sowie die praktischen Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht, was mit einem Verlust an Rationalität im Sinne klarer, berechenbarer Rechtsverhältnisse einhergehe⁶⁴⁵.

Ist somit in einem ersten Schritt das Verwaltungsprivatrecht in die Amtshaftung einbezogen worden, so wird nun in einem zweiten Schritt auch die restliche privatrechtliche Verwaltungstätigkeit von *Böhme* unter Art. 34 GG subsumiert. Dort liege nämlich von der

⁶⁴⁰ Vgl. Kühlhorn, Haftung, S. 131.

⁶⁴¹ Vgl. Kühlhorn, Haftung, S. 132, 135.

⁶⁴² Vgl. Böhme, Amtshaftung, S. 124, 125, 130-132.

⁶⁴³ Vgl. Böhme, Amtshaftung, S. 138.

⁶⁴⁴ Vgl. Böhme, Amtshaftung, S. 138, 139.

Funktion her ebenso öffentliche Verwaltung vor, eine reale Machtausübung sei aufgrund eines Monopols auch im rein erwerbswirtschaftlichen Verkehr möglich, so daß qualitativ kein Unterschied zwischen den verschiedenen Verwaltungstätigkeiten und -aufgaben zu sehen sei. Es stelle sich als Gebot des Gleichheitssatzes dar, auch haftungsrechtlich keine unterschiedlichen Folgen eintreten zu lassen⁶⁴⁶. Im übrigen sei eine materielle Abgrenzung der verschiedenen Verwaltungsaufgaben auch gar nicht möglich⁶⁴⁷.

dd. Die Auffassung des III. Zivilsenats des Bundesgerichtshofes

1959/1960 sprach sich der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes in einem Vorlagebeschluß mit folgenden Erwägungen ebenfalls für die Erstreckung der Amtshaftung auf privatrechtliches Handeln des Staates aus⁶⁴⁸: Bei der Auslegung des Art. 34 GG sei nicht maßgeblich, was sich einzelne Mitglieder des Parlamentarischen Rates überlegt hätten, sondern allein der objektivierte Wille des Verfassungsgebers. Art. 34 GG spreche nicht mehr vom Beamten, eine Änderung gegenüber Art. 131 WRV, die auch angesichts der grundlegenden Änderung der Verhältnisse im modernen Verwaltungsstaat ernst genommen werden müsse. Die Verwaltung bediene sich zunehmend der Mittel des Privatrechts, wobei die Unterscheidung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht juristisch unklar und zweideutig sei. Jedenfalls handele der Beamte immer unter Berufung auf sein "Amt", anders sei sein Handeln nicht denkbar⁶⁴⁹.

ee. Kritische Würdigung

All diesen Ansätzen ist gemeinsam, daß sie von einem Strukturwandel in der Verwaltungstätigkeit ausgehen, der vom heutigen Staatshaftungssystem noch nicht angemessen rezipiert wurde⁶⁵⁰. Die Tatsache, daß in der Verwaltungspraxis einmal öffentliches Recht und Privatrecht gleichberechtigt verwendet würden, wurde vom

⁶⁴⁵ Vgl. Böhme, Amtshaftung, S. 156, 183.

⁶⁴⁶ Vgl. Böhme, Amtshaftung, S. 169, 172.

⁶⁴⁷ Vgl. Böhme, Amtshaftung, S. 169.

⁶⁴⁸ Der Vorlagebeschluß des III. Zivilsenats, III ZR 74/59, ist teilweise abgedruckt in JöR 11 (1962), 162/163. Der BGH mußte sich jedoch mit der durch den Vorlagebeschluß in dieser Beziehung aufgeworfenen Frage nicht befassen, da es darauf nach seiner Auffassung nicht mehr ankam, vgl. BGH (GrS) JZ 1961, 508 (511).

⁶⁴⁹ Offensichtlich möchte der III. Zivilsenat seine Rechtsprechung nur auf Beamte im statusrechtlichen Sinne bezogen wissen, was nicht ohne weiteres einleuchtet, vgl. JöR Bd. 11 (1962), 162 (163).

⁶⁵⁰ Ebenso Konow, DVBl. 1971, 454 (454, 455); vgl. zum Strukturwandel bereits Menger, DVBl. 1960, 297 (301/302).

Verfassungsgeber nicht gesehen. Insoweit muß der historische Wille des Verfassungsgebers zurückstehen.

In der Tat kann man auch der Auffassung, die bei der Amtshaftung nur auf die Rechtsform abstellt, den Vorwurf des unbewußten Sympathierens mit der alten Fiskustheorie machen. Geht man von der Einheit des Staates als Rechtsperson aus, und diese Auffassung von der Identität des Rechtssubjektes Staat ist nunmehr unbestritten, so erscheint es als Anachronismus, weiterhin an der Rechtsform zu "kleben". Dies wird durch die heutzutage nicht mehr bestrittene Auffassung bestätigt, nach der der Staat auch bei privatrechtlichem Handeln niemals Privatautonomie für sich in Anspruch nehmen könnte und die Bindung an den Allgemeinwohlbezug allem staatlichen Handeln immanent ist. Bleiben Motivation und Ziel des Staates immer gleich, besteht kein Anlaß für eine differenzierte Behandlung nach der Rechtsform. Daraus folgt ohne weiteres die Einbeziehung der gesamten Verwaltungstätigkeit. Es ist bereits die Unmöglichkeit einer Abgrenzung aufgezeigt worden⁶⁵¹. Insoweit gehen *Kühlhorn* und *Schröder* nicht weit genug. Die Ausklammerung der privatrechtlichen Organisationsformen durch *Kühlhorn* ist auch in sich widersprüchlich: Wenn bei Zulassung der Privatrechtswahl keine Zurückverwandlung mehr stattfinden könnte, könnte man auch bei Wahl privatrechtlicher Mittel eine solche nicht vornehmen, was *Kühlhorn* aber gerade tut. Der lediglich formale Gesichtspunkt des Rechtsscheines nach außen, der im übrigen tatsächlich wenig überzeugt, kann an der Identität der handelnden Rechtsperson Staat nichts ändern⁶⁵².

ff. Die fehlende Überzeugungskraft der Gegenargumente

Gegen eine Einbeziehung sämtlichen privatrechtlichen Handelns der Verwaltung in die Amtshaftung sind Bedenken wegen der Erfassung von Schadensfällen geäußert worden, deren Haftungszurechnung nicht mehr ohne weiteres plausibel erscheine und schwer zu begründen sei, weil sich nicht mehr eine als solche erkennbare typische Hoheitsmaßnahme

⁶⁵¹ Vgl. oben 4. Teil E VII 3 a cc bbb.

⁶⁵² Eine Ausnahme ist hier lediglich für die bloß kapitalmäßige Beteiligung des Staates zu machen, vgl. oben.

manifestiere⁶⁵³. Da es sich oftmals um Maßnahmen handle, die auch ein Privater durchführen könne, sei darauf abzustellen, ob der Hoheitsträger dem Einzelnen mit spezifisch staatlicher Autorität entgegentrete und sich so in einem Zustand "unentrinnbarer Inferiorität befinde"⁶⁵⁴.

Gegen eine solche Auffassung bestehen aber massive Bedenken. Zum einen ist das Kriterium der spezifisch staatlichen Autorität und der unentrinnbaren Inferiorität sehr unbestimmt, so daß Abgrenzungsschwierigkeiten entstünden, die nicht minder schwer sind als die bei einer Abgrenzung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht. Zum anderen scheint dieses Kriterium auch zu sehr auf eine Über-/Unterordnung im Sinne klassischer Eingriffsverwaltung zugeschnitten. Auch Private können Maßnahmen der Daseinsvorsorge treffen, so daß an sich auch bei Erfüllung von Aufgaben der Daseinsvorsorge durch die Verwaltung in öffentlich-rechtlicher Form die Staatshaftung zu verneinen wäre. Eine spezifisch staatliche Maßnahme könnte darin nämlich nicht gesehen werden. Andererseits handelt die Verwaltung immer "spezifisch staatlich". Schon mehrfach wurde erwähnt, daß eine Privatautonomie der Verwaltung nicht besteht; es ist immer eine spezifische Staatlichkeit gegeben. Dieser Ansatz stellt im Grunde auf eine wie auch immer geartete Monopolstellung des Staates bei der jeweiligen Maßnahme ab. Dies zum alleinigen Kriterium der Staatshaftung zu machen ist viel zu eng.

Nicht überzeugend ist auch der Einwand, die Sonderhaftung des Staates sei nur gerechtfertigt, wenn er dem Bürger gegenüber von seinem spezifischen Sonderrecht, nämlich dem öffentlichen Recht, Gebrauch mache, weil nur dann eine rechtliche Überlegenheit vorliege, die eine Subordination des Bürgers und seine besondere Schutzbedürftigkeit impliziere⁶⁵⁵.

Diese Auffassung geht implizit davon aus, daß der Staat bei Handeln in Privatrechtsform sich dem Bürger gegenüber wie jedes andere Privatrechtssubjekt verhielte. Dies erscheint aber nach all dem bisher zur Einheit des Staates und dem Ende der Fiskustheorie Gesagten nicht mehr haltbar. Die Schutzbedürftigkeit des Bürgers resultiert nicht aus der formal-rechtlichen Überlegenheit des öffentlichen Rechts, sondern aus der inhaltlichen Regelung. Warum soll bei

⁶⁵³ Vgl. Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, S. 24, 24, mit dem Beispiel der Schädigung eines zufällig vorbeigehenden Passanten durch den Arbeiter eines mit dem Bau eines kommunalen Altenheimes beauftragten privaten Bauunternehmens; Bedenken auch bei Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 224, mit dem Hinweis auf § 89 BGB, der deutlich eine privatrechtliche Haftung des Staates manifestiere und keine Anhaltspunkte für ein Hinwegsetzen des Art. 34 GG darüber vorlägen, was aber mit der sonstigen Konzeption Ehlers' schwer in Einklang zu bringen ist und im übrigen auch ein wenig Relevanz besitzendes historisches Kriterium darstellt, vgl. oben.

⁶⁵⁴ So Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, S. 25.

⁶⁵⁵ So Papier in: Maunz/Dürig, Art. 34 Rn. 125.

gleicher inhaltlicher Regelung der Bürger bei privatrechtlichem Anstaltsbenutzungsvertrag weniger schutzbedürftig sein als bei einer Regelung in den Formen des öffentlichen Rechts? Vielmehr muß eine den Wandel der Handlungsformen in die Überlegung miteinbeziehende Analyse zugeben, daß sich das Verwaltungshandeln längst nicht mehr ausschließlich oder vorrangig in den Formen des öffentlichen Rechts vollzieht⁶⁵⁶. Dieser Wandel muß auch vom Staatshaftungsrecht rezipiert werden, was sich angesichts der unproblematisch möglichen Auslegung des Art. 34 GG in diesem Sinne nicht als eine bloß rechtspolitisch motivierte Forderung abtun läßt.

gg. Zusammenfassung

Wir halten fest: Zwar mag ursprünglich die Einbeziehung privatrechtlichen Handelns außerhalb des Willens der Verfassungsgeber gelegen haben, die Strukturänderung der Verwaltung sowie die Weiterentwicklung der verwaltungsrechtlichen Dogmatik legen jedoch eine Auslegung nahe, die sich von der Entstehungsgeschichte löst und mit der Verwaltungsentwicklung Schritt halten muß. Auch ohne Art. 34 GG als Grundrecht zu qualifizieren, erscheint eine Einbeziehung des privatrechtlichen Handelns der Verwaltung in die Amtshaftung als gerechtfertigt.

d. Die Verifizierung der Erstreckung der Staatshaftung auf das privatrechtliche Verwaltungshandeln anhand weiterer Kriterien

Das Ergebnis wird auch durch eine Untersuchung der Gründe der Verwaltung für privatrechtliches Handeln bestätigt. Diese Gründe erweisen sich als haftungsrechtlich neutral, es besteht eine haftungsrechtliche Indifferenz der Privatrechtswahl.

aa. Die haftungsrechtliche Indifferenz des Formenwahlzweckes

Gründe der Entscheidung für Handlungsformen des Privatrechts sind⁶⁵⁷:

⁶⁵⁶ So auch Dreier/Wieland, Art. 34 Rn. 29.

⁶⁵⁷ Vgl. Ossenbühl, DÖV 1971, 513 (519); Greß, Staats- und Kommunalverwaltung 1967, 122 (125); Haas, DVBl. 1970, 303 (306).

- Erwägungen der Organisationsstruktur, die schnellere und flexiblere Entscheidungsprozesse sowie eine Entpolitisierung gewisser Agendenbereiche ermöglichen soll
- finanzielle Motive, wie die Erleichterung der Investitionspolitik und die Vermeidung haushaltsrechtlicher Vorschriften
- Haftungsbeschränkung durch Wahl juristischer Personen des Privatrechts, wie einer AG bzw. einer GmbH, die insolvenzfähig sind
- größere Freiheit in der Personalpolitik
- leichtere Kooperationsmöglichkeiten
- steuerliche Gründe.

Es ist jedoch überzeugend nachgewiesen worden, daß sich viele der (angeblichen) Vorteile nicht verwirklichen lassen bzw. die dafür vorgebrachten Argumente nicht stichhaltig sind. So erscheint die Verwendung privatrechtlicher Organisationsformen nur aus zwei Gründen gerechtfertigt: zum einen wegen der unzureichend ausgeformten Typenvielfalt des öffentlichen Rechts, das Errichtung und Auflösung verselbständigter Rechtsträger erschwert, zum anderen wegen der gegenüber dem Privatrecht verschlechterten Kooperationsmöglichkeiten⁶⁵⁸. Auch im Bereich der privatrechtlichen Handlungsformen lassen sich nur wenig überzeugende Gründe für die Wahl des Privatrechts finden: zum einen, wenn eine vertragliche Lösung anzustreben ist, die Beachtung des Schriftformerfordernisses aber nicht möglich ist, zum anderen bei Kooperationswünschen zwischen öffentlicher Hand und privaten Kräften⁶⁵⁹.

Die Gründe für die Wahl des Privatrechts liegen also außerhalb des Bereichs, der vom Staatshaftungsrecht tangiert wird. Tatsächlich muß in einigen Fällen auf das Privatrecht zurückgegriffen werden, da ansonsten für die Verwaltung überhaupt keine Handlungsmöglichkeit gegeben wäre⁶⁶⁰. So steht z. B. in den Fällen der Bedarfsdeckungsgeschäfte der Verwaltung gar kein öffentlich-rechtliches Handlungsinstrumentarium zur Verfügung, um den Vertragsinhalt zu determinieren. Die unzureichenden Handlungsmöglichkeiten des öffentlichen Rechts erzwingen somit oftmals

⁶⁵⁸ Vgl. Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 293-350; Achterberg, JA 1985, 503 (505).

⁶⁵⁹ Vgl. Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 350-376.

⁶⁶⁰ Vgl. Haas, DVBl. 1970, 303 (306): "Unser öffentlichrechtliches Rechtssystem ist noch in einem steinzeitlichen Zustand."; vgl. auch Wagner, JZ 1968, 245 (248).

die Wahl des Privatrechts. Daraus muß geschlossen werden, daß das Privatrecht nur notwendiges Mittel zum Zweck der Erfüllung staatlicher Aufgaben, nur Instrumentarium für die Verwaltung ist. Dies wird mit der Bezeichnung, die Verwaltung könne sich des Privatrechts nur als eines "technischen Normenkomplexes"⁶⁶¹ bedienen, zum Ausdruck gebracht. Wenn das Privatrecht in den Händen der Verwaltung immer nur Instrumentarium und nicht inhaltliches Determinationskriterium ist, so ist nicht einzusehen, warum dieses Instrumentarium die auf funktionsrechtlicher Ebene angesiedelte Staatshaftung beeinflussen können soll. Da es keine Wahl des Privatrecht um seiner selbst willen gibt, bleibt es haftungsrechtlich indifferent. Von dieser Blickrichtung aus erscheint es abwegig, bei privatrechtlichem Handeln andere Haftungsfolgen als bei öffentlich-rechtlichem Handeln anzuerkennen.

bb. Die Schwierigkeit der Abgrenzung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht

Die Sachgerechtigkeit einer Einbeziehung privatrechtlichen Handelns in den Kreis der Amtshaftung wird dadurch bestätigt, daß die Abgrenzung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht aufgrund der extrem kasuistischen Ausformung durch die Rechtsprechung mit enormen Schwierigkeiten verbunden ist⁶⁶². Allenthalben wird beklagt, daß die Gerichte ihre kostbare Zeit für formale Rechtswegabgrenzungen aufwenden müssen, bevor in der Sache selbst entschieden werden kann⁶⁶³. Damit entsteht ein aus rechtsstaatlicher Sicht unhaltbarer Zustand, der den effektiven Rechtsschutz des Bürgers erheblich einschränkt und verzögert. Die Entscheidung über den Rechtsweg bleibt haftungsrechtlich indifferent, zumal auch Staatshaftungsklagen immer vor die Zivilgerichte kommen. Mag die Abgrenzung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht für den Rechtsweg und die Handlungsmöglichkeiten der Verwaltung eine Rolle spielen, eine Relevanz für Staatshaftungsfragen liegt außerhalb der Gründe für die Abgrenzung.

⁶⁶¹ Vgl. Erichsen/Ehlers, Allg. VerwR, § 2 Rn. 79; vgl. auch Bleckmann, Grundrechte, § 10 Rn. 53, der davon spricht, daß es sich um eine Annexkompetenz zur Zuständigkeit des Staates für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben handele.

⁶⁶² Vgl. Schuppert, Erfüllung öffentlicher Aufgaben, S. 78; Schwabe, DVBL. 1973, 103 (106), spricht vom "desolaten Zustand" der Lehre von der Abgrenzung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht.

⁶⁶³ Vgl. z. B. sehr früh schon Lerche, Ordentlicher Rechtsweg und Verwaltungsrechtsweg, S. 105 Anm. 433, der die Frage, ob öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich gehandelt wurde, als "unfruchtbare Streitfrage" bezeichnet; ebenfalls sehr kritisch auch Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 284 f.; Martens, Öffentlich, S. 97 Fn. 95.

Gegen eine Einbeziehung des privatrechtlichen Handelns in die Amtshaftung läßt sich auch nicht einwenden, daß der Staat bzw. seine Unternehmen damit gegenüber anderen Privatrechtssubjekten ungleich behandelt würden, was nicht sein dürfe⁶⁶⁴. Der Staat bzw. seine Unternehmen können sich nicht auf die Grundrechte berufen, so daß der Gleichheitssatz keine Anwendung findet. Andererseits läßt sich eine Ungleichbehandlung sowieso nicht vermeiden. Verneint man die Anwendung der Staatshaftung auf privatrechtliches Handeln des Staates, so liegt eine Ungleichbehandlung zwischen den öffentlich-rechtlich und den privatrechtlich geschädigten Bürgern vor. In dieser Beziehung findet der Gleichheitssatz aber Anwendung. Die Ungleichbehandlung des Staates ist aber, nach allen oben dargelegten Argumenten, wesentlich sachgerechter als die Ungleichbehandlung der Bürger.

e. Zusammenfassung

Zusammenfassend läßt sich festhalten: Die Einbeziehung sämtlichen Verwaltungshandelns, mag es privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich zu qualifizieren sein, in die Amtshaftung erscheint unter mehreren Gesichtspunkten als sachgerechte Lösung, die erheblich zur Vereinfachung der Rechtslage beiträgt und zum anderen den neueren verwaltungsrechtlicher Dogmatik entsprechenden Schritt zur einheitlichen Bindung sämtlicher Staatsgewalt vollzieht.

4. Erfüllungsgehilfeneigenschaft und Amtspflicht

Es gibt Stimmen in der Literatur, die unter Heranziehung des Rechtsgedankens aus § 278 BGB jeden als Amtsträger im Sinne des Amtshaftungsrechts ansehen wollen, der in Erfüllung öffentlich-rechtlicher Pflichten für den Hoheitsträger Dritten gegenüber tätig wird⁶⁶⁵. Nach dieser Auffassung müßte man sich über die gesamte Problematik der Einbeziehung privater Verwaltungshelfer keine Gedanken mehr machen, es bliebe nur noch die allgemeine Abgrenzung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht.

a. Die Unmöglichkeit der Anwendung des § 278 BGB

Doch stößt diese Auffassung auf gewisse rechtskonstruktive Probleme. So gerne man auch § 278 BGB anwenden würde, § 839 BGB ist eine Vorschrift des Deliktsrechts. § 278 BGB

⁶⁶⁴ So die Argumentation von Bettermann in: Bettermann/Nipperdey/Scheuner, Die Grundrechte, Bd. III/2, S. 833 mit bedenklichen Wiederbelebungsvorschlägen der Fiskustheorie.

kann daher auch in analoger Anwendung nur in öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnissen Anwendung finden. Auch neuere wissenschaftliche Erkenntnisse über das sogenannte Verwaltungsrechtsverhältnis helfen hier nicht weiter⁶⁶⁶. Zum einen wird ein Verwaltungsrechtsverhältnis nicht in allen Fällen der Einbeziehung Privater in die Verwaltungstätigkeit zwischen Verwaltung und geschädigtem Bürger bestehen. Zum anderen würde auch in einem Verwaltungsrechtsverhältnis nicht ohne weiteres § 278 BGB analog Anwendung finden. So ist zwar anerkannt, daß mit dem Antrag auf Erlaß einer Baugenehmigung zwischen dem Bauherrn und der Verwaltung ein Verwaltungsrechtsverhältnis zustandekommt, doch wendet niemand bei rechtswidriger Versagung der Baugenehmigung die Vorschriften über positive Forderungsverletzung an, sondern die Amtshaftung. Daraus wird ersichtlich, daß nur in den Fällen, in denen das Verwaltungsrechtsverhältnis zum verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnis erstarkt, eine Haftung für Erfüllungsgehilfen möglich wird. Es hilft nichts: Über die Hürde, daß das deutsche Deliktsrecht keine uneingeschränkte Einstandspflicht für Verschulden Dritter kennt, ist nicht hinwegzukommen.

Allerdings könnte die Möglichkeit bestehen, durch verstärkte Anforderungen an die Amtspflicht der übertragenden Beamten die Einstandspflicht des Staates zu einer im Ergebnis der analogen Anwendung des § 278 BGB entsprechenden Haftung zu verdichten.

b. Die Gleichsetzung staatlicher Rechtspflichten mit den Amtspflichten

Zunächst ist zu klären, was unter dem Erfordernis einer Amtspflichtverletzung konkret zu verstehen ist. Das Grundgesetz erläutert oder definiert den Begriff der Amtspflicht nicht, es setzt ihn voraus.

Nach herrschender Meinung sollen mit den Amtspflichten des Beamten nicht die Pflichten des Staates, sondern die internen Dienstpflichten des Beamten gemeint sein⁶⁶⁷. Da diese internen Dienstpflichten zumeist über die Erfüllung der Verwaltungstätigkeit nichts aussagen, bedient sich die herrschende Meinung diverser "Kunstgriffe", um Außenrechtspflichten zu

⁶⁶⁵ So Papier in: MünchKomm, § 839 Rn. 136.

⁶⁶⁶ So aber Meysen, JuS 1998, 404 (407); vgl. zum Verwaltungsrechtsverhältnis allgemein Schmidt-Aßmann, DVBL. 1989, 533 (538 ff.); Bauer, Die Verwaltung, S. 301 (315).

⁶⁶⁷ So die h. M., vgl. nur Bull, Allg. VerwR, Rn. 1029; Steinberg/Lubberger, Aufopferung, S. 280-282; Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, S. 42; Peine, Allg. VerwR, Rn. 409.

konstruieren, wie z. B. die Pflicht zu rechtmäßigem Verhalten, zu pflichtgemäßen Ermessensgebrauch, die Pflicht, durch die Amtshandlungen Dritte nicht zu schädigen u.ä.

Diese rechtskonstruktiv eher abwegige Auffassung erweist sich als wenig sachgerecht. Sachgerecht ist das Abstellen auf die Außenpflichten, d.h. auf das Verhältnis zwischen Staat und Bürger, so daß für eine Amtspflichtverletzung die Rechtswidrigkeit der Maßnahme gegenüber dem Bürger vorliegen muß, aber auch ausreichend ist⁶⁶⁸.

Schon unter konstruktiven Gesichtspunkten kann der herrschenden Meinung nicht zugestimmt werden. Zwar war es historisch nach der Auffassung vom Mandatskontrakt so, daß bei Überschreitung der vertraglich zugestandenen Befugnis, d.h. bei Überschreiten der Vertretungsmacht, der Beamte privatrechtlich handelte⁶⁶⁹. Der Anstellungsvertrag regelte jedoch die Frage, wann der Beamte nach außen mit welcher Befugnis handeln sollte, nur selten, genausowenig wie dazu heute den einschlägigen Beamtenetzen etwas zu entnehmen ist. Verletzte der Beamte eine Außenpflicht seines Dienstherrn, dann (und erst dann oder nur dann) wurde es so angesehen, als habe er privatrechtlich gehandelt. Daraus folgt, daß erst die Verletzung der Außenrechtspflicht den Beamten zum Privatmann macht. Daraus ergibt sich folgendes: Im Prinzip bestimmt die Außenrechtspflicht die Innenrechtspflicht des Beamten und nicht umgekehrt. Die herrschende Meinung versucht dies dadurch zu verschleiern, daß sie die Außenrechtspflichten zu Innenrechtspflichten macht.

Schon der Wortlaut des Art. 34 GG verlangt eine Amtspflicht, die einem Dritten gegenüber besteht. Der Wortlaut wäre nach herrschender Meinung unsinnig, da Beamtenpflichten immer nur gegenüber dem Dienstherrn, also im Innenverhältnis, bestehen, so daß sie gegenüber Dritten, also im Außenverhältnis, höchstens als Reflex bestehen könnten⁶⁷⁰. Wie es nach herrschender Meinung zu einer Außenwirkung kommen soll, ist unerfindlich⁶⁷¹. Allein die Tatsache, daß die Pflicht zu rechtmäßigem Verhalten, die dem Dienstherrn gegenüber bestehen soll, irgendwie möglicherweise auch dem Dritten außerhalb der Verwaltung zu gute

⁶⁶⁸ So auch Bettermann in: Bettermann/Nipperdey/Scheuner, Die Grundrechte, Bd. III/1, S. 841; Dreier/Wieland, Art. 34 Rn. 32; Sachs/Bonk, Art. 34 Rn. 60; Pfab, Staatshaftung, S. 73- 76; Flume, NJW 1953, 585; Papier in: Isensee/Kirchhof, HdbStR, Band VI, § 157 Rn. 32; Papier, Forderungsverletzung, S. 106; Papier in: Maunz/Dürig, Art. 34 Rn. 160; ähnlich Bartlspenger, NJW 1968, 1696 (1700); vgl. auch Papier, JZ 1975, 585 (588); die h. M. wird von Rupp, Grundfragen, S. 37, zu Recht als eine "unbegreifbare, reliktsche Insel antiquierten Rechtsdenkens" bezeichnet.

⁶⁶⁹ Vgl. oben I. Teil A.

⁶⁷⁰ Vgl. Dreier/Wieland, Art. 34 Rn. 32; Pfab, Staatshaftung, S. 74; Papier, Forderungsverletzung, S. 106; Steinberg/Lubberger, Aufopferung, S. 280; Meister, Drittbezogene Amtspflichten, S. 19.

⁶⁷¹ Ebenso kritisch zur h. M. Rupp, Grundfragen, S. 36.

kommen soll, kann dafür schwerlich ausreichen, da die Zwecktendierung einer Rechtsbeziehung niemals schon ohne weiteres die Beziehungssubjekte dieser Rechtsrelation determinieren kann⁶⁷².

Da § 839 BGB im Recht der unerlaubten Handlung steht, muß die Handlung des Beamten ebenso wie im sonstigen Deliktsrecht objektiv rechtswidrig sein, d.h. den objektiven Rechtspflichten des Staates zuwiderlaufen. Für § 831 BGB, der auch bloße (innenrechtliche) Vertragswidrigkeiten nicht für einen Schadensersatzanspruch ausreichen läßt, kann insoweit nicht anderes gelten als für § 839 BGB⁶⁷³.

Die herrschende Meinung führt auch im Bereich diverser Weisungsfälle zu wenig sachgerechten Ergebnissen. Nach dieser Auffassung ist nämlich denkbar, daß bei Verstoß gegen eine innerdienstliche Weisung, aber trotzdem nach außen bestehender Rechtmäßigkeit, ein Amtshaftungsanspruch gegeben wäre. Umgekehrt könnte bei Rechtswidrigkeit nach außen, aber Befolgung einer innerdienstlichen Weisung, kein Amtshaftungsanspruch entstehen.

Da dem geschädigten Bürger das Ausmaß innerdienstlicher Weisungen nicht bekannt sein dürfte, läuft er Gefahr, die falsche Körperschaft zu verklagen⁶⁷⁴. Es wurde jedoch bereits dargelegt, daß die Verunsicherung der Haftungslage und dadurch mögliche Inanspruchnahme des falschen Klagegegners eine Verletzung des Rechtsstaatsgebots beinhaltet⁶⁷⁵.

Die Unhaltbarkeit dieser Auffassung zeigt sich auch an einem Vergleich mit dem Primärrechtsschutz, der durch den Sekundärrechtsschutz nur auf die nächste Ebene verlagert werden soll.

Für die Frage der Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsaktes kommt es unbestritten nur auf die Außenrechtsbeziehung zwischen Staat und Bürger an, nicht auf die Frage, ob der Beamte einer innerdienstlichen Weisung zuwider gehandelt hat. Warum es dafür auf der zweiten Ebene, dem Sekundärrechtsschutz, ankommen soll, ist unerfindlich.

Die herrschende Meinung führt zu skurrilen Ergebnissen: Einen nach außen rechtmäßigen Verwaltungsakt, der einer innerdienstlichen Weisung zuwider erlassen wurde, kann der

⁶⁷² So die treffende Formulierung von Rupp, Grundfragen, S. 35.

⁶⁷³ So zu Recht auch Bettermann in: Bettermann/Nipperdey/Scheuner, Die Grundrechte, Bd. III/1, S. 841; Papier, Forderungsverletzung, S. 106.

⁶⁷⁴ Vgl. Pfab, Staatshaftung, S. 75.

⁶⁷⁵ Vgl. oben 4. Teil E IV 4 c aa.

Adressat nicht verwaltungsgerichtlich aufheben lassen; er kann aber vor dem Zivilgericht auf Schadensersatz klagen. Das Zivilgericht muß also möglicherweise über die Rechtmäßigkeitsfragen eines längst bestandskräftigen Verwaltungsaktes entscheiden, wobei der Bürger an sich nicht auf die vorrangige Inanspruchnahme des Primärrechtsschutzes verwiesen werden kann.

Auch aus dem Schutzzweck und dem Ordnungsziel der Staatshaftung, die Folgen staatlichen Unrechts gegenüber dem Bürger wieder gut zu machen, folgt, daß eine Kongruenz zwischen Unrechtszufügung und Wiedergutmachung nur dann vorliegen kann, wenn sich die Unrechtselemente aus der Pflichtenrelation Staat-Bürger und nicht aus dem internen Organwalterverhältnis ergeben⁶⁷⁶. Nur diese Interpretation wird dem inneren Zusammenhang zwischen Rechtsstaatsprinzip und Rechtsschutzgewährleistung sowie der verfassungsrechtlich in Art. 34 GG statuierten Staatsverantwortlichkeit gerecht⁶⁷⁷.

Daraus folgt, daß bei der Bestimmung der Amtspflichten auf die Außenrechtspflichten zwischen Staat und Bürger und nicht auf die Innenrechtspflichten zwischen Staat und Amtsträger abzustellen ist.

c. Analogie zum Zivilrecht

Im Zivilrecht ist bei der Gruppe der Verkehrspflichten bzw. Verkehrssicherungspflichten anerkannt, daß eine Pflichtendelegation auf eigene Gefahr erfolgt und die Übertragung auf einen Dritten nicht von der Verantwortung befreit. Die Haftung besteht vielmehr als Organisations- und Aufsichtshaftung fort, wodurch eine Entlastung nach § 831 BGB kaum in Betracht kommt⁶⁷⁸. Praktisch hat die Rechtsprechung diese Pflichten zu einer Erfolgseinstandspflicht verdichtet⁶⁷⁹. Berücksichtigt man, daß die den Staat treffenden Amtspflichten als aus dem verfassungsrechtlich verbürgten Rechtsstaatsprinzip fließend und dem Grundrechtsschutz dienend aufzufassen sind, so wird deutlich, daß die Anforderungen an eine Haftungsentlastung durch Übertragung gegenüber dem Zivilrecht eher strenger sein müssen. Gilt schon im Zivilrecht der Grundsatz, daß dem Verkehrsteilnehmer das Risiko

⁶⁷⁶ So auch Pfab, Staatshaftung, S. 76; Flume, NJW 1953, 585 (585).

⁶⁷⁷ So auch Dreier/Wieland, Art. 34 Rn. 32.

⁶⁷⁸ Vgl. Mertens in: MünchKomm, § 823 Rn. 206, 224, 225; Soergel/Zeuner, § 823 Rn. 214-217.

⁶⁷⁹ Vgl. Mertens in: MünchKomm, § 823 Rn. 206; für das öffentliche Recht wohl ablehnend Ossenbühl, JZ 1994, 786 (787), der fragt, ob überhaupt "gewisse Überwachungs- und Kontrollpflichten" die Verwaltung bei Heranziehung selbständiger Verwaltungshelfer treffen.

eines finanzschwachen oder unversicherten Erfüllungsübernehmers nicht aufgebürdet werden darf⁶⁸⁰, so muß dies im öffentlichen Recht erst recht gelten.

Damit sei nun, mag man einwenden, das Problem der selbständigen Verwaltungshelfer gelöst: Sind sie finanzschwach oder unversichert, haftet die übertragende öffentlich-rechtliche Körperschaft aus eigener Amtspflichtverletzung; wenn nicht, spreche nichts dagegen, daß der geschädigte Bürger zunächst an den solventen Verwaltungshelfer oder dessen Versicherung verwiesen wird.

Nur würde auch dies zu möglicherweise mehreren Prozessen führen, so daß erst im zweiten Prozeß die öffentlich-rechtliche Körperschaft als subsidiäre Ausfallbürkin verurteilt würde. Auch das oben als rechtsstaatlich unhaltbar bezeichnete Dilemma des falschen Klagegegners ließe sich mit einer solchen Konstruktion nicht lösen.

Diese Probleme ließen sich auch nicht beheben, indem man die Anforderungen an die Kontroll- und Aufsichtspflicht dergestalt verstärkt, daß eine Exkulpation nicht in Betracht kommt, etwa nach folgender Überlegung: Kontrolliert die Verwaltung den Verwaltungshelfer nicht permanent, was sie per definitionem nicht kann, da es dann an einem selbständigen Verwaltungshelfer fehlen dürfte, haftet sie selbst wegen Aufsichts- und Überwachungsverschulden. Kontrolliert sie aber permanent, lägen in der Person des Verwaltungshelfers die Verrichtungsgehilfeneigenschaft gemäß § 831 BGB vor, so daß die Verwaltung wiederum daraus haften würde.

Nach dieser Konstruktion bliebe die Frage offen, wie die Tätigkeit des Verwaltungshelfers einzustufen wäre. Übt dieser selbst nun ein öffentliches Amt aus oder nur die Verwaltung? Handelt er privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich? Auch hier ist das Problem der Wahl des richtigen Klagegegners nicht gelöst.

d. Das Abstellen auf den Charakter der Amtspflicht

Der Weg über die nähere Betrachtung der Amtspflichten führt letztendlich aber doch zum Ziel. Die Amtspflichten treffen den Staat selbst und gehören dem öffentlichen Recht an. Diese Rechtsnatur ändert sich auch nicht durch die Einbeziehung privater Verwaltungshelfer, denen z. B. die Pflicht, Dritte nicht zu schädigen, übertragen wird. Die Übertragung betrifft nur die

⁶⁸⁰ Vgl. Mertens in: MünchKomm, § 823 Rn. 226.

Frage der Rechtsnachfolge, ändert aber nichts an der Rechtsnatur der Pflicht selbst⁶⁸¹. Diese Nichterfüllung einer öffentlich-rechtlichen Pflicht geschieht immer in Ausübung eines öffentlichen Amtes, stellt man auf die Pflicht selbst und nicht den Erfüllungsakt ab. In der Tat kann sich eine öffentlich-rechtliche Pflicht nicht dadurch ändern, daß die Verwaltung versucht, diese privatrechtlich zu erfüllen. Schlägt dieser privatrechtliche Erfüllungsversuch fehl, ändert sich nichts daran, daß die öffentlich-rechtliche Pflicht nicht erfüllt wurde. Dieses Abstellen auf die Pflicht selbst und nicht auf den hoheitlichen Charakter der Aufgabe o.ä. ermöglicht auch eine dogmatisch saubere Einbeziehung der privaten Verwaltungshelfer. In Beziehung auf diese übertragene Pflicht handelt nämlich der Verwaltungshelfer selbst "in Ausübung eines öffentlichen Amtes", so daß immer nur ein Klagegegner, nämlich die öffentlich-rechtliche Körperschaft, deren Pflicht nicht erfüllt wurde, möglich ist. In Bezug auf diese Pflicht handelt der Verwaltungshelfer öffentlich-rechtlich.

Sieht man die Amtspflichten richtigerweise als Rechtspflichten des Staates, so bereitet rechtskonstruktiv gesehen die Einbeziehung selbständiger Verwaltungshelfer keine Probleme mehr: Trifft die Pflicht zuallererst den Staat, so liegt eine erste Übertragung bzw. Delegation der Pflicht in der Berufung des Beamten bzw. Angestellten. Dieser überträgt diese Pflicht nun weiter auf den selbständigen Verwaltungshelfer. Stellt man auf die Pflicht ab und nicht auf die Rechtsform des Handelns bzw. den Beamtencharakter, so kommt dieses "Pflichtenmodell" ohne Zurechnung fremden Verschuldens aus, da den Verwaltungshelfer selbst ja die Pflicht zu rechtmäßigem Handeln trifft.

Ob die Verwaltung Amtspflichten überhaupt auf Private übertragen darf bzw. ob für eine Übertragung ein Gesetzesvorbehalt besteht, bestimmt sich nach den oben im Zusammenhang mit der Figur des unselbständigen Verwaltungshelfers dargelegten Kriterien⁶⁸².

Wann sind aber die Pflichten der Verwaltung öffentlich-rechtliche und nicht nur privatrechtliche, werden die Skeptiker nun fragen? Sind wir damit nicht auf die Frage, wann wird öffentlich-rechtlich, wann wird privatrechtlich gehandelt zurückgeworfen?

Dazu ist es unerlässlich, die Struktur der Amtspflichten bzw. der Rechtspflichten des Staates näher zu betrachten.

⁶⁸¹ Vgl. Stober, JuS 1982, 740 (742).

Zu den Amtspflichten zählt die herrschende Meinung z. B. die nachfolgend genannten Pflichten⁶⁸³: die Pflicht zu rechtmäßigem Verwaltungshandeln, die Pflicht zu zuständigkeitsgemäßem und verfahrensgemäßigem Handeln, die Pflicht zu fehlerfreier Ermessensausübung, die Pflicht zur Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, die Pflicht zu Erteilung richtiger Auskünfte, Belehrungen, Hinweisen und Warnungen, die Pflicht zu schneller Entscheidung, die Pflicht zu konsequentem Handeln sowie die allgemeine Betreuungs- und Fürsorgepflichten.

Bei näherer Betrachtung zeigt sich, daß alle Rechtspflichten als Modalitäten einer einzigen Rechtspflicht, nämlich die zu rechtmäßigem Verhalten gemäß Art. 20 Abs. 3 GG, verstanden werden können⁶⁸⁴. Alle eben aufgeführten Rechtspflichten können von einem Bürger überhaupt nicht verletzt werden, da sie ihn nicht treffen können. Bei Bürgern von einer Pflicht zu sachgerechter Ermessensausübung zu sprechen, ist sinnlos. Nach der Subjektstheorie sind alle diese Pflichten öffentlich-rechtliche Rechtspflichten.

Dies ergibt sich ohne weiteres auch aus der Funktion der Amtshaftung und dem bereits dargelegten Zusammenhang mit der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG und dem Rechtsstaatsprinzip. Da Art. 34 GG zum einen Art. 19 Abs. 4 GG in den Sekundärrechtsschutz verlängert und zum anderen dem Rechtsstaatsprinzip zum Durchbruch verhelfen will, müssen die entscheidenden Tatbestandsmerkmale von Art. 34 GG unter Rekurs auf Art. 20 Abs. 3 GG determiniert werden.

Oftmals wird behauptet, es bestehe eine Amtspflicht, keine unerlaubten Handlungen i.S.d. § 823 ff. BGB zu begehen⁶⁸⁵. Das ist zumindest mißverständlich. Denn nach der herrschenden Meinung, die nur auf das Handeln in öffentlich-rechtlichen Rechtsformen abstellt, kann ein Delikt i.S.d. § 823 ff. BGB bei öffentlich-rechtlichem Handeln nicht begangen werden, denn das Deliktsrecht richtet sich als zivilrechtliches Normengeflecht nur an Privatrechtssubjekte und gilt höchstens bei privatrechtlichem Handeln der Verwaltung. Es kann auch nicht argumentiert werden, § 839 BGB sei eine privatrechtliche Deliktsnorm, denn das privatrechtliche Delikt des § 839 BGB liegt nur dann vor, wenn eine Rechtspflicht bereits verletzt wurde. Es ist logisch unmöglich zu behaupten, durch das Begehen eines Deliktes im Sinne des Deliktsrechts verwirkliche der Beamte zugleich ein weiteres Delikt, das als

⁶⁸² Vgl. oben 4. Teil D III 3 c aa sowie unten 4. Teil VIII 4 b.

⁶⁸³ Vgl. die Aufzählung bei Steinberg/Lubberger, Aufopferung, S. 283 ff; Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, S. 43 ff.

⁶⁸⁴ So auch Dreier/Wieland, Art. 34 Rn. 33.

⁶⁸⁵ So z. B. Steinberg/Lubberger, Aufopferung, S. 283; Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, S. 46.

Tatbestandsvoraussetzung die Verwirklichung des ersten Deliktes habe. Denn der Beamte tritt erst durch die Rechtsverletzung in den Privatrechtsstand, so daß das Vorliegen eines Deliktes im deliktsrechtlich-zivilrechtlichen Sinne die Folge, nicht die Voraussetzung einer Verletzung einer Rechtspflicht darstellt.

Im Endergebnis darf selbstverständlich ein Beamter keine unerlaubte Handlung begehen. Sedes materiae dieser Pflicht ist jedoch nicht § 823 ff. BGB, sondern das Rechtsstaatsprinzip mit seinen Untertopoi, das in Verbindung mit den Grundrechten verbietet, ohne Rechtfertigung z. B. in das Eigentum oder den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb einzugreifen.

Diese rechtsstaatlichen Pflichten sind öffentlich-rechtliche Pflichten. Es ist jedoch zu beachten, daß der Staat auch bei Handeln in Privatrechtsform, aus ähnlichen Erwägungen wie den oben zur Erstreckung der Grundrechtsbindung angestellten, an das Rechtsstaatsprinzip, also an die öffentlich-rechtlichen Pflichten, gebunden ist⁶⁸⁶. Dies ist die logische Konsequenz des "Todes" der Fiskustheorie sowie der Tatsache, daß sämtliches Staatshandeln immer nur als Emanation des einen Staates als juristischer Person anzusehen ist.

Daher liegt es nahe, auch nach dem dargestellten Weg die Erstreckung der Staatshaftung auf sämtliches Verwaltungshandeln anzunehmen. Denn auch bei privatrechtlichem Handeln treffen den Staat nicht die Pflichten, wie sie jedem Privatrechtssubjekt obliegen, sondern immer die ihm eigentümlichen öffentlich-rechtlichen Pflichten, deren er sich nicht entledigen kann. Auch hier ist zu beachten, daß das Privatrecht in den Händen des Staates nur einen technischen Normenkomplex bildet, nur Handlungsmodalität darstellt, nicht inhaltliche Determination.

Diese Auffassung läßt sich auch ohne weiteres mit dem Wortlaut des Art. 34 GG, selbst wenn man ihn nicht als Grundrecht ansehen würde, vereinbaren. Es wurde bereits dargelegt, daß eine Erstreckung auf privatrechtliches Verwaltungshandeln auch angenommen werden kann, wenn man Art. 34 GG nicht als Grundrecht ansieht.

Schon die Ersetzung des Tatbestandsmerkmals "Beamter" in Art. 131 WRV durch das Tatbestandsmerkmal "jemand" in Art. 34 GG hat den Anwendungsbereich des Art. 34 GG

⁶⁸⁶ Vgl. Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 222; Finckh, Öffentliche Unternehmen, S. 70.

erweitert. Der Schwerpunkt in der Tatbestandsstruktur des Art. 34 GG liegt auf der Amtspflichtverletzung. Auch das "öffentliche Amt" wird im Prinzip erst durch das Erfordernis der Amtspflichtverletzung mit Leben erfüllt⁶⁸⁷. Daher liegt es auf der Hand, die "Ausübung eines öffentlichen Amtes" mit der "Verletzung einer Amtspflicht" zu vereinen, so daß für Art. 34 GG die Verletzung einer öffentlich-rechtlichen Pflicht genügt. Darunter würde auch der Verwaltungshelfer in jeglicher Ausprägung fallen.

Wie dargelegt, käme es auf die Abgrenzung zwischen öffentlich-rechtlichem und privatrechtlichem Handeln nicht mehr an, da dem Staat immer die aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleitete Pflicht zu rechtmäßigem Handeln obliegt.

Selbstverständlich kann der Gesetzgeber bestimmen, daß auf manche Sachverhalte, die die Verwaltung bearbeitet, Privatrecht Anwendung finden soll. Demnach kann der Staat sich als Privatrechtssubjekt gerieren, allerdings nicht nach der alten Fiskustheorie, wonach ihm inhaltlich die Freiheiten des Privatrechts zustünden, sondern lediglich im Sinne einer Rechtsformbestimmung. Nur, und das wiederum ist Konsequenz des Todes der Fiskustheorie und der Überlegung von der Einheit der Emanationen der Staatsgewalt, können dadurch die öffentlich-rechtlichen Bindungen nicht abgeschüttelt werden. Daraus folgt, daß es bei privatrechtlichem Handeln der Verwaltung zwar zu zivilrechtlichen Schadensersatzansprüchen kommen kann, denn insoweit hat sich der Staat selbst dem Privatrecht unterworfen. Zugleich aber, und das ist die wesentliche Neuerung, bleibt die Staatshaftung bestehen, da diese als verfassungsrechtlich verbürgtes Grundrecht bzw. als verfassungsrechtlich verbürgte Haftung für öffentlich-rechtliche Pflichtverletzungen nicht von einer gesetzlichen Privatrechtsunterwerfung derogiert werden kann.

Es ist daher erforderlich, den Rechtscharakter der den Staat treffenden Pflichten von der Rechtsform des Handeln abzukoppeln. Nur diese Auffassung entspricht der konsequenten Fortführung der neueren Auffassung zu Zweck und Freiheit der Privatrechtswahl durch die Verwaltung. Durch dieses neue Modell kommt es zu einer Vermengung der beiden Haftungskonzeptionen aus Zivilrecht und öffentlichem Recht mit einem Wahlrecht des Bürgers, ob er sich auf die privatrechtliche Verantwortung des Staates oder die immer bestehenbleibende Staatshaftung berufen möchte.

⁶⁸⁷ Vgl. zur Unmöglichkeit der Wortlautinterpretation des "öffentlichen Amtes" oben 4. Teil E VII 3 c aa-dd.

Im Ergebnis entspricht dieses "Pflichtenmodell" im wesentlichen der dargestellten Meinung, die § 278 BGB analog anwenden möchte. Nur das über § 278 BGB analog schwer begründbare Ergebnis wird auf eine andere dogmatische Grundlage gestellt. Mit diesem Modell wird die Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht im Bereich der Staatshaftung obsolet, so daß auch über die Auffassung, die § 278 BGB analog anwenden möchte, hinausgegangen wird.

e. Das Abstellen auf die Amtspflicht nach anderen Auffassungen

Folgt man dieser Auffassung von der generellen Erstreckung auf das Privatrecht nicht, so ergibt sich doch aus den dargelegten Ausführungen zur Übertragung öffentlich-rechtlicher Pflichten folgendes:

Folgt man der dargestellten Meinung zur Einschränkung der Formenwahlfreiheit, besteht nur in einem ganz eng umgrenzten Gebiet überhaupt eine Wahlfreiheit der Verwaltung, so daß in der Regel die Pflichten immer als öffentlich-rechtliche anzusehen sind⁶⁸⁸.

Für die herrschende Meinung, die im Bereich der Leistungsverwaltung eine vollumfängliche Wahlfreiheit anerkennt, ergeben sich erhebliche Erleichterungen. Gerade in diesem Bereich, in dem unmittelbar eine staatliche Aufgabe, eine staatliche Handlungspflicht erfüllt werden soll, kann wegen des engen Zusammenhangs mit der öffentlich-rechtlich verordneten Aufgabe kein Zweifel daran bestehen, daß die Amtspflichten öffentlich-rechtliche Pflichten sind, mag die Verwaltung auch versuchen, diese privatrechtlich zu erfüllen. Für den Bereich der Leistungsverwaltung ergäbe sich somit für die herrschende Meinung eine eindeutige Einbeziehung der Tätigkeit des selbständigen Verwaltungshelfers unter das Amtshaftungsregime.

⁶⁸⁸ Vgl. oben 4. Teil E VII 3 b, so daß sich das Problem der selbständigen Verwaltungshelfer oftmals gar nicht stellen wird.

f. Rückblick zum unselbständigen Verwaltungshelfer

Mit dem "Pflichtenmodell" läßt sich auch das gefundene Ergebnis zu den unselbständigen Verwaltungshelfern bestätigen, was ein kurzer Rückblick zum Aufsichts- bzw. Ordnungsschüler zeigen soll:

Grundsätzlich trifft den Lehrer eine öffentlich-rechtliche Pflicht zur Aufsicht über die Schüler. Diese Pflicht wird, ohne daß sich ihre Rechtsnatur ändert, auf den Schüler übertragen, der damit eine ihn selbst treffende öffentlich-rechtliche Pflicht verletzt. Während die herrschende Meinung auf die Rechtsform, in der der Ordnungsschüler gehandelt hat, abstellen muß und damit in Schwierigkeiten gerät, die sich bis in die Fragen der Haftung selbständiger Verwaltungshelfer fortpflanzen, kann das "Pflichtenmodell" diese Fälle durch das Abstellen auf den Rechtscharakter der Rechtspflichten unproblematisch lösen. Das Ergebnis bleibt gleich, doch vermeidet das "Pflichtenmodell" unnötige dogmatische Windungen bei Einbeziehung Privater in die Verwaltungstätigkeit.

5. Zusammenfassung der Lösungsmöglichkeiten für selbständige Verwaltungshelfer

Faßt man die entwickelten Lösungsmöglichkeiten zusammen, so ergibt sich folgendes:

Die am konsequentesten durchgeführte, am Charakter des Art. 34 GG als Grundrecht orientierte Lösung bezieht sämtliches Verwaltungshandeln in die Amtshaftung mit ein und macht §§ 31, 89, 823 ff. BGB überflüssig. Diese Lösung vermeidet Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht und ist die für den Bürger vorteilhafteste Regelung.

Unabhängig vom Grundrechtscharakter des Art. 34 GG zeigt auch eine systematische Erforschung der Amtspflichten, die als Rechtspflichten des Staates gedeutet werden müssen, daß den Staat immer (nur) öffentlich-rechtliche Pflichten treffen, mögen diese auch auf privatrechtlichem Wege erfüllt werden. Da der Staat auch bei privatrechtlichem Handeln an das Rechtsstaatsprinzip gebunden ist, auf das letztlich alle Rechtspflichten zurückgeführt werden können, ergibt sich eine Überlagerung des Zivilrechts durch die Staatshaftung.

Beide Lösungen unterscheiden sich im Ergebnis insofern nicht, als der Eintritt der Staatshaftung auch für selbständige Verwaltungshelfer zu bejahen ist. Das

"Amtspflichtenmodell" dagegen gibt dem Bürger auch einen Anspruch aus den privatrechtlichen Haftungsvorschriften, soweit die Verwaltung jedenfalls in der Rechtsform des Privatrechts tätig geworden ist.

Nach dem "Grundrechtsmodell" dagegen gibt es keinen privatrechtlichen Haftungsanspruch gegen den Staat mehr.

VIII. Die Bestimmung der konkreten Amtspflichten

1. Problemdarstellung

Sowohl nach dem "Grundrechtsmodell" als auch nach dem "Amtspflichtenmodell" besteht Klarheit darüber, daß die vom Staat gewählte Rechtsform, in der er die ihm zugewiesenen Aufgaben bzw. Amtspflichten erfüllen will, nichts daran ändern kann, daß bei einer Amtspflichtverletzung die Staatshaftung unabhängig von der gewählten Rechtsform eintritt.

Mit Gewinnung dieser grundsätzlichen Erkenntnis sind aber keineswegs sämtliche Probleme aus der Einschaltung privater Dritter in die Aufgabenerfüllung des Staates gelöst. Zwar haben sich viele ältere Streitstände erledigt und die Rechtsprechung braucht sich nicht mit schwierigsten Abgrenzungsproblemen zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht zu befassen. Doch stellen sich weiterhin schwerwiegende Probleme bei der Bestimmung der konkreten Amtspflichten. Die herrschende Meinung, die zu sehr von der Problematik der grundsätzlichen Einbeziehung privater Dritter und der Abgrenzung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht geprägt ist, hat dies nicht genügend bedacht. Nach dem Amtspflichtenmodell müssen die Amtspflichten des Staates bestimmt werden. Das Grundrechtsmodell setzt zwar nur ein Handeln der Verwaltung im weiteren Sinne voraus, doch ist dort die Frage der Zurechenbarkeit eines Verhaltens Privater zum Verantwortungsbereich der Verwaltung zu beantworten. Eine Zurechenbarkeit kann aber schon bejaht werden, wenn eine staatliche Aufgabe erfüllt wird. Hier treffen sich die beiden Lösungswege wieder.

Es geht im Kern darum, die konkreten Amtspflichten des Staates unabhängig von den hier dargestellten Lösungswegen zu bestimmen. Denn auch die herrschende Meinung, die pauschal die Einbeziehung der Abschleppunternehmer bzw. der selbständigen Verwaltungshelfer bejaht, kommt um die Bestimmung dieser Amtspflichten nicht herum.

Bei der Einbeziehung des Abschleppunternehmers scheint alles klar zu sein: Der Staat ist für den Abschleppvorgang verantwortlich und betraut mit dieser Aufgabe einen Dritten. Doch hier könnte man bereits kritisch nachfragen: Welche konkrete Pflicht obliegt der Polizei, was genau ist die ihr zugewiesene staatliche Aufgabe? Schuldet die Polizei tatsächlich das Abschleppen des PKWs, oder erschöpft sich die staatliche Aufgabe in der Anordnung der Gefahrenbeseitigung als solcher? Dann wäre das Abschleppen selbst keine staatliche Pflicht, und der private Abschleppunternehmer könnte nicht in die Erfüllung einer staatlichen Pflicht eingebunden werden. Wenn sich die staatliche Pflicht in der Anordnung des Abschleppens erschöpft, kann das Abschleppen durch die Polizei dann zur (freiwilligen) staatlichen Aufgabe werden?

Mag manchem der Fall des Abschleppunternehmers noch relativ klar und einfach erscheinen, so zeigt sich in weiteren Fällen, daß die unterschiedlichen Verantwortungsbereiche von Staat und Privaten sauber zu trennen sind: Einem staatlichen Gefängnis obliegt ohne Zweifel eine Fürsorgepflicht im Bereich der Gesundheitsvorsorge und der Ernährung gegenüber den Gefangenen. Ist ein Amtshaftungsanspruch gegeben, wenn ein Metzger dem Gefängnis für das Frühstück verdorbene Wurst liefert, an der Gefangene erkrankt? Ist der Metzger selbständiger Verwaltungshelfer? Dies hängt davon ab, ob es dem Staat als Aufgabe obliegt, die Gefangenen mit Wurst zu beliefern bzw. ob der Staat diese Wurst selbst herstellen muß. Beschränkt sich die Aufgabe des Staates hier auf die Auswahl und Überwachung des Metzgers?

Daran schließen sich weitere Fragen an: Wie sieht es mit den konkreten Aufgaben bzw. Pflichten des Staates hinsichtlich der Gesundheitsfürsorge für ihm anvertraute Bundeswehrsoldaten, Schüler etc. aus? Gehört ein ärztlicher Dienst zu den Bundeswehraufgaben? Wenn ja, umfaßt die staatliche Pflicht nur die Bereitstellung von Notärzten oder auch die Bereitstellung von Allgemeinmedizinern oder sogar Fachärzten?

Wenn sich ein Schüler beim Wandertag verletzt und der Lehrer ihn zum nächsten erreichbaren Allgemeinarzt bringt, ist der Arzt dann selbständiger Verwaltungshelfer und für die Schäden aus einer Fehlbehandlung tritt die Staatshaftung ein?

An einem Sommertag wird ein Schulausflug unternommen. Da die Schüler zu wenig zu trinken eingepackt haben, führt der Lehrer sie zu einem nahegelegenen Gasthaus. Wenn jetzt

durch den Ausschank verdorbener Getränke Schüler zu Schaden kommen, kann die Frage, ob für den Gastwirt die Staatshaftung eintritt, nur aufgrund einer genauen Bestimmung der Amtspflichten des Staates bzw. des Umfangs der staatlichen Aufgaben bestimmt werden. Was früher durch die Rechtsprechung anhand der Abgrenzung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht entschieden wurde, muß nach den hier dargestellten Lösungswegen bzw. nach der neueren Rechtsprechung und der herrschenden Meinung anhand der konkreten Aufgabenzuweisung an den Staat entschieden werden.

Weiter problematisch ist in diesem Zusammenhang die sich nachrangig anschließende Frage, ob dann, wenn die konkrete Analyse ergeben hat, daß eine Amtspflicht nicht besteht bzw. eine Aufgabenzuweisung an den Staat nicht erfolgt ist, die Staatshaftung dennoch eintreten kann, wenn der Staat die Aufgabe freiwillig übernimmt. Wenn man im erwähnten Fall des verletzten Schülers, der zum Arzt gebracht werden muß, annimmt, daß sich die Amtspflicht des Lehrers im Transport zum nächsten Arzt erschöpft, kann dann die Staatshaftung eintreten, wenn nicht der Allgemeinarzt, sondern der zufällig vorbeikommende Schularzt oder der Lehrer selbst die Aufgabe erledigt?

Problematisch ist in diesem Zusammenhang auch die Frage, ob der Staat eine solche Aufgabe überhaupt freiwillig übernehmen darf. Nach welchen Kriterien können diese Amtspflichten bestimmt werden?

Anhand der dargestellten unterschiedlichsten Fälle erkennt man bereits, daß keineswegs pauschal die Reichweite der einzelnen Pflichten bestimmt werden kann. Insoweit wird es bei der oft beklagten Einzelfallabgrenzung durch die Rechtsprechung bleiben.

Der Charakter als staatliche Aufgabe wird, wie bereits erwähnt, bestimmt durch die Zuweisung der Aufgabe durch Gesetz. Demzufolge kann auch nur durch Auslegung der jeweiligen Befugnisnormen bzw. der Aufgabenzuweisungsnormen bestimmt werden, wie weit die konkreten Pflichten bzw. Aufgaben reichen. Bei den besonderen Gewaltverhältnissen können auch aus der Besonderheit und dem Sinn und Zweck dieser Verwaltungsverhältnisse Kriterien für die Reichweite der Amtspflichten gewonnen werden.

Im folgenden werden einzelne Amtspflichten in häufig vorkommenden Fallkonstellationen untersucht.

2. Standardsituationen im Polizeirecht

Hier geht es vor allem um die bereits häufig erwähnten Abschleppfälle. Aber auch bei anderen Standardsituationen der Gefahrenabwehr läßt sich nach der Reichweite der staatlichen Aufgabenzuweisung fragen: Geht von einem baufälligen Haus eine Gefahr aus, stellt sich die Frage, ob sich die Pflicht des Staates in der Anordnung der Beseitigung des gefährlichen Zustands erschöpft oder ob die Polizei hier nicht mehr schuldet, nämlich die Beseitigung des gefährlichen Zustands selbst. Wenn die Polizei nur die Anordnung der Gefahrenbeseitigung schuldet, so kann der von der Polizei herbeigerufene Dachdecker nicht in Erfüllung einer Amtspflicht bzw. einer staatlichen Aufgabe tätig werden.

In diesem Zusammenhang ist auch der Fall der Blutentnahme nach § 81a StPO⁶⁸⁹ interessant: Wird hier ein vom Staat hinzugezogener privater Arzt in Erfüllung einer staatlichen Aufgabe tätig bzw. präziser: Obliegt die Blutentnahme selbst dem Staat (und er überträgt sie nur einem Privaten) oder erschöpft sich die staatliche Aufgabe in der bloßen Auswahl eines geeigneten Arztes?

Bei diesen Standardsituationen lautet die Kernfrage, die über die Reichweite der Amtspflichten bzw. der staatlichen Aufgaben entscheidet: Schuldet die Verwaltung den Erfolg an sich oder hat das Gesetz nur die Normierung gewisser Verhaltens- bzw. Handlungspflichten im Sinne von Auswahl- und Überwachungspflichten im Auge?

Der Fall des Blutentnahmeanztes bereitet hiernach nur geringe Probleme. Zwar ließe sich gut argumentieren, daß die Verwaltung oftmals selbst gar nicht über jederzeit greifbare Mediziner verfügt, so daß die Blutentnahme selbst als von der Verwaltung im Regelfall nicht erfüllbare Aufgabe dieser auch nicht zugewiesen sein soll.

⁶⁸⁹ § 81a StPO lautet: "(1) Eine körperliche Untersuchung des Beschuldigten darf zur Feststellung von Tatsachen angeordnet werden, die für das Verfahren von Bedeutung sind. Zu diesem Zweck sind Entnahmen von Blutproben und andere körperliche Eingriffe, die von einem Arzt nach den Regeln der ärztlichen Kunst zu Untersuchungszwecken vorgenommen werden, ohne Einwilligung des Beschuldigten zulässig, wenn kein Nachteil für seine Gesundheit zu befürchten ist. (2) Die Anordnung steht dem Richter, bei Gefährdung des Untersuchungserfolges durch Verzögerung auch der Staatsanwaltschaft und ihren Hilfsbeamten (§ 152 des Gerichtsverfassungsgesetzes) zu. (3) Dem Beschuldigten entnommene Blutproben oder sonstige Körperzellen dürfen nur für Zwecke des der Entnahme zugrundeliegenden oder eines anderen anhängigen Strafverfahrens verwendet werden; sie sind unverzüglich zu vernichten, sobald sie hierfür nicht mehr erforderlich sind."

Dies würde jedoch zu kurz greifen. Bereits aus § 81a Abs. 2 StPO, der eine Gefährdung des Untersuchungserfolges im Auge hat, folgt, daß der Gesetzgeber dem Staat selbst die Blutentnahme als Aufgabe zugewiesen hat. Die Blutentnahme wird als Erfolg geschuldet. Dies ergibt sich im übrigen auch aus dem Sinn und Zweck der Blutprobe, die der Staatsanwaltschaft in ihrer staatlich zugewiesenen Aufgabe der Ermittlung von Straftaten behilflich sein soll.

Im übrigen ist anerkannt, daß bei Weigerung des Beschuldigten eine zwangsweise Durchsetzung der Blutentnahme möglich ist⁶⁹⁰. Wenn dem Staat aber die Befugnis zur zwangsweisen Durchsetzung einer Anordnung und damit zur eigenständigen Herbeiführung des mit einer staatlichen Anordnung bezweckten Erfolges zugewiesen ist, so folgt daraus, daß die Herbeiführung des Erfolges dem Staat als Amtspflicht bzw. Aufgabe zugewiesen ist.

Entscheidend für die Annahme einer Zuweisung des Erfolgs als staatliche Aufgabe spricht auch die Eingriffsintensität. Die Verbindung von Zweck und Intensität der Blutentnahme, die einem Privaten so nicht möglich ist, charakterisiert die Blutentnahme als staatliche Aufgabe, denn ein Erfolg, dessen Herbeiführung nur dem Staat (aus rechtlicher Sicht) möglich ist, muß notwendig als staatliche Aufgabe geschuldet sein.

In gleicher Weise lassen sich auch die Fälle der polizeilichen Ersatzvornahme bzw. unmittelbaren Ausführung, wie etwa die Abschleppfälle oder der erwähnte Fall der Reparatur baufälliger Häuser, lösen.

Dabei spielt es keine Rolle, ob ein Fall der unmittelbaren Ausführung⁶⁹¹ oder der Ersatzvornahme⁶⁹² vorliegt. Denn nach dem Wortlaut von § 25 LVwVG handelt der Dritte nur im Auftrag der Behörde, nimmt also eine eigentlich dieser zugewiesene Aufgabe wahr. Auch § 8 Abs. 1 S. 1 PolG spricht von der Erreichung des Zwecks durch polizeiliche Maßnahmen, stellt also den Erfolg der Maßnahme in den Vordergrund.

⁶⁹⁰ Vgl. nur Kleinknecht/Meyer-Goßner, StPO, § 81a Rn. 28, 29.

⁶⁹¹ Vgl. insoweit § 8 PolG von Baden-Württemberg: " (1) Die unmittelbare Ausführung einer Maßnahme durch die Polizei ist nur zulässig, wenn der polizeiliche Zweck durch Maßnahmen gegen die in den §§ 6 und 7 bezeichneten Personen nicht oder nicht rechtzeitig erreicht werden kann. Der von der Maßnahme Betroffene ist unverzüglich zu unterrichten. (2) Entstehen der Polizei durch die unmittelbare Ausführung einer Maßnahme Kosten, so sind die in den §§ 6 und 7 bezeichneten Personen zu deren Ersatz verpflichtet. Die Kosten können im Verwaltungszwangsverfahren beigetrieben werden."

⁶⁹² Vgl. insoweit § 25 LVwVG von Baden-Württemberg: "Ersatzvornahme ist die Ausführung einer vertretbaren Handlung, zu welcher der Verwaltungsakt verpflichtet, durch die Vollstreckungsbehörde oder einen von ihr beauftragten Dritten auf Kosten des Pflichtigen."

Vergegenwärtigt man sich Sinn und Zweck des Polizeirechts, so wird klar, daß der Aspekt der Gefahrenabwehr durch staatliche Maßnahmen⁶⁹³ im Vordergrund steht. Die Gefahr, die durch ein falsch geparktes Auto oder das baufällige Haus für die öffentliche Sicherheit besteht, kann nur durch tatsächliche Beseitigung, also Herbeiführung eines Erfolges, neutralisiert werden. Es wäre geradezu absurd, würde man annehmen, daß sich die staatliche Pflicht in der bloßen Überwachung von Gefahrbeseitigungsmaßnahmen erschöpft. Der Staat könnte dann vor der Herbeiführung des Erfolges flüchten und die Öffentlichkeit wäre von der Gefahr nicht befreit, obwohl sie deren Beseitigung gerade von der Polizei erwartet.

Auch unter dem Gesichtspunkt der Eingriffsintensität und der Tatsache, daß Privatleuten das Abschleppen aus Gründen, aus denen es der Polizei möglich ist, nicht erlaubt ist, kommt man zu dem Ergebnis, daß sich die Amtspflicht der Polizei nicht nur auf Auswahl und Überwachung der selbständigen Verwaltungshelfer beschränkt, sondern daß diese einen Erfolg herbeiführen sollen, der der Verwaltung als staatliche Aufgabe und Amtspflicht obliegt.

3. Sonderrechtsverhältnisse

In besonders ausgestalteten öffentlich-rechtlichen Sonderverhältnissen, wie z. B. dem Schulverhältnis, dem Beamtenverhältnis oder dem Soldatenverhältnis, ergeben sich Probleme insoweit, als auf die oben angegebenen Kriterien, wie z. B. die Eingriffsintensität, kaum abgestellt werden kann. Denn oftmals geht es nicht um Eingriffe, sondern um Fürsorgepflichten oder Leistungen von staatlicher bzw. privater Seite. Daher liegen um so eher Grenzfälle vor, bei denen die Zurechnung eines privaten Verhaltens zum Staat schwerer zu begründen ist.

a. Soldatenverhältnis

Im Zusammenhang mit dem Soldatenverhältnis ist die bereits erwähnte Entscheidung des Bundesgerichtshofes zur Heilbehandlung eines Soldaten von besonderer Bedeutung⁶⁹⁴.

Ein Bundeswehrsoldat wurde vom zuständigen Bundeswehrkrankenhaus, wo eine Nierensteinerkrankung und ein Tumor entdeckt wurden, in ein allgemeines Krankenhaus

⁶⁹³ Vgl. Friauf, PolizeiR, S. 110 f. Rn. 1-3: Die Gefahrenabwehr sei die ratio essendi des Staates als Ordnungs- und Friedensverband, eine zentrale Staatsfunktion par excellence.

⁶⁹⁴ Vgl. BGH NJW 1996, 2431 sowie oben 4. Teil E VI.

überwiesen, wo die behandelnden Ärzte den Tumor übersahen. Erst später hat der Truppenarzt dann mit der Therapie des Tumors begonnen, allerdings wegen der Nachlässigkeit der Ärzte des zivilen Krankenhauses ein halbes Jahr zu spät.

Der Bundesgerichtshof bejahte einen Amtshaftungsanspruch gegen das Land, da die Ärzte des zivilen Krankenhauses in Ausübung eines öffentlichen Amtes tätig geworden seien.

Interessant ist in diesem Zusammenhang, daß der Bundesgerichtshof davon ausgeht, daß die Gesundheitsfürsorge Bestandteil des öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses sei, mag sie auch im Auftrag der Bundeswehr durch zivile Ärzte durchgeführt werden.

Bei diesen Fällen helfen auch die Abgrenzungen zwischen (bloßen) Handlungspflichten und Erfolgspflichten nicht weiter. Selbstverständlich schuldet der Staat nicht den Erfolg der Heilbehandlung, sondern lediglich eine nach den Regeln der ärztlichen Kunst durchgeführte Behandlung. Es geht vielmehr um die Reichweite des vom Staat zur Verfügung zu stellenden Sanitätsdienstes, wie Ärzte, Apparate, Personal usw. Der Bundesgerichtshof geht davon aus, daß die einem Soldaten geschuldete Gesundheitsfürsorge allumfassend ist. Es sei die Amtspflicht der Bundeswehr bzw. ihre staatliche Aufgabe, für den Fall der Erkrankung eines Soldaten nicht nur Allgemeinmediziner, sondern auch Spezialisten, wie z. B. Fachärzte u. ä. vorzuhalten. Wenn die Bundeswehr selbst nicht über das notwendige Wissen verfüge, so müsse sie sich dieses außerhalb der Bundeswehr bei Privaten beschaffen, die aber dann in Erfüllung einer Amtspflicht der Bundeswehr tätig werden und deren Verhalten der Bundeswehr zugerechnet werde.

Nach § 30 SoldG hat der Soldat Anspruch auf Heilfürsorge nach Maßgabe besonderer Vorschriften. Der insoweit maßgebliche § 69 Abs. 2 S. 1 BBesG bestimmt, daß den Soldaten "unentgeltlich truppenärztliche Versorgung" gewährt wird. Obwohl der Bundesgerichtshof nicht verkennt, daß diese Vorschrift gerade eine Begrenzung auf die bloß *truppenärztliche* Versorgung vorsieht und nicht generell auf *ärztliche* Versorgung abstellt und dies auch dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers entsprach, geht der Bundesgerichtshof davon aus, daß das dem Soldaten gewährte Recht alle zur Gesunderhaltung, Verhütung und frühzeitigen Erkennung von Gesundheitsschäden sowie die zur Behandlung einer Erkrankung spezifisch erforderlichen medizinischen Leistungen umfasse⁶⁹⁵. Im Gegensatz zur Verpflichtung der

⁶⁹⁵ Vgl. BGH NJW 1990, 760 (761).

gesetzlichen Krankenversicherung sei der Heilfürsorgeanspruch des Soldaten unmittelbar auf die Durchführung der ärztlichen Heilbehandlung gerichtet⁶⁹⁶. Dieser umfassende Heilfürsorgeanspruch des Soldaten rechtfertige sich aus der Gewährleistung der Einsatzfähigkeit der Bundeswehr und der Erhaltung der Kampffähigkeit der Truppe⁶⁹⁷. Kann die Bundeswehr ihre Verpflichtung durch eigenes Personal nicht erfüllen, so steht es in ihrem Ermessen, andere Ärzte hinzuzuziehen. Insoweit hat der Bundesgerichtshof entschieden, daß jedenfalls für die regelmäßig hinzugezogenen Vertragsärzte die Amtshaftung eintreten kann, wobei er die Frage der Amtshaftung bei der Zuziehung eines zivilen Krankenhauses ausdrücklich offenließ⁶⁹⁸. In der am Anfang dieses Abschnittes zitierten Entscheidung hat der Bundesgerichtshof jetzt an seine früheren Entscheidungen angeknüpft und auch für die unregelmäßige Hinzuziehung ziviler Ärzte die Staatshaftung bejaht⁶⁹⁹.

Die Versorgung der Soldaten unterscheidet sich nach dieser Auffassung grundlegend von der Situation der Beamten. Nach den einschlägigen beamten- und beihilferechtlichen Vorschriften beschränken sich die Aufgaben des Staates und damit seine Amtspflichten auf die Kostentragung. Den Beamten wird lediglich Erstattung und Kostenübernahme, nicht aber Behandlung selbst geschuldet. Selbst wenn eine Behörde ihren Beamten bestimmte Ärzte empfehlen sollte, führt das selbstverständlich nicht zur Entstehung eines Amtsverhältnisses.

Fraglich ist, ob es nicht auch bei der Bundeswehr trotz des an sich umfassenden Anspruchs Fälle gibt, in denen sich die Amtspflichten der Bundeswehr auf die Kostentragung beschränken.

Solche Fälle sind denkbar im Hinblick auf den Schutzzweck des umfassenden Heilfürsorgeanspruchs. Der Anspruch auf Behandlung (im Gegensatz zum Anspruch auf bloße Kostenübernahme) rechtfertigt sich aus dem Gedanken der Gewährleistung der

⁶⁹⁶ Vgl. BGH NJW 1990, 760 (761).

⁶⁹⁷ Vgl. BGH NJW 1990, 760 (761).

⁶⁹⁸ Vgl. BGH NJW 1990, 760 (761).

⁶⁹⁹ Kürzlich hat das LG Kassel, NVwZ 2002, 126, entschieden, daß ein Facharzt, der einen Wehrpflichtigen nach Überweisung durch den Musterungsarzt auf seine Wehrdienstfähigkeit untersucht, in Ausübung eines öffentlichen Amtes tätig werde. Das LG Kassel begründet seine Auffassung damit, daß der Facharzt die Funktionen des Musterungsarztes ausübe und deshalb auf hoheitlicher Grundlage tätig werde. Bedauerlicherweise stellt diese Begründung wieder auf das Handeln in öffentlich-rechtlicher Form ab, anstatt die Rechtspflichten zu untersuchen, die der Bundeswehr im Hinblick auf die Untersuchung von Wehrpflichtigen obliegen.

Einsatzfähigkeit der Bundeswehr und der Erhaltung der Kampffähigkeit⁷⁰⁰. Dieser Zweck kann in manchen Fällen durch ärztliche Behandlung nicht mehr erreicht werden. Dies ist dann der Fall, wenn die Behandlung des Soldaten nicht mehr zur Erhaltung seiner Kampffähigkeit und Einsatzfähigkeit führen kann. Ein solcher Fall liegt bei allen unheilbaren Krankheiten vor, die zur Entlassung des Soldaten aus dem Dienst führen. Durch die Entlassung zeigt sich gerade die Unmöglichkeit der Herstellung der Einsatzfähigkeit. Nach der Entlassung aus dem Dienst und damit einhergehender Überstellung des (ehemaligen) Soldaten an das allgemeine Gesundheitswesen enden auch die Amtspflichten der Bundeswehr auf direkte Heilbehandlung. Bis zur Entlassung kann sich nichts ändern, wenn der Soldat zunächst nur vom Dienst beurlaubt ist und (noch) nicht entlassen. In diesem Fall stehen sich Schutzzweck und Wortlaut des § 69 Abs. 2 BBesG⁷⁰¹ gegenüber. Da der Gesetzgeber von einer Einschränkung des § 69 BBesG für dieses Fälle abgesehen hat, muß man davon ausgehen, daß eine entsprechende Amtspflicht auch in diesen Fällen besteht. Der Vorschrift des § 69 BBesG ist ebensowenig zu entnehmen, daß Schwerstverwundete, bei denen die Herstellung der Kampffähigkeit unmöglich ist, aus dem Schutzbereich des § 69 BBesG herausfallen. Eine teleologische Reduktion des § 69 BBesG scheidet deshalb am entgegenstehenden ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers.

Ein solches Ergebnis läßt sich jedoch aufgrund des Wortlauts von § 69 Abs. 2 S. 1 BBesG erreichen. Größten Bedenken begegnet die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes nämlich hinsichtlich des Wortlauts von § 69 Abs. 2 S. 1 BBesG. Denn § 69 Abs. 2 S. 1 BBesG spricht nur von truppenärztlicher Versorgung, nicht von ärztlicher Versorgung. Der Bundesgerichtshof versäumt diesbezüglich nicht, auf die Entstehungsgeschichte hinzuweisen. Der Gesetzgeber ist bewußt von der ursprünglich vorgeschlagenen Gesetzesfassung abgerückt, in der von "ärztlicher" Versorgung die Rede war⁷⁰². Sinn und Zweck war nämlich, die unentgeltliche Heilfürsorge gerade auf die truppenärztliche Versorgung zu beschränken⁷⁰³. Der Gesetzgeber ging demnach davon aus, daß sich die staatlichen Aufgaben bzw. Amtspflichten der Bundeswehr auf den jeweils vorhandenen truppenärztlichen Dienst beschränken. Die Bundeswehr kann deshalb nicht verpflichtet sein, für jede denkbare ärztliche

⁷⁰⁰ Vgl. BGH NJW 1990, 760 (761).

⁷⁰¹ Nach § 69 Abs. 2 S. 2 BBesG erhalten sogar Soldaten, die eine Wehrdienstbeschädigung erlitten haben, Leistungen im Rahmen der Heilbehandlung nach dem Bundesversorgungsgesetz, wenn diese günstiger sind, d.h. selbst diesen Soldaten steht an sich der Anspruch auf unentgeltliche truppenärztliche Versorgung zu, vgl. auch Schwegmann/Summer, § 69 BBesG Rn. 16.

⁷⁰² Vgl. BGH NJW 1990, 760 (761).

⁷⁰³ Vgl. BGH NJW 1990, 760 (761).

Behandlung vorzusorgen. Für Heilbehandlungen, die außerhalb der Möglichkeiten des truppenärztlichen Dienstes liegen, braucht sie keine Vorkehrungen zu treffen. In diesen Fällen mag sich die Verpflichtung der Bundeswehr auf die Kostentragung beschränken. Die Durchführung der ärztlichen Heilbehandlung selbst gehört nicht mehr zu den Aufgaben der Bundeswehr.

Gegen eine solche Auffassung könnte man einwenden, daß sie der Bundeswehr den Versuch nahelegen könnte, ihre potentielle Haftung durch drastische Reduzierung des truppenärztlichen Dienstes zu beschränken. Ein solcher Versuch scheiterte daran, daß der Anspruch der Soldaten gesetzlich normiert ist und nicht durch die tatsächlich vorhandene truppenärztliche Versorgung beschränkt ist. Entscheidend ist, was das Gesetz als truppenärztliche Versorgung verlangt. Darunter ist diejenige ärztliche Versorgung zu verstehen, die zur Gewährleistung des ordnungsgemäßen Betriebs der Bundeswehr und zur Erhaltung der Kampf- und Einsatzfähigkeit der Truppe erforderlich ist. Hier schließt sich der Kreis zum dargestellten Problem der unheilbaren oder seltenen Krankheiten. Für seltene oder unheilbare Krankheiten, die nicht wehrtypisch sind, muß die Bundeswehr kein Personal und keine medizinischen Apparate bereithalten. Ein solcher Aufwand ist weder für den ordnungsgemäßen Betrieb der Bundeswehr noch für die Erhaltung der Kampf- und Einsatzfähigkeit der Truppe erforderlich. Daraus folgt: Wenn die Bundeswehr für solche Fälle keine Vorkehrungen treffen muß, kann die Behandlung eines von solchen Krankheiten heimgesuchten Soldaten durch einen hinzugezogenen spezialisierten Vertragsarzt keine Amtspflicht der Bundeswehr sein. Für Fehlbehandlungen durch einen solchen Vertragsarzt tritt somit nicht die Staatshaftung ein.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ergibt sich die weitere, zunächst seltsam anmutende Konsequenz: Wenn ein junger Mann bei seinem Allgemeinmediziner bisher in Behandlung war, so haftete dieser dem jungen Mann für die Fehlbehandlung unmittelbar aus dem Arztvertrag sowie deliktsrechtlich. Mit dem Dienstantritt des jungen Mannes bei der Bundeswehr beginnt der Allgemeinmediziner, eine staatliche Aufgabe der Bundeswehr zu erfüllen. Wenn die Bundeswehr der Behandlung durch den Allgemeinmediziner zugestimmt hat, haftet dieser nicht mehr unmittelbar, sondern nur noch im Regreßwege gegenüber der Bundeswehr.

Dieses Ergebnis ist nicht absurd, wenn man sich vergegenwärtigt, daß der Soldat Anspruch auf umfassende Gesundheitsfürsorge hat. Die Pflicht der Bundeswehr erfüllt der Allgemeinmediziner. Damit ist aber nicht gesagt, daß jeder Besuch eines Soldaten bei einem Allgemeinmediziner im Falle einer Fehlbehandlung einen Staatshaftungsanspruch auslöst. Denn ein Allgemeinmediziner erfüllt nur dann eine Amtspflicht der Bundeswehr, wenn er diese übertragen bekommen hat. Dies setzt aber voraus, daß die Bundeswehr den Allgemeinmediziner auswählt. Dieser ist dann über seine Aufgabenerfüllung informiert. Wählt der Soldat dagegen ohne Wissen und Zustimmung der Bundeswehr selbst einen Arzt aus, was soldatenrechtlich unzulässig ist⁷⁰⁴, so erfüllt damit die Bundeswehr selbst keinesfalls ihre Aufgabe gegenüber dem Soldaten. Insoweit sucht der Soldat dann beim Allgemeinmediziner auch nicht um Erfüllung der Pflichten der Bundeswehr nach, sondern um Erfüllung des Arztvertrages ihm selbst gegenüber. Dann kann kein Staatshaftungsanspruch entstehen. Diese Folgerung erklärt sich daraus, daß nach dem "Amtspflichtenmodell" eine Übertragung der Amtspflicht auf die Verwaltung erforderlich ist, woran es gerade fehlt, wenn die Verwaltung selbst nicht den Privaten aussucht. Auch das "Grundrechtsmodell" setzt ein Handeln der Verwaltung voraus, woran es gerade fehlt. Nach der hier vertretenen Auffassung ergibt sich ein identisches Ergebnis. Denn die allgemeine medizinische Versorgung schuldet auch die Bundeswehr. Dabei handelt es sich um eine Behandlung, die noch als truppenärztlich zu charakterisieren ist.

Problematisch ist nun aber die Frage, ob ein Staatshaftungsanspruch deshalb entstehen kann, weil ein Privater ohne Einbeziehung durch die Verwaltung eine Aufgabe erfüllt, die eigentlich der Bundeswehr obliegt. Im eben erwähnten Fall verzichtet der Soldat bewußt auf die Erfüllung der Aufgabe durch die Bundeswehr, so daß es gerechtfertigt erscheint, ihm auch keinen Staatshaftungsanspruch zuzugestehen.

Was ist aber in den Fällen, in denen ein Privater ohne Zustimmung der Bundeswehr eine eigentlich ihr zugewiesene Aufgabe erfüllt und der Soldat nicht auf die Erfüllung durch die Bundeswehr verzichtet hat?

Dies läßt sich an folgendem Beispiel veranschaulichen:

⁷⁰⁴ Der Soldat hat gerade nicht das Recht der freien Arztwahl, vgl. BGH NJW 1990, 760 (761).

Ein Soldat fährt am Wochenende zu seinen Eltern nach Hause und wird durch einen Autounfall schwer verletzt. Ein zufällig vorbeikommender Allgemeinmediziner hilft dem schwer verletzten Soldaten, verletzt ihn aber dabei durch grobe Fahrlässigkeit noch schwerer. Tritt jetzt für diesen Allgemeinmediziner die Amtshaftung ein?

Nach der Auffassung des Bundesgerichtshofes dürfte dies zu bejahen sein. Denn die dem Soldaten umfassend geschuldete Gesundheitsfürsorge wird durch den Allgemeinmediziner wahrgenommen, also eine staatliche Aufgabe erfüllt. Dieses Ergebnis erscheint überzeugend. Denn wenn die Bundeswehr vom Unfall gewußt hätte (z. B. der Arzt ruft über Handy die entsprechenden Vorgesetzten und Mediziner an), so wäre sie verpflichtet gewesen, der Heilbehandlung durch den Allgemeinmediziner zuzustimmen. Dann kann aber nichts anderes gelten, als wenn der Allgemeinmediziner von der Bundeswehr beauftragt worden wäre, dem Soldaten zu helfen.

Zwar fehlt es hier an der Übertragung einer Amtspflicht durch die Bundeswehr. Da diese Übertragung sowohl hinsichtlich des "ob" als auch des "an wen" im Regelfall in ihrem Ermessen steht, hindert die Wahrnehmung einer staatlichen Aufgabe durch einen Privaten bereits das Entstehen eines Staatshaftungsanspruchs. Denn ansonsten könnte ein Privater die Ermessensentscheidung der Verwaltung an sich ziehen. Anders ist dies nur, wenn sowohl hinsichtlich des "ob" als auch des "an wen" eine Ermessensreduktion auf Null vorliegt.

Dies ist im genannten Beispiel aber der Fall. Denn bei lebensgefährlichen Verletzungen kann bei Nichterreichbarkeit sonstiger Ärzte das Leben des Soldaten nur durch Eingreifen des Allgemeinmediziners gerettet werden.

Mag die Pflicht zur umfassenden Gesundheitsvorsorge der Soldaten durch die Bundeswehr als nachvollziehbar erscheinen, so sind Grenzfälle denkbar, bei denen die Aufgabenabgrenzung und die Abgrenzung verschiedener Verantwortungsbereiche vollends zur Gratwanderung wird.

Dies läßt sich an folgendem Fall illustrieren: Die Bundeswehrkantine versorgt die Soldaten mit Essen. Der von der Kantinenverwaltung sorgfältig ausgewählte und überwachte Metzger liefert verdorbenes Fleisch, das vom Kantinenkoch, ohne daß dieser den Fehler hätte bemerken können, für das Mittagessen verwendet wird. Einige der Soldaten sind nach dem Verzehr des Mittagessens für längere Zeit dienstuntauglich. Die Frage, ob hier für den

Metzger die Amtshaftung eintritt, hängt davon ab, ob man die Pflicht der Bundeswehr bejaht, für die Nahrung der Soldaten zu sorgen oder ob die Bundeswehr hier nur "freiwillig" Essen anbietet, zu dessen Herstellung sie nicht verpflichtet ist.

Zwar liegt bei der Essensversorgung ein Bezug zur Gesundheitsfürsorge vor, doch handelt es sich nicht um Gesundheitsfürsorge im Sinne von Heilbehandlung und Krankheitsprävention, so daß nicht ohne weiteres eine umfassende Pflichtenbindung der Bundeswehr bejaht werden kann.

Allerdings sprechen auch gewichtige Argumente für eine Pflicht der Bundeswehr zur Versorgung ihrer Soldaten mit Nahrungsmitteln. Das Soldatenverhältnis ist ein umfassendes Verhältnis, das sogar noch weiter als das Beamtenverhältnis auf die gesamte Erfassung der Persönlichkeit des Soldaten gerichtet ist. Im übrigen darf nicht vergessen werden, daß die Bundeswehr an der Ernährung ihrer Soldaten ein erhebliches Interesse hat. Denn nur durch geeignete Ernährung kann die körperliche Leistungsfähigkeit der Soldaten langfristig aufrecht erhalten werden. Weiterhin ist zu beachten, daß in den Fällen, in denen in der Kaserne keine Essensversorgung angeboten würde, die Essensaufnahme außerhalb bei Privaten stattfinden müßte, was zeitlich und organisatorisch problematisch ist. Diese Argumente sprechen dafür, die Essensversorgung der Soldaten als Amtspflicht bzw. staatliche Aufgabe der Bundeswehr anzusehen, so daß die Bundeswehr ihre Pflicht auf den Metzger übertragen hat und der Eintritt der Amtshaftung als gerechtfertigt erscheint.

b. Gefangenenverhältnis

Hinsichtlich der Gesundheitsfürsorge für Gefangene hat der Bundesgerichtshof auch für die sich nur in Untersuchungshaft befindlichen Gefangenen eine Gesundheitsfürsorgepflicht des Staates bejaht, als deren Ausfluß ein Recht des Gefangenen auf ärztliche Betreuung besteht⁷⁰⁵. Dabei hat der Bundesgerichtshof auch hier entschieden, daß zwischen Anstaltsärzten und regelmäßig tätigen Vertragsärzten kein Unterschied in der Frage der Amtshaftung gemacht werden könne⁷⁰⁶.

Im Hinblick auf die erwähnte Entscheidung des Bundesgerichtshofes zur Frage der Amtshaftung bei der Behandlung von Bundeswehrsoldaten durch (punktuell hinzugezogene)

⁷⁰⁵ Vgl. BGH NJW 1982, 1328 (1329).

⁷⁰⁶ Vgl. BGH NJW 1982, 1328 (1329).

zivile Ärzte dürfte der Bundesgerichtshof auch bei Gefangenenvhältnissen ähnlich entscheiden.

Der Bundesgerichtshof geht auch bei Gefangenen implizit von einem umfassenden Anspruch auf gesundheitliche Fürsorge aus⁷⁰⁷, ohne dies allerdings näher zu begründen. Zwar kann dies nicht mit den dargestellten spezifisch soldatenrechtlichen Erwägungen begründet werden. Dennoch rechtfertigt die umfassende Eingliederung eines Gefangenen in ein staatlich organisiertes System als Korrelat auch einen entsprechend umfassenden Pflichtenkatalog des Staates, zumal auch hier nur geringe Ausweichmöglichkeiten des Gefangenen bestehen. Anders ist hier, wie bei der Bundeswehr, zu entscheiden, wenn Krankheiten vorliegen, deren Behandlung von einem durchschnittlichen Anstaltsarzt nicht zu erwarten ist. Auch hier gilt, daß die Behörden nicht für jede seltene Krankheit Spezialisten oder medizinische Apparate vorhalten müssen.

c. Schulverhältnis

Fälle aus dem Schulverhältnis sind in der Rechtsprechung nicht selten. Interessant in unserem Zusammenhang sind die erwähnten Fälle der Hilfestellung einer Mitschülerin während des Turnunterrichts sowie der aufsichtsführende Schüler, der eine Mitschülerin verletzt, während der Lehrer auf einer Beerdigung weilt⁷⁰⁸.

In beiden Fällen ist klar, daß die Schule die Amtspflicht bzw. die staatliche Aufgabe hat, die Aufsicht über die Schüler zu führen bzw. die Hilfestellungen im Sportunterricht zu gewährleisten. Diese Amtspflicht wurde auf die jeweiligen Schüler übertragen, so daß die Rechtsprechung im Ergebnis zutreffend war.

Wie sieht es mit dem oben erwähnten Fall der Lieferung verdorbenen Fleisches durch einen Metzger für die Schulkantine aus? Ist hier die Amtshaftung ebenso wie bei den Soldaten der Bundeswehr zu bejahen? Dies hängt wiederum davon ab, ob die Essensversorgung der Schüler eine staatliche Aufgabe ist. Dies ist zunächst eine Frage der Auslegung der Schulgesetze der jeweiligen Bundesländer. Das baden-württembergische Schulgesetz sieht eine solche Essensversorgung nicht ausdrücklich vor. Im Gegensatz zur Bundeswehr sprechen

⁷⁰⁷ Vgl. BGH NJW 1982, 1328; in dieser Entscheidung ging es um einen Facharzt für innere Krankheiten.

⁷⁰⁸ Vgl. oben 4. Teil D III 2.

auch Argumente dafür, eine ungeschriebene Pflicht der Schule zur Versorgung ihrer Schüler zu verneinen. Zum einen fehlt das unmittelbare Interesse der Schule an der körperlichen Gesundheit der Schüler. Diese dürfen zwar in der Schule keinen Gefahren für ihre Gesundheit ausgesetzt werden, es ist für die Schule aber im allgemeinen uninteressant, in welchem körperlichen Zustand sich ihre Schüler befinden⁷⁰⁹. Wäre dies anders, müßte möglicherweise eine Essenkontrolle der Schule hinsichtlich der von den Schülern konsumierten Nahrungsmitteln und Getränken durchgeführt werden. Durch die Überlagerung des Elternrechts aus Art. 6 GG wird auch deutlich, daß ein Schüler keineswegs so umfassend in den Dienst des Staates oder in die staatliche Fürsorge eingegliedert wird wie etwa ein Soldat. Es kann also keine Rede davon sein, daß eine Amtspflicht der Schule zur Versorgung der Schüler mit Nahrungsmitteln besteht.

Was ist, wenn der Staat diese Aufgabe freiwillig übernimmt? Wenn der Staat einem Privaten den Betrieb einer Kantine in der Schule gestattet, so wird keine staatliche Aufgabe erfüllt und es kann auch keinesfalls die Staatshaftung eintreten.

Was ist, wenn die Schule die Kantine selbst betreibt? Auch dann wird keine staatliche Aufgabe erfüllt. Wenn der Staat eine Aufgabe freiwillig übernimmt, so obliegen ihm gewisse Fürsorgepflichten gegenüber den Betroffenen. Insoweit kommt man dann mit der allgemeinen Pflicht zur Schonung der Gesundheit der Schüler zu dem Ergebnis, daß eine Rechtfertigung dafür besteht, auch in solchen Fällen die Staatshaftung eingreifen zu lassen.

Diese Problematik wird an einem von der Rechtsprechung entschiedenen Fall deutlich⁷¹⁰:

Der Kläger nahm als Primaner (!) mit seiner Klasse an einer Reise nach Griechenland teil. In Brindisi wurden die Pässe eingesammelt, von dem deutschen Busfahrer im Büro der Schiffahrtsgesellschaft abgegeben und diesem später gebündelt mit den Schiffsfahrkarten zurückgegeben. Im Bus stellte sich heraus, daß der Ausweis des Klägers fehlte. Es gelang nicht, ihn zu finden. Der Kläger ließ sich in Rom einen Ersatzausweis ausstellen, der nur zur Rückreise nach Deutschland berechtigte, verschaffte sich einen neuen Ausweis und flog nach

⁷⁰⁹ § 91 SchulG von Baden-Württemberg regelt zwar die Schulgesundheitspflege, wonach Schüler verpflichtet sind, sich im Rahmen der Schulgesundheitspflege überwachen und untersuchen zu lassen. Aus dieser Vorschrift ergibt sich aber gerade keine umfassende Pflicht der Schule zur Gesundheitsfürsorge gegenüber ihren Schülern.

Athen, wo er seine Klasse wieder erreichte. Mit der Klage hat er vom Land Ersatz der ihm infolge des Ausweisverlustes entstandenen Aufwendungen von DM 983,00 verlangt.

Das *OLG Düsseldorf* bejaht den Eintritt der Amtshaftung, da die Studienfahrt von der Schule organisiert worden sei und somit den Lehrern auf der gesamten Studienfahrt gegenüber den Schülern Fürsorge- und Aufsichtspflichten obliegen hätten. Diese Fürsorgepflicht habe sich dahingehend konkretisiert, daß der Ausweis nicht abhanden kommen durfte. Die Lehrer hätten ihre Amtspflicht verletzt, indem sie dem Busfahrer nicht hinreichend Instruktionen zur Nachprüfung der Vollständigkeit der Pässe gegeben hätten. Diese Begründung ist unzutreffend, da auf eine eigene Amtspflichtverletzung des Busfahrers abgestellt werden könnte. Denn diesem wurde die entsprechende Pflicht von den Lehrern übertragen bzw. er nahm eine diesen zugewiesene staatliche Aufgabe wahr.

An sich müßte bereits ein Schritt vorher angesetzt werden. Es kann nämlich kaum davon gesprochen werden, daß die Veranstaltung und Durchführung einer Studienfahrt ins Ausland zu den staatlichen Aufgaben der Schule gehören. Es ist selbstverständlich nach den Schulgesetzen nicht verboten, eine Studienfahrt durchzuführen. Eine Amtspflicht zur Durchführung einer Studienfahrt ins Ausland besteht aber nicht⁷¹¹.

Demzufolge hat die Schule diese Pflicht freiwillig übernommen. Das *OLG Düsseldorf* geht daher implizit davon aus, daß auch bei freiwilliger Übernahme Fürsorgepflichten entstehen.

Wenn die Schule den Schülern aber lediglich verschiedene Reiseanbieter vorgestellt hätte und die Schüler die Reise dann selbst organisiert hätten, so wäre kein Amtshaftungsanspruch gegeben.

Dies läßt sich an einem weiteren Beispiel illustrieren: Es herrscht Einigkeit darüber, daß der Schultransport und die Überwachung des Weges von und zur Schule nicht zu den Pflichten der Schule gehört⁷¹². Dies ist vielmehr die Pflicht der Schüler selbst. Demzufolge kann bei

⁷¹⁰ Vgl. *OLG Düsseldorf* v. 6. 10. 1977 -18 U 24/77-, abgedruckt in: Holfelder/Bosse, Handbuch des Schulrechts für Baden-Württemberg, Band II, § 38/VI E 6.

⁷¹¹ § 56 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 SchulG von Baden-Württemberg erwähnt Schullandheimaufenthalte und Schulausflüge u.ä. als Maßnahmen, die der Unterrichtung und Aussprache durch die Klassenpflegschaft bedürfen. § 47 Abs. 5 Nr. SchulG von Baden-Württemberg bestimmt weiter, daß Grundsätze über die außerunterrichtlichen Veranstaltungen (z. B. Klassenfahrten, Schullandheimaufenthalte) in der Schulkonferenz beraten werden und ihres Einverständnisses bedürfen. Aus diesen Vorschriften kann aber nicht auf die Pflicht der Schule zur Durchführung einer Studienfahrt ins Ausland geschlossen werden.

⁷¹² Vgl. Holfelder/Bosse, SchulG, S. 333.

Durchführung des Schultransports durch einen privaten Busunternehmer für Unfälle nicht die Amtshaftung eintreten.

Wie ist es aber jetzt, wenn ein Lehrer, der gerade auf dem Nachhauseweg ist, einen Schüler sieht, dessen Fahrradreifen ohne Luft ist, und diesen nach Hause fährt, dabei aber einen Unfall verursacht? Auch hier kann keine Amtshaftung eintreten, denn der Lehrer nimmt keine Aufgabe der Schule wahr. Die Schule übernimmt aber in diesem Falle auch nicht freiwillig die Durchführung des Transports. Für eine solche Entscheidung wäre der Lehrer gar nicht zuständig. Vielmehr handelt der Lehrer hier als reine Privatperson.

Das Abstellen auf die den Lehrern obliegenden Fürsorgepflichten hilft auch in den Fällen der Einbeziehung Privater in der Schule weiter. Wenn z. B. bei einem Wandertag im Gebirge der Lehrer die entsprechende Wegstrecke nicht kennt und deshalb einen Bergführer befragt (wozu der Lehrer verpflichtet ist, um möglichen Gefahren bereits im Vorfeld begegnen zu können bzw. um überhaupt beurteilen zu können, ob die geplante Wanderung für einen Schulausflug geeignet ist), dieser dem Lehrer eine falsche Auskunft gibt, und infolgedessen Schüler bei der Wanderung verunglücken, so liegt auf der Hand, daß die entsprechenden Sorgfalts- und Fürsorgepflichten, Gefahren von den Schülern fernzuhalten, vom Lehrer auf den Bergführer übertragen wurden. Es ist ein Amtshaftungsanspruch gegeben, unabhängig davon, ob der Bergführer tatsächlich an der Wanderung teilgenommen und damit näher in die Organisation eingegliedert wurde oder nicht.

Schwieriger wird es in den folgenden beiden Fällen: Ein Schüler verletzt sich bei der Wanderung anlässlich eines Schulausfluges und muß zum Arzt. Der Lehrer trägt den Schüler zum nächsten Landarzt, der den Schüler grob fahrlässig falsch behandelt, wodurch dem Schüler erheblicher Schaden entsteht. Tritt nun die Amtshaftung ein? Bei einer Wanderung leiden die Schüler wegen der großen Hitze an Durst. Der Lehrer führt sie zu einem nahegelegenen Gasthaus, wo den Schülern verdorbene Getränke angeboten werden, was der Lehrer nicht weiß. Besteht ein Amtshaftungsanspruch?

Hinsichtlich des bei einer Wanderung verletzten Schülers gilt m.E. folgendes: Den Lehrer trifft eine Fürsorgepflicht für den Schüler. Diese gebietet ihm, den Schüler einem Spezialisten zu überlassen. Es liegt auf der Hand, daß der Lehrer selbst nicht die Pflicht zur Heilung des

Schülers hat. Es ist keine staatliche Aufgabe, einen Schüler gesundheitlich wieder herzustellen. Gerade darin besteht der oben bereits angesprochene Unterschied zwischen dem Soldaten und dem Schulverhältnis. Die staatliche Aufgabe bzw. die Amtspflicht endet in dem Moment, wo der Schüler für sich selbst sorgen kann. Mit der Übergabe zum Landarzt hat der Staat seine Pflichten erfüllt. Daher kann nicht davon gesprochen werden, daß der Landarzt eine Amtspflicht der Schule erfüllt bzw. übertragen bekam.

Beim Fall des Ausschanks verdorbener Getränke durch einen Gastwirt auf einer Schulwanderung ist zu beachten, daß die Schüler den Gastwirt selbst bezahlen und selbst mit diesem einen Vertrag abschließen. Die Schule bleibt insoweit außen vor. Es liegt auf der Hand, daß die Schule keine Amtspflicht trifft, die Schüler selbst mit Nahrung und Getränken zu versorgen. Dies wurde oben bei der Analyse des Betriebs einer Schulkantine bereits verdeutlicht. Selbstverständlich trifft den Lehrer aber eine Fürsorgepflicht dahingehend, daß er nicht etwa stundenlang bei größter Hitze mit den Schülern umherwandern und diese sozusagen verdursten lassen darf. Seine Fürsorgepflicht erschöpft sich aber in der "Hilfe zur Selbsthilfe", indem er die Schüler zu geeigneten Plätzen bringt, an denen diese sich selbst versorgen können.

Anders liegt es dagegen, wenn der Schulausflug auf eine Berghütte führt und die Schüler ohne Ausweichmöglichkeiten für mehrere Tage dort eingeschlossen sind. Soweit dies von vorne herein geplant war, kann die Schule ihrer Fürsorgepflicht nur dadurch nachkommen, daß sie auch für die Essensversorgung der Schüler aufkommt. Dann wird sie vom Gastwirt, ähnlich wie ein Busfahrer, der die Schüler zum Ausflugsziel bringt, in der Erfüllung dieser Aufgabe unterstützt und es erscheint gerechtfertigt, wegen der fehlenden Ausweichmöglichkeit ähnlich wie bei der Bundeswehrrkantine den Eintritt der Amtshaftung zu bejahen.

Ähnlich liegt es bei Notfällen, wo z. B. ein Schüler bereits wegen Flüssigkeitsmangels zusammengebrochen ist. Dann gebietet die Gesundheitsfürsorge des Lehrers, dem Schüler zu helfen und ihn entsprechend zu versorgen. Die Pflicht zur Ermöglichung der "Hilfe zur Selbsthilfe" verdichtet sich für den Lehrer zu einer konkreten Handlungspflicht. Bedient sich der Lehrer nun des Gastwirtes, so erfüllt dieser eine Amtspflicht, die originär dem Lehrer oblag und die dieser auf den Gastwirt übertragen hat.

Zusammenfassend kann man festhalten, daß die Reichweite der Amtspflichten bzw. der staatlichen Aufgaben im Schulverhältnis geringer ist als z. B. im Soldatenverhältnis. Bei Hinzutreten weiterer Kriterien, wie z. B. Notfällen oder fehlenden Ausweichmöglichkeiten, kann aber eine Verdichtung der Amtspflichten bzw. der Aufgabenzuweisung eintreten und der Eintritt der Amtshaftung bejaht werden.

4. Sonstige Fälle

a. Sachverständige

Die Frage, ob für Schädigungen durch Fehlverhalten von Sachverständigen ein Staatshaftungsanspruch bejaht werden kann, ist sehr umstritten. Auch die Rechtsprechung bietet kein in sich geschlossenes Bild. Der Begriff des Sachverständigen ist hier nicht nur im engen prozessualen Sinne nach den jeweiligen Prozeßordnungen ZPO, StPO, VwGO u. ä. zu sehen, sondern sollte umfassend in dem Sinne verstanden werden, daß es sich um Personen handelt, die dem Staat Wissen und Kenntnisse zur Verfügung stellen, zu deren Erlangung dem Staat selbst die nötigen Fähigkeiten fehlen.

aa. Gerichtliche Sachverständige

Der Bundesgerichtshof hat entschieden, daß ein vom Gericht bestellter Sachverständiger keinen Staatshaftungsanspruch auslösen kann. Der relevanten Entscheidung⁷¹³ lag folgender Sachverhalt zugrunde: Der Kläger klagte vor dem Sozialgericht auf Gewährung einer Versorgungsrente wegen einer Wehrdienstbeschädigung. In der Berufung beauftragte das Landessozialgericht den beklagten Chefarzt einer Hals-, Nasen- und Ohrenklinik eines städtischen Krankenhauses mit der Erstattung eines Gutachtens über den Grad der Minderung der Erwerbsfähigkeit des Klägers. Der Kläger begab sich auf Anordnung des Gerichts zu dem Krankenhaus, wo er von dem ebenfalls beklagten Oberarzt an einen Assistenten verwiesen wurde. Dieser soll einen Kunstfehler verursacht haben, der zur Arbeitsunfähigkeit des Klägers führte.

Die Klage ist von den beiden Vorinstanzen abgewiesen worden, da für die Schäden das Land und nicht die Beklagten hafteten. Der Bundesgerichtshof hob das Urteil auf und verwies die

⁷¹³ Vgl. BGH NJW 1973, 554.

Sache zurück. Der Bundesgerichtshof verneint ausdrücklich die Möglichkeit einer Zurechnung des Verhaltens der Ärzte zum Bereich der Verwaltung bzw. des gerichtlichen Bereichs. Insbesondere erfülle der Sachverständige nicht eine Aufgabe, die an sich dem Staat obliege. Es handele sich vielmehr um eine staatsbürgerliche Pflicht, die eine Pflicht gegenüber dem Staat und nicht eine solche des Staates sei. Ihm werde nicht die hoheitliche Aufgabe des Gerichts und nicht ein Teil der öffentlichen Aufgaben des Gerichts übertragen. Der Sachverständige werde nicht Mitglied des Gerichts, sondern bleibe Dritter, der nur seine besondere Sachkunde dem Gericht unterbreiten und zur Verfügung stellen solle. Der Zusammenhang zwischen der Tätigkeit des gerichtlichen Sachverständigen und der gerichtlichen Spruchfähigkeit sei insgesamt nicht so eng, daß die Gutachtertätigkeit bereits dem Staat als eigene Betätigung zugerechnet werden müsse. Insbesondere sei die Beziehung nicht enger als bei einem sachverständigen Zeugen oder einem einfachen Zeugen. Implizit verneint der Bundesgerichtshof damit auch eine Amtshaftung für Zeugen und sachverständige Zeugen.

Ein weiterer höchstrichterlich entschiedener Fall betraf die Haftung für Fehler eines von der Baugenehmigungsbehörde hinzugezogenen Prüfsachverständigen für Baustatik⁷¹⁴. In dieser Entscheidung ging es um folgenden Sachverhalt: Die Klägerin wollte auf ihrem Grundstück eine Maukrube bauen lassen. Sie beauftragte einen Architekten mit der Bauleitung und der Anfertigung der Konstruktionsunterlagen und mehrere Bauunternehmer mit den Erd- und Betonarbeiten. Der Architekt reichte die von ihm erstellten Konstruktionsunterlagen bei der Baugenehmigungsbehörde des beklagten Kreises ein. Die Behörde ließ die statischen Berechnungen durch einen Prüfsachverständigen für Baustatik nachprüfen und erteilte die beantragte Baugenehmigung. Bei den Bauarbeiten stürzte die Maukrube ein, wodurch der Klägerin erheblicher finanzieller Schaden in Form von Verdienstaussfall und Wiederaufbaukosten entstand. Es stellte sich heraus, daß dem Architekten bei der statischen Berechnung ein Fehler unterlaufen war, den der Prüfsachverständigen für Baustatik übersehen hatte.

Das Landgericht wies die Klage ab. Die Sprungrevision der Klägerin wurde vom Bundesgerichtshof zurückgewiesen. Entscheidend ist im hier interessierenden Zusammenhang, daß der Bundesgerichtshof ausdrücklich feststellt, daß der Fehler der Baugenehmigung einen Amtshaftungsanspruch grundsätzlich begründen kann und zwar

⁷¹⁴ Vgl. BGH NJW 1963, 1821.

unabhängig davon, ob der Fehler der Behörde selbst oder dem Sachverständigen unterlaufen sei. Zwar könne eine Baugenehmigungsbehörde die Statik selbst prüfen oder aber durch das Prüfamtsamt für Baustatik bzw. einen Prüfsachverständigen für Baustatik prüfen lassen. Es handele sich aber gleichwohl immer um eine Aufgabe der Kreisbehörde. Der Prüfsachverständige erfülle somit eine der Verwaltung obliegende hoheitliche Aufgabe. Die Klage war dennoch abzuweisen, da die verletzte Amtspflicht nicht dem Schutz der Vermögensinteressen der Klägerin diene.

Zunächst mag überraschen, daß der Bundesgerichtshof diese ähnlich gelagerten Fälle unterschiedlich entschieden hat. Nach Ansicht der Rechtsprechung ist also zwischen gerichtlichen Sachverständigen und administrativen Sachverständigen zu unterscheiden.

Dabei bereitet der Fall des Prüfsachverständigen nur geringe Probleme. Denn völlig zutreffend hat der Bundesgerichtshof festgestellt, daß es die originäre Amtspflicht der Baugenehmigungsbehörde ist, die eingereichten Unterlagen zu prüfen. Dabei kann sie sich von sachverständiger Seite helfen lassen. Es bleibt aber die originäre staatliche Aufgabe und Amtspflicht der Behörde. Diese wird auf den Prüfsachverständigen übertragen. Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs ist damit zutreffend.

Schwieriger ist es mit den Sachverständigen und den Zeugen bei Gericht. Vom Ansatz her zutreffend geht der Bundesgerichtshof von der Frage aus, ob der Sachverständige eine staatliche Aufgabe (d.h. hier eine Aufgabe, die eigentlich dem Gericht obliegen würde) wahrnimmt. Er verneint diese Frage schließlich.

Bartling kritisiert die Auffassung des Bundesgerichtshofs⁷¹⁵ in seiner Dissertation vehement⁷¹⁶. Auch er geht von der Frage aus, ob der Sachverständige eine staatliche Aufgabe wahrnimmt. Dies wird von ihm schließlich bejaht. Es sei nämlich Aufgabe des Richters, den möglichst wahren Sachstand zu ermitteln, so daß der Sachverständige an sich eine Tätigkeit ausübe, die der Richter bei Vorliegen der entsprechenden Sachkunde selbst ausführen würde⁷¹⁷. Weiterhin sei die Trennung zwischen Tatsachen- und Rechtsfragen, z. B. im Bereich der Handelsbräuche nach § 346 HGB so schwierig und die Übergänge so fließend,

⁷¹⁵ Auch in der Literatur wird die Amtshaftung für gerichtliche Sachverständige weitestgehend, wenn auch oft ohne nähere Begründung, abgelehnt, vgl. Stein/Leipold, ZPO, vor § 402 Rn. 42; Damrau in: MünchKomm-ZPO, § 402 Rn. 13; Arndt, DRiZ 1973, 272; Andresen, NJW 1962, 1759; Damm, JuS 1976, 359 (361); Friedrichs, DRiZ 1973, 113 (114); Hendrix, BB 1961, 996 (997); Hopt, JZ 1974, 551 (552/553).

⁷¹⁶ Die Amtshaftung für gerichtliche Sachverständige wird auch bejaht von Pieper, Sachverständige, S. 177; v. Mutius, VerwArch 64 (1973), 433 (435-438, 444).

⁷¹⁷ Vgl. Bartling, Haftung, S. 156 ff.

daß der Sachverständige auch in das erst recht dem Richter obliegende Feld der Beantwortung von Rechtsfragen übergreife⁷¹⁸. Auch sei die Behauptung, der Richter sei in der Würdigung des Sachverständigengutachtens weithin frei, so nicht überzeugend, da der Richter wegen fehlender Sachkunde faktisch an das Sachverständigenurteil gebunden sei, so daß dieser die Stellung eines Quasi-Richters bekomme⁷¹⁹.

Auch *Bartling* scheint aber der Auffassung zu sein, daß eine Amtshaftung für Zeugen ausscheide, da die Zeugenaussage uneingeschränkt der freien Beweiswürdigung durch das Gericht unterliege und die Beurteilung einer Zeugenaussage keine besondere Sachkunde erfordere, so daß der Zusammenhang zwischen der Tätigkeit eines Zeugen und der gerichtlichen Tätigkeit nicht so eng sei, daß die Anwendung der Staatshaftungsgrundsätze in Erwägung gezogen werden könnte⁷²⁰.

Bei Sachverständigen tritt, unabhängig von der Prozeßordnung, nach herrschender Meinung bei reinen Vermögensschäden keine Haftung des Sachverständigen gegenüber den Prozeßparteien ein. Zwar wird durch die Ernennung eines Sachverständigen zwischen diesem und dem Staat als Träger der Gerichtsbarkeit ein öffentlich-rechtliches Verhältnis begründet⁷²¹. Da die Prozeßbeteiligten an diesem Verhältnis aber nicht teilhaben und auch keine besonderen Schutzwirkungen zugunsten der Beteiligten erkennbar sind, wird ein Schadensersatzanspruch gegen den Sachverständigen aus Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter abgelehnt⁷²². Ein Schadensersatzanspruch gegen einen Sachverständigen kann sich daher nur nach Deliktsrecht ergeben. Die Voraussetzungen einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung nach § 826 BGB dürften nur höchst selten erfüllt sein. Wird der Sachverständige nicht vereidigt, was in der Praxis der Regelfall ist, so fehlt es an der Verletzung eines Schutzgesetzes im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB, da eine fahrlässige Falschaussage nach deutschem Recht nicht strafbar ist. § 410 Abs. 1 S. 2 ZPO⁷²³ ist ebensowenig ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB wie § 79 Abs. 2 StPO^{724/725}.

⁷¹⁸ Vgl. *Bartling*, Haftung, S. 161 ff.

⁷¹⁹ Vgl. *Bartling*, Haftung, S. 166 ff.; ebenso *Pieper*, Sachverständiger, S. 177.

⁷²⁰ Vgl. *Bartling*, Haftung, S. 179.

⁷²¹ Vgl. *Stein/Leipold*, ZPO, vor § 402 Rn. 41.

⁷²² Vgl. OLG Düsseldorf NJW 1986, 2891; OLG Hamm VersR 1995, 225; *Stein/Leipold*, ZPO, vor § 402 Rn. 42.

⁷²³ § 410 Abs. 1 S. 2 ZPO lautet: "Die Eidesnorm geht dahin, daß der Sachverständige das von ihm geforderte Gutachten unparteiisch und nach bestem Wissen und Gewissen erstatten werde oder erstattet habe."

⁷²⁴ § 79 Abs. 2 StPO lautet: "Der Eid ist nach Erstattung des Gutachtens zu leisten; er geht dahin, daß der Sachverständige das Gutachten unparteiisch und nach bestem Wissen und Gewissen erstattet habe."

Letztendlich blieb für einen unbeeidigt gebliebenen Sachverständigen nur eine Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB, wenn durch sein Fehlverhalten ein Fehlurteil ergeht, das in ein absolutes Recht eingreift (z. B. Eingriff in Eigentum bei Herausgabeklage oder Freiheit bei strafrechtlicher Verurteilung)⁷²⁶. Für eine große Zahl von Urteilen, nämlich zivilrechtliche Zahlungsklagen oder strafrechtliche Geldbußen, besteht, da § 823 Abs. 1 BGB keine reinen Vermögensschäden erfaßt, keine Haftung.

Die restriktive Auffassung der Rechtsprechung und herrschenden Meinung hinsichtlich der Amtshaftung für Sachverständige führt dazu, daß eine geschädigte Prozeßpartei überhaupt keine Kompensation erlangen kann. Geht man dagegen den Weg über die Amtshaftung und den Innenregreß, so kommt der Geschädigte zu einem Schadensersatzanspruch und der Staat trägt nur das Insolvenzrisiko des Sachverständigen.

Es sprechen somit durchaus nachvollziehbare Argumente für die eine wie auch für die andere Auffassung. Zentrale Frage bleibt aber der Umfang der richterlichen Pflicht. Sind die jeweiligen Prozeßordnungen vom Ermittlungsgrundsatz geprägt⁷²⁷, so ist die Ermittlung des Sachverhalts originäre Aufgabe des Richters⁷²⁸. So ist für den Strafprozeß anerkannt, daß die Ermittlung des wahren Sachverhalts das zentrale Anliegen des Strafprozesses ist und den Prozeßbeteiligten ein unverzichtbarer Anspruch darauf zusteht, daß die Beweisaufnahme auf alle Tatsachen und alle tauglichen und erlaubten Beweismittel erstreckt wird, die für die Entscheidung von Bedeutung sind, unabhängig von den Anträgen und Wünschen der

⁷²⁵ Vgl. OLG Düsseldorf NJW 1986, 2891; OLG München VersR 1984, 590 (zu § 410 ZPO); BGH NJW 1968, 787 (zu § 79 StPO).

⁷²⁶ Der Bundesgerichtshof hat ursprünglich sogar bei grober Fahrlässigkeit des Sachverständigen eine Haftung ausgeschlossen, vgl. BGHZ 62, 54 ff. Diese Rechtsfortbildung contra legem war verfassungswidrig und wurde daher vom Bundesverfassungsgericht verworfen, vgl. BVerfGE 49, 304 ff. Nach allgemeiner Auffassung im Zivilrecht bleibt es jedoch zulässig, eine Haftung für nur leichte Fahrlässigkeit zu verneinen, da nur vier der Bundesverfassungsrichter der Auffassung waren, auch darin könne ein Verfassungsverstoß liegen, vgl. Stein/Leipold, ZPO, vor § 402 Rn. 52.

⁷²⁷ Vgl. § 86 Abs. 1 VwGO lautet: "Das Gericht erforscht den Sachverhalt von Amts wegen; die Beteiligten sind dabei heranzuziehen. Es ist an das Vorbringen und an die Beweisanträge der Beteiligten nicht gebunden." Vgl. auch § 155 StPO, der lautet: "(1) Die Untersuchung und Entscheidung erstreckt sich nur auf die in der Klage bezeichnete Tat und auf die durch die Klage beschuldigten Personen. (2) Innerhalb dieser Grenzen sind die Gerichte zu einer selbständigen Tätigkeit berechtigt und verpflichtet; insbesondere sind sie bei Anwendung des Strafgesetzes nicht an die gestellten Anträge gebunden."

§ 244 Abs. 2 StPO lautet: "Das Gericht hat zur Erforschung der Wahrheit die Beweisaufnahme von Amts wegen auf alle Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken, die für die Entscheidung von Bedeutung sind."

⁷²⁸ Auch Blomeyer, Schadensersatzansprüche des im Prozeß Unterlegenen wegen Fehlverhaltens Dritter, S. 120 und ZRP 1974, 214 (217) geht richtigerweise von dieser Fragestellung aus.

Beteiligten⁷²⁹. Zu diesem Zweck kann sich der Richter verschiedener Hilfsmittel bedienen, wie z. B. Zeugen oder Sachverständige.

Es ließe sich nun folgende Argumentation denken: Wenn die Erforschung der Wahrheit Aufgabe des Richters ist, so könnte diese Aufgabe zumindest teilweise auf den Zeugen und Sachverständigen übertragen worden sein.

Dabei wäre das bei den polizeilichen Standardfällen bereits erwähnte Argument des "Ausgeliefertseins" zu beachten. Denn der Angeklagte hat im Strafprozeß keinen Einfluß darauf, welches Beweismittel sich der Richter bedient und welche Zeugen und Sachverständige er auswählt. Das Risiko ungeeigneter Zeugen und Sachverständigen könnte demnach dem Staat auferlegt werden. Jedenfalls wäre es systemgerechter, dem Staat (beim Regreß) das Insolvenzrisiko von Zeugen und Sachverständigen aufzuerlegen als dem Angeklagten. Anders wäre es dagegen im Zivilprozeß, der von der Dispositionsmaxime geprägt ist. Hier ist es Aufgabe der Parteien, dem Gericht den Sachverhalt zu unterbreiten und Beweisanträge zu stellen. Zwar wird der Sachverständige hier vom Gericht ausgewählt, doch nimmt er (meist) eine originäre Aufgabe der beweisbelasteten Partei wahr.

Aus diesem Gedanken heraus folgt, daß im Zivilprozeß für Zeugen niemals die Staatshaftung eintreten kann. Bei Sachverständigen wiederum wäre zu differenzieren: Soll der Sachverständige dem Richter Fachwissen zur Beurteilung von Tatsachen vermitteln oder z. B. Kenntnis von ausländischen Rechtssätzen nach § 293 ZPO, so nimmt er eine Aufgabe wahr, die dem Richter obliegt. Soll der Sachverständige dagegen Tatsachen feststellen, die nur aufgrund seiner Sachkunde festgestellt werden können, so nimmt er eine Aufgabe wahr, die den Parteien obliegt. Nur im ersten Fall könnte somit die Amtshaftung eintreten.

Eine solche Argumentation begegnet jedoch schwerwiegenden Bedenken. Schon der Ausgangspunkt, daß Zeugen und Sachverständige Aufgaben des Richters übernehmen, kann nicht überzeugen. Der Richter bedient sich der Zeugen und Sachverständigen als Hilfsmittel zur Ermittlung des Sachverhalts, er überläßt ihnen aber nicht die Feststellung des Sachverhalts. Die Letztentscheidung über den dem Urteil zugrundezulegenden Sachverhalt/Tatbestand obliegt immer noch dem Richter. Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, daß dem Richter oftmals nichts anderes übrigbleibt als den Ausführungen des Sachverständigen zu folgen. Würde man die Tätigkeiten aller Hilfspersonen in die

⁷²⁹ Vgl. Kleinknecht/Meyer-Goßner, StPO, § 244 Rn. 11.

Staatshaftung einbeziehen, so hätte dies zudem absurde Konsequenzen. Aufgabe des Richters ist die Ermittlung des auf den festgestellten Sachverhalt anwendbaren Rechts. Dabei bedient sich der Richter selbstverständlich der Kommentarliteratur. Wähnt sich der Richter aufgrund einer in der Kommentarliteratur als (fälschlicherweise) unstreitig herrschende Meinung und Rechtsprechung bezeichneten Auslegung auf der sicheren Seite und fällt demnach ein Urteil, das der Rechtslage nicht entspricht, so wird man kaum behaupten können, für die mangelnde Sorgfalt der Kommentatoren trete die Staatshaftung ein, weil sie Amtspflichten des Richters zur Ermittlung der Rechtslage verletzt hätten. Ebenso wenig kann die Staatshaftung herangezogen werden, wenn in den einschlägigen Gesetzessammlungen sorgfaltswidrig Gesetzestexte fehlerhaft abgedruckt wären und der Richter sich deshalb im Irrtum über die Rechtslage befindet. Insofern hat der Bundesgerichtshof zu Recht festgestellt, daß nicht jeder, der vom Staat für die Bewältigung seiner Aufgaben zur Unterstützung oder als Gehilfe herangezogen wird, damit schon mit der Ausübung eines öffentlichen Amtes betraut werde⁷³⁰.

Denkbar ist allerdings, daß die Staatshaftung in Ausnahmefällen für Zeugen und Sachverständige eingreifen kann. Dies ist z. B. vorstellbar, wenn Sachverständige oder beamtete Zeugen über Vorgänge aus ihrer amtlichen Tätigkeit vernommen werden⁷³¹. Aber selbst in diesem Fall wird ihnen vom Gericht keine Amtspflicht übertragen. Vielmehr geht die Frage dahin, ob es eine aus ihrer Verbeamtung folgende Amtspflicht gibt, vor Gericht über Wahrnehmungen, die sie in ihrer amtlichen Tätigkeit machten, richtig auszusagen. Dagegen spricht, daß die Pflicht, vor Gericht als Sachverständiger oder Zeuge zu erscheinen und auszusagen, vom Bundesgerichtshof als eine staatsbürgerliche Pflicht bezeichnet wird. Eine Amtspflicht, vor Gericht richtig auszusagen, besteht daher nur in den Fällen, in denen der Beamte gerade für die spätere Auskunft über seine Wahrnehmungen abgestellt ist. Dies gilt z. B. für die Wahrnehmungen von Amtsärzten, zu denen vom Gericht zu untersuchende Personen geschickt werden. Ein die Staatshaftung auslösender Fall ist auch denkbar bei speziellen Situationen von Polizeibeamten, z. B. bei speziellen Überwachungsaufträgen. Aus den eben dargelegten Gründen ergibt sich, daß die Staatshaftung auf keinen Fall für außerdienstliche Wahrnehmungen von Polizisten oder Amtsärzten gilt. Die Staatshaftung greift also nicht ein, wenn ein Polizeibeamter falsch über seine Wahrnehmung bei nächtlichen Streitigkeiten zwischen seinen Wohnungsnachbarn aussagt.

⁷³⁰ Vgl. BGH NJW 1973, 554.

Ebensowenig kann die Staatshaftung für sonstige (nichtbeamtete) Gutachter, die vom Gericht herangezogen werden, eingreifen. Die Tatsache, daß ein Gutachter öffentlich bestellt oder anerkannt wird, vermag daran nichts zu ändern. Denn die Anerkennung führt nicht zur Verbeamtung und der Sachverständige wird aufgrund der öffentlichen Bestellung auch nicht mit der Wahrnehmung bestimmter Verwaltungsaufgaben im eigenen Namen betraut⁷³². Es handelt sich lediglich um die Verleihung einer Art "Gütesiegel". Die Bestellung nach § 36 GewO⁷³³ soll Publikum, Behörden und Gerichten ermöglichen, sich solcher Personen als Sachverständiger zu bedienen, die aufgrund behördlicher Überprüfung die Gewähr für Zuverlässigkeit und besondere Sachkunde bieten und daher für bestimmte Sachgebiete als unparteiische Gutachter besonders geeignet sind⁷³⁴. Öffentlich bestellte Sachverständige sollen deswegen nach § 404 Abs. 2 ZPO, § 73 Abs. 2 StPO und § 98 VwGO bevorzugt als Sachverständige bei Gericht herangezogen werden.

bb. Administrative Sachverständige

Nach dem bereits erwähnten Fall des Prüflingenieurs für Baustatik stellt der Bundesgerichtshof konkret auf die der Verwaltung zugewiesene Aufgabe ab.

Aktuell kann das Problem der Haftung für Sachverständige in den sich neuerdings häufenden Altlastenfällen werden.

Der Bundesgerichtshof hat hier bereits die Amtspflicht der einen Bebauungsplan aufstellenden Gemeinde bejaht, eine durch Altlasten verursachte Gefahrensituation aufzuklären und

⁷³¹ Offenlassend BGH NJW 1073, 554 (555).

⁷³² Vgl. Bayerlein/Bock, Praxishandbuch Sachverständigenrecht, § 3 Rn. 3 (S. 37).

⁷³³ § 36 GewO lautet: "(1) Personen, die als Sachverständige auf den Gebieten der Wirtschaft einschließlich des Bergwesens, der Hochsee- und Küstenfischerei sowie der Land- und Forstwirtschaft einschließlich des Garten- und Weinbaues tätig sind oder tätig werden wollen, sind auf Antrag durch die von den Landesregierungen bestimmten oder nach Landesrecht zuständigen Stellen für bestimmte Sachgebiete öffentlich zu bestellen, sofern für diese Sachgebiete ein Bedarf an Sachverständigenleistungen besteht, sie hierfür besondere Sachkunde nachweisen und keine Bedenken gegen ihre Eignung bestehen. Sie sind darauf zu vereidigen, daß sie ihre Sachverständigenaufgaben unabhängig, weisungsfrei, persönlich, gewissenhaft und unparteiisch erfüllen und ihre Gutachten entsprechend erstatten werden. Die öffentliche Bestellung kann inhaltlich beschränkt, mit einer Befristung erteilt und mit Auflagen verbunden werden. (2) Absatz 1 gilt entsprechend für die öffentliche Bestellung und Vereidigung von besonders geeigneten Personen, die auf den Gebieten der Wirtschaft

1. bestimmte Tatsachen in bezug auf Sachen, insbesondere die Beschaffenheit, Menge, Gewicht oder richtige Verpackung von Waren feststellen oder

2. die ordnungsgemäße Vornahme bestimmter Tätigkeiten überprüfen."

⁷³⁴ Vgl. Bayerlein/Heck, Praxishandbuch Sachverständigenrecht, § 2 Rn. 2 (S. 17); Tettinger/Wank, GewO, § 36 Rn. 8.

diejenigen Gefahrenpotentiale zu berücksichtigen, die der Gemeinde im Zeitpunkt der Beschlußfassung über den Bebauungsplan bekannt waren oder hätten bekannt sein müssen⁷³⁵.

Da dies die originäre Pflicht der Gemeinde darstellt, kann sich die Gemeinde nicht dadurch entlasten, daß sie einen Sachverständigen für Bodenfragen mit der Erstellung eines Gutachtens betraut, wenn dieser unsorgfältig arbeitet. Denn die Amtspflicht der Gemeinde wurde dann auf den Sachverständigen übertragen, der eine staatliche Aufgabe bzw. eine Amtspflicht der Gemeinde wahrnimmt.

b. Straßenverkehrsfälle

Im Bereich des Straßenverkehrs kommt es häufig ebenfalls zu einer Einbeziehung der privaten Bauunternehmer in Aufgaben, die an sich der Verwaltung obliegen.

In einer bereits erwähnten Entscheidung aus dem Jahre 1973 hat der Bundesgerichtshof entschieden, daß die Unterhaltung von Verkehrszeichen in Baden-Württemberg eine der Verwaltung zugewiesene hoheitlich zu erfüllende Amtspflicht darstelle⁷³⁶. Es trifft zu, daß es spezielle Fälle gibt, in denen eine Übertragung von Amtspflichten nach dem Gesetz ausscheidet, weil der Gesetzgeber davon ausgeht, daß diese Aufgaben von der Verwaltung selbst, d.h. mit dem ihr zur Verfügung stehenden Personal, erfüllt werden müssen. Konsequenterweise hätte der Bundesgerichtshof aber dann bereits in der Beauftragung eines Bauunternehmers mit der Aufstellung des Schildes eine Amtspflichtverletzung der Behörde sehen müssen. Im übrigen geht es nicht darum, ob der Bauunternehmer mit der Aufstellung eines Schildes hoheitliche Maßnahmen ausführt. Wenn kein Fall der Beleihung vorliegt, kann der private Unternehmer Hoheitsbefugnisse nicht im eigenen Namen wahrnehmen. Dies sagt nichts darüber, ob der Unternehmer Befugnisse im Namen der Verwaltung wahrnehmen kann. Ansonsten wäre das Abschleppen durch einen Abschleppunternehmer kein hoheitliches Vorgehen mehr. Dies hat der Bundesgerichtshof wie ausgeführt jetzt zu Recht anders entschieden. Gewisse Aufgaben wollte der Gesetzgeber nur der Verwaltung übertragen, weil er nur dort die Gewähr für die Richtigkeit der Ausführung erblickt. So soll die Anordnung von Verkehrszeichen selbstverständlich nicht von Privaten vorgenommen werden. Das tatsächliche Aufstellen des Schildes ist aber keine Übertragung hoheitlicher Kompetenzen,

⁷³⁵ Vgl. nur BGH JZ 1991, 920 (921); JZ 1989, 1122 (1123); Ossenbühl, JZ 1991, 922.

⁷³⁶ Vgl. BGH NJW 1974, 453; oben 4. Teil E IV 2.

sondern lediglich die tatsächliche Umsetzung der von der Verwaltung bereits getroffenen Entscheidung. Angesichts der Neuorientierung der Rechtsprechung im Bereich der Abschleppunternehmerfälle dürfte diese Entscheidung heute so zu Recht nicht mehr getroffen werden.

5. Zusammenfassung

Entscheidend ist nach allen hier vorgeschlagenen Lösungswegen, auch nach einem Teil der Rechtsprechung, die Bestimmung der Reichweite der Amtspflichten im konkreten Fall.

In den Standardsituationen der Ersatzvornahme bzw. der unmittelbaren Ausführung im Polizeirecht besteht nicht nur eine Handlungspflicht, sondern auch eine Erfolgseinstandspflicht der Behörde. Sie kann sich nicht nur auf Auswahl- und Überwachungsfunktionen zurückziehen.

Auch im Bereich verschiedener Sonderrechtsverhältnisse bestehen weitreichende Amtspflichten. Am dichtesten sind diese im Soldatenverhältnis, dagegen weniger ausgeprägt im Schulverhältnis. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes schießt allerdings gelegentlich über das Ziel hinaus.

Während für Sachverständige in der Verwaltung der Eintritt der Staatshaftung zu Recht bejaht wird, gilt dies nicht für gerichtliche Sachverständige und Zeugen. Für deren Fehlverhalten vor Gericht tritt nur in Ausnahmefällen die Staatshaftung ein.

F. Haftung für legislatives Unrecht

I. Die Einbeziehung parlamentarischer Entscheidungsträger unter Funktionsgesichtspunkten

Die Frage der Staatshaftung für legislatives Unrecht ist eine seit Jahrzehnten im rechtswissenschaftlichen Schrifttum ausgetragene Kontroverse, die hier aus Platzgründen nicht erschöpfend behandelt werden kann. In unserem Zusammenhang interessiert lediglich die Frage, ob die Parlamentsabgeordneten bzw. die Mitglieder kommunaler Vertretungskörperschaften Beamte im haftungsrechtlichen Sinne sind. Demnach kommt es auf Differenzierungen zwischen einzelnen Spielarten des legislativen Unrechts, wie z. B. die

Unterscheidung von Normen, die "self-executing" sind und solchen, die noch eines Vollziehungsaktes durch die Verwaltung bedürfen, nicht an. Diese Unterscheidungen spielen bei anderen Tatbestandsmerkmalen der Amtshaftung eine Rolle (wie z. B. bei der Frage der Drittbezogenheit der Amtspflicht), nicht aber im Zusammenhang mit der Frage der Qualifizierung der Abgeordneten als haftungsrechtliche Beamte.

Folgt man der herrschenden Meinung, die die Amtshaftung als Funktionshaftung begreift⁷³⁷, so erscheint auf den ersten Blick fraglich, warum man überhaupt über die Frage, ob Abgeordnete haftungsrechtliche Beamte sind, streiten könnte. Die Abstimmung über Gesetzgebungsbeschlüsse ist eine öffentlich-rechtliche Tätigkeit, die den Abgeordneten vom Grundgesetz zugewiesen und anvertraut ist. Und doch hat sich erst in jüngerer Zeit richtigerweise die Erkenntnis durchgesetzt, daß die Amtshaftung jedenfalls nicht schon an der Frage der Qualifizierung als haftungsrechtliche Beamte scheitert⁷³⁸.

II. Die fehlende Überzeugungskraft der Gegenargumente

So kann gegen die Eignung der Abgeordneten, einen Amtshaftungsanspruch auszulösen, nicht vorgebracht werden, daß sie kein Amt, sondern ein Mandat hätten⁷³⁹ bzw. daß die Amtshaftung nur für diejenigen Amtswalter gelte, die einen Dienstherrn hätten⁷⁴⁰.

Zwar spricht Art. 34 GG von der Haftung der Körperschaft, in deren Dienst der Amtsträger steht. Damit soll aber nur die Passivlegitimation verschoben werden, so daß keinerlei Einfluß auf die Entstehung des Staatshaftungsanspruchs vorliegen kann⁷⁴¹. Es ist grundsätzlich fraglich, ob ein Dienstverhältnis bestehen muß. Zwar ist nach dem oben Dargelegten das Anvertrauen des Amtes nicht nur als tatsächlicher Vorgang ohne Berücksichtigung der

⁷³⁷ Vgl. oben 4. Teil A.

⁷³⁸ H.M., vgl. Haverkate, NJW 1973, 441 (442); Detterbeck, JA 1991, 7 (10); Dohnold, DÖV 1991, 152; Häde, BayVBl. 1992, 449; Ruland, Der Staat 14 (1975), 457 (469-470); Speiser, Ersatzpflicht des Staates, S. 91-93; Fetzer, Haftung, S. 52-55; BK-Dagtoglou, Art. 34 Rn. 431; Dagtoglou, Ersatzpflicht, S. 35; Schack, DÖV 1971, 446 (447); Schenke, DVBl. 1975, 121 (122); Oldiges, Der Staat 15 (1976), 381 (384-386); Schoch, Jura 1988, 585 (587); a. A. allerdings ohne nähere Begründung Stern, Staatsrecht, Bd. 1, S. 387; Schmidt-Bleibtreu/Klein, Art. 34 Rn. 7; krit. zu Gemeinderäten Schröder, NVwZ 1986, 449, (450) sowie Kortmann/Andrae, NVwZ 1986, 451.

⁷³⁹ So Bettermann in: Bettermann/Nipperdey/Scheuner, Die Grundrechte, Bd. III/1, S. 836; Weiss, Beamtenbegriff, S. 148/149.

⁷⁴⁰ So Schack, MDR 1953, 514 (515); Weiss, Beamtenbegriff, S. 149.

⁷⁴¹ Vgl. Ruland, Der Staat 14 (1975), 457 (466); Speiser, Ersatzpflicht des Staates, S. 92 f.; Fetzer, Haftung, S. 53 f.; BK-Dagtoglou, Art. 34 Rn. 431.

Rechtsgrundlage zu werten⁷⁴², jedoch gibt es bereits im Bereich der anerkannten Amtshaftung Amtsträger, die einen Amtshaftungsanspruch auslösen können, ohne in einem Dienstverhältnis zu stehen, wie z. B. die Beliehenen. Aus Sicht des Geschädigten ist es rein zufällig, wie das Innenverhältnis zwischen Amtsträger und Staat ausgestaltet ist. Das Innenverhältnis spielt aber für die Frage der Staatshaftung keine Rolle⁷⁴³.

Auch das Argument, die Abgeordneten hätten ein Mandat und kein Amt, weil sie vom Volk gewählt seien und damit nicht den Staat, sondern die Gesellschaft repräsentierten, kann nicht überzeugen. Zum einen spricht bereits Art. 48 Abs. 2 S. 1 GG vom "Amt des Abgeordneten". Zwar entstammen Art. 34 GG und Art. 48 Abs. 2 S. 1 GG vollkommen unterschiedlichen Regelungszusammenhängen und das Wortlautargument alleine kann nicht entscheidend sein. Andererseits kann mit bloß terminologischen Unterscheidungskriterien auch nicht die Unanwendbarkeit des Art. 34 GG auf Abgeordnete begründet werden. Gegen das gesellschaftliche Repräsentationsargument spricht, daß Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG, ausgehend vom Prinzip der Volkssouveränität, bestimmt, daß alle Staatsgewalt vom Volke ausgeht. In Verbindung mit dem demokratischen Prinzip der ununterbrochenen Legitimationskette öffentlicher Gewalt müßte man dann auch beim Handeln der Verwaltung eine Repräsentation der Gesellschaft annehmen, was aber mit Sinn und Zweck des Art. 34 GG erkennbar in Widerspruch stünde. Diese Gegenüberstellung von Gesellschaft bzw. Volk und Staat ist eine historisch dem Absolutismus entsprungene, mittlerweile durch das Grundgesetz überholte Vorstellung⁷⁴⁴. Unzweifelhaft wird das Parlament vom Grundgesetz verfassungsrechtlich als Staatsorgan qualifiziert⁷⁴⁵.

Ebenfalls zweifelhaft ist, ob Abgeordnete keinen Amtshaftungsanspruch auslösen können, weil ihnen gegenüber keine Weisungsmöglichkeiten bestehen. Abgeordnete unterliegen bei ihrer Tätigkeit gemäß Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG keinen Bindungen und Weisungen und sind nur ihrem Gewissen unterworfen.

Die Amtshaftung soll auf Abgeordnete keine Anwendung finden, da der Staat mit der Amtshaftung eine Garantie für die ordnungsgemäße Führung der Amtsgeschäfte übernommen habe, dem Staat diese Garantie für Abgeordnete aber nach Sinn und Zweck sowie

⁷⁴² Vgl. oben 4. Teil D III 3.

⁷⁴³ Vgl. bereits oben 4. Teil E IV 4 a; speziell zu diesem Argument im Rahmen des legislativen Unrechts Speiser, Ersatzpflicht des Staates, S. 92, 93; Fetzer, Haftung, S. 54.

⁷⁴⁴ Vgl. Oldiges, Der Staat 15 (1976), 381 (384); Dagtoglou, Ersatzpflicht, S. 35; Eckert, Haftung, S. 85, 86; Fetzer, Haftung, S. 52; Ruland, Der Staat 14 (1975), 457 (468).

Strukturierung der Amtshaftung mangels Einflußmöglichkeit nicht aufgebürdet werden dürfe⁷⁴⁶.

Das Erfordernis einer Weisungsgebundenheit kann aber Art. 34 GG, § 839 BGB nicht entnommen werden. Außerdem zeigt das Beispiel des Beliehenen, der in aller Regel ebenfalls keinen Weisungen unterliegt, daß ein solches Erfordernis nicht sachgerecht wäre. Aus dem Spruchrichterprivileg des § 839 Abs. 1 S. 1 BGB, das ersichtlich von der Qualifizierung des Richters als Beamten im haftungsrechtlichen Sinne ausgeht, folgt, daß eine Weisungsgebundenheit, die bei einem Richter gemäß Art. 97 Abs. 1 GG ausgeschlossen ist, kein Hinderungsgrund für die Amtshaftung sein soll.

Die Rückführung auf die Dienstherrenfunktion, wie z. B. Erteilung von Weisungen, würde die Amtshaftung zu einer Eigenhaftung des Staates machen und zu einer bloßen Haftung für Auswahl- oder Überwachungsverschulden umfunktionieren, was mit Wortlaut und Konstruktion der Amtshaftung unvereinbar wäre⁷⁴⁷.

Gegen eine Qualifizierung von Abgeordneten als haftungsrechtliche Beamte spricht auch nicht, daß die Amtshaftung ursprünglich auf das Handeln der Exekutive als eines hierarchisch durchstrukturierten Behördenapparates zugeschnitten und es außerhalb der Vorstellung des Verfassungsgebers der Weimarer Zeit war, die Amtshaftung auch für legislatives Unrecht anzuwenden⁷⁴⁸. Denn bereits zu Zeiten der Weimarer Verfassung hat gerade im Bereich des haftungsrechtlichen Beamtenbegriffes die Amtshaftung durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts eine erhebliche Ausweitung erfahren⁷⁴⁹. Zum anderen kannte die Weimarer Zeit keine vor der Normgebung schützenden subjektiven Rechte, insbesondere wurde den Grundrechten nur eine Schutzrichtung gegenüber der Verwaltung zugebilligt, so daß eine Amtshaftung wegen legislativen Unrechts konsequenterweise abzulehnen war⁷⁵⁰. Mit der Anerkennung subjektiver Rechte durch die Grundrechte ist eine Neuorientierung in diesem Bereich eingetreten, so daß die Staatshaftung auch ein Stück Grundrechtsschutz verwirklichen soll. Dagegen ist die Argumentation, Art. 34 GG wolle den Gesetzgeber nicht zur Einhaltung der Verfassung zwingen, da er im Abschnitt über die Rechte und Pflichten der

⁷⁴⁵ Vgl. Haverkate, NJW 1973, 441 (442).

⁷⁴⁶ So Eckert, Haftung, S. 104, 105.

⁷⁴⁷ Vgl. Ruland, Der Staat 14 (1975), 457 (470); Fetzer, Haftung, S. 55.

⁷⁴⁸ Vgl. Fetzer, Haftung, S. 54; Eckert, Haftung, S. 103; BK-Dagtoglou, Art. 34 Rn. 429; Oldiges, Der Staat 15 (1976), 381 (386).

⁷⁴⁹ Vgl. oben 4. Teil E III.

⁷⁵⁰ Vgl. Schenke, DVBl. 1975, 121 (126/127).

gesetzesvollziehenden und nicht der gesetzgebenden Gewalt stehe⁷⁵¹, nicht zugänglich. Nach der hier vertretenen Auffassung ist Art. 34 GG selbst ein Grundrecht und schützt demgegenüber auch nach Art. 1 Abs. 3 GG vor der Gesetzgebung. Warum der 2. Abschnitt "Der Bund und die Länder" sich nur auf die gesetzestvollziehenden Organe beziehen soll, ist nicht recht ersichtlich. Die systematische Stellung des Art. 34 GG ist insgesamt wenig aussagekräftig⁷⁵².

Gegen eine Qualifizierung der Abgeordneten als haftungsrechtliche Beamte sprechen auch nicht die Vorschriften über die Indemnität der Abgeordneten nach Art. 46 Abs. 1 S. 1 GG⁷⁵³. Dieser schließt nämlich nicht die Entstehung, sondern nur die gerade gegen einen Abgeordneten gerichtete Verfolgung eines Schadensersatzanspruchs aus, so daß dieser persönliche Haftungsausschließungsgrund mit dem Vorliegen der Eigenschaft als haftungsrechtlicher Beamter nichts zu tun hat⁷⁵⁴.

Auch die Tatsache, daß Abgeordnete bei der Abstimmung über die Gesetzgebungsbeschlüsse als Teil eines Kollegialorgans handeln, steht einer Qualifizierung als haftungsrechtliche Beamte nicht entgegen, da insoweit allgemein anerkannt ist, daß der Amtsträger nicht konkret benannt werden muß⁷⁵⁵. Demgegenüber spielt die Argumentation, das Verschulden der Abgeordneten sei schwer feststellbar oder berge die Gefahr unrichtiger Entscheidungen in sich⁷⁵⁶, keine Rolle, denn zum einen kann die (möglicherweise) schwierige Sachverhaltsaufklärung keine Rückwirkungen auf das materielle Recht haben, zum anderen handelt es sich um eine unzulässige Vermengung des Verschuldenserfordernisses mit der Frage nach dem Vorliegen eines Beamten im haftungsrechtlichen Sinne⁷⁵⁷.

Erweisen sich somit die vorgebrachten Gegenargumente als nicht überzeugend, so bleibt es bei dem nach allgemeinen Subsumtionsregeln gefundenen Ergebnis: Abgeordnete üben bei der Abstimmung über Gesetzesbeschlüsse öffentlich-rechtliche Gewalt aus und sind deshalb als Beamte im haftungsrechtlichen Sinne zu qualifizieren. Nach dem Amtspflichtenmodell

⁷⁵¹ So Eckert, Haftung, S. 105.

⁷⁵² Vgl. oben 2. Teil C III 4 b.

⁷⁵³ So Eckert, Haftung, S. 106.

⁷⁵⁴ Vgl. Haverkate, NJW 1973, 441; Speiser, Ersatzpflicht des Staates, S. 92; Windthorst, JuS 1995, 791 (794).

⁷⁵⁵ Vgl. Fetzer, Haftung, S. 53; Speiser, Ersatzpflicht des Staates, S. 91. Vgl. aus der Rechtspr. BGHZ 11, 197; 84, 292 (298).

⁷⁵⁶ So Eckert, Haftung, S. 107.

⁷⁵⁷ So zu Recht Speiser, Ersatzpflicht des Staates, S. 92.

kommt man zum gleichen Ergebnis: Abstimmungen über Gesetzesentwürfe sind staatliche Aufgaben und obliegen den Abgeordneten als Amtspflichten.

Zusammenfassung

1. Das grundgesetzlich in Art. 34 GG verbürgte System der Staatshaftung stellt sich als unmittelbarer Ausfluß des Rechtsstaatsprinzips dar. Es ergänzt und verlängert die Rechtsschutzgewährleistung des Art. 19 Abs. 4 GG. Art. 34 GG unterliegt der Ewigkeitsgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG.
2. Eine Verfassungsauslegung anhand der allgemein anerkannten Kriterien spricht dafür, Art. 34 GG als Grundrecht anzuerkennen. Es besteht ein subjektives Recht des Bürgers auf Staatshaftung. § 839 BGB ist im wesentlichen verfassungskonform. Die Subsidiaritätsklausel des § 839 Abs. 3 BGB ist verfassungswidrig und daher bei Eintritt der Staatshaftung nicht anzuwenden. Aus der Charakterisierung als Grundrecht folgt nicht, daß Art. 34 GG eine Anspruchsnorm einer unmittelbaren Staatshaftung darstellt. Der Grundrechtscharakter von Art. 34 GG fordert auch einfachgesetzlich nicht die Schaffung einer unmittelbaren Staatshaftung.
3. Der haftungsrechtliche Beamtenbegriff in Art. 34 GG hat durch die Änderungen gegenüber Art. 131 Weimarer Reichsverfassung als Tatbestandsmerkmal keine eigenständige Bedeutung mehr. Die herrschende Meinung, die in § 839 BGB nur den statusrechtlichen Beamtenbegriff verankert sieht, hält einer historischen Überprüfung nicht stand und ist im übrigen wegen Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 1 GG verfassungswidrig. Der Beamtenbegriff des § 839 BGB hat keine eigenständige Bedeutung mehr. Seine Auslegung wird vollumfänglich durch Art. 34 GG determiniert.
4. Der Staat ist bei all seinem Verwaltungshandeln an die Grundrechte gebunden, mag er sich auch zum Teil zulässigerweise der Rechtsformen des Privatrechts bedienen. Demnach ist auch von einer Erstreckung der Staatshaftung nach Art. 34 GG auf das privatrechtliche Staatshandeln auszugehen. Art. 34 GG normiert nicht selbst seine Unanwendbarkeit auf privatrechtliches Staatshandeln, vielmehr ist eine Haftungserstreckung auch bei fehlender Qualifikation des Art. 34 GG aufgrund der Einheit der Staatsgewalten und des Wandels der Rechts- und Handlungsformen der Verwaltung zu bejahen.

5. Eine Erstreckung der Staatshaftung auf sämtliches Staatshandeln folgt auch aus einer Analyse der Struktur der Amtspflichten, die entgegen der herrschenden Auffassung nicht als interne Dienstplichten des Amtswalters, sondern als den Staat treffende Rechtspflichten zu interpretieren sind. Die Tatbestandsmerkmale des "anvertrauten öffentlichen Amtes" sowie der "Amtspflicht" sind als Synonyme zu betrachten und in der Auslegung zu fusionieren, so daß nur noch die Verletzung einer Rechtspflicht entscheidend ist. Dem Staat obliegen alleine und ausschließlich öffentlich-rechtliche Pflichten, so daß die Staatshaftung bei Abstellen auf den Rechtscharakter der Pflicht auch bei privatrechtlichem Staatshandeln eingreift.
6. Nach der bisher herrschenden Meinung, die Art. 34 GG als auf öffentlich-rechtliches Handeln beschränkte Funktionshaftung begreift, sind Beliehene, unselbständige Verwaltungshelfer und Parlamentsabgeordnete bzw. Mitglieder der Legislative "taugliche Täter" im Sinne des Staatshaftungsrechts dergestalt, daß sie einen Amtshaftungsanspruch gemäß § 839 BGB, Art. 34 GG auslösen können.
7. Die Problematik der selbständigen Verwaltungshelfer läßt sich nicht mit der "Werkzeugtheorie" lösen, die für das Amtshaftungsrecht nicht paßt und dogmatisch unhaltbar ist. Zur angemessenen Problemlösung dieser Fälle muß auf die vorstehend genannte Erstreckung auf das privatrechtliche Staatshandeln bzw. auf das entwickelte "Amtspflichtenmodell" abgestellt werden.
8. Entscheidend ist nach allen hier vorgeschlagenen Lösungswegen, aber auch nach einem Teil der Rechtsprechung, die Bestimmung der Amtspflichten im konkreten Fall.

In den Standardsituationen der Ersatzvornahme bzw. der unmittelbaren Ausführung im Polizeirecht besteht nicht nur eine Handlungspflicht, sondern auch eine Erfolgspflicht der Behörde. Sie kann sich nicht nur auf Auswahl- und Überwachungsfunktionen zurückziehen.

Auch im Bereich verschiedener Sonderrechtsverhältnisse bestehen weitreichende Amtspflichten. Am dichtesten sind diese im Soldatenverhältnis, im Schulverhältnis dagegen weniger ausgeprägt.

Bei gerichtlichen Sachverständigen und Zeugen tritt unabhängig von der konkret anzuwendenden Prozeßordnung nur in Ausnahmefällen die Staatshaftung ein. Für das Fehlverhalten administrativer Sachverständiger tritt hingegen die Staatshaftung ein.

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

Es werden nur allgemein gebräuchliche Abkürzungen verwendet bzw. solche, deren Bedeutung sich ohne weiteres erschließt. Spezifisch juristische Abkürzungen können Kirchner, Hildebert, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 4. Auflage 1993, entnommen werden.

LITERATURVERZEICHNIS

Achterberg, Norbert: Privatrechtsförmige Verwaltung, JA 1984, S. 503 ff.

Andresen, Helge: Zur Haftung des Sachverständigen im Strafverfahren, NJW 1962, S. 1759 f.

Anschütz, Gerhard: Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919, 14. Auflage, Berlin 1933 (zit.: Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reiches)

Anschütz, Gerhard/Thoma, Richard: Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Zweiter Band, Tübingen 1932

Arndt, Herbert: Die Haftung des gerichtlichen Sachverständigen, DRiZ 1973, S. 272 f.

Bachof, Otto: Buchbesprechung, DÖV 1954, S. 95 ff.

Badura, Peter: Das Verwaltungsmonopol, Berlin 1963 (zit.: Badura, Verwaltungsmonopol)

ders.: Staatsrecht, 2. Auflage, München 1996

Barkhau, Werner: Öffentlich-rechtliche Entschädigung bei Nothilfeleistungen, Diss. Stuttgart 1954 (zit.: Barkhau, Öffentlich-rechtliche Entschädigung)

Bartling, Heiner: Die Haftung für fehlerhafte Gutachten der gerichtlich beauftragten Sachverständigen im Spannungsfeld von Deliktsrecht und Staatshaftungsrecht, Diss. Göttingen 1982 (zit.: Bartling, Haftung)

Bartlperger, Richard: Die Folgen von Staatsunrecht als Gegenstand der Gesetzgebung, NJW 1968, S. 1697 ff.

Bauer, Hartmut: Verwaltungsrechtslehre im Umbruch? Rechtsformen und Rechtsverhältnisse als Elemente einer zeitgemäßen Verwaltungsrechtsdogmatik, Die Verwaltung 1992, S. 301 ff.

Bayerlein, Walter: Praxishandbuch Sachverständigenrecht, 2. Auflage, München 1996 (zit.: Bayerlein/Bearbeiter, Praxishandbuch Sachverständigenrecht)

Bender, Bernd Staatshaftungsrecht: 2. Auflage, Karlsruhe 1974 (zit.: Bender, Staatshaftungsrecht, 2. A.)

ders.: Staatshaftungsrecht, 3. Auflage, Heidelberg, Karlsruhe 1981 (zit.: Bender, Staatshaftungsrecht, 3. A.)

Bethge, Herbert: Die Grundlagen des Staatshaftungsrechts in der Bundesrepublik Deutschland, in: Kopp, Ferdinand O. (Hrsg.): Entwicklungen im Staatshaftungsrecht, S. 9 ff., Passau 1982 (zit.: Bethge in: Kopp: Entwicklungen)

Bettermann, Karl August: Der Schutz der Grundrechte in der ordentlichen Gerichtsbarkeit in: Bettermann, Karl August/Nipperdey, Hans Carl/Scheuner, Ulrich: Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, Band III/2, S. 779 ff., Berlin 1959 (zit.: Bettermann in: Bettermann/Nipperdey/Scheuner, Die Grundrechte)

ders.: Rechtsgrund und Rechtsnatur der Staatshaftung, DÖV 1954, S. 299 ff.

ders.: Urteilsanmerkung zu OVG Münster DVBl. 1971, 115, DVBl. 1971, S. 116 ff.

ders.: Vom Sinn der Staatshaftung, zugl. Anmerkung zu BGHZ 34, 99, JZ 1961, S. 482 ff.

Bleckmann, Albert: Staatsrecht II: Die Grundrechte, 4. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München 1997 (zit. Bleckmann, Grundrechte)

Blomeyer, Jürgen: Schadensersatzansprüche des im Prozeß Unterlegenen wegen Fehlverhaltens Dritter, Köln, Berlin, Bonn, München 1972

ders.: Zur zivilrechtlichen Haftung des gerichtlichen Sachverständigen, ZRP 1974, S. 214 ff.

Blume, Joachim: Schuldrechtsähnliche Sonderverbindungen im öffentlichen Recht, Diss. Göttingen 1967

Boge, Heinrich: Der Verwaltungshelfer im Polizeirecht, Diss. Göttingen 1964 (zit.: Boge, Verwaltungshelfer)

Böhme, Rolf: Die Beschränkung der Amtshaftung auf die Hoheitsverwaltung, Diss. Freiburg 1969 (zit.: Böhme, Amtshaftung)

Bonk, Heinz Joachim: Art. 34 GG, in: Sachs, Michael (Hrsg.): Grundgesetz, Kommentar, 2. Auflage, München 1999 (zit.: Sachs/Bonk)

Boos, Karls-Heinz/Haarmann, Hans: Das Recht der Staatshaftung, Bonn 1982 (zit.: Boos/Haarmann, Staatshaftung)

Bornhak, Conrad: Preußisches Staatsrecht, 2. Band, Freiburg 1889

Brockmeyer, Hans Bernhard: Art. 34 GG, in: Schmidt-Bleibtreu, Bruno/Klein, Franz: Kommentar zum Grundgesetz, 9. Auflage, Neuwied, Kriftel 1999 (zit.: Schmidt-Bleibtreu/Klein)

Brugger, Winfried: Gestalt und Begründung des Folgebeseitigungsanspruchs, JuS 1999, S. 625 ff.

Bryde, Brun-Otto: Art. 34 GG. in: v. Münch, Ingo (Begr.)/Kunig, Philip (Hrsg.): Grundgesetz, 3. Auflage 1995 (zit.: Bryde in: v. Münch/Kunig)

Büchner, Lutz Michael/Reiner, Hans Jochen: Einführung in das System der Staatshaftung, Heidelberg 1988, (zit.: Büchner/Reiner, Staatshaftung)

Bull, Hans Peter: Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Auflage, Heidelberg 1997

Bullinger, Martin: Öffentliches Recht und Privatrecht, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1968

ders.: Vertrag und Verwaltungsakt, Zu den Handlungsformen und Handlungsprinzipien der öffentlichen Verwaltung nach deutschem und englischem Recht, Stuttgart 1962

Burmeister, Joachim: Die Ersatzvornahme im Polizei- und Verwaltungsvollstreckungsrecht, JuS 1989, S. 256 ff.

Cantner, Walter: Ausübung öffentlicher Gewalt durch beliehene Unternehmer, Verwaltungspraxis 1971, S. 169 ff.

Dagtolou Prodromos: Art. 34 GG, in: Dolzer, Rudolf (Ges.Hrsg.): Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 25. Lieferung, Heidelberg 1970 (zit.: BK-Dagtolou)

ders.: Der Private in der Verwaltung als Fachmann und Interessenvertreter, Heidelberg 1964 (zit.: Dagtolou, Der Private in der Verwaltung)

ders.: Die Beteiligung Privater an Verwaltungsaufgaben, DÖV 1970, S. 532 ff.

ders.: Ersatzpflicht des Staates bei legislativem Unrecht?, Tübingen 1963

Damm, Reinhard: Die zivilrechtliche Haftung des gerichtlichen Sachverständigen, JuS 1976, S. 359 ff.

Dammrau, Jürgen, in: Lüke, Gerhard/Wax, Peter, Münchener Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 2. Auflage, München 2000 (zit.: Damrau in: MünchKomm-ZPO)

von Danwitz, Thomas: Art. 34 GG, in: v. Mangoldt, Hermann (Begr.)/Klein, Friedrich (Fortf.)/Starck, Christian (Hrsg.): Das Bonner Grundgesetz, Band 2: Art. 20-78, 4. Auflage, München 2000 (zit.: v. Mangoldt/Klein/Starck/v. Danwitz)

Daumann, Hans: Der Abschleppdienst und seine kostenmäßige Abwicklung, DAR 1969, S. 317 ff.

Degenhart, Christoph: Staatsrecht I, 14. Auflage, Heidelberg 1998 (zit.: Degenhart, Staatsrecht)

Detterbeck, Steffen: Staatshaftung bei normativem Unrecht, JA 1991, S. 7 ff.

Dohnold, Heike: Die Haftung des Staates für legislatives und normatives Unrecht in der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, DÖV 1991, S. 152 ff.

Dorn, Horst: Schadensersatzansprüche des Privatunternehmers wegen schädigenden Wettbewerbs durch Gemeindebetriebe, NJW 1964, S. 137 ff.

Dreier, Horst: Art. 1 Abs. 3 GG, in: Dreier, Horst (Hrsg.): Grundgesetz, Kommentar, Band I Art. 1-19, Tübingen 1996 (zit.: Dreier)

Eckert, Helmut: Die Haftung des Staates bei nichtigen Gesetzen und Verordnungen, Diss. Frankfurt 1973 (zit.: Eckert, Haftung)

Ehlers, Dirk: Handeln der Verwaltung in Privatrechtsform, Berlin 1984

ders.: Verwaltung und Verwaltungsrecht im demokratischen und sozialen Rechtsstaat, in: Erichsen, Hans-Uwe (Hrsg.): Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 1 ff., 11. Auflage, Berlin, New York 1998 (zit.: Erichsen/Ehlers, Allg. VerwR)

Emmerich, Volker: Die Fiskalgeltung der Grundrechte, Jus 1970, S. 332 ff.

Engelhardt, Hans: Neue Rechtsprechung des BGH zum Staatshaftungsrecht, NVwZ 1992, S. 1053 ff.

Erichsen, Hans-Uwe/Hoffmann-Becking, Michael: Öffentliches Recht: Das Handelskammerrundschreiben, JuS 1971, S. 144 ff.

ders.: Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, VerwArch Bd. 62 (1971), S. 181 ff.

Eser, Albin: in: Schönke, Adolf/Schröder, Horst, Strafgesetzbuch, Kommentar, 25. Auflage, München 1997 (zit.: Schönke/Schröder/Eser)

Felix, Günther: Haftung für Schäden an Grundstücken, die infolge der Enttrümmerung des Nachbargrundstückes entstanden, NJW 1957, S. 1547 ff.

Fetzer, Rhona: Die Haftung des Staates für legislatives Unrecht, Berlin 1994 (zit.: Fetzer, Haftung)

Finckh, Christian: Öffentliche Unternehmen und Staatshaftung: zur Fortentwicklung des Haftungssystems bei Verwaltung in Privatrechtsform, München 1996 (zit.: Finckh, Öffentliche Unternehmen)

Flessa, Richard: Rechtsschutz gegen Weisungen zu privatrechtlichem Verhalten untergeordneter Behörden, NJW 1958, S. 1276 ff.

ders.: Anmerkung zu BVerwG DÖV 1958, 667, DÖV 1959, S. 106 ff.

Flume, Werner: Anmerkung zu OLG Bremen NJW 1953, 585, NJW 1953, S. 585 ff.

Forsthoff, Ernst: Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Erster Band: Allgemeiner Teil, 10. Auflage, München 1973 (zit.: Forsthoff, VerwR)

Frenz, Walter: Die Staatshaftung in den Beleihungstatbeständen, Berlin 1991 (zit. Frenz, Staatshaftung)

Friauf, Karl Heinrich: Polizei- und Ordnungsrecht, in: Schmidt-Abmann, Eberhard (Hrsg.): Besonderes Verwaltungsrecht, 11. Auflage, Berlin, New York 1999, S. 105 ff. (zit.: Friauf, PolizeiR)

Friebe: Vorschläge für die Neuordnung des Amtshaftungsrechts, ZBR 1957, S. 389 ff.

Friederichs, Helmut: Zur Haftung des gerichtlichen Sachverständigen, DRiZ 1973, S. 113 f.

Friesenhahn, Ernst: Die rechtsstaatlichen Grundlagen des Verwaltungsrechts, in: Wandersleb, Hermann (Hrsg.) Recht-Staat-Wirtschaft Bd. 2, S. 239 ff., Stuttgart, Köln 1950 (zit.: Friesenhahn, Die rechtsstaatlichen Grundlagen des Verwaltungsrechts)

Füchsel, Konrad: Ist die Subsidiaritätsklausel des § 839 Abs. 1 S. 2 BGB mit Art. 34 GG vereinbar? DAR 1972, S. 313 ff.

Gallwas, Hans Ullrich: Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private, VVDStRL 29 (1970), S. 211 ff.

Gammelin, Dietrich: Rechtsscheinhaftung des Kaufmanns und Regreßansprüche gegen den Staat bei fehlerhaftem Publikationsakt der Presse, Bochum 1973 (zit.: Gammelin, Rechtsscheinhaftung)

Gause, Hermann: Die öffentliche Indienststellung Privater als Rechtsinstitut der Staatsorganisation, Diss. Kiel 1967

Gehre, Horst: Die Entwicklung der Amtshaftung in Deutschland seit dem 19. Jahrhundert, Diss. Bonn 1958 (zit.: Gehre, Amtshaftung)

Gerber, Carl Friedrich von: Grundzüge des Deutschen Staatsrechts, 3. Auflage, Leipzig 1880

Gerhard, Johann H.: Der Beamtenbegriff des § 839, Berlin 1963 (zit.: Gerhard, Beamtenbegriff)

Gerth, Erich: Die Erfüllung öffentlicher Verwaltungsaufgaben durch juristische Personen des Privatrechts, DÖV 1955, S. 2 ff.

Gierke, Otto: Deutsches Privatrecht, 1. Band, Leipzig 1895

ders.: Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, Berlin 1887

Giese, Friedrich/Schunck, Eugen: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 9. Auflage, Frankfurt 1976

Glaser, Hans-Joachim: § 839 BGB, in: Soergel, Hs. Th. (Begr.)/Siebert, W.: Bürgerliches Gesetzbuch Band 4: Schuldrecht III (§§ 705-853), 11. Auflage, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1985 (zit.: Soergel/Glaser)

Goebel, Hermann: Die Haftungsvoraussetzungen des Staates für Amtspflichtverletzungen bei Betätigung der öffentlichen Gewalt, Diss. Würzburg 1937

Görgmaier, Dietmar: Möglichkeiten und Grenzen der Entstaatlichung öffentlicher Aufgaben, DÖV 1977, S. 356 ff.

Gotzen, Hans-Heiner: Anschied von der "Werkzeugtheorie"? - Anmerkung zu BGH, NJW 1993, 1258, VR 1994, S. 170 ff.

Gress, Josef: Hoheitliche Verwaltung durch juristische Personen des Privatrechts, Staats- u. Kommunalverwaltung 1967, S. 122 ff.

Gronarz, Rudolf: Die Amtshaftung, DöD 1950 B, S. 246 ff.

Haas, Diether: Das Verwaltungsprivatrecht im System der Verwaltungshandlungen und der fiskalische Bereich, DVBl. 1960, S. 303 ff.

Haas, Diether: System der öffentlich rechtlichen Entschädigungspflichten, Karlsruhe 1955

Häde, Ulrich: Staatshaftung für leiglatives Unterlassen, BayVBl. 1992, S. 449 ff.

Hamann, Andreas/Lenz, Helmut: Das Grundgesetz für die BRD, Kommentar, 3. Auflage, Neuwied 1970

Haverkate, Görg: Amtshaftung bei legislativem Unrecht und die Grundrechtsbindung des Gesetzgebers, NJW 1973, S. 441 ff.

Heffter, August Wilhelm: Beiträge zum deutschen Staats- und Fürstenrecht, 1. Lieferung, Berlin 1829

Heidenhain, Martin: Amtshaftung und Entschädigung aus enteignungsgleichem Eingriff, Berlin 1965 (zit.: Heidenhain, Amtshaftung und Entschädigung)

ders.: Folgen rechtswidrigen hoheitlichen Verwaltungshandelns, JZ 1968, S. 487 ff.

Heidenhain, Martin Eberhard: Die Amtshaftung in der Bundesrepublik, NJW 1949, S. 841 ff.

v. Heimburg, Sybille: Verwaltungsaufgaben und Private, Funktionen und Typen der Beteiligung Privater an öffentlichen Aufgaben unter besonderer Berücksichtigung des Baurechts, Berlin 1982

Heinrichs, Helmut: in: Bassenge, Peter (u.a.): Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 58. Auflage, München 1999 (zit.: Palandt/Heinrichs)

Hendrix, Gerd Peter: Die Haftung des Sachverständigen für ein fehlerhaftes Gutachten, BB 1961, S. 996 f.

Herschel, Wilhelm: Die Haftung der Technischen Überwachungs-Vereine, NJW 1969, S. 817 ff.

Hesse, Konrad: Der allgemeine Gleichheitssatz in der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Rechtsetzungsgleichheit, in: Badura, Peter/Scholz, Rupert (Hrsg.): Wege und Verfahren des Verfassungslebens, Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag, S. 121 ff., München 1993 (zit.: Hesse, FS-Lerche)

ders.: Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Auflage, Heidelberg 1995 (zit.: Hesse, Grundzüge)

Heydt, Volker: Naturalrestitution und Verwaltungsrechtsweg bei Amtshaftungsklagen, JR 1967, S. 169 ff.

Hinkel, Karl-Reinhard: Haftung des Landkreises für Amtspflichtverletzungen der Bediensteten der Straßenverkehrszulassungsbehörde, NVwZ 1998, S. 119 ff.

Höfling, Wolfram: Art. 1 GG, in: Sachs, Michael (Hrsg.): Grundgesetz, Kommentar, 2. Auflage, München 1999 (zit.: Sachs/Höfling)

Hofacker, W.: Ordentlicher Rechtsweg und Verwaltungsweg, AcP 118 (1920), S. 281 ff.

Holfelder, Wilhelm/Bosse, Wolfgang: Handbuch des Schulrechts für Baden-Württemberg, Band II, München, Hannover (Loseblattsammlung)

Holfelder, Wilhelm/Bosse, Wolfgang: Schulgesetz für Baden-Württemberg, 9. Auflage, München, Hannover 1990 (zit. Holfelder/Bosse, SchulG)

Hopt, Klaus: Urteilsanmerkung zu BGH JZ 1974, 548, JZ 1974, S. 551 ff.

Hrodmadka, Wolfgang/Maschmann, Frank: Arbeitsrecht Band 1: Individualarbeitsrecht, Berlin, Heidelberg 1998 (zit.: Hrodmadka/Maschmann, ArbR)

Ipsen, Hans-Peter: Konstruktionsfragen der Getreideeinfuhr-Lenkung, in: Bachof, Otto/Drath, Martin/Gönnenwein, Otto/Walz, Ernst: Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht, Band 6, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, S. 593 ff., München 1955 (zit.: Ipsen, GS-Jellinek)

Ipsen, Hans-Peter: Gesetzliche Indienstnahme Privater für Verwaltungsaufgaben, in: Jahrreiß, Hermann (u.a.) (Hrsg.): Festgabe für Erich Kaufmann zum 70. Geburtstag, S. 141 ff., Stuttgart, Köln 1950 (zit.: Ipsen, FS-Kaufmann)

Jacobs, Reiner: Staatshaftungsrecht, München 1982

Jellinek, Walter: Schadensersatz aus Amtshaftung und Enteignungsschädigung: JZ 1955, S. 157 ff.

Joel, Werner: Der Begriff "Ausübung eines öffentlichen Amtes" in Art. 34 GG, Diss. Münster 1956 (zit. Joel, Öffentliches Amt)

Kayser, Alfred/Leiß, Ludwig: Die Amtshaftung bei Ausübung öffentlicher Gewalt, 2. Auflage, München, Berlin 1958

Klein, Hans-Hugo: Zum Begriff der öffentlichen Aufgabe, DÖV 1965, S. 755 ff.

Kleinhoff, Johann: Der Beamtenbegriff des § 839 BGB, AcP 156, S. 212 ff.

Koch, Michael H. W.: Zur Einführung eines Grundrechtskataloges im Vereinigten Königreich von Großbritannien und Nordirland, Berlin 1991

Köttgen, Arnold: Das anvertraute öffentliche Amt, in: Staatsverfassung und Kirchenordnung, Festschrift für Rudolf Smend zum 80. Geburtstag, S. 119 ff., Tübingen 1962

Kötz, Hein: Zur Haftung bei Schulunfällen, JZ 1968, S. 285 ff.

Kohl, Jürgen: Die Lehre von der Unrechtsfähigkeit des Staates, Köln, Berlin, Bonn, München 1977 (zit.: Kohl, Unrechtsfähigkeit des Staates)

Konow, Karl-Otto: Amtshaftungsanspruch und Gleichheitsgebot, DVBl. 1971, S. 454 ff.

Kopp, Ferdinand: Der beliehene Unternehmer, zugl. Anmerkung zu BVerwG DVBl. 1970, 735, DVBl. 1970, S. 724 ff.

Krautzberger, Michael: Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch Private, 1971 (zit.: Krautzberger, Erfüllung öffentlicher Aufgaben)

Kreft, Friedrich: Öffentlich-rechtliche Ersatzleistungen: Amtshaftung, Enteignung, Aufopferung, Berlin, New York 1980 (zit.: Kreft, Öffentlich-rechtliche Ersatzleistungen)

Kreissl, Stephan: Die Haftung des Staates für den Einsatz privater Unternehmer- am Beispiel der polizeilich angeordneten Bergung eines Kraftfahrzeugs durch einen privaten Abschleppunternehmer, zugl. Anm. zu BGH NJW 1993, 1258, NVwZ 94, S. 349 ff.

Kruschke, Hans-Dieter: Wirtschaftliche Betätigung und fürsorgerechtliche Verpflichtung der öffentlichen Hand, DÖV 1971, S. 694 ff.

Küchenhoff, Klaus: § 839 BGB, in: Erman, Walter (Begr.)/Westermann, Harm Peter: Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, 9. Auflage, Münster 1993 (zit.: Erman/Küchenhoff)

Kunig, Philip: Art. 33 GG, in: v. Münch, Ingo (Begr.)/Kunig, Philip (Hrsg.): Grundgesetz, 3. Auflage 1995 (zit.: Kunig in: v. Münch/Kunig)

Kuschmann, Horst: Die Abgrenzung der Enteignung und der Aufopferung von der Amtshaftung in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, NJW 1966, S. 574 ff.

Kühlhorn, Thomas: Haftung für die durch Verwaltungshilfe Privater entstandenen Schäden, Diss. Regensburg 1972 (zit.: Kühlhorn, Haftung)

Kunert, Franz-Josef: Staatliche Bedarfsdeckungsgeschäfte und Öffentliches Recht, Berlin 1977 (zit.: Kunert, Bedarfsdeckungsgeschäfte)

Leipold, Dieter: in: Stein, Fridrich (Hrsg.): Kommentar zur Zivilprozeßordnung, Band 4, Teilband 2, 21. Auflage, Tübingen 1999 (zit.: Stein/Leipold, ZPO)

Leisner, Walter: Öffentliches Amt und Berufsfreiheit, AöR Bd. 93 (1968), S. 161 ff.

Lerche, Peter: Amtshaftung und enteignungsgleicher Eingriff, JuS 1961, S. 237 ff.

ders.: Ordentlicher Rechtsweg und Verwaltungsrechtsweg, Berlin, Köln 1953

Loening, Edgar: Die Haftung des Staates aus rechtswidrigen Handlungen seiner Beamten nach deutschem Privat- und Staatsrecht, Frankfurt a. M. 1879 (zit.: Loening, Haftung des Staates)

Lorenz, Dieter: Fernsehfangdung und öffentliche Gewalt, BayVBl. 1971, S. 52 ff.

Loschelder, Wolfgang: Grundrechte im Sonderstatus, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.): Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band V, S. 805 ff., Heidelberg 1992 (zit.: Loschelder in: Isensee/Kirchhof, HdbStR)

Luhmann, Niklas: Öffentlichrechtliche Entschädigung rechtspolitisch betrachtet, Berlin 1965 (zit.: Luhmann, Öffentlichrechtliche Entschädigung)

Lüke, Jörg: Rechtsstaatsprinzip und Staatshaftungsreform, AöR 104 (1979), S. 225 ff.

v. Mangoldt, Hermann/Klein, Friedrich: Das Bonner Grundgesetz, Band II: Art. 29-78, 2. Auflage, Berlin, Frankfurt a.M. 1966 (zit.: v. Mangoldt/Klein)

Mainka, Johannes: Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, Bonn 1963

Mallmann, Walter: Schranken nichthoheitlicher Verwaltung, VVDStRL 19 (1961), S. 165 ff.

Martens, Wolfgang: Öffentlich als Rechtsbegriff, 1969 (zit.: Martens, Öffentlich)

ders.: Übertragung von Hoheitsgewalt auf Schüler, NJW 1970, S. 1029 ff.

Maunz, Theodor: Art. 33 GG, in: Maunz, Theodor/Dürig, Günter (u.a.): Kommentar zum Grundgesetz, 34. Lieferung, München 1966 (zit.: Maunz in: Maunz/Dürig)

Maurer, Hartmut: Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Auflage, München 1997 (zit.: Maurer, Allg. VerwR)

ders.: Schadensersatzansprüche des Lehrers gegen den Schulträger - OLG Köln, NVwZ 1994, 618, JuS 1994, S. 1015 ff.

Medicus, Dieter: Urteilsanmerkungen zu OLG Nürnberg JZ 1967, 61 u. AG Düsseldorf JZ 1967, 62, JZ 1967, S. 63 ff.

Meister, Gisela: Drittbezogene Amtspflichten bei der staatlichen Aufsicht über Banken und Versicherungen, Diss. Heidelberg 1982 (zit.: Meister, Drittbezogene Amtspflichten)

Menger, Christian Friedrich: Die Bestimmung der öffentlichen Verwaltung nach den Zwecken, Mitteln und Formen des Verwaltungshandelns, DVBl 1960, S. 297 ff.

ders.: Über die Identität des Rechtsgrundes der Staatshaftungsklagen und einiger Verwaltungsstreitsachen, in: Bachof, Otto/Drath, Martin/Gönnenwein, Otto/Walz, Ernst: Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht, Band 6, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, S. 287 ff., München 1955

Mertens, Hans-Joachim: Das Recht auf Gleichbehandlung im Verwaltungsprivatrecht -BGHZ 29, 76, JuS 1963, S. 391 ff.

ders.: in: Rebmann, Kurt/Säcker, Franz Jürgen/Rixeder, Roland (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5: Schuldrecht Besonderer Teil III (§§ 705-853) (zit.: Mertens in: MünchKomm)

Meyer-Goßner, Lutz: Strafprozeßordnung, 44. Auflage, München 1999 (zit.: Kleinknecht/Meyer-Goßner, StPO)

Meysen, Thomas: Der haftungsrechtliche Beamtenbegriff - BGH NJW 1996, 2431, JuS 1998, S. 404 ff.

Michaelis, Rüdiger: Der Beliehene, Ein Beitrag zur Verflechtung von öffentlichem und privatem Recht, Münster 1969 (zit.: Michaelis, Der Beliehene)

Münzel, Karl: Die Rechtsprechung zu § 839 BGB in Verbindung mit dem Staatshaftungsrecht, NJW 1966, S. 1341 ff.

v. Mutius, Albert: Zur Staatshaftung bei Erfüllung staatlicher Aufgaben durch Private, VerwArch 64 (1973), S.433 ff.

Nassauer, Wilhelm: Verwaltung und Privatrechtsform, Diss. Marburg 1980

Notthoff, Martin: Die Haftung von Trägern öffentlicher Gewalt für durch Handlungen Privater verursachte Schädigungen, NVwZ 1994, S. 771 ff.

Obermayer, Klaus: Die Übertragung von Hoheitsbefugnissen im Bereich der Verwaltungsbehörden, JZ 1956, S. 625 ff.

ders.: Grundzüge des Verwaltungsrechts und des Verwaltungsprozeßrechts, 3. Auflage, Stuttgart 1988 (zit.: Obermayer, VerwR)

Oldiges, Martin: Die Staatshaftung bei legislativem Unrecht, Der Staat 15 (1976), S. 381 ff.

Ossenbühl, Fritz: Anmerkung zu BGH JZ 1994, 984, JZ 1994, S. 786 ff.

ders.: Daseinsvorsorge und Verwaltungsprivatrecht, DÖV 1971, S. 513 ff.

ders.: Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private, VVDStRL 29 (1970), S. 137 ff.

ders.: Enteignungsgleicher Eingriff und Gefährdungshaftung im öffentlichen Recht, JuS 1971, S. 575 ff.

ders.: Probleme der Amtshaftung bei Versagen von Ampelanlagen-BGH NJW 1971, 2220 und 1972, 1268, JuS 1973, S. 421 ff.

ders.: Staatshaftungsrecht, 5. Auflage, München 1998

Osterloh, Lerke: Amtshaftung für polizeiliche Abschleppmaßnahme durch privatrechtlich beauftragten Unternehmer, JuS 1994, S. 174 ff.

Papier, Hans-Jürgen: Art. 34 GG, in: Maunz, Theodor/Dürig, Günter (u.a.): Kommentar zum Grundgesetz 34. Lieferung, München 1998 (zit.: Papier in: Maunz/Dürig)

ders.: § 839 BGB, in: Rebmann, Kurt/Säcker, Franz Jürgen/Rixeder, Roland (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5: Schuldrecht Besonderer Teil III (§§ 705-853) (zit.: Papier in: MünchKomm)

ders.: Die Forderungsverletzung im öffentlichen Recht, Diss. Berlin 1970 (zit.: Papier, Forderungsverletzung)

ders. /Dengler, Andreas: Die mißlungene Fahrzeugbergung, Jura 1995, S. 38 ff.

ders.: Staatshaftung, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.): Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VI, S. 1353 ff., Heidelberg 1989 (zit.: Papier in: Isensee/Kirchhof, HdbStR)

ders.: Staatshaftung kraft "Überlieferung", JZ 1975, S. 585 ff.

Pappermann, Ernst: Staatshaftung für aufsichtsführende Schüler auch bei unwirksamer Übertragung des Aufsichtsrechts, ZBR 1970, S. 354 ff.

Peine, Franz-Joseph: Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Auflage, Heidelberg 1998 (zit.: Peine, Allg. VerwR)

Pestalozza, Christian: Formenmißbrauch des Staates, München 1973 (zit.: Pestalozza, Formenmißbrauch)

Peters, Hans: Öffentliche und staatliche Aufgaben, in: Dietz, Rolf/Hübner, Heinz (Hrsg.): Festschrift für H.C. Nipperdey zum 70. Geburtstag, Bd. II, S. 877 ff., Berlin, München 1965 (zit.: Peters, FS-Nipperdey)

Pfab, Susanne: Staatshaftung in Deutschland: die Reformaufgabe und ihre Vorgaben in der rechtsstaatlichen Garantie des Artikel 34 Grundgesetz und durch die Erfordernisse des Gemeinschaftsrechts, München 1997 (zit.: Pfab, Staatshaftung)

Pieper, Helmut: Rechtsstellung des Sachverständigen und Haftung für fehlerhafte Gutachten, in: Baltzer, Johannes (Hrsg.), u.a.: Gedächtnisschrift für Rudolf Bruns, München 1980, S. 167-180 (zit.: Pieper, Sachverständige)

Pieroth, Bodo/Schlink, Bernhard: Staatsrecht II, Grundrechte, 14. Auflage, Heidelberg 1999 (zit.: Pieroth/Schlink, Grundrechte)

Preis, Ulrich: in: Dieterich, Thomas/Hanau, Peter/Schaub, Günter (Hrsg.): Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, München 1998 (zit.: ErfK-Preis)

Quaritsch, Helmut: Der grundrechtliche Status der Ausländer, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.): Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band V, S. 663 ff., Heidelberg 1992 (zit.: Quaritsch in: Isensee/Kirchhof, HdbStR)

Raiser, Ludwig: Urteilsanmerkung zu BGH JZ 1959, 405, JZ 1959, S. 407 ff.

Reinhardt, Rudolf: Einige Grundgedanken über § 839 BGB und die Staatshaftung, DÖV 1955, S. 542 ff.

Reuß, W.: Öffentliche Verwaltung durch Private, DVBl. 1976, S. 927 ff.

Rittstieg, Helmut: Art. 34 GG, in: Azzola, Axel u.a.: Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Band 1 Art. 1-37 GG, 2. Auflage, Darmstadt 1989 (zit.: AK-Rittstieg)

Röhl, Hans Christian: Verwaltung und Privatrecht - Verwaltungsprivatrecht?, VerwArch 86 (1995), S. 531 ff.

Rönne, Ludwig von: Das Staatsrecht der preußischen Monarchie, 2. Band, 1. Abtheilung, 3. Auflage, Leipzig 1871

Rudolf, Walter: Verwaltungsorganisation, in: Erichsen, Hans-Uwe (Hrsg.): Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 771 ff., 11. Auflage, Berlin, New York 1998 (zit.: Erichsen/Rudolf, Allg. VerwR)

Rüfner, Wolfgang: Das Recht der öffentlich-rechtlichen Schadensersatz- und Entschädigungsleistungen, in: Erichsen, Hans-Uwe (Hrsg.): Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 667 ff., 11. Auflage, Berlin, New York 1998 (zit.: Erichsen/Rüfner, Allg. VerwR)

ders.: Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft, Untersuchungen zum Problem der leistenden Verwaltung, Berlin 1967 (zit.: Rüfner, Formen)

Ruland, Franz: Der Anwendungsbereich der Amtshaftung, BayVBl. 1976, S. 581 ff.

ders.: Indemnität und Amtshaftung für Abgeordnete, Der Staat 14 (1975), S. 457 ff.

Rupp, Hans Heinrich: Widerruf amtlicher ehrenkränkender Behauptungen, NJW 1961, S. 811 ff.

ders.: Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, Tübingen 1965 (zit.: Rupp, Grundfragen)

Sachs, Michael: Die Maßstäbe des allgemeinen Gleichheitssatzes - Willkürverbot und sogenannte neue Formel JuS 1997, S. 124 ff.

ders.: Grundgesetz, Kommentar, 2. Auflage, München 1999 (zit.: Sachs)

Schack, Friedrich: Die Haftung des Staates für die am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organe, DÖV 1971, S. 446 ff.

ders.: Entschädigung bei "legislativem Unrecht"?, MDR 1953, S. 514 ff.

Schäfer, Karl: § 839 BGB, in: von Staudinger, Julius (Begr.)/Amann, Hermann (Mitverf.); Beitzke, Günther (Hrsg.): Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse §§ 833-853, 12. Auflage, Berlin 1986 (zit.: Staudinger/Schäfer)

Schenke, Wolf-Rüdiger: Die Haftung des Staates bei normativem Unrecht, DVBl. 1975, S. 121 ff.

Scheuner, Ulrich /Lerche, Peter: Amtshaftung und enteignungsgleicher Eingriff, JuS 1961, S. 237, 247 ff.

ders.: Grundfragen der Staatshaftung für schädigende Eingriffe, in: Bachof, Otto/Drath, Martin/Gönnenwein, Otto/Walz, Ernst: Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht, Band 6, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, S. 331 ff. (zit.: Scheuner, GS-Jellinek)

Schilling, K.J.: Wesen und Form der Rechtsverleihung, JR 1968, S. 87 ff.

Schimikowski, Peter: Ersatzvornahme und Amtshaftung, VersR 1984, S. 315 ff.

Schlick, Wolfgang/Rinne, Eberhardt: Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zum Staatshaftungsrecht (Teil 1), NVwZ 1997, S. 1065 ff.

Schmidt, Detlef: Die Unterscheidung von privatem und öffentlichem Recht, 1. Auflage, Baden-Baden 1985 (zit.: Schmidt, Unterscheidung von privatem und öffentlichem Recht)

Schmidt-Aßmann, Eberhard: Art. 19 IV GG, in: Maunz, Theodor/Dürig, Günter (u.a.): Kommentar zum Grundgesetz, 24. Lieferung, München 1985 (zit.: Schmidt-Aßmann in: Maunz/Dürig)

ders.: Die Lehre von den Rechtsformen des Verwaltungshandelns -Ihre Bedeutung im System des Verwaltungsrechts und für das verwaltungsrechtliche Denken der Gegenwart-, DVBl. 1989, S. 533 ff.

ders.: Öffentliches Recht und Privatrecht: Ihre Funktionen als wechselseitige Auffangordnungen. Einleitende Problemskizze, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard: Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 1. Auflage, Baden-Baden 1996 (zit.: Schmidt-Aßmann, Öffentliches Recht und Privatrecht)

Schneider, Hans-Peter (Hrsg.): Das Grundgesetz, Dokumentation seiner Entstehung, Band 10 (Art. 30 - 37), Frankfurt/M. 1996 (zit.: Schneider, Dokumentation)

Schneider, Hans: Die Reichsverfassung vom 11. August 1919, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.): Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band I, S. 85 ff., Heidelberg 1987 (zit.: Schneider in: Isensee/Kirchhof, HdbStR)

Schoch, Friedrich: Amtshaftung, Jura 1988, S. 585 ff.

ders.: Folgenbeseitigung und Wiedergutmachung im Öffentlichen Recht, VerwArch 79 (1988), S. 1 ff.

Schöning, Jürgen: Rechtliche Auswirkungen der Technisierung auf das System der öffentlichrechtlichen Ersatzleistungen, Diss. Bochum 1973 (zit. Schöning, Rechtliche Auswirkungen der Technisierung)

Schröder, Meinhard: Öffentliches Recht: Die ungleiche Werftensubvention, JuS 1969, S. 27 ff.

Schröer, Hans-Hermann/Kortmann, Jürgen/Andrae, Claudia: Die Haftung von Gemeinderats- sowie von Kreistagsmitgliedern bei Amtspflichtverletzungen, NVwZ 1986, S. 449 ff.

Schröer, Leopold: Finden die Vorschriften in § 839 BGB und Art. 34 GG auf Pflichtverletzungen kirchlicher Beamter Anwendung?, JZ 1958, S. 422 ff.

Schuppert, G.: Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch verselbständigte Verwaltungseinheiten, Göttingen 1981 (zit.: Schuppert, Erfüllung öffentlicher Aufgaben)

Schwabe, Jürgen: Art. 14 GG und die hoheitliche Zuerkennung privatrechtlicher Einwirkungsbefugnisse, DVBl. 1973, S. 103 ff.

Schwegmann, Bruno/Summer, Rudolf: Bundesbesoldungsgesetz, Ordner II, Stand: 1992/2000 (zit. Schwegman/Summer, BBesG)

Seibert, Max-Jürgen: Öffentliches Recht: Verbotswidriges Parken, JuS 1985, S. 625 ff.

Speiser, Hilger: Ersatzpflicht des Staates bei unmittelbaren Eingriffen durch verfassungswidrige Gesetze, Diss. Frankfurt 1974 (zit. Speiser, Ersatzpflicht)

Stein, Lorenz: Die Verwaltungslehre, 1. Teil, 2. Auflage, Stuttgart 1869

Steinberg, Rudolf/Lubberger, Andreas: Aufopferung- Enteignung und Staatshaftung, 1. Auflage, Baden-Baden 1991 (zit.: Steinberg/Lubberger, Aufopferung)

Steiner, Udo: Der "beliehene Unternehmer", Anm. zu VG Münster NJW 1967, 171, JuS 1969, S. 69 ff.

ders.: Öffentliche Verwaltung durch Private, Allgemeine Lehren, Bochum 1975

Stern, Klaus: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band I, 2. Auflage, München 1984 (zit.: Stern, Staatsrecht, Bd. I)

ders.: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/1, München 1988 (zit.: Stern, Staatsrecht, Bd. III/1)

ders.: Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.) Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band V, S. 45 ff., Heidelberg 1992 (zit.: Stern in: Isensee/Kirchhof, HdbStR)

Stobbe, Otto: Handbuch des Deutschen Privatrechts, 3. Band, 2. Auflage, Berlin 1885

Stober, Rolf: Schüler als Amtshelfer (dargestellt am Beispiel des Schülerlotsendienstes), Berlin 1972

Sundheim, Carl: Schadensstiftung durch Staatsbeamte, Gießen 1827

Süsterhenn, Adolf/Schäfer, Hans: Kommentar der Verfassung für Rheinland-Pfalz, Koblenz 1950

Tettinger, Peter/Wank, Rolf: Gewerbeordnung, 6. Auflage, München 1999 (zit.: Tettinger/Wank, GewO)

Triepel, Heinrich: Staatsdienst und staatlich gebundener Beruf, in: Festschrift für Karl Binding, S. 1 ff., 2. Band, Leipzig 1911

Vinke, Harald: § 839 BGB, in: Soergel, Hs. Th. (Begr.)/Siebert, W.: Bürgerliches Gesetzbuch, Band 5/2: Schuldrecht IV/2 (§§ 823-853), 12. Auflage, Stuttgart, Berlin, Köln 1999 (zit.: Soergel/Vinke)

Wagner, Heinz: Amts-oder Fiskalhaftung?, JZ 1968, S. 245 ff.

Weiss, Reingard: Der Beamtenbegriff im Straf- und Haftungsrecht, Tübingen 1960 (zit.: Weiss, Beamtenbegriff)

Weißén, Marion: Schadensersatzansprüche Privater gegen Hoheitsträger bei Durchführung hoheitlicher Aufgaben durch Privatunternehmen, JA 1980, S. 477 ff.

Weitnauer, Hermann: Die Haftung aus Amtspflichtverletzungen, Düsseldorf 1956 (zit.: Weitnauer, Haftung)

Weller, Frank: Besondere Probleme der Haftung für Amtspflichtverletzungen im Zivildienst, Anspruchsgrundlagen und Haftungssubjekte, Diss. Gießen 1993 (zit.: Weller, Haftung)

Wertenbruch, Wilhelm: Die Begriffe: Beamter, Richter, Soldat auf bundesrechtlicher Ebene, DÖV 1960, S. 672 ff.

Westermann, Harry: Haftung für fremdes Handeln, JuS 1961, S. 333 ff.

Wieland, Joachim: Art. 34 GG, in: Dreier, Horst (Hrsg.): Grundgesetz, Kommentar, Band II Art. 20-82, Tübingen 1998 (zit.: Dreier/Wieland)

Wiethaup, Hans: Abschleppen von verbotswidrig abgestellten Kraftfahrzeugen, DAR 1973, S. 264 ff.

Windscheid, Bernhard: Lehrbuch des Pandektenrechts, 2. Band, 3. Auflage, Düsseldorf 1873

Windscheid, Bernhard /Kipp, Theodor: Lehrbuch des Pandektenrechts, 2. Band, 9. Auflage, Frankfurt a. M. 1906

Windthorst, Kay: Staatshaftungsrecht, JuS 1995, S. 791 ff.

ders./Sproll, Hans-Dieter: Staatshaftungsrecht, München 1994

Wollenschläger, Michael/Pollet, Dirk/Löffler, Markus: Arbeitsrecht, Köln, Berlin, Bonn, München 1999 (zit.: Wollenschläger, ArbR)

Württemberg, Thomas: Anmerkung zu BGH JZ 1993, 1001, JZ 1993, S. 1003 ff.

ders.: Zurückbehaltungsrechte und Schadensersatzansprüche beim Abschleppen verbotswidrig parkender Kraftfahrzeuge, DAR 1983, S. 155 ff.

Zachariä, H.A.: Ueber die Haftungsverbindlichkeit des Staates aus rechtswidrigen Handlungen und Unterlassungen seiner Beamten, Nachdruck aus ZGeStW Bd. 19 (1863), S. 582 ff. (zit.: Zachariä, Haftungsverbindlichkeit des Staates)

Zeidler, Karl: Schranken nichthoheitlicher Verwaltung, VVDStRL 19 (1961), S. 208 ff.

Zeuner, Albrecht: § 823 BGB, in: Soergel, Hs. Th. (Begr.)/Siebert, W.: Bürgerliches Gesetzbuch, Band 5/2: Schuldrecht IV/2 (§§ 823-853), 12. Auflage, Stuttgart, Berlin, Köln 1999 (zit.: Soergel/Zeuner)

Zoepfl, Heinrich: Grundsätze des Allgemeinen und Deutschen Staatsrechts, mit besondere Rücksicht auf das allgemeine Staatsrecht und auf die neuesten Zeitverhältnisse, 2. Teil, 5. Auflage, Leipzig, Heidelberg 1963

Zuleeg, Manfred: Beleihung mit Hoheitsgewalt, Verwaltungshilfe und privatrechtliches Handeln bei Schülern, DÖV 1970, S. 627 ff.