Zweiter Beratungsgegenstand

Gefährdungshaftung im öffentlichen Recht?

Zur Haftung des Staates ohne Verschulden

1. Bericht von Professor Dr. Günther Jaenicke, Frankfurt (Main)

1.

Die Theorie der öffentlichrechtlichen Gefährdungshaftung, die in letzter Zeit vor allem von Forsthoff vertreten worden ist[1]), bisher jedoch in der Lehre nur wenig Boden gewinnen konnte[2]), will das bestehende System der Staatshaftung um einen neuen Haftungstatbestand erweitern. Diese Haftung soll kein Verschulden auf Seiten der handelnden Staatsorgane voraussetzen, sondern eine reine Verursachungshaftung sein; sie soll für solche Schäden eintreten, die unmittelbare Folge einer von hoher Hand geschaffenen individuellen und außergewöhnlichen Gefahrenlage sind.

---

[1]) Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1. Bd.: Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 1961, S. 315 ff.

[2]) Reinhardt, Gutachten, Vhdlg. d. 41. Dtsch. Juristentages 1955, 1. Bd., 1. Halbbd., 1955, S. 256 ff.; ders., Einige Grundgedanken über § 839 BGB und die Staatshaftung, DÖV 1955 S. 542 (544); G. Rinck, Gefährdungshaftung, 1959, S. 13—14; Wilke, Die Haftung des Staates für rechtswidriges, aber schuldloses Verhalten eines Amtsträgers in Wahrnehmung von Hoheitsrechten, 1960, S. 54 ff.

Scheuner, Grundfragen der Staatshaftung für schädigende Eingriffe, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, S. 331 (333, 345) und Zeidler, „Verwaltungsfabrikat" und Gefährdungshaftung, DVBl. 1959, S. 681 (687) empfehlen die Gefährdungshaftung nur de lege ferenda; ersterer äußert aber in DÖV 1955 S. 545 (s. u. Anm. 8) Zweifel, ob neben dem Aufopferungsanspruch ausreichender Anlaß dafür besteht. Katzenstein (Entschädigungspflicht des Staates bei rechtswidrig-schuldloser Ausübung öffentlicher Gewalt, 1935) und Schack, die vielfach zu den Befürwortern der Gefährdungshaftung gerechnet wurden, erkennen diese nicht als ein Sonderinstitut des öffentlichen Entschädigungsrechts an (Katzenstein, Die Entschädigungspflicht des Staates aus rechtswidrig-schuldloser Ausübung öffentlicher Gewalt, MDR 1952 S. 193; Schack, Gefährdungshaftung auf dem Gebiete des deutschen öffentlichen Rechts, DÖV 1961 S. 728, 733, 734).

Ein erstes, naheliegendes Bedenken gegen einen solchen Haftungstatbestand ergibt sich daraus, daß er nicht eindeutig umschreiben kann, von welcher Art und Intensität die Gefahrenlage sein muß, um haftungsbegründend zu sein. Die Anhänger der öffentlichrechtlichen Gefährdungshaftung nennen als Beispiele für solche Gefahrenlagen: Gesundheitsschäden der bei Nothilfeleistungen eingesetzten Personen, Verletzung unbeteiligter Passanten durch den Waffengebrauch eines Polizisten oder Schäden durch Explosion eines Munitionsdepots[3]). Daß diese Schadensfälle nach unserem Rechtsempfinden entschädigungsbedürftig sind, auch wenn sie nicht auf ein Verschulden staatlicher Organe zurückgeführt werden können, wird heute nicht mehr bestritten; die Rechtsprechung hat aber Wege gefunden, in Schadensfällen dieser Art aus dem Gesichtspunkt der Aufopferung eine Entschädigung zu gewähren, ohne hierzu auf den Haftungsgrund der Gefährdungshaftung zurückgreifen zu müssen[4]).

Die Anhänger einer öffentlichrechtlichen Gefährdungshaftung glauben, daß Schadensfälle dieser Art mit dem Tatbestand der Aufopferung nicht befriedigend erfaßt werden könnten, weil es an spezieller hoheitlicher Nötigung zu solchen außergewöhnlichen Schäden fehle; sie sind der Ansicht, daß der eigentliche und ausschließliche Haftungsgrund für solche Schadensfälle in der Herbeiführung einer besonderen Gefahrenlage gesucht werden müsse[5]). Man muß bezweifeln, ob die Herbeiführung einer besonderen Gefahrenlage für sich allein ein ausreichender Haftungsgrund sein kann; eine genauere Betrachtung der genannten Beispiele zeigt nämlich, daß die besondere

[3]) Vgl. Forsthoff, aaO. (s. Anm. 1) S. 315; ferner die von Schack, aaO. (s. Anm. 2) S. 729 gegebenen Beispiele.

[4]) Übersicht über die Rspr. des RG bei Schack, Die Anwendung des § 75 Einl. z. Pr ALR auf schuldlos rechtswidrige Eingriffe der öffentlichen Gewalt in der Rechtsprechung des Reichsgerichts, VerwArch 40 (1935) S. 426 ff. und bei derns., Gutachten, Vhdlg. d. 41. Dtsch. Juristentages 1955, 1. Bd., 1. Halbbd., 1955, S. 16 f. Aus der neueren Rechtsprechung vgl. BGH, 10. 2. 1956, BGHZ 20, 81 und BGH, 29. 10. 1959, Vers.Recht 1960, S. 248 (Aufopferungsentschädigung bei Verletzung Unbeteiligter durch polizeilichen Waffengebrauch). Soweit Vermögensrechte und -interessen beeinträchtigt werden, setzt der BGH an die Stelle der Aufopferung den „enteignenden Eingriff": vgl. BGH, 10. 11. 1959, BGHZ 28, 310 (Entschädigung für die Beschädigung eines im Rahmen gemeindlicher Hand- und Spanndienste in Anspruch genommenen Treckers bei gefährlichen Transportarbeiten); OLG Celle, 15. 10. 1960, DVBl. 1960 S. 939 = NJW 1961 S. 79 = JZ 1961 S. 372 mit Anm. Schack (Sachschäden durch militärische Schießübungen), wegen Annahme einer Sonderopferlage, die das OLG verneint hatte, zurückverwiesen durch BGH, 15. 3. 1962, DÖV 1962, 543.

[5]) Forsthoff, aaO. (s. Anm. 1) S. 315.

Gefahrenlage zunächst einmal nur den notwendigen Kausalzusammenhang zwischen der staatlichen Tätigkeit und der außergewöhnlichen Schadensfolge herstellt. Die Anhänger der öffentlichrechtlichen Gefährdungshaftung sind sich auch der Gefahr bewußt, daß sie mit dieser Haftungsbegründung in letzter Konsequenz auf eine allgemeine Verursachungshaftung des Staates zusteuern; sie machen deshalb die Einschränkung, daß es zur Begründung der Haftung eine individuelle und außergewöhnliche Gefahrenlage sein müsse, in die der Staat den Geschädigten versetzt habe.[6]). Eine solche Feststellung wird jedoch nur durch eine nachträgliche Beurteilung der konkreten Situation des Geschädigten auf Grund des eingetretenen außerordentlichen Schadens getroffen werden können; damit muß im Grunde doch wieder auf die konkrete Situation des Geschädigten im Verhältnis zu den anderen abgestellt und eine Sonderopferlage zur Grundlage der Haftung gemacht werden.

2.

De lege lata läßt sich ein Rechtsgrundsatz, wonach der Staat für Schäden aus einer von ihm verursachten Gefahrenlage ohne Rücksicht auf Verschulden haftet, weder im geschriebenen noch im ungeschriebenen Recht nachweisen. Die Gerichte haben dazu — bis auf zwei einander widersprechende Oberlandesgerichtsentscheidungen[7]) — noch nicht Stellung genommen; sie hatten bisher, wie schon bemerkt, auch keinen Anlaß, auf einen solchen Rechtsgrundsatz zurückgreifen zu müssen, um einen als entschädigungsbedürftig betrachteten Schadensfall befriedigend zu lösen. Das Schrifttum steht der Annahme einer

[6]) Forsthoff, aaO. (s. Anm. 1), S. 318: „Um nicht uferlosen Entschädigungsansprüchen das Wort zu reden, wird streng darauf zu achten sein, der Gefährdungshaftung strenge und kontrollierbare Grenzen zu setzen. Deshalb muß die Gefahrenlage eine individuelle und außergewöhnliche sein, das heißt sie muß die normalen Gefahren, denen sich jeder ausgesetzt sieht und die unterschiedliche Grade haben und von unterschiedlicher Art sind, eindeutig übersteigen. Der Beurteilungsmaßstab wird in der Regel von der Gefahrenquelle her gegeben sein... Der Schaden muß die unmittelbare Folge der Realisierung der Gefahr sein, er darf nicht mittelbar durch die Gefahr bedingt sein. Auf die Höhe des Schadens und damit seine Zumutbarkeit kommt es an sich nicht an, dagegen wird man eine untere Grenze annehmen dürfen, durch welche Bagatellschäden von der Abgeltung ausgeschlossen werden."

[7]) Das OLG Neustadt/W. hat im Urteil vom 20. 12. 1957 (MDR 1958 S. 427) Forsthoffs Lehre übernommen, die Entschädigung aber in dem entschiedenen Falle nicht gewährt; das OLG Oldenburg (8. 11. 1957, JR 1958 S. 222 = NJW 1958 S. 1096) lehnt eine Gefährdungshaftung ab.

allgemeinen öffentlichrechtlichen Gefährdungshaftung des Staates mit Skepsis gegenüber[8]).

Eine solche Haftung kann auch nicht durch Übertragung des Rechtsgedankens der privatrechtlichen Gefährdungshaftung[9]) auf das Verhältnis zwischen Staat und Bürger begründet werden:

a) Die privatrechtliche Gefährdungshaftung knüpft an bestimmte, mit besonderen Schadensrisiken belastete Tätigkeiten an, die nach Ansicht des Gesetzgebers eine abweichende Verteilung des Risikos für unverschuldete Schäden zu Lasten des Unternehmers dieser Tätigkeiten rechtfertigen; sie ist auf Schadensfolgen spezifischer Betriebsgefahren[10]) und in der Regel durch Haftungshöchstsummen[11]) begrenzt. Die sondergesetzlichen Haftungstatbestände der privatrechtlichen Gefährdungshaftung lassen nach übereinstimmender Ansicht in Rechtsprechung und Schrifttum wegen ihrer Spezialität eine analoge Anwendung auf sonstige mit besonderen Schadensrisiken verbundene Tätigkeiten nicht zu[12]).

---

[8]) Bettermann, Zur Lehre vom Folgenbeseitigungsanspruch, DÖV 1955 S. 528 (531); ders., Rechtsgrund und Rechtsnatur der Staatshaftung, DÖV 1954 S. 299 (303 f.); Friebe, Vorschläge für die Neuordnung des Amtshaftungsrechts, ZBR 1957 S. 389 (393); Janssen, Der Anspruch auf Entschädigung bei Aufopferung und Enteignung, 1961, S. 156; Schack, aaO. (s. Anm. 2); Scheuner, Probleme der staatlichen Schadenshaftung nach deutschem Recht, DÖV 1955 S. 545; Schlochauer, Öffentliches Recht, 1957, S. 232; Weimar, Gibt es eine öffentlich-rechtliche Gefährdungshaftung? JR 1958 S. 96; Wolff, Verwaltungsrecht I, 4. Aufl. 1961, S. 369.

[9]) §§ 1 ff. Reichshaftpflichtgesetz v. 7. 6. 1871 (RGBl. S. 207), ergänzt am 15. 8. 1943 (RGBl. I, S. 489); §§ 1 ff. Sachhaftpflichtgesetz v. 29. 4. 1940 (RGBl. I S. 691); § 7 Straßenverkehrsgesetz v. 19. 12. 1952 (BGBl. I S. 837); §§ 33, 53 Luftverkehrsgesetz v. 10. 1. 1959 (BGBl. I S. 9); §§ 25 ff. Atomgesetz v. 23. 12. 1959 (BGBl. I S. 814); § 22 Wasserhaushaltsgesetz v. 27. 7. 1957 (BGBl. I S. 1110).

Nach einem — bisher nicht veröffentlichten — Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums soll im Rahmen der geplanten Bereinigung und Neuordnung des Schadensersatzrechts die Gefährdungshaftung des Reichshaftpflichtgesetzes auf Anlagen zur Fortleitung von Dampf, Wasser und sonstigen Flüssigkeiten sowie auf die Herstellung, Lagerung und Beförderung explosiver, feuergefährlicher und giftiger Stoffe ausgedehnt werden; an der Systematik des Haftpflichtrechts soll im übrigen — bis auf die Haftungsgrenzen — nichts Wesentliches geändert werden.

[10]) Esser, Schuldrecht, 2. Aufl. 1960, S. 949 ff.

[11]) §§ 7a, 7b Haftpflichtgesetz, § 4 Sachhaftpflichtgesetz, § 12 StVG, § 37 Luftverkehrsgesetz, § 31 Atomgesetz.

[12]) Vgl. Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, 15. Bearb. 1958, S. 928; RG, 11. 4. 1935, RGZ 147, 353 (355, 356); OLG Oldenburg, 8. 11. 1957, JR 1958, S. 222 = NJW 1958, S. 1096; neuestens BArbG, Gr.Sen., 10. 11. 1961, NJW 1962, S. 411

b) Die privatrechtliche Gefährdungshaftung läßt sich auch ihrem Rechtsgedanken nach auf das öffentlichrechtliche Verhältnis zwischen Staat und Bürger nicht übertragen. Die Anhänger einer öffentlichrechtlichen Gefährdungshaftung wollen Fälle mit einer ganz anderen Sach- und Interessenlage erfassen:

1) Die Haftung soll nicht an einen abgegrenzten Kreis bestimmter, besonders „gefährlicher" Tätigkeiten anknüpfen, die eine generelle Überbürdung des Schadensrisikos auf den „Unternehmer" dieser Tätigkeiten rechtfertigen könnten; sie knüpft vielmehr an den Tatbestand eines außerordentlichen Schadens an, der durch irgendeine — nicht notwendig „gefährliche" — Staatstätigkeit ausgelöst worden ist.

2) Die Haftung soll keinen Interessenausgleich zwischen gleichrangigen Interessenträgern durch Verteilung des Schadensrisikos herbeiführen, sie soll und kann auch gar nicht allgemein und für alle Zeit festlegen, in welchem Umfange der einzelne Bürger im Verhältnis zum Staat nachteilige Folgen staatlicher Tätigkeit zu tragen hat; sie soll nicht im Verhältnis zum Staat, sondern vielmehr im Verhältnis zwischen den einzelnen Bürgern einen Ausgleich herbeiführen, indem sie dem einzelnen Bürger Belastungen abnimmt, die zu tragen ihm nach dem Grundsatz der Lastengleichheit aller Staatsbürger nicht zugemutet werden kann.

Wegen dieser grundsätzlichen Verschiedenheit der Sach- und Interessenlage sollte man besser davon absehen, den Begriff der „Gefährdungshaftung", der im Bereich der privatrechtlichen Haftpflichtregelungen seinen festen Platz mit einem klar umrissenen Inhalt hat, auf die anders gelagerten Tatbestände des öffentlichen Rechts zu übertragen.

Auch in ausländischen Rechtssystemen ist bisher die durch staatliche Tätigkeit herbeigeführte besondere Gefahrenlage als selbständiger genereller Haftungsgrund nicht anerkannt worden. Nur das französische Staatshaftungsrecht macht hier — teilweise — eine Ausnahme: Die Anhänger der öffentlichrechtlichen Gefährdungshaftung können mit einem gewissen Recht darauf verweisen[13]), daß die Rechtsprechung des französischen Conseil d'Etat eine Haftung des Staates für einige von staatlichen Organen verursachte „risques exceptionnels" ohne Nachweis eines Verschuldens anerkannt hat[14]). Aus dieser Recht-

[13]) Forsthoff, aaO. (s. Anm. 1) S. 316.

[14]) Die grundlegenden Entscheidungen des Conseil d'Etat zur Haftung aus erhöhtem Gefahrenrisiko sind folgende: 28. 3. 1919, Fall Regnault-Desroziers, Rec. 1919, S. 329 (Explosion eines Munitionsdepots); 24. 12. 1926, Fall Walther, Rec. 1926, S. 1140 (Übergreifen des Feuers auf ein Nachbargrundstück beim Niederbrennen eines verseuchten Hauses); 24. 6. 1949, Fall Lecomte, Rec. 1949,

sprechung darf jedoch nicht der Schluß gezogen werden, daß der Conseil d'Etat ganz allgemein damit die vom Staat ver-

---

S. 307 (Verletzung eines unbeteiligten Passanten bei berechtigtem Schußwaffengebrauch der Polizei); 3. 2. 1956, Fall Thouzellier, Rec. 1956, S. 49 (Schäden durch einen entwichenen jugendlichen Sträfling in der Nachbarschaft einer „offenen" Reedukationsanstalt im Gegensatz zu den Fällen, in denen Sträflinge oder Geisteskranke aus dem normalen Straf- oder Haftvollzug entwichen waren und hierfür nur bei grobem Verschulden der verantwortlichen Vollzugsorgane gehaftet wird; vgl. 3. 2. 1956, Fall Harrau, Rec. 1956, S. 50, und 3. 10. 1958, Fall Rakotarivony, Rec. 1958, S. 470).

Die folgenden vom Conseil d'Etat anerkannten Fallgruppen einer Haftung ohne Verschulden beruhen dagegen auf anderen Grundlagen:

a) Die Haftung des Staates für Schäden durch sog. travaux publics (zum unbeweglichen Vermögen gehörende öffentliche Bauten und Anlagen, wie z. B. Straßen, Brücken, Kanäle, Eisenbahnen, Elektrizitäts- und Gasleitungen etc. einschließlich der Arbeiten zu ihrer Herstellung und Unterhaltung) wird auf ein Gesetz aus dem Jahre 1800 zurückgeführt und folgt eigenen, von den Verwaltungsgerichten in ständiger Rechtsprechung entwickelten Regeln: Danach wird dem Benutzer solcher Anlagen und Einrichtungen nur bei Verschulden (z. B. bei ihrer ungenügenden Unterhaltung), unbeteiligten Dritten jedoch ohne Verschulden gehaftet, sofern nicht höhere Gewalt oder eigenes Verschulden des Dritten vorliegt (z. B. neuestens Conseil d'Etat, 25. 4. 1958, Fall Barbaza, Rec. 1958, S. 228, Tod eines Dritten durch ein als stromlos bezeichnetes, jedoch inzwischen unbefugt unter Strom gesetztes Hochspannungskabel); ausnahmsweise wird auch dem Benutzer ohne Verschulden gehaftet, wenn es sich um die Realisierung einer besonderen, mit der Anlage verbundenen außerordentlichen Gefahr handelt (Conseil d'Etat, 21. 1. 1949, Fall Société Grand-combienne d'éclairage et d'énergie, Rec. 1949, S. 32, Blitzschlag über die Elektrizitätsleitung in das Haus des Verbrauchers). Die Haftung für travaux publics beruht nach herrschender Ansicht auf dem Grundgedanken, daß die Lasten und Gefahren öffentlicher Anlagen, die den Interessen der Allgemeinheit und der Benutzer dieser Anlage dienen sollen, nicht von dem Einzelnen, sondern von der Gesamtheit der Bürger (oder von dem Benutzer dieser Anlagen) getragen werden sollen; danach hat zwar der Benutzer, nicht aber der unbeteiligte Dritte die normalen Risiken solcher Anlagen zu tragen.

b) Die Haftung des Staates für Schäden derjenigen, die entweder auf Anfordern der Behörden oder freiwillig bei der Durchführung von Verwaltungsmaßnahmen Hilfe leisten (z. B. Festnahme von Verbrechern, Bekämpfung von Bränden, ärztliche Unfallhilfe), wird in Erweiterung der für öffentliche Bedienstete entwickelten Regeln aus dem Fürsorgepflichtgedanken hergeleitet; danach hat der Dienstherr für Schäden aufzukommen, die seinen Bediensteten im Rahmen des „risque professionnel" entstehen.

c) Die Haftung für Schäden durch Dienstkraftwagen, die früher aus vermutetem Verschulden beim Gebrauch „gefährlicher" Sachen („choses dangereuses") hergeleitet wurde, ist seit dem Gesetz vom 31. 12. 1957 in die Zuständigkeit der Zivilgerichte übergegangen und wird nunmehr nach den privatrechtlichen Haftungsgrundsätzen für Kraftfahrzeuge behandelt.

ursachte Gefahrenlage als selbständigen Haftungsgrund anerkannt habe. Eine solche Schlußfolgerung würde nicht genügend berücksichtigen, daß das französische Staatshaftungsrecht den Haftungsgrund der Aufopferung nicht kennt, seine Haftungsgrundsätze unabhängig vom Zivilrecht nicht nur für spezifisch hoheitliche Tätigkeiten, sondern auch für andere — im deutschen Recht meist der Privatrechtsordnung unterworfene — Staatstätigkeiten (öffentliche Bauten und Arbeiten, Tätigkeit der öffentlichen Versorgungsbetriebe, Verkehrssicherung auf öffentlichen Wegen, Gebrauch von Dienstkraftwagen) entwickelt hat. Der Conseil d'Etat wendet die Haftung des Staates aus erhöhtem Risiko nur auf bestimmte, keineswegs auf alle gefährlichen Tätigkeiten oder Zustände und auch dann nur mit größter Zurückhaltung an, wenn eine Verschuldenshaftung auch mit sehr weiten Schuldvermutungen nicht zu begründen ist, dem Geschädigten aber aus Billigkeitsgründen ein Verschuldensbeweis nicht zugemutet werden kann[15]). In der französischen Lehre ist daher umstritten, inwieweit die vom Conseil d'Etat anerkannten Tatbestände der Haftung des Staates ohne Verschulden auf dem Grundsatz der Haftung aus erhöhtem Risiko oder auf dem Grundsatz der Lastengleichheit aller Staatsbürger beruhen[16]). Instruktiv ist in diesem Zusammenhange, wie der Conseil d'Etat die Schadensfälle durch Waffengebrauch der Polizei behandelt hat: Der durch berechtigten oder unberechtigten Schußwaffengebrauch der Polizei verletzte unbeteiligte Dritte erhielt eine Entschädigung, ohne ein Verschulden der verantwortlichen Polizeibeamten nachweisen zu müssen; derjenige aber, gegen den zur Erzwingung eines polizeilichen Haltgebots mit Hilfe der Schußwaffe vorgegangen wurde, erhielt eine Entschädigung nur bei Nachweis

---

[15]) Conseil d'Etat, 7. 3. 1958, Fall Dejous, Rec. 1958, S. 153 (Impfschaden durch Übertragung von Bazillen); der Gerichtshof lehnte hier entgegen der Ansicht der Vorinstanz und abweichend von dem Plaidoyer des Commissaire du gouvernement (abgedr. Revue de droit public, 1958, S. 1087 ff.) die Anwendung der Risikohaftung auf derartige Impfschäden ab und stützte die Entschädigungspflicht auf vermutetes Verschulden.

[16]) Aus dem französischen Schrifttum: F. B. Bénoit, Le régime et le fondement de la responsabilité de la puissance publique, Juris-Classeur Périodique 1954, I, 1178; R. Chapus, Responsabilité publique et responsabilité privée, 1957, S. 265—346; Ch. Eisenmann, Sur le degré d'originalité du régime de la responsabilité extracontractuelle des personnes publiques, Juris-Classeur Périodique 1949, I, 742 (751); A. de Laubadère, Traité élémentaire de droit administratif, 2. Aufl. 1957, S. 471—484; Lefèvre, L'égalité devant les charges publiques, 1948; G. Vedel, Droit administratif, 2. Aufl. 1961, S. 257—263; M. Waline, Droit administratif, 8. Aufl. 1959, S. 725—757.

eines Verschuldens des Beamten, auch wenn objektiv kein Grund zu einem Vorgehen gegen ihn bestand und das polizeiliche Gebot von ihm ohne Verschulden mißachtet wurde[17]). Diese Differenzierung zeigt sehr klar, daß für den Conseil d'Etat nicht die in beiden Fällen gleiche Gefährlichkeit des Waffengebrauchs, sondern die unterschiedliche Situation des Geschädigten im Verhältnis zur Polizei der bestimmende Faktor für die Beurteilung des Schadensfalles war[18]). Das französische Staatshaftungsrecht scheint mir daher nicht recht geeignet, die Konstruktion einer allgemeinen öffentlichrechtlichen Gefährdungshaftung des Staates zu rechtfertigen.

3.

Die Anhänger der öffentlichrechtlichen Gefährdungshaftung begründen die von ihnen für notwendig gehaltene Erweiterung der Haftung des Staates mit der veränderten Stellung des Einzelnen im modernen Staat, die es nicht mehr zulasse, ihm das Risiko für vom Staat verursachte Schäden aufzubürden[19]).

---

[17]) Siehe die folgenden gegensätzlichen Entscheidungen des Conseil d'Etat: 24. 6. 1949, Fälle Lecomte und Franquette et Daramy, Rec. 1949, S. 307 und 308 (Verletzung unbeteiligter Passanten durch abirrende Kugeln beim Schußwaffengebrauch gegen einen die Polizeisperre durchbrechenden Kraftwagen); 27. 7. 1951, Fall Aubergé et Dumont Rec. 1951, S. 447 (Verletzung der Insassen eines Kraftwagens beim Durchfahren einer von ihnen ohne Verschulden unbemerkt gebliebenen Polizeisperre).

[18]) Hierzu die eingehenden Untersuchungen bei J. Moreau, L'influence de la situation et du comportement de la victime sur la responsabilité administrative, 1957. Danach ist der Conseil d'Etat nicht geneigt, eine Haftung ohne Verschulden in den Fällen anzunehmen, in denen das schädigende Verhalten der Polizei Personen betroffen hat, die als Nutznießer oder Adressaten der schadensauslösenden Verwaltungstätigkeit in speziellen Beziehungen zur Verwaltung stehen; eine solche Haftung wird vielmehr nur zugunsten solcher Personen angenommen, die als vollkommen Unbeteiligte von den unmittelbaren Auswirkungen einer gefährlichen Verwaltungstätigkeit betroffen werden. Im gleichen Sinne das Plaidoyer des Commissaire du gouvernement im Falle Dejous (s. o. Anm. 15) aaO. S. 1094: „On doit donc admettre que la seule condition d'admission de la théorie du ris.ue est, au regard du préjudice, celle du dommage anormal et que les notions de voisinage et de chose dangereuse ne sont en aucune façon essentielles ... le dommage anormal, ce n'est pas ... le préjudice dû à l'emploi d'engins dangereux ou de procédés dangereux, c'est celui qui implique une rupture de l'égalité des citoyens devant les charges publiques à l'occasion d'un fonctionnement des services..."

[19]) Forsthoff, aaO. (s. Anm. 1) S. 316.

Dieses Anliegen hat seine Berechtigung, auch wenn man zu seiner Befriedigung den Weg über die Einführung einer allgemeinen Verursachungshaftung des Staates nicht für richtig hält. Dieses Anliegen ist auch nicht neu: es hat Otto Mayer schon zu seiner Theorie einer allgemeinen Verursachungshaftung des Staates veranlaßt, nur mit dem Unterschied, daß die Theorie der öffentlichrechtlichen Gefährdungshaftung den Haftungsgrund in der Gefahrenlage, Otto Mayer hingegen den Haftungsgrund in dem vom Geschädigten erbrachten Sonderopfer sah[20]). Die Voraussetzungen für die Anerkennung der Theorie Otto Mayers wären heute ungleich günstiger als vor 50 Jahren; die Rechtsprechung hat sich dem Ziel Otto Mayers durch Ausweitung der Haftungstatbestände der Amtspflichtverletzung und der Aufopferung (Enteignung) weitgehend angenähert.

Die heutige Verfassungslage gibt neuen Anlaß zu einer Überprüfung unseres Haftungssystems in dieser Richtung. Der Staat ist nach der Konzeption unseres Grundgesetzes nicht nur Rechtsstaat, sondern auch Sozialstaat: er hat nach den heutigen Vorstellungen über die Staatsziele und Staatszwecke eine erhöhte Verantwortung für die Existenzsicherung des Einzelnen und als Folge seiner umfangreichen Einwirkungsmöglichkeiten auf die Lebensgrundlagen des Einzelnen eine korrespondierende Verpflichtung, im Sinne des materiellen Gleichheitsprinzips einen Ausgleich der sich aus seiner Einwirkung ergebenden Vorteile und Nachteile unter den Staatsbürgern anzustreben. Damit soll einer „Sozialisierung" aller Folgen staatlicher Tätigkeit nicht das Wort geredet werden; es darf aber auf der anderen Seite nicht übersehen werden, daß wir heute gegen Verletzungen des Lastengleichheitsgrundsatzes besonders empfindlich geworden sind.

Diese veränderte verfassungsrechtliche Lage könnte de lege ferenda eine Ergänzung des bestehenden Systems der Staatshaftung rechtfertigen, wenn dieses Lücken enthielte und dem Einzelnen im Widerspruch zum Grundsatz der materiellen Lastengleichheit Schäden aufbürdete, die zu tragen ihm nicht zugemutet werden kann. Ehe jedoch hierzu ein neuer — in seinen Konsequenzen noch nicht voll übersehbarer — Haftungstatbestand in Erwägung gezogen wird, muß zunächst einmal geprüft werden, ob die Haftungstatbestände des geltenden

[20]) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 2. Bd., 3. Aufl. 1924, S. 295 ff.; ders. Entschädigungspflicht des Staates, in Stengel-Fleischmann, Wörterbuch des Deutschen Staats- und Verwaltungsrechts, Bd. 1, 2. Aufl. 1911, S. 731 ff.

Rechts tatsächlich solche Lücken enthalten und — falls das der Fall ist — ob sie nicht so ausgelegt und weiterentwickelt werden können, daß diese Lücken befriedigend geschlossen werden.

Ich kann in diesem sachverständigen Kreise davon absehen, eine Analyse des geltenden Rechts der Staatshaftung zu geben. Ich lege den folgenden Ausführungen die Tatbestände der Amtshaftung und der Aufopferung mit dem Inhalt zugrunde, den sie durch die neueste Rechtsprechung erhalten haben; ich verwende dabei den Begriff der Aufopferung in einem weiteren Sinne, der die Tatbestände der Enteignung und des enteignungsgleichen Eingriffs mitumfaßt[21]). Gestatten Sie mir nur eine grundsätzliche Bemerkung zur Konzeption des bestehenden Haftungssystems, weil sich daraus die Entwicklungsmöglichkeiten, gleichzeitig aber auch die Grenzen einer solchen Weiterentwicklung ergeben:

a) Die Amtshaftung hat ihren Haftungsgrund in dem amtspflichtwidrigen Verhalten eines Staatsorgans; ihre zusätzlichen einschränkenden Voraussetzungen, daß die Amtspflicht speziell dem Geschädigten gegenüber bestanden haben und ihre Verletzung schuldhaft begangen sein muß, haben in der neueren Rechtsprechung zunehmend an Bedeutung verloren[22])[23]). Wieweit man das Tatbestandsmerkmal der Amts-

---

[21]) Zur Aufopferung vgl. BGH, 19. 2. 1953, BGHZ 9, 83; BGH, 17. 10. 1955, BGHZ 18, 286; BGH, 13. 2. 1956, BGHZ 20, 61; BGH, 18. 3. 1957, NJW 1957 S. 948 = LM § 75 Einl. Preuß ALR Nr. 22; BGH, 26. 9. 1957, BGHZ 25, 238, BGH, 23. 11. 1959, BGHZ 31, 187; BGH, 1. 12. 1960, BGHZ 34, 23.

Zum enteignungsgleichen Eingriff vgl. neben der grundlegenden Entscheidung des Großen Senats für Zivilsachen des BGH vom 10. 6. 1952, BGHZ 6, 270, die neueren Urteile des BGH vom 25. 4. 1960, BGHZ 32, 208, 7. 7. 1960, NJW 1960 S. 1995, 30. 5. 1960, MDR 1960 S. 1000, 23. 1. 1961, BGHZ 34, 188, 25. 5. 1961, LM Art. 14 (Cf) GrundG Nr. 19.

[22]) Reinhardt, DÖV 1955 S. 542 (544). Freilich hat die Rspr. auch versucht, den Kreis der geschützten Dritten einzugrenzen (besonders instruktiv BGH, 30. 4. 1959, NJW 1959 S. 1316; vgl. auch BGH, 27. 10. 1960, LM § 839 (C) BGB Nr. 60).

[23]) Vgl. Reinhardt, aaO. (s. Anm. 2) S. 254 ff., Scheuner, aaO. (Anm. 2), S. 339. — Das eindruckvollste Beispiel für die „schuldhafte" Amtspflichtverletzung als notwendigen Lückenbüßer bei fehlendem Unfallversicherungsschutz im Falle einer gefährlichen hoheitlichen Veranstaltung bieten die Entscheidungen zu Verletzungen im Turnunterricht. Da für Turnunfälle nicht kraft Gesetzes Unfallfürsorge gewährt wird, sehen sich die Gerichte veranlaßt, Lehrern oder Schulvorständen fahrlässige Pflichtverletzungen nachzuweisen, um zu einer Schadenshaftung zu gelangen; der BGH hat in den Urteilen vom 21. 1. 1957 (FamRZ 1957 S. 132), 27. 1. 1958 (LM § 839 [Fd] BGB Nr. 6 = FamRZ 1958 S. 175 = MDR 1958 S. 409), 3. 7. 1958 (LM § 839 [C] BGB Nr. 40 = FamRZ 1958

pflichtverletzung auch ausweiten mag, Haftungsgrund bleibt das von der Rechtsordnung mißbilligte Verhalten eines Staatsorgans.

b) Die Aufopferungshaftung hat ihren Haftungsgrund in der hoheitlichen Beeinträchtigung einer geschützten Rechtsposition des Geschädigten, die diesem ein mit dem Grundsatz der Lastengleichheit aller Staatsbürger nicht vereinbares Sonderopfer auferlegt. Die neuere Rechtsprechung neigt dazu, den Kreis der geschützten Rechtspositionen zu erweitern und jede Beeinträchtigung einer solchen Rechtsposition, die den Geschädigten in ihren tatsächlichen Wirkungen im besonderen Maße belastet, zur Begründung einer Aufopferungslage ausreichen zu lassen[24]). Wie weit der Kreis der entschädigungspflichtigen Aufopferungslagen aber auch gezogen werden mag, Haftungsgrund ist hier nicht das Verhalten des für die Beeinträchtigung verantwortlichen Staatsorgans, sondern die von der Rechtsordnung mißbilligte Wirkung der hoheitlichen Maßnahme auf die Position des Geschädigten.

Die Haftungsgründe der Amtspflichtverletzung und der Aufopferung liegen demnach, wie mit Recht gesagt worden ist, auf zwei ganz verschiedenen Ebenen. Die Unterschiede in den Haftungsfolgen (Schadensersatz oder angemessene Entschädgung), die von der Rechtsprechung immer mehr eingeebnet werden[25]), sind demgegenüber von sekundärer Bedeutung. Der grundlegende Unterschied beider Haftungstatbestände im Haftungsgrunde hat zur Folge, daß dadurch sowohl die Einordnung der entschädigungsbedürftigen Schadensfälle unter die Amtshaf-

S. 366 = MDR 1958 S. 752) solche Amtshaftungsansprüche anerkannt; in einem anderen Falle, in dem der BGH vor der Überspannung der Sorgfaltspflichten in solchen Fällen warnte (Urt. v. 8. 7. 1957, LM § 839 [Fd] BGB Nr. 4 = FamRZ 1957 S. 372), erfolgte lediglich Zurückverweisung.

[24]) Vgl. Schack, Gutachten, aaO. (s. Anm. 4) S. 39, 40; Wolff, aaO. (s. Anm. 8) S. 338. — Wenn der BGH (Urt. v. 28. 1. 1957, BGHZ 23 S. 157, 161; Urt. v. 22. 5. 1958, MDR 1958 S. 587; vgl. auch Kröner, Die Eigentumsgarantie in der Rspr. des Bundesgerichtshofes, 1961, S. 29, 30, 43) für den enteignungsgleichen Eingriff zwar den Eingriff in ein „vermögenswertes Recht" fordert, als solches aber ganz allgemein den „Gewerbebetrieb" anerkennt, so läuft dies im Ergebnis regelmäßig auf dasselbe hinaus; im Urteil vom 2. 7. 1959, III ZR/58, NJW 1959, S. 1916 läßt er einen Eingriff in eine „enteignungsfähige Rechtsposition" genügen.

[25]) Die Rechtsprechung des BGH zum enteignungsgleichen Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb (vgl. Urteil vom 28. 1. 1957, BGHZ 23, 157, 172) gewährt hier Ersatz des entgangenen Gewinns, soweit es sich um den normalen Unternehmergewinn handelt; weitere — unveröffentlichte — Urteile des BGH bei Kröner, aaO. (s. Anm. 24) S. 68.

tung oder unter die Aufopferung als auch die Richtung einer erweiternden Auslegung oder Umformung dieser beiden Haftungstatbestände bereits weitgehend vorgezeichnet sind.

4.

Zur Beantwortung der Frage, ob die bestehenden Haftungstatbestände der Amtshaftung und Aufopferung ausreichen oder ob ein dritter Haftungstatbestand aus Verursachung, Gefährdung oder ähnlichem Haftungsgrunde notwendig ist, bedarf es zunächst einer Konfrontation der entschädigungsbedürftigen, bisher nicht befriedigend gelösten Schadensfälle mit den Haftungstatbeständen des geltenden Rechts. Ich gehe dabei primär nicht von der üblichen Aufteilung in rechtmäßige, schuldlos-rechtswidrige und schuldhaft-rechtswidrige Maßnahmen des Staates aus, weil mir diese Aufteilung für unsere Zwecke nicht der richtige Ansatzpunkt zu sein scheint; ich differenziere vielmehr nach den verschiedenen Handlungsformen des Staates: Rechtsnorm, Verwaltungsakt und sonstige Verwaltungstätigkeit[26]), weil bei jeder dieser Handlungsformen die Schadenshaftung besondere Aspekte aufweist. Danach ergibt sich folgende Gliederung der problematischen Schadensfälle:

a) Schäden durch Rechtsnormen: In diesem Bereich muß unterschieden werden, ob es sich um schädigende Auswirkungen einer ungültigen oder einer gültigen Rechtsnorm handelt:

1) Im Falle ungültiger Rechtsnormen ist problematisch, aus welchem Rechtsgrunde und unter welchen Voraussetzungen der Staat für Schäden haftbar gemacht werden kann, die durch die unmittelbare Wirkung verfassungswidriger oder aus sonstigen Gründen ungültiger Rechtsnormen verursacht werden.

2) Im Falle gültiger Rechtsnormen ist problematisch, aus welchem Rechtsgrunde und unter welchen Voraussetzun-

---

[26]) Schäden durch Rechtsprechungsakte sind aus dieser Untersuchung bewußt ausgeklammert worden, weil sie zur Problematik der öffentlich-rechtlichen Gefährdungshaftung keine Berührungspunkte haben und eine Betrachtung unter besonderen Gesichtspunkten erfordern, die über den Rahmen dieses Berichts hinausgehen würde. Ob die vorhandenen gesetzlichen Regelungen (§ 839 Abs. 2 BGB, Gesetz über die Entschädigung der im Wiederaufnahmeverfahren freigesprochenen Personen vom 20. 5. 1898 [RGBl. 1898, S. 345] und Gesetz über die Entschädigung für unschuldig erlittene Untersuchungshaft vom 14. 7. 1904 [RGBl. 1904, S. 321]) eine ausreichende Regelung derartiger Schäden darstellen, muß daher hier offen bleiben.

gen der Staat für Schäden haftbar gemacht werden kann, die sich bei der Anwendung gültiger — bei abstrakter Betrachtung verfassungsrechtlich unbedenklicher — Rechtsnormen aus den besonderen Umständen des konkreten Anwendungsfalles ergeben. Beispiele für Fälle dieser Art sind Gesundheitsschäden durch eine gesetzliche Zwangsimpfung oder Vermögensschäden durch den Eingriff eines neuen Gesetzes in ein bestehendes konkretes Rechtsverhältnis.

b) Schäden durch Verwaltungsakte: In diesem Bereich muß unterschieden werden, ob es sich um schädigende Auswirkungen rechtswidriger oder rechtmäßiger Verwaltungsakte handelt:

1) Im Falle rechtswidriger Verwaltungsakte ist problematisch, aus welchem Rechtsgrunde und unter welchen Voraussetzungen der Staat für einen Schaden haftbar gemacht werden kann, der aus dem Vollzug eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes oder aus der rechtswidrigen Ablehnung eines beantragten Verwaltungsaktes entsteht, auch wenn die Rechtswidrigkeit nicht auf einem Verschulden der verantwortlichen Verwaltungsbehörde beruht.

2) Im Falle rechtmäßiger Verwaltungsakte ist problematisch, aus welchem Rechtsgrunde und unter welchen Voraussetzungen der Staat haftet, wenn der Vollzug eines rechtmäßigen Verwaltungsaktes infolge besonderer Umstände für den Adressaten oder einen unbeteiligten Dritten einen außergewöhnlichen, normalerweise mit einem solchen Verwaltungsakt nicht verbundenen Schaden verursacht. Beispiele für Schäden dieser Art sind die Fälle außergewöhnlicher Gesundheits- oder Sachschäden bei rechtmäßiger Inanspruchnahme von Requisitions- oder Nothilfeleistungen oder die Fälle der Verletzung unbeteiligter Passanten beim gesetzmäßigen Schußwaffengebrauch der Polizei.

c) Schäden durch sonstige Verwaltungstätigkeit: In diesem Bereich ist problematisch, aus welchem Rechtsgrunde und unter welchen Voraussetzungen der Staat auch ohne Nachweis eines Verschuldens haftet:

1) für Schäden, die den Nachbarn durch Einwirkungen staatlicher Betriebe und Veranstaltungen entstehen;

2) für Schäden, die den Anliegern durch eine Veränderung öffentlicher Wege oder Wasserläufe oder durch Bauarbeiten an diesen entstehen;

3) für Schäden, die Benutzern oder Dritten durch das Versagen technischer Einrichtungen der Staats-

verwaltung (z. B. bei automatischen Verkehrsregelungen) entstehen.

Bei der Konfrontierung dieser Schadensfälle mit den Haftungstatbeständen des geltenden Rechts werde ich in Übereinstimmung mit der vereinbarten Arbeitsteilung dem Herrn Mitberichterstatter die Prüfung überlassen, inwieweit sie Anlaß zu einer Weiterentwicklung des Amtshaftungsrechts geben, und meine Untersuchung darauf konzentrieren, inwieweit diese Schadensfälle im Rahmen des Aufopferungs- und Enteignungsrechts einer befriedigenden Lösung zugeführt werden können.

5.

Betrachten wir zunächst die Schadensfälle, die unmittelbar durch die rechtsetzende Tätigkeit des Staates verursacht werden, und hier als erstes Problem die Frage, aus welchem Rechtsgrunde und unter welchen Voraussetzungen der Staat für die Folgen des Erlasses einer ungültigen Norm entschädigungspflichtig ist.

In der Diskussion über die Rechtswirkungen verfassungswidriger Gesetze, die im Schrifttum der letzten Jahre einen prominenten Platz eingenommen hat[27]), ist die Frage, ob der Staat verpflichtet ist, die Folgen eines verfassungswidrigen Gesetzes wiedergutzumachen, in den Hintergrund gedrängt und kaum erörtert worden[28]). Daß der Gesetzgeber nach ungeschriebenem Verfassungsrecht zu irgendeiner Form der Folgenbeseitigung verpflichtet ist, darf heute nicht a limine als indiskutabel abgelehnt werden; eine solche Verpflichtung könnte sogar als ein Postulat der materiellen Gerechtigkeit erscheinen. § 79 BVerfGG macht ja einen ausdrücklichen Vorbehalt für derartige sondergesetzliche Regelungen[29]). Man muß sich

---

[27]) Arndt, Hat die Feststellung der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes die Nichtigkeit der darauf gestützten Verwaltungsakte zur Folge?, NJW 1959, S. 863; Michel, Normenkontrolle durch die vollziehende Gewalt, NJW 1960 S. 841, Götz, Der Wirkungsgrad verfassungswidriger Gesetze, NJW 1960 S. 1177; Sigloch, Vorläufige Geltung verfassungswidriger Gesetze? JZ 1958 S. 80; Hoffmann, Die Verwaltung und das verfassungswidrige Gesetz, JZ 1961 S. 193.

[28]) Gegen eine Haftung des Staates Scheuner, Die Einwirkung der verfassungsgerichtlichen Feststellung der Nichtigkeit von Rechtsnormen auf vorgängige Hoheitsakte, BB 1960 S. 1253 (1256).

[29]) § 79 Abs. 2 BVerfGG lautet: „Im übrigen bleiben vorbehaltlich der Vorschrift des § 95 Abs. 2 oder einer besonderen gesetzlichen Regelung die nicht mehr anfechtbaren Entscheidungen, die auf

aber darüber klar sein, daß eine solche — notwendig rückwirkende — Beseitigung der inzwischen eingetretenen rechtlichen und tatsächlichen Auswirkungen eines verfassungswidrigen Gesetzes rechtsstaatliche Probleme aufwirft, die denen ähnlich sind, die sich aus der Annahme einer ex tunc wirkenden Nichtigerklärung eines verfassungswidrigen Gesetzes ergeben. Ich brauche dieses Problem hier nicht zu vertiefen, denn auch wenn man eine verfassungsrechtliche Pflicht des Gesetzgebers zu Wiedergutmachungsmaßnahmen bejahen wollte, wird man jedenfalls damit dem Einzelnen keinen klagbaren Anspruch auf solche gesetzgeberischen Maßnahmen eröffnen wollen.

Der Rechtsgedanke des § 79 BVerfGG, daß die aufgrund eines verfassungswidrigen Gesetzes vorgenommenen und inzwischen unanfechtbar gewordenen Hoheitsakte und Vermögensverschiebungen grundsätzlich unberührt bleiben, ist ein Gebot der Rechtssicherheit[30]) und daher allgemeiner Anwendung fähig. Er steht der Annahme, daß der Einzelne wegen eines verfassungswidrigen Gesetzes Folgenbeseitigungs- und Erstattungsansprüche geltend machen könnte, auch dort entgegen, wo § 79 BVerfGG keine unmittelbare Anwendung findet; solche Ansprüche ohne sondergesetzliche Regelung zu gewähren, wäre aus Gründen der Rechtssicherheit, die insoweit dem Bestreben nach Verwirklichung der materiellen Gerechtigkeit Schranken setzen, nicht zu rechtfertigen. § 79 BVerfGG darf aber andererseits nicht dahin interpretiert werden, daß er die Haftungstatbestände der Amtshaftung und Aufopferung (Enteignung) ausschalten soll, falls sie hier überhaupt Anwendung finden können; eine solche Auslegung verbietet sich schon mit Rücksicht auf den Verfassungsrang dieser Haftungstatbestände:

Die Amtshaftung scheidet hier allerdings aus. Ihre Anwendung auf die gesetzgebende Tätigkeit des Staates ist in Rechtsprechung und Lehre schon immer zweifelhaft gewesen und meist mit der gleichen Begründung abgelehnt worden, daß es hier an einer konkreten, dem einzelnen Bürger gegenüber bestehenden Amtspflicht der gesetzgebenden Organe zur Ein-

einer gemäß § 78 für nichtig erklärten Norm beruhen, unberührt. Die Vollstreckung aus einer solchen Entscheidung ist unzulässig. Soweit die Zwangsvollstreckung nach den Vorschriften der Zivilprozeßordnung durchzuführen ist, gilt die Vorschrift des § 767 der Zivilprozeßordnung entsprechend. Ansprüche aus ungerechtfertigter Bezeichnung sind ausgeschlossen."

[30]) Vgl. dazu die Rechtsprechung des BVerfG zu § 79 BVerfGG, dessen Verfassungsmäßigkeit das BVerfG bestätigt hat (1. 7. 1953, BVerfGE 2,380 (404—405); 12. 12. 1957, BVerfGE 7,196 (196); 7. 7. 1960, BVerfGE 11,263).

haltung ihrer verfassungsmäßigen Kompetenzen fehle[31]). Diese Begründung scheint mir richtig zu sein, sie ist aber nicht mehr ganz so überzeugend, seitdem die neuere Rechtsprechung bei Kompetenzüberschreitungen der Verwaltungsorgane in der Annahme einer Amtspflichtverletzung gegenüber dem Geschädigten sehr weitherzig ist[32]). Der entscheidende Grund scheint mir vielmehr der zu sein, daß die mit der Amtshaftung übernommene Garantie des Staates für die ordnungsmäßige Führung der Amtsgeschäfte durch seine Amtsträger sich ihrem Haftungsgrund nach nur auf die Gesetz- und Rechtmäßigkeit konkreter Amtshandlungen der Verwaltung und Rechtsprechung, nicht aber auch auf die Ausübung der gesetzgebenden Gewalt bezieht und beziehen sollte[33]). Hierzu mag rechtsvergleichend angemerkt werden, daß auch ausländische Rechtssysteme, in denen ein Gesetz wegen Verfassungswidrigkeit für ungültig erklärt werden und das Problem der Haftung für die Folgen solcher Gesetze praktisch werden könnte, eine Amtshaftung des Staates für die Tätigkeit der Legislativorgane oder ihrer Mitglieder nicht in Erwägung ziehen[34]). Die

---

[31]) Schack, Entschädigung bei „legislativem Unrecht"?, MDR 1953, S. 514—518 (mit Nachweisen über die Rechtsprechung des Reichsgerichts). A. A. Forsthoff, Rechtsfragen zur Neuregelung der Sonntagsarbeit, BB 1960, 1135 (1138), der im Bereich der Amtshaftung eine Unterscheidung zwischen Normsetzungs- und Exekutivakten nicht mehr für gerechtfertigt hält. Das LG Freiburg, 30. 9. 1952, MDR 1953, S. 564 (Badisches Ladenschlußgesetz) hat eine Amtspflichtverletzung des Gesetzgebers für ein kompetenzwidriges Gesetz wegen Mangel eines nachweisbaren Verschuldens abgelehnt.Der BGH bejahte zwar in dem Urteil vom 3. 12. 1953, BGHZ 11, 192 (197—198) die Anwendung der Amtshaftung auf die Mitglieder des Kreistages; in diesem Falle handelte es sich jedoch um die Erteilung einer Baugenehmigung durch den Kreistag als „Baupolizeibehörde", d. h. in Ausübung typischer Verwaltungstätigkeit.

[32]) Ständige Rechtsprechung; der BGH hat in seinem Urteil vom 30. 4. 1959, NJW 1959, 1316 (1317) versucht, diesen Grundsatz in der Weise einzugrenzen, daß „ein Beamter, der außerhalb seiner Zuständigkeit eine Amtshandlung vornimmt, nur dann eine ihm gegenüber einem Dritten obliegende Amtspflicht verletzt, wenn nach den gesamten Umständen des Falles eine Beziehung zwischen der Amtshandlung und dem Dritten besteht; das heißt, wenn die Amtshandlung an sich ... geeignet ist, die Interessen des von der Amtshandlung Betroffenen zu berühren".

[33]) Zu diesem Ergebnis gelangt auch Schack, aaO. (Anm. 31) mit dem Argument, daß die Mitglieder der gesetzgebenden Körperschaften kein „öffentliches Amt" im Sinne des Art. 34 GG ausübten.

[34]) Art. 23 der österreichischen Bundesverfassung in der Fassung vom 18. 12. 1948 und das zu seiner Ausführung ergangene Amtshaftungsgesetz vom gleichen Tage (BuGBl. 1949, S. 49) sehen ausdrücklich vor, daß nur für schuldhaft rechtswidriges Verhalten „in Vollziehung der Gesetze" gehaftet wird (Art. 23 Abs. 1: „Der

Gründe, die gegen die Anwendbarkeit der Amtshaftung auf die Legislative sprechen, gelten in gleicher Weise für die Exekutive, soweit sie durch die Gesetzesinitiative[35]) oder durch Rechtsverordnungen[36]) an der Ausübung rechtsetzender Gewalt des Staates teilnimmt; auf solche Ermessensakte die Grundsätze der Amtshaftung anzuwenden[37]), scheint mir nicht dem Sinn und Zweck dieser Haftung zu entsprechen, ausgenommen vielleicht in Fällen offensichtlichen Mißbrauchs solcher Rechtssetzungsermächtigungen. Die Anwendung der Amtshaftung auf sonstige allgemeine Anordnungen der Exekutive wird von der Rechtsprechung ohne Bedenken für zulässig gehalten[38]), sie ist, soweit diesen Anordnungen der Rechtsnormcharakter fehlt, vertretbar.

Die rechtsetzende Tätigkeit des Staates unterliegt aber im vollen Umfange der Haftung aus Aufopferung (Enteignung oder enteignungsgleichem Eingriff). Nachdem die Rechtsprechung den Aufopferungsanspruch auch gegenüber gesetzgebe-

---

Bund, die Länder, die Bezirke, die Gemeinden und die sonstigen Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts haften für den Schaden, den die als ihre Organe handelnden Personen in Vollziehung der Gesetze durch ein rechtswidriges Verhalten wem immer schuldhaft zugefügt haben."). Das amerikanische Bundesgesetz über die Staatshaftung für die Bundesbediensteten (Federal Tort Claims Act 1946) schließt ausdrücklich eine Haftung für Maßnahmen aus, die unter Beobachtung der erforderlichen Sorgfalt „in Ausführung eines Gesetzes oder einer Verordnung, gleichgültig ob diese gültig oder ungültig sind" durchgeführt worden sind (28 U. S. C. § 2680 (a) (1): ... any claim based upon an act or ommission of an employee of the Government exercising due care in the execution of an statute or regulation, whether or not such statute or regulation be valid.").

[35]) Vgl. RGZ 130, 319; RG, 8. 11. 1927, JW 1928, 1036 (in beiden Fällen keine Amtshaftung der Regierung für den Inhalt der von ihr eingebrachten Gesetzesvorlagen).

[36]) BGH, 27. 5. 1957, BGHZ 24, 302 = NJW 1957, S. 1235 (keine Amtshaftung des BArbMin für die Festsetzung von Pauschbeträgen für die Auslagenerstattung der Rentenversicherungsträger an die Ortskrankenkassen aufgrund des Rentenversicherungsgesetzes vom 24. 7. 1941).

[37]) Das OLG Tübingen (19. 11. 1951; MDR 1953, S. 564) hat eine Amtshaftung der Landesregierung für den Erlaß einer auf einer ungültigen Ermächtigung beruhenden Rechtsverordnung bejaht und die Landesregierung zur Zahlung der Kosten der aufgrund dieser Rechtsverordnung eingeleiteten Strafverfahren verurteilt.

[38]) BGH, 30. 4. 1959, NJW 1959, 1429 (Abgrenzung des Kreises der Subventionsempfänger); 23. 11. 1959, LM § 839 (C) No. 52 (Ungesetzliche Ausnahmeregelung zugunsten einer bestimmten Gruppe von Importeuren); 26. 9. 1960, NJW 1960, S. 2334 (Änderung der Ausschreibungsbedingungen während der Kontingentsperiode).

rischen Eingriffen anerkannt hat[39]), könnten Schäden, die unmittelbare Folge eines verfassungswidrigen Gesetzes oder einer aus sonstigen Gründen ungültigen Norm sind, nach Aufopferungsgrundsätzen (oder — nach der Terminologie des Bundesgerichtshofs — als „enteignungsgleiche Eingriffe") entschädigt werden. Eine Aufopferungslage ist aber nur dann anzuerkennen, wenn die ungültige Norm auch im Falle ihrer Gültigkeit den Betroffenen ein Sonderopfer auferlegt hätte und zu einer Entschädigung nach Aufopferungs- oder Enteignungsgrundsätzen verpflichtet haben würde. Das ist dann nicht der Fall, wenn die Rechtsnorm wegen einer allgemeinen, d. h. alle Staatsbürger gleichmäßig treffenden Überschreitung materieller Verfassungsschranken oder lediglich wegen Verletzung formellen Verfassungsrechts, z. B. wegen mangelnder Bundes- oder Landeskompetenz, ungültig ist; hier ist der Grundsatz der Lastengleichheit aller Staatsbürger nicht verletzt und ein finanzieller Ausgleich nicht gerechtfertigt[40]). Gleiches muß gelten, wenn der Schaden durch das verfassungswidrige Gesetz oder die ungültige Norm nicht unmittelbar, sondern erst durch einen normvollziehenden Verwaltungsakt herbeigeführt worden war. Der Satz des Bundesgerichtshofs, daß der rechtswidrige Verwaltungsakt schon durch seine Rechtswidrigkeit eine Sonderopferlage begründe[41]), kann insoweit nicht gelten.

---

[39]) Unter Aufgabe der früheren ablehnenden Rechtsprechung des RG (vgl. RGZ 156, 305, 310—314) seit BGH, 19. 2. 1953, BGHZ 9, 83 (86—88).

[40]) Insoweit ist der Entscheidung des LG Freiburg vom 20. 9. 1952, MDR 1953, 564 (Entschädigungsanspruch wegen Umsatzminderung durch das wegen mangelnder Landeskompetenz nichtige badische Ladenschlußgesetz vom 28. 3. 1951) zuzustimmen, wenn es einen Entschädigungsanspruch mit der Begründung verneint, daß der schädigende Eingriff zwar auf einem formell unwirksamen Gesetz beruhe, die im Gesetz enthaltene materielle Regelung aber — wenn sie gültig gewesen wäre — keine Entschädigungspflicht begründet haben würde.

[41]) BGH, 25. 4. 1960, BGHZ 32, 208 (211—212): „... Denn mit der Feststellung, daß ein E i n g r i f f rechtswidrig ist, steht gerade als das dem e n t e i g n u n g s g l e i c h e n Eingriff Eigentümliche fest, daß das dem Einzelnen durch den Eingriff auferlegte Opfer jenseits der gesetzlichen allgemeinen Opfergrenze liegt und damit ein entsprechend dem Gebot des Gleichheitssatzes zu entschädigendes Sonderopfer darstellt." Dabei sollte jedoch bedacht werden, daß der BGH mit diesem allgemeinen Satz den Normalfall des gegen Verfassung, Gesetz oder eine sonstige Rechtsnorm verstoßenden rechtswidrigen Verwaltungsaktes im Auge hatte, nicht jedoch den Sonderfall des „gesetzmäßigen" Verwaltungsaktes, der wegen Verfassungswidrigkeit des zugrundeliegenden Gesetzes ebenfalls zu einem rechtswidrigen wird.

6.

Aber auch im Bereich der Anwendung verfassungsmäßiger Rechtsnormen können Schadensfälle eintreten, deren befriedigende Regelung im Rahmen unseres Staatshaftungssystems noch ungelöste Probleme enthält:

Rechtsnormen, die in verfassungsmäßig zulässiger Weise entschädigungslos in Freiheit, Gesundheit, Eigentum oder sonstige geschützte Rechtspositionen des Einzelnen eingreifen, können infolge besonderer Umstände des konkreten Anwendungsfalles für den Betroffenen einen außergewöhnlichen, vom Gesetzgeber nicht in Betracht gezogenen Schaden zur Folge haben. Hauptbeispiele sind die Impfschäden als Folge gesetzlich vorgeschriebener Impfungen und Eingriffe neuer Gesetze in bestehende Rechtsverhältnisse. Die Rechtsprechung hat sich bemüht, einen Weg zur Entschädigung der Betroffenen zu finden, ohne immer zu überzeugenden Lösungen gelangt zu sein[42]). Im Bereich der Wirtschaftslenkung lassen sich weitere Fälle denken, in denen dem Staat die Befugnis, aus außen-, währungs- oder wirtschaftspolitischen Gründen in bestehende Verträge einzugreifen, nicht bestritten werden kann, andererseits aber bei einzelnen Betroffenen dadurch erhebliche Vermögensschäden entstehen können; ein typisches Beispiel hierfür ist § 2 Abs. 2 Satz 2 des neuen Außenwirtschaftsgesetzes vom 28. 4. 1961, wonach Ein- oder Ausfuhrbeschränkungen unter besonderen Voraussetzungen auch abgeschlossene Verträge berühren können, ohne daß eine Entschädigung vorgesehen ist. Bleibt der von einer solchen Maßnahme Betroffene praktisch an den von ihm abgeschlossenen Vertrag gebunden, weil er ausländischem Recht und oder ausländischer Jurisdiktion unterliegt und dort die Befreiung von den Vertragspflichten nicht anerkannt wird, oder hat er besondere, nicht mehr verwertbare Aufwendungen gemacht, so könnte der Betroffene einen außergewöhnlichen Schaden erleiden, der im Normal-

---

[42]) BGH, 19. 2. 1953, BGHZ 9, 83 und 17. 10. 1955, BGHZ 18, 286 (Gesundheitsschäden als Folge einer gesetzlichen Zwangsimpfung); BGH, 26. 9. 1957, BGHZ 25, 238 (Salvarsanbehandlung aufdrund des Geschlechtskrankheitengesetzes); OVG Münster, 8. 10. 1958, OVGE 14, 82; BayVGH, 17. 3. 1961, VGH n. F. 14 I 24 = VRspr. 13, No. 203, S. 692; 14. 2. 1962, DVBl. 1962, S. 485 (sämtlich zu Eingriffen in vertragliche Rechte aufgrund Anschluß- und Benutzungszwanges). Weitere ähnliche Fälle: BGH, 13. 2. 1956, BGHZ 20, 61 (wissenschaftliche Erprobung eines neuen Heilverfahrens an einem Soldaten); BGHZ 17, 172 (Tötung eines Häftlings durch einen geisteskranken Mitgefangenen).

falle durch solche Ein- oder Ausfuhrbeschränkungen nicht eingetreten wäre[43]).

Allen diesen Schadensfällen ist gemeinsam, daß der im konkreten Fall eintretende außergewöhnliche Schaden auf die Mitwirkung von Faktoren zurückzuführen ist, die außerhalb der Normalsituation liegen, von der der Gesetzgeber beim Erlaß der Norm ausgegangen ist oder ausgehen konnte, obwohl die Kausalität der Gesetzesanwendung für den eingetretenen Schaden nicht bestritten werden kann[44]). Es ist nicht richtig, hier von Folgeschäden zu sprechen, denn diese Schäden sind eine unmittelbare Folge der Anwendung des Gesetzes; die Besonderheit dieser Fälle liegt vielmehr darin, daß zwar der Rechtseingriff nicht weiter geht als in der Normalsituation, wohl aber der mit dem Rechtseingriff verbundene Vermögensschaden. Die Rechtsprechung hat hier für die Beurteilung, ob ein Sonderopfer im Sinne des Aufopferungsrechts vorliegt, Rechtseingriff und Vermögensschaden als eine Einheit betrachtet und in wirtschaftlicher Betrachtungsweise nach letzterem das Maß des Eingriffs bestimmt[45]). Man wird dieser Betrachtungsweise folgen können, vorausgesetzt, daß es sich um Eingriffe in eine vor Beeinträchtigungen geschützte Rechtsposition, nicht um nachteilige Auswirkungen eines neuen Gesetzes auf die allgemeine Vermögenslage des Geschädigten handelt; denn niemand hat ein Recht auf Fortbestand einer bestehenden Gesetzeslage.

Bejaht man das Vorliegen eines Sonderopfers, so hat der Betroffene einen Entschädigungsanspruch aus Aufopferung, auch wenn das Gesetz diesen Fall nicht bedacht und daher für diesen Ausnahmefall keine Entschädigung vorgesehen hat. Das gilt auch dann, wenn es sich um Eingriffe in vermögenswerte Rechte handelt, die im konkreten Einzelfall enteignende Wirkung haben. Der einfachen und befriedigenden Lösung, daß hier ein Aufopferungsfall vorliegt, steht jedoch leider die Auffassung des Bundesgerichtshofs entgegen, daß Art. 14 GG Zulässigkeit und Entschädigungspflicht jeder Art von Eingriffen in vermögenswerte Rechte abschließend regele und daher hier ein nach Art. 44 GG zu beurteilender Enteignungsfall vor-

[43]) Zur Enteignungswirkung und Verfassungsmäßigkeit des § 2 Abs. 2 Satz 2 Außenwirtschaftsgesetz siehe Ditges, Probleme des neuen Außenwirtschaftsgesetzes, NJW 1961, S. 1849—1852; Wapenhensch, Der Eingriff in laufende Verträge im Außenwirtschaftsrecht, AWD-BB, 1961, S. 273 ff.; Harsdorf, Außenwirtschaftsgesetz, 1961, S. 14.

[44]) Zur Frage des adäquaten Kausalzusammenhanges zwischen Zwangsimpfung und Tod eingehend BGH, 17. 10. 1955, BGHZ 18, 286.

[45]) Ständige Rechtsprechung seit BGHZ 6, 270 (Enteignung) und BGHZ 9, 83 (Aufopferung).

liege[46]). Diese Auslegung des Art. 14 ist in der Lehre bereits hinreichend und mit Recht kritisiert worden[47]; sie hat gerade in Fällen der vorliegenden Art untragbare, vom Verfassungsgeber sicherlich nicht gewollte Konsequenzen: Sie zwingt bei gesetzlichen Bestimmungen, die in der Normalsituation der ihnen unterliegenden Tatbestände keinen enteignenden Charakter haben und nur in der besonderen Situation des konkreten Anwendungsfalls enteignend wirken, wegen der Junktimklausel des Art. 14 Abs. 3 Satz 2 GG zu der unausweichlichen Konsequenz, solche gesetzlichen Bestimmungen entweder als verfassungswidrig betrachten zu müssen oder in — höchst bedenklicher — verfassungskonformer Auslegung entgegen den Intentionen des Gesetzgebers auf Tatbestände dieser Art nicht anzuwenden. Diese rechtliche Beurteilung ist zwar vom Standpunkt des Betroffenen aus befriedigend, weil sie ihm mindestens eine Entschädigung garantiert; ihre staatsrechtliche Konsequenz aber, Verfassungswidrigkeit oder Nichtanwendung der Norm, wird den praktischen Bedürfnissen staatlicher Rechtsetzung nicht gerecht. Ich möchte deshalb denen zustimmen, die eine Begrenzung des Enteignungsbegriffes in Art. 14 GG anstreben, und dafür plädieren, die Anwendung des Art. 14 GG auf solche gesetzlichen Bestimmungen zu beschränken, die per se — unter Zugrundelegung der Normalsituation — enteignenden Charakter haben, wobei diese Feststellung allerdings objektiv ohne Rücksicht auf Willen oder Vorstellung des Gesetzgebers zu treffen wäre[48]).

---

[46]) Ständige Rspr. des BGH seit der Entscheidung des GSZ v. 12. 4. 1954 (BGHZ 13 S. 88, 91).

[47]) Dürig, Grundfragen des öffentlich-rechtlichen Entschädigungssystems, JZ 1955 S. 521; Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. Bd. 1954, S. 36 ff.; Schack, Der für den Aufopferungsanspruch neben der Enteignungsentschädigung verbliebene Raum, JZ 1956 S. 425, 426; Scheuner, aaO. (s. o. Anm. 2) S. 331 ff.; Wolff, aaO. (s. o. Anm. 8) S. 372; unentschieden Forsthoff, aaO. (s. o. Anm. 1) S. 311.

[48]) Auf die zahlreichen Versuche, den Enteignungsbegriff des Art. 14 Abs. 3 GG enger einzugrenzen, um Raum für einen nicht an das Entschädigungsjunktim des Art. 14 Abs. 3 Satz 2 GG gebundenen Aufopferungstatbestand zu schaffen, kann hier nicht im einzelnen eingegangen werden. Vgl. hierzu die in Anm. 37 genannten Autoren sowie neuestens Janssen, Der Anspruch auf Entschädigung bei Aufopferung und Enteignung, 1961, S. 133 ff., insbesondere S. 190—206 und, ihm folgend, Wolff, aaO. (s. o. Anm. 8) S. 349.

Ich vermag Janssen aber nicht zu folgen, wenn er auf die — von subjektiven Momenten nicht hinreichend gelöste — objektive „Finalität" der Norm abstellen will, d. h. also darauf, ob die Norm objektiv voraussehbare Beeinträchtigungen enteignenden Charakters in sich schließt; ich möchte vielmehr die rein objektive Unter-

Dadurch würde der Weg frei, in solchen Ausnahmesituationen keinen Enteignungs-, sondern einen Aufopferungstatbestand zu sehen und eine Entschädigung zu gewähren, ohne die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes oder seine Anwendung im konkreten Falle in Frage stellen zu müssen.

Im Ergebnis scheint mir daher der Aufopferungstatbestand — mit den erwähnten Korrekturen an der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs — ausreichend zu sein, um die problematischen Fälle außerordentlicher Schäden, die durch die unmittelbare Anwendung ungültiger oder gültiger Rechtsnormen entstehen können, in befriedigender Weise zu lösen.

7.

Wenden wir uns nunmehr den Schadensfällen zu, die eine Folge des Vollzugs von Verwaltungsakten sind, und hier zunächst dem Problem, unter welchen Voraussetzungen der Staat für die Folgen schuldlos-rechtswidriger Verwaltungsakte entschädigungspflichtig ist:

Ein allgemeiner Rechtsgrundsatz des Inhalts, daß für die Folgen rechtswidriger Verwaltungsakte Entschädigung geleistet werden muß, ist dem geltenden Recht fremd. Die Bemühungen, über die im Falle erfolgreicher Anfechtung gegebenen Folgenbeseitigungs- und Erstattungsansprüche[49]) hinaus einem um-

---

scheidung zwischen Normal- und Ausnahmesituation entscheidend sein lassen, d. h. einer Norm enteignenden Charakter im Sinne des Art. 14 Abs. 3 GG nur dann zusprechen, wenn bei abstrakter Beurteilung ihre normalen Anwendungsfälle enteignende Beeinträchtigungen in sich schließen. Diese Betrachtungsweise wird in vielen Fällen zum gleichen Resultat führen wie die Auffassung Janssens; das Element der Voraussehbarkeit sollte jedoch restlos eliminiert werden.

[49]) Bachof, Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung, 1951, S. 98 ff. (mit Nachweisen zur Entwicklung des Folgenbeseitigungs- und Erstattungsanspruchs). Aus der Rechtsprechung vgl.: OVG Hamburg, 5. 3. 1951, DVBl. 1951, S. 472 = DÖV 1951, S. 502; 2. 2. 1957, VerwRspr. 9, S. 635; 11. 2. 1957, ZMR 1958, S. 104; 22. 1. 1958, DVBl. 1958, S. 832 mit Anm. Ringe; OVG Lüneburg, 17. 8. 1954, OVGE 9, 340; 24. 9. 1954, OVGE 8, 484 = DVBl. 1955, S. 32; 23. 11. 1954, DÖV 1955, 89 (mit zahlreichen Nachweisen); OVG Münster, 28. 1. 1954, OVGE 8,212; 25. 3. 1954, OVGE 8,252; 29. 7. 1954, OVGE 9,65 = DVBl. 1954, S. 781; 14. 9. 1956, MDR 1957, S. 188; 23. 1. 1959, ZMR 1959, S. 151; 5. 6. 1959, ZMR 1959, S. 347; VGH Bremen, 10. 1. 1952, ZMR 1952, S. 119; Hess.VGH, 13. 5. 1952, ESVGH 2,14 = VerwRspr. 5, S. 393, 396; Württ.Bad.VGH, 17. 5. 1951, DVBl. 1951, S. 740 = DÖV 1951, S. 503; 15. 2. 1952, VerwRspr. 5, S. 726, 737; 5. 3. 1954, VerwRspr. 9, S. 501; BayVGH, 20. 10. 1958, ZMR 1959, S. 187; 2. 3. 1959, VerwRspr 12, S. 99.

fassenden Wiedergutmachungsanspruch zur Anerkennung zu verhelfen[50]), haben sich bisher nicht durchsetzen können. Hierfür besteht auch kein Bedürfnis. Der durch einen rechtswidrigen Verwaltungsakt Betroffene hat im Rahmen des heutigen Rechtsschutzsystems die Möglichkeit, im Rechtsmittelverfahren die Aufhebung dieses Verwaltungsaktes herbeizuführen. Macht er davon keinen Gebrauch, so ist es nicht gerechtfertigt, ihm allein wegen der Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes einen Schadensausgleich zu geben. Anfechtungsrecht und Schadensausgleich sind Teile eines einheitlichen Rechtsschutzsystems, die nicht beliebig auswechselbar oder kumulierbar sind (vgl. § 839 Abs. 3 BGB). Nimmt der Betroffene einen rechtswidrigen Verwaltungsakt ohne Anfechtung hin und läßt ihn dadurch rechtsbeständig werden, so ist eine Entschädigung nur dann gerechtfertigt, wenn der Verwaltungsakt auch im Falle seiner Rechtmäßigkeit einen Entschädigungsanspruch begründet haben würde[51]).

Hat der Betroffene jedoch durch den rechtswidrigen Verwaltungsakt weitere Schäden erlitten, die auch durch die Aufhebung des Verwaltungsaktes und Geltendmachung von Folgenbeseitigungs- und Erstattungsansprüchen nicht beseitigt werden können, so gibt das geltende Recht nicht nur dann einen Schadensersatzanspruch, wenn der rechtswidrige Verwaltungsakt eine schuldhafte Amtspflichtverletzung dem Betroffenen gegenüber darstellt, sondern auch dann, wenn der durch den rechtswidrigen Verwaltungsakt verursachte Schaden dem Betroffenen ein Sonderopfer im Sinne des Aufopferungs- und Enteignungsrechts auferlegt hat. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs liegt in der Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes bereits das zum Ausgleich verpflichtende Sonderopfer[52]), sofern im übrigen der Tatbestand einer Aufopferungs-

---

[50]) Haas, System der öffentlichrechtlichen Entschädigungspflichten, 1955, S. 95 ff.; Menger, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, 1955, S. 350 ff. In ähnlicher Richtung tendiert die von Bettermann, DÖV 1955, S. 528 (534—535) befürwortete Anerkennung eines umfassenden „quasinegatorischen" Wiederherstellungsanspruchs.

[51]) Der BGH hat zu dieser Frage noch nicht Stellung genommen. Das OLG Celle, 9. 12. 1953, NJW 1954, S. 559 hat in Abweichung von der früheren Praxis des Reichsgerichts (RGZ 140,276 [288]; 149,34 [37]; 167,14 [26]) den § 254 BGB analog angewendet und einen Entschädigungsanspruch aus Aufopferung versagt, weil es der Geschädigte aus grobem eigenem Verschulden unterlassen hatte, die gegebenen Rechtsmittel gegen den rechtswidrigen Verwaltungsakt einzulegen.

[52]) Urteil vom 25. 4. 1960, BGHZ 32, 208 (211—212); siehe oben Anm. 41.

oder Enteignungslage gegeben ist, d. h. der Vermögensnachteil durch Eingriff in eine bestehende geschützte Rechtsposition entstanden ist. Die letztere Einschränkung wird nicht immer genügend beachtet; sie schließt aus, daß die Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsaktes schon für sich allein in jedem Falle einen Anspruch aus Aufopferung oder enteignungsgleichem Eingriff begründet. Der Bundesgerichtshof neigt zwar dazu, den Kreis der geschützten Rechtspositionen weit, vielleicht sogar — wie z. B. den Schutzbereich des Gewerbebetriebs — zu weit zu ziehen und nicht auf private subjektive Rechte im engeren Sinne zu beschränken[53]); er hält jedoch daran fest, daß der Verwaltungsakt eine bestehende Rechtsposition beeinträchtigt haben muß und nicht lediglich eine begehrte Rechtsposition vorenthalten hat[54]).

Diese Unterscheidung ist gerechtfertigt und sollte aufrechterhalten und präzisiert werden; sie beruht auf dem richtigen

[53]) Nach der Entscheidung des BGH vom 30. 5. 1960, VerwRspr. 13, S. 64 = MDR 60, S. 1000 (Sprengstofflagererlaubnis) kann sogar die Einschränkung einer vorläufigen, jederzeit widerruflichen oder auf Zeit erteilten Erlaubnis einen enteignenden Eingriff darstellen, wenn dadurch der Wert des Gewerbebetriebes erheblich beeinträchtigt wird.

[54]) Die Rechtsprechung des BGH ist in dieser Beziehung nicht immer ganz eindeutig. Besonders klar kommt diese Differenzierung zwischen bestehenden und begehrten Rechtspositionen aber in den Entscheidungen zur Erteilung und zum Widerruf von Gewerbegenehmigungen zum Ausdruck, wo der BGH unterscheidet, ob der bestehende Tätigkeitskreis berührt wird oder ein neuer Tätigkeitskreis aufgenommen werden soll; vgl. die folgenden Urteile: 23. 1. 1959, BGHZ 34,188 = VerwRspr. 13, Nr. 191, S. 641 (Versagung der Genehmigung zur Einrichtung einer Rezeptsammelstelle einer Apotheke in einem anderen Ort): „... Der erkennende Senat ... hat aber dem Grundsatz nach daran festgehalten, der Eigentumsschutz habe das Recht auf Fortsetzung des Betriebes aufgrund der schon getroffenen betrieblichen Veranstaltungen zum Inhalt; es müsse sich, wenn ein entschädigungspflichtiger, enteignender Eingriff gegeben sein solle, um einen Eingriff in bereits vorhandene konkrete Werte handeln. Ein solcher Eingriff liegt hier nicht vor (wird näher ausgeführt) ... Im Lichte des Enteignungsrechts ist das Verbot einer solchen Veranstaltung nicht anders als das Verbot eines erst zu errichtenden, noch in Vorbereitung befindlichen Gewerbebetriebes zu würdigen"; 25. 5. 1961, VerwRspr. 14, Nr. 18, S. 78, 79 (Versagung der Kleinhandelserlaubnis für einen Großhändler beim Handel mit unedlen Metallen): „... Dagegen ließ die Versagung der Kleinhandelserlaubnis den Betrieb der Klägerin in seiner bisherigen Form unberührt. Sie hinderte die Klägerin lediglich einen neuen Tätigkeitskreis zusätzlich aufzunehmen... Der Begriff des Kreises der bisherigen Tätigkeit darf nicht weit gefaßt werden, um zu gewährleisten, daß nur für Eingriffe in tatsächlich bestehende vermögenswerte Rechtspositionen, und nicht für den Verlust irgendwelcher Vorteilschancen Entschädigung gewährt wird."

Gedanken, daß bestehende Rechtspositionen einen höheren Schutz verdienen als Ansprüche auf Erweiterung dieser Rechtspositionen oder Begründung neuer Rechtspositionen. Wann ein Eingriff in eine bestehende Rechtsposition vorliegt, ist im konkreten Falle nicht immer leicht zu beurteilen; entscheidend sollte sein, ob es sich um eine im Rahmen der Gesetze gegebene und ohne weiteres nutzbare Rechtsposition handelt oder ob zu ihrer Begründung oder Erweiterung noch eine besondere Verleihung, Genehmigung oder Erlaubnis seitens des Staates hinzukommen muß. Eine solche Verleihung, Genehmigung oder Erlaubnis setzt eine Tatsachen- und Rechtsprüfung durch die dafür zuständigen Verwaltungsbehörden voraus. Diese Prüfung erfordert eine gewisse Zeit und schließt die Möglichkeit entschuldbarer Beurteilungsfehler ein; dies ist, sofern dabei der Verwaltungsbehörde keine amtshaftungauslösenden schuldhaften Fehler unterlaufen, keine unzumutbare Belastung für denjenigen, der eine Rechtsposition vom Staat begehrt. Hier genügt das Anfechtungsrecht für den Rechtsschutz. Dementsprechend wäre z. B. im Falle einer ungerechtfertigten Abrißverfügung zu entschädigen, im Falle der ungerechtfertigten Verweigerung eines baurechtlichen Dispenses dagegen nicht[55]); ebenso wäre im Falle des ungerechtfertigten Verbots einer genehmigungsfreien Verkaufsveranstaltung[56]) oder im Falle des ungerechtfertigten Widerrufs einer Gewerbeerlaubnis zu

---

[55]) Im Baurecht geht der BGH vom Grundsatz der Baufreiheit aus, der dem Eigentümer schon vor der — rein formal betrachteten — Baugenehmigung eine im Rahmen der Bauvorschriften nutzbare Rechtsposition gibt, vorausgesetzt, daß es sich seiner situationsgebundenen Lage nach um ein Baugrundstück handelt (vgl. BGH, 9. 5. 1960, NJW 1960, S. 1618). Zur rechtswidrigen Versagung einer Bauerlaubnis vgl. die Entscheidung des BGH vom 9. 5. 1960, VerwRspr. 13, Nr. 15, S. 53,58 (Ablehnung der Verlängerung einer durch Zeitablauf erloschenen Baugenehmigung nach Zurückverlegung der Baufluchtlinie): „... Falls die Beklagte ohne gesetzliche Ermächtigung den Bauantrag abgelehnt haben sollte, hätte sie rechtswidrig in das allgemeine Recht der Baufreiheit beim Kläger eingegriffen und wäre nach Enteignungsgrundsätzen wegen des insoweit vorliegenden enteignungsgleichen Eingriffs zur Entschädigung verpflichtet." In dieser Entscheidung wird vorausgesetzt, daß es sich um einen Bauantrag handelte, der sich im Rahmen der baurechtlichen Vorschriften hielt und keinen Dispens erforderte; sie wird deshalb auf den Fall der Verweigerung eines Dispenses nicht ohne weiteres übertragen werden dürfen. Weitere Entscheidungen zum Baurecht bei Kröner, aaO. (s. o. Anm. 24), S. 38.

[56]) So in BGH, 25. 4. 1960, NJW 1960, S. 1149 (Fahrendes Kaufhaus).

entschädigen, im Falle der ungerechtfertigten Ablehnung einer beantragten Gewerbeerlaubnis[57]) dagegen nicht.

Je weiter man den Kreis der eine Aufopferungs- oder Enteignungsentschädigung rechtfertigenden Eingriffe ausdehnt, um so größere Bedeutung gewinnt die Frage, ob das Verhalten des Betroffenen, soweit es den Erlaß des rechtswidrigen Verwaltungsaktes mitverursacht hat, zu seinen Lasten berücksichtigt werden sollte. Der Bundesgerichtshof hat die Frage, ob eine analoge Anwendung des § 254 BGB im Rahmen der Aufopferung und Enteignung möglich ist, bisher offen gelassen, einige untere Gerichte haben sie bereits bejaht[58]). Die neueren gesetzlichen Bestimmungen, die Entschädigungsregelungen für Aufopferungs- oder Enteignungseingriffe enthalten, sehen regelmäßig vor, daß ein mitwirkendes Verschulden des Betroffenen bei der Entstehung des aus dem Eingriff entstandenen Schadens zu berücksichtigen ist[59]); hierbei ist aber wohl in erster Linie an eine Schadensabwendungspflicht des Betroffenen, nicht so sehr an die Mitverursachung des Eingriffs als solchen gedacht. Der Bundesgerichtshof hat in dem Falle eines vorsätzlich oder fahrlässig hervorgerufenen Anscheins einer polizeilichen Gefahr die in den Polizeigesetzen für die Inanspruchnahme eines Nichtstörers vorgesehene Aufopferungsentschädigung versagt und damit — wenn auch mit anderer Begründung — die verschuldete Mitverursachung des Eingriffs durch den Betroffenen für beachtlich gehalten[60]).

In diesen Zusammenhang gehört auch die bisher ungeklärte Frage, ob eine rechtswidrige, z. B. wegen Wahl des falschen

[57]) So in den in Anm. 54 zitierten Entscheidungen.

[58]) Das Reichsgericht hat vereinzelt (21. 4. 1941, RGZ 167, 14 [26]) ohne nähere Begründung die Anwendbarkeit des § 254 BGB auf den Aufopferungsanspruch abgelehnt; der BGH hat noch in seiner Entscheidung vom 9. 5. 1960, Verw.Rspr. 13, Nr. 15, S. 53 (60) die Anwendbarkeit des § 254 BGB ausdrücklich offen gelassen. Das OLG Celle (9. 12. 1953, NJW 1954 S. 559) berücksichtigt dagegen mitwirkende grobe Fahrlässigkeit bei der Entstehung der Schädigung. Für uneingeschränkte Anwendung des § 254 BGB, soweit die Entstehung der Schädigung aus enteignungsgleichem Eingriff in Frage steht: BayObLG, Urt. v. 14. 7. 1960, BayObLGZ 1960 S. 295 (302, 303).

[59]) Vgl. § 93 Abs. 2 Satz 2 BBauG: „Hat bei der Entstehung eines Vermögensschadens ein Verschulden des Entschädigten mitgewirkt, so gilt § 254 des Bürgerlichen Gesetzbuchs sinngemäß"; § 51 Abs. 3 BSeuchenG: „Hat bei der Entstehung, Abwendung oder Minderung des Schadens ein Verschulden des Geschädigten oder seines Sorgeberechtigten mitgewirkt, so gilt § 254 des Bürgerlichen Gesetzbuchs sinngemäß." Gleichartige Regelungen, mit oder ohne Nennung des § 254 BGB finden sich in § 43 Abs. 4 NordrhWestfOrdnBehG, § 53 Abs. 4 BremPolG, § 59 Abs. 1 BayPolAufgG.

[60]) BGH, 14. 2. 1952, BGHZ 5, 144 (151) = NJW 1952, S. 586.

Mittels oder wegen Übermaßes aufzuhebende Polizeiverfügung zu einer Entschädigung nach Aufopferungs- oder Enteignungsgrundsätzen verpflichtet, obwohl der Betroffene als Störer berechtigten Anlaß zum Einschreiten der Polizei gegeben hatte. Der Bundesgerichtshof müßte hier, weil er in der Rechtswidrigkeit des eingreifenden Verwaltungsaktes das die Aufopferungslage begründende Sonderopfer sieht, konsequenterweise eine Entschädigung wegen enteignungsgleichen Eingriffs gewähren. Der Gesetzgeber scheint anderer Ansicht zu sein; einige neuere Polizeigesetze sehen zwar für die rechtswidrige Inanspruchnahme des Nichtstörers, nicht aber für die rechtswidrige Inanspruchnahme des Störers eine Entschädigung vor[61]). Weder das eine noch das andere Ergebnis ergibt in allen Fällen befriedigende Lösungen; man wird vielmehr auch hier das Verhalten des Betroffenen für die Frage, ob ein Sonderopfer vorliegt, mitberücksichtigen müssen. Wird eine Polizeiverfügung gegen einen — objektiv polizeipflichtigen — Störer gerichtet und ist diese Polizeiverfügung wegen eines Verfahrensfehlers oder wegen Wahl des falschen Mittels rechtswidrig, so kann eine Sonderopferlage des Betroffenen nur insoweit anerkannt werden,als ihm gerade durch diese Fehler ein besonderer Vermögensnachteil entstanden ist, der auch durch Aufhebung der Verfügung nicht beseitigt werden kann. Hätte der Betroffene diesen Schaden durch Anfechtung der Polizeiverfügung abwenden können und hat er es unterlassen, von seinem Anfechtungsrecht Gebrauch zu machen, so entfällt — wie oben bereits ausgeführt — ein Sonderopfer schon aus diesem Grunde. Der vom Bundesgerichtshof aufgestellte Satz,

---

[61]) § 40 Abs. 1 des hessischen Polizeigesetzes vom 10. 11. 1954: „Wer nach § 15 *[scil. als „Nichtstörer"]* in Anspruch genommen wird, kann Ersatz des ihm hierdurch entstandenen Schadens verlangen. Das gilt auch bei schuldlos rechtswidriger Inanspruchnahme"; die übrigen Polizei- und Ordnungsbehördengesetze der Länder regeln die Folgen einer rechtswidrigen Maßnahme überhaupt nicht, lediglich § 42 Abs. 1 (b) des Ordnungsbehördengesetzes von Nordrhein-Westfalen und § 52 des bremischen Polizeigesetzes (Texte siehe unten Anm. 73) geben einen Entschädigungsanspruch für jede rechtswidrige Maßnahme der Polizei- oder Ordnungsbehörden, wobei aber auch nicht ganz zweifelsfrei ist, ob damit auch die Fälle der rechtswidrigen Inanspruchnahme eines „Störers" erfaßt werden sollten (vgl. dazu Rietdorf, Gesetz über Aufbau und Befugnisse der Ordnungsbehörden — Ordnungsbehördengesetz — für Nordrhein-Westfalen, 1957, S. 233—239, Drews-Wacke, Allgemeines Polizeirecht, 7. Auflage, 1961, S. 474—475). Nach BGH, 5. 3. 1953, DVBl. 1953, S. 367 (368) und OLG Celle, 6. 11. 1957, DVBl. 1958, S. 549 (550) ist eine analoge Anwendung des § 70 PreußPol. VerwG bzw. des ihm entsprechenden § 40 NiedersSOG auf den „Störer" ausgeschlossen.

daß die Rechtswidrigkeit des in eine Rechtsposition eingreifenden Verwaltungsaktes das die Entschädigung begründende Sonderopfer darstelle, bedarf also auch insoweit einer Einschränkung.

Das deutsche Recht ermöglicht somit eine differenzierte und gerechte Beurteilung der Schadensfolgen aus rechtswidrigen Verwaltungsakten. Ich halte es daher weder für empfehlenswert noch für rechtsstaatlich geboten, eine unterschiedslose Verursachungshaftung nach dem Muster des schweizerischen Verantwortlichkeitsgesetzes vom 14. 3. 1958[62]) mit der Folge des Schadenersatzes für jeden, selbst in entschuldbarem Rechts- oder Tatsachenirrtum erlassenen rechtswidrigen Verwaltungsakt einzuführen.

8.

Wenden wir uns nunmehr den Schäden durch rechtmäßige Verwaltungsakte zu, zu denen im weiteren Sinne auch die rechtmäßigen Vollzugsmaßnahmen der Verwaltungsbehörden zu rechnen sind.

Hier sind zunächst diejenigen Schadensfälle problematisch, in denen der Schaden nicht unmittelbar durch den Eingriff in die Rechtsposition des Adressaten, sondern erst durch den Hinzutritt besonderer Umstände des Falles hervorgerufen worden ist, wie z. B. der bei einer behördlich angeordneten medizinischen Zwangsbehandlung infolge besonderer Veranlagung des Betroffenen eingetretene außerordentliche Gesundheitsschaden[63]) oder der bei Erfüllung einer behördlich angeordneten Dienst- oder Sachleistungspflicht infolge der besonderen Umstände des Falles eingetretene außergewöhnliche Sachschaden[64]). Die Problematik dieser Fälle besteht darin,

---

[62]) Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördenmitglieder und Beamten (Verantwortlichkeitsgesetz) vom 14. März 1958 (Eidg. Ges. S. 1958, S. 1413). Art. 3 Abs. 1 dieses Gesetzes lautet wie folgt: „Für den Schaden, den ein Beamter in Ausübung seiner amtlichen Tätigkeit Dritten widerrechtlich zufügt, haftet der Bund ohne Rücksicht auf das Verschulden des Beamten."

[63]) BGH, 26. 9. 1957, BGHZ 25,238 (medizinische Zwangsbehandlung aufgrund des Geschlechtskrankheitengesetzes); nach dieser Entscheidung ist eine Aufopferungslage gegeben, gleichgültig ob der Betroffene freiwillig der gesetzlichen Pflicht zur Behandlung nachgekommen ist oder durch eine gesundheitsbehördliche Anordnung dazu angehalten werden mußte.

[64]) BGH, 10. 11. 1958, BGHZ 28, 310 = NJW 1959, S. 384 (Beschädigung eines im Rahmen gemeindlicher Hand- und Spanndienste angeforderten Treckers bei gefährlichen Transportarbeiten). Vgl.

daß es sich hier um Schäden handelt, die mit dem Verwaltungs- oder Vollzugsakt normalerweise nicht verbunden sind, sondern außerhalb der mit ihm beabsichtigten Wirkungen lagen.

Die Rechtsprechung hat keine Bedenken getragen, den Eingriff in die Rechtssphäre des Betroffenen und den daraus durch den Hinzutritt weiterer Faktoren erwachsenden Schaden für die Beurteilung, ob ein unzumutbares Sonderopfer vorliegt, als eine Einheit zu betrachten[65]). Voraussetzung ist nur, daß sich der Schaden aus der besonderen Gefahr, die mit der hoheitlichen Inanspruchnahme wegen ihrer Eigenart notwendigerweise verbunden war, entwickelt, sich also nicht nur zufällig oder gelegentlich der Inanspruchnahme realisiert hat[66]).

Dieser Betrachtungsweise wird man zustimmen und allgemein sagen können, daß Folgeschäden eines rechtmäßigen Verwaltungsaktes für die Beurteilung der Opferlage immer dann mitberücksichtigt werden können, wenn sie als adäquat kausale Folge der durch den Verwaltungs- oder Vollzugsakt geschaffenen speziellen Situation anzusehen sind. Wir kommen so zu dem gleichen Ergebnis, das die Theorie der Gefährdungshaftung erreichen möchte, nur mit dem Unterschied, daß die Schaffung einer speziellen Gefahrenlage hier nicht als Haftungsgrund, sondern als Kausalitätsfaktor erscheint. § 26 Abs. 3 des früheren Reichsleistungsgesetzes, § 28 Abs. 1 des jetzigen Bundesleistungsgesetzes und § 51 des Bundesseuchengesetzes[67])

---

auch Barkhau, Öffentlichrechtliche Entschädigung bei Nothilfeleistungen, 1954.

[65]) Vgl. die oben in Anm. 44 zitierte Entscheidung.

[66]) BGHZ 28, 310, 313 (siehe Anm. 64): „Bei diesem Schaden handelt es sich also nicht um ein zufällig und gelegentlich der Dienstleistung eingetretenes Ereignis; für solche zufälligen Folgen steht dem Betroffenen auch bei enteignenden Eingriffen regelmäßig kein Entschädigungsanspruch zu (BGHZ 12, 52 [57]). Hier handelt es sich vielmehr um eine aus der Eigenart der hoheitlich geforderten Leistung sich ergebende, den Kl. ungleich treffende Schadensfolge, für die er nach den Grundsätzen des Enteignungsrechts einen Ausgleich verlangen kann."

[67]) § 28 Abs. 1 BLeistG: „Körper- und Gesundheitsschäden, Schäden durch Verlust, Beschädigung oder Verschlechterung anderer als der angeforderten Sachen sowie Haftpflichtschäden, die der Leistungspflichtige, seine Erfüllungsgehilfen oder der nach § 13 Abs. 1 Satz 2 Herausgabepflichtige infolge der Erfüllung einer auf der Anforderung beruhenden Leistung erleiden, hat der Leistungsempfänger, in den Fällen des § 8 Abs. 2 der Bedarfsträger den Geschädigten angemessen zu ersetzen, soweit diese nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermögen."

§ 51 Abs. 1 Satz 1 BSeuchenG: „Wer durch eine gesetzlich vorgeschriebene oder eine auf Grund der Bestimmungen dieses Gesetzes angeordnete oder eine von der Gesundheitsbehörde öffentlich

sind Beispiele für die gesetzliche Anerkennung der Entschädigungspflicht solcher außerordentlicher Folgeschäden[68]).

Eine ähnliche, wenn auch anders gelagerte Problematik ergibt sich bei Schäden, die unbeteiligten Dritten durch einen — im übrigen rechtmäßigen — Verwaltungs- oder Vollzugsakt entstehen, wie z. B. Verletzung unbeteiligter Passanten beim berechtigten Waffengebrauch gegen einen Verbrecher oder Einwirkungen auf das Nachbargrundstück beim polizeilichen Abbruch eines baufälligen Hauses. Auch hier handelt es sich um Schäden, die mit dem Verwaltungs- oder Vollzugsakt normalerweise nicht verbunden sind, sondern außerhalb seiner Zielrichtung lagen.

Die Rechtsprechung[69]) hat auch in diesen Fällen eine Aufopferungslage bejaht und diese Schadensfolgen dem Verwaltungsakt zugerechnet, weil sie es als genügend ansah, daß der Verwaltungs- oder Vollzugsakt mit hinreichender kausaler Unmittelbarkeit in eine geschützte Rechtsposition eingegriffen hat, auch wenn der Verwaltungs- oder Vollzugsakt nicht auf den Betroffenen gezielt war. Die Kritik[70]) an dieser Rechtsprechung ist nicht gerechtfertigt: Es kann keinen Unterschied machen, ob der Betroffene, in dessen Rechtssphäre eingegriffen wurde, der Adressat des Verwaltungsakts oder ein Dritter war; denn ein Verwaltungs- oder Vollzugsakt — ob rechtmäßig oder rechtswidrig — zwingt nicht nur den Adressaten, sondern auch jeden mit ihm in Berührung kommenden Dritten zur Duldung. Die mit dem Verwaltungs- oder Voll-

---

empfohlene Schutzimpfung einen über das übliche Ausmaß einer Impfreaktion hinaus gehenden Gesundheitsschaden erleidet, hat Anspruch auf Entschädigungsleistungen nach den §§ 52 bis 55."

[68]) § 537 Ziff. 5 (a)—(c) RVO gewährt freiwilligen und behördlich in Anspruch genommenen Nothelfern für die infolge ihres Einsatzes erlittenen Körperschäden kraft Gesetzes die Leistungen aus der Unfallversicherung, auch wenn sie nicht versichert sind. Diese Leistungen reichen jedoch meist nicht aus, um als angemessene Entschädigung im Sinne des Aufopferungsanspruchs gelten zu können (so übereinstimmend Forsthoff, aaO. [s. o. Anm. 1], S. 318 Anmerkung 1, Drews-Wacke, aaO. [s. o. Anm. 61], S. 477).

[69]) BGH, 16. 2. 1956, BGHZ 20,81; 29. 10. 1959, VersRecht 1960, S. 248; OLG Schleswig, 25. 1. 1951, NJW 1951, S. 605 (sämtlich Fälle von Verletzung oder Tötung unbeteiligter Passanten durch abirrende Kugeln beim Schußwaffengebrauch der Polizei). Unentschieden BGH, 5. 3. 1953, DVBl. 1953, S. 835 mit kritischer Anm. (Baufälligwerden des Nachbarhauses infolge polizeilich angeordneter Beseitigung einer Kriegsruine); der BGH hatte hier latente Baufälligkeit des Nachbarhauses festgestellt und deshalb wegen der damit gegebenen Polizeipflichtigkeit des Eigentümers eine Entschädigung versagt.

[70]) Forsthoff, aaO. (Anm. 1), S. 315; Katzenstein, aaO. (Anm. 2), MDR 1952, S. 194, Anm. 5.

zugsakt verbundene besondere Gefahr ist auch hier nicht Haftungsgrund, sondern nur Kausalitätsfaktor.

Man streitet darüber, ob ein gesetzmäßiger Verwaltungs- oder Vollzugsakt, wenn er über seine unmittelbare Zielrichtung hinaus einem unbeteiligten Dritten Schaden zufügt, dadurch oder insoweit zu einem rechtswidrigen wird[71]); auch die Gesetze, soweit sie überhaupt solche Fälle regeln, bezeichnen derartige Verwaltungsakte teils als rechtmäßig[72]), teils als rechtswidrig[73]) oder lassen ihre Qualifizierung offen[74]). Die

---

[71]) Überblick über den Streitstand bei Reinhardt, Gutachten aaO. (Anm. 2), S. 256 Anm. 95, und bei Schack, aaO. (Anm. 2), S. 730 Anm. 29.

[72]) § 13 Abs. 1 des hessischen Gesetzes über die Anwendung unmittelbaren Zwanges bei Ausübung öffentlicher Gewalt vom 11. 11. 1950 (hessGVBl. 1950, S. 247): „Wird durch die Anwendung unmittelbaren Zwanges bei rechtmäßiger Ausübung öffentlicher Gewalt jemand getötet oder verletzt oder eine Sache vernichtet oder beschädigt, so haftet das Land für den daraus entstehenden Schaden, wenn der Geschädigte nicht auf andere Weise für den Schaden Ersatz zu erlangen vermag." Das Bundesgesetz über unmittelbaren Zwang bei Ausübung öffentlicher Gewalt durch Vollzugsbeamte des Bundes vom 10. 3. 1961 (BGBl. I, S. 165) enthält leider keine Regelung dieses Falles; es gelten daher insoweit die allgemeinen, von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze des Aufopferungs- und Enteignungsrechts.

[73]) § 42 Abs. 1 des Gesetzes über Aufgaben und Befugnisse der Ordnungsbehörden von Nordrhein-Westfalen vom 16. 10. 1956 (GVBl. 1956, S. 290): „Ein Schaden, den jemand durch Maßnahmen der Ordnungsbehörden erleidet, ist zu ersetzen, wenn er (a) infolge einer Inanspruchnahme nach § 19 *[scil. ausdrückliche Inanspruchnahme des „Nichtstörers"]* oder (b) durch rechtswidrige Maßnahmen, gleichgültig, ob die Ordnungsbehörden ein Verschulden trifft oder nicht, entstanden ist." Nach Rietdorf, Gesetz über Aufbau und Befugnisse der Ordnungsbehörden — Ordnungsbehördengesetz — für das Land Nordrhein-Westfalen, 1957, Anm. 1 zu § 42 NWOBG, S. 233—234, soll § 42 Abs. 1 (b) auch diejenigen Schäden einschließen, die einem nicht ausdrücklich in Anspruch genommenen Geschädigten, dem sog. unbeteiligten Nichtstörer, entstanden sind.

§ 52 Abs. 1 des bremischen Polizeigesetzes (BremPolG) vom 5. 7. 1960 (BremGBl. 1960, S. 73) enthält eine gleichartige Regelung: „Erleidet jemand (a) ... infolge einer Inanspruchnahme nach § 8 oder (b) durch eine auf dieses Gesetz gestützte Maßnahme, die sich als rechtswidrig erweist, oder (c) ... einen Schaden, so kann er hierfür Entschädigung verlangen."

[74]) § 26 Abs. 2 des bayerischen Polizeiaufgabengesetzes (BayPAG) vom 16. 10. 1954 (BayGVBl. 1954, S. 237): „Das gleiche gilt *[scil. Entschädigungsleistung]*, wenn jemand, der nicht nach den Art. 9 oder 10 verantwortlich *[scil. „Störer"]* ist und gegen den nicht Maßnahmen nach Art. 12 gerichtet worden sind *[scil. ausdrückliche Inanspruchnahme eines „Nichtstörers"]*, durch eine polizeiliche Maßnahme getötet oder verletzt wird oder einen nicht zumutbaren Schaden erleidet."

Frage ist nicht von entscheidender Bedeutung, da eine Aufopferungslage in jedem Falle gegeben ist; sie läßt sich auch nicht allgemein, sondern nur danach beantworten, ob im konkreten Falle die Durchführung der Maßnahme unter Einrechnung der möglichen Gefahren im öffentlichen Interesse notwendig und durch die gesetzliche Ermächtigung gedeckt war. Bei dieser Diskussion wird meist übersehen, daß die Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsaktes nach der Ausgangslage, nicht nach den tatsächlichen Auswirkungen zu beurteilen ist; insoweit weicht die Beurteilungsmethode von der auf den rechtswidrigen Erfolg abstellenden Rechtswidrigkeitstheorie des privatrechtlichen Deliktsrechts ab.

In allen diesen Schadensfällen außerordentlicher, von der Normalsituation abweichender Schadensfolgen eines rechtmäßigen Verwaltungs- oder Vollzugsaktes handelt es sich um einen Aufopferungstatbestand, nicht um einen enteignenden Eingriff im Sinne des Art. 14 GG, auch wenn vermögenswerte Rechte beeinträchtigt worden sind. Eine andere Beurteilung würde die gleichen Schwierigkeiten zur Folge haben, wie ich sie oben im Falle des Gesetzes, das in einer Ausnahmesituation einen außergewöhnlichen Schaden zur Folge hat, dargelegt habe.

9.

Wenden wir uns nunmehr den Schadensfällen zu, die nicht durch einen rechtsförmlichen Hoheitsakt (durch Rechtsnorm oder Verwaltungsakt), sondern durch sonstige staatliche Verwaltungstätigkeiten auf dem Gebiet öffentlicher Aufgabenerfüllung verursacht werden, wie z. B. schädigende Einwir-

---

Die übrigen neueren Ordnungsbehörden- und Polizeigesetze der Länder regeln in Anlehnung an § 70 des preußischen Polizeiverwaltungsgesetzes lediglich die Entschädigung des ausdrücklich und rechtmäßig in Anspruch genommenen „Nichtstörers", nicht dagegen die Entschädigung unbeteiligter Dritter; vgl. § 40 des Niedersächsischen Gesetzes über die öffentliche Sicherheit und Ordnung vom 21. 3. 1951, § 65 des Polizeigesetzes von Rheinland-Pfalz vom 26. 3. 1954, § 40 Abs. 1 des hessischen Polizeigesetzes vom 10. 11. 1954, § 38 Abs. 1 des Polizeigesetzes von Baden-Württemberg vom 21. 11. 1955 und § 70 der Neufassung des preußischen Polizeiverwaltungsgesetzes für Berlin vom 2. 10. 1958.

§ 40 Abs. 1 Satz 2 des hessPolG, der die Entschädigung für den Fall der rechtswidrigen Inanspruchnahme des „Nichtstörers" entsprechend regelt, soll nach Drews-Wacke, Allgemeines Polizeirecht 7. Aufl. 1961, S. 475, auch für Schäden unbeteiligter, nicht ausdrücklich in Anspruch genommener Dritter gelten, was nach dem textlichen Zusammenhang, in dem diese Vorschrift steht, bezweifelt werden muß.

kungen staatlicher Betriebe und Veranstaltungen auf ihre Umgebung oder Veränderungen öffentlicher Wege oder Gewässer zum Nachteil ihrer Anlieger oder sonstiger Nutzungsberechtigter.

Die rechtliche Einordnung dieser Schadensfälle unter die Aufopferung bereitet deshalb konstruktive Schwierigkeiten, weil es hier am sichtbaren hoheitlichen Zwangsakt fehlt, um den Tatbestand der Nötigung zu einem Sonderopfer zu begründen. Die Rechtsprechung hat aber seit jeher andere Formen hoheitlicher Einwirkung auf die Rechtssphäre des Einzelnen als ausreichend erachtet, um eine Aufopferungslage zu begründen[75]).

Die Kritik der Lehre[76]) an dieser Rechtsprechung ist nicht berechtigt. Für den Aufopferungstatbestand ist die Wirkung auf die Rechtsposition des Geschädigten entscheidend; es muß genügen, wenn der Geschädigte in irgendeiner Form — nicht notwendig in der Gestalt formalisierter Hoheitsakte — durch einen privilegierten Akt der öffentlichen Gewalt zur Aufgabe einer Rechtsposition gezwungen wird.

In diesem Zusammenhang kann rechtsvergleichend darauf hingewiesen werden, daß die Rechtsprechung in den Vereinigten Staaten vor dem gleichen Problem steht[77]). Die Gerichte gehen dabei von dem Grundsatz aus, daß Schäden, die Folge einer gesetzlich autorisierten staatlichen Tätigkeit sind, als „damnum absque injuria" entschädigungslos hinzunehmen sind, es sei denn, daß sie als eine entschädigungspflichtige Eigentumsentziehung („taking of property") im Sinne des 5. Zusatzartikels zur amerikanischen Bundesverfassung oder entsprechender Bestimmungen der Gliedstaatsverfassungen zu qualifizieren wären[78]). Soweit sondergesetzliche Entschädigungsregelungen (wie z. B. in einer Anzahl Gliedstaaten für die besonderen Schäden der Anlieger durch

---

[75]) Die umfangreiche Rechtsprechung des RG ist bei Schack, Gutachten aaO. (s. o. Anm. 4), S. 16—17 wiedergegeben. Zur neueren Rechtsprechung siehe die folgenden Anm. 88 und 89.

[76]) Stödter, Öffentlichrechtliche Entschädigung, 1933, S. 12, 44 ff.; dagegen schon Giese, Der öffentlichrechtliche Aufopferungsanspruch, 1936, S. 48.

[77]) Vgl. hierzu das führende Lehrbuch des amerikanischen Enteignungsrechts: Nichols, The Law of Eminent Domain, 3. Aufl., New York 1950, § 6, S. 234—416. Weitere Nachweise über die Rechtsprechung zu diesem Problem: Corpus Juris Secundum, Bd. 29, Eminent Domain, §§ 110—135; American Jurisprudence, Bd. 18, §§ 128—144.

[78]) Der hier in Betracht kommende Passus am Ende des 5. Zusatzartikels lautet wie folgt: "... nor shall private property be taken for public use without just compensation."

Straßenveränderungen) nicht vorhanden waren, haben die Gerichte sich deshalb bemüht, den ursprünglichen rein formal verstandenen Begriff des „taking of property" im Wege der Auslegung so auszuweiten, daß auch indirekte Eigriffe[79]) und rein tatsächliche Beeinträchtigungen, wie z. B. Überflutungen von Grundstücken der Flußanlieger als Folge von Flußregulierungen, Zugangsbehinderungen für Straßenanlieger als Folge von Straßenbauten und -veränderungen oder Nutzungsbeeinträchtigungen der Anliegergrundstücke durch den Betrieb von Eisenbahnen oder Flugplätzen[80]) als „taking of property" und nicht nur als mittelbare Folgeschäden („consequential damages") angesehen wurden. Bemerkenswert ist, daß sich die Hälfte der Gliedstaaten veranlaßt gesehen hat, die Eigentumsartikel ihrer Verfassungen in der Weise zu ergänzen, daß nicht nur die Entziehung („taking"), sondern auch schon die Schädigung („damage") des Eigentums oder sonstiger privater vermögenswerter Rechte — sofern sie aus Gründen des allgemeinen Wohles geschieht — zur Entschädigung verpflichtet[81]). Diese sogenannte „damage clause" sollte — ebenso wie die Ausweitung des Begriffs der „taking of property" — den Gerichten die Subsumtion der als entschädigungsbedürftig betrachteten Schadensfälle unter die verfassungsrechtliche Eigentumsgarantie erleichtern; sie zwang aber nun wiederum

[79]) Armstrong v. United States (1960), 364 U.S. 40 (Entschädigung des Zulieferers, der durch Ausübung staatlicher Vorzugsrechte gegenüber dem insolventen Hersteller an der Geltendmachung seines Pfandrechts am hergestellten Produkt gehindert wird); vgl. dagegen noch Omnia Commercial Co. v. United States (1923) 261 U.S. 502 (keine Entschädigung für den Abnehmer eines Stahlwerks, in dessen laufenden Vertrag durch Requisition der gesamten Jahresproduktion des Stahlwerks eingegriffen worden ist).

[80]) United States v. Lynah (1903) 188 U.S. 445, United States v. Welch (1910) 217 U.S. 333, United States v. Cress (1917) 243 U.S. 316 (Überflutungen von Grundstücken als Folge von Flußregulierungen, Dammbauten etc.); Peadbody v. United States (1913) 231 U.S. 530 und Portsmouth Harbor Co. v. United States (1922) 260 U.S. 327 (Schießübungen von Küstenbatterien über private Grundstücke hinweg); United States v. Causby (1946) 328 U.S. 256 (Nutzungsbeeinträchtigung eines Grundstücks [Hühnerfarm] unter der Flugschneise eines Militärflugplatzes). Weitere Hinweise auf die zahlreiche Rechtsprechung in anderen Fällen bei Nichols, aaO. §§ 6.22—6.32, 6.38 und 6.4434—6.45, S. 253—273, 285—299, 356—416.

[81]) So z. B. Art. II, § 13 der Verfassung von Illinois: „Private property shall not be taken or damaged for public use without just compensation ..." (Hervorhebung vom Verf.). Dem Beispiel von Illinois, der als erster Gliedstaat im Jahre 1870 den Eigentumsartikel seiner Verfassung in dieser Weise ergänzte, sind inzwischen 24 weitere Staaten mit gleichartigen Änderungen ihrer Verfassung gefolgt (Nichols aaO. § 6.1 (3), S. 240 und § 6.44, S. 324; Hinweise auf die Rechtsprechung hierzu §§ 6.44—6.45, S. 324—416).

die Gerichte, nach einer Begrenzung des Kreises der entschädigungspflichtigen Schädigungen zu suchen, wenn der Grundsatz, daß Schadensfolgen einer gesetzlich autorisierten staatlichen Tätigkeit keine Entschädigung rechtfertigen, nicht in sein Gegenteil verkehrt werden sollte. Die amerikanischen Gerichte haben verschiedene Kriterien für diese Abgrenzung entwickelt: sie haben z. B. nur solche Schädigungen als entschädigungspflichtig angesehen, die auch zwischen Privaten privatrechtliche Abwehr- oder Schadensersatzansprüche ausgelöst haben würden[82]) oder die so außergewöhnlich („peculiar and substantial") sind, daß sie in ihrem Ausmaß über das hinausgehen, was dem Bürger im allgemeinen zugemutet wird[83]). Die neuere Rechtsprechung stellt hauptsächlich auf das letztere Kriterium ab und nähert sich damit der Sonderopfertheorie der deutschen Aufopferungs- und Enteignungsrechtsprechung[84]).

Nach deutschem Recht unterliegt der Staat hinsichlich seiner Betriebe und Veranstaltungen, soweit sie schädigende Einwirkungen auf ihre Umgebung haben, grundsätzlich den gleichen rechtlichen Vorschriften wie der private Unternehmer solcher Betriebe und Veranstaltungen. Für ihn gelten daher:

1) die privatrechtliche oder — im Bereich der Amtshaftung — die öffentlichrechtliche Verschuldenshaftung;
2) die privatrechtliche Gefährdungshaftung auf Grund der Haftpflichtgesetze;
3) die kein Verschulden voraussetzende Schadensausgleichspflicht für Immissionen aus § 26 Gewerbeordnung und § 906 Abs. 2 n. F. BGB.

---

[82]) Vgl. die bei Nichols, aaO. § 6.441 (2), S. 329—331 zitierte Rechtsprechung.

[83]) Chicago v. Taylor (1888) 125 U.S. 161 (Behinderung des Zugangs zu einem Grundstück als Folge eines Brückenbaues); Richards v. Washington Terminal Co. (1914) 233 U.S. 546 (keine Entschädigung für die Nachteile der Anlieger einer ordnungsgemäß betriebenen Eisenbahnlinie, jedoch Entschädigung für den besonderen Schaden eines Anliegers durch konzentrierte Rauch- und Rußentwicklung an einem Tunneleingang). Weitere Hinweise auf einschlägige Rechtsprechung bei Nichols, aaO. § 4.441 (3), S. 331 bis 334.

[84]) Vgl. hierzu die in einer der neuesten Entscheidungen des amerikanischen Supreme Court gegebene Begründung für die Anwendung des 5. Zusatzartikels der amerikanischen Bundesverfassung: „... The Fifth Amendment's guarantee that private property shall not be taken for a public use without just compensation was designed to bar Government from forcing some people alone to bear public burdens which, in all fairness and justice, should be borne by the public as a whole." (Armstrong v. United States [1960], 364 U.S. 40, 49).

Das Anwendungsgebiet der Haftung aus § 26 Gewerbeordnung ist durch Gesetze[85]) und Rechtsprechung[86]) erheblich ausgedehnt worden; insbesondere läßt die Rechtsprechung heute auch einen Ersatzanspruch für bereits eingetretene Schäden zu[87]). Es erscheint deshalb nicht gerechtfertigt, dem Staat für seine Betriebe und Veranstaltungen eine noch schärfere Haftung aufzubürden, zumindest dann nicht, wenn es sich um Betriebe und Veranstaltungen handelt, die auch von einem privaten Unternehmer in gleicher Art und in gleichem Umfange durchgeführt werden könnten.

Eine andere Beurteilung ist dann geboten, wenn es sich um Betriebe und Veranstaltungen handelt, die außerhalb des Kreises der möglichen privaten Betätigungen liegen oder nach Art und Umfang über die einem Privaten erlaubten Betätigungen hinausgehen, die aber gleichwohl, weil sie zur Erfüllung staatlicher Aufgaben oder zur Befriedigung von Gemeinschaftsinteressen notwendig sind, von ihrer Umgebung kraft öffentlichen Rechts geduldet werden müssen. Beispiele solcher Betriebe und Veranstaltungen sind: Verkehrs- und Versorgungsbetriebe, Seuchenkrankenhäuser, Verteidigungsanlagen und Manöver. Die Rechtsprechung hat, ursprünglich in Anwendung des Rechtsgedankens des § 26 Gewerbeordnung, später unter ausdrücklichem Bezug auf den Haftungsgrund der Aufopferung, eine Entschädigungspflicht in allen Schadensfällen bejaht, in denen der Geschädigte auf Grund einer geschriebenen oder — aus dem öffentlichen Interesse abgeleiteten — ungeschriebenen Duldungspflicht die ihm sonst gegebenen privatrechtlichen Abwehransprüche nicht geltend

---

[85]) So z. B. die aufgrund Art. 125 EGBGB erlassenen landesrechtlichen Bestimmungen (Anwendung des § 26 GewO auf Eisenbahn-, Dampfschiffahrts- und ähnliche Verkehrsunternehmungen); § 11 LuftVerkG (auf Flughäfen); § 7 Abs. 4 AtomG (auf genehmigte Kernenergieanlagen). Gleichartige Regelungen wie § 26 GewO enthalten: Gesetz über die Beschränkung der Nachbarrechte gegenüber Betrieben, die für die Volksgesundheit von besonderer Bedeutung sind, vom 18. 10. 1935 i. Verb. mit Gesetz vom 13. 12. 1933 (Krankenhäuser, Heilanstalten, Bade- und Kuranstalten); §§ 11, 22 Abs. 3 WasserHaushG. (genehmigte Wassernutzungsanlagen).

[86]) RGZ 139, 29 (34—46); BGHZ 15, 146 (148, 150—151) = NJW 1955,19. Zur Ausdehnung auf öffentliche Anlagen und Betriebe siehe unten Anm. 88. Die Ausdehnung auf ortsübliche, aber übermäßige Einwirkungen aus dem Gesichtspunkt nachbarlicher Rücksichtnahme (RGZ 154,161; 159,139; 162,161; 167,14 und BGH, 15.6.1951, LM § 903 Nr. 1) ist durch die am 1. 6. 1960 in Kraft getretene Neufassung des § 906 BGB weitgehend gegenstandslos geworden.

[87]) RGZ 139,29 (34—36) unter Aufgabe der bis dahin gegenteiligen Rechtsprechung; bestätigt durch BGHZ 15, 146 (150—151).

machen konnte und dadurch einem erhöhten Schadensrisiko ausgesetzt war[88]).

Der die Aufopferungslage begründende hoheitliche Eingriff ist in diesen Schadensfällen der durch die öffentlichrechtliche Duldungspflicht herbeigeführte Ausschluß der privatrechtlichen Abwehransprüche. Aus dieser Erkenntnis ergibt sich zugleich die Grenze, in welchen Fällen und in welchem Umfange hier nach dem Grundsatz der Lastengleichheit eine Entschädigung gerechtfertigt ist: entschädigungspflichtig sind nur die Folgen solcher Einwirkungen, die der Geschädigte durch die ihm entzogenen Abwehransprüche hätte verhindern können und die außerdem nicht zu den privat- oder öffentlichrechtlich allgemein zumutbaren Belastungen gehören.

Die Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit des Betriebes oder der Veranstaltungen ist in diesem Zusammenhang grundsätzlich unerheblich, entscheidend ist allein das Bestehen einer Abwehransprüche ausschließenden öffentlichrechtlichen Duldungspflicht; die Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit der staatlichen Tätigkeit könnte lediglich für den Umfang der Duldungspflicht von Bedeutung sein.

10.

Schäden, die den Anliegern öffentlicher Wege durch Bauarbeiten, Verkehrsbeschränkungen, Niveauveränderungen etc. entstehen, sind in ständiger Rechtsprechung[89]) dann entschädigt

[88]) Die wichtigsten Entscheidungen sind: RGZ 73,270 (Geräusch einer Rohrpostanlage); RGZ 101,102 (Explosion einer Sprengstoffabrik während des Krieges); RGZ 122,134 und 133,342 (Schäden durch den Betrieb von Eisenbahnunternehmen); RGZ 155,154 (Steigen des Grundwasserspiegels durch Deichbauten); RGZ 159,129 (Reichsautobahn); RGZ 167,25 (Grundwassersenkung durch öffentliche Arbeiten). Weitere Nachweise über die Rechtsprechung bei Schack, VerwArch 40 (1935), S. 426,432 ff. und im Gutachten, aaO. S. 16—17 (s. o. Anm. 4).

[89]) Vgl. RGZ 145, 107 (113—114) mit Nachweisen über die frühere Rechtsprechung; ferner BGH, 28. 1. 1957, BGHZ 23,157 = NJW 1957, S. 630 (Behinderung der Sicht auf eine Gastwirtschaft durch Gestattung des Aufstellens von Verkaufsbaracken); 24. 4. 1958, LM Art. 14 GG Nr. 76 = MDR 1958, 587 (Benachteiligung eines Ladengeschäfts durch Ablenkung des Passantenstromes infolge eines Bauzaunes für einen Rathausneubau); 2. 7. 1959, III ZR 76/58, BGHZ 30, 241 = NJW 1959, S. 1776, und 2. 7. 1959, III ZR 81/58, NJW 1959, S. 1916 (in beiden Fällen Erschwerung der Zufahrt zu Bauernhöfen durch Erhöhung des Straßenkörpers); 7. 7. 1960, NJW 1960, S. 1995 = VerwRspr. 13, Nr. 16, S. 61 (anhaltende Straßensperrung durch verzögerte Bauarbeiten, verringerte Umsatzchancen durch Fehlen des Fahrzeugverkehrs).

worden, wenn sie zu einer nicht nur vorübergehenden, erheblichen Beeinträchtigung des Anliegerrechts führten; der Bundesgerichtshof hält eine Entschädigungspflicht gegeben, wenn einem Anlieger der ungehinderte Zugang zu einem Grundstück für dauernd so unterbrochen wurde, daß er nur mit erheblichen Kosten wiederhergestellt werden konnte[90]), oder wenn der Passantenverkehr vor einem auf Laufkundschaft angewiesenen Gewerbebetrieb so abgelenkt wurde, daß ein erheblicher Umsatzrückgang entstand[91]). Die neuere Gesetzgebung hat dieser Rechtsprechung bereits teilweise Rechnung getragen[92]).

Die von der Rechtsprechung auf diesem Gebiet entwickelten Haftungstatbestände sind im Ergebnis zu billigen; die Begründung dieser Haftung ist jedoch in mancher Beziehung widersprüchlich und gekünstelt. Der Bundesgerichtshof[93]) hat die Ausbau- und Unterhaltungsarbeiten an öffentlichen Wegen als „hoheitliche" Maßnahmen bezeichnet, die in vermögenswerte Rechtspositionen eingriffen, obwohl die Erfüllung öffentlicher Aufgaben für sich allein noch keine Duldungspflicht begründet; er hat keine klare Stellung bezogen, ob er diese Maßnahmen im Rahmen seiner Terminologie als rechtmäßig enteignende oder als rechtswidrige enteignungsgleiche Eingriffe betrachtet[94]), weil er sich — mit Recht — gescheut hat, in konsequenter Durchführung seiner Auslegung des Art. 14 GG diese notwendigen Bauarbeiten — mangels einer Art. 14 GG Abs. 3 GG genügenden Gesetzesgrundlage — als rechtswidrige Eingriffe zu bezeichnen; er hat schließlich nur durch bedenkliche Ausweitung des Schutzumfangs der aus dem Eigentum oder dem Gewerbebetrieb fließenden Betätigungsmöglichkeiten einen Eingriff in die Rechtsposition des Eigentümers oder Gewerbe-

[90]) Urteile vom 2. 7. 1959 (s. o. Anm. 89).

[91]) Urteile vom 24. 4. 1958 und 7. 7. 1960 (s. o. Anm. 89).

[92]) Durch das Änderungsgesetz vom 10. 7. 1961 (BGBl. 1961, I, S. 877) wurde in § 8 des Bundesfernstraßengesetzes vom 6. 8. 1953 (BGBl 1953, I, S. 903) folgender Absatz 4 (a) neu eigefügt: „Werden durch den Ausbau von Bundesstraßen Zufahrten zu Grundstücken unterbrochen, die keine anderweitige ausreichende Verbindung mit dem öffentlichen Verkehrsnetz besitzen, so hat der Träger der Straßenbaulast einen angemessenen Ersatz zu schaffen oder eine angemessene Entschädigung in Geld zu gewähren. Das gilt nicht für Zufahrten, die auf Grund einer widerruflichen Erlaubnis bestehen."

[93]) Urteile vom 2. 7. 1959 (s. o. Anm. 89).

[94]) Der BGH hatte hier zunächst nur von einem „entschädigungspflichtigen" Eingriff gesprochen (2. 7. 1959, III ZR 76/58, s. o. Anm. 89); in dem Urteil vom 7. 7. 1960 (s. o. Anm. 89) hat er sich dann entschlossen, bei unnötigen Verzögerungen in der Durchführung von Straßenbauarbeiten von einem „enteignungsgleichen" Eingriff zu sprechen.

treibenden konstruieren können, obwohl eine natürliche Betrachtungsweise den Zugang des Anliegers zu einem öffentlichen Wege als diejenige Rechtsposition bezeichnen würde, in die hier eingegriffen wird.

Gegen das Ergebnis, daß hier ein Aufopferungstatbestand gegeben ist, wird man keine Bedenken haben können; man wird es nur anders begründen müssen: Man sollte sich entschließen, die öffentlichrechtlich begründete Anliegerposition als geschützte Rechtsposition im Sinne des Aufopferungs- und Enteignungsrechts zu betrachten, ohne sie deshalb schon echten subjektiven öffentlichen Rechten im engeren Sinne gleichzustellen[95]). Der gegen die Anerkennung einer solchen Anliegerposition immer wieder ins Feld geführte Satz, daß ein Anlieger keinen Anspruch auf Aufrechterhaltung der bestehenden Wohn-, Geschäfts- oder Verkehrslage habe, ist kein stichhaltiges Argument; dieser Satz besagt lediglich, daß die üblichen und normalen Folgen der Bau- und Verkehrsentwicklung zu den allgemeinen Vor- und Nachteilen gehören, die alle Anlieger gleichmäßig treffen und für sich allein noch kein unzumutbares Sonderopfer begründen können[96]). Damit kann aber nicht ein über diese üblichen und normalen Folgen hinausgehender Eingriff in den freien Zugang zum öffentlichen Verkehrsnetz gerechtfertigt werden; die praktische Stillegung einer Tankstelle durch eine anhaltende Straßensperre oder die praktische Unzugänglichkeit eines Ladengeschäftes durch Beseitigung des Bürgersteigs einer Ladengeschäftsstraße sind Sonderopfer, die über das Maß der allgemein zumutbaren Belastungen hinausgehen. Mit der Er-

[95]) Schon das RG hatte in RGZ 145, 107, wenn auch mit einer heute nicht mehr überzeugenden privatrechtlichen Konstruktion, eine besondere rechtlich geschützte Position des Anliegers, ein sog. „subjektives Anliegerrecht" zur Grundlage dieser Rechtsprechung machen wollen. Der BGH hat aber in seinem Urteil vom 2. 7. 1959, III ZR 81/58 (s. o. Anm. 89) die Anerkennung eines subjektiven öffentlichen Rechts für den sog. erweiterten Gemeingebrauch des Anliegers unter Berufung auf seine früheren Entscheidungen in BGHZ 8, 273, BGHZ 23, 157 und BGHZ 23, 235 erneut abgelehnt, jedoch im gleichen Urteil bemerkt, daß nicht nur Beeinträchtigungen vermögenswerter „Rechte", sondern auch Beeinträchtigungen sonstiger „enteignungsfähiger Rechtspositionen" einen Entschädigungsanspruch begründen könnten.

[96]) Aus diesem Grunde hatte der BGH in dem Urteil vom 22. 12. 1952, BGHZ 8, 273 (Ablenkung des Passantenverkehrs durch Straßengitter an einem verkehrsreichen Platz) eine Sonderopferlage und eine Entschädigung abgelehnt; Beeinträchtigungen durch Maßnahmen, die infolge des gesteigerten Verkehrs üblich oder sogar notwendig sind (Straßengitter, Einbahnstraßen, Halteverbote etc.) und zu keinem besonderen Schaden führen, müssen entschädigungslos hingenommen werden.

öffnung des Zugangs zum öffentlichen Wegenetz garantiert der Wegeherr eine Rechtsposition, die nicht entschädigungslos entzogen werden kann. Von dieser Ausgangsposition aus bereitet es dann keine konstruktiven Schwierigkeiten mehr, in der Ausübung der aus der öffentlichen Sachherrschaft fließenden Befugnisse zur Regelung des Gemeingebrauchs die hoheitliche Einwirkung zu sehen, die dem einzelnen Anlieger ein außerordentliches, anderen Anliegern nicht zugemutetes Sonderopfer abnötigen kann. Dabei kommt es dann nicht darauf an, ob die Anliegerposition durch Straßenverkehrsanordnungen, durch Straßensperrungen oder -umleitungen, durch Einräumung von Sondernutzungen an Dritte oder rein tatsächlich durch Bauarbeiten beeinträchtigt wird und ob der Anlieger Eigentümer, Mieter oder Gewerbetreibender ist.

Die hier entwickelten Gedanken können in entsprechender Weise auf die Beeinträchtigung anderer Nutzungsrechte an öffentlichen Wegen und Gewässern angewendet werden. Die neuere Gesetzgebung hat dies bereits getan; nach § 27 des Gesetzes zur Reinhaltung der Bundeswasserstraßen vom 17. August 1960 haben die Nutzungsberechtigten zwar zu dulden, daß die Ausübung ihrer Nutzungsrechte durch Ausbau- oder Unterhaltungsarbeiten vorübergehend behindert oder unterbrochen wird, bei dauernder oder unverhältnismäßig starker Beeinträchtigung ihrer Nutzungsrechte können sie jedoch Entschädigung beanspruchen. Es wäre zu überlegen, ob diese für das Regime öffentlicher, dem Gemeingebrauch gewidmeter Sachen entwickelten Grundsätze nicht in entsprechender Weise auch auf die anstaltliche Nutzung staatlicher oder gemeindlicher Einrichtungen angewendet werden könnten.

11.

Die letzte Gruppe von Schäden, die eine öffentlich-rechtliche Gefährdungshaftung oder eine sonstige Verursachungshaftung erfordern könnten, sind solche, in denen das Versagen technischer öffentlicher Einrichtungen dem Einzelnen, der auf ihre Benutzung angewiesen ist, erheblichen Schaden zufügt, ein Verschulden des für diese Einrichtungen verantwortlichen Personals aber nicht festgestellt werden kann. Beispiele hierfür sind das Versagen automatischer Verkehrsregelungen, technische Defekte in Trinkwasser- oder Energieversorgungsanlagen oder unvorhergesehene Deformierungen der Straßen-

decke[97]). Zahl und Ausmaß solcher Schäden werden mit fortschreitender Technisierung wachsen. Für die Übernahme dieser Schadensrisiken durch die Allgemeinheit spricht die Tatsache, daß der Einzelne sich ihnen nicht entzehen kann, weil er sich dieser Einrichtungen bedienen muß oder gegen seinen Willen ihrer Einwirkungen ausgesetzt ist, andererseits aber auf ihren fehlerfreien Betrieb vertrauen muß.

Die Rechtsprechung hat diese Fälle bisher in der Weise zu lösen versucht, daß sie aus dem Gesichtspunkt erhöhter Schadensgeneigtheit überspannte Sorgfalts- und Verkehrssicherungspflichten oder Schuldvermutungen konstruiert hat, um eine Haftung aus Verschulden der für die Einrichtung verantwortlichen Organe begründen zu können. Das ist nicht befriedigend und führt nicht immer zu gerechten Ergebnissen[98]). Der Gesichtspunkt der Aufopferung hilft hier auch nicht weiter, wenn man an dem Erfordernis einer hoheitlichen, zu Duldung verpflichtenden Einwirkung auf eine bestehende Rechtsposition festhalten und keine allgemeine Billigkeitshaftung im Sinne O. Mayers für jeden vom Staat verursachten außergewöhnlichen, als unzumutbares Sonderopfer zu qualifizierenden Schaden einführen will. Da der Haftungsgrund hier im technischen Versagen einer staatlichen Einrichtung und nicht in der besonderen Wirkung auf die Rechtssphäre des Geschädigten zu suchen ist, scheinen diese Fälle nicht für eine Erweiterung des Aufopferungstatbestandes, sondern eher für eine Erweiterung des Amtshaftungstatbestandes zu sprechen.

Eine befriedigende Lösung dieser Schadensfälle wird sich deshalb nur durch Einführung eines neuen selbständigen Tatbestands der Amtshaftung erreichen lassen[99]). Dieser müßte die bisherige Garantiehaftung[100]) für das amtspflichtgemäße Verhalten des

---

[97]) Ein Teil dieser Schadensfälle würde im Zuge der geplanten Neuordnung des Haftpflichtrechts (s. o. Anm. 9) durch eine Erweiterung des Reichshaftpflichtgesetzes auf Wasser- und Gasleitungen sowie auf den Verkehr mit brennbaren und explosiven Stoffen eine befriedigende Lösung finden können.

[98]) *Zeidler*, Über die Technisierung der Verwaltung 1959, S. 9; ders., „Verwaltungsfabrikat" und Gefährdungshaftung, DVBl. 1959, S. 681 (685).

[99]) Zeidler, DVBl. 1959, S. 681 (687) erblickt die Lösung in der Anerkennung einer öffentlichrechtlichen Gefährdungshaftung im Sinne Forsthoffs.

[100]) Mit der Verwendung des Begriffs der „Garantiehaftung" soll in der Diskussion über Grundlage und Sinn der Amtshaftung (dazu neuestens Bettermann, JZ 1961, S. 482—483) keine bestimmte Stellung bezogen werden. Ich verwende den Begriff hier lediglich im Sinne eines Einstehens der Körperschaft für ein amtspflichtgemäßes Verhalten ihrer Bediensteten. Inwieweit an dem Erfor-

in Erfüllung öffentlicher Aufgaben tätigen Personals durch eine entsprechende Garantiehaftung für das fehlerfreie Funktionieren der zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben verwendeten technischen Einrichtungen ergänzen und eine Haftung ohne Verschulden gegenüber demjenigen begründen, der sich ihren Einwirkungen nicht entziehen kann und auf ihr fehlerfreies Funktionieren vertrauen darf. Die nähere Prüfung, ob eine solche Erweiterung in den Rahmen unseres Amtshaftungsrechts paßt und zu empfehlen wäre, überlasse ich gemäß der abgesprochenen Arbeitsteilung dem Herrn Mitberichterstatter.

12.

Nachdem wir, ohne erschöpfend sein zu können, das bestehende Staatshaftungssystem auf ausfüllungsbedürftige Lücken untersucht haben, können wir als Ergebnis folgendes feststellen:

Eine Ergänzung der bestehenden Haftungstatbestände durch eine zusätzliche allgemeine Verursachungshaftung für außergewöhnliche Schäden begegnet nicht nur Bedenken wegen der mangelnden Abgrenzbarkeit dieses Haftungstatbestandes, sondern ist auch nicht erforderlich, wenn der Tatbestand der Aufopferung in Übereinstimmung mit der Tedenz der neueren Rechtsprechung so weit ausgelegt wird, daß jede zur Duldung verpflichtende Form hoheitlicher Einwirkung auf eine bestehende geschützte privat- oder öffentlich-rechtliche Rechtsposition und jeder dadurch adäquat verursachte Folgeschaden (Gesundheits- oder Vermögensschaden) eine Aufopferungslage zu begründen vermag. Die wenigen, bisher nicht befriedigend gelösten Fälle des Versagens technischer staatlicher Einrichtungen rechtfertigen für sich allein eine allgemeine Verursachungshaftung noch nicht.

Die Konkurrenz zwischen Amtshaftungs- und Aufopferungsanspruch sollte — im Gegensatz zu der Grundsatzentscheidung des Großen Zivilsenats des Bundesgerichtshofs in BGHZ 13, 88 — im Sinne einer Subsidiarität des Aufopferungsanspruchs gelöst werden, wie dies auch schon dem damals vorlegenden III. Senat vorschwebte[101]), weil eine Aufopferungslage eben

---

dernis eines persönlichen Verschuldens des Bediensteten festgehalten werden soll, ist eine sekundäre Frage; der Begriff der Amtspflichtverletzung enthält bereits Elemente der Vorwerfbarkeit.

[101]) *Pagendarm*, Verhältnis von öffentlichrechtlichen Entschädigungsansprüchen zu Amtshaftungsansprüchen im Hinblick auf § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB, DÖV 1955, S. 520, berichtet hierüber.

nicht vorliegt, wenn der Schaden schon durch einen Amtshaftungsanspruch gedeckt ist[102]).

Angesichts der Unklarheiten der bestehenden Rechtslage und der Meinungsverschiedenheiten in Rechtsprechung und Lehre könnte erwogen werden, den Aufopferungstatbestand zu kodifizieren. Ich halte das nicht für praktisch.

Zunächst steht entgegen, daß dem Bundesgesetzgeber für eine allgemeine gesetzliche Regelung der Aufopferung die Gesetzgebungskompetenz fehlt; er hat eine solche ebenso wie für die Regelung des Enteignungsrechts nur für den Bereich seiner Sachkompetenzen[103]). Auch wenn man den Aufopferungsanspruch dem Bundesgewohnheitsrecht zurechnete[104] — was nur für seine Anwendung im Sachkompetenzbereich des Bundes behauptet werden kann — oder ihm sogar Verfassungsrang zubilligte[104]) — was nur insoweit behauptet werden kann, als abweichende Regelungen gegen die Artikel 3 und 14 des Grundgesetzes verstoßen würden —, so erhielte man auch dadurch noch keine gesetzgeberische Kompetenz des Bundes zur allgemeinverbindlichen Kodifizierung des Aufopferungstatbestandes. Eine für Bundes- und Landesrecht allgemein geltende Regelung könnte nur durch eine Ergänzung des Grundgesetzes geschehen oder zugelassen werden.

Eine Kodifizierung des Aufopferungstatbestandes empfiehlt sich aber auch deshalb nicht, weil sie nur allgemeine Formulierungen enthalten könnte, die einerseits für die hier behandelten Fälle nicht sehr viel weiterhelfen würden, andererseits aber die für die Rechtsentwicklung so förderliche Auslegungsfähigkeit und Flexibilität des Aufopferungstatbestandes unnötig einengen würde. Der Aufopferungstatbestand sollte als ein ungeschriebener Auffangstatbestand erhalten bleiben, der

---

[102]) Das setzt allerdings voraus, daß § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB keine Anwendung findet. Der BGH wendet das Verweisungsprivileg des § 839 Abs. 1 Satz 2 schon jetzt nicht mehr an, wenn der Geschädigte neben dem Amtshaftungsanspruch einen anderen wie immer gearteten Ersatzanspruch gegen die insoweit als Einheit aufgefaßte öffentliche Hand geltend machen kann, sofern nur die beiden Ansprüche (Amtshaftungsanspruch und „anderweiter Ersatzanspruch") demselben Tatsachenkreis entspringen (siehe neuestens BGH, 5. 2. 1962, NJW 1962, S. 791)

[103]) Vgl. BGH, 15. 12. 1958, BGHZ 29, 95 (97) = NJW 1959, 386 (hessisches Impfschädengesetz). Der BGH hatte hier — vor Erlaß des Bundesseuchengesetzes — die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz der Länder zur Regelung des Aufopferungsanspruchs bei Impfschäden aus Art. 74 Ziff. 1, 7 und 19 GG abgeleitet.

[104]) Hierzu Schack, Gutachten aaO. (Anm. 4), S. 55.

es ermöglicht, neben den sondergesetzlichen Regelungen des Gesetzgebers den Grundsatz der Lastengleichheit aller Staatsbürger im Rahmen der jeweiligen politischen, gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Situation des Staates zu verwirklichen.

Leitsätze des Berichterstatters über: Gefährdungshaftung im öffentlichen Recht?

Zur Verantwortlichkeit des Staates ohne Verschulden

1. *Die Theorie der öffentlichrechtlichen „Gefährdungshaftung" erweitert das bestehende System der Schadenshaftung des Staates durch den Haftungsgrund der Verantwortlichkeit des Staates für Schäden aus einer von ihm geschaffenen außergewöhnlichen Gefahrenlage.*
   Sie will damit außergewöhnliche Schadensfälle erfassen, die, weil sie in der Staatstätigkeit ihre Ursache haben, entschädigungsbedürftig erscheinen, deren Einbeziehung in die Staatshaftung mangels einer schuldhaften Amtspflichtverletzung staatlicher Amtsträger aber Schwierigkeiten bereitet.

2. *Eine allgemeine Verursachungshaftung des Staates für außergewöhnliche Schäden ist dem deutschen Recht fremd; sie hat auch in ausländischen Rechtssystemen — mit Ausnahme der nur mit größter Zurückhaltung angewendeten Haftung für risques exceptionnels im französischen Recht — keinerlei Vorbilder.*
   Eine solche Haftung kann auch mangels einer gleichartigen Sach- und Interessenlage nicht durch eine Übertragung des Rechtsgedankens der privatrechtlichen Gefährdungshaftung auf das Verhältnis zwischen Staat und Bürger begründet werden:

   a) *Die privatrechtliche Gefährdungshaftung knüpft an bestimmte, mit erhöhten Schadensrisiken belastete Tätigkeiten an; sie erstrebt durch Verschiebung der Risikogrenze für unverschuldete Schäden einen Ausgleich der gleichrangigen Interessen des Unternehmers und des Geschädigten.*

   b) *Die öffentlichrechtliche „Gefährdungshaftung" knüpft an staatliche Tätigkeiten an, die nicht per se „gefährlich", sondern erst durch die besonderen äußeren Umstände des Einzelfalles mit außergewöhnlichen Schadensrisiken belastet worden sind; sie erstrebt keine Risikoverteilung zwischen Staat und Einzelnem, sondern*

die Verwirklichung des Grundsatzes der Lastengleichheit aller Staatsbürger.

3. *Nach heutigem Verfassungsrecht trägt der Staat eine erhöhte Verantwortung für die Existenzsicherung des Einzelnen und für die Verwirklichung des Grundsatzes der Lastengleichheit aller Staatsbürger; dies spricht für einen Ausbau des bestehenden Systems der Staatshaftung in Richtung eines lückenlosen Schadensausgleichs für vom Staat verursachte, dem Einzelnen nicht mehr zumutbare Schäden.*
   Die Einführung eines neuen Haftungsgrundes in das bestehende System der Staatshaftung ist jedoch nur dann zu rechtfertigen, wenn die Haftungstatbestände der Amtshaftung und Aufopferung bzw. Enteignung nicht so fortentwickelt werden können, daß die festgestellten Lücken befriedigend geschlossen werden.
4. *Die Schadensfälle, deren befriedigende Regelung im bestehenden System der Staatshaftung Schwierigkeiten bereitet, lassen sich in folgenden Gruppen zusammenfassen:*
   a) *Schäden durch Rechtsnormen:*
      1) *durch die Anwendung einer ungültigen Norm bis zur Feststellung ihrer Nichtigkeit;*
      2) *durch die Anwendung einer gültigen Norm, wenn diese infolge der besonderen Umstände des konkreten Anwendungsfalles für den Betroffenen einen außergewöhnlichen Schaden zur Folge hat;*
   b) *Schäden durch Verwaltungsakte:*
      1) *durch den Vollzug eines rechtswidrigen Verwaltungsakts bis zu seiner Aufhebung;*
      2) *durch den Vollzug eines rechtmäßigen Verwaltungsakts, wenn dieser unter den besonderen Umständen des konkreten Einzelfalles für den Adressaten oder einen unbeteiligten Dritten einen außergewöhnlichen Schaden zur Folge hat;*
   c) *Schäden durch sonstige staatliche Tätigkeiten im Bereich der öffentlichen Aufgabenerfüllung:*
      1) *durch schädigende Einwirkungen staatlicher Veranstaltungen und Betriebe auf ihre Umgebung;*
      2) *durch Veränderung öffentlicher Wege und Gewässer zum Nachteil von Nutzungsberechtigten und Anliegern;*
      3) *durch Versagen technischer Einrichtungen der Staatsverwaltung.*

5. *Eine Verursachungshaftung des Staates für Rechtswirkungen ungültiger Normen ist aus dem geltenden Recht nicht abzuleiten und auch de lege ferenda aus Gründen der Rechtssicherheit nicht zu rechtfertigen. Auch die Amtshaftung kann im Bereich der rechtsetzenden Tätigkeit des Staates keine Anwendung finden.*

   Eine Entschädigung für nachteilige Rechtswirkungen ungültiger Normen ist nur unter den Voraussetzungen der Aufopferung gerechtfertigt, d. h. nur dann, wenn die Norm materiell dem Betroffenen ein Sonderopfer auferlegt hatte, das im Falle ihrer Gültigkeit zur Entschädigung nach Aufopferungs- oder Enteignungsgrundsätzen verpflichten würde.

6. *Hat die unmittelbare Anwendung einer gültigen Norm in einem konkreten Einzelfalle infolge besonderer Umstände für den Betroffenen einen außergewöhnlichen, bei der Normsetzung nicht in Betracht gezogenen Schaden zur Folge (z. B. Eingriffe neuer Gesetze in bestehende Verträge, Gesundheitsschäden im Falle einer gesetzlichen Zwangsimpfung), so ist der Betroffene nach Aufopferungsgrundsätzen zu entschädigen, auch wenn die Norm keine Entschädigung vorgesehen hat; Voraussetzung für eine Entschädigung ist, daß das Gesetz nicht lediglich indirekt die Vermögenslage beeinträchtigt, sondern in eine bestehende Rechtsposition eingegriffen hat und eine hinreichende kausale Verknüpfung zwischen der Anwendung des Gesetzes und dem eingetretenen Schaden besteht.*

   Die Auffassung des Bundesgerichtshofs, daß auch in solchen Fällen bei Eingriffen in vermögenswerte Rechte Art. 14 GG Anwendung finde, ist abzulehnen; Art. 14 Abs. 3 Satz 2 GG (Entschädigungsjunktim) gilt hier nicht.

7. *Eine Verursachungshaftung des Staates für jeden durch den Vollzug rechtswidriger Verwaltungsakte verursachten Schaden ist dem geltenden Recht fremd.*

   Macht der durch einen rechtswidrigen Verwaltungsakt Betroffene von der Möglichkeit, im Rechtsmittelverfahren die Aufhebung dieses Verwaltungsaktes herbeizuführen, keinen Gebrauch, so ist es nicht gerechtfertigt, ihm allein wegen der Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes einen Schadensausgleich zu geben, weil Anfechtungsrecht und Schadensausgleich Teil eines einheitlichen Rechtsschutzsystems sind.

   Hat der Betroffene durch den Vollzug des rechtswidrigen Verwaltungsaktes Schäden erlitten, die auch durch die im Rechtsmittelverfahren erfolgende Aufhebung des Verwal-

tungsaktes und durch die Rückgängigmachung der Vollzugsmaßnahmen im Wege des Folgenbeseitigungs- und Erstattungsanspruchs nicht beseitigt werden, so können diese weiteren Schäden nach geltendem Recht entschädigt werden, wenn:

a) der Verwaltungsakt auf einer schuldhaften Amtspflichtverletzung beruht oder

b) der durch den Verwaltungsakt verursachte Schaden als ein Sonderopfer im Sinne des Aufopferungs- und Enteignungsrechts anzusehen ist.

Im Falle b) ist nach der gegenwärtigen Rechtsprechung eine Entschädigung nur dann zu leisten, wenn in eine bestehende Rechtsposition des Geschädigten eingegriffen (z. B. durch sofortigen Vollzug einer rechtswidrigen Polizeiverfügung), nicht dagegen schon dann, wenn dem Geschädigten eine begehrte Rechtsposition vorenthalten wird (z. B. durch rechtswidrige Ablehnung eines baurechtlichen Dispenses). Diese Unterscheidung ist gerechtfertigt und sollte beibehalten werden; der Kreis der geschützten Rechtspositionen sollte dabei weit gezogen und nicht auf subjektive Rechte im engeren Sinne beschränkt werden.

Die Mitverursachung des rechtswidrigen Verwaltungsaktes durch den Geschädigten ist zu berücksichtigen (Fall des gegen einen „Störer" gerichteten rechtswidrigen Verwaltungsaktes).

Die Einführung einer Verursachungshaftung für jeden rechtswidrigen, wenn auch in entschuldbarem Rechts- oder Tatsachenirrtum erlassenen Verwaltungsakt mit der Folge des vollen Schadensersatzes (so § 3, des schweizerischen Verantwortlichkeitsgesetzes vom 14. 3. 1958), erscheint im Hinblick auf die gegebenen Entschädigungsmöglichkeiten nicht geboten.

8. *Schäden, die ein rechtmäßiger Verwaltungs- oder Vollzugsakt infolge besonderer Umstände des Einzelfalles bei dem Adressaten oder einem unbeteiligten Dritten zur Folge hat (z. B. außergewöhnliche Gesundheits- oder Sachschäden bei gesetzmäßiger Inanspruchnahme von Dienst- oder Sachleistungen, unverschuldete Verletzung von unbeteiligten Dritten bei gesetzmäßigen polizeilichen Vollzugsmaßnahmen), können unter den Tatbestand der Aufopferung subsumiert werden, wenn diese Folgeschäden mit dem Verwaltungs- oder Vollzugsakt so eng verknüpft sind, daß sie als adäquat kausale Folge der durch den Verwaltungs- oder Vollzugsakt geschaffenen speziellen Situation ange-*

sehen werden können (der Haftungsgrund der öffentlich-rechtlichen Gefährdungshaftung erscheint hier als Kausalitätsfaktor).

Unerheblich ist, ob durch den Verwaltungs- oder Vollzugsakt in die Rechtssphäre des Adressaten oder eines unbeteiligten Dritten eingegriffen worden ist; der Verwaltungs- oder Vollzugsakt zwingt nicht nur den Adressaten, sondern auch — gleichgültig, ob berechtigt oder unberechtigt — jeden mit ihm in Berührung kommenden Dritten zur Duldung und stellt damit eine unmittelbare hoheitliche Beeinträchtigung der Rechtsposition des Betroffenen dar.

Auch für diese Fälle gilt, soweit in vermögenswerte Rechte eingegriffen wird, Art. 14 Abs. 3 Satz 2 GG nicht.

9. *Für Schäden, die durch Einwirkungen staatlicher Veranstaltungen und Betriebe im Bereich öffentlicher Aufgabenerfüllung auf ihre Umgebung entstehen, ist eine im Vergleich zu privaten Veranstaltungen und Betrieben verschärfte Haftung des Staates nur dann gerechtfertigt, soweit der Geschädigte aufgrund einer geschriebenen oder ungeschriebenen öffentlichrechtlichen Duldungspflicht (z. B. gegenüber Manövern, Verteidigungsanlagen, Krankenhäusern, Verkehrs- und Postbetrieben) die ihm sonst gegebenen privatrechtlichen Abwehransprüche nicht geltend machen konnte und dadurch einem erhöhten Schadensrisiko ausgesetzt war. Diese Haftung läßt sich, weil der Ausschluß privatrechtlicher Abwehransprüche eine unmittelbare hoheitliche Einwirkung auf die Rechtsposition des Geschädigten darstellt, in befriedigender Weise unter den Tatbestand der Aufopferung einordnen.*

Die Rechtmäßigkeit der staatlichen Veranstaltungen und Betriebe ist nur insoweit erheblich, als dies einen Einfluß auf Bestehen und Umfang der Duldungspflicht hat.

10. *Schäden, die den Anliegern öffentlicher Wege durch die Durchführung von Straßenbauarbeiten oder durch sonstige Verkehrsbeschränkungen entstehen, sind nach Aufopferungsgrundsätzen entschädigungspflichtig, soweit sie die durch Eröffnung des Gemeingebrauchs an einem öffentlichen Weg begründete Rechtsposition eines Anliegers (Zugangs- und Zufahrtsrechte) in einer ihn ungleich und unzumutbar treffenden Weise beeinträchtigen.*

Diese Schadensfälle lassen sich jedoch nur dann unter die Haftung aus Aufopferung einordnen, wenn nicht nur rechtliche (z. B. durch Verkehrsanordnungen), sondern auch tatsächliche (z. B. durch Straßenniveauveränderungen)

Beschränkungen des Gemeingebrauchs an öffentlichen Wegen als hoheitliche, aus der öffentlichen Sachherrschaft fließende Eingriffe in eine bestehende Rechtsposition des Anliegers aufgefaßt werden.

11. *Schäden, die durch das Versagen technischer öffentlicher Einrichtungen verursacht wurden, sind von der Rechtsprechung durch Konstruktion eines Verschuldens unter Überspannung technischer Sorgfaltspflichten für entschädigungspflichtig erklärt worden.*

    Diese Schadensfälle lassen sich nicht durch eine Ausdehnung der Aufopferungshaftung, sondern nur durch die Einführung eines neuen selbständigen Tatbestandes der Amtshaftung befriedigend lösen, der die Garantiehaftung des Staates für das amtspflichtgemäße Verhalten seiner Amtsträger durch eine entsprechende Garantiehaftung für das ordnungsgemäße Funktionieren seiner Einrichtungen, auf die der Geschädigte angewiesen ist und auf deren fehlerfreien Betrieb er vertrauen darf, ergänzt.

12. *Aus Ziff. 5—11 folgt: Die Ergänzung des bestehenden Systems der Staatshaftung durch eine zusätzliche Verursachungshaftung für außergewöhnliche Schäden ist nicht erforderlich, wenn der Tatbestand der Aufopferung in Übereinstimmung mit der Tendenz der neueren Rechtsprechung so weit ausgelegt wird, daß jede zur Duldung verpflichtende Form hoheitlicher Einwirkung auf eine geschützte Rechtsposition und jeder dadurch adäquat verursachte Folgeschaden (Gesundheits- oder Vermögensschaden) eine Aufopferungslage zu begründen vermag.*

    Die Konkurrenz zwischen Aufopferungs- und Amtshaftungsanspruch ist im Sinne der Subsidiarität des ersteren zu lösen.

    Eine Kodifizierung des Tatbestandes der Aufopferung ist dem Bundesgesetzgeber nur für den Bereich seiner Sachkompetenzen gestattet. Eine allgemein für Bundes- und Landesrecht geltende Kodifizierung könnte nur in Form einer Ergänzung des Grundgesetzes erfolgen. Ihr praktischer Wert ist zweifelhaft.

Gefährdungshaftung im öffentlichen Recht?

Mitbericht von Professor Dr. Walter Leisner, Erlangen

„Souveränität ist Herrschaft ohne Kompensation" — auf daß dieses vielzitierte Wort von Eduard Laferrière[1]) endgültig abgelöst werde durch das Prinzip: „Staat ist Sekurität, Sekurität heißt Reparation",[2]) gelten die vorliegenden Erörterungen Fallgruppen von Schädigungen durch Hoheitseingriffe, die bisher nur schwer in das Zusammenspiel des deutschen öffentlichen Schadensausgleichsrechts einzuordnen waren, und damit der Besinnung auf eine Neugestaltung des Systems selbst. Es sind Fälle schuldloser Schädigung, die man unter den Begriff einer öffentlich-rechtlichen „objektiven" Gefährdungshaftung stellen will.[3])

Gerade hier mahnt uferloses Schrifttum: jeder Einzelbetrachtung muß ein Ausmessen des geistigen Raumes vorangehen, in dem die Diskussion stattfindet und damit ein wenigstens umrißhaftes Erfassen der großen Gegensätzlichkeiten, zwischen

---

[1]) Der Hauptbegründer der französischen rechtsstaatlichen Verwaltungsrechtswissenschaft hatte damit allerdings — wie oft übersehen wird — nur eine Haftung für Akte der Gesetzgebung ausschließen wollen: „La loi est, en effet, un acte de souveraineté et le propre de la souveraineté est de s'imposer à tous, sans qu'on puisse réclamer d'elle aucune compensation" (Traité de Juridiction administrative, 2. Aufl., Paris 1896, Bd. II, S. 13). Immerhin setzte er die ominösen Beschränkungen der Staatshaftung, auf die der Arrêt Blanco verweist, mit der Formel gleich, je „höher" die Funktion stehe (d. h.: je näher der „Souveränität"), umso weniger werde gehaftet (a. a. O. S. 183 f.). — eine Reminiszenz an die „staatshaftungslose" Periode des 19. Jahrh. (vgl. dazu die Pariser Thèse von Koechlin, H.-F., La Responsabilité de l'Etat en dehors des contrats, de l'An VIII à 1873, Paris 1957).

[2]) „Sekurität" steht hier nicht im — bisher noch so unbestimmten! — Raum der Sozialstaatlichkeit: Diese trägt nur einen grenzausgleichenden Härteschutz (vgl. dazu m. Nachw. Leisner, Grundrechte und Privatrecht, München 1960, S. 162 ff.). Würde sie aber zu Forderungen allgemeiner materieller Gleichheit eingesetzt, so ginge sie in ihrer Dynamik wiederum weit über die Funktion einer statisch-ausgleichenden Haftung hinaus. Diese muß aber stets vornehmlich, wenn auch nicht ausschließlich, als „Komplementärinstitut" zur verwaltungsgerichtlichen Kontrolle und damit im Raum der Rechtsstaatlichkeit gesehen werden, was auch die historische Entwicklung beweist.

[3]) vgl. f. and. Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 8. Aufl. 1961, S. 315 f.

denen nicht nur erkennend die Lösung gefunden, sondern entscheidend geschaffen werden muß.

Andeutungen sollen deshalb die Vorstellungspaare ins Bewußtsein heben, welche die gegensätzlichen Argumente tragen werden. Größte Antithesen des heutigen Rechts erscheinen hinter den folgenden Darlegungen: Verschuldenshaftung steht gegen Verursachungshaftung, und damit vielleicht Indeterminismus gegen Determinismus, Moral gegen verhaltensblindes Recht; Recht als Spiegelbild jeweiliger allgemeiner Entwicklungslage der Gemeinschaft und deshalb als heute „zu Objektivierendes" gegen dasselbe Recht als beharrende, den Entwicklungsstrom eindämmende Punktualregelung;[4]) „Gefahr", die Angstvorstellung unserer Zeit, als neuer Rechtsbegriff in seiner unheimlichen Unbestimmtheit technischer, übermenschlicher Potenzialität entsprechend, tritt der klaren Beziehung „Verursachung — Schaden" gegenüber.

Diesen Antithesen aus dem Rechtsbegriff selbst überlagern sich tiefe staatsrechtliche Gegensätzlichkeiten.[5]) Dem Gemeinwesen frühliberaler Vorstellungswelt, das „wie ein Privater haftet", tritt der „Staat als der ganz andere", die allmächtige innerstaatliche Souveränität mit dem Zugeständnis einer „besonderen Haftung" gegenüber. Innerhalb dieses Staatsbegriffes erscheint noch die Gegensätzlichkeit von „totalem Rechtsstaat" (Rechtsersatzstaat) und sozialem Verteilungstaat, der Ausgleich, nicht Schadensersatz fordert. Bei der Organisation dieses — wie immer verstandenen — Gemeinwesens schließlich fragt es sich: Ausdehnung des Schadensausgleichs nach allgemeinen Grundsätzen oder Formeln, oder nur auf Grund von Sondergesetzen, durch speziell-legislativen Akt oder „richterlichen Willen"?

Gerade weil diese großen allgemeinen Antithesen alles Bemühen — vielleicht unbewußt — lenken, muß rechtliche Betrachtung einen nahen Blick auf die konkreten entwicklungsmäßigen und dogmatischen Gegebenheiten des Problems richten. Zwischen den Antithesen muß ein solider Unterbau in „dogmatischer Induktion" errichtet werden, der sich einer Seite

[4]) Deshalb sind die vorstehenden Bemühungen um die Auslegung — d. h. heute nur mehr um die „dynamische" oder „mehr statische" Form einer Objektivierung — den folgenden Untersuchungen in besonderem Maße vorgreiflich.

[5]) Besonders klar (für das Privatrecht) erkannt schon von Esser, J., Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung, München u. Berlin 1941, S. 80 ff.; in Frankreich ist die staatspolitische Akzentuierung in der Diskussion deutlich fühlbar, vgl. etwa Berlia, G., „Essai sur les fondements de la responsabilité civile en Droit public français", Revue du Droit public (RDP) 1951, S. 703/4.

bereits zuneigen mag, seinen krönenden Abschluß aber nur in letzter Deduktion aus den großen Begriffen finden wird.

Ein oberflächlicher Blick über das heute praktizierte öffentliche Haftungs- und Entschädigungsrecht zeigt ein Bild antinomieloser, geschlossener Systematik. Die Ausstrahlungen seiner beiden Pole — Aufopferung (Aufopferung/Enteignung) Enteignung und Staatshaftung — scheinen nicht nur das Zwischengebiet der schuldlos-rechtswidrigen Schädigungen völlig zu erfassen, sie überlagern sich neuerdings im Raum schuld h a f t - rechtswidrigen Schadenszufügung[6]). Ausdrücklich im Namen der Lückenlosigkeit, gleicher, ausgleichender Schadloshaltung[7]) scheint so praetorische Rechtsprechung dem Ideal einer materiellrechtlichen „Entschädigungsgeneralklausel" nahe zu kommen.

Doch der Schein trügt: Das „geschlossene System des öffentlichen Entschädigungsrechts", jener alte und neue Wunschtraum des deutschen Staatsrechts,[8]) ultima ratio und letzte Vollendung des Rechtsstaats, scheitert immer wieder an der Bipolarität des Entschädigungsrechts — aus zwei Gründen: Staatshaftung und „Aufopferung" — wie der Kernbegriff des Entschädigungsbereichs hier abkürzend genannt wird — sind verschiedenartige Schadensausgleichsgrundlagen[9]) und deshalb nicht voll abgren-

[6]) BGHGZ 13,88 und BGHZ 14,363; kritische Äußerungen dazu (m. Schrifttum) bei L e r c h e , P., Amtshaftung und enteignungsgleicher Eingriff, JuS 1961, S. 238.

[7]) Diese „erst-recht"-Logik (F o r s t h o f f , a. a. O. i. Anschluß an BGHZ 7,296) trägt im Grunde hier die gesamte Entwicklung der deutschen Rechtsprechung. Lückenlosigkeit i s t d a s Ideal (nicht nur ein Idol, vgl. Lerche, a. a. O. S. 239 Anm. 17) und muß es also auch für die folgenden Erörterungen sein. Dabei darf „Lücke" aber n u r ein Fall von systemwidriger Ungleichbehandlung sein — „Lückenlosigkeit" bedeutet nicht a priori „totale Schadloshaltung für alle". Ein bedenkliches Pendeln von einem Lückenbegriff zum anderen (und insoweit hat L e r c h e recht) muß unbedingt vermieden werden (Fall des oft zu beachtenden „Umschlagens des Methodischen ins Materielle").

[8]) vgl. z. B. O. M a y e r , Deutsches Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 1917, 2. Bd., S. 537; zu neueren „Systematisierungs"-bemühungen vgl. u. a. H a a s , D., System der öffentlichrechtlichen Entschädigungspflichten, Karlsruhe 1955, S. 14/15, 56 f.; klar U. S c h e u n e r , JuS 1961, S. 249 (vgl. die umfangreichen Systematisierungsversuche i n n e r h a l b des Entschädigungsrechts bei J a n s s e n , G., Der Anspruch auf Entschädigung bei Aufopferung und Enteignung, Stuttgaart 1961, insbes. S. 133 ff.).

[9]) woraus der BGH in den zitierten Entscheidungen gerade die Überlagerungsmöglichkeit herleitet. — Der Grund ist die Unmöglichkeit, ein einheitliches „fondement" der „Verantwortlichkeit des Staates" aufzufinden (zum Begriff des „fondement" grundlegend Ch. E i s e n m a n n , Sur le degré d'originalité usw. Semaine juridique 1949, S. 751 ff. [a. A]): dazu E s s e r op. cit. 66/67 unter Verweis auf B u r c k h a r d t ; R e i n h a r d , Gutachten in: Verhand-

zend zur Deckung zu bringen; sie haben überdies in den letzten Jahrzehnten eine unvergleichbare Expansionsdynamik entfaltet: die Aufopferung ist aus dem schmalen Raum der „klassischen" Enteignung zu einem allgemeinen Entschädigungsprinzip für hoheitliches Wandeln emporgewachsen[10].) Neben ihr wird die Berechtigung der verschuldensbestimmten Staatshaftung problematisch,[11]) die sich demgegenüber nur unwesentlich „ausdehnen" konnte. Dieses Nebeneinander könnte deshalb in eine Hegemonie des objektiven Entschädigungsrechts umschlagen, ohne daß die verfassungsrechtlich verankerte Staatshaftung in absehbarer Zeit verschwände.

Weit ist man also entfernt von einem ausgewogenen „System" — die Harmonie sogar eines Nebeneinander ist bedroht und die Lückenlosigkeit ebenso in Gefahr wie die Einheitlichkeit. Das Entschädigungsrecht ist nicht im System, es ist in der Krise!

Die beiden angedeuteten Schwierigkeiten weisen den Weg der Neubesinnung: es müssen Fälle aufgesucht werden, an denen die „Nichtdeckung" sich erweist. Sie werden auch zeigen, ob das herkömmliche Staatshaftungsrecht seinerseits noch Expansionsdynamik besitzt, ob so ein Gleichgewicht im öffentlichen Entschädigungsrecht i. w. S. herauszustellen ist[12]) und ob die beiden heterogenen Ausgleichsgrundlagen harmonisierbar sind. Diese Fälle, im wesentlichen, möchte eine neuere Lehre,[13]) in Erkenntnis der Nichtdeckung, einem dritten Pol,

---

lungen des 41. Dt. Juristentages, Tübingen 1955, S. 270; einen bis ins Verwaltungs(verfahrens)recht hineinreichenden Versuch zur Schaffung eines einheitlichen „Wiedergutmachungsprinzips" unternimmt Chr. Menger, Jellinek-Gedächtnisschrift 1955, S. 347 ff. (350) (nach der Eisenmannschen Kategorisierung läge aber hier nicht das allein aufzusuchende „fondement-justification", sondern nur ein fondement = raison de politique législative vor. Diese Unterscheidungen müssen in Deutschland noch präzisierend eingeführt werden). Vgl. auch Scheuner, DÖV 55, 545 ff. (548).

[10]) Zur historischen Entwicklung der „Aufopferung" vgl. insbes. Katzenstein, Entschädigungspflicht des Staates für schuldlos-rechtswidrige Ausübung hoheitlicher Gewalt, Hamburg 1935, S. 15 ff., neuerdings Janssen, op. cit. S. 22 ff. (m. Nachw.). Die "vorenteignungsmäßige" Allgemeinbedeutung der Aufopferung kann hier außer Betracht bleiben.

[11]) vgl. die scharfen Angriffe von Haas, op. cit. S. 57 f.

[12]) Ein brauchbarer „Oberbegriff" für Aufopferung/Enteignung — Schadensersatz muß entwickelt werden, ist aber schwer zu finden: „Schadensausgleich" und „Wiedergutmachung" sind anderweitig terminologisch festgelegt. „Entschädigungsrecht" und „staatliche Ersatzleistungen" weisen einseitig in die Nähe einer der beiden „Pole". M. E. ist letzterem Ausdruck (Ersatzleistungsrecht) doch noch der Vorzug zu geben.

[13]) Vgl. zur Problematik der öffentlich-rechtlichen Gefährdungshaftung: Barkhau, Öffentlich-rechtliche Entschädigung bei Nothilfeleistungen, Stuttgart — Köln 1954, S. 84; Bachof, Die

einer öffentlich-rechtlichen Gefährdungshaftung zurechnen. Dies ist gleichzeitig ein Beitrag zu dem größeren Gebiet der schuldlos-rechtswidrigen Schädigungen, auf dem, wenn überhaupt, Staatshaftung und Aufopferung sich treffen.

Die Expansionskraft des Aufopferungsdenkens erwächst aus seiner vorkritischen Allgemeinbezogenheit auf hoheitliches Tun. Dies aber ist auch seine erste Grenze: es muß ein „Eingriff“[14]) vorliegen. Er fehlt nach der Rechtsprechung[15]) vor allem in folgenden Fällen, auf welche die folgenden Betrachtungen immer wieder zurückkommen werden.

1. Hoheitsgewalt wird überhaupt nicht eingesetzt — Schädigungen durch schuldlos-rechtswidriges Unterlassen einer Hoheitshandlung[16]).
2. Hoheitsgewalt sollte dem Geschädigten gegenüber nicht eingesetzt werden — (ungewollte Schädigungen): Schäden durch abirrende Folgen hoheitlichen Eingriffs und zwar a) Abirren bei hoheitlicher Tathandlung (Splittereinwirkung auf militärgeländenahen Grundstücken)[17]), b) Abirren hoheitlicher Rechtshandlung:[18]) Leuchtspurmunition

---

verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung, Tübingen 1951, S. 117; Bettermann, DÖV 54, 299 f.; Dürig, JZ 55,521 (523/4); Forsthoff, a. a. O.; Haas, D., op. cit. S. 67; Hubmann, H., JZ 58, 489 ff. (489, 492); Janssen, op. cit. S. 157/8; Katzenstein, op. cit. S. 26 f. m. Nachw.; Katzenstein, MDR 52, 194/5; Menger, op. cit. S. 355 (vgl. Anm. 25); Reinhardt, DÖV 1955, 542 ff. (insbes. S. 544 f.); Reinhardt, Gutachten cit. S. 256 ff.; Rinck, Gerd, Gefährdungshaftung, Göttingen 1959, S. 12 f.; Schack, Verhandlungen d. 41. Dt. Jur. T. S. 25 f.; Schack, BB 1956, 409 ff. (411); Schack, JR 58, S. 207 ff.; Schack, MDR 1953, 514 ff. (516); insbes.: Schack, Gefährdungshaftung auf dem Gebiete des deutschen öffentlichen Rechts, DÖV 61, 1377 ff.; Scheuner, DÖV 55, 545 ff. (545 u. 548); Weimar, JR 58, 96; Zeidler, DVBl. 59, 681 ff. (685).

[14]) vgl. Schrifttum zu dieser Frage bei Lerche, JuS 61, S. 240, Anm. 20, sowie Schack, DÖV 61, 1377 ff., insbes. Anm. 18 (ablehnend).

[15]) Und von diesen Fällen muß vor jeder dogmatischen oder rechtspolitischen Erwägung zunächst ganz empirisch ausgegangen werden. Zu der — hier durchaus nicht grundsätzlich ausgeschlossenen — Möglichkeit einer Ausdehnung des Eingriffsbegriffs vgl. unten!

[16]) Nach BGH 25. 4. 60, LM Art. 14 GG, Cc 8 fehlt es hier an einem „Eingriff“.

[17]) vgl. den vom OLG Celle, JZ 1961 S. 372 (m. Anm. Schack) entschiedenen Fall, wo das Gericht vergeblich versucht, das Abweichen von der Rspr. des BGH (212, 57; 23, 235) durch Hinweisen auf ein angebliches Schwanken der höchstrichterlichen Rspr. (vgl. dazu unten Anm. 31) zu decken.

[18]) vgl. Wilke, Zur Haftung des Staates, Frankfurt 1960, S. 60/1 (das LG Kiel ist, soweit ersichtlich, in der Entscheidung auf das Problem nicht eingegangen (NJW 57, 994)).

eines Warnschusses — bei verwaltungsaktlicher Aufforderung zum Stehenbleiben — ruft einen Brand hervor. Hierher gehören wohl auch Schäden durch „abirrende Verwaltungsakte" — ein belastender Akt etwa kommt „zufällig" zur Kenntnis eines anderen, der dadurch einen Zusammenbruch erleidet. Leicht kann solches bei den modernen „Verwaltungsfabrikaten" eintreten[19]), weil ein „Abirren" m. E. auch vorliegt, wenn ein Eingriff „in dieser Höhe" (Steuer!) nicht gewollt ist.

3. Hoheitsgewalt schädigt einen Dritten als „Nebenwirkung" eines gegen einen anderen gerichteten Eingriffs — es liegt Schädigung durch gewollten, aber nicht gezielten Eingriff vor.[20])

4. Auf Hoheitstätigkeit geht nur der Zustand zurück, mit dem der Geschädigte in Kontakt gerät, ohne daß der Staat „noch einmal" „speziell" eingreift — ein Unterfall der ungewollten Eingriffe, bei dem die Hoheitstätigkeit „ferner" ist, sich in der Zustandsschaffung erschöpft, z. B. a) Schädigung durch Sachzustände (Umfallen eines Postautos[21]); Herunterhängen eines Kabels[22]) — was künftig in dem Maß größere Bedeutung erlangen dürfte, in welchem vom Staat geschaffene Zustände „gefährlicher werden"[23]). Sowie b) Schädigungen durch Menschen[24]), die im Gewahrsam der Hoheitsgewalt stehen (ein Sträfling verletzt den anderen)[25]).

---

[19]) Freilich nur unter der Voraussetzung, daß sich das menschliche „Handeln" aus der Inhaltsgestaltung oder aber „Richtung" des Aktes völlig eliminieren läßt, wie Zeidler, DVBl. 59, 681 ff. (686) annimmt.

[20]) Vgl. BGHZ 8, 274 und 23, 161 einerseits, BGHZ 23, 240 und 31, 1 andererseits. Über angebliche „Widersprüche" in dieser Rspr. vgl. unten Anm. 31.

[21]) Vgl. Scheuner in JuS 61, 248.

[22]) Fall v. RGZ 147, 353 (356).

[23]) Auch wenn jede Einwirkungsmöglichkeit bei den „Verwaltungsmaschinen" (vgl. oben Anm. 19) auszuschließen ist, steht ihre „Tätigkeit" näher bei 2), wenn auch eine Grenze zwischen 2) und 4) logisch kaum zu finden ist, so daß die Bedenken der Rspr. zu 2) auch für 4) gelten müssen.

[24]) BGH 17, 172 — das Gericht kommt hier schon deshalb zu einer ablehnenden Entscheidung, weil die „Opfergrenze" nicht erreicht sei (zutreffend die Kritik bei Wilke (a. a. O. S. 61/2). Auch kann noch leichter bei den „Körperschäden" vom Eingriff abgesehen werden (vgl. den „enteignungsgleichen Eingriff") als bei den „Vermögensschäden", bei denen ja der Eingriff unumgänglich nötig zu sein scheint. Die Fälle zu 4) und 5) erhalten also ihre volle Problematik erst im Zusammenhang mit der fragwürdigen (neuerdings etwa wieder von Janssen, op. cit. passim, insbes. S. 156/7) heftig bekämpften Trennung von Aufopferung und enteignungsgleichem Eingriff (vgl. dazu Schack, JZ 56, 425 ff.) durch den BGH, was

5. Derselbe Fall bei nicht vom Staat geschaffenen Zuständen: a) „Unfreiwillige Helfer" kommen zu Schaden[26]) (Vom Arbeitsamt eingesetzte Arbeiter infizieren sich bei Antiseucheneinsatz), b) der freiwillige Helfer wird geschädigt: ein Festgenommener ersticht den ihn „bewachenden" Passanten[27]).
6. Hoheitsgewalt wird gewollt, gezielt, speziell eingesetzt, sie führt aber nicht zu „typisch hoheitlicher Schädigung", weil entweder a) der Staat rein „im privaten Interesse" handelt Eröffnung des Konkursverfahrens[28]), oder b) Hoheitsgewalt zwar „als solche" eingesetzt wird, der Schaden aber genauso entstanden wäre, wenn die Handlung privatrechtlich vorgenommen worden wäre (der Bienenfall des BGH[29])).

All diesen Fällen ist eines gemeinsam: Hoheitsgewalt sollte dem Geschädigten gegenüber gar nicht, oder nicht als solche eingesetzt werden, ihre Handhabung hat aber „Auswirkungen" auf ihn gezeitigt. Der hoheitliche Handlungswille scheint entscheidend zu sein, da er aber die rechtliche Kategorisierung nicht bestimmen darf, besser gesagt: der „objektive" Ausdruck des Gestaltungswillens der Verwaltung. Ein Eingriff liegt also, nach dieser Praxis, nur bei Schädigung durch primär und typisch hoheitsrechtliches, gezieltes und spezielles Handeln vor.

Der Begriff ist zwar problematisch:[30]) jedes seiner aufeinander kaum zurückführbaren Merkmale ist dehnbar: beim „gezielten" Eingreifen kommt es auch[31]) auf die jeweilige Aus-

---

Schack (Gefährdungshaftung DÖV 61 cit.) nicht verkennt, aber m. E. nicht stark genug betont.

[25]) Der französische Staatsrat hat hier das „Zustandshaftungsproblem" klar erkannt und im Arrêt Thouzellier (3. 2. 1956) Haftung ohne Verschulden bei entwichenen Fürsorgezöglingen angenommen, die Schaden in so weiter Entfernung von der Anstalt angerichtet hatten, daß die herkömmliche Konstruktion des „risque de voisinage" kaum mehr tragen konnte. Nur wieder bei Verschulden allerdings wird Haftung im ähnlich gelagerten Fall Rakota-Rivouy (3. 10. 58, Recueil S. 470) gewährt.

[26]) Abgedruckt in der Ztschr. für Heimatwesen, 1942, S. 164.

[27]) RGJW 1927, 441: bezeichnenderweise mußte das RG seine Zuflucht zu bedenklichen Vertragskonstruktionen nehmen.

[28]) BGHZ NJW 59, 1085; vgl. auch BGHZ NJW 59, 1272 = LM Nr. 3 zu § 945 ZPO.

[29]) BGHZ 16, 366 (NJW 55, 747), wo übrigens die Verbindung zur reinen privatrechtlichen Gefährdungshaftung — über die Versagung der negatorischen Klagen — deutlich wird.

[30]) worauf Lerche, JuS a. a. O. mit zutreffenden Ausführungen hinweist.

[31]) Ein „Widerspruch" in der BGH-Rspr. (vgl. Anm. 20) besteht nur scheinbar in der Frage „Eingriff oder nicht", in Wahrheit gehen alle Entscheidungen von der Notwendigkeit eines solchen aus.

dehnung des beeinträchtigten Rechts an, die nur eine umfangreiche Judikatur klären kann. Die „Spezialität", und damit die „Ferne" des „schädigenden Zustandes", ist nur fallweise zu bestimmen[32]). Das „typisch Hoheitsrechtliche" erschließt nur bestreitbare Interessenwertung[33]). Trotz all dieser Elastizität kann aber der Eingriffsbegriff zu vollständiger Erfassung aller Ersatzleistungsfälle in absehbarer Zeit nicht ausreichen. Er beschränkt also erheblich die Anwendbarkeit des Aufopferungsgedankens.

Wenn sie ihn i. F. der Barackenerlaubnis neben einem Ladengeschäft (BGHZ 23, 161) und bei Schäden durch Veränderungen der Straßen (BGHZ 30, 241) bejahen, bei Schäden durch die Veränderung der Wohnlage (BGHZ 23, 240) und bei solchen, die durch Verbot der Arbeitgeberin (KPD) entstanden sind, ablehnen, so liegt darin zunächst eine — im einzelnen bestreitbare — Entscheidung zur A u s d e h n u n g des Rechts, die mit der Eingriffsproblematik (die in der Beurteilung der Handlung(srichtung) der Verwaltung liegt) nichts zu tun hat. Sie müßte übrigens auch dann getroffen werden, wenn vom „Eingriff" abgesehen würde und erschiene dann bei der „Aufopferung der Rechte" wieder. Daß dann, wenn der Umfang des Rechts festliegt, n o c h die „Handlungsrichtung" zu prüfen ist, die Verwaltung also z w e i Reihen von Einwendungen geltend machen kann, müßte klarer als bisher herausgearbeitet werden, wenn die Widersprüchlichkeit beseitigt werden und die besondere „Beschränkung" der Aufopferung durch das „Eingriffserfordernis" klar sein soll. Dies läuft zweifellos auf eine Privilegierung der Verwaltung bei der Aufopferung hinaus, die aber deren ganzer Struktur entspricht und einem Ausschluß jeder Art von Ersatz für „mittelbare Schäden" gleichkommt, wie er wohl am besten zur „Enteignung" (vgl. die H ö h e der Ersatzl e i s t u n g e n!) paßt. Hinter der angeblichen Berücksichtigung des „subjektiven Verwaltungswillens" steckt also das objektive Anliegen des Ausschlusses des Ersatzes für mittelbare Schäden, das nicht mit Argumenten gegen jene „Subjektivität" überwunden werden kann.

[32]) Darum, und n i c h t um die der „Ausdehnung des Rechts" entsprechende (vgl. Anm. 31) Bestimmung der materiellrechtlichen Opfergrenze handelte es sich im Grunde bei den Erörterungen des BGH im Gefangenenfall (BGHZ 17, 172). Freilich läßt sich das wieder — wie es verwirrenderweise oft getan wird — „rein materiellrechtlich" fassen (Frage: „hat der Gefangene ein Recht" darauf, nicht [unter den besonderen Verhältnissen] verletzt zu werden) man geht aber dabei an der b e s o n d e r e n Problematik der „Rechtsverengung" bei der Aufopferung vorbei: das „Recht" hat ja der Gefangene (er darf ja auch zur Notwehr schreiten, Rechtswidrigkeit ist auch ein allseitiger Begriff! Vgl. K. E n g i s c h, Die Relativität der Rechtsbegriffe. Betti-Festschrift, I, Mailand 1961, S. 333 f.), — a b e r u. U. kein Recht auf E r s a t z wegen „Zustandsferne". Die kontingente Beschränkung der Ersatzrechte bei der Aufopferung erscheint klar.

[33]) Wenn man es nicht — u. U. außerdem noch — auf die Form des Handelns abstellt. — Wenn der BGH auch nicht-verwaltungsaktliche Eingriffe genügen läßt (vgl. BGHZ 24, 45; 25, 238), so wird dadurch nur das Zwangsmoment abgeschwächt, nicht das Eingriffserfordernis fallengelassen.

Es klafft so eine in ihrer Ausdehnung erhebliche, ja, was schwerer wiegt, gar nicht eindeutig abzusteckende Lücke zwischen Aufopferung und Staatshaftung. Freilich könnte ihre Schließung durch weitere Ausdehnung[34]) der Grundgedanken von §§ 74/75 Einl. ALR versucht und die „Nötigung" bereits in der Schaffung einer unentrinnbaren Lage gesehen werden. Schon aus allgemein-rechtstheoretischen Gründen wäre ferner Tun und Unterlassen gleichzustellen[35]). Dem BGH könnte vorgeworfen werden, er verschließe sich anachronistisch den Weg der Ausweitung: er lehne sie im Grunde doch nur ab, damit man sich nicht zu weit vom „Kern der Enteignung", dem „etwas Wegnehmen" entferne, der den ganzen Entschädigungs-Aufopferungsbereich präge. Stellt die Enteignung, wie neuerdings behauptet wird[36]), dagegen ihrerseits eine historisch-kontingente Verengung der ursprünglich weiten Aufopferung dar, so wäre ihre Wiederausweitung zur „Beeinträchtigung" entwicklungsfolgerichtig. Dennoch — die Rechtsprechung ist heute, zu Recht oder zu Unrecht, derart auf den Ausgangspunkt des Ent-eignens festgelegt, es ist auch die „allgemeinere" Wurzel der Aufopferung historisch so fern, daß eine Änderung zunächst kaum erwartet werden kann[37]).

---

[34]) so Schack, Die Gefährdungshaftung a. a. O.; eine solche Ausdehnung ist eine der Hauptthesen der Arbeit von Janssen, op. cit. passim. insbes. S. 22 ff., 101 ff., 153 ff.

[35]) Demnach wird man gerade hier vorsichtig sein müssen: es gehört zu den Privilegien der Hoheitsgewalt, daß die Folgen eines Unterlassens ihrerseits nicht dieselben Rechte — auch nicht dieselbe prozessuale Durchsetzbarkeit — verleihen, wie positives Tätigwerden. (Vgl. für die Tätigkeit des Gesetzgebers die Verfassungsbeschwerde gegen Gesetze — und ihre grundsätzliche Ablehnung bei legislativer Untätigkeit). Im verwaltungsgerichtlichen Verfahren ist nunmehr die Gleichstellung weitgehend vollzogen (vgl. aber neuerdings für den prozessualen Seitenbereich der teilweisen Erledigung der Verpflichtungsklage Groschup, DVBl. 61, 840 ff. [841/2]); es ist eben offenbar im öffentlichen Recht nicht immer möglich, nur von der durch die hoheitliche Tätigkeit (oder ihr Unterlassen!) hergestellten Lage aus zu argumentieren — die Tätigkeit selbst, in ihrer besonderen Freiheit des „Ob" und „Wie" muß in eigenartiger und noch nicht voll geklärter Weise berücksichtigt werden. Daß dahinter eine verstecktes Privileg der Hoheitsgewalt steht, sollte klarer sein, gerade in Verbindung mit der Entschädigungsfrage, und die Ausdehnung nicht als einfache technische Frage juristischen Geschmacks gesehen werden.

[36]) Janssen, op. cit., z. B. S. 19, 22 f.

[37]) Sie würde vielleicht noch bei den Fällen möglich sein, wo auch heute Aufopferung (i. d. „älteren" Form) vom BGH gewährt wird, kaum mehr bei den wichtigeren und zahlreicheren endgültig in die Nähe der Enteignung gerückten „Schädigungen an Vermögensrechten". Weil aber die Wiedervereinigung der Ersatzleistungskomplexe der früheren „Aufopferung" kaum mehr erwartet werden kann — trotz der heftigen Kritik von Janssen op. cit. und den

Die Einbeziehung der genannten Fälle in die Aufopferung scheitert also wohl schon an demselben Grundgedanken, der ihre bisherige Ausdehnung trug: Aufopferungsentschädigung ist Kompensation für den Einsatz der Hoheitsgewalt, nicht für Schäden, die nur durch sie — „mittelbar", wie man weniger klar zu sagen pflegt — verursacht werden, sie ist eigenartige Handlungs-, nicht Verursachungshaftung[38]) — eine „vorkritische" Betrachtungsweise vielleicht, aber die einzig ersichtliche Möglichkeit, gewisse Konturen des Instituts zu erhalten und es nicht zur reinen Verursachung ausufern zu lassen.

Und dennoch steht hier der Einwand: würde nicht eine solche Erweiterung, das Fallenlassen der „Eingriffsgrenze", jenen von Otto Mayer geforderten[39]) Idealzustand einheitlicher, absoluter Ersatzleistung herstellen, ja sogar auf Grundlagen, die nur beim Hoheitshandeln gegeben sind, und so durch ein selbständiges Institut des öffentlichen Rechts die allgemeine objektive Haftung begründen? Kann dann eine etwaige Hegemonie der Aufopferung nicht zur Alleinherrschaft werden? Warum noch die Expansionskraft der Staatshaftung untersuchen? Sollte nicht ihr Ende erleichtert werden?

Keineswegs! Ein sie vielleicht sogar noch verdrängendes Vordringen der Aufopferung würde die Stellung der Gewaltunterworfenen erheblich verändern. Die vom BGH mit Recht betonte Verschiedenartigkeit beider Anspruchsgrundlagen bedeutet nicht nur, daß sich beide überlagern, sondern sollte auch Bedenken wachrufen, ob sie sich ersetzen können. Selbst wenn die erwähnten Fälle eines Tages von der Aufopferung erfaßt werden, muß dennoch gefragt werden, ob sie, und vielleicht die schuldlos-rechtswidrige Staatstätigkeit überhaupt, nicht (doch auch) durch Erweiterung der Staatshaftung erfaßt werden sollten — aus folgenden Gründen:

Bedenken von Schack, Gefährdungshaftung cit. — wird der enteignungsgleiche Eingriff immer zentraler, und der Eingriffsbegriff eher noch bedeutsamer werden. —

Die tiefsten Bedenken gegen die Rspr. des BGH zum Verhältnis „enteignungsgleicher Eingriff" — Aufopferung kommen übrigens m. E. aus der heute hier kaum noch haltbaren Unterscheidung „Schädigung an Vermögensrechten — an körperlicher Integrität usw.".

[38]) Daß eine Ersatzleistungspflicht weder allgemein noch absolut ist, entspricht durchaus unserer ganz allgemein dem Generalklauselsystem hier abgeneigten Rechtsordnung. Einzeltatbestände können aber, wenn für „alle" eben nicht Ersatz geleistet werden soll, ebensowohl nach dem geschützten Rechtsgut (vgl. § 823/I BGB), als auch (ähnlich wie hier) nach der Art oder Intentionalität der schädigenden Handlung gebildet werden (vgl. § 823/II BGB i. Verb. mit gewissen Schutzgesetzen).

[39]) a. a. O.

Die Entschädigungspflicht ist, in ihrer heutigen Gestalt, Ergebnis der Ausweitung eines ursprünglichen eng(er) begrenzten Instituts. Ihre Kontingenz und Unvollständigkeit zeigt sich aber, und gerade deshalb, — selbst wenn man ihr alle Tatbestände unterwirft — in dem der Staatshaftung unbekannten, einschränkenden Erfordernis eines Sonderopfers, mehr noch in der weit unvollständigeren Entschädigung.

Beides hat einen einheitlichen Grund: die Entschädigung soll nicht jeden Schaden, sondern nur den Verstoß gegen die Gleichheit gutmachen[40]). Diese ist hier nicht reine Chancengleichheit[41]) — die ja völligen Schadensausgleich erfordern würde —, sondern eine Art von materieller Gleichheit, die (über den Begriff „enteignungsgleicher Eingriff") nunmehr in Verbindung mit der Eigentumsgarantie steht: letzterer aber ist es wesentlich, daß Sozialbindungen möglich sind[42]), gewisse Differenzierungen (hier: Schädigungen) die Egalität also nicht verletzen. Wieder erweist sich hier die — notwendige — Auflösung der Gleichheit, gegen die nur bei „argen" oder „grundlosen" Differenzierungen verstoßen wird. Für das Entschädigungsrecht bedeutet dies: Ausgleich nur bei argen oder grundlosen Schädigungen und nur soweit, daß die Gleichheit im Kern wiederhergestellt wird, da dies dem Eingriff die gleichheitsverstoßende Schwere nimmt.

Abermals zeigt sich die Enge und, was schwerer wiegt, eine gewisse Konturlosigkeit der Aufopferung: der Gleichheitsverstoß kann nur fallweise festgestellt werden. Weniger noch als beim Eingriffsmoment kann hier durch Ausdehnung erreicht werden, was die Staatshaftung bietet. „Entschädigung" in allen Fällen, Wiedergutmachung „als ob das schadenstiftende Ereignis nicht vorgefallen wäre": durch solche Erstreckung würden die rechtlichen Grundlagen der Aufopferung verlassen,

---

[40]) Ausdrücklich BGHZ 6, 270; gemeinsame Wurzel von Aufopferung und Enteignung ist die Gleichheit.

[41]) Zu den verschiedenen „Gleichheits-Begriffen" vgl. Leisner, Grundrechte und Privatrecht 1960, S. 117 ff. m. weit. Nachweisen.

[42]) Daß diese im Rahmen von Art. 14 GG vor allem dem Gesetzgeber Eingriffsmöglichkeiten bieten, während hier Schädigungen meist sogar durch Tathandlungen der Verwaltung in Frage stehen, ändert nichts an dem Gemeinsamen: der „Elastizität" dieses Gleichheits-Eigentumsbegriffes als solchen, die sich etwa bei Knoll Aö. R. 79/1953/4, S. 455 ff., 1956 S. 157 f. zu nahezu völliger Inhaltslosigkeit steigert. Die größte Gefahr liegt bei der Entschädigung gerade in der möglichen Überlagerung der Relativität von „Gleichheit" und „Eigentum" (wichtig, wenn man bei der „Enteignung" nicht die Gleichheitsverletzung allein bedeutsam sein läßt).

Art. 3 und 14 GG stünden nur mehr zur Verfügung, wenn absurderweise jede Sozialbindung geleugnet würde.

Dennoch ist neuerdings gerade hier eine teilweise Ausdehnung der Aufopferung versucht worden. Nach dem BGH[43]) liegt ein Sonderopfer stets bei Rechtswidrigkeit der Schädigung vor — eine eigenartige Umkehrung der seit Aufgabe der Rechtswidrigkeitsrechtsprechung durch das RG[44]) konstant vertretenen Lehre von deren Unbeachtlichkeit: gerade ein Wesensmerkmal der bisherigen Aufopferung — das Sonderopfer — soll nun automatisch durch die Rechtswidrigkeit ersetzt sein!

Die Auffassung des BGH kann nicht gebilligt werden: die Schädigung wird damit nicht „grundlos" im Sinn der Gleichheit (Grundlosigkeit ist etwas anderes als Rechtswidrigkeit, sie bedeutet völlige „Unbegründbarkeit" — andernfalls wäre jedes verfassungs- und damit rechtswidrige Gesetz zugleich ein Verstoß gegen die Gleichheit, jeder rechtswidrige Staatsakt könnte die Verfassungsbeschwerde eröffnen). Eine rechtswidrige ist auch nicht stets eine „arge" Schädigung. Diese Kategorie bestimmt sich nach Enteignungsrecht von der Substanz her, von der quantitativen und qualitativen Tiefe des Eingriffs aus, die nie durch Charakterisierung einer Handlung als rechtswidrig" schon gegeben ist. Die Erstreckung der „Enteignung" wird hier offene Kategorienvermengung.

Kann schon dieser Unterschied zwischen Aufopferung und Haftung nicht ohne Aufgabe des Sonderopferbegriffs beseitigt werden — das letzte Ziel der Angleichung an den Schadensersatz bleibt bereits deshalb unerreichbar, weil der Grundsatz, daß eben nur „arge Gleichheitsverstöße" entschädigungsrechtlich erfaßt werden, in der Höhe der Entschädigung wiederkehrt.

Den Schadensersatz umschreibt § 249 BGB: Herstellung des Zustandes, der ohne das schadenstiftende Ereignis bestanden hätte. Entschädigung dagegen ist nur „materieller Ausgleich für die auferlegte Vermögenseinbuße"[45].) Dies führt zu folgenden einschneidenden Unterschieden: a) nur der

[43]) 25. 4. 1960 — BGHZ 32, 208 ff. Vgl. die Kritik von Scheuner, JuS, a. a. O., S. 245/6.

[44]) RGZ 140, 276 (283) Näheres dazu bei Katzenstein, Entschädigungspflicht S. 80 f.; Janssen, op. cit. S. 122 m. Nachw.; Kreft, DÖV 55, 517 f. m. Nachw.; Forsthoff, Lehrb. S. 311 f. — die Verkehrung ins Gegenteil liegt darin: früher sollte bei Rechtswidrigkeit gar keine Entschädigung zugebilligt werden, heute erleichtert ihre Feststellung deren Gewährung (weil das Sonderopfer nicht mehr nachzuweisen ist).

[45]) Klare Gegenüberstellung: BGHZS 6, 270, f., sowie u. a. BGHZ 22 (43).

Substanzverlust, nicht „weiterer" wirtschaftlicher Schaden[46]) und b) nur der gemeine Wert der Substanz, das, was „alle" darum geben würden,[47]) ist ersetzbar; c) Zeitpunkt für die Wertbemessung ist nicht die letzte mündliche Verhandlung, sondern der Augenblick des Eingreifens, der Entwehrung[48]), wobei allerdings neuerdings der Entwehrte vom Risiko allgemeiner zwischenzeitlicher Wertveränderungen freigestellt wird[49]); d) Aufopferung führt zu pauschalisierender Gesamtentschädigung, beim Schadensersatz bilden die einzelnen Schadenspunkte nicht Rechnungsposten, sondern selbständige Ansprüche, die ein eigenes rechtliches Schicksal haben können.[50])

Wohl läßt sich nun auch hier eine gewisse Angleichungstendenz (von Entschädigung zu Schadensersatz) feststellen,[51]) die sich schon auf den Zeitpunkt der Wertbemessung und die Art der Restitution erstreckt hat[52]). Einen, den entscheidenden,

[46]) vgl. z. B. BGHZ 24. 4. 56, LM Nr. 20 zu § 26 RLG; BGHZ 15, 23.

[47]) Zum Begriff des „gemeinsamen" Wertes vgl. die historisch wohlfundierten, in ihren Ergebnissen aber z. T. nicht unbedenklichen Ausführungen von Knoll, E., in Aö. R. 1956, S. 167 f., 342 f.

[48]) Grundsätzlich BGHZ 16. 11. 53 (11, 156) = NJW 54, 345; anders BGHZ 28. 6. 1954 (14, 106 = NJW 54, 1485 nur für den Fall des Fehlens eines förmlichen Festsetzungsverfahrens, aber nicht, weil dies an sich erforderlich wäre, sondern weil so im Einzelfall ein „gerechterer Ausgleich" erreicht werden kann — also unter Verwendung der typischen, flexiblen, staatsbegünstigenden Entschädigungsformeln.

[49]) Eingeleitet schon in BGHZ 28, 160 — NJW 59, 148, wo auf das „endgültige Ausscheiden der entwehrten Sache aus der konjunkturellen Weiterentwicklung" abgehoben wird und, wohl vorläufig abschließend, BGH 8. 6. 1959, BGHZ 30, 281: der Enteignete darf sich zwischenzeitliche Wertveränderungen durch Schwanken des gesamten konjunkturellen Preisgefüges entschädigen lassen, muß aber alle anderen Risiken selbst tragen — wieder ein klares Abheben auf den Gleichheitssatz!

[50]) BGHZ 22, 43 (= NJW 57, 21); vgl. allerdings BGH 24. 4. 1956 (LM Nr. 20 zu § 26 RLG).

[51]) Zu diesen Angleichungstendenzen vgl. u. a. Janssen, op. cit. S. 197; grundlegend Schack, BB 59, 1259 ff. (insbes. 1264 f.). Vgl. i. übrigen zu dem Unterschied Schadenersatz — Entschädigung: Forsthoff, op. cit. S. 307 f.; Hannak, K., Die Verteilung der Schäden aus gefährlicher Kraft, 1960, S. 60 f. (starke Entschädigungspauschalisierung von privatrechtlichen Vorstellungen her); Janssen, op. cit. S. 72 m. Nachw.; Katzenstein, op. cit. S. 91/2; Kleinhoff, DRiZ 1957, 225 ff. (226/7); Knoll, AöR 1956, S. 157 ff. m. umfangreichen, auch geschichtl. Nachw.; Reinhardt, Gutachten, S. 260/1; weitere Nachweise zur Entschädigungshöhe b. Janssen, op. cit. S. 20. — Der Unterschied ist betont in RGZ 140, 276, dagegen fehlt eine klare terminologische Scheidung in RGZ 159, 129. Vgl. auch RG 167, 25.

[52]) Vgl. die Begründung, mit der der BGH bei der Amtshaftung nur Geldersatz zuläßt: BGHZ 34, 99 m. Anm. Bettermann, JZ 61, 482 ff.

Unterschied aber hebt sie vorläufig nicht auf: „weitere" wirtschaftliche Schäden, insbes. entgangener Gewinn, werden nicht ersetzt. Dies aber macht heute oft den entscheidenden Inhalt des Schadensersatzverlangens aus — weil die Bedeutung des Gutes als Wertobjekt hinter der als Produktionschance (entsprechend dem Abfallen der Sachwerte gegenüber dem Wert der Arbeit) zurücktritt.

Und fände auch hier — wegen nur so herzustellender „Gerechtigkeit des Ausgleichs" — noch eine Ausdehnung der Entschädigung statt, nichts kann der Aufopferung — dem Schadensersatz gegenüber — eine letzte Schwäche nehmen: sie bleibt ein „gerechter Ausgleich" zwischen Gemeinschaft und einzelnem. Die Interessen der Allgemeinheit werden heute, gewissermaßen pauschalisiert, durch Beschränkung der Entschädigung auf den Substanzverlust abgeglichen — ein überholtschematisierendes Vorgehen, vielleicht aus der Auffassung von der Enteignung als Zwangskauf: wird Objektkreis und Funktion der Enteignung erweitert, so darf die dadurch geprägte Entschädigung nicht starr gehalten werden[53]). Mag man aber hier auch auflockern — und dies ist zu fordern — die „Interessen der Allgemeinheit" lassen sich nicht einfach ausschalten, hat man sie auch bei der Enteignungsentschädigung bisher weitgehend weginterpretiert"[54]). Immer steht zu befürchten, daß sich dieses über aller Entschädigung stets schwebende Damoklesschwert einschneidender und unabsehbarer Beschränkung gerade dann über die Entschädigungsberechtigten senkt, wenn sie vollsten Ausgleich weit nötiger hätten, als in hochkonjunktureller Lage. Gewiß — Entschädigung ist nicht Billigkeitsfrage[55]), wenn auch

---

[53]) Obwohl Beschränkung der Entschädigung auf Substanz (verluste) sich wie folgt in die Prinzipien der Aufopferung/Enteignung einbauen läßt: es wird dort stets nur der „unmittelbarste" Schaden ersetzt, wie ja Aufopferung auch nur bei der den „Eingriffen" eigenen „Unmittelbarkeit" gewährt wird. Durch einen solchen Oberbegriff aber würde das (dadur chnur verhüllte) Staatsprivileg in seinen weittragenden Folgerungen in einer, dem Schadensersatz gegenüber anachronistischen Enge deutlich.

[54]) Vgl. die krit. Bemerkungen von Knoll, Aö. R. 1956, S. 342 ff. gegenüber einer konsequent etwa von W. Weber, Neumann — Nipperdey — Scheuner Grundrechte II, S. 388 f. vertretenen Auffassung. Beide Positionen — zu denen hier nicht Stellung genommen wird — argumentieren (zu Recht!) mit historischen Erwägungen, bedeutet hier doch jede Entscheidung eine unabsehbare Verfassungswandlung, die nur in die gesamte deutsche Tradition eingebettet werden kann. Daß jedoch die Nichtminderung der Aufopferungsentschädigung sicher nicht leichter als die der Enteignungsentschädigung begründbar ist, klingt auch bei Weber, a. a. O. S. 392 an.

[55]) BGHZ LM Nr. 20 zu § 26 RLG.

der BGH manchmal bedenklich von „billigem Ausgleich spricht“[56]), aber der Übergang zu vollem Schadensersatz ist unmöglich. Es gibt heute etwas wie einen auch aus vielen Einzelgesetzen erschließbaren Entschädigungsbegriff[57]): unterschiedlich im einzelnen mögen sie regeln — der Nichtersatz „weiteren“ wirtschaftlichen Schadens — und damit der Grundunterschied zum Schadensersatz — ist ihnen fast allen gemeinsam.

Der Entschädigung bleibt also ein „Geburtsfehler“ — sie ist Ausgleich nur, nicht Reparation — schon weil hier Auffassungen ihrer Entstehungszeit wirken, die nicht etwa zwischen Rechtmäßigkeit und Rechtswidrigkeit einer Schädigung nicht unterschied, sondern der alles Hoheitshandeln eo ipso „rechtmäßig“ war. Rechtmäßige Schädigungen aber wurden eben nur „ausgeglichen“, nicht „gutgemacht“. Dem guten Schadensersatz gegenüber bleibt die Entschädigung eng, prekär. Ihre Erstreckung auf die erwähnten Fälle, oder gar eine völlige Verdrängung der Staatshaftung, wäre also nicht für die Geschädigten die glückliche Lösung, die Otto Mayer als allein dem Rechtsstaat gemäß erkennen zu können glaubte — jener Mann, dessen Schatten über allen Erörterungen liegt, mehr noch als zu seinen Lebzeiten heute, wo seine bewußten und unbewußten Schüler, nach vorne gerückt, manche seiner Lehren mit Generationenabstand zu verwirklichen sich anschicken.

Für Mayer mußte Verallgemeinerung der Entschädigungspflicht eine vollendete Lösung sein, bedeutet sie doch, in deutsch-systematischer Einkleidung, eine Überhöhung des von ihm als richtig hingenommenen Ausgangspunkts des französischen Ersatzleistungsrechts, des Arrêt Blanco: „la responsabilité (de la puissance publique) n'est ni générale, ni absolue“[58]). Diese weder allgemeine, noch absolute „Staats-

[56]) BGHZ 22, 43 = NJW 57, 21.

[57]) Einige Beispiele aus der Bundesgesetzgebung:
1. §§ 6, 8—11 PostG; 2. §§ 2, 4—6 TelWG; 3. §§ 28 ff. Ges ü gem gef Kr; 4. §§ 66 ff. ViehsG; 5. § 9 EnergG; 6. §§ 26 ff. WasserverbVO; 7. § 9 Gesetz zum Schutz der Kulturpflanzen; 8. §§ 13, 29 ff. FlNotlG; a. § 61 BVFG; 10. §§ 35 II, 51 ff., 72 ff., 89 FlurberG; 11. § 9 BaulBeschG; 12. §§ 22 ff., 84 BGL; 13. §§ 12 ff. SchutzberG; 14. §§ 17 ff. LBG; 15. §§ 12, 15 IV, 20 WasserhaushG; 16. §§ 14 ff. LuftschutzG; 17. §§ 18, 50, 25 ff. AtomG; 18. § 35 G ü zivilen Ersatzdienst; 19. §§ 40 ff., 93 ff. BBauG; 20. § 28 G ü Reinhaltung der Wasserstraßen. Die Entschädigung stellt sich hier entweder einfach als besondere Form der Enteignungsentschädigung dar (Nr. 2, 5, 6, 9, 10, 12, 13, 15, 16 usw.) oder sie ist besonders beschränkt (Nr. 1, 4 usw.). Ein allgemeiner, von der Enteignungsentschädigung verschiedener Entschädigungsbegriff läßt sich induktiv m. E. nicht entwickeln.

[58]) Tribunal des Conflits 8. 2. 1873, Dalloz 1873. 3. 17, Sirey 1873. 2. 153.

haftung" — sollte sie nicht als Entschädigung in Deutschland Eingang finden? Erweist nicht nur sie den Charakter des Staates als eines „ganz anderen" schon bei der Grundlegung jeder Schadloshaltung durch ihn? Entspricht nicht die Prekarietät der Entschädigung gerade der zu fordernden Eigenständigkeit jeden öffentlichen Ersatzleistungsrechts?

Gewiß — hier liegt ein Scheideweg. Folgerichtig ist diese These. Und dennoch: gerade von einer (zu fordernden) „entwicklungsgeschichtlichen" Betrachtung aus wäre es wohl eine vorschnelle Entscheidung. Sie würde die traditionelle gänzlich verschiedene Ausgangslage im deutschen Rechtskreis verkennen: die enge Bindung an gewisse privatrechtliche Deliktvorstellungen. Vor der Entscheidung zu völliger Verselbständigung einer öffentlich-rechtlichen „Haftung als Entschädigung" ist zu prüfen, ob der öffentlich-rechtliche Raum nicht auch großenteils mit den traditionsreichen und weitergehenden Schadensersatzvorstellungen bewältigt werden kann, ohne daß die Besonderheiten staatlicher Hoheit dabei verkannt werden, ob nicht in einer Epoche des Neoindividualismus Auffassungen mit Vorsicht zu begegnen ist, die auf Etatisierung wenigstens hinauslaufen können. Diesem Anliegen gelten die folgenden Darlegungen, mit denen aber keineswegs eine „Privatisierung" des öffentlichen Ersatzleistungsrechts erstrebt wird[59]). Sie sollen auch eine Auseinandersetzung mit der naheliegenden vermittelnden These bringen, nach der, bei gewissen Überlagerungen, die Dualität Entschädigung — Schadensersatz unter Beschränkung des letzteren auf verschuldete Schäden, erhalten bleiben kann. Daß eine derartige Begrenzung des

[59]) Einer solchen kommt m. E. die zit. Entsch. d. GZS des BGH 34, 99 bedenklich nahe, weil sie immer wieder mit der „Übernahme" der an sich den Beamten nach § 839 DGB treffenden Haftung durch den Staat argumentiert und damit die eher zu lockernde „Anseilung" an Art. 34 GG verstärkt. Die Eigenart des ö. r. Ersatzleistungsrechts liegt sicher auch bei der Staatshaftung in dem — dem Privatrecht gegenüber — viel unmittelbareren Sich-Gegenüberstehen von Staat und Geschädigtem: ist das Verhältnis Beamter — Staat schon dem Geschädigten gegenüber dahingehend relevant, daß er gewisse „Leistungen" vom Staat nicht „über den Beamten" (wegen dessen disziplinärer Stellung) verlangen kann, so hat es keinen Sinn, bei den Voraussetzungen der Ersatzleistung immer nur den Beamten und sein (persönliches) Verschulden zu sehen. So weit muß Publifizierung dann sicher gehen, daß er stets in voller Einheit mit dem Staat gesehen wird und sein Verhalten also nicht plötzlich wieder „zunächst ganz wie das eines Privatmannes" betrachtet wird. Weil aber der Beamte haftungsrechtlich ganz anders „hinter dem Staat verschwindet", kann u. a. auch das Verschuldensprinzip des Zivilrechts nur mutatis mutandis (vgl. unten Spalte 23 f.) zum Zug kommen.

Schadensersatzes den rechtswidrig-schuldlos Geschädigten schlechter stellt, wurde dargelegt. Daß sie als solche dogmatisch nicht zwingend ist, wird eine Analyse des Schuldbegriffes zeigen. —

Die Grenzen der Ausweitungsmöglichkeit des Aufopferungsdenkens sollten die bisherigen Ausführungen abstecken. Damit entschieden werden kann, ob die als Modell dienenden, von jenem — besser — nicht erfaßten Fälle unter eine selbständige öffentlich-rechtliche Gefährdungshaftung gestellt werden sollen, muß nun die Ausdehnbarkeit von Staatshaftungsvorstellungen (auf sie) erörtert werden. Die so gewonnenen Ergebnisse können dann auf andere Kategorien schuldlos-rechtswidriger Schädigung gegebenenfalls erstreckt werden, auf die voraussichtlich „nächste Expansionsetappe". Klarheit über „Gefährdungshaftung" verlangt eben zunächst Auseinandersetzung mit den öffentlichen Haftungsprinzipien, denen sie nahe steht, wie die privatrechtliche Gefährdungshaftung der zivilrechtlichen Deliktshaftung, jedenfalls aber näher, als dem ganz anderen Recht der Entschädigung.

Staatshaftung verlangt schuldhaft-rechtswidrige Schädigung. Versuche zu ihrer Ausdehnung setzen immer bei der noch zu besprechenden Problematik des (Fehlens eines) Verschuldens ein. Dabei wird seit langem m. E. ein folgenschwerer Fehler begangen[60]): Die Frage nach der Rechtswidrigkeit wird hier nicht selbständig aufgeworfen oder bleibt dahingestellt. Demgegenüber ist die These zu vertreten: keine Ersatzleistungsentscheidung ohne Feststellung der Rechtswidrigkeit. Diese ist, wie sich zeigen wird, nicht nur der Prüfstein einer Ausdehnung der Staatshaftung, — ja jeder Art von Haftung, weil unser Recht nur in Ausnahmefällen Schadensersatz bei rechtmäßigem Handeln gewährt — sie bildet die Grundlage eines ganzen Systems.

Die Nichtbeachtung der Rechtswidrigkeit war eine Folge des Aufopferungsdenkens, das nicht einen Rechtsbruch annulieren, sondern den Einsatz von Hoheitsgewalt kompensieren will. Durch die angedeutete Entwicklung[61]) ist übrigens nun sogar dort eine Wende eingetreten, weil ein Nachweis der Rechtswidrigkeit den des Sonderopfercharakters stets mit enthalten soll und also jetzt auch bei der Aufopferung zu erstreben wäre. Bei der Frage der (Ausdehnung der) Staatshaftung muß die Rechtswidrigkeit vor dem Verschulden geprüft werden. Vor

[60]) M. W. hat in letzter Zeit nur Haas (op. cit. S. 15, 56 f.) die Rechtswidrigkeitsfrage zum Kriterium eines ganzen Ersatzleistungssystems erhoben.

[61]) Vgl. Anm. 43 (oben).

allem aber: eine Fehlentwicklung deutschen Staatsdenkens wäre es, wenn es in einem Gemeinwesen, dessen Ziel nach dem Grundgesetz der Dienst am Recht ist, völlig gleichgültig sein könnte, ob eine Handlung das Recht verletzt oder nicht — und zwar für Folgen, die zu den einschneidensten Auswirkungen des Gemeinschaftslebens zählen. Der Rechtsstaat fordert jedenfalls die Frage nach der Rechtswidrigkeit. Über deren Ausdehnung mag man streiten — einer Entscheidung überhaupt hier ausweichen zu wollen, ist ein Verstoß gegen Grundprinzipien der Verfassung und das allgemeine Rechtsempfinden. Verschulden kann im Einzelfall problematisch sein; nie aber wird es der viel bemühte Durchschnittsbürger verstehen, daß es bei der Wiedergutmachung eines ihm zugefügten Schadens nicht darauf ankommen soll, ob die schädigende Handlung rechtens war. Stellt man die Frage nach der Rechtswidrigkeit nicht, so wird, mehr als durch Aufgabe des Verschuldenserfordernisses,[62]) der Bürger daran gewöhnt, die Verbindung Staat — Recht zu lösen und im Staat den „totalen Sozialstaat", den reinen Versorgungsstaat zu sehen. So würde die von Forsthoff einst in diesem Kreise[63]) aufgezeigte Antinomie von Rechts- und Sozialstaat zur unüberbrückbaren Kluft. Die Frage nach der Rechtswidrigkeit ist, als rechtsethisches Postulat, gegen jeden Widerstand zu stellen, weil in ihrem Fallenlassen die Aufgabe der Suche nach der Gerechtigkeit droht[64]). Eine solche ist auch dann zu besorgen, wenn anstatt der Rechtssuche nach der justitia commutativa vorschnell auf eine justitia distributiva rechtswidrigkeitsblinder Approximativentschädigung übergegangen wird[65]).

Mit dieser Frage kehrt die Untersuchung deshalb vor allem zu den erwähnten Modellfällen zurück. Gerade sie zeigen, war-

---

[62]) Der „Moralisierungseffekt" des Verschuldens wird besonders in der französischen Lehre betont; (nach Hauriou, Précis de Droit, administratif 1927, S. 310) — z. B. Berlia, G., RDP 1951, 703/4; Feugey, L., Le développement jurisprudentiel de la théorie du risque etc., Thèse Lille 1927, S. 129 f.; d'Hébrail, La responsabilité de l'Etat, Thèse Alger 1929, S. 111 f.; Giuliani, G., Le risque administratif etc., Thèse Lyon 1933, S. 251 f.; Savatier, R., Le gouvernement des juges etc. Lambert-Festschrift, I, S. 464, Paris 1938.

[63]) VVdStL Heft 12, 1954 S. 1 ff.; weit. Nachw. bei Leisner, Grundrechte u. Privatrecht, S. 167 f.

[64]) Hier scheint mir das bei Lerche, JuS 61, 240 angedeutete Ende der Ergiebigkeitsschranken jeder Kritik erreicht zu sein.

[65]) „Haftung" ist, was entgegen Esser, Gefährdungshaftung, S. 73 f. betont werden muß, Frage commutativer Gerechtigkeit. Freilich trennt nicht das Verschulden die beiden Formen der Gerechtigkeitshandhabung — wie er richtig bemerkt —, wohl aber die Rechtswidrigkeit.

um die „Rechtswidrigkeit" so weit zurückgetreten ist: infolge der speziellen, noch zu erörternden Rechtswidrigkeitsproblematik des Privatrechts und in ungenügender Erkenntnis der Besonderheiten des öffentlichen Haftungsrechts hat sich in kaum einem der Fälle eine einheitliche Lehre zur Rechtswidrigkeit bilden können. Hier muß aber Klarheit herrschen.

Es ist davon auszugehen, daß jede schädigende Handlung entweder rechtmäßig oder rechtswidrig ist, soweit sie mit menschlichem Handeln oder Unterlassen in einem — adaequaten — Wirkzusammenhang steht[66]).

Nach manchen[67]) ist nun Handlung und Erfolg schlechthin rechtmäßig: der Schuß des Polizisten, auch wenn die Kugel abirrt, der Arbeitseinsatz im verseuchten Lager, selbst wenn Gesundheitsschäden die Folge sind. Ähnliches soll bei der Zustandshaftung gelten, hier sogar, über den abgesteckten Kreis hinaus, bei den öffentlich-rechtlichen Immissionen (Funkenflug der Bahn), welche die Rechtsprechung vorwiegend privatrechtlich behandelt[68]). Die Ungewißheit über die Rechtswidrigkeit

---

[66]) Im Strafrecht ist die Problematik alt („kann das Tier rechtswidrig handeln?"); bei den „Verwaltungsfabrikaten" entsteht nicht ein „rechtlich nicht meßbarer Raum", wie Zeidler DVBl 59, 686 meint, die „Handlung" der Maschine ist rechtswidrig steht über das Unterlassen entsprechender Wartung und die Aufstellung bereits im erforderlichen Zusammenhang mit dem menschlichen Handeln. Ist es beim heutigen Stand der Technik („objektiv") völlig unmöglich, durch beste Wartung den Schaden zu verhindern, so entfällt die Schuld, nicht die Rechtswidrigkeit. Die von Zeidler a. a. O. angedeutete Analogie zum gerichtsfreien Hoheitsakt ist abzulehnen: Hier liegt — wenn überhaupt! — eine traditionelle, immer enger zu umschreibende, aus höchstrangigen Verfassungsgrundsätzen zu rechtfertigende Ausnahme vor, dort würde so bei steigender Automatisierung die Kategorie „Rechtswidrigkeit" verschwinden, der Automat als Rechtssubjekt sui generis anerkannt werden. Die Lösung ist die: der Unterschied ist — auch zu bisherigen Fällen — nicht „generell": „voll objektiv" gesehen war der schädigende Erfolg stets vermeidbar (durch menschliches Handeln!), „subjektiv" gesehen ist er es so wenig, wie viele herkömmliche Schädigungen, bei denen eben — die Schuld fehlt.

[67]) Zu dieser (und den abweichenden) Auffassung(en) vgl. Nachw. b. dem nun diese Meinung vertretenden Schack, Gefährdungshaftung Anm. 29, ferner so noch Müller, Helm., Gemeinsame Grundsätze über die Gefährdungshaftung, Diss. Jena 1936, S. 14 (m. Naw. d. abweich. Ansicht von Leonhard und Binding) sowie neuerdings wohl auch Scheuner, JuS 1961, S. 247/8.

[68]) Nachweise über die RG-Judikatur und die verschiedenen Auffassungen über die Immissionen bei Schack, Gefährdungshaftung a. a. O., insbes. aber Katzenstein, Entschä.pfl. S. 74 f.; Scheuner, DÖV 55, 547; Schack, JR 58, 207 ff.; lange Zeit findet sich in der Verwaltungsrechtslehre keine gesonderte Behandlung der Immissionsfrage. Die Regelung von § 906 BGB gilt auch für Grundstücke der öff. Hd. (vgl. Meisner, Nachbarrecht 2. Aufl. 1910

erstreckt sich schließlich auf die bekannten Impffälle[69]), deren oben nicht gedacht wurde, weil ihr Eingriffscharakter nicht mehr bezweifelt wird. M. a. W.: mit Ausnahme der verwaltungsaktlichen Staatstätigkeit und vielleicht noch der schlichten Hoheitsverwaltung herrscht überall Unsicherheit. Nahezu der gesamte Bereich hoheitlicher „Tathandlungen" wird betroffen — eine Folge der allerdings zuzugebenden Fragwürdigkeit der traditionellen Auffassung vom „hoheitlichen Autofahren", „hoheitlichen Artilleriefeuer" u.ä.m., die aber demnächst kaum zu beseitigen sein wird[70]).

Differenziertere Betrachtung versucht die Trennung von Zustand und Schädigendem Eingriff[71]). Der vom Polizisten abgefeuerte Schuß ist dann rechtmäßig, weil auf den Verbrecher geschossen werden durfte. Aus dieser „gefährlichen Lage" ergibt sich die Schädigung durch den Querschläger in einer Weise, die man qualifizieren kann, wie man will, auf die sich aber eine haftungsmäßige Verantwortlichkeit des Staates nicht mehr erstreckt. Ebenso läßt sich dann sagen, daß die Einsperrung des durch Mitgefangene Geschädigten nicht nur „an sich", sondern auch in ihrer konkreten Gestalt rechtmäßig war, daß sie lediglich eine besondere Gefahrenlage schuf, welche der Sträfling als Auswirkung des Gemeinschaftslebens ebenso hinnehmen muß, wie der Passant die abirrende Kugel. Freilich bleibt es unerfreulich, daß man sich als „Folge des Gemeinschaftslebens" im Gefängnis erstechen und auf der Straße er-

---

S. 249 u. Fleiner, Institutionen 1. Aufl. 1911, S. 244). In der bürgerlich-rechtlichen Literatur (Endemann, Dernburg) wird die Frage nicht besonders für öffentlich-rechtliche Immissionen erörtert. Beachtlich ist, daß die Rspr. zunächst, um einen Schadensersatz (nicht: Entschädigung) zu gewähren, nicht nur Ausschluß der Abwehrklage, sondern noch einen besonders gefährlichen Betrieb verlangte (z. B. RGZ 99, 96; 100, 69; schon schwächer 101/102), dieses Kriterium dann aber verschwindet (RGZ 104, 18, vgl. auch 122, 134).

Zur privatrechtlichen Seite Hubmann, JZ 58, S. 490 u. 191.

[69]) Sie werden überwiegend als rechtmäßige Schädigungen durch rechtmäßiges Handeln angesehen, Nachw. b. Schack, Gef. H. Anm. 27, ferner noch Sieg, JZ 56, 178; Scheuner, Jellinek-Gedächtnisschrift 1955, S. 340; Scheuner, JuS 1961, 247/8; Janssen, op. cit. S. 75; Haas, System S. 27.

[70]) Hier wird übrigens deutlich, daß hinter dem üblichen Trennungskriterium „öffentliches-privates" Recht (Hoheitsgewalt!) eben doch das, der Tautologie sich wieder bedenklich nähernde, andere des „(nicht) wie ein Privater"-Handelns steht, denn auch die „Verbindung mit in der Regel hoheitlichem" Tun versagt z. T. (problematisch wenigstens i. F. d. militär. Handlungen).

[71]) Vgl. etwa Weimar, DÖV 61, 379 f.; ablehnend u. a. Reinhardt, Gutachten, S. 270; Katzenstein, Entschädigung S. 28 (unter Berufung auf Beling).

schießen soll lassen müssen, aber, das kann diese Auffassung dem entgegenhalten, man entgeht so der noch bedenklicheren Folgerung, daß (rechtmäßiges) Erstechen und Erschießen eine Art von „zufälliger Todesstrafe" darstellen — und umgeht gleichzeitig den Rechtswidrigkeitsvorwurf gegenüber dem Handeln der Verwaltung. Schädigende Handlung und „Erfolg" sind dann gewissermaßen „kausalitätsmäßig" voneinander getrennt.

Gerade deswegen ist aber die „gefährliche Lage" eine schlechte Lösungsfiktion. Rechtmäßigkeit und Rechtswidrigkeit können nicht so getrennt werden, daß die Schaffung der Gefahrenlage rechtmäßig, die Schädigung (ev.) rechtswidrig ist, der Staat aber nur für jene aufkomme und deshalb nicht — im technischen Sinn — hafte. Aus der Gefahrenlage entsteht ja nicht „automatisch" die Schädigung! Wie soll sich der Staat einfach aus der haftungsmäßigen Verantwortung für die Folgen lösen können? Ihm ist Schädigung wie Gefahrenschaffung zuzurechnen, die jener gegenüber nicht die erforderliche „natürliche" Selbständigkeit aufweist. Gefahrenlage ist ein zu vager Begriff, um staatliche Haftung kupieren zu können[72]). Ernstlich könnte ihre Bedeutung überdies nur da diskutiert werden, wo eine irgendwie „isolierbare", abstrakt zu fassende Gefährlichkeit in gewisser „Ferne" von dem Ereignis steht, zwischen das und die staatliche Haftung für Rechtswidrigkeit sie sich schiebt. Im Gefängnisfall läßt sich das — gerade noch — behaupten — nie bei der Kugel des Polizisten, wo Gefahrenlage und Schädigung zugleich auftreten — es sei denn, man sehe jeden Ordnungshüter als wandelnde Gefahr an ... Die Lösung des Rechtswidrigkeitsproblems mit dem Begriff der „Gefahrenlage" vergewaltigt also die Realität und ist abzulehnen.

Nicht anders ein schon früher unternommener Distinktionsversuch: Rechtmäßigkeit der Handlung — Rechtswidrigkeit des Erfolges. Von der Handlung her gesehen Recht, vom Erfolg her Unrecht. Bald schon hat man aber erkannt, daß eine solche „Doppelspurigkeit", „Zwielichtigkeit" der Betrachtung ein und desselben Lebensvorganges unmöglich ist[73]). Dieser kann nicht — je nach Blickpunkt — rechtmäßig oder rechtswidrig sein. Entweder der Polizist durfte den und gerade den Schuß abfeuern, auch wenn nun — nachträglich betrachtet — die Folgen notwendig schädigend waren — oder er hätte es — a posteriori

[72]) vgl. unten S. 222 f.

[73]) vgl. bereits Katzenstein, Entschäd. S. 16/11. Vgl. i. übr. die Anm. 69-71. Die (einfache) 2-Schichtenlehre liegt ja in der ganzen Diskussion zugrunde, wenn auch die vorstehend erwähnte „Zustandslehre" im Grunde von ihr zu trennen ist, weil bei ihr eine Rechtswidrigkeit der Schädigung gar nicht notwendig anzunehmen ist.

gesehen — nicht gedurft[74]). Die Entscheidung ist klar: der Polizist hätte, schon nach dem polizeilichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz so nicht schießen, der Sträfling nicht „so" eingesperrt, das Kind nicht geimpft werden dürfen, — nur: diese „Erfolge" waren auch bei größter Sorgfalt nicht vorhersehbar. Daraus aber folgt nicht, daß die zu ihnen führenden Handlungen rechtmäßig, sondern nur, daß sie nicht schuldhaft waren, was unbestritten ist. Daß nicht etwa die Polizeirechtsgrundsätze (ob kodifiziert oder nicht) die „Amspflichtgemäßigkeit" überhaupt, solche Schädigungen rechtfertigen, folgt zwingend schon daraus: dem „Opfer würde sonst sogar jede Notwehr und Nothilfe genommen werden! Außerdem würde es kaum mehr rechtswidrig-schuldlose Tathandlungen geben — die Schäden wären entweder rechtmäßig oder gleich rechtswidrig-schuldhaft verursacht. Rechtswidrigkeitsbetrachtung ist aber „zeitlose" Subsumtion unter feststehende Kategorien, ihr geht es nicht um Vorhersehbarkeit. Dies ist Eigenart der Schuld. Der Streit um die Rechtswidrigkeit ist also nur Folge der Verwechslung von Rechtmäßigkeits- und Verschuldenskategorien, nahegelegt durch die noch zu erörternde Überlagerung beider Begriffe im Privatrecht.

Rechtmäßig ist demnach eine Handlung stets dann, wenn sie, auch a posteriori, sozusagen „von oben" betrachtet, so und nicht anders vorgenommen hätte werden müssen — Beispiel: das Feuer auf die aufrührerische Menge, selbst wenn Unschuldige geschädigt werden. Sie ist nach polizeirechtlichen Grundsätzen gedeckt, die Verhältnismäßigkeit ist in diesem Grenzfall nicht verletzt, weil hier unmittelbar — anders als bei der „gewöhnlichen" Verbrecherverfolgung — Staatserhaltung und Einzelrecht aufeinanderstoßen und jene vorgeht. Notwehr und Nothilfe sind hier ausgeschlossen.

Und doch zeigt gerade dieses Beispiel den richtigen Kern der „Zweispurigkeitslehre": der schädigende Erfolg wird sicher auch hier von der Rechtsordnung mißbilligt. Unhaltbar ist es m. E. hier (mit der Auffassung, nach der „alles rechtmäßig" sein soll) nur die (geringere) Entschädigung, nicht Schadensersatz zu gewähren. Aus den allgemeine Rechtsgedanken enthaltenden §§ 228 und 904 BGB folgt in der durchaus vergleichbaren Lage — ein Recht auf letzteren. § 904 S. 2 BGB zeigt übrigens, daß Schadensersatz selbst bei (ausnahmsweise) recht-

[74]) Die Auffassung von Reuß JR 55, 325, neben rechtmäßigen und rechtswidrigen Staatsakten gebe es die dritte Kategorie der amtspflichtgemäßen, aber rechtswidrigen Akte, trifft das Richtige, wenn klar bleibt, daß damit nur disziplinarrechtliche Folgen angesprochen, die Rechtswidrigkeit nicht verschoben wird.

mäßiger Rechtsverletzung gewährt werden muß; selbst wenn also den vorstehenden Ausführungen über die Rechtswidrigkeit nicht beigetreten würde, wäre ein Verweis auf die Entschädigung in all den fraglichen Fällen nicht zwingend.

Es sollte aber kein Zweifel mehr bestehen: sämtliche schädigenden hoheitlichen Handlungen sind rechtswidrig, nicht nur ihr Erfolg, der Schaden — und zwar zeigt bei der Tathandlung eben der Erfolg die Rechtswidrigkeit der Handlung an. Eine besondere Normierung der Handlung selbst schließt sie nur aus, wenn dies aus ihr (ausdrücklich) hervorgeht. Dies kann entschieden werden, wenn die Handlungen an den jeweiligen Ausprägungen der „Gesetzmäßigkeit der Verwaltung" (i. folgenden kurz „Legalität") gemessen werden.

Sie verbietet dem Staat, ohne gesetzliche, möglichst explizite Grundlage hoheitlich in die Rechtsgütersphäre der Gewaltunterworfenen einzugreifen[75]). Sie nur auf Rechtshandlungen beschränken, würde zwischen diesen und privatrechtlicher Staatstätigkeit[76]) eine unerträgliche und ungerechte Lücke aufreißen. Die „Schädigung" kann vor dem Recht nur bestehen, wenn sie und gerade sie vom Gesetzgeber gewollt ist. Dies trifft in der Regel nicht zu: der Gesetzgeber beabsichtigt die Ergreifung des Verbrechers, den Betrieb der Post, die Einsperrung, die Immunisierung durch Impfung — nicht den Tod des Unbeteiligten, den Waldbrand, den Zellenmord, die Lähmung. Was

---

[75]) Es mag dahin stehen, ob eine gesetzliche Grundlage für jede hoheitliche Tätigkeit der Behörde erforderlich ist, was von Peters neuerdings wieder unter Hinweis auf die vielfachen Formen hoheitlicher Gestaltungsverwaltung bestritten wird („Verwaltung ohne gesetzliche Ermächtigung", Festschrift für H. Huber, Bern 1961, S. 206 ff. (vgl. dazu auch u. a. Menger). Verw.Arch. 61, S. 196 f. mit beachtenswerten Vorschlägen). Auch Peters aber leugnet nicht, daß zu Eingriffen in die Rechtssphäre der Bürger eine Legalitätsgrundlage vorhanden sein muß. Gerade die Schädigungsfälle durch abirrende Tathandlungen müssen also „irgendwie" doch an der Legalität gemessen werden können, und sei es nur an einer — vielleicht sogar ungeschriebenen, aber — scharf zu fassenden „Zweck-Lex" des jeweiligen Tätigwerdens in Verb. mit d. öff. Interesse (gerade diese Konsequenzen beim Schadensfall, wo die „Gestaltung" zum „Eingriff" wird, zeigen übrigens m. E., daß Legalität doch als als expliziertere gefordert werden muß). Geht man auch davon noch ab, so stehen die „hoheitlichen Tathandlungen" einfach privatrechtlicher „freier" Tätigkeit gleich — ja, unter dem Schutz der „öffentlichen Interessen" noch freier als diese — ein Ergebnis, das Peters wohl nie billigen würde. Wird übrigens die Staatstätigkeit von der Legalität (nur) „grenzbestimmt" wie Peters will, so sind ja die wichtigsten Grenzen gerade die Rechte der Bürger!

[76]) Wo bereits die Legalität zum Einsatz kommen soll, vgl. Mallmann in VVdStL 1961, Heft 19, S. 165 f.

er im einzelnen „will", mag bisweilen schwer zu erschließen sein, wenn es sich nicht aus Zweck und Ziel der jeweiligen „Institution" ergibt[77]). Aus dem Gedanken des „öffentlichen Interesses" muß dann abgeleitet werden, was die Legalität im einzelnen aussagt, wobei die allgemeinen Grundsätze aber nur die jeweilige „lex" grenzkorrigieren können[78]). Völlige Eindeutigkeit fordern, würde hier die Grenzen der Natur der Sache gewaltsam überspringen heißen. Vom „öffentlichen Interesse" als Rechtsbegriff kann sich ja auch, trotz gewisser Einschränkungsversuche, das Anfechtungsrecht nicht lösen. Die Schwierigkeiten sollten aber nicht überbewertet werden: in keinem der erörterten Fälle kann es zweifelhaft sein, was gewollt, was also rechtmäßig ist. Die Trennung Rechtmäßigkeit — Rechtswidrigkeit ist nicht, wie man bei den zweifelnden bisherigen Stellungnahmen meinen konnte — Frage juristischen Geschmacks, sondern Notwendigkeit dogmatischer Konsequenz.

Man kann nicht einwenden, es gebe eben im öffentlichen Recht besondere „rechtmäßige Schädigungen", Prototyp: die Enteignung. Mit Analogie zu ihr kann hier nichts erreicht werden. Allem Enteignen ist der „Eingriff" im oben bezeichneten Sinn wesentlich, der hier meist fehlt. Unfälle sind nie Enteignung. Und ferner: warum kann letztere ausnahmsweise vor der Legalität bestehen? Weil die Schädigung ausdrücklich, explizit im öffentlichen Interesse gewollt ist! Ein besonderes Indiz ist hier das Junctim[79]). Seine eigentliche dogmatische Bedeutung liegt gerade darin: es zwingt die Hoheitsgewalt dazu, möglichst genau, speziell den Kreis der zu schädigenden Güter abzustecken, die Schädigung möglichst „explizit" zu wollen, wo dies aber unmöglich ist, wenigstens eine begrenzte Blankett-Entschädigungsentscheidung zu treffen. Ganz anders bei den erörterten, i. wes. „unfallähnlichen" Fällen. Sie haben doch dies gemeinsam: an den konkreten Schadenseintritt ist weder „gedacht", noch ist er irgendwie entschädigt. Nun soll zwar das strenge Junctim für enteignungsgleiche Eingriffe auch nicht gelten[80]) — aber hier steht ja gerade

[77]) Man wird deshalb vom Versuch einer „Institutionenzwecklehre" nicht absehen können, die Verf. bereits in DVBl 1960, S. 620 gefordert hat.

[78]) Eine „Verhältsnismäßigkeit" darf dabei m. E. nur im Polizeirecht — wo sie bereits als „explizite" Lex vorhanden ist —, nicht aber allgemein hineininterpretiert werden, weil (anders als bei den Fällen der §§ 228 u. 904 BGB) ein „Vergleich" zwischen allgemeinem und Einzelinteresse zum kaum mehr eindämmbaren Vordringen des ersteren zu führen droht.

[79]) vgl. dazu jetzt mit umfangr. Nachw. Janssen, op. cit. S. 178 f.

[80]) Janssen, a. a. O., a. A. z. B. Haas, System S. 26; vgl. dazu auch Dürig, JZ 55, 521 f.

die Rechtswidrigkeit schon fest! Bei den restlichen (schuldlos-rechtmäßigen, von der „Aufopferung" i. e. S. erfaßten Körper-) Schäden bleibt vom Grundgedanken des Junctim immer noch so viel übrig: die Schädigung selbst ist abgegrenzt und als abgegrenzte gewollt, weil sie in dem normalen Ablauf der vom gesetzgeberischen Willen umfaßten Handlungen steht. Aus diesen beiden Gründen, insoweit, kann auch sie vor der Legalität als rechtmäßig bestehen und dann entschädigt werden. Ein seiner konkreten Gestalt nach nicht einmal minimal, in seiner schädigenden Folge überhaupt nicht a priori abgrenzbarer und gar noch nicht gewollter Vorgang muß dagegen zur Legalität im Widerspruch stehen. Hier sollte jede Aufweichung vermieden werden. Der Gesetzgeber soll Unrecht zu Recht machen können — aber nur wenn er dies eindeutig und in Grenzen will. Daran fehlt es hier. Die Schädigungen sind also alle rechtswidrig.

Eines letzten Rettungsversuchs ihrer Rechtmäßigkeit sei noch gedacht, der, unausgesprochen, den meisten Rechtfertigungen der „Unfallschäden" zugrunde liegt. Es wird ein „Wille" des Gesetzgebers unterstellt. Er habe die schädigende Verwaltungstätigkeit „als solche" gewollt und dabei implizit Schädigungen in Kauf genommen, die erfahrungsgemäß, typisch, ja zwangsläufig deren — wenn auch abirrende — Folge seien. Durch implizite Billigung würden diese also rechtmäßig, in einem Umfang, der dem Kreis der Hoheitstätigkeit entspreche und damit dem Eingrenzungserfordernis genüge. Damit ist im Grunde nur die „klassische" Gefährdungstheorie erreicht, wobei aber die Funktion ihrer zivilistischen Praezedentien sich umkehrt; sie soll ja hier nicht Verschulden „ersetzen", sondern gerade die Rechtmäßigkeit der Schadenszufügung sicherstellen. Die so erfaßten Fälle müßten unwiderbringlich aus jedem Staatshaftungsbereich verschwinden.

Diese Auffassung ist abzulehnen. Ihre Folgerungen würden viel zu weit tragen: auch die schuldlos-rechtswidrige Anwendung von (in Verwaltungsakten „konkretisierten") Rechtsnormen läßt sich nicht verhindern, ist also hier ein typisches „Gefahrenmoment". Bei schwierigen, neuartigen Texten tritt sie mit Wahrscheinlichkeit ein. Unterscheidungen hinsichtlich der Rechtswidrigkeit können danach aber nicht getroffen werden. Diese rechtsgestaltenden Eingriffshandlungen sind unbestritten alle rechtswidrig. Unfallschädigende Vorgänge müssen es also ebenfalls sein. Ja, eine implizite Billigung und damit Rechtfertigung wäre viel eher bei den Eingriffshandlungen denkbar, weil sie an einem „Privileg (gezielten) hoheitlichen Eingriffs-Handelns" teilnehmen könnten.

Ferner darf nicht wie folgt geschlossen werden: Die betreffenden Schädigungen können aus der Natur der Sache heraus nicht als „abgegrenzte" gewollt sein, weil sie unvorhersehbar sind; Legalität verlangt spezielle Rechtfertigung nur bei wesentlich vorhersehbaren, „engbegrenzten" Schädigungen; Unfallschäden können also durch sie gar nicht anders als implizit erfaßt werden. Hier ist die zweite Prämisse falsch: die Legalität verlangt eben immer eine spezielle Rechtfertigung. Ist eine solche ganz wesensmäßig überhaupt nicht möglich, so sind die Grenzen des Rechts erreicht, die Rechtswidrigkeit beginnt. Jede andere Auslegung bringt die Legalität um ihren Sinn.

Das Argument der „impliziten Rechtfertigung" nähert sich nämlich bedenklich der Vorstellung, daß hoheitliches Handeln im öffentlichen Interesse als solches und schlechthin Rechtsverletzungen heilt (sonst würde es ja, „zivilrechtlich" eingesetzt, Rechtswidrigkeit nicht ausschließen) — eine Auffassung, die rechtsstaatliche Fortschritte aufheben würde. Wo sollte hier eine Grenze gezogen werden?[81]) Es entstünde der erwähnte legalitätsfreie Raum bei nichtverwaltungsaktlicher Hoheitstätigkeit, wo Legalität eben nur über die Frage nach der Rechtmäßigkeit Bedeutung gewinnen kann. Gerechter als so weitgehende Privilegierung der Hoheitsgewalt ist: Verurteilung ihrer Handlung als ungerecht — Entschuldigung ihrer Organe. Die „technische Zukunft" gehört den schuldlos-rechtswidrigen Kategorien.

Sind die Schädigungen der einzuordnenden Fallgruppen rechtswidrig, so rücken sie damit ohne weiteres der Staatshaftung näher, der, anders als der Aufopferung, die Rechtswidrigkeit wesentlich ist. Nun erst erhebt sich die entscheidende Frage — entscheidend für die Annahme einer öffentlich-rechtlichen Gefährdungshaftung, wie für das ganze Ersatzleistungssystem: Kann das Fehlen des Verschuldens, das beide Komplexe trennt, überwunden werden?

Unter dem Vorbehalt sogleich vorzunehmender näherer Bestimmung kann für das Verschulden, wie es durch § 839 BGB gefordert wird, als wesentlich angesehen werden: a) eine Verletzung „beamtlicher" Sorgfaltspflichten und b) deren, aller-

[81]) Eine diskutable Möglichkeit der impliziten Rechtfertigung sehe ich nur bei den Fällen, wo die Schäden (wie etwa bei Immissionen), „mehr" durch den „normalen" Betrieb, als durch einen davon zu trennenden „abirrenden" Vorgang hervorgerufen werden. — Ob eine Haftung für den Erfolg einer „an sich" nicht verbotenen Handlung eintreten kann, ist neuerdings auch im Zivilrecht umstritten. Vgl. einerseits Larenz, K., Lehrbuch der Schuldrechte Bd. 2, 1960, S. 358 ff. und Baumann, AcP 1961, S. 260 f., andererseits v. Caemmerer, Festschrift z. DJT, II 1960, S. 126 f.

dings problematischere, Vorwerfbarkeit im konkreten Fall. Vor Prüfung der Frage, ob nicht Schadensersatz unter Absehen vom Vorliegen (eines) dieser Erfordernisse gewährt werden kann, bleibt zu erörtern, ob die vielberufene Aus-, ja Überdehnung des Verschuldens diesen Begriff nicht schon so weit aufgelöst hat, daß ein bruchloser „Übergang" gelingt.

Daß Art. 34 GG und § 839 BGB in nahezu allen Begrifflichkeiten seit längerem ausgedehnt worden sind, beweist, daß auch ihnen an sich eine expansive Tendenz innewohnt. Der Beamtenbegriff ist so bis zur Entleerung erweitert[82]), praktisch aufgegeben, die Amtspflicht, ein ursprünglich stark eingrenzendes Merkmal, ebenfalls mächtig ausgedehnt worden[83]). Auf die Dauer wird sie sich, unter der Legalitätsvorstellung vom Recht auf gesetzmäßige Behandlung, kaum mehr eingrenzend verwenden lassen. Diese oft in ununterschiedenem Zusammenhang mit einer Erweiterung des Verschuldens behandelten Ausdehnungen beweisen aber zunächst mit Sicherheit nur eine

[82]) Bis an die Grenze, die ihm eben aus der Struktur der Amtshaftung als einer Hoheitshaftung gesetzt ist; vgl. Nachweise dazu bei Reinhardt, Gutachten, S. 248.
Vgl. übrigens zur Ausdehnung der Amtshaftung Janssen, op. cit. S. 124 insbes. Anm. 615; Reinhardt, R. DÖV 55 S. 542 ff.; Tietgen, DVBl 55, 549 ff.. Zur historischen Entwicklung vgl. Scheuner, Jellinek-Gedächtnisschrift S. 337 f.

[83]) Vgl. dazu Forsthoff, Lehrbuch S. 283/4 (u. Anm.); Reinhardt, Gutachten S. 252 f.; Reinhardt, DÖV 55, S. 543 f. m. Nachw. u. Darstellung der gesamten Entwicklung, die (vgl. Nachw. S. 544!) zum Verlangen einer allg. Sorgfaltspflicht gesteigert wurde, d. h. jede Verletzung fremder Rechte genügt praktisch, während ursprünglich — staatsprivilegierend — die Amtsinteressen und -vorschriften maßgebend sein sollten: eine bedeutsame Parallelentwicklung zu dem oben geforderten Durchschlagen der Rechtepositionen der Bürger gegenüber (angeblicher) „impliziter Rechtfertigung" der Schädigungen durch Dienstvorschriften. Man vergißt zu leicht, daß, wenn Verschulden in Frage kommt, und damit die Amtshaftung, eben wegen dieser Entwicklung, die Rechtswidrigkeit meist keinerlei Bedenken wachruft — ganz anders dagegen, wenn Verschulden fehlt (vgl. oben!). Sollte also doch — im Unterbewußten — Rechtswidrigkeit „allein durch das Verschulden" kommen...? Klar erkennt dieses Problem Tietgen, a. a. O. S. 550—2, dessen auf die Amtspflichten (meist zu Recht) abhebende Kritik aber durch die Entwicklung eben schon überholt sein dürfte. Zur „Amtspflicht" des Gesetzgebers vgl. Schack, MDR 53, 514 ff. (515), zur aufschlußreichen österr. Entwicklung Spanner DVBl 55, 547.
Vgl. ferner zur Amtspflichtverletzung Schnitzerling, RiA 59, 375; Friebe, ZBR 57, S. 389 m. Lit. übers. (der für Erweiterung eintritt) (in dieselbe Richtung weist wohl auch die Forderung der Erkenntnis der Amtspflichtverletzung als einer „Geschäftsherrenhaftung", die Bettermann schon in DÖV 54, 299 aufstellt); Weimar RdK 53, 194 (Kreis der „Dritten"); Weimar, MDR 58, 654; Loppuch, NJW 52, 1037 (Amtspflicht im Ermessensbereich) u. a. m.

Generalisierung der Verschuldenshaftung, wobei der Schuld gerade eine besondere, unersetzliche Bedeutung zukommen könnte.

Nun läßt sich aber eine Erweiterung „auch beim Verschuldenselement selbst" feststellen. Die insbes. von Esser[84]) für das Privatrecht nachgewiesene Expansion konnte bei der öffentlichrechtlichen Haftung nicht Halt machen, wo es um ähnliche Sachverhalte geht. So stehen unter dem Thema „Ausdehnung der Sorgfaltspflichten"[85]) nicht nur die noch privatrechtlich erfaßten Verkehrssicherungspflichten der öffentlichen Hand[86]). Auch in den Fällen „tatsächlicher" hoheitlicher Eingriffe, die den oben skizzierten „Unfällen" noch am nächsten kommen, — etwa bei den Lehraufsichtssachen[87] —), ist der Verschuldensbegriff schon völlig überdehnt. Sorgfaltspflichten werden ex eventu konstruiert[88]), der Vorwerfbarkeit ist rechtlich und moralisch der Boden entzogen. Da die Rechtswidrigkeit der Schädigungen hier feststeht, läge es nahe, schon von „Haftung für Rechtswidrigkeit"[89]) zu sprechen. Das Absehen von einer Feststellung des individuellen Schädigers[90]) kann als weiterer Schritt zur Aufgabe der subjektiven Vorwerfbarkeit gewertet werden.

Ein etwas anderes Bild bieten allerdings die Schuldbeurteilungen bei verwaltungsaktlicher Tätigkeit[91]) und bei der

---

[84]) Gefährdungshaftung, insbes. S. 13 f.; Hannak, op. cit. S. 20 f.; Reinhardt, Gutachten S. 254/5; Reinhardt, DÖV 55, 544 (krit.); Scheuner, Jellinek-Gedächtnisschrift S. 339.

[85]) Esser, Gefährdungshaftung S. 23 f.; Much, W., Die Amtshaftung im Recht der Europ. Gemeinschaft f. Kohle u. Stahl, Frankfurt 1952, S. 36/7; Reinhardt, DÖV 55, 543 m. Nachw.; die neuesten Erörterungen zum Thema „Sorgfaltspflicht" im Privatrecht (Arbeitsrecht) laufen zwar dort auf eine Zurückdrängung der Sorgfaltspflichten hinaus (vgl. u. a. Ohr, NJW 60, 2174; Steindorff, JZ 59/1; Hafferburg, NJW 59, 2194; Prangemaier, MDR 60, 896; Böhmer, MDR 59, 531, allgemeiner Clauß, NJW 59, 1408), doch sind die dabei maßgebenden vertraglichen oder sozialstaatlichen Tendenzen auf das Staat-Bürgerverhältnis gerade nicht anwendbar. Eine Privilegierung gefahrgeneigter Tätigkeit (so dort Böhmer, MDR 60, 638 u. Steindorff a. a. O., differenzierter Hafferburg, NJW 59, 1398) ist hier unmöglich.

[86]) vgl. Reinhardt, DÖV 55, 544.

[87]) a. a. O.

[88]) Vgl. etwa wieder BGHZ NJW 61, 969.

[89]) Daß diese „Sorgfalts"pflichten nur im Rahmen der Rechtswidrigkeit Bedeutung haben, erkennt z. B. klar Nipperdey, Der Begriff des Verschuldens b. schadensersatzpflichtigen Handlungen, Beiträge z. internat. Luftrecht, Heft 32, Düsseldorf 1954, S. 100.

[90]) Vgl. z. B. schon RGZ 700, 102.

[91]) Vgl. den Überblick über die Rspr. bei Kayser-Leiß, Die Amtshaftung, München—Berlin 1958, Nr. 555 ff. Insbes. BGH 10. 5.

„schlichten Hoheitsverwaltung". Größere Konstanz spiegeln hier die Leitsätze der Rechtsprechung; leichter und ohne Überdehnung der Sorgfaltspflichten kann sich der Richter in diese typischen und ihm bekannteren Lagen, vor allem der Schwierigkeit der Rechtsanwendung, versetzen, wo die Sorgfaltspflichten eingrenzbarer sind, als bei „technischer Überwachung". Bisweilen finden sich allerdings auch hier weite Formulierungen[92]).

Immerhin — die Frage ist berechtigt: steht man nicht vor der Entfaltung eines neuen, „objektiven" Verschuldensbegriffes? Kann dieser nicht gerade die obigen Modellfälle in die Staatshaftung einbeziehen helfen? Gibt es nicht Übergänge von der „reinen" Rechtswidrigkeit, über ein Verschulden, das etwa ausschließlich in einem „fernen" Nichtorganisieren liegt, zu „wirklichem", traditionellem, nahem Verschulden? Kann hier dogmatisch noch eine Trennung gezogen werden, soll es geschehen? Diese Fragen sind neuerdings nur selten von einer Lehre behandelt worden, welche durch die Ausdehnungsmöglichkeiten der Aufopferung fasziniert wurde[93]).

Hier liegt ein Vergleich mit dem keineswegs ganz anderen französischen Recht[94]) und seinem Haftungskernbegriff der „faute de service" nahe. Dieser ist — trägt man der Entwicklung Rechnung — durchaus mit deutschen Kategorien erfaßbar. Die bekannte Problematik des service public[95]) berührt ihn nur am Rande. Die „Faute" entspricht, ursprünglich wie auch heute noch, völlig der deutschen privatrechtlichen Verschuldenskonzeption[96]). Entscheidend bleibt also das Merkmal „de service", in

1951 III ZR 93/50 (Vorliegen verschiedener Auffassungen). Das Verschulden wird hier praktisch begrenzt von einem eigenartigen „Risiko für Rechtsunklarheit", wie es der Rechtsstaat nicht kennen sollte. Vollen Schadensersatz, nicht nur Entschädigung, legt hier schon der Gedanke der Rechtssicherheit nahe: wer unklare Befehle nicht dulden muß, soll nicht unter deren schädigenden Folgen leiden.

[92]) Vgl. etwa OGL Frankfurt in JW 1931, 2138.

[93]) In voller Klarheit stellt das Problem Reinhardt, Gutachten S. 255; vgl. auch Scheuner, JuS 61, S. 248/9.

[94]) Schrifttum i. dt. Sprache: Auby, DÖV 55, S. 536 ff.; Bachof, Die Klage cit. S. 124; Forsthoff, op. cit. S. 316; Jovy, DÖV 1953, S. 300; Katzenstein, Die Entsch. cit. S. 32 f.; Münch, F., Verh. d. 41. Dt. Juristentags 1955, Bd. I S. 61 ff.; Much, Die Amtshaftung im Recht der Europ. Gemeinschaften, S. 26 f. u. passim Hinweise; Perlmann, A. ö. R. 24, 538 ff.; Scheuner, Jellinek-Gedächtnisschrift, S. 341—3; Stödter, Öffentlich-rechtliche Entschädigung, Hamburg 1933, S. 5, 16, 39, 48, 185; Theis, A. ö. R. 77 (1951) S. 1 ff.; Wreschner, Die Haftung des Staats usw. nach frz. Recht, Diss. Heidelberg 1931.

[95]) Vgl. dazu die grundlegende Arbeit von J. L. de Corail, La Crise de la notion juridique de service public en Droit administratif français, Paris 1954 Schrifttumsnachweis S. 349 ff.), Waline, M., Traité de Droit administratif 8. Aufl., 1958, Nr. 1051 ff.

dem gerade das Ergebnis einer Ausdehnung liegt, die in Frankreich nicht schrittweise aus dem Verschulden des Einzelbeamten, sondern, seit dem 19. Jahrhundert schon, deduktiv, aus einem „selbständigen Pol" sozusagen, gewonnen wurde.

Drei Schädigungskomplexe bezieht die faute de service in den Verschuldensbegriff ein: a) Schadenszufügung durch schuldhafte Handlung eines festgestellten Einzelbeamten. Hier entspricht sie völlig dem Verschulden nach § 839 BGB und begründet nur zugleich eine „primäre" Staatshaftung. Diese prätorische Leistung hat ihr zu internationaler Beachtung verholfen. In Deutschland ist sie längst legislativ überholt. b) Schädigung durch einen nichtfeststellbaren Beamten. In dieser „Anonymität", die in der französischen Lehre[97]) von der folgenden dritten Kategorie gar nicht immer scharf getrennt wird, sieht man dort den entscheidenden Fortschritt. Ohne Aufsehen zu erregen ist die deutsche Rechtsprechung auch hier zu dem gleichen Ergebnis gelangt: sie stellte es bald auf die Identifizierung des Schädigers nicht mehr ab[98]) und sprach von „Behörden"[99]), die

[96]) Vgl. u. a. zum Begriff „faute": Debeyre, Guy, La responsabilité de la puisance publique en France et en Belgique, Thèse Lille 1936, S. 227 f.; Rousset, L'idée de puissance publique en Droit administratif, Paris 1960, S. 125 f.; grundlegend: Saleilles, R., Les accidents de Travail et la responsabilité civile, Paris 1897, S. 43 f.; Savatier, R., Traité de la responsabilité civile etc., 2. Aufl., Paris 1951, Bd. I S. 5 ff.; Teisseire, M., Essai d'une théorie générale sur le fondement de la responsabilité en Droit civil, Thèse Aix 1901, S. 29 ff.; Triandafil, E., L'idée de faute etc., Thèse Paris 1914, S. 18 f. m. Nachw., insbes. aber (m. Nachw.) Mazeaud. Henri u. Léon u. Tunc, André, Traité théorique et pratique de la responsabilité civile usw., Paris 1957 f., Bd. 1 S. 444 f.; Chapus, Responsabilité publique et responsabilité privée, Paris 1954, S. 351 f.

[97]) zur „faute de service" und ihrer „anonymité" vgl. u. a. Cornu, G., Etude comparée de la responsabilité délictuelle en Droit privé et en Droit public, Thèse Paris 1951, S. 47 f., 55 f.; Defrénois, La faute du service public, Thèse Bordeaux 1937; Demichel, A., Le contrôle de l'Etat sur les Organismes privés, Thèse Bordeaux 1960, S. 529 f. (bei der Staatskontrolle über private Organisationen); Duez, P., La responsabilité de la puissance publique en dehors des contrats, Paris 1938, S. 18 f.: Duguit, L., Les transformations du Droit public 1913, S. 254 f.; Eisenmann, Ch., Semaine juridique 1949, S. 751 ff. (krit.; theor.); Giuliani, G., Le risque administratif usw., Thèse Lyon 1933, S. 254 (Vgl. m. d. Gef. h.); Hauriou, M., Précis de Droit admin. 11 Aufl. 1927, S. 322; Laferrière, E., op. cit. Bd. 2, S. 189; Odent, R., Contentieux admin., Cours à l'Institut d'Etudes politiques, Paris 1957/8, Bd. II, S. 657 ff.; Savatier, op. cit. S. 260 f.; Teissier, G., in Répertoire Béquet du Droit administratif. t. 23, Paris 1906, S. 171/2; Vedel, G.. Droit admin., 2. Aufl. 1961, S. 152 f.; Waline, M., Traité S. 685 f.

[98]) So schon RGZ 100, 102.

[99]) z. B. RG in DJZ 1924, 232; RGZ 138, 259 („ob die Behörde oder der Beamte gefehlt hat") m. weit. Nachw.

gefehlt haben — in der für beide Länder zutreffenden Erkenntnis, daß solche Anonymität eine Folge der „automatischen" Übernahme der Haftung durch den Staat ist. Weil es meist gleich bleibt, wer den Schaden verursacht hat, kommt es praktisch doch schon zu einer „selbständigen" Haftung „der Hoheitsgewalt als solcher". Was hier noch getan werden kann, wird die Rechtsprechung wohl in nächster Zeit leisten. Dabei braucht sie in Deutschland die Zivilrechtsnähe des Amtshaftungsrechts nicht zu verlassen, weil die Anonymität der faute de service ebenso im Privatrecht Folge einer „Unternehmens-, oder „Gesellschaftshaftung" sein kann, es also auch eine „faute de service privé" gibt[100]).

Wichtig ist nun aber: c) der dritte Komplex der geheimnisvollen faute de service. Er besteht in Schädigungen durch fehlerhaftes Funktionieren des staatlichen Behördenapparats, hervorgerufen durch Organisationsfehler im weitesten Sinn. Im Grunde ist dieser nur eine Ausdehnung der Anonymität — aber sie enthält dogmatisch Neues: „anonymes" Verschulden von Beamten genügt auch noch als entfernte, entfernteste Schadensursache, die faute de service wird zur faute du service[101]). Unrichtig ist es also, in der faute de service einfach schon „objektive Haftung" zu sehen: wird sie angezogen, so liegt „irgendwo" „echtes" Verschulden im Sinn von vorwerfbarer Sorgfaltspflichtsverletzung, nur daß ein Schuldiger „objektiv" nicht ermittelt werden kann[102]). Demnach: In diesem Punkt scheint bisher die deutsche Entwicklung doch abzuweichen, gerade bei den Verkehrssicherungen und Unfällen, wo das Verschulden nicht schon in unvollkommener Organisation als solcher liegen kann, sondern doch eine Handlung oder ein konkretes Verhalten umfassen muß, das eine nahe kausalitätsmäßige Verbindung zum Schaden im Sinne einer Vorhersehbarkeit aufweist[103]).

---

[100]) wie Eisenmann u. Vedel a.a.O. (Anm. 97) nachweisen

[101]) „On juge le services; non l'agent" (Bonnard, cit. b. Duez op. cit. S. 22); M. Hauriou, spricht von der „faute de l'Etat personnifié" (Note unter Arrêt Tomaso-Greco, Sirey 1905. III. 113), Duguit, op. cit. S. 254, schon radikal von der „Eliminierung der agents" aus dem öffentlichen Haftungsrecht.

[102]) Näher bei dem Geist der Staatsratsrechtsprechung steht sicher der klassischen Definition von Laferrière a.a.O. folgend die Auffassung von Eisenmann, a.a.O. (implizit der Darlegung bei Waline a.a.O. zugrundeliegend), nach der es „de service" in dem Sinn heißen muß, daß es sich nur um eine abgrenzende „Zurechnung" zum Staat handeln soll. Alles andere als „organicistische Mythologie" abzutun zu wollen, heißt jedoch (vgl. sogleich unten) die Besonderheit dieses „fernsten" Verschuldens verkennen.

[103]) Zwei Beispiele: Einbrecher dringen ins Gefängnis ein, töten einen Gefangenen: faute de service (Arrêt Bernard, C. E. 30. 1. 1948,

Der Unterschied ist etwa praktisch schon weniger bedeutsam, als man gemeinhin annimmt: Kann die französische Ausweitung des Vorhersehbarkeitsmoments nachvollzogen werden? Sollen so die hier beschäftigenden Fälle in faute-de-service-ähnlich aufgeblähte Staatshaftung einbezogen werden?

Die Bejahung der Frage scheint eine Erkenntnis zu erleichtern, zu der gerade die französische Rechtsentwicklung verhilft: Das Verschulden müßte dabei nicht offen fallengelassen, die Vorhersehbarkeit nicht einfach aufgegeben werden: die Übergänge zwischen Verschuldenshaftung und objektiver Haftung würden durch eine solche Ausweitung fließend[104]). Das Verschulden würde, der „Organisation" sich überlagernd, nur in immer weitere Ferne vom schadenstiftenden Ereignis rücken, ohne daß aber die Kette adäquater Kausalität zwischen dem von ihm unmittelbar erfaßten Glied und dem Schaden selbst abreißen müßte. Diese „reihenmäßige Annäherung" an den dogmatisch „ganz anderen" Begriff einer objektiven Haftung aus „reiner", unverschuldeter Rechtswidrigkeit charakterisiert den bedeutenden, echt prätorischen Umbildungsvorgang in der französischen Rechtsprechung zur faute de service — in gewisser Entsprechung zu einem mathematischen Integrationsprozeß. Winkt also einer vergleichbaren deutschen Rechtsfortbildung die Chance eines bruchlosen Übergangs, einer wirklichen metabasis eis alla genos? Zu einer solchen nämlich hat in Frankreich die faute de service im öffentlichen Haftungsrecht, an einzelnen Punkten offen geführt — zu einem wirklichen Übergang zu objektiver Haftung! Darin liegt ja ihre letzte Bedeutung: nicht nur in der bruchlosen Annäherung, sondern in dem dann — aus diesem Zustand heraus — vollzogenen Überwechseln auf den neuen Begriff, in einer in ihrer Naivität großartigen Einfachheit praktisch-juristischen Denkens. Wenn es nämlich in Frankreich — trotz aller Vereinheitlichungsversuche — nie gelingen konnte, eine gemeinsame Grundlegung der Eventualitäten der Staatshaftung[105]) oder wenigstens der objektiven Haf-

Recueil S. 47). Ein großer Brandschaden ensteht, „weil die Verwaltung nicht die erforderlichen Vorkehrungen getroffen hat" (Arrêt Narcé, C. E. 17. 7. 1953, S. 384) — faute de service. In beiden Fällen wird der Schuldnachweis gar nicht versucht, es kommt zur Schuldvermutung — ein erheblicher Unterschied zu analogen deutschen Lösungen.

[104]) Besonders einleuchtend beim Gefängnisfall (Anm. 103), mehr noch etwa beim schlechten Zustand (Unterhaltung?) von Gebäuden z. B. beim Arrêt Papon, 6. 3. 1914, Rec. S. 316) oder bei Arbeitsmaterialfehlern (z. B. bei Arrêt Le Meut, 30. 4. 1934, Rec. S. 463), wo faute de service (!) angenommen wurde.

[105]) Vgl. dazu neuerdings Auby, J. M., in Dalloz 1956 S. 596 ff. (599 f.); grundlegend: Benoit, F. P., in Semaine juridique 1954. 1. 1178 ff. (einheitl. System aus der Sicht der „Opfer"); Berlia, G.,

tung[106]) zu finden, wenn die „responsabilité sans faute" eine unsystematisierbare Rubrik disparater Fälle geblieben[107]) ist, so deshalb, weil es sich bei ihr nur um „objektive Spitzen" aus dem Raum des „verschwindenden organisatorischen Verschuldens der faute de service" handelt. Der „Übergang" wurde hier so vollzogen, daß man die Suche nach dem „fernen" Verschulden völlig aufgab, sei es in Erkenntnis von dessen irrealer Distanz, sei es aus reinen Billigkeitserwägungen, oder um von vorne herein Regresse abzuwenden, vor allem aber, um entschädigen zu können, ohne die „menschlich schuldlose" Verwaltung tadeln zu müssen[108]). So wird Schadensersatz für risque auch tatsächlich meist in Fällen gewährt, die „in der Nähe" (wenigstens) gerichtsfreier Hoheitsakte liegen[109]). Ihrer Herkunft nach Aus-

---

Essai sur les fondements de la responsabilité civile en Droit public français, Rev. Droit public 1951, S. 685 ff. (687 f.); Eisenmann, op. cit. (Erit., Verh. z. Priv. r.); Laubadère, A. de, Les problèmes de la responsabilité du fait des choses en Droit adm. franç., in Etudes et documents du C. E., Paris 1959, S. 29 (insbes. vgl. S. 43/44) (zugl. Krit. an der Darstellung von Chapus, op. cit.); Mignon, H., in Dalloz 1947 (chronique) S. 37 ff. sowie Hauriou, M., Précis cit. Anm. 97 S. 309 ff. (drei verbindungslose fondements) gegen Duguit, Les transformations cit. insbes. S. 262 u. Teissier, op. cit. S. 152 ff.

[106]) Auby, a. a. O. Blaevoet, Cl., Dalloz 1947. Jurispr. 376; Brunet, J. F., De la responsab. de l'Etat législateur, Thèse Paris 1936, S. 61; Corneille, Rev. Droit publ. 1920, S. 411; Eisenmann, a. a. O.; Feugey, Le développement jurisprudentiel de la théorie du risque usw., Thèse Lille 1927, S. 27 f.; Hauriou, Précis cit. S. 331 f. (nicht immer klare Scheidung zwischen Zielen und Grundlagen); d'Hébrail, La responsabilité de l'Etat Thèse Alger 1929, S. 5—41; Henriot, Guy, Le dommage anormal, Thèse Paris 1958 dactylogr.; insbes. S. 92/3 f. (Versuch der Grundlegung aus den Freiheitsrechten); A. de Laubadère, op. cit. S. 44; Laroque, P., Sirey 1936 III 49 ff. (insbes. für „öff. Arbeiten"; Mathiot, A., Sirey 1934 III S. 81 ff. (Gegenposition zu Laroque); Mazeaud u. Tunc, Traité cit. S. 419 f. (insbes. S. 425 f. (allg. zum „risque"), 431/2 öff. R.); Odent, op. cit. S. 686; Rousset, op. cit. S. 49 f.. u. a. m.

[107]) A. de Laubadère, op. cit. S. 29, 44; Vedel, Droit admin. S. 257.

[108]) Duez, La responsab. cit. S. 83/4; Debeyre, Thèse S. 226; Feugey, Thèse cit. S. 97 f.; Mazeaud u. Tunc, Traité (allg.) op. cit. S. 423; Odent, op. cit. S. 686 („angenehme Begleiterscheinung"); Savatier, Mélanges Lambert I. S. 465.

[109]) Zu diesem wichtigen, wohl noch nicht genug entwickelten Gedanken, der die Vorsicht des Staatsrats auf beiden Gebieten erklären würde, vgl. u. a. Duez-Debeyre, Traité de Droit administratif, Paris 1952, S. 439 f.; Duez, La responsab. cit. S. 220 f. m. umfangreichen Nachw.: Henriot, Thèse cit. S. 87; Feugey, Thèse cit. S. 39/40; für eine „VO als acte de gouvernement" vgl. Kouatly, Thèse S. 72; Teissier, op. cit. S. 142 f.; zum Schadensersatz gegen VAe der Parlamentsverwaltung vgl. Duez, op. cit. S. 200.

nahmen, gestatten es diese meist isoliert gebliebenen Sonderfälle allerdings einfach nicht, von „objektiver Haftung" im französischen Recht zu sprechen, wie es immer wieder geschieht. Dies zeigt ein kurzer Überblick:

Von den sondergesetzlich geregelten Fällen[110]) abgesehen, haftet die öffentliche Hand in Frankreich ohne Verschulden für schädigende Folgen des Einsatzes von Feuerwaffen durch die Polizei[111]) (vgl. das „Abirren"); für die von entwichenen Besserungshäftlingen angerichteten Schäden[112]) (vgl. die „menschliche Zustandshaftung"); für Explosionsfolgen und Löschwasserbeeinträchtigungen[113]) (sächliche Zustandshaftungen); für die

---

Allerdings dürfte diese Gewaltenteilungsproblematik nur eine Wurzel der Anerkennung einer „risque" sein, während die andere in der Angleichung an gewisse privatrechtliche „Fabrikgefährdungstatbestände" wohl zu suchen ist. Klare Haftungen für „actes de gouvernement" z. B. Arrêts Arnaud, 24. 12. 1926, Recueil S. 1149 (Tätigkeit des Außenministeriums) und Corsin, 24. 10. 1930, Rec. S. 864: Verlust von Wertsachen durch einen Diplomaten. Nach dem Staatsrat „ersetzt also die acte de gouvernement-Eigenschaft" den „Schuldnachweis" (ist ein solcher möglich, so ist sie unbehilflich, vgl. Arrêt Rousset, 18. 7. 1934, Rec. S. 817). Damit erscheint der acte de gouvernement als nicht etwa eo ipso „rechtsmäßig", sondern nur als prozessual unverfolgbar.

[110]) Übersicht etwa b. Duez, op. cit. S. 274 f.; Giuliani, G., Le risque administratif devant la Jurisprudence et la Législation, Thèse Lyon 1933, S. 227 f.; d'Hébrail, op. cit. S. 41 f.; Waline, Traité, S. 728 f.

Daß sich aus diesen Einzelgesetzen induktiv allg. Rechtsgedanken entwickeln lassen, wird von Duez a. a. O. m. Recht in Frage gestellt, um so mehr, als diese Fälle durchwegs „stark beschränkter" Schadensersatzh. einer Entschädigungsregelung nach dt. Terminologie meist näher stehen.

[111]) Guter Überblick bei Berlia, G., u. Morange, G., in Dalloz chron. 1950, S. 5 ff.; ferner: Berlia, R. d. P. 1951 S. 694; Henriot, Thèse S. 82 f.; Sfez, M., La notion de chose dangereuse dans la Jurisprudence du C. E., Thèse Paris 1956, S. 37 f.; Vedel, Droit administr. S. 260; Waline, Traité S. 709 f.

Der entscheid. Arrêt Lecomte u. a., 24. 6. 1949. Dalloz 1950, 1. 27. gibt das Schadensersatzrecht weder aus dem Begriff der „gefährlichen Sache" an sich, noch aus der „gefährlichen Situation" schlechthin (kein „risque social"), sondern als Folge des risque créé' (vgl. die conclusions von Barbet, Jurisclasseur périodique 1949 II 5092).

[112]) vgl. Odent, op. cit. S. 692; Vedel, op. cit. S. 261; Waline, Traité S. 743 m. Nachw.: Arrêt Thouzellier, 3. 2. 1956, Dalloz 1956, 596 (Anm. Auby).

[113]) Zu der Rspr. der Arrêts Regnault-Desroziers, Rev. Dr. publ. 1919, S. 239, Anm. G. Jézes, Colas, Rec. 1920 S. 532 und Walther, Sirey 1927. 3. 44 (Löschwasser) vgl. u. a. Gesetz vom 3. 5. 1921 (Waline, Traité S. 746); Auby, Dalloz 1956. 596 f.; Duez, La responsab. S. 79; Feugey, Thèse S. 48 f.; d'Hébrail, Thèse S. 98 f.; Vedel S. 260/1.

freiwilligen Helfer entstehenden Schäden[114]) und für Schädigungen durch Unterlassen der Vollstreckung[115]). Fast alle oben erwähnten Nitcheingriffsfälle lösen also in Frankreich „objektive" Haftung aus, eine beachtliche Parallele!

Fast jede dieser Lösungen zeigt übrigens in ihrer Entstehung die Spuren des Übergangs von der faute zum risque: bei den „Polizeischäden"[116]) begann es mit dem Verlangen eines qualifizierten Verschuldens und endete — aus Gründen der Billigkeit einer-, der Schonung der Polizei andererseits — beim völligen risque. Bei den Explosionsschäden ging der Staatsrat über die vom Regierungskommissar vorgeschlagene faute-Haftung hinweg zur objektiven[117]).

Der zweite große Komplex verschuldensloser Staatshaftung in Frankreich für dauernde Schädigungen[118]) durch öffentliche

---

Der größte Teil der sächlichen Zustandshaftungen wird allerdings nach dem Régime der Travaux publics, aber eben wieder ohne Schuldnachweisnotwendigkeit, behandelt.

[114]) Benoit, F.-P., in Semaine juridique 1954. 1. 1178 ff.; Blaevoet, Ch., Dalloz 1947, Jurispr. 376; Duez, Respons. S. 74 f. (m. Nachw. S. 75); Odent, op. cit. S. 689—91 (m. Rspr.-Übersicht) sowie — ebenso — Vedel, a. a. O. — Diese mit dem Arrêt Cames. 21. 6. 1895, Sirey 97. III 33 einsetzende Rspr. kam aus der „Zivilrechtsnähe" der gleichzeitigen Arbeitsschutzbestrebungen, ist jedoch neuerdings (vgl. die Beispiele bei Odent und Vedel) auf ungebetene Helfer mit typischer öffentl.-rechtl. Argumentation erstreckt worden (Problem der „réquisition", des „service public").

[115]) a) Zwangsvollstreckungsverweigerung in Tunis aus Sorge vor Aufstand (Arrêt Couitéas, S. 1923. 3. 57 Anm. Hauriou). Vgl. dazu Calbairac, Dalloz 1947 Chron. S. 85; Lefas Etudes et documents du C. E. III, 1949, S. 73 ff.

b) Dasselbe bei Nichtaustreibung von Mietern (Arrêt Braut, Sirey 1944. 3. 41. Anm. Mathiot). Vgl. dazu Fréjaville, Gazette du Palais 1947. 1. Doctr. 79.

c) Nichtvertreibung von Streikenden, welche widerrechtl. Fabriken besetzten (Arrêt St. Charles, Sirey 1939. 3. 9.).

Die Lehre ist in der Einordnung ziemlich ratlos. Die Erklärung als „Regierungsakt" (Duez, La responsab. S. 82 f.) scheitert bei Fall b u. c, die als „faute" der Verletzung der Gleichheit (Blaevoet Jurisclasseur période. 46 I 560) widerspricht der angenommenen „Schuldlosigkeit". Richtig ist wohl: das an sich schuldhaft rechtswidrige Verhalten der Exekutive (so auch d'Hébrail, Thèse S. 65 f.) wird ausnahmsweise durch Staatsnotstand gerechtfertigt (so i. Erg. schon Hauriou, a. a. O., krit. Jèze cit. b. Giuliani, Thèse S. 159 f.). Vgl. ferner Gabolde, Jurisclass. pér. 1949 I 742 u. 751.

[116]) Nachw. b. Berlia u. Morange, cit. Anm. 111.

[117]) Vgl. Duez, Rspr. S. 79 u. d. dort zitierten Ausführungen Corneilles.

[118]) Über diese „dommages permanents" und die Versuche, sie über eine „Sicherheitsverpflichtung" mit dem „risque", ja mit einer — i. d. Regel nur nicht nachzuweisenden — faute i. Verbindung zu bringen vgl. grundlegend: Rouast, Du fondement de la responsabilité des dommages causés aux personnes par les T.p., Thèse Lyon

Arbeiten[119]), von Grundstück zu Grundstück, kann hier ausgeklammert werden. Er erwächst aus anderer, nachbar- und enteignungsrechtlicher (in Frankreich allerdings eindeutig öffentlichrechtlicher) Wurzel. Seine Gegenstücke (Verkehrssicherungs- und gewisse Immissionsfälle) werden auch in Deutschland ohne oder auf Grund von sehr weit gefaßtem Verschulden „entschädigt" — eine neue deutsch-französische Parallele! Sollten wenigstens letztere, was zu begrüßen wäre, öffentlich- rechtlich behandelt werden[120]), so wären sie als weitere Kategorie den oben erwähnten Fällen anzufügen. Für sie bestände dann, nach französischem Vorgang, ebenfalls die „objektive Versuchung". Auch hier sind übrigens zwischen faute und risque die Übergänge fließend — etwa bei dem „défaut d'entretien"[121]) genau

1910; Cornu, G., Etude comparée de la responsabilité délictuelle usw., Thèse Paris 1951 S. 82 f.; Duez, La resp. S. 65/6; Giuliani, Thèse S. 29 f.; Lefèvre, Ch., L'égalité dev. les charges publiques, Thèse Paris dactylogr. 1948 S. 56 ff.; Josse, P. L. Travaux publics et expropriation, Paris 1958, insbes. S. 356 f.; Laferrière, Ed., Traité de Juridict. admin. II, S. 155 f.; Laroque, P. Sirey 1936. III. 49 ff. (50); Vedel, Droit agmin. S. 284.

[119]) Grundlegend zur Begründung der Travaux publics: Josse, op. cit. S. 9 f. m. Nachw.; ferner: Latournerie, Rev. Dr. publ. 1945 S. 10 ff.; Mathiot, Les accidents causés par les travaux publics, Thèse Paris 1934 und A. de Laubadère Et. et doc. cit. S. 41; Odent, op. cit. S. 694; Vedel, Droit adm. S. 281 f.

[120]) Vgl. Tendenzen dazu bei Schack, Gefährdungshaftung DöV 1961 (m. Nachw. Anm. 55 f.). Wem die Versagung d. Abwehrkl. dient, dürfte ebensowenig wie der „Destinatär" bei der neueren Enteignung entscheidend sein. Das bisherige stillschw. Hauptbedenken — daß bei privatrechtl. Behandlung „nur" mehr Enteignungsentschädigung gewährt wird, entfällt gerade bei der hier vertretenen Auffassung. — Es besteht ja überhaupt die billigenswerte Tendenz, O. Mayers domaine-public-Vorstellungen teilweise zu exhumieren (vgl. z. B. Schack, Bemerkenswertes z. Hamburger Wegegesetz, DVBl. 1961, S. 897); auch sonst können ö.r. Sachenrechtsprobleme nicht einfach privatrechtlich erfaßt werden (etwa bei den Bes. Gew. Verh. durch ein „Hausrecht", vgl. Leisner, W., DVBl. 1960 S. 620 (Anm. 17)). Hat man den Schluß vom obligationsmäßig-vermögensrechtlichen Charakter eines Rverh. auf sein privatrechtl. Wesen aufgegeben, so sollte sich solches auch i. Sachenrecht durchsetzen.

[121]) Die „Benutzer" müssen dabei (vgl. Straßen!) einen Schuldbeweis erbringen, der aber praktisch durch Vermutungen entschärft ist ein gutes Übergangsbeispiel/ (vgl. Josse, op cit. S. 371 f. m. Nachw.; vom „subj. Element" wird praktisch abgesehen — reiner Vergl. zwischen „dem was ist" und dem was sein sollte, vgl. Giuliani, Thèse S. 83 f., insbes. S. 112 und A. de Laubadère, op. cit. S. 35—37; Laroque Sirey 1936 III S. 51; Odent, op. cit. S. 700 f. m. Nachw.). Die „usagers" sind übrigens von d. „tiers", für die reiner risque gilt, kaum zu trennen (vgl. Versuche — außer den Genannten — b. Benoit, Sem. jur. 1954. 1. 1178 f. (dazu krit. Auby Dalloz 1956 S. 600 f.); Cornu, Etude comparée cit. S. 128 f.; Sfez, Thèse S. 54 f.; Vedel Dr. adm. S. 284.

entsprechend der „verschuldensnäheren" deutschen Verkehrssicherungspflicht[122]).

Das französische Recht ist also durchaus vergleichbar; seine Lösungen locken umso mehr, als sie die Gefahr völliger, unbegrenzter Objektivierung der Haftung, das Gespenst dieser Schadensersatzform, zu bannen scheinen: Objektive Haftung bleibt Ausnahme! Ausgangspunkt ist immer das Verschulden (faute). Dieses muß zuerst und bis in verdämmernde Ferne verfolgt werden, bevor der Übergang zur objektiven Haftung gewagt werden kann. Ein solcher komme nun — das haben manche Interpreten der Staatsratsrechtsprechung erkennen zu können geglaubt — immer und nur dann in Betracht, wenn die Hoheitstätigkeit eine gewisse „Gefährlichkeit"[123]) aufweise. Damit scheint dogmatische Geschlossenheit und Praktikabilität erreicht zu sein: die objektive Haftung würde zur „Gefährdungshaftung", die responsabilité pour risque" (was ja noch nicht etwa Gefährdungs-, sondern Haftung für „zu erwartenden", eben „riskierten" Schaden heißt) würde zur „responsabilité pour choses ou acticités dangereuses."

Es böte sich dann sogar die, aus dem Privatrecht bekannte[124]) dogmatische Konstruktion der Gefährdungshaftung als „Ersatz" einer Verschuldenshaftung: Verschulden bestände dann eben in der Übernahme[125]) „schadensgeneigter" Tätigkeit, wenn diese also betriebstypische Schäden mit einer gewissen Regelmäßigkeit hervorruft. Objektive Typik und Frequenz wären Kennzeichen eines juristisch brauchbaren Gefahrenbegriffs.

Dogmatisch haltbar und entwicklungsgeschichtlich folgerichtig, ja zukunftsanpaßbar mag eine derartige Lösung sein —

---

[122]) Vgl. Reinhardt, DÖV 55, S. 544.

[123]) Die Versuche, die responsabilité sans faute mit der pour activités (choses) dangereuses gleichzusetzen, sind jedoch vereinzelt geblieben: Cornu, Etude comp. S. 82/3; schärfer Mathiot, A. Sirey 1934 III 81; vgl. den guten Überblick bei Sfez, H., La notion de chose dangereuse dans la jurisprud. du C. E. 1956, (der aber selbst erkennt, daß die Gefährlichkeit keine allg. Grundlegung sein kann). Der Staatsrat verwendet den „danger" ausdrückl. eben nur bei polizeilichen Schäden und den „sachlichen Zustandshaftungen", weder bei der Schädigung von Hilfspersonen, noch b. Vollstrekkungsverweigerung. Nachw. b. Odent, op. cit. S. 688 f.; Cornu, Etude comp. cit. S. 80 f. Daß die „risque-TBe" sich ganz anders entfaltet haben, zeigt Rousset, M., L'idée de puissance publique S. 49 f.

[124]) Vgl. die Zitate b. Esser, Gefährdungshaftung, S. 63 f.; er selbst überwindet aber diese „voluntaristische" Konstruktion des Anschlusses der Gefährdungshaftung an das Verschulden bereits op. cit. S. 97.

[125]) Oder Übertragung! (vgl. die „schadensgeneigte Tätigkeit" im Arbeitsrecht!).

zum definitiven Kriterium einer Ausdehnung der Amtshaftung könnte sie in Deutschland nur werden — und es in Frankreich bleiben — und damit der Aporie der Einreihung der oben skizzierten Fälle entheben, wenn sie auf dieselben paßte und einen dogmatischen Begriff von genügender Konturklarheit — wenn auch gewisser Entwicklungsfähigkeit — für künftige Fälle lieferte.

Nun ist aber nie endgültig das Bedenken ausgeräumt worden, daß der Gefahrenbegriff ungenau, ja a priori unbestimmbar sei. Erst der Schaden zeigt eben die Gefährlichkeit. Der französische Cassationshof hat deshalb[126]) das Gefahrenkriterium wieder aufgegeben, der Staatsrat zieht es nicht durchgehend als Rechtfertigung heran[127]). In Deutschland ist die Lage nicht günstiger: ein detaillierter Gefahrenbegriff fehlt und wird sich in absehbarer Zeit kaum entwickeln lassen[128]). Eine „Definition" nach Typik und Frequenz, zunächst die einzig naheliegende, versagt bei neu auftretenden Schädigungen, bei unbekannten Gefährdungen läßt sich weder Typik noch Frequenz mit hinreichender Sicherheit feststellen. Jedenfalls droht so stets eine widersinnige Privilegierung der „jüngeren, unbekannten Gefahr". Viele moderne Gefahren (etwa Atomrisiken) bedrohen weniger durch Frequenz, als durch Intensität der Schädigung. Welche „Schadensintensität" macht aber dann eine Lage „gefährlich"? Nur der Gesetzgeber kann es — in jedem Fall besonders — entscheiden. Das Kriterium von Intensität resp. Frequenz unterliegt überhaupt Bedenken, wenn aus einer Art von „antizipier-

---

[126]) Im sog. 2. Arrêt Jeand'heur, Sirey 1930. I. 121, vgl. dazu Cornu, op. cit. S. 77 f.; Henriot, Thèse S. 91 f.; Mathiot, a. a. O.; Sfez, op. cit. S. 6 f. m. Nachw., ausdrückl. gebilligt v. Savatier, Traité I S. 448/9.

[127]) Daß es im Bereich der Travaux publics die Haftung ohne Verschulden nicht durchgehend zu decken vermöge, weist Josse, op. cit. S. 357/8 am Stauwerkfall (Arrêt Habouche, Dalloz 1957, 534) nach. Daß der Gefahrenbegr. auch sonst nur ein Argument für die Einführung neuer obj. Haftung sei, zeigt de Laubadère, op. cit. S. 42 bei der Automobilhaftung — ohne daß es ein dauerndes Konstitutivkriterium zu sein vermöchte (ebenso krit. die wohl überwieg. Lehre. Savatier a. a. O.; Auby Dalloz 1956 S. 598 u.a.m.).

[128]) Seit den Darlegungen von Bienenfeld, Die Haftung ohne Verschulden, S. 141, es handle sich nur um ein Motiv gesetzgeberischer Tätigkeit, ist wenig beigetragen worden. Vgl. immerhin Diembeck, A., Der Ausschluß der Gef.haftung Tüb. 1934 S. 16 (Typik, Intensität); Esser, Gefährdungshaftung S. 9 f. (ebenso — aber mit überzeug. Vorbehalt); Hannak, Die Verteilung der Schäden aus gefährlicher Kraft S. 9 f. (Typik — nur bei Energie!); Katzenstein, Entschädigungspfl. S. 29/30; Müller, H., Gemeinsame Grundsätze über die Gefährdungshaftung S. 11 (Typik); Rinck, Gefährdungshaftung S. 4/5 resigniert: es ist polit. Entsch. d. Ges. geb.

ter Schuld" gehaftet wird, dann ist die Betriebstypik des Schadens allein entscheidend. Gehaftet wird, selbst wenn es bisher — zufällig noch nicht zu Schädigungen gekommen ist. Warum nur „häufige" Schäden ersetzt werden sollen, ist aus dieser Sicht kaum verständlich, wenn nur bekannt ist, daß dabei „manchmal" Schäden auftreten. Warum sollte hier das Opfer ersatzlos bleiben? Das Intensitätskriterium endlich würde dabei ungerechte und überlebte Erfolgshaftung begründen. Reine „Betriebstypik" aber hat mit „Gefährdung" nichts mehr zu tun und führt im Ergebnis zu einem Ausufern zur allgemeinen objektiven Haftung.

Und nun zu einer Probe auf die Ausgangsfälle der Untersuchung: Der Staat würde „objektiv" haften beim Arbeitereinsatz in einem verseuchten Lager; wenn dort aber nur ein Kind, unbekannter und für die Situationatypischer Weise, an Kinderlähmung litte, bliebe das Opfer ohne (diesen) Ersatz. Soll das Unterlassen einer Hoheitstätigkeit — etwa im französischen Fall der verweigerten Zwangsvollstreckung — „besonders gefährlich" sein? Warum m e h r als rechtswidriges H a n d e l n der Behörde? Ein Polizist schießt schuldlos-rechtswidrig auf einen Unschuldigen, — ist dies weniger „gefährlich", als wenn diesen ein Querschläger trifft? Ist übrigens der Boxhieb in den Unterleib „ungefährlicher" als ein Schuß in die Beine?

Diese und ähnliche Fragen beweisen: w a s gefährlich ist, läßt sich nicht sagen, ohne daß man dabei in die alten guten Distinktionen der Vergangenheit zurückfällt („ein Fahrrad ist gefährlicher als ein Pferd" u.ä.m.) — in einer Weise, welche die Jurisprudenz dem Spott der Technik und der Nachwelt aussetzen müßte. Selbst wenn aber eine solche Feststellung möglich w ä r e, so würden nicht a l l e erwähnten Fälle erfaßt, dafür aber viele andere aus dem Bereich rechtswidrig-schuldlosen Handelns. Der Gefahrbegriff „erklärt" eben weder die französischen Ergebnisse, noch paßt er auf alle deutschen Fälle. Wegen seiner Ungenauigkeit sollte er als dogmatisch unbrauchbar aus dem öffentlichen Haftungsrecht, wenigstens als Grundlage neuer Haftungstatbestände, völlig ausscheiden. Er eignet sich nicht für so vielfältige, so wenig technisch-typische Schädigungsarten wie die, welche der Einsatz der Hoheitsgewalt mit sich bringt. Mag er im Arbeitsrecht technisch-gefährlicher Fabriktätigkeit fruchtbar sein[129]), auf den staatlichen, meist be-

[129]) In Frankreich waren es nahezu ausschließlich soziale Erwägungen z. Schutz der Fabrikarbeiter, die zur „responsabilité du fait des choses" i. Privatrecht führten; vgl. C o r n u, op. cit. S. 69 f.; H u c h a r d, Le risque professionel, Thèse Paris 1898 (mit guter Übersicht ü. d. Lehre S. 74 f. u. 142 f.); M a z e a u d u. T u n c, Traité I, S. 76 f. m. Nachw.; S a v a t i e r, Mélanges Lambert I,

hördlichen Apparat paßt er von vorneherein nicht. Oft liegt eben die „Gefährdung" nicht erst in der „materiellen" Ausführung, sondern schon in abirrender Planung oder Weisung. Dann aber gilt: Komplizierte Behördentätigkeit ist entweder „als solche" — dann immer! — oder gar nicht „gefährlich". Sollen „gefährliche" und „ungefährliche" Behörden unterschieden werden? Der Staat an sich ist nicht gefährlich[130]). Selbst, wenn dies aber wegen des Einsatzes unvergleichlicher Machtmittel bejaht würde, käme man so gerade zu jener allgemeinen objektiven Haftung für Hoheitstätigkeit, welche durch das Kriterium der „Gefahr" vermieden werden soll!

Die arbeitsrechtliche Behandlung der „schadensgeneigten Arbeit" schließlich beweist, daß die „Gefährlichkeit" einer Sache oder Tätigkeit noch gar nichts über den aussagt, welchen ihre Folgen treffen sollen. M. a. W.: die „Haftung für Gefährliches" ist gar kein selbständiges Zurechnungsprinzip, meist verbirgt sich hinter ihm nur die Risiko-Nutzenrelation (vgl. unten) oder Haftung für das jeweilige „Recht der Direktion", was im Grunde wieder in die Richtung des Organisationsverschuldens führt[131]).

Damit aber fehlt jedes allgemeine Kriterium für einen „Übergang" vom Verschulden zu objektiver Haftung — und dies trifft ja letztlich auch in Frankreich zu. Für die Objektivierungsentscheidungen des Staatsrats gibt es keinen anderen Grund, als jene eigenartige Mischung von Billigkeit und Scheu, die Verwaltung zu zensieren. Dies aber trägt nur in der besonderen französischen Tradition des Staatsrats als „vollprätorisches" Gericht[133]). In Deutschland verstieße solche Entscheidungsfindung gegen die Gesetzesgebundenheit des Richters,

---

S. 453 f.; Savatier, Traité I, S. 422 f.; Triandafil, L'idée de faute, insbes. S. 93 f. (m. Nachw.). Klar ist dieser Ausgangspunkt auch b. d. „Schöpfer" dieser „neuen Lehre", R. Saleilles, Les accidents de travail et la responsabilité civile, Paris 1897, etwa S. 25/6.

[130]) Die Übertragung des „Fabrikdenkens" auf den Staat findet sich gerade in der Anm. 129 erwähnten Ausgangsperiode des „risque": so vergleicht Larnaude, Revue pénitentiaire 1896, S. 9, den Staat als solchen mit einer riesigen, höchstgefährlichen Maschine.

[131]) Saleilles, a. a. O., der sich S. 29 f. vergeblich dagegen verwahrt.

[132]) Auf die Gefahr, daß die frz. Richter gerade hier Gesetzgebungs- und damit „gouvernement"-Funktionen wahrnehmen, hat Savatier, Mélanger Lambert I, 453 ff. (462 f.) schon 1938 hingewiesen und Feugey (Thèse S. 144) zieht den Richter als „Geldverteiler" dem Parlament vor (!). L. A. Macarel (Des tribunaux administratifs, Paris 1928, S. 20/1) meint allg.: „La jurisprudence en cette matière vaut mieux que la législation ...".

mehr noch gegen die Rechtssicherheit, reines „von Fall zu Fall-Entscheiden" wäre legalitätswidrig, dies bedeutet allerdings nicht, daß durch „schöpferische" Entfaltung des Gesetzes nicht auf dessen Grund neue allgemeine Regeln durch die Rechtsprechung „erkannt" werden, ja daß gerade hier, das muß offen zugegeben werden, sich die Grenzen von lex lata und lex ferenda in nicht unbedenklicher Weise zu verschieben drohen. Immerhin: es bleibt ein zu beachtender Unterschied, ob eine Entschädigung „auf Grund" einer neuen, wenn auch gerade in ihr erstmals entfalteten, allgemeinen Rechtsregel, als ein Anwendungsfall sozusagen, ergeht, oder aber a priori auf eine solche verzichtet wird[134]). Selbst wenn also der Gefahrenbegriff als dogmatisch brauchbar anerkannt würde, — damit bliebe „nur" die Einzelarbeit der Abgrenzung zu leisten —: eine Entscheidungspraxis wie die des französischen Staatsrats (und seiner Begründungen) ist in Deutschland unmöglich. Daran dürfte aber gerade jede Einzelbearbeitung scheitern. Im deutschen Recht fehlt endlich die Korrekturmöglichkeit des „dommage spécial"[134]): die Stärke des deutschen Amtshaftungsrechts besteht ja — der Aufopferung gegenüber — gerade darin, daß nicht wieder durch Begriffe wie „mittelbarer, spezieller, anomaler" Schaden ein mit rechtsstaatlichen Schadensersatz-vorstellungen kaum vereinbares Unsicherheitsmoment eingeführt, sondern eben jeder Nachteil ersetzt wird.

Damit steht fest: im Falle einer faute de service-ähnlichen letzten Ausweitung des Verschuldens bei der Staatshaftung kann in Deutschland die objektive Haftung nicht eingegrenzt werden. Einer solchen Ausweitung stehen stehen aber grundsätzliche, ja verfassungsrechtliche Bedenken entgegen. Was soll eine solche wirkliche Denaturierung des Verschuldensbegriffes, wie sie die Einbeziehung auch „fernsten" organisatorischen Verschuldens doch darstellt? Sie würde nur das dem Privatrecht geläufige unerfreuliche Ergebnis wiederholen: Verschulden wird zu reiner Fiktion, weil jede Vorwerfbarkeit, ja jede kon-

[133]) In letzterem Fall tritt die dem Grundsatz der Gesetzesgebundenheit gegenüber selbständige Bedeutung der Rechtssicherheit hervor, es sei denn, man sehe in dieser auch die Verpflichtung zur „gesetzesähnlichen" Rechtsfortbildung. Die erwähnten Probleme können hier nur angedeutet werden.

[134]) Grundlegend: Colliard, Le préjudice en Droit admin. franç. Thèse Aix 1938. Vgl. über Giuliani, Thèse S. 49 f.; d'Hébrail, Thèse S. 17 f.; Morange, Dalloz 1953, Chr. XXXV; für VOen Kouatly, Thèse S. 44 f. Hinter dem Erfordernis eines „dommage spécial" steht (wenn es scharf durchgeführt würde) der Gleichheitsverstoß — so daß die Frage berechtigt ist, ob es in Frankreich nicht nur (auch für faute nur) „Entschädigung" nach dt. Terminologie gibt. Immerhin werden sich beide Begriffe nicht völlig decken.

krete Sorgfaltspflichtverletzung fehlen kann. Durch Aufgabe jeder Vorhersehbarkeit wird das Verschulden entmenschlicht. Weil aber die Verschuldenskategorie doch nicht „ganz" fällt, verlangt man vom Beamten ein wahrhaft überirdisches Verhalten, bleibt andererseits ein Beigeschmack „ursprünglichen" Verschuldens. Das Grundgesetz fordert aber, den Menschen als einen solchen zu achten, und ihn deshalb auch nicht rechtlich zu überfordern. Die Grundgedanken dieser in einem ganz bestimmten Sinn „persönlichkeitsgeprägten" Ordnung widersprechen der erwähnten, dann unvermeidlichen, „Auflösung" eines jeden, und sei es auch nur des zivilrechtlichen Verschuldensbegriffs. Einige Grenzfälle aus dem Bereich der erwähnten Modelle mögen sich durch Steigerung der Anonymität — die dem Staatbegriff entspricht — noch befriedigend nach Amtshaftungsrecht lösen lassen — alle nicht! Maskiert aber der Verschuldensbegriff „objektive Einsprengsel", so wird nur die eigentliche Frage nach der objektiven Haftung umgangen. Entweder unterbleibt dann eine dogmatisch saubere Neuschaffung objektiver Haftungsgrundlagen, oder, wenn sie nicht möglich sein sollte, es wird der Gesetzgeber, der hier etwa eingreifen müßte, darüber getäuscht, daß es eine „objektive Haftung" (noch) nicht gibt.

Offen muß deshalb die entscheidende Frage gestellt werden: warum und in welchen Fällen könnte man vom Verschulden ganz absehen und reine Rechtswidrigkeitshaftung zulassen? Zu welcher Lösung immer man sich entscheiden mag: die Unausweichlichkeit offener Fragestellung führt zu den Punkten, an denen die Erörterung einzusetzen hat.

Daß eine solche objektive Verantwortlichkeit eine der Staatshaftung gegenüber — in Grenzen — selbständige Haftungsform sein muß, steht nun ebenso fest wie die Tatsache, daß es sich nicht um eine „Gefährdungshaftung" — wenn dieses Wort einen wirklichen Sinn haben soll — handeln kann: „Gefährdung" als solche kann nicht ihr rechtliches Kriterium sein.

Eines Grundlegungsversuchs muß sogleich gedacht werden, der im deutschen[135]) wie im — wenn auch zurückhaltender — französischen[136]) Schrifttum in verschiedenen Ausprägungen wiederkehrt: „objektive" Haftung soll sich — im privaten[137])

---

[135]) Vor allem als allgemeine Grundlegung der Schadenshaftung vertreten von Reinhardt, DÖV 1955, 544, und, vor allem, Gutachten cit. S. 276 f., 283 f., weit. Nachw. bei Esser, Gefährd. h. S. 64 f. Er selbst tritt im Grunde für die gleiche These ein (op. cit. S. 100).

[136]) Vgl. Eisenmann, a. a. O. (zugleich mit treffender Kritik); d'Hébrail, op. cit. S. 30; Sfez, op. cit. S. 85.

[137]) Daß es sich um privatrechtliche Gedankengänge handelt, erkennt klar Eisenmann a. a. O.; die frz. Lehre verwendet deshalb

wie öffentlichen Recht — aus dem Grundsatz „ubi emolumentum, ibi onus" ergeben: wer die Vorteile eines Betriebes genießen will, muß auch das Betriebsschadensrisiko tragen.

Solche Vorstellungen deuten im Privat-, vor allem im Arbeitsrecht, vielleicht die Richtung konkreter Lösungsversuche an; wohl aber nur in der (wenn möglichen!) Doppelrolle gleichzeitig direkter und subsidiärer Prinzipien. Im öffentlichen Recht aber sind sie jedenfalls — aus folgenden Gründen — als dogmatische Grundlage objektiver Schadenshaftung unbrauchbar:

Der Satz vom Nutzen ist wesentlich auf das private Betriebs-, näher Fabrikrisiko zugeschnitten. Als allgemeiner Rechtssatz, aus dem unmittelbar Lösungen abzuleiten wären, ist er auch dem Privatrecht fremd. Er vernachlässigt nämlich das „dynamische Element" beim Rechtsausgleich, das Recht auf Aktivität, auf Neues, das nicht in jedem Fall „erworbenen" oder „bestehenden" Rechtspositionen zu weichen hat, diese vielmehr u. U. immanent begrenzt. Verallgemeinert wäre die Profit-Risikorelation also eine im schlechten Sinne konservative Lösung, welche Dynamik stets und a priori der Statik zum Opfer brächte und keineswegs ein formales „inhaltsindifferentes" Schadensverteilungsschema (als solches aufgefaßt würde sie letztlich nur einfach „Haftung für Rechtswidrigkeit" bedeuten). Das geltende Recht wägt denn auch viel feiner ab. Nach § 906 BGB z. B. hat der Immittent nicht jeden Schaden, sondern nur den zu ersetzen, welcher das ortsübliche Maß übersteigt. Die Erfahrenheit des Zivilrechts gleicht also Aktivität und Statik aus durch Verweis auf „außerrechtliche" Vorstellungen — ein bedeutsames Indiz für die Vielschichtigkeit solcher Abwägung, wie für mögliche, sogleich zu erörternde Lösungsansätze bei der Schadensverteilung.

Der Nutzensatz ist demnach zugleich einseitig und zu allgemein. Er paßt aber überhaupt nicht zur Hoheitstätigkeit. Der Staat, der heute bedauerlicherweise manchmal „wie eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung" gesehen wird, mag als Fiskus noch den, wenngleich problematischen[138]), Charakter eines „Betriebes" haben können, dem etwas „nützen" kann, wenn

---

die profit-risque-Relation allenfalls zur Erklärung des risque créé (Sachschäden u. ä.). — Reinhardt (Gutachten S. 290) rechnet folgerichtig das Schadensersatzproblem — im Gegensatz zur Folgenbeseitigung — zum Privatrecht.

[138]) Das „Ziel" solcher Betriebe steht ja neuerdings im ungelösten Spannungsverhältnis zwischen Sozialstaatlichkeit und der radikal-demokratischen Auffassung von den Staatsbetrieben als „Gemeinschaftsunternehmen auf höchster Ebene", auf deren Ergiebigkeit jeder Anspruch hat.

auch überdies völlig ungeklärt ist, ob und inwieweit eine privatrechtsähnliche Interessenabwägung denkbar wäre. Dem Staat als Hoheitsmacht aber „nützt" es nichts, wenn er einen Bürger schuldlos-rechtswidrig schädigt. Ein Haftungsaufbau aus Bereicherung scheitert ebenfalls daran, wie in Frankreich, entgegen Hauriou, heute erkannt ist[139]) und in Deutschland auch für die Aufopferung nunmehr feststeht[140]). Das „Unternehmen Hoheitstätigkeit" bringt als solches keinen „Nutzen", ist diesem Begriff völlig unzugänglich und kann deshalb nicht aus diesem Grund zur Haftung herangezogen werden.

Eine Grundlegung objektiver Haftung aus dem Gleichheitssatz ist heute — leider — ebenfalls nicht (mehr) möglich —, nicht nur, weil dieses hohe Prinzip allgemein durch übermäßige Anwendung immer mehr in verblassende Unbestimmtheit zurückzusinken droht, nicht allein, weil die französischen Versuche, alle Haftung „pour risque" in der „égalité de tous devant les charges publiques" grundzulegen[141]) beweisen, daß so nur eine ferne, im schlechten Sinn „theoretische" Grundlegung gewonnen werden kann[142]), nicht aber der erforderliche „nähere" dogmatische Abgrenzungsbegriff: in Deutschland ist die Gleichheit als Ausdehnungsgrundlage der Staatshaftung schon dadurch endgültig kompromittiert, daß sie bereits erfolgreich als Motor zur Ausweitung der Aufopferung eingesetzt werden konnte. Damit ist sie inhaltlich „auf eine Elastizität festgelegt", welche der allesersetzenden Haftung nicht entspricht, weil sie nicht unbedingt zu voller Wiedergutmachung allen Schadens führt. Reine Wiederherstellung der Chancengleichheit würde solches fordern, doch wird dies verwischt durch die unheimlichen Einschläge „materieller Gleich-

[139]) Hauriou, Précis de Dr. adm. S. 337; Hauriou Sirey 1919. III. 1 (Haftung für Gesetz); dagegen überzeugend Duez, La responsab. S. 218, 314: der Staat hat weder etwas gewonnen, noch etwas erspart. d'Hébrail, Thèse S. 21 f.; Giuliani, Thèse cit. S. 42.

[140]) Vgl. noch RGZ 122, 298; jetzt Janssen, Der Anspruch auf Entschädigung S. 112 f. m. Nachw.

[141]) Vgl. etwa Auby, Dalloz 1956, S. 602 (seine „irrégalité dans les chances de causer un dommage" weist aber auf die Gefährdung zurück); Brunet, J., De la responsab. de l'Etat législateur, 1936, S. 74 f.; Feugey, Thèse cit. S. 28 f. (der zugeben muß, daß das Prinzip zu weit tragen würde, vgl. derselbe S. 113 f.); Giuliani, Thèse cit. S. 36 (der die Verbindung mit dem emolumentum-onus-Satz hervorhebt; vor allem Lefèvre, Ch., L'égalité devant les charges publiques en Droit admin. Thèse dactylogr. Paris 1948 passim; Vedel, Dr. adm. S. 261 sieht darin nur eine (Reserve-) „Grundlage" neben anderen (Gefahr u. ä.). Bedeutsame Bedenken vgl. b. Duez, Responsab. cit. S. 302 (Folge: „progressiver Ersatz"!).

[142]) Klar erkannt u. a. von Eisenmann, a. a. O.; Benoit, Semaine jurid. 1954. 1. 1178 f.; Henriot, op. cit. S. 101 f.

heit", die ein integraler Reparation u. U. gegengerichtetes Element enthalten.

Grundlagelos steht also die Untersuchung vor dem Problem der objektiven Haftung und ihrer Abgrenzung. Nur eine Fragestellung kann weiterführen: Ist Verschulden unbedingt für einen Schadensersatz seitens der Hoheitsgewalt erforderlich und warum? Dies führt auch das öffentliche Recht zu der immer wieder zu stellenden Frage: was ist (privatrechtliches) Verschulden?

Nicht strafrechtliche Schuld! Diese abgrenzende Antwort wird ebenso leicht gegeben, wie ihre Folgerungen meist unklar bleiben. Sie müßten doch dahin gehen: privatrechtliches Verschulden kann auf einem konkret-individuellen Vorwurf aufbauen und ist immer dann gegeben, muß ihn aber nicht beinhalten. Solche Vorwerfbarkeit gehört nicht zu seinem Begriff! Dieser verlangt vielmehr nur die Verletzung objektiver Sorgfaltsregeln, objektiv in dem Sinn, daß der „Idealtyp" paterfamilias, procurator, hier magistratus, und zwar nicht der optimus, sondern der bonus magistratus, der „gewissenhafte Durchschnittsbeamte" des RG[143]) anders gehandelt hätte.

Die Unterscheidung eines „objektiven" Verschuldens von der „subjektiven" Schuld hat nach einer langen Entwicklung im vergangenen Jahrhundert zur Lösung von strafrechtlichen Vorstellungen geführt[144]). Die muß endgültig bleiben, soll nicht anachronistisch eine der Grundlagen des ganzen Rechtssystems ins Wanken gebracht werden. Dafür könnte die Verfassung keineswegs bemüht werden: einem durch nichts zu belegenden angeblichen Satz „Schadensersatz nur bei konkret-individuell vorwerfbarer Schuld" stünde das bessere Prinzip entgegen, daß die Freiheit Risikoübernahme auch auf Seiten des Schädigers verlangt. Die ganze grundrechtliche Freiheits- und Eigentumsordnung stellt auf subjektive Momente bei der Verletzung grundsätzlich nicht ab.

---

[143]) Nachweise zur Rspr. b. Kayser-Leiß, Die Amtshaftung Nr. 513 ff.

[144]) Zur Unterscheidung faute civile — pénale vgl. für den Zusammenhang u. a. Berlia, Rev. Dr. publ. 1951, S. 689; Moreau, Jacques, L'influence de la situation et du comportement de la victime sur la responsabilité admin., Thèse Rennes. Paris 1957 S. 7 f. („La responsabilité limitée de l'Etat-gendarme est plus une sanction infligée à un coupable, qu'une réparation accordée à une victime"); grundlegend im Zivilrecht Saleilles, Les accidents de travail cit. S. 2 f. m. neuerdings Mazeaud u. Tunc, Traité de la responsabilité cit. S. 76 f., 95, 423, 481 f., sowie die einst bahnbrechende Untersuchung von Lévy-Bruhl, L'idée de responsabilité, Thèse Lettres, Paris 1884.

Sieht man aber auch von entwicklungsgeschichtlichen Bedenken ab: die Forderung konkret-individuellen „Verschuldens" widerspräche der Struktur unseres Privatrechts. Dieses kennt allgemein nur ein „objektives Sichverlassenkönnen" und erfaßt den Partner durchgehend lediglich als Angehörigen einer mehr oder weniger abstrakten Kategorie („ordentlicher Geschäftsmann"). Der jeweilige Grad dieser Abstraktion ist gegenüber der grundsätzlichen Objektivität belanglos. Dem Zivilprozeß stehen die auf die Findung „subjektiver" Wahrheit gerichteten Inquisitionsmittel gleichfalls nicht zur Verfügung.

Wird dennoch in neuester Zeit wieder eine Rückbesinnung auf konkret-individuelles Verschulden auch im Privatrecht gefordert[145]), so wird die Problematik des privatrechtlichen Verschuldens endlich wieder in vollem Umfang beleuchtet: Verschulden ist hier, so wurde oben vorläufig gesagt, Sorgfaltpflichtverletzung plus Vorwerfbarkeit (derselben). Die Vorwerfbarkeit aber ist, das muß offen zugegeben werden, beim privatrechtlichen Verschulden überhaupt keine konkret-individuelle mehr. Daß es (wenige!) konkret-individuelle Ausnahmen von der „Verschuldensfähigkeit" gibt (etwa bei Geisteskrankheiten) ändert nichts daran, daß das Verschulden selbst „abstrakt" sein kann. Keine der bekannten Konstruktionen hilft: etwa die, daß der Schädiger eben seine Kräfte hätte anspannen müssen oder keinen zu „schwierigen" Posten hätte übernehmen dürfen. Zeichen geringerer Intelligenz ist es ja häufig, sich selbst unrichtig einzuschätzen. Wenn aber auch der Unfähige sich so brav bemüht, wie die Rechtsprechung es fordert — der Schaden zeigt doch meist erst die Mängel, ja es kann oft gar nicht anders sein. So wäre etwa, bei individuellem Maßstab, der erste Schaden meist „schuldlos", der zweite „schuldhaft" verursacht — ein für das Opfer ungerechtes Zufallsergebnis. Es gibt eben keine „objektive Vorwerfbarkeit", sie wäre eine schlechte Fiktion.

Fällt aber die „Vorwerfbarkeit" auf ein nicht faßbares und damit nicht mehr ausgrenzend-dogmatisch verwendbares „Moralisierungselement" zurück, so erscheint privatrechtliches Verschulden als das, was es im Grunde ausschließlich ist, wird diese Erkenntnis auch immer wieder durch unklare, „subjektiv" getönte Momente getrübt: als reine Verletzung mehr oder minder genereller Sorgfaltspflichten und damit als nichts anderes, denn als eine besondere Art der Rechtswidrigkeit. Es wird hier auf Kategorien verwiesen, auf Begriffe, die vorwiegend — nicht ausschließlich —

[145-146]) Vor allem v. Nipperdey, Der Begriff des Verschuldens, cit., insbes. S. 97 f.

den Bereichen des nicht-gesetzten Rechts entstammen. Was ein bonus paterfamilias ist, sagt nicht nur das bürgerliche Recht, sondern (auch) das „Empfinden" der Allgemeinheit[147]) — um Klareres handelt es sich nämlich kaum, wenn deren Konzeptionen auch wieder auf Elemente allgemeiner Pflichtigkeitsvorstellungen aufbauen, die auf Normen zurückgehen. Immerhin sind diese dabei in eigenartiger, rechtssoziologisch zu klärender Weise im Allgemeinbewußtsein „mediatisiert".

Diese Besonderheit ändert aber nichts an dem Grundlegenden: der Gleichartigkeit von „allgemeiner" („herkömmlicher") Rechtswidrigkeit und der „speziellen Rechtswidrigkeit des Verschuldens". In beiden Fällen wird gegen objektives Recht, gegen Normen und nur gegen solche verstoßen[148]). Beide „Normkomplexe" — die Rechtsregeln, deren Verletzung die „traditionelle" Rechtswidrigkeit begründet — haben auch dieselbe Funktion: Abgrenzung verschiedener Rechtssphären. Nur weil das Privatrecht vollen Schadensersatz als alleinige Folge traditioneller Rechtswidrigkeit als zu weitgehende Privilegierung des „Passiven" gegenüber dem Recht des Handelnden und seiner natürlichen Handlungssphäre ansehen darf, innerhalb deren er neminem laedit[149]) — deshalb verlangt es im

---

[147]) die nicht notwendig zu „solchen des Richters" werden müssen, wie in der Erörterung des „Richterrechts" immer wieder behauptet wird, ist dieser doch auch sonst gewohnt, Auffassungen bestimmter (beteiligter) Kreise zur Geltung zu bringen! Solche — auch allgemeinster Art — von eigenen Überzeugungen zu isolieren wird oft schwerfallen, liegt aber der Psyche der heutigen Richter (in einem manchmal sogar bedauerlichen Maß!) gar nicht so ferne. —

[148]) Ganz klar wird dies in der neueren frz. Literatur erkannt (vgl. Mazeaud u. Tunc, Traité cit. S. 444—95 m. umfangr. Nachw., insbes. S. 493). Man unterscheidet dort nicht so durchgehend zwischen „Rechtswidrigkeit" (illicite) und „Verschulden" (faute), da der Code civil nur von letzterer spricht und konnte sie deshalb lange Zeit mit der „Kausalität" gleichsetzen. Mazeaud u. Tunc haben nachgewiesen, daß dies im Grunde auf Identifizierung von risque und faute hinausläuft und daß eine Gleichsetzung von faute und Zurechenbarkeit Tautologie bleibt, die eine „obligation préexistante" verlangt, welche aber nur in der im Text erwähnten Weise u. E. gewonnen werden könnte. — Immerhin zeigt es sich hier, warum in Frankreich ganz allgemein der „Weg zum risque" offener stand: weil auch die „faute" (in Ermangelung einer eigenen Rechtswidrigkeitskategorie) „objektive Züge" offer von Anfang an trug, die dort so schnell entdeckt werden konnten. Glücklicher ist aber u. E. die deutsche Terminologie, die mit der „Rechtswidrigkeit" den klarsten, sachnächsten Begriff zur Verfügung stellt.

[149]) weil eben praktisch die „statischen Rechte" (und damit die Rechtswidrigkeit durch Verstoß gegen sie) im BGB und auch sonst im geschriebenen Recht wesentlich vollständiger umschrieben sein können und sind, als das „Aktivrecht" der Tätigkeit oder des Unterlassens, kurz das „Handeln". Dies ist natürlich nur eine a poste-

allgemeinen zuzüglich noch ein Verschulden, die „besondere Rechtswidrigkeit". Beides berührt sich, wenn die traditionelle Rechtswidrigkeit im Verstoß gegen Normen besteht, die bereits ausdrücklich auf außerrechtliche Sorgfaltspflichten u. ä. verweisen.

Die Erkenntnis privatrechtlichen Verschuldens als besonderer Form der Rechtswidrigkeit erklärt nun, warum die klassische Gleichung lauten kann: „Kein Schadensersatz ohne Verschulden". Wenn Schadensersatz Wiederherstellung des Zustandes ist, der vor dem schädigenden Ereignis bestanden hat, so würde ihn die Gerechtigkeit bei jedem Rechtsbruch fordern. Warum soll einer, die Folgen der Rechtswidrigkeit tragen müssen? Die Antwort kann nun lauten: nicht weil Verschulden i. S. der Verwerfbarkeit gegeben sein muß, sondern weil bei seinem Fehlen zu wenig Rechtswidrigkeit vorliegt, diese also nur bis zu jener „Teilreparation" tragen kann, welche etwa § 1004 BGB u. ä. Vorschriften bringen. Nur so kann die privatrechtliche Regelung vor dem GG bestehen: da Art. 2 GG wohl in wesentlichen Inhalten drittgerichtet ist, auf subjektive Elemente hier aber grundsätzlich nicht abgehoben wird, kann Versagung des Ersatzes für Rechtsfolgen nur von der Rechtswidrigkeit, nicht von subjektiven Schuldelementen aus gerechtfertigt werden. (Vom Grundrechtsschutz die Rechtsfolgenfrage so allgemein auszuklammern, wäre nämlich kaum zulässig.) Jetzt erweist sich auch die Gewährung von Schadensersatz ohne Verschulden bei öffentlich-rechtlichen Immissionen als systematisch haltbar: in § 906 BGB steckt die „besondere Rechtswidrigkeit" — zum Teil wenigstens — bereits im Hinweis auf de „Ortsüblichket", und damit auf „außerpositivrechtliche" Maßstäbe.

Kehrt man mit diesem Ergebnis zur Ausdehnungsproblematik der Staatshaftung zurück, so könnte behauptet werden, „spezielle Rechtswidrigkeit" sei hier stets und nur der Sorgfaltspflichtverstoß des Durchschnittsbeamten, also doch — wie im Zivilrecht —: keine Staatshaftung ohne Verschulden!

Im Bereich des Hoheitsrechts ist die Lage aber eine andere: der Schritt zum Objektiven ist hier dogmatisch erleichtert durch eine Verschiedenheit (dem Privatrecht gegenüber) in der Struktur der „traditionellen Rechtswidrigkeit".

Diese ergibt sich im Privatrecht meist einfach aus der Verletzung der „Rechte" der anderen — eine unbestimmte und bei „voller Ausdehnung" dieser Positionen sehr weitgehende Be-

riori-Rechtfertigung auf objektiv-systematischer Grundlage, ohne Berücksichtigung der historischen Entstehung.

grenzung jeder privaten Aktivität, die deshalb, wie dargelegt, durch die „spezielle Verschuldensrechtswidrigkeit" aufgelockert wird. Im öffentlichen Recht dagegen ist die Rechtswidrigkeit schon a n s i c h n ä h e r determiniert durch die Legalität: jeder „Hoheitsakt" muß nach Voraussetzung und Wirkung umschrieben sein, soweit es nach der Natur der Sache überhaupt angängig ist; jedenfalls aber — und zusätzlich noch — steht er unter der allgemeinen Regel der Verfolgung des öffentlichen Interesses. Damit steht die dogmatische Unvergleichbarkeit, der funktionellen Ähnlichkeit von Verschulden und Legalität nicht entgegen: beide sollen ja die Rechtswidrigkeit näher bestimmen. Deshalb könnte sich das öffentliche Recht leichter von der Verschuldensnotwendigkeit lösen. I l l e g a l i t ä t e r s e t z t V e r s c h u l d e n — diese These darf gewagt werden, obwohl feststeht, daß die Legalitätskategorie keine so feine Determinierung ermöglicht, wie das Verschulden. Über sie hinaus könnte also Verschulden — sozusagen als „dritte Stufe der Rechtswidrigkeit" — gefordert werden, wie es ja bisher meist geschehen ist. Festzuhalten bleibt jedoch: Im „Rechtswidrigkeitsraum" — und nur in ihm kann die Entscheidung fallen — m u ß die Legalität berücksichtigt werden. Sie determiniert jenen bei der Hoheitsgewalt viel näher als die traditionelle Rechtswidrigkeit des Privatrechts. Dies zeigt sich schon darin: Die Verfolgung des öffentlichen Interesses ist ein nachprüfbarer Rechtssatz, eine entsprechende „Privatnützigkeit" rechtlich kaum faßbar, praktisch ein rechtsfreier Raum. Verschulden ist also im öffentlichen Recht jedenfalls „weniger wichtig". Wenn nun das öffentliche ans Privatrecht hier nicht unausweichlich gekettet ist[150]), k ö n n t e solche Verschiedenheit den Übergang zur allgemeinen objektiven Haftung tragen. Art. 34 GG spricht nur von „Rechtswidrigkeit"! Noch kann das Seil zu § 839 BGB hier ebenso gelöst werden, wie es bereits beim Beamtenbegriff und der Amtspflichtverletzung weitgehend geschehen ist, und zwar nicht nur de lege ferenda, sondern in richtigerer, vom BGB gelöster Auslegung von Art. 34 GG.

Z w i n g e n d allerdings ist dieser Übergang nicht. Seine Zwangsläufigkeit wird sich nie „beweisen" lassen. Nur als dogmatisch m ö g l i c h sollte er erwiesen werden. Ein gutes Stück Entscheidung, ein mögliches Richterrecht liegt hier, wird immer bleiben. Hat man aber nicht, gerade in diesem Bereich, in den letzten Jahren viel ähnliches schon erlebt? Alles kommt darauf an, wie ernst man die Legalität als solche nimmt,

[150]) So J e l l i n e k , W., JZ 55, S. 148. Näheres zu dieser Verbindung b. K a t z e n s t e i n , Entsch. pfl. S. 60 f.; S c h r ö r JZ 55, S. 309 f. Skeptisch D ü r i g , JZ 55, S. 523; P a g e n d a r m , DÖV 55, S. 523.

nicht, daß man sie spezialisierend überdehnt. Hier ist auch der Punkt, wo die in diesem Zusammenhang vielberufene Machtsteigerung[151]) des modernen Staates eine neue Lage schafft: nicht „als solche" schon dürfte sie objektive Haftung tragen, wohl aber über die Legalität, mit der ihr gegenüber Ernst gemacht, deren Bedeutung so erhöht und also, mehr als bisher, zum Ersatz der „speziellen Rechtswidrigkeit", des Verschuldens, erwachsen könnte.

Eine mögliche Folge dieser Betrachtung sei angedeutet: Neuerdings wird die Frage einer Erstreckung der Legalität auf privatwirtschaftliche Staatstätigkeit in zunehmendem Maß erörtert[152]) — wieder angesichts der Bedeutung letzterer und ihres Ersatzcharakters gegenüber hoheitlichem Handeln. „Objektive" Staatshaftung könnte dann soweit eingreifen, wie eine der „Gesetzmäßigkeit" im Hoheitsbereich irgendwie vergleichbare Legalität „rechtswidrigkeits-determinierend" auch den Raum privatwirtschaftlicher Staatstätigkeit zu durchdringen vermag.

Der dogmatischen Einzelgrundlegung mußte so breiter Raum gegenüber allgemeineren Argumenten gewährt werden, weil aus ihr im heutigen Stand der Diskussion die eigentlichen Schwierigkeiten erwachsen. Daß „objektivere" Staatshaftung wünschenswert wäre, daß sie das tatsächlich und rechtlich gewandelte Verhältnis des einzelnen zur Gemeinschaft gerechter erfassen könnte — dafür spricht vieles. Verschärfte Haftung, nicht nur Aufopferungsausgleich, sollte doch bei den unheimlichen, mehr und mehr anonymen Veranstaltungen der Hoheitsgewalt eingreifen, wenn man sie nicht geradezu als Gegenstück privaten Duldenmüssens hoheitlicher Eingriffe fordert.

Die Verfassung steht dem nicht entgegen. Wenn Rechtswidrigkeit gutgemacht wird, ist dies kein „Staatsversicherungsdenken", sondern Bewährung des Rechtsstaats. Rechtswidrigschuldloses Handeln ist nach der Verfassung kein „Unglücksfall", sondern bleibt Rechtswidrigkeit! Deshalb gerade ist eine rechtlich relevante Trennung rechtmäßiger und rechtswidriger Akte zwingend. Freiheit und Persönlichkeitsentfaltung verlangen die Übernahme von „Gefahren", aber nicht des Risikos, bei rechtswidriger Schädigung durch den Staat ersatzlos zu bleiben.

---

[151]) Vgl. dazu allg. Esser (i. Zus. h. mit der „sozialen Angewiesenheit") dazu krit. Hannak, Verteilung der Schäden cit. S. 7/8, Gef. h. S. 84 f., 90; Forsthoff, Lehrb. S. 282; Janssen, op. cit. S. 143; umgekehrt früher Laferrière, Traitè de juridiction admin. II, S. 183.

[152]) Grundlegend W. Mallmann, VVdStL 1961, S. 165 ff.

Der Staat befindet sich jedenfalls in einer „besonders nahen" Beziehung zum Recht. Bei einer Tätigkeit als Hoheitsträger, als Rechtsschöpfer par excellence also, ist seine Stellung der Rechtswidrigkeit gegenüber eine ganz besondere, viel stärker verpflichtende. Er ist zur Beseitigung aller ihrer Folgen nahezu „allmächtig", er kann automatisch und gefahrlos jeden Schaden „verteilen". Dem Privaten ist solches in gleicher Weise nie möglich, droht ihm doch bei aller Versicherung — und gerade durch sie! — irgendwann die Unrentabilität, welche der Staat nicht kennt. Soll es da für den einzelnen ein „Risiko des Gemeinschaftslebens" bleiben, Schäden zu tragen, die der rechtsschöpfende Hoheitsstaat ihm gegen Recht und Gerechtigkeit zufügt? Warum diese Relikte des Obrigkeitsstaats? Fordert die Generalklausel zur Beseitigung objektiv-rechtswidriger Verwaltungsakte nicht ihre Ergänzung in objektiver Haftung, so wie der Rechtsstaat der Legalität allgemein nichts ist ohne die umgehungsverhindernde Staatshaftung? Bewährt sich der Staat, als „ganz anderer" nicht am schönsten so, daß er „ganz anders", weitergehend, haftet?

Doch hier steht das große, entscheidende Bedenken: objektive Staatshaftung — ja; allgemeine objektive Haftung für Hoheitshandlungen — niemals! — die alte Gefahr der Uferlosigkeit. Nie wird wohl objektive Haftung akzeptiert werden, wird nicht eine gewisse Begrenzbarkeit miterarbeitet.

Es bietet sich eine Einteilung in Rechtshandlungen (verwaltungsaktliche Tätigkeit und „schlichte Hoheitsverwaltung") und Tathandlungen[153]) (beabsichtigte: z. B. Höherlegen einer Straße; unbeabsichtigte — die meisten Ausgangsfälle dieser Untersuchung). Soll für Rechtshandlungen allein objektiv gehaftet werden[154])? Hier würden sich dann — eine unerfreuliche Folge — objektive Haftung und objektive Aufopferung überlagern, während für die meisten „Tathandlungen" keinerlei objektive Lösung bestünde. Annähernde Lückenlosigkeit wenigstens ist aber hier doch Gebot der Gerechtigkeit. Die Verpflichtung zum Rechtsgehorsam — und damit zur Duldung der Schädigung — besteht auch und erst recht bei Tathandlungen. Unfälle lassen sich ohnehin kaum „rechtlich verhindern". „Unwiderstehlichkeit" ist also kein Kriterium, um Fallgruppen zu privilegieren. Andere aber sind nicht ersichtlich.

---

[153]) Vgl. Scheuner, DÖV 57, S. 685; Janssen, op. cit. S. 86; vgl. RGZ 145, 111; f. d. frz. Recht vgl. Rousset, L'idée de puissance publ. S. 178 f.

[154]) So Scheuner, JuS 1961, S. 249 (allerdings unter Einbeziehung der Personenschäden und der „gefährlichen Anlagen", damit i. Erg. doch nicht mehr weit von dem i. Text Vertretenen entfernt).

Hier wird deshalb eine andere Einteilung und damit Begrenzung der objektiven Haftung vorgeschlagen: objektive Haftung nur, wo kein gewollter, gezielter Einsatz von Hoheitsgewalt vorliegt! — also allein in den oben erwähnten Fällen, die, im Anschluß an Forsthoffsche Terminologie, „Unfälle" bei Ausübung der Hoheitsgewalt (besser als: beim „Betrieb") genannt werden können.

Zwei Gründe vor allem könnten eine derartige „öffentlichrechtliche Unfallhaftung" rechtfertigen: sie entspricht zunächst den Grundgedanken und dem allgemeinen System des öffentlichen Rechts. Man kann den gewollten gezielten Einsatz von Hoheitsgewalt dergestalt privilegieren, daß er zu (vollem) Schadensersatz nur beim Hinzutreten „spezifischer Rechtswidrigkeit" (Verletzung beamtlicher Sorgfaltspflichten) führt Dem zu Wiedergutmachung letztlich verpflichtenden Rechtsstaatsprinzip überlagert sich dann die Beständigkeitsvermutung der Hoheitsakte, die nicht nur für diese, sondern auch für ihre Folgen gelten müßte. Ein derartiges Staatsaktprivileg ist — man denke an die Verwaltungsakte — dem öffentlichen Recht in verschiedenen Ausprägungen bekannt. Es kann, gerade noch, gerechtfertigt werden, daß der Staat, wenn er gewollt und gezielt hoheitsrechtlich eingreift, der an sich von ihm geschuldeten Haftung (der objektiven) entgeht. Schadensersatz beinhaltet volle „Rückwirkung" wie volle „Gegenwartswirkung", ist also in diesem Sinn „allseitig". Bei Verwaltungsakten würde dem, mutatis mutandis[155]) völlige Unbeachtlichkeit bei Rechtswidrigkeit entsprechen, während bei der Anfechtung doch „durch nachträgliche Aufhebung" nur eine vergleichsweise „einseitige" Wirkung hergestellt wird. Es wäre also systemgerecht, auch von „allseitiger" totaler Gutmachung, also hier von Schadensersatz, abzusehen.

Das Hoheitsprivileg ist aber nicht nur systemgerecht, das positive Recht fordert es hier ausdrücklich. Bei Rechts- und gezielten Tathandlungen gewährt es bekanntlich Aufopferungsentschädigung, in deren Unvollständigkeit das Hoheitsprivileg gefunden werden kann. Dies dürfte eine objektive Haftung mit totaler Widergutmachung insoweit ausschließen. Aufopferung und Staatshaftung können sich zwar, wie der BGH meint, überlagern, aber vernünftigerweise doch

[155]) Die Gleichung ist nicht vollständig, weil der Unterschied zwischen Entschädigung und Schadensersatz nicht grundsätzlich in der zeitlichen Wirkung liegt, wie, wenigstens im Schwerpunkt, der zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit. Immerhin ist die Verknüpfung der Unterschiede mit dem Zeitelement (vgl. den „entgangenen Gewinn") nicht zu leugnen.

nur da, wo nicht nur die Rechtsfolgen, sondern auch die Voraussetzungen differieren. Hier aber fehlt der wichtigste Unterschied: in beiden Fällen wäre kein Verschulden erforderlich. Folgerichtig ist es also, die objektive Ersatzleistung bei Nichtunfällen als durch die Aufopferung abschließend geregelt anzusehen. Normstufenmäßig wäre dies möglich, weil Entschädigungspflicht, ebenso wie objektive Staatshaftung, in ihren Ausgestaltungen wenigstens nur gesetzesrangig ist[156]) und die Verfassung lediglich einige, ihre Kollision nicht betreffende Punkte regelt.

Es kann also die Amtshaftung unter teilweisem Fallenlassen des Verschuldenserfordernisses ausgedehnt werden: hoheitsrechtliche „Unfallschäden" werden ohne Verschuldensnachweis voll wiedergutgemacht. Deduktiv kann so schon de lege lata im Zuge einer dem Ersatzleistungsrecht durchaus geläufigen Rechtsfortbildung das induktiv erreichte Ergebnis der französischen Rechtsentwicklung ebenfalls gewonnen werden, wo praktisch auch nur für Unfallschäden objektiv gehaftet wird. Die eingangs erwähnten Fälle, deren problematische Einreihung in das geltende Ersatzleistungssystem die ganzen Erörterungen begleitet hatte, wären dann gerecht erfaßt, dieses „System" wäre (vorläufig) geschlossen, jedoch keineswegs in unentwicklungsfähiger Sklerose festgelegt. Nächster Schritt könnte ein Rückzug der Aufopferung aus den schuldlos-rechtswidrigen Schadensfällen und die — wenigstens teilweise — Aufgabe des Staatsaktprivilegs bei der Haftung sein. So erst würde dann der wohl anzustrebende „Idealzustand" verwirklicht: Entschädigung bei allen rechtmäßigen, Schadensersatz ohne Verschulden bei allen rechtswidrigen hoheitlichen Schädigungen, hat doch erst das starre Festhalten am Verschulden im Haftungsbereich zu der heutigen ungesunden Hypertrophie des Entschädigungsrechts geführt. Vorläufig aber behält, folgt man den entwickelten Vorschlägen, das Verschulden nicht nur die traditionelle Bedeutung der Bestimmung des Regreßfalles, es ist dann allein im Stande, das Staatsaktprivileg bei Rechtshandlungen aufzuheben.

Gerade bei den Unfällen würde die Rechtsprechung den „Übergang" auch eher wagen. Nur hier bietet sich ja die in Frankreich bereits ausgenützte Brücke von der Verletzung der Sorgfaltspflichten zu schrittweisem Fallenlassen eines Verschuldens. Nie würde sie wohl sogleich in den Gesamtraum schuldlos-rechtswidriger Schädigungen mit objektiver Haftung

[156]) Zur „Rangfrage" vgl. u. a. Scheuner, DÖV 57, S. 684 f.; sehr fruchtbar der Gedanke der „Mindestgarantie" bei Lerche, JuS 1961, S. 240/1.

vordringen. Sie kann dann aber sicher sein, daß, anders als in Frankreich, der Übergang dogmatisch gesichert ist.

Gefährdungshaftung im öffentlichen Recht? Das Fragezeichen ist berechtigt — so kann eine „neue", objektive Haftung nicht genannt werden. Ihr Kriterium ist nicht Gefährdung, sondern Unfall, und zwar nicht einmal als ausgrenzendes Merkmal, sondern als gemeinsame Eigenschaft eines Restbestandes schuldlos-rechtswidriger Schädigung nach Abzug des Staatsaktprivilegs. Dem Gefährdungsgedanken verdankt sie nur dies: Fälle, die zu Unrecht mit ihm in Zusammenhang gebracht wurden, waren Ausgangspunkte der Besinnung auf sie, ebenso wie die dort erstmals erkannte Notwendigkeit, „nicht unmittelbar gewollte" Schädigungen zusammenzufassen. Weniger als neuen „dritten Pol" des Ersatzleistungsrechts sollte man sie auffassen, denn als Ausstrahlung der Staatshaftung, die nun den Ausweitungen der Aufopferung entgegenführt.

Das Vordringen objektiver Haftung ist von den einen als Fortschritt zu einer neuen Form menschlicher Gerechtigkeit im technischen Zeitalter begeistert begrüßt[157]), von anderen als Rückschritt in überlebte Zeiten der Erfolgshaftung und als brutaler Sieg materieller reiner Verursachung über das „Menschliche", das „freie Verschulden" beklagt worden[158]). Die Kritiker sollten indes nicht vergessen, daß nicht mehr der Erfolg primitiver Zeiten die Haftung auslöst, sondern die objektive Rechtswidrigkeit, daß somit die Kette Erfolg — Verschulden — Rechtswidrigkeit eine Entwicklung der Abklärung und Vergeistigung des Rechts darstellt. Der angebliche Triumph „materieller" Kausalität über „menschliches" Verschulden wird in Wahrheit zum Sieg des klaren und stets gleichen Rechts über den „Zufall" der Folgen sorgfaltswidrigen Verhaltens, führt zu bewußterer genauerer Abgrenzung der verschiedenen Rechtskreise. Vor allem aber: dem privatrechtlichen Verschulden fehlt ja das menschliche Ethos der Vorwerfbarkeit. Bei der Staatshaftung bedeutet seine Nichtberücksichtigung überdies nur, daß sich die allmächtige Hoheitsgewalt nicht auf meist fiktiven Verfehlungen ihrer kleinen Diener zurückziehen darf.

Nur eine solche Objektivierung der Staatshaftung liegt in der Entwicklungstendenz des Grundgesetzes. Sie allein bringt die dringend nötige Reaktion des Rechts gegen pauschalisierendes „Versicherungsdenken" bei Art und Ausmaß des Schadens-

[157]) Vgl. die Übersicht bei Mazeaud u. Tunc, Traité cit. S. 419 f., sowie insbes. Saleilles, Les accidents de travail S. 74 f.

[158]) Savatier, Mélanges Lambert I, S. 464: „c'est substituer le matériel au spirituel, découronner l'être humain de sa royauté sur la matière"; Mestre, A. Répétitions écrites 1936/7, S. 558 („... ce n'est pas du droit, c'est de la brutalité").

ersatzes[159]), das in steigendem Maße die Lebensvorgänge nicht mehr als Recht oder Unrecht, sondern als Glück oder Unglück erfaßt. Vordringen solchen „Versicherungsdenkens" ist Rückzug der Rechtsidee. Jeder muß vielmehr durch Schadensersatz, nicht durch irgendeine prekäre Entschädigung, in seiner Sphäre geschützt werden, in seiner unauswechselbaren, einmaligen menschlichen Lage. Dies aber kann die Aufopferung nicht voll leisten. Sie erwächst ja aus der Gleichheit, und neben einem versteckten Billigkeitsmoment wohnt ihr eine unausgesprochene nivellierende, ja entindividualisierende Tendenz inne: alle sollen des einzelnen Lasten tragen, aber nur soweit, wie es zur Herstellung nicht der absoluten Chancengleichheit, sondern der annähernd-materiellen, der „Gleichmachungsgleichheit" erforderlich ist. Aufopferung steht also letztlich rechtssystematisch näher bei der Sozialstaatlichkeit, nach der einer des anderen Lasten unter besonderer Berücksichtigung der Schwächeren und damit unter primärem Rückgriff auf Gedanken materieller Gleichheit trägt[160]). Die heutige Entwicklung zeigt zwar oft den Versuch, die Ausstrahlungen dieses Poles zum alleinigen, oder doch vorrangigen Richt zu erklären. Dem muß aus der individualistischen Grundstimmung der Verfassung eine absolute Grenze an der einzelmenschlichen Freiheits- und der mit dieser hier eng verflochtenen Vermögenssphäre gezogen werden, denn gefährlicher als der alte Polizeistaat droht für den Bürger der moderne Sozialstaat zu werden. Mit ihm muß sich, nach dem Grundgesetz, der Rechtsstaat verbinden: soziale Lastenverteilung nur, nachdem das Recht gesichert ist! Wohl können Positionen der einzelnen sozialisierend gesetzlich abgebaut und damit dem Recht entzogen werden —, aber es gibt wichtige Grenzen an der Natur der Sache, des Rechts, hier: der Legalität: gerade bei den Unfällen können die entsprechenden Positionen nur durch ausdrückliche Sonderregelung dem Rechtskreis des einzelnen „a priori" entzogen werden. Deshalb ist hier einer

[159]) Obwohl gerade immer wieder allgemeine Haftung als „Staatsversicherung" zu Unrecht angegeben wurde; vgl. dazu schon Bluntschli auf d. 6. Jur.-Tag. 1865 (Jahrg. 6 S. 50); für Frankreich vgl. Eisenmann, op. cit.; Hébrail, Thèse S. 33; Savatier, Traité cit. I, S. 546. Sicher verstärkt sich dann der Drang zur „Rückversicherung" (vgl. Esser, Gef. h. S. 3 f., 120 f., Hannak, op. cit. S. 43; Savatier, Mélanges Lambert I, S. 462: „La responsabilité ne cesse de s'élancer à la poursuite de l'assurance"). Dies aber hat mit dem „Versicherungsdenken" i. S. des Textes, dem Versuch, Schäden pauschalisierend abzugleichen, nichts zu tun. Man trägt ja das „Risiko" auch bei der oben erwähnten „Rückversicherung" in voller, wenn auch vielleicht zeitlich verteilter Weise weiter — eben durch den Versicherungsbeitrag.

[160]) Vgl. W. Leisner, Grundrechte u. Privatrecht 1960, S. 161 f. m. Nachw.

der Punkte erreicht, wo der konservierende, nicht konservative Rechtsstaat unbedingt durch Totalreparation sich bewähren muß, soll er nicht am Ende in nivellierender Sozialstaatlichkeit untergehen.

Hinter der so kontingent und „rechtstechnich" anmutenden Problematik dieser Untersuchung stehen also doch die tiefsten Antithesen der modernen Zeit: verteilendes Gemeinschafts- — ausgrenzendes Individualdenken. Gerade hier aber könnten sie durch die objektive, aber vollständige Haftung des Gemeinwesens versöhnt werden: verlangt rechte Sozialstaatlichkeit und das Gleichheitspathos, daß einer des anderen Lasten trage, Rechtsstaatlichkeit dagegen, daß jeder in seinem Lebenskreis unbedingt sicher sei: bei dieser Haftung tragen a l l e die g e s a m t e n Lasten der Verletzung des Rechts eines j e d e n ! So wird auch endgültig hochliberales, überindividualistisches Denken aufgegeben, das Staatshaftung einst mit dem Bedenken bekämpfte, durch die Vergabe öffentlicher Gelder werde hier einer (der Steuerzahler) zugunsten des anderen belastet.

Übernimmt das deutsche Recht — zunächst in maßvollen Grenzen — objektive Haftung des Staates, so wird es nicht nur Fehlentwicklungen beseitigen und eine lange Evolution folgerichtig abschließen; ein Staat voller commutativer Gerechtigkeit verbirgt sich dann nicht länger hinter einer doch letztlich hier nur s t a a t s begünstigenden justitia distributiva und erfüllt so in diesem Raum das höchste, schwerste aller Verfassungsgebote in der Synthese des sozialen Rechtsstaats.

Leitsätze des Mitberichterstatters über: Gefährdung im öffentlichen Recht

I.

Die Fälle schuldlos-rechtswidriger hoheitlicher Schädigung ohne „Eingriff" können durch Aufopferung (Entschädigung allein) nicht befriedigend erfaßt werden.

1. *Staatshaftungs- und Entschädigungsrecht stehen, als verschieden a r t i g e Wiedergutmachungsgrundlagen, weder überschneidungslos nebeneinander, noch kann eines das andere in jedem Fall ersetzen.*
2. *Die Anwendung von Entschädigungsrecht setzt stets einen „Eingriff" voraus. Sie ist Folge des Handelns, nicht einer Verursachung.*
3. *Ein „Eingriff" liegt n u r vor bei Schädigung durch primär und typisch hoheitsrechtliches, gezieltes und spezielles Handeln.*
4. *Selbst bei weiterer (abzulehnender) Ausdehnung der Aufopferung (Entschädigungsrecht) würde der Geschädigte schlechter stehen, als wenn die entsprechenden Fälle durch die Staatshaftung erfaßt wären.*
   Eine Erweiterung letzterer muß versucht werden, weil
   a) *Aufopferung aus dem materiellen Gleichheitsgedanken erwächst, der nur Schadensausgleich bei „argen" Fällen verlangt. Rechtswidrigkeit kann hier auch das „Sonderopfer" nicht schlechthin ersetzen.*
   b) *Schadensersatz zu ganz anderer und für den Geschädigten weitaus günstigerer und gerechterer Wiedergutmachung führt als Entschädigung.*
   c) *Entschädigung immer unter dem Vorbehalt eines „Ausgleichs von Einzel- und Allgemeininteresse" steht. Letzteres darf allerdings nicht — pauschalisierend — durch Nichtersatz weiteren wirtschaftlichen Schadens berücksichtigt werden.*
5. *Die der Tradition des deutschen öffentlichen Wiedergutmachungsrechts eigene enge Bindung an privatrechtliche*

Deliktsvorstellungen ist mit einer völligen Vereinheitlichung dieses Rechtsgebiets auf Entschädigungsbasis unvereinbar.

II.

Die Unterscheidung zwischen rechtmäßigen und rechtswidrigen Schädigungen muß die Grundlage des öffentlich-rechtlichen Wiedergutmachungsrechts sein.

6. *Der Begriff des Rechtsstaats und das allgemeine Rechtsempfinden fordern die Entscheidung über die jeweilige Rechtmäßigkeit (Rechtswidrigkeit) der Schadenszufügung.*
7. *Das Rechtswidrigkeitsproblem kann nicht durch die Trennung von (rechtmäßiger) Zustandsschaffung und (rechtswidriger) Schädigung gelöst werden. Der „gefährlichen Lage" kommt keine selbständige rechtliche Bedeutung zu.*
8. *Derselbe Schädigungsvorgang kann nicht von der „Handlung" (Staat) aus gesehen rechtmäßig, vom „Erfolg" her (Geschädigter) aber rechtswidrig sein.*
9. *Die Rechtswidrigkeit einer Schädigung beurteilt sich nach der Legalität (nach dem „Abirren" des schädigenden Vorgangs vom jeweiligen Willen des Gesetzgebers).*
10. *Nach der Legalität kann eine Schädigung nur dann ausnahmsweise rechtmäßig sein, wenn der Gesetzgeber sie ausdrücklich und als abgegrenzte will. „Implizite" Rechtfertigung aus der allgemeinen Rechtmäßigkeit der betreffenden hoheitlichen „Unternehmung" scheidet aus.*
11. *Hoheitliche „Unfallschäden" (einschließlich Impfschäden) sind in der Regel rechtswidrig verursacht.*

III.

Durch Ausdehnung des traditionellen „Verschuldens" — etwa in Form einer faute de service — kann keine objektive Haftung begründet werden.

12. *Die faute de service begründet in Frankreich nicht schlechthin objektive Haftung. Sie läßt lediglich Anonymität der Schädigung und „fernstes" organisatorisches Verschulden genügen.*
13. *Durch faute-de-service-ähnliche Ausdehnung des Verschuldens werden die Grenzen zwischen „subjektiver" und „objektiver" Haftung fließend.*

14. *Die Überdehnung des Verschuldensbegriffs überfordert den Beamten und widerspricht dem Menschen- und Beamtenbild des Grundgesetzes.*
15. *Die französischen Lösungen einer „responsabilité pour risque" ermangeln einheitlicher rechtlicher Grundlegung. Sie entsprechen in etwa den deutschen Nichteingriffsfällen.*
16. *Eine Paralleltendenz zu „objektiverer Haftung" zwischen Deutschland und Frankreich findet sich auch bei den „öffentlichen Arbeiten" (vgl. Verkehrssicherungspflichten und Immissionsfälle!).*

IV.

„Gefährdung" kann Verschulden als Haftungselement nicht ersetzen.

17. *Der Gefahrbegriff ist seinem Wesen nach a priori nicht feststellbar und damit als Abgrenzungsbegriff ungeeignet.*
18. *Nichteingriffsfälle führen nicht zu „gefährlicherer" Schädigung als andere schuldlos-rechtswidrige Schadensstiftungen.*
19. *Der Staat übt nicht „an sich", allein durch seine Hoheitsgewalt, „gefährliche Tätigkeit" aus. Würde dies aber bejaht, so wäre unbegrenzbare objektive Staatshaftung die Folge.*
20. *Eine rechtsschöpferische Entfaltung des Begriffes „gefährliche Tätigkeit" — etwa nach Art gewisser Entscheidungen des französischen Staatsrats — ist dem schärfer gesetzesgebundenen deutschen Richter versagt.*

V.

Objektive Staatshaftung kann nur durch Erfassung der Legalität als Besonderheit der Hoheitstätigkeit grundgelegt werden.

21. *Beschränkung objektiver Haftung auf gewisse Schadensarten (dommage spécial) widerspricht der herkömmlichen, unbedingt zu wahrenden Allgemeinheit des deutschen Schadensersatzbegriffs.*
22. *Der Grundsatz „ubi emolumentum ibi onus" paßt nicht zur Problematik hoheitlicher Verwaltung und ist schon deshalb als Grundlegung objektiver Staatshaftung ungeeignet.*
23. *Objektive Haftungsgrundlegung aus dem Gleichheitssatz allein ist abzulehnen, da dieser nicht völlige Wiedergutmachung fordert.*

24. *Das privatrechtliche Verschulden des herkömmlichen Amtshaftungsrechts ist „objektiviert"; konkrete Vorwerfbarkeit kann völlig fehlen. Es ist somit nur eine „besondere Form" der Rechtswidrigkeit, indem auf „objektive Verhaltensregeln" verwiesen wird.*
25. *Staatshaftungsrechtliches Verschulden und „herkömmliche" Rechtswidrigkeit sind dogmatisch weitgehend „gleichartig". „Kein Schadensersatz ohne Verschulden" bedeutet: „nicht ohne spezielle Rechtswidrigkeit".*
26. *Durch die Legalität ist die „herkömmliche Rechtswidrigkeit" im öffentlichen Recht viel weitergehend bestimmt als im Privatrecht. Illegalität könnte dort also Verschulden „ersetzen".*
27. *Die „Anseilung" von Art. 34 GG an § 839 BGB kann beim Verschulden ebenso gelockert werden, wie sie in anderen Bereichen bereits gelöst ist.*
28. *„Amtshaftung" bei nichthoheitlicher Staatstätigkeit ist soweit möglich, wie dieser Bereich mit Legalitätsvorstellungen erfaßt werden kann.*
29. *Wiedergutmachung jeden rechtswidrig durch die Hoheitsgewalt verursachten Schadens entspricht an sich deren par excellence rechtsschöpferischer Natur, ihrer besonderen Beziehung zum Recht.*

VI.

Objektive Staatshaftung kann durch den Grundsatz des Hoheitsaktprivilegs auf „Unfälle" beschränkt und damit eine nahezu geschlossene „objektive" Wiedergutmachungssystematik erreicht werden.

30. *Objektive Haftung allein für „Rechtshandlungen" würde zu einer Verdoppelung objektiven Schadensausgleichs in diesen Fällen und zu einer Lücke objektiven Ausgleichs bei „Unfällen" führen.*
31. *Die Beschränkung der Objektivierung auf die „öffentlichrechtliche Unfallhaftung" — Schädigung in „Nichteingriffsfällen" — ist, als Privilegierung des hoheitlichen Handelns, eine weitere Ausprägung des allgemeinen Staatsaktprivilegs. Sie entspricht der Unterstellung der Hoheitseingriffe unter den Grundsatz der (objektiven) Entschädigung.*
32. *In künftiger Entwicklung ist ein Rückzug des Entschädigungsrechts aus dem Bereich schuldlos-rechtswidriger*

Schädigungen anzustreben. Für alle rechtswidrigen Schädigungen sollte Schadensersatz gewährt werden.

33. *Bei „Unfällen" erleichtert den Gerichten die bisherige Sorgfaltspflichtrechtsprechung den Übergang zu objektiver Haftung.*
34. *Ein allgemein-rechtssystematisches Eingreifen des Gesetzgebers im Raum des Entschädigungs- und Staatshaftungsrechts ist nicht wünschenswert.*
35. *Objektive Haftung ist nicht ein Sieg des „materiellen" Erfolgs über das „menschliche" Verschulden, sondern ein Triumpf des Rechts über den Zufall sorgfaltswidrigen Verhaltens.*
36. *Durch vollen Schadensersatz bei rechtswidrigen Schädigungen muß das „Versicherungsdenken" zurückgedrängt werden.*
37. *V o l l e Wiedergutmachung des Schadens des e i n e n durch a l l e verbindet Rechts- und Sozialstaatlichkeit.*

Gefährdungshaftung im öffentlichen Recht?

Aussprache und Schlußworte

Imboden (Diskussionsleiter): Ich möchte Sie bitten, zunächst das Gesamtsystem der Entschädigungsordnung ins Auge zu fassen, das in Deutchland auf den beiden, sehr heterogenen Pfeilern „Amtshaftung" und „Aufopferung" beruht. Gegenüber diesem bestehenden System Amtshaftung — Aufopferung sind uns verschiedene weitere Entwicklungsvorschläge gemacht worden. Wie ich es sehe, hauptsächlich deren drei. Einmal ist auf die Möglichkeit hingewiesen worden, neben Amtshaftung und Aufopferung eine Gefährdungshaftung zu stellen. Dann hat Herr Jaenicke den Akzent vor allem auf einen Ausbau und auf eine Modifikation der Aufopferung gelegt, und schließlich hat uns Herr Leisner eine Objektivierung der Amtshaftung nahegelegt, freilich eingeschränkt auf das, was er „Unfallschaden" genannt hat. Ich möchte Sie also bitten, zunächst zum Gesamtsystem Stellung zu nehmen.

Merk: Herr Jaenicke hat in seinem Vortrag unter Ziff. 3 der Richtlinien m. E. mit Recht gesagt, daß die Einführung eines neuen Haftungsgrundes in das bestehende System der Staatshaftung nur dann zu rechtfertigen sei, wenn die Haftungstatbestände der Amtshaftung und Aufopferung bzw. Enteignung nicht befriedigend zur Ausfüllung sich ergebender Lücken fortentwickelt werden könnten. Damit richtet er sich also gegen den Standpunkt von Forsthoff, der die Gefährdungshaftung einführen will. Ich muß sagen, daß ich die Ausführungen von Forsthoff, die offenbar vom französischen Recht beeinflußt sind, von Anfang an als unbefriedigend empfunden habe. Seine Behauptung, daß mit dem Aufopferungsanspruch nur die Fälle getroffen werden, in denen ein wissentlich und willentlich gegen vermögenswerte Rechte Einzelner gerichtetes Handeln in Frage stehe, ist für die heutige Auffassung zu eng und m. E. nicht haltbar. So habe ich keine Bedenken, den Fall des Schutzmanns, der einen fliehenden Verbrecher verfolgt und auch ohne Verschulden einen Dritten statt des Verbrechers mit der Schußwaffe trifft, unter den Gesichtspunkt der Aufopferung zu bringen. So hat man mit Recht die Impfschäden darunter gebracht und ebenso die früher unter bürgerlich-rechtlichen Gesichtspunkten entschiedenen Fälle, in denen durch „Änderung der Straßenfüh-

rung oder -höhe einem angrenzenden Hauseigentümer der Zugang zu seinem Hause genommen oder beeinträchtigt wird, soweit nicht eine besondere gesetzliche Regelung getroffen ist, als Aufopferung oder enteignungsgleichen Eingriff aufgefaßt. Jedenfalls muß ein unmittelbarer Eingriff in Rechte, Rechtsstellungen oder Rechtsgüter vorliegen, wenn ein Entschädigungsanspruch gegeben sein soll, wie z. B. auch, wenn durch Gesetz eine Enteignung nach Art. 14 GG vorgenommen wird.

Was nun die weitere Entwicklung der Amtshaftung anbetrifft, so vermag ich nicht dem Vorschlag von Herrn Jaenicke zu folgen, daß der Staat für das amtspflichtmäßige Verhalten seiner Beamten eine Gewähr übernehmen sollte. Ich möchte vielmehr, für den Fall, daß ein Bedarf besteht, die schweizerische Regelung zum Vorbild nehmen, wonach bei rechtswidriger Handlung von Beamten — ohne Rücksicht darauf, ob ein Verschulden vorliegt oder nicht — der Staat für das Verhalten der Beamten haftet, vorbehaltlich des Rückgriffs bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit gegen den Beamten.

Auch dem Vorschlag von Herrn Leisner, der eine gegenständliche, eine objektive öffentlich-rechtliche Haftung ohne Verschulden bei Unfällen, wie er das nennt, d. h. Schädigungen bei „Nichteingriffsfällen", eintreten lassen will, kann ich mich nicht anschließen. Der Begriff des Unfalls ist nicht genügend klargelegt. Es bestehen ferner Bedenken dagegen, daß man nun die Grenzen zwischen Rechtswidrigkeit und Verschulden verwischt, wie das, glaube ich, bei Herrn Leisner geschehen ist, wenn er die Schuld einfach in einer Verletzung einer Sorgfaltspflicht findet.

Dürig: Beide Referenten sind, glaube ich, dem Anliegen von Herrn Forsthoff und insbesondere von Herrn Zeidler nicht ganz gerecht geworden. Denn, Herr Leisner, Sie haben sich auf die klassischen Fälle beschränkt. Im übrigen besteht auch hier keine absolute Lücke hinsichtlich der schuldlosen Schädigung. Nach § 537 der Reichsversicherungs-Ordnung sind mit den ganzen Folgen der Rentenversorgung, der Witwenversorgung und dergleichen u. a. versichert „Personen, die ohne besondere rechtliche Verpflichtung ... einem Amtsträger ..., von dem sie zur Unterstützung bei einer Diensthandlung zugezogen werden, Hilfe leisten." Das ist also der Fall, daß jemand vom Polizisten aufgefordert wird, bei der Verbrecherverfolgung mitzuwirken. Ich gebe Ihnen zu, Herr Leisner, das ist kein voller Schadenersatz, das ist der Höhe nach wahrscheinlich nicht ausreichend, aber es gibt so etwas. Eine wichtige Fallgruppe der Fortshoff'schen Beispiele regelt sich also insofern schon.

Der moderne Gesetzgeber denkt ferner an die berühmten Gelegenheitsschäden, etwa in Art. 56 des Bayerischen Polizeigesetzes, der etwa den Querschlägerfall mühelos lösen würde.

Sie können alles machen in der Staatshaftung, Herr Leisner. Sie können Schuldbegriffänderungen vornehmen, obwohl ich der Meinung bin, daß Sie beim Regreß die subjektive individuelle Vorwerfbarkeit doch aufrechterhalten müssen. Sie können auch die Schuld in der Rechtswidrigkeit aufgehen lassen. Sie können aber eins nicht machen: die menschliche Handlung aus der Staatshaftung eliminieren. Und sehen Sie, darum gehts gerade Herrn Zeidler. Er ist vielfach mißverstanden worden. Beim Elektronengehirn, wo falsche Daten und Lochkarten hineingesteckt werden, denkt auch Herr Zeidler nicht daran, die Staatshaftung auszuschalten und eine „Gefährdungshaftung" anzunehmen. Aber die Fälle, die uns im Zuge der Automation zumindestens dogmatisch beschäftigen müssen, sind doch jene, wo eine menschliche Handlung überhaupt nicht mehr festzustellen ist, wo das Kabel durchschmort, wo also die Maschine, dieses Elektronengehirn infolge eines technischen Fehlers nun millionenfach falsch Steuerbescheide oder Telefongebühren errechnet. Denkbar ist doch der Fall, wo infolge einer heißgelaufenen Welle alle vier Seiten einer Verkehrsampel „grün" zeigen und nun der furchtbare Unfall passiert, obwohl — pointieren wir es noch — die Ampel eine Stunde vorher auf ihre Ordnungsmäßigkeit kontrolliert worden ist, so daß jeder menschliche Schuldvorwurf durch Unterlassen ausscheidet. Diesen Fall können Sie mit Ihrer These m. E. nicht lösen.

Leisner: Sie haben, Herr Düring, mit Recht auf den § 537 RVO hingewiesen, aber selbst angedeutet, was m. E. gegen die Heranziehung des § 537 RVO als Grundlage einer Lösung spricht. Es handelt sich hier ja gerade um Versicherungen, also um das, was mein Referat n i c h t wollte. Es wendet sich gegen ein pauschalisierendes Versicherungsdenken. Stattdessen gilt es, dem Betroffenen den Schaden zu ersetzen, den er wirklich erlitten hat. Deswegen ist für mich § 537 RVO nicht genügend. Es bestehen auch gewisse landesrechtliche Bestimmungen. Aber das enthebt uns nicht der Notwendigkeit, grundsätzlich über diese Fragen nachzudenken, weil bei weitem nicht alle Fälle durch § 537 RVO oder andere einzelgesetzliche Regelungen erfaßt werden.

Sie sagten, das Verschulden müsse zumindest im Rahmen des Regresses seine Bedeutung haben. Das ist vollkommen richtig. Ich möchte überhaupt das Verschulden als solches nicht

eliminieren. Es sollte nur klargestellt werden, daß das Verschulden nichts anderes ist als eine spezielle Form der Rechtswidrigkeit und daß es infolgedessen im Verhältnis zwischen der Hoheitsgewalt und dem einzelnen u. U. durch die Illegalität ersetzt werden könnte.

Auch in den von Zeidler dankenswerterweise aufgegriffenen Fällen geht es um menschliches Handeln — nicht generell anders als etwa in folgendem Fall: ein äußerst kompliziertes Gesetz kommt heraus, das sehr schwer verständlich ist. Es wird von irgendwelchen unteren Instanzen schlecht angewendet, weil es einfach über ihre Kraft geht. Genauso ist es auch bei den Zeidler-Fällen. Es kann hier kein Schnitt gemacht werden. Es handelt sich immer um eine menschliche Handlung, irgendein menschliches Unterlassen, nur ist die Vorhersehbarkeit und Vermeidbarkeit der Folgen jeweils größer oder geringer.

Winkler: Wir kennen in Österreich im großen und ganzen nur drei Arten von Staatshaftung im weitesten Sinn. Die eine Art ist die Amtshaftung, d. h. die Haftung des Staates für schuldhaftes rechtswidriges Verhalten seiner Organe; der andere Fall ist der Fall der öffentlich-rechtlichen Entschädigung auf Grund ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift, und der dritte Fall, bedeutsam auch für die sogen. schlichte Hoheitsverwaltung, ist die Haftung des Staates im Rahmen der privatwirtschaftlichen Tätigkeit für rechtswidrig schuldhaftes Verhalten. Abgesehen davon, daß in Österreich einige spezielle Regelungen gegeben sind, die manche der Fälle, die hier offen sind, erfassen würden, und abgesehen davon, daß sich manche der Fälle dem einen oder dem anderen Haftungstypus zuordnen lassen, aber will ich meinen, daß die Problematik vielleicht doch etwas überzeichnet wird. Für den Fall, daß in Österreich eine Lücke besteht, muß ich ehrlich sagen, daß wir überhaupt im ganzen Denken in bezug auf die Staatshaftung weiter zurück sind. Wir sind eher geneigt, uns an die Gesetze zu halten und uns zunächst zu fragen, ob die Gesetze eine Entschädigung vorsehen. Wir sind weniger geneigt, zu fragen, ob es einem allgemeinen Prinzip der Gerechtigkeit entspricht, Schadenersatz für ein bestimmtes Verhalten des Staates zu leisten. Die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes ist in gleicher Weise zurückhaltend wie die Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs.

Die geschichtliche Entwicklung der Amtshaftung in Österreich zeigt diese Zurückhaltung in Fragen der Staatshaftung ganz deutlich. Wir haben immer wieder Ansätze auch in der Verfassung für eine Amtshaftung gehabt, sie kamen aber nie

eigentlich zum Durchbruch. Zunächst wurde die Staatshaftung für den Bereich der richterlichen Tätigkeit als Syndikatshaftung eingeführt und dann in der Bundesverfassung von 1920 rein programmatisch für alle staatliche Tätigkeit vorbehaltlich eines Durchführungsgesetzes vorgesehen. Dieses Durchführungsgesetz ist erst im Jahre 1949 ergangen. Bis dahin hat es gar keine echte Amtshaftung bei uns gegeben. Sogar der Verfassungsgerichtshof, der die Möglichkeit gehabt hätte, über Ansprücke gegen den Bund, die Länder und die Gemeinden zu entscheiden, hat unter Hinweis auf diesen Gesetzesvorbehalt immer wieder eine Zuständigkeit abgelehnt.

Ein Grund für die mangelhafte Durchbildung der Staatshaftung in Österreich mag aber auch darin liegen, daß unser Prinzip der Gewaltentrennung mehr zum Verwaltungsstaat als zum Justizstaat tendiert, daß also die Trennung stärker durchgeführt ist und die Gerichte in höherem Maße die Verwaltungsakte respektieren als in anderen Staaten. Sie prüfen nämlich nicht nur die Rechtsmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit der Staatsakte nicht, sondern halten sich auch nicht für zuständig, die daraus entstehenden Folgen rechtlich zu beurteilen. Eine Klage auf Entschädigung gegen den Staat vor den ordentlichen Gerichten außerhalb der gesetzlichen Typen müßte heute abgewiesen werden. Der Oberste Gerichtshof beginnt erst in letzter Zeit zögernd und langsam, sich der in Frage stehenden Fälle anzunehmen.

Ein weiterer Grund, warum eine so starke Zurückhaltung in der Frage der Staatshaftung besteht, mag darin gesehen werden, daß die Gerichte seit dem Bestehen unserer Bundesverfassung von dem Bestand der Verfassung eigentlich kaum Notiz genommen haben und sich mit den Rechten, die im Grundrechtskatalog verankert sind, in keiner Weise auseinandersetzen. Denn von dorther, meine ich, wäre es ja immerhin möglich, einen allgemeinen Titel für eine Schadenersatzpflicht des Staates festzustellen. Wir sind nicht in in dieser Frage — aber gerade in dieser Frage wird es deutlich — sehr stark an das Formale gebunden. Die erste Frage ist bei uns immer: ist ein Organ zuständig, über einen solchen Anspruch zu entscheiden: Wir haben aber nur die Zuständigkeiten in den drei Schadensfällen oder Schadenstypen, die ich genannt habe. Darüberhinaus sind ausdrückliche Zuständigkeiten nicht vorgesehen. Bei der Zurückhaltung, die in Österreich gepflegt wird, würde ich also sagen, daß in den Fällen, die über die Amtshaftung, über die öffentlich-rechtliche Entschädigung, die ausdrücklich gesetzlich geregelt sein muß, und über die Haftung

im Bereich des Privatrechts hinausgehen, ein Gericht nicht zur Entscheidung zu haben ist.

Imboden: Der schweizerische Rechtszustand unterscheidet sich in drei Punkten wesentlich vom deutschen Rechtszustand. Einmal reicht die privatrechtliche Gefährdungshaftung im schweizerischen Recht schon weiter als im deutschen Recht. Und nun ist sehr interessant, daß diese an sich schon weitergehende privatrechtliche Gefährdungshaftung im Öffentlichen Recht, d. h. bei spezifischen Tätigkeiten öffentlicher Körperschaften nochmals erweitert worden ist. Ich möchte Ihnen ein Beispiel nennen, das ohne weiteres den Fall der Verkehrsampel treffen würde. Wir haben im Obligationenrecht eine sogen. Werkhaftung. Jeder Private, der ein Werk errichtet, haftet für Schäden aus diesem Werk. Nun gelten die öffentlichen Verkehrswege als Werk. Also, wenn der Belag schlecht ist oder wenn nicht Sand gestreut wurde oder wenn die Verkehrsampel ausfällt — also auch Verkehrszeichen gehören mit zum Werk — dann tritt ohne weiteres diese Werkhaftung ein. Es ist eine erweiterte privatrechtliche Gefährdungshaftung. Und nun das zweite Element, das bis jetzt erst im Bund verwirklicht ist, eine generelle Verursachungshaftung ohne Verschulden, also für alle rechtswidrigen Handlungen (mit gewissen Einschränkungen). Es spielt keine Rolle, ob der Schaden durch Vorenthaltung oder Beeinträchtigung einer Rechtsstellung erzielt wurde, das ist völlig bedeutungslos. Kürzlich haben die Gerichte ausgesprochen, daß im Falle der Verweigerung bzw. der Verzögerung einer Bauerlaubnis der Staat für den vollen Verzögerungsschaden, Steigerung der Baupreise usw. haftet. Weiter, der Rechtsschutz liegt nicht bei den Zivilgerichten, sondern beim Bundesverwaltungsgericht. Das Bundesverwaltungsgericht ist einzige Instanz, um derartige Ansprüche zu beurteilen. Eine kleine Richtigstellung gegenüber Herrn Jaenicke: man hat diese Kausalhaftung, wie wir sagen, nicht eingeführt als Ersatzinstitution für die fehlende Verwaltungsgerichtsbarkeit, sondern man hat einerseits den Versuch unternommen, die Verwaltungsgerichtsbarkeit zu erweitern — dort ist man noch nicht beim gesetzgeberischen Antrag —, und gleichzeitig damit hat man diese Staatshaftung erweitert. Das dritte Element neben dieser ausgeweiteten privatrechtlichen Gefährdungshaftung und dieser allgemeinen Kausalhaftung des Staates, ist ein reduzierter Aufopferungsanspruch. Er wird abgeleitet aus der Eigentumsgarantie. Wir haben keine Junktimklausel, so daß es möglich ist, unmittelbar gestützt auf die verfassungsrechtliche Gewährleistung des Eigentums, allerdings

nur bei Beeinträchtigung von Vermögensrechten, Ersatz zu verlangen. Der offensichtliche Mangel ist der, daß Personenschäden bei rechtmäßiger Schädigung nicht ersatzpflichtig sind, weil das Ersatzsystem mit der Eigentumsgarantie zusammenhängt. Also Impfschäden könnten in dieser reduzierten Aufopferungsinstitution nicht erfaßt werden. Vielleicht müssen Sie — ich möchte das noch nachtragen — bei dieser generellen Kausalhaftung beachten, daß Bundesgesetze nicht auf ihre Verfassungsmäßigkeit überprüft werden können. Das reduziert natürlich die Frage der Gesetzgebungsschäden ganz wesentlich.

Menzel: Zu Ihrer Kategorisierung, Herr Jaenicke (Ziff. 4 der Leitsätze): Schäden durch Rechtsnormen, Schäden durch Verwaltungsakte, dann, etwas allgemein. Schäden durch sonstige staatliche Tätigkeiten im Bereich der öffentlichen Aufgabenerfüllung. Das letzte ist wohl der Auffangtopf, in dem sich Heterogenes zusammenfindet. Wir müssen uns darüber schlüssig werden, ob wir nicht an die Spitze dieses Ganzen etwas stellen sollen, was im Bereich der auswärtigen Gewalt als Staatsakt (act of state) erscheint. Ich erinnere hier an den Fall, den Herr Ipsen gestern von den zwei Importeuren gebracht hat, oder den Fall, den Herr Drath vorgetragen hat, den Fall, daß durch einen Währungsschnitt Schäden entstehen. Es gibt eine ganze Reihe solcher Fälle, die eigntlich durch die Maschen unserer bisherigen Haftungsprobleme durchfallen. Ich darf daran z. B. erinnern, daß im Auswärtigen Amt das große Bedenken war, was machen wir, wenn die Beschlagnahme der deutschen Auslandsvermögen mit einzelnen Ländern unterschiedlich geregelt wird? Wir verzichten gegenüber Guatemala auf 50 %, gegenüber Honduras auf 60 %, gegenüber den andern auf 80 %. Frage: besteht jetzt eine innerdeutsche Ausgleichspflicht? Oder ein anderes Problem beim belgischen Grenzvertrag: Wir haben einige Geminden abgetreten. Erwächst daraus irgendeine Ausgleichspflicht? Nehmen Sie ferner den Fall, daß jemand von Deutschland in die unterentwickelten Länder geht, auf Grund eines Vertrags in dem es heißt: „Der Vertrag wird ungültig, wenn die politische Situation der Bundesrepublik die Rückberufung erforderlich macht." Unsere gewöhnlichen Haftungstatbestände reichen hier nicht aus.

Ipsen: Aber das weiß er ja doch, wenn er den Vertrag schließt, das steht ja darin!

Menzel: Nein. Man kann m. E. nicht zugeben, daß die Regierung mit jemanden einen Vertrag schließt und sich vor-

behält, den Vertrag am Abend aus politischen Gründen wieder zu annullieren. Dann muß eben ein Risikoschutz eingebaut werden.

Bei der grundsätzlichen Frage, inwieweit unser Haftungssystem lückenhaft ist, sollten auch die unmittelbaren und mittelbaren Schäden berücksichtigt werden, die sich aus einem Staatsakt, aus einer politischen Dezision ergeben. Heute würde teilweise nicht einmal der Tatbestand der Aufopferung erfüllt sein.

Friesenhahn: Ist den Herren bekannt, daß im Bundesjustizministerium ein Gesetzentwurf vorliegt über eine Reform des Schadensersatzrechts, der auch die Fragen der Staatshaftung berührt, z. B. § 839 BGB?

Leisner: Ich darf bemerken, daß es mir — angesichts der Diskretion des Bundesjustizministeriums — nicht gelungen ist, hier irgendetwas in Erfahrung zu bringen.

Jaenicke: Soviel ich weiß, soll die Gefährdungshaftung auch auf weitere gefährliche Betriebe und Veranstaltungen, z. B. auf Ölleitungen, erstreckt werden.

Ule: Ich würde gern eine Frage an Herrn Leisner stellen. Wenn ich ihn richtig verstanden habe, dann haben wir doch eine Reihe von problematischen Fällen, die mit den bisherigen Institutionen nicht recht zu bewältigen sind. Weder mit der Aufopferung noch mit der schuldhaften Amtshaftung. Herr Jaenicke hat den Versuch gemacht, die problematischen Fälle im wesentlichen damit zu erfassen, daß er den Aufopferungsgedanken etwas erweitert hat, während Herr Leisner diese Möglichkeit ganz entschieden abgelehnt und uns dafür den Vorschlag einer Verobjektivierung des Amtshaftungsgedankens gemacht hat. Nun ist mir aufgefallen — und das ist die Frage, die ich an Herrn Leisner habe —, daß er zwar von Unfällen spricht, daß er aber den Gedanken der Gefährdungshaftung sehr entschieden zurückgewiesen hat. Fälle wie der jener vier grünen Verkehrszeichen, die den Zusammenstoß herbeiführen, doch aber wohl auch der Fall des Polizeibeamten, der auf einen fliehenden Verbrecher schießt und einen völlig Unbeteiligten dabei tötet, solche Fälle lassen sich mit dem Amtshaftungsgedanken nicht lösen, denn den Polizeibeamten trifft keinerlei Schuld. Ob es mit dem Aufopferungsgedanken zu machen ist, lasse ich zunächst einmal offen. Ich wollte bloß die Frage stellen: das sind doch wohl Unfälle, sogar im Sinne unseres Sozialversicherungsrechts als von außen her an den

einzelnen herantretende Ereignisse. Und diese Unfälle haben doch hier ganz offensichtlich einen Zusammenhang mit einem gewissen Betrieb, also mit dem Betrieb der Verkehrseinrichtung, und in einem weiteren Sinne doch auch mit dem Betrieb der Polizei, die öffentliche Sicherheit und Ordnung aufrecht zu erhalten. Und von daher gesehen muß ich sagen, obwohl ich bisher den Gedanken von Herrn Forsthoff, im positiven Recht eine Gefährdungshaftung zu entdecken, nicht für richtig gehalten habe, daß hier doch ein Zusammenhang zwischen diesen Unfalltatbeständen und dem Gedanken der Gefährdung besteht. Da ist doch irgendetwas wie ein Betrieb. Genauso wie eine Eisenbahn ein Betrieb ist, von dem eine Gefahr ausgeht, und deshalb doch auch die Gefährdungshaftung bei der Eisenbahn einmal eingeführt worden ist, so ist doch auch die ganze Verkehrseinrichtung ein Betrieb ähnlicher Art, und in gewisser Weise ist auch die Polizei, wenn sie schießt, ein durchaus ein gefährdender Betrieb. Und darum also die Frage, die ich an Herrn Leisner habe: Wenn man schon von Unfällen spricht, liegt da nicht der Gedanke der Gefährdungshaftung gewissermaßen mit im Programm?

Leisner: Grundgedanke meines Referates war es nicht, die Ausdehnbarkeit der Aufopferung völlig abzulehnen. Ich habe Fälle aus der bundesgerichtlichen Judikatur dargelegt, auf die der Bundesgerichtshof bisher die Aufopferung nicht angewendet hat. Er könnte sie ja vielleicht eines Tages anwenden, was ich persönlich nicht für glücklich halten würde, was aber nicht ausgeschlossen ist. Wenn es geschähe, würde uns dennoch — und das ist nun der entscheidende Punkt — dies nicht der Aufgabe entheben, die Ausdehnung des Schadensersatzrechts zu erörtern, denn hier wird ja anderes geboten. Zu der Frage von Herrn Ule: Wenn ich ihn recht verstanden habe, will er doch den gefährdenden Betrieb, also Gefahr als Grundlage einer Haftung annehmen. Gerade das wollte ich heute Vormittag ablehnen, weil ich der Meinung bin, daß keine Grenzziehung möglich ist. „Betrieb" ist nicht nur, wenn die Polizei mit der Pistole eingreift, „Betrieb" kann auch sein, wenn sie Verwaltungsakte erläßt, ja, es kann beides ineinander übergehen, es kann ja in dem Schuß, in dem Warnschuß schon ein Verwaltungsakt liegen. Man kann oft gar nicht trennen, wo der Betrieb aufhört, wo er beginnt.

Ule: Das Setzen von Verwaltungsakten ist, glaube ich, per se kein gefährlicher Betrieb, während das Schießen es eben doch ist.

Leisner: Ja, dann kommen wir aber wieder dahin, daß wir die per se gefährlichen Tätigkeiten herausstellen müssen. Es kann aber etwa das Setzen von Verwaltungsakten fast genauso „gefährlich" sein, wie der Schußwaffengebrauch. Wenn Verwaltungsakte zugestellt werden, die schwer treffen, so kann der Adressat einen Zusammenbruch erleiden. Einen Gefahrenbegriff können wir heute kaum erarbeiten; wir wissen nicht, was wirklich „gefährlich" ist. Ein kompliziertes Gesetz „kann" gefährlicher sein, als ein klares Gesetz, weil es durch falsche Anwendung viel größere Vermögensschäden zur Folge haben kann. Wir wissen auch zunächst nie, wo wirklich die Gefahr liegt. Man kann natürlich gewisse Dinge herausgreifen und sagen, diese seien besonders gefährlich. Was aber heute gefährlich ist, ist es morgen nicht mehr. Man kann in kurzer Zeit eine technische Veranstaltung derartig umformen, daß sie nicht mehr gefährlich ist, ein Vorgang, der in Frankreich bereits in den letzten 50 Jahren mehrfach beobachtet wurde und der Hauriou zu der Feststellung veranlaßt hat, daß eben mit dem Gefahrbegriff überhaupt nichts anzufangen ist, weil er nur im einzelnen Moment jeweils feststellbar ist.

Ule: Müßte nicht dann der Begriff der Gefährdungshaftung überall, auch im Zivilrecht z. B. abgelehnt werden?

Leisner: Ich würde ihn überall ablehnen. Ich glaube auch nicht, daß es zu spät ist, im Zivilrecht hier vorsichtiger zu werden. In Frankreich z. B. ist der Gefahrenbegriff aufgegeben worden, nachdem ihn die obersten Gerichte einige Zeit als Grundlage verwendet haben.

Bettermann: Herr Ehmke hat uns gestern belehrt, daß man nicht nach der Interpretationsmethode als solcher fragen soll, sondern daß der Gegenstand der Betrachtung die Interpretationsmethode bestimmt. Ich glaube, daß das nicht nur für die Interpretation von Normen gilt, sondern für die Rechtsbetrachtung überhaupt, für die Rechtsmethode. Und da möchte ich meinen, daß dem Gegenstand unserer heutigen Verhandlung die Methode und der Stil, mit dem Herr Jaenicke die Dinge angegangen ist, der adäquate ist, und die Methode und der Stil, mit dem Herr Leisner es getan hat, nicht adäquat ist. Es geht hier um nüchterne Dinge, „um die Pfennige". Die Sache hat ja nicht nur die Seite, wie der Bürger vom Staat entschädigt wird, sondern es geht ja auch darum, wie der Staat diese Entschädigungsleistung verkraftet. Letztlich sind es wir alle ja, die die postulierten Schadenersatzforderungen zu begleichen haben. Ich meine, daß das Problem nur durch eine vorsichtige Inter-

essenabwägung gelöst werden kann, wie Herr Jaenicke sie vorgenommen hat; daß dagegen durch Rückgriffe in das Arsenal der allgemeinen Rechtslehre den Dingen nicht beizukommen ist, und schon gar nicht, wenn, wie ich glaube, Waffen aus diesem Arsenal genommen werden, die verrostet sind oder bereits Schaden gelitten haben.

Ein paar Worte über das System der öffentlichen Ersatzleistungen oder öffentlichen Entschädigung: Herr Leisner hat abgestellt auf den Gegensatz von rechtmäßig und rechtswidrig. Er meint, daß wir ein geschlossenes System mit der Antinomie von Staatshaftung und Aufopferung hätten, das dem Gegensatz von rechtmäßig und rechtswidrig entspreche. Es sei freilich, vor allem in letzter Zeit, ins Rutschen gekommen, aus dem Nebeneinander sei ein Übereinander geworden. Wenn ich recht verstanden habe, Herr Leisner, sehen Sie darin bereits auch eine Aufgabe oder Gefährdung des Systems. Und sie glauben, daß die Rechtswidrigkeit oder Rechtmäßigkeit der entscheidende Faktor sei für die Frage der Rechtsfolgen. Ich glaube, daß das nicht richtig ist. Die Gegensatzfrage: voller Schadenersatz oder Entschädigung, die so oder so limitiert ist, auf der einen Seite und rechtswidriges oder rechtmäßiges Handeln auf der anderen Seite sind nicht die adäquaten Größen und decken sich nicht. Es gibt Fälle rechtmäßigen Handelns, in denen voller Schadenersatz gengeben wird vom positiven Recht und der Gerechtigkeit und Billigkeit nach auch angemessen ist. Und es gibt umgekehrt genügend Fälle klar rechtswidrigen Handelns, die nach positivem Recht und nach der Überzeugung aller billig und gerecht Denkenden nicht voll entschädigt werden. Unsere Gefährdungshaftung im bürgerlichen Recht ist nicht zufälligerweise in der Schadenshöhe limitiert. Das Kraftfahrzeuggesetz und das Reichshaftpflichtgesetz kennen keine volle Entschädigung, sondern limitierte Schadenssätze; insofern ist Herr Dürig eben nicht widerlegt, wenn er die Unfallfälle aus § 537 RVO angeführt hat. Hier wird typisiert, und in diesen Gefährdungshaftungsfällen des bürgerlichen Rechtes wird auch typisiert und limitiert. Sie haben sich dabei, Herr Leisner, soweit vorgewagt, daß Sie gesagt haben, jede Schädigung sei präsumtiv rechtswidrig; die Schädigung, der Nachteil, impliziere die Rechtswidrigkeit. Der Satz ist unhaltbar. Danach wäre nämlich jeder belastende Verwaltungsakt vermutlich rechtswidrig. Davon kann ernstlich keine Rede sein. Selbst im bürgerlichen Rechte ist es fraglich, ob jede Schädigung die Vermutung eines irgendwie rechtswidrigen Verhaltens des Schädigers impliziert. Im öffentlichen Recht gilt es keinesfalls; insofern ist Ihr Ansatzpunkt m. E. falsch.

Ich glaube nicht, daß wir ein Zweiersystem haben mit der Staatshaftung = schuldhaft-rechtswidriges Verhalten von Amtsträgern auf der einen Seite und auf der Gegenseite die Aufopferung. Nun, ich glaube, die meisten sehen den Gegensatz in der Enteignungsentschädigung und fragen dann, wie verhält sich die Enteignung zur Aufopferung. Die Meinung geht ja wohl dahin, die Aufopferung im wissenschaftlichen Sinne sei der Oberbegriff; Eingriffe in Vermögenswerte oder Aufopferung von Vermögenswerten sei Enteignung und die Aufopferung von anderen Werten, wie insbesondere Leben, Gesundheit usw., das sei die Aufopferung im engeren Sinne. Ich glaube nicht, daß diese Einteilung möglich ist, und wir müssen der Frage nach dem Verhältnis von Enteignung und Aufopferung erneut nachgehen. Mir ist durch das Referat von Herrn Jaenicke klar geworden, wo der Unterschied liegt. Der Bundesgerichtshof in der berühmten Entscheidung des Großen Senats ist m. E. schon im Ansatz verfehlt, wenn er die Enteignungsentschädigung aus der Verletzung des Gleichheitsgrundgesetzes zu rechtfertigen versucht. Nein, es wird entschädigt nach Art. 14 III GG, weil ins Eigentum eingegriffen ist; das reale Eigentum verwandelt sich in eine Wertgarantie. Dagegen ist der Gedanke der Aufopferung der des Sonderopfers, des speziellen Opfers.

Ich glaube, daß wir ein dreifaches System haben, nämlich die Staatshaftung (Art. 34 GG), die Enteignungsentschädigung, Art. 14 Abs. 3 mit den parallel durch die Rechtsprechung entwickelten Fällen des Eingriffes in nicht vermögenswerte Rechte, also insbesondere Gesundheit, und schließlich als dritte Gruppe die Fälle mit dem Gesichtspunkt des Lastenausgleiches, die Sonderopfer.

Hinzu kommt ein Problem: Im bürgerlichen Recht ist geplant, einzelne neue Fälle der Gefährdungshaftung einzuführen oder vorhandene Fälle zu verschärfen. Das zeigt: Es gibt überhaupt keine allgemeine Gefährdungshaftung, weder de lege lata noch de lege ferenda kann es sie geben. Die Frage lautet: Ist eine Sache so gefährlich, daß ein Schadensersatz, ein Ausgleich, eine Entschädigung welcher Höhe geboten ist? Das zu entscheiden ist aber Sache des Gesetzgebers. Die Höhe der Entschädigung muß immer mit geregelt werden.

Bachof: Ich folge Herrn Bettermann in der Dreiteilung unseres Systems. Das Kernstück des Versuchs von Herrn Leisner, die Schadensersatzansprüche aus Amtshaftung auszudehnen, scheint mir in dem Satz zu liegen: Illegalität ersetzt das Verschulden oder kann das Verschulden ersetzen. Gegen diesen Satz möchte ich mich mit allem Nachdruck wenden. Mir ist nicht

ganz klar Herr Leisner, ob dieser Satz de lege lata oder de lege ferenda gemeint ist. Wäre er de lege ferenda gesagt, so ließe sich über eine solche Frage der Rechtspolitik und der Zweckmäßigkeit durchaus debattieren. Mir scheint aber, daß Herr Leisner ihn auch als Satz de lata gesagt haben will, das entnehme ich seiner These 34, wo er ja ein Eingreifen des Gesetzgebens ablehnt. Wenn man den Satz als Aussage de lege lata versteht, so scheint er mir auf einer doppelten Kategorienvertauschung zu beruhen.

Denn erstens: Wo liegt überhaupt die Rechtswidrigkeit? Herr Leisner sagt, der Erfolg ist rechtswidrig, weil er von der Rechtsordnung nicht gebilligt wird. Ich kann bei der Rechtswidrigkeit aber Erfolg und Handlung nicht trennen. Schon das ist mir zweifelhaft, ob man von einem gemißbilligten Erfolg auf die Rechtswidrigkeit der Handlung einfach zurückschließen kann. Das scheint mir die erste Kategorienvertauschung zu sein.

Selbst wenn man das noch akzeptieren wollte, dann sehe ich aber ganz und gar nicht ein, wie man auch noch den zweiten Schritt tun und nun auch noch sagen will: Nachdem ich schon von der Rechtswidrigkeit des Erfolges auf die Rechtswidrigkeit des Handelns geschlossen habe, schließe ich auch noch auf eine irgendwie vermutete Sorgfaltspflichtverletzung, also auf ein irgendwie unterstelltes Verschulden. Herr Leisner hat gesagt, der deutsche Richter sei gesetzesgebundener als der französische Richter und er könne also nicht einfach eine Art freier Rechtsprechung nach dem Vorbild des Conseil d'Etat ausüben; dann weiß ich aber nicht, wie er hier de lege lata um den ganz klaren Tatbestand des § 839 herumkommen will, indem er einmal Rechtswidrigkeit des Erfolges mit dem des Handelns gleichsetzt, und Rechtswidrigkeit des Handelns dann auch noch mit der Amtspflichtverletzung identifiziert, die doch ein Verschulden einfach notwendig beinhaltet. Also de lege lata scheint diese Lösung unmöglich zu sein, de lege ferenda ließe sich darüber debattieren, ob sie richtig und zweckmäßig wäre. Ich würde auch das bestreiten.

Herr Leisner hat in Leitsatz 32 gesagt, für alle rechtswidrigen Schädigungen sollte Schadensersatz gewährleistet werden. Er hat das zwar im Referat etwas eingeschränkt, indem er gemeint hat, bei dem *gezielten* Eingriff könnte der Staat ein gewisses Privileg für sich in Anspruch nehmen; dort sei es gerade noch mit rechtsstaatlichen Prinzipien vereinbar, wenn man am Verschuldensprinzip festhalte, nicht dagegen bei den „Unfällen". Herr Leisner hält es aber an sich für ein rechtsstaatlich wünschenswertes Prinzip, für *alle* rechtswidrigen Schädigungen Schadensersatz zu leisten. Ich teile Herrn Bettermanns Auf-

fassung, daß das einfach nicht billig wäre. Ich erinnere an den Fall, der, glaube ich, im letzten Heft des Deutschen Verwaltungsblattes veröffentlicht ist: Ein Zahnarzt vergeht sich an minderjährigen Kindern, ein Berufsverbot ergeht gegen ihn, in zwei Instanzen wird bestätigt, die dritte Gerichtsinstanz hebt auf. Soll dem Mann nun, nachdem das Berufsverbot vollzogen war, Schadensersaz für die ganze Zeit zustehen? Ich würde das schlechthin für unbillig halten. Ich meine, daß hier Herrn Jaenicke, dessen vorsichtigem Versuch der Ausweitung der Aufopferungstheorie ich voll und ganz beipflichte, auch darin zu folgen ist, daß es auf das Verhalten des Betroffenen mit ankomme. Wer selbst durch seine sittlichen Verfehlungen einen Akt der Verwaltung hervorgerufen hat, mag dieser Akt dann auch nach Ansicht des obersten Gerichts nicht unbedingt notwendig gewesen sein, der kann nicht — unter welchen Billigkeitsgesichtspunkten auch immer — verlangen, daß er nun auch noch entschädigt werde. Ich würde darum nicht nur de lege lata, sondern auch de lege ferenda den Satz, Illegalität ersetze das Verschulden, kategorisch ablehnen.

Ehmke: Rechtspolitisch würde ich Herrn Leisner weitgehender zustimmen. Ich bin der Meinung, in einer Situation, in der der Staat über einen so hohen Prozentsatz des Volks-Einkommens verfügt, da kann sowohl der Umfang der Haftung wie auch die Höhe der Entschädigung ausgedehnt werden; das macht vermutlich im Jahr nicht einmal einen Düsenjäger aus. Schwieriger ist die Frage, wie man es dogmatisch begründet. Da bin ich nun allerdings der Meinung, Herr Leisner, daß, wenn Sie das zivilrechtliche Beispiel konsequent durchgeführt hätten, Sie zur Unmöglichkeit der Ausdehnung der Staatshaftung hätten kommen müssen. Die neuere Diskussion im Zivilrecht sagt ja etwa folgendes: Es gibt vorsätzliches Unrecht, Fahrlässigkeitsunrecht und Gefährdungshaftung, was soziologisch bedeutet: der vorsätzliche Täter nimmt ein Risiko auf sich, Fahrlässigkeitsunrecht grenzt Risikosphären ab und Gefährdungshaftung schiebt Risiken zu. Jemand, der von einem Auto überfahren wird, weil er in es hineinläuft, wird nicht rechtmäßig getötet, sondern ist verunglückt. Und gerade wenn Sie, Herr Leisner, auf Unglück und Unfall abstellen, heißt das, daß die Grenze zum Unrecht des § 839 gezogen ist. Unfall ist gerade das, was durch die Vorschriften über unerlaubte Handlung (§§ 831, 839) nicht gedeckt werden kann. Hier kann nur vom Gesetzgeber eine Gefährdungshaftung eingeführt werden, wobei Sie recht haben mögen, daß bei der finanziellen Kraft des Staates man das vielleicht im öffentlichen Recht etwas großzügiger behan-

deln soll, als im Zivilrecht. Dogmatisch ist m. E. Ihr Versuch der Ausdehnung der Staatshaftung nicht möglich.

Leisner: Darf ich zunächst auf das eingehen, was Herr Bachof gesagt hat? Er hat auf das Begriffspaar de lege lata, de lege ferenda zu Recht hingewiesen. Natürlich ist das eine sehr schöne Einteilung, aber gerade im Rahmen dieses Gegenstandes habe ich daran gewisse Zweifel. Es gibt doch hier eigentlich fast nur mehr Rechtsprechungstendenzen des BGH. Wer hätte denn noch vor einigen Jahren gedacht, daß die Aufopferung sich auf das schuldhaft rechtswidrige Handeln erstrecken könnte? War das eine neue lex oder nicht? Ich antworte also: das heute Ausgeführte gilt bereits de lege lata; ich bin allerdings der Meinung, daß es sich um einen Explizitierungsprozeß handelt, den die Rechtsprechung durchführen muß.

Sie haben gesagt, bei dem Schuß des Polizeibeamten sei eine Rechtswidrigkeit nicht feststellbar, man könne nicht vom Erfolg auf die Handlung schließen. Ich habe versucht darzulegen, daß die ganze Trennung, die ganze Dualität Erfolg — Handlung unmöglich ist. Die Handlung muß beurteilt werden.

Bachof: Wer etwas tut, was das Gesetz ihm gestattet, was das Gesetz ihm u. U. sogar befiehlt, der soll gesagt bekommen: Du hast getan, was Du nach dem Gesetz tun mußtest, aber Du hast etwas vom Gesetz befohlenes Gesetzwidriges getan?!

Düring: Was eine Amtspflichtverletzung wäre, wenn er es nicht getan hätte.

Leisner: Wir müssen doch die Handlung a posteriori sehen. Der Beamte hat nur geschossen, weil er glaubte, daß niemand heraustreten werde. Hätte er in irgendeiner Weise voraussehen können, daß hier ein anderer Passant heraustritt, hätte er nicht geschossen, schon nach dem polizeilichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht schießen dürfen. Er darf auf niemanden schießen, wenn er damit rechnen muß, daß ein Unbeteiligter getroffen wird.

Ule: Es gibt Dienstinstruktionen der Polizei in Nordrhein-Westfalen, da auch bei einer aufrührerischen Menschenmenge das Feuer nach Möglichkeit in Kniehöhe zu richten ist, denn das Ziel des Waffengebrauchs bei der Polizei ist, den Betreffenden angriffs- oder fluchtunfähig zu machen. Sie darf nie schießen mit dem Ziel, ihn zu erschießen, das wäre rechtswidrig. Aber wenn sie in einem solchen Falle auf irgendeinen dieser angreifenden Versammlungsteilnehmer zielt, und durch einen

unglücklichen Umstand trifft der Schuß einen andern, dann scheint mir dieses Handeln zunächst einmal rechtmäßig zu sein.

Leisner: In manchen Fällen hätte, auch a posteriori betrachtet, die Handlung durchgeführt werden müssen, könnte eine andere Lösung sich aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ergeben. Allein aus der Schädigung heraus ist die Handlung noch nicht rechtswidrig, sondern nur, weil sie einen Schaden zur Folge hat, der vom Gesetzgeber für diesen Fall nicht gewollt, auch nicht in Kauf genommen war — entsprechend dem Grundsatz der Legalität. Im Privatrecht, Herr Ehmke, und da muß ich Ihnen recht geben, liegt die Sache anders, weil dieses ja jenen Unfallbegriff kennen kann, ohne weiteres kennen darf, eben weil es hier diese Legalität nicht gibt. Für das öffentliche Recht aber ist das nicht möglich. Jede öffentliche Tätigkeit ist legalitätsmäßig mit rgendeinem Zweck und Ziel geplant oder sollte geplant sein, und wenn sie davon abirrt, ist sie rechtswidrig.

Jaenicke: Man muß einen Unterschied machen zwischen der Rechtmäßigkeit und Rechtswidrigkeit im Privatrecht und im öffentlichen Recht. Das Privatrecht grenzt den Rechtskreis der einzelnen Person ab; jede Überschreitung dieses Rechtskreises ist prima facie rechtswidrig und muß gerechtfertigt werden. Ganz anders ist es, wenn der Staat handelt. Staatliche Maßnahmen greifen immer in den Rechtskreis des Adressaten oder sonst Betroffener ein. Hier hängt die Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit nur davon ab, ob der Eingriff, so wie er vorgenommen worden ist, vom Gesetz gestattet worden ist oder nicht, und zwar in der Situation, in der der Beamte gehandelt hat, und nicht — insoweit stimme ich Herrn Leisner nicht zu — unter der ex post Betrachtung, was daraus geworden ist. Wenn das Gesetz dem Beamten gestattet, hier zu schießen, dann ist das rechtmäßig, gleich was daraus wird. Man kann nicht ex post sagen: der Schuß hat den Verbrecher getroffen, also ist er rechtmäßig; der Verbrecher ist schnell zur Seite getreten, ein anderer ist getroffen worden, infolgedessen ist es dann rechtswidrig. Man kann also eine Handlung des Staates — eines Staatsorgans — nur von dem Gesichtspunkt aus beurteilen, ob sie im Augenblick des Tuns durch das Gesetz gedeckt war oder nicht. Die Folgen: entweder kein Ausgleich, wenn es den Verbrecher traf; Aufopferung, wenn es einen Unbeteiligten traf. Das ist m. E. einfacher als die schwierigen Fragen der Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit.

Scheuner: Meine Herren, ich darf von den speziellen Fragen, in denen im Augenblick die Diskussion schwebt, zunächst noch

einmal zu den allgemeinen zurücklenken, um dann wieder zu diesen speziellen Fragen zurückzukehren. Ich glaube, wir müssen uns bei der Betrachtung des Systems der Entschädigung vor Augen führen, daß sich in ihm verschiedene Gedankenströme und institutionelle Einrichtungen unseres Rechtes heute überschneiden, die, wie das 19. Jahrhundert meinte, weit getrennt waren. Der Ausgangspunkt der Aufopferung ist derselbe wie der der Enteignung gewesen. Mir ist nicht ganz klar, wie Herr Kollege Bettermann meinen kann, daß die Enteignung ein Unterfall der Aufopferung sei und daß dennoch nur die Aufopferung die Lastengleichheit zum Gegenstand habe. Nach meiner Auffassung ist es vielmehr so, daß der Gedanke der Lastengleichheit der alte, objektive Gedanke des 18, Jahrhunderts ist, aus dem die Enteignung als ein spezieller Unterfall im 19. Jahrhundert abgespalten wurde. Dieser Gedanke stellt nicht einmal so sehr auf Rechtmäßigkeit und Rechtswidrigkeit, sondern er stellt auf den Erfolg ab, nämlich auf die Wirkung für den Betroffenen im Verhältnis zu der Lage anderer Staatsbürger. Es ist also noch ein Stück des Denkens des 18. Jahrhunderts, das nicht vom Eingriff her dachte, sondern vom geschützten Recht aus. Man kann das ganze System, das wir vom Verwaltungsakt und Eingriff her aufbauen, auch vom Erfolg, vom eingetretenen Ergebnis her errichten. Von einem solchen Ausgangspunkt gehen Aufopferung und Enteignung aus. Darum bereiten diese Institute in unserem heutigen System so erhebliche systematische Schwierigkeiten.

Umgekehrt ist die Staatshaftung von einer völlig anderen Seite gekommen. Das 18. Jahrhundert vertrat — z. T. bis tief in das 19. Jahrhundert — den Standpunkt, daß der Beamte von seinem Fürsten überhaupt nur angestellt wird, um rechtmäßig zu handeln. Handle er unrechtmäßig, so habe er das auf seine Kappe zu nehmen. Erst allmählich hat in einer langen und heftigen Auseinandersetzung die Wissenschaft dem Staate abgerungn, daß er für den Beamten, den er mit Autorität versieht, auch irgendwie eine Haftung übernimmt. Die Amtshaftung ist also eine neuere Lösung, die nun auf zwei Wegen hätte gefunden werden können. Entweder über den von Herrn Leisner heute früh mit Recht erwähnten Gedanken eines fehlerhaften Funktionierens des öffentlichen Amtsapparates, ohne daß man dabei den speziellen Beamten ins Auge faßt; solche Gedanken sind auch in Deutschland in der Mitte des 19. Jahrhunderts, z. B. von Zachariä, vorgetragen worden. Wir haben uns in Deutschland aber unter der Einwirkung der romanistischen Wissenschaft stärker an das Zivilrecht angelehnt und die Amtshaftung als Deliktstatbestand dort untergebracht.

Das hat das deutsche Amtshaftungsrecht in der Folge weitgehend bestimmt und dazu geführt, daß es in einem — darin würde ich Herrn Leisner in seinem prinzipiellen Ansatz durchaus zustimmen — allzu starken Maße auf den Gedanken der individuellen Schuld eines Staatsorgans abstellt. Dieses individuelle Schuldmoment — das hat Herr Leisner in Übereinstimmung auch mit zivilistischen Arbeiten der neueren Zeit vollkommen richtig dargestellt — hat der Bundesgerichtshof fast ganz abgeschliffen. Er hat den Begriff des Beamten uferlos erweitert, er hat den der Amtspflicht immer mehr ausgedehnt, allerdings nicht so weit, daß, wie gestern gesagt wurde, z. B. die Veranstaltung einer Inflation oder eine verfehlte Währungspolitik bereits darunter fiele. Er hat endlich den Verschuldensbegriff in einer Weise normativiert, daß Vorwerfbarkeit sittlicher und ethischer Natur reduziert erscheint auf die Erfüllung eines Normaltyps, so daß demjenigen, der das Normalquantum an Sorgfalt nicht erfüllt, bereits daraus ein Vorwurf gemacht wird. Wir haben das in der krassesten Form im Verkehrsrecht. Wer sich an das Steuer eines Wagens setzt, ohne die erforderliche Sicht und Umsicht zu haben, handelt eben schon damit fahrlässig.

Mir ist aus den Ausführungen der heutigen Referenten deutlicher geworden, als es mir bisher war, daß es unrichtig wäre zu meinen, man könne sich entweder auf ein rein objektives oder auf ein rein aus dem Amtshaftungsgedanken kommendes Prinzip stützen. Wir werden nicht umhin können, beide Gedanken in einem gewissen Umfang fortzuführen. Allerdings fragt es sich, wo ihre Abgrenzung oder wo ihre Überschneidung liegt. Die Aufopferung können wir aus vielen Gründen nicht aufgeben. Sie greift über den Bereich, von dem wir hier sprechen, weit hinein in den Bereich auch rechtmäßiger Handlungen. Ich stimme Herrn Bettermann in keiner Weise darin zu, daß die Aufopferung nur noch für Personenschäden von Bedeutung sei. Das ist viel zu eng. Die Aufopferung ist die Ergänzung des spezifisch und enger gefaßten Enteignungsbegriffes, der trotz aller Erweiterung, die er in Art. 14 GG erfahren hat, immer noch deutlich auf gewisse Vermögenseingriffe abgestellt ist.

Wir werden aber auch eine Staatshaftung in dem Sinne einer besonders abgegerenzten Haftung für bestimmte fehlgehende Staatshandlungen nicht entbehren können. Hier liegt, glaube ich, der schwierigste Punkt der Darlegungen von Herrn Leisner. Herr Leisner hat versucht, uns deutlich zu machen, daß die Möglichkeit eines Überganges zu einer objektiven Haftung, die ich für in der Anlage der ganzen Entwicklung begründet

halte, sich doch noch binden lasse an ein persönliches Element, an ein Element der Verantwortung, und zwar durch den Begriff der Rechtswidrigkeit. Ich stimme ihm darin bei, daß man diesen Begriff für jede Form der Amtshaftung streng festhalten muß. Die Frage ist aber, ob das genügt. Das Schweizer Gesetz hat sie positiv beantwortet, aber es enthält doch, wie ich glaube, immer noch gewisse Rücksicherungen, so daß hier eine uferlose Haftung nicht eintreten kann. Wenn wir zu einer Haftung für jeden rechtswidrigen Staatsakt übergingen, so würde bei der Anlage unseres Rechtsschutzsystems und unserer Lehre von der Rechtswidrigkeit und Nichtigkeit von Staatsakten u. U. eine zu weite Haftung entstehen. Ich sage das nicht unter fiskalischen Gesichtspunkten. Hier hat Herr Ehmke mit vollem Recht darauf aufmerksam gemacht, daß alle Versuche, billig zu enteignen oder Leute, die der Staat schädigt, nicht zu entschädigen, in der Zeit des Sozialstaates nicht nur überholt, sondern nach meiner Überzeugung sogar verfassungswidrig sind. Ich möchte aber darauf hinweisen, daß ein Akt, der in der zweiten oder dritten Instanz aufgehoben wird, nachher aufgrund einer Lehre, die nur die Rechtswidrigkeit betont, möglicherweise eine Haftung nach sich zöge. Wie mir Herr Imboden freundlicherweise gesagt hat, erfolgt in der Schweiz die Aufhebung ex nunc. Hier kann, ähnlich wie in Österreich, eine rückwirkende Haftung nicht entstehen. Auch die Frage der Haftung für ein Gesetz würde sich immer erledigen, wenn der Spruch des Bundesverfassungsgerichts über die Ungültigkeit ex nunc und nicht ex tunc wirkte. Allerdings ergibt sich eine wesentliche Einschränkung der Haftung unter einem Rechtssystem wie dem deutschen, das eine allgemeine verwaltungsgerichtliche Anfechtbarkeit kennt. Hier kommt, wenn keine Rechtsmittel eingelegt sind, das Mitverschulden des Betroffenen hinzu. Trotzdem meine ich — und hier scheint mir die Schwäche der Leisner'schen Ausführungen zu liegen —, daß ein zusätzliches Moment zur Rechtswidrigkeit noch erfordert wird. Der Begriff des Verschuldens hat auch in der Abschleifung, in der er heute vorliegt, noch die Funktion, äußerste Fälle, in denen eine Haftung nicht mehr billig erscheint, abzuwehren.

Herr Leisner hat mit Recht darauf hingewiesen, daß diese Fragen de lege lata gar nicht mehr behandelt werden können. Der Bundesgerichtshof ist dazu übergegangen, unser geltendes Recht sozusagen aufzulösen und durch ein neues System zu ersetzen. Durch das Vorschieben der Aufopferung hat er die Systemgrenzen bereits verwischt. Es kann sich also nur darum handeln, daß wir — sei es, daß wir an den Gesetzgeber apellieren, sei es an die praetorische Rechtssprechung — dahin wir-

ken, daß klarere Linien gezogen und eingehalten werden. Im Ergebnis würde ich meinen, sollte man die Verschuldenshaftung nur mit Vorsicht abbauen. Sie enthält eine zusätzliche Grenze, die man freilich vielleicht auch darin finden könnte, daß man die Amtspflicht deutlicher präzisiert.

Zum Begriff der Rechtmäßigkeit darf ich noch sagen, daß mir die Tendenz von Herrn Jaenicke richtig erscheint, auf die Handlung und nicht auf den Erfolg zu sehen. Eine Handlung, die gesetzlich berechtigt und geboten war, ist unter allen Umständen rechtmäßig. Darum sehe ich die Impfhandlung mit dem nachteiligen Erfolg für rechtmäßig an. Dagegen sehe ich den auf den fliehenden Dieb abgegebenen Schuß, der einen Passanten trifft, als unrechtmäßig an, wenn innerhalb der Legalitätsgrenze dieser Schuß hätte unterbleiben müssen. Daß hier die Grenzen außerordentlich schwer zu ziehen sind, hat die Debatte ergeben, und hier sollte wohl auch die Hilfe der Zivilistik und der Strafrechtswissenschaft von uns noch einmal angerufen werden. Jedenfalls ist die Möglichkeit, eine Grenze zu ziehen, nur gegeben, wenn man streng daran festhält — da bin ich völlig mit Herrn Leisner einig —, daß die Handlung nicht vom Erfolg allein bewertet werden kann. Eine Handlung wird nicht dadurch rechtswidrig, daß der Erfolg unangenehm ist, sondern sie ist rechtswidrig oder rechtsmäßig je nachdem, ob sie im staatlichen Legalitätssystem geboten ist.

Die Gefährdungshaftung scheint mir innerhalb dieses Systems mehr oder weniger entbehrlich. Sie ist im Grunde nur eine besondere Präzisierung der adäquaten Kausalität. Sie ist eine Kausalitätsvermutung oder auch eine Rechtswidrigkeitsvermutung und hat im wesentlichen die Funktion, einen entstandenen Schaden auf alle Fälle mit einer Haftung zu verbinden. Sie beruht auf einem Gedanken, der das Begriffspaar rechtmäßig-rechtswidrig nicht in seinen Grundlagen verschiebt oder verändert. Ich meine auch mit Herrn Leisner, daß für den Staat der Gedanke der Gefährdungshaftung weniger geeignet erscheint, so sehr er sich bei einzelnen Fallgruppen aufdrängen mag. Endlich scheint mir richtig zu sein — und das hat mich eigentlich am stärksten an den Ausführungen von Herrn Leisner beeindruckt — daß wir uns davor hüten sollten, durch eine Ausdehnung des Aufopferungsgedankens in eine uferlose Sozialstaatlichkeit hineinzugleiten, die dann allein vom Erfolg und im Vergleich dieses Erfolges mit der Lage anderer zu einfachen Ersatzleistungen gelangt. Das ist der Fall der RVO und ähnlicher Gesetze. Gegen eine solche Lösung sprechen erhebliche Bedenken aus dem Persönlichkeitsideal unserer Verfassung. Eine objektive, vorsichtig durch weitere

Merkmale eingegrenzte Haftung ist m. E. das Ziel, zu dem sich die Staatshaftung erweitern sollte, Hand in Hand mit einer zugleich eintretenden Erweiterung der Aufopferung. Ich würde allerdings glauben, daß die Erweiterung des Aufopferungsgedankens auf rechtswidrige Handlungen keine gute Entwicklung ist und abgebrochen werden sollte.

Ipsen: In der Generallinie unterstreiche ich nachdrücklich die Auffassung von Herrn Bettermann. Mir liegt nur noch daran, auf eine gefährliche Wendung aufmerksam zu machen, die Herr Leisner gebraucht hat und die eben auch in den Ausführungen von Herrn Scheuner durchklang. Danach schien es so, als ob das Institut der Aufopferung und offenbar auch der Enteignung in das Sozialstaatsprinzip hineingehöre. Davon kann schlechterdings nicht die Rede sein, denn Aufopferung und Enteignung gehören in jene Zielbestimmungen und Ordnungsgesichtspunkte hinein, die nach meiner Auffassung in ausgesprochenem Maße solche der Rechtsstaatlichkeit sind. Das möchte ich sehr mahnend unterstreichen, vor allen Dingen auch im Zusammenhang mit dem Komplex der Reparationsschäden, der Auslandsschäden etc., und ferner der Bereiche, die etwa angesprochen sind im 6. Abschnitt des Überleitungsvertrages mit der eigenartigen Vorsorgeklausel, in der die Bundesrepublik erklärt hat, Vorsorge treffen zu wollen für die Entschädigung. Diese Klausel wird heute von den zuständigen Ressorts des Bundesfinanzministeriums unter das Thema Lastenausgleich im engsten Sinne der bisherigen Lastenausgleichsgesetzgebung gefaßt, also: Prädikat Sozialstaatlichkeit, wie Herbert Krüger es in seinem Gutachten zu den Reparationsfragen formuliert hat. — Man glaubt, mit dieser Gesetzgebung das gesamte Problem aus den rechtsstaatlichen Erwägungen ausklammern zu können mit der Konsequenz, daß damit alle jene Personen ausgeschieden werden, die das Malheur haben, nur juristische Personen zu sein. Eine solche bedenkliche Entwicklung wird gefördert, wenn Herr Leisner und eben auch Herr Scheuner glauben, die Aufopferung und die Enteignung in die Sozialstaatskomponente einfügen zu dürfen. Davor nachdrücklich zu warnen, war mein Anliegen in Ergänzung zu dem, was Herr Bettermann ausgeführt hat.

Pfeifer: Wir haben den Fall der Enteignung in Österreich leider nicht so geregelt, wie er in Art. 14 GG geregelt ist. Unser Staatsgrundgesetz von 1867 entstand in einer hochliberalen Zeit. Damals hat man in den Art. 5 einfach hineingeschrieben: „Das Eigentum ist unverletzlich. Eine Enteignung gegen den

Willen des Eigentümers kann nur in den Fällen und in der Art eintreten, welche das Gesetz bestimmt." Kein Wort von Entschädigung. Aber vorangegangen war das ABGB von 1811, dessen § 365 bestimmt: „Wenn es das allgemeine Beste erheischt, muß ein Mitglied des Staates gegen angemessene Schadloshaltung selbst das vollständige Eigentum einer Sache abtreten." Und nun ist eine der Meinungen, die insbesondere von Kollegen Spanner, aber auch von mir[1]) vertreten wird, die, daß der Verfassungsgesetzgeber von 1867 in dem Art. 5 unter dem Begriff der Enteignung mitbegriffen hat, daß die Enteignung in einem Rechtsstaat, der das Eigentum für unverletzlich erklärt, eben nur gegen angemessene Entschädigung zulässig ist. Ich glaube, daß wir das auch mit dem Gleichheitssatz verfassungsrechtlich voll begründen können. Dieser Gleichheitssatz war schon in Art. 2 des Staatsgrundgesetzes von 1867 festgelegt.

Durch den bekannten Forderungsverzicht in Art. 23 § 3 des Staatsvertrages von Wien von 1955 hat Österreich auf alle noch offenen Forderungen von Österreichern gegen Deutschland oder deutsche Staatsangehörige verzichtet. Zu den betroffenen Gläubigern gehören u. a. alle öffentlichen Bediensteten, die von 1938 bis 1945 gedient und Ruhegenußansprüche gegenüber dem Deutschen Reich erworben haben. Hier schweigt der Staatsvertrag über eine Entschädigungspflicht, und doch leite ich aus den allgemeinen Grundsätzen, die ich eben vorgetragen habe, ab: Wenn ein Staatsvertrag auf Forderungen seiner eigenen Staatsangehörigen verzichtet, so ist das nicht anderes als eine entschädigungspflichtige Enteignung. Es ist hier kraft österreichischen Rechtes nicht anders als in den Fällen, wo ausdrücklich im Staatsvertrag steht, daß Österreich die Entschädigung übernimmt. Dies steht nämlich immer dann dort, wenn an sich die Alliierten, die den Staatsvertrag mit Österreich abgeschlossen haben, selbst hätten entschädigen müssen. In diesen Fällen haben sie Wert darauf gelegt, daß die Entschädigungspflicht auf Österreich überwälzt und festgelegt wurde. Die Entschädigungsverpflichtung ergibt sich aber aus allgemeinen Grundsätzen der Verfassung und des Völkerrechtes: aus der Unverletzlichkeit des Eigentums und aus dem Gleichheitssatz.

Mir schiene es im übrigen wichtig, den Gedanken der Amtshaftung, der bei Ihnen schon viel länger als bei uns gesetzlich ausgeprägt ist, dahin zu erweitern, daß er nicht bloß auf Beamte Anwendung findet, die Gesetze anzuwenden haben und dabei schuldhaft fehlen, sondern, daß auch diejenigen, die ver-

[1]) Vgl. meine Aufsätze ÖJZ 1958, S. 255 ff. u. 284 ff. sowie ÖJZ 1962, S. 477 ff. und das dort angeführte Schrifttum.

fassungswidrige Gesetze ausarbeiten und beantragen, in diese Haftung einbezogen werden, denn das verfassungswidrige Gesetz ist ja noch viel schlimmer als eine fehlerhafte Anwendung des Gesetzes.

Münch: Die bisher erhobenen Bedenken teile ich, und ich glaube, was Herr Leisner inzwischen dazu gesagt hat, hat sie noch nicht ausgeräumt. Ich möchte gleich von vornherein sagen, daß das Referat von Herrn Leisner, so sehr es kritisiert worden ist, mir im Grundsatz und mit dem Mut, mit dem es vorgegangen ist, außerordentlich sympathisch ist. Denn es ist doch so, daß das gegenwärtige Staatshaftungsrecht aus ganz disparaten Quellen historisch abgeleitet wird. Wenn ich Staatshaftungsrecht vorzutragen habe, werden mir stets die Schwierigkeiten einer Systematik bewußt, und ich stelle es darum als case law dar. Das ist natürlich ein unbefriedigender Zustand. Deshalb begrüße ich den Mut, mit dem Herr Leisner vorgegangen ist. Aber ich meine, daß sich das Problem nur verschiebt und nicht löst. Ich denke dabei an den Begriff des Unfalls, den Begriff des Nachteiles. Wie unterscheiden wir den Nachteil, der als unvermeidlich zu tragen ist, den Unfall, der vielleicht ein anormaler Nachteil genannt werden kann, von dem Schaden, der juristisch relevant ist? Der Schaden ist der rechtswidrige Nachteil, aber woher nehmen wir die Kategorie, um die Rechtswidrigkeit zu bestimmen? Das ist etwas, was mir noch nicht geklärt zu sein scheint. Man sagt uns, vom Erfolg aus gehe es nicht. Ja, geht es denn dann von der Intention der Handlung aus? Das würde sich dem Verschulden wieder sehr nähern, und dann frage ich mich, ob Herr Leisner nicht hier eine Vorstellung aus der finalen Handlungslehre des Strafrechts ins Verwaltungsrecht zu transponieren im Begriff ist. Und wenn ich jetzt einmal ad absurdum argumentiere: wie steht es mit dem Krieg und mit den Kriegsschäden? Sind die Kriegsschäden, die ich als anormale Schäden ansehe, nun sämtlich rechtswidrig? Ich glaube, es gibt eine französische Entscheidung, der zufolge Kriegsschäden vom Staate ersetzt werden müssen, wenn sie durch die eigene Armee zugefügt sind. Eine andere Frage: Soll es beim Zivilrecht bleiben, soweit es jetzt schon auf den Staat angewandt wird? Wenn das Zivilrecht die Gefährdungshaftung ausdehnt, dann wäre es ja unter Umständen möglich, alles von ihm zu übernehmen, was beim Staat noch zu fehlen scheint. Schließlich: Auch ich teile die Bedenken, die Herr Leisner gegen die Auswüchse des Versicherungsdenkens vorgetragen hat, aber ich weiß nicht, ob das Argumente sind, die man dogmatisch de lege lata in die

Diskussion einflechten kann; ich glaube, daß dies allenfalls de lege ferenda möglich ist.

Weber: Bei der Frage, ob die Weiterentwicklung mehr nach dem Amtshaftungsrecht oder nach dem öffentlich-rechtlichen Entschädigungsrecht ausgerichtet werden solle und könne, hat sich Herr Jaenicke entschieden für den Ausbau des Aufopferungsanspruchs, Herr Leisner für den der Amtshaftung ausgesprochen. Herr Leisner hat es dabei zur wesentlichen Voraussetzung dieser Option erklärt, daß die Pauschalentschädigung, die sich nach seiner Vorstellung mit der öffentlich-rechtlichen Entschädigung und dem Aufopferungsanspruch verbindet, ein Minus, eine geringerwertige Entschädigung gegenüber dem Schadensersatz gemäß dem BGB darstelle.

Diese Prämisse ist anfechtbar und bedarf der Überprüfung. Es ist richtig, daß es eine Reihe von älteren Entscheidungen des Reichsgerichts und Auffassungen in der Theorie gibt — auch der Bundesgerichtshof hat noch gelegentlich Anklänge in dieser Richtung deutlich werden lassen —, denen zufolge die öffentlich-rechtlich Entschädigung immer eine Art von Selbstbehalt — wenn ich diesen Terminus des Versicherungsrechts verwenden darf — in sich schließt. Die kompromissarische und höchst dubiose Klausel der Interessenabwägung von Art. 14 Abs. 3 scheint dies zu legitimieren. Aber wie mit Recht schon von Herrn Scheuner, indem er auf die Entstehungsgeschichte hinwies, und von Herrn Ipsen, indem er hinwies auf das rechtsstaatliche Element des Aufopferungsanspruchs, hervorgehoben wurde, ist es keineswegs richtig, zu meinen, daß der öffentlich-rechtliche Entschädigungsanspruch ein Minus bedeute gegenüber dem Schadensersatzanspruch des bürgerlichen Rechts. Wie Herr Bettermann mit Recht ausgeführt hat, kann ja auch der Schadensersatzanspruch des bürgerlichen Rechts unter dem vollen Schaden bleiben. Insofern bedarf also diese Prämisse der Überprüfung, und ich darf, da hier mehrfach erklärt worden ist, daß in der öffentlich-rechtlichen Entschädigung der entgangene Gewinn nicht enthalten sei, doch darauf hinweisen, daß es eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs gibt, die allerdings nicht in der amtlichen Sammlung, sondern, wenn ich mich recht erinnere, in der NJW abgedruckt ist, in der dieser entgangene Gewinn mit entschädigt worden ist; und das muß auch in der Tat je nach Lage des Falles geschehen.

In diesem Zusammenhang darf ich, Herr Bettermann, doch auch noch eine kleine Lanze für die Anwendung des Art. 3 in der berühmten Entscheidung des Bundesgerichtshofs brechen. Sie ist nicht so zu verstehen — obwohl sie so verstanden wer-

den kann —, als ob nun der ganze Aufopferungsanspruch sozusagen aufgestockt werden soll auf dem Gleichheitsprinzip und der ganze Bereich des Art. 14 beiseitegeschoben werden soll, sondern der Bundesgerichtshof stellt sich doch die Frage: wie muß die Entschädigung bemessen werden, nach welchen Grundsätzen? Da kommt er eben mit der Interessenausgleichsklausel des Art. 14 Abs. 3 nicht weiter, das kann er auch gar nicht, sie ist im Rechtsstaat nicht recht unterzubringen. Er muß sich deshalb an Art. 3 orientieren. Herr Scheuner hat die hier einschlägigen historischen Grundlagen im 18. Jahrhundert angedeutet. M. E. ist es ganz richtig, daß, wenn ein Sonderopfer auferlegt wird, dieses Sonderopfer dann eben als Sonderopfer wieder ausgeglichen werden muß, d. h. daß der Pegelstand vor dem Opfer wieder angefüllt werden muß, wenn ich mich abgekürzt so ausdrücken darf.

Die Verflüchtigung des Verschuldenserfordernisses bei der Amtshaftung ist zweifellos in der Judikatur in vollem Gange, und daraus hat Herr Leisner Nutzen gezogen. In diesem Zusammenhang wäre auch hinzuweisen auf die Behandlung des öffentlich-rechtlichen Verwahrungsverhältnisses, wo ebenfalls ein Haftungsbestand, praktisch ohne Verschulden, von der Rechtsprechung entwickelt worden ist. Die Fälle des § 537 Reichsversicherungsordnung, die Herr Dürig mit Recht erwähnt hat, sind doch wohl zu stark bagatellisiert worden durch den Hinweis, das sei Versicherung und Versicherung wollten wir nicht. Tatsächlich ist das gar nicht Versicherung, sondern nur eine Anwendung von Versicherungstechniken, um in Fällen, in denen solches nötig ist, einen sehr raschen, sehr zuverlässigen Ablauf der Schadensregulierung zu haben. Soll ein Verunglückter, während er im Krankenhaus seine schweren Schäden auskuriert, deswegen zunächst noch lange Prozesse führen? Nein, da greift sofort der technische Automatismus der Quasi-Versicherung ein. Man bedient sich hier nur einer Vereinfachungsmethode, die für die praktische Lösung solcher Fälle außerordentlich nützlich ist. Das ließe sich wahrscheinlich noch ausdehnen. Ich möchte nur davor warnen, solche Lösungen unter dem Gesichtspunkt beiseitezuschieben, das sei eben sozialstaatlich und nicht rechtsstaatlich, das sei nicht dem Menschenbilde unserer Zeit gemäß, das sei zu wenig auf das Individuum abgestellt.

Nur noch ein Gesichtspunkt zur Amtshaftung. Wenn man in der Verwaltung tätig war, weiß man, welch außerordentlich disziplinierende Rolle für die Tätigkeit der Verwaltung der Amtshaftungsparagraph spielt, und zwar gerade deswegen, weil er auf die Verantwortung des einzelnen Beamten mit abstellt.

Das liegt im Verschuldenserfordernis einerseits und in der Regreßmöglichkeit andererseits. Wenn ich nun einen rein objektivierten Tatbestand der Betriebsstörung bilde, dann ist mit großer Sicherheit vorauszusehen, daß die unmittelbare Verantwortlichkeit sich sehr stark abflacht in der Vorstellung der großen Masse von Beamten, die hier angesprochen sind. Das ist ein Moment eigener Art, das man, meine ich, verwaltungspolitisch betrachten und würdigen muß; vom Verantwortungsbewußtsein in der Verwaltung und an der Erhaltung menschlicher Züge im Verwaltungsbetrieb könnte manches verlorengehen, wenn man den Haftungstatbestand abwandeln wollte in Richtung auf rein objektivierte Betriebsunfälle, Betriebspannen. Die Betriebspannen sind dann eben „in Kauf zu nehmen", der Geschädigte bekommt im Ergebnis sowieso seinen Ausgleich, also kommt es auf die Frage nach der Verantwortlichkeit nicht mehr so sehr an.

Stern: Ich möchte nur ganz kurz auf das Problem des legislativen Unrechts zu sprechen kommen, also das, was im System von Herrn Prof. Jaenicke als Schäden durch Rechtsnormen angezeigt worden ist. Ich bin ganz mit ihm der Meinung, daß das Amtshaftungsproblem hier keine Lösung bietet. Das Amtshaftungsrecht ist ja auf die ganz andere Funktionsgruppe der Exekutive, nämlich des Jemand im Sinne des Art. 34 GG oder des Beamten im Sinne des § 839 BGB zugeschnitten. Wenn ich Herrn Prof. Jaenicke recht verstanden habe, will er das allerdings auch für die delegierte Rechtsetzung gelten lassen. Nun, ich weiß nicht, ob man nicht mindestens für die Selbstverwaltungskörperschaften hier eine Ausnahme machen sollte. Wir kennen in unserem bayerischen Kommunalrecht eine Bestimmung, daß der Bürgermeister rechtswidrige Beschlüsse des Gemeinderats, darunter können auch Satzungen fallen, zu beanstanden und zu inhibieren hat. Hier wäre möglicherweise dieser Jemand, der rechtswidrig und schuldhaft handelt, zu fassen und im Sinne des Amtshaftungsrechts haftbar zu machen. Denkbar wäre das auch insofern, als der Jemand eine Aufsichtsbehörde ist, die nicht beanstandet.

Zeidler: Die Frage von Herrn Dürig scheint mir noch nicht beantwortet zu sein. Wenn ich Ihre These, Herr Leisner, einmal als Axiom hinnehme, nämlich daß Sie die Schuld aus dem Haftungstatbestand herausnehmen und allein auf die Rechtswidrigkeit abstellen, so sind Sie noch die Antwort darauf schuldig: Kann ein Sachverhalt mit dem Prädikat „rechtmäßig", „rechtswidrig" belegt werden, hinter dem keine menschliche Handlung steht? Nach meiner Überzeugung gibt es

diese Prädikate „rechtmäßig", „rechtswidrig" nur für menschliche Verhaltensweisen. Die von Herrn Dürig aufgeworfene Frage der Fehler durch eine heißgelaufene Welle ist auch nicht durch Herrn Jaenicke beantwortet, es sei denn, daß man also generell sich darauf einigt, im Öffentlichen Recht könne man auf diesen Bezug von Rechtsnorm und menschlicher Verhaltensweise verzichten. Herr Jaenicke schlägt für diese technischen Fehler eine besondere Garantiehaftung vor. Ich möchte gern fragen, ob es sich hier nur noch um einen terminologischen Streit handelt, ob wir diese besondere Garantiehaftung dann auch Gefährdungshaftung nennen können. Es ist doch, wenn ich sie recht verstanden habe, eine Haftung ohne Verschulden?

Jaenicke: Ja.

Zeidler: Und genau das scheint mir nach der herkömmlichen Terminologie die Gefährdungshaftung zu sein. Insofern würde ich hier noch um einige Aufklärungen bitten.

Jaenicke: Die Frage der besonderen Gefahr, betrachte ich, genau wie Herr Scheuner, lediglich als einen Kausalitätsfaktor. Die Frage ist, ob ich eine Haftung ohne Verschulden gelten lassen will. Das können Sie Gefährdungshaftung nennen, wenn Sie unter Gefährdungshaftung das Synonym für Erfolgshaftung oder Haftung ohne Verschulden verstehen, was terminologisch vielleicht nicht ganz richtig ist. Aber ich glaube, darüber sind wir einig: Eine solche Haftung ohne Verschulden sollte nur für dieses technische Versagen und nur dann gelten, wenn der Betroffene sich dieser Einrichtung bedienen m u ß; wenn er freiwillig staatliche Einrichtungen in Anspruch nimmt, liegt die Sache schon anders.

Merk: Nur noch eine kurze Bemerkung. Es ist von Schadensersatz gesprochen worden im Falle der Aufhebung eines Urteils durch eine höhere Rechtsstufe. Ansätze für eine solche Regelung finden sich schon in § 717 ZPO, bei vorläufiger Vollstreckbarkeit, die später aufgehoben wird, und ebenso bei der Aufhebung von Arresten und einstweiligen Verfügungen in § 945. Eine entsprechende Regelung findet sich in § 123 VwGO. Hier ist eine gegenständliche, also objektive Haftung ohne Verschulden vorgesehen. Aber das sind besondere Fälle, die nicht ohne weiteres verallgemeinert werden dürfen.

Bettermann: Es ist um Handlung und Erfolg gestritten worden. Das ist eine alte Streitfrage, die seit einiger Zeit die zivil-

rechtliche Lehre wieder beschäftigt. Sie hängt zusammen mit der anderen Frage, wie sich Verschulden und Rechtswidrigkeit bei der Fahrlässigkeit verhalten. Bei der Amtshaftung kommt es auf die Handlung an, die den Tatbestand der Amtspflichtverletzung bildet. Die Handlung kann nur menschliches Handeln sein, und deswegen kommt es in den Polizistenfällen darauf an, ob nach geltendem Recht der Mann schießen durfte, und nicht, ob dabei jemand verletzt worden ist. Jede Körperverletzung ist nach meiner Auffassung rechtswidrig, wenn nicht ein besonderer Rechtfertigungsgrund vorliegt. Aber hier ist wesentlich, ob das Schießen, nicht der Schießerfolg, pflichtmäßig oder pflichtwidrig ist. Dasselbe gilt für den Streit um die Einbeziehung des Verschuldens in die Rechtswidrigkeit bei Fahrlässigkeitsdelikten. Auch das diskutieren die Ziviljuristen heute. Wenn ich recht sehe, ist inzwischen eine vermittelnde Lösung etwa dahin abzusehen: die Frage, was die im Verkehr übliche Sorgfalt erfordert, oder — bei der Amtshaftung — was die Pflichten eines getreuen Beamten erfordern, kann nur nach dem objektiven Recht beantwortet werden. Aber ob dem Beamten die Nichtbeachtung dieser geschriebenen und ungeschriebenen Sorgfaltsregeln zum subjektiven Vorwurf gemacht werden kann, ob ich schuldig bin, mein Gewissen angespannt habe oder nicht, das ist nicht Zufall, wie Herr Leisner meinte, sondern das ist und bleibt eine Frage der Schuld, der rechtlichen Verantwortlichkeit.

Ule: Wenn wir dem Vorschlage de lege ferenda folgen würden und das Verschuldensprinzip aus der Staatshaftung entfernen, würde das nicht zu einer Haftung des Staates führen, die sogar über den Umfang der Gefährdungshaftung im Zivilrecht weit hinausgeht? Im Zivilrecht stellt ja das eigene Verschulden des Geschädigten einen erheblichen Ausgleich der Gefährdungshaftung dar. Dieser Sachverhalt wird aber im öffentlichen Recht nur selten vorliegen. Wenn diese Prämisse richtig ist, führt dann nicht die These von Herrn Leisner zu dem Ergebnis, daß die Staatshaftung ohne Verschulden praktisch eine Gefährdungshaftung darstellt, bei der sozusagen der ganze Staatsverwaltungsbetrieb klassifiziert wird als ein gefährlicher Betrieb, so daß wir also gerade das, was wir bekämpfen, im Grunde genommen auf diesem Umwege doch wieder bekommen würden? Und vorhin haben Sie gesagt, Herr Leisner, man könne hier nicht differenzieren. Herr Bettermann hat sich dagegen ausgesprochen, und ich möchte ihm folgen. Ich glaube, wenn man im Zivilrecht differenzieren kann, dann muß auch die Möglichkeit bestehen, dies innerhalb

des öffentlichen Rechts, innerhalb der Verwaltung zu tun. Wenn man es überhaupt für notwendig hält, zu einem Institut der Gefährdungshaftung zu kommen, was ich prinzipiell zunächst einmal nicht akzeptieren möchte, dann scheint es mir doch auch notwendig zu sein, differenzierende Tatbestände herauszuarbeiten, bei denen eine solche Gefährdungshaftung in Betracht kommt. Ganz generell aber durch Wegnahme des Verschuldensprinzips einen Zustand herzustellen, der eine Gefährdungshaftung des Staates darstellt, scheint mir höchst bedenklich zu sein.

Leisner: Meine sehr verehrten Herren Kollegen, ich fühle mich in einer etwas schwierigen Situation, weil man auf so viele interessante, aber auch schwere Angriffe, doch nicht „leicht" antworten kann. Ich glaube, daß ich gerade Herrn Bettermann Dank schulde, weil er in seiner Intervention den Punkt angeschnitten hat, der mir entscheidend zu sein scheint, nämlich den der Methode. Man kann an die Fragen, die wir heute hier besprochen haben, mit zwei artverschiedenen Methoden herangehen. Ich bin nun weit davon entfernt zu glauben, daß die Methode, die ich heute in einer gewollten Akzentuierung verwendet habe, zu einer endgültigen Lösung führen kann. Aber selbst wenn sie nur der Erkenntnis gedient hat, daß derartige Methoden überhaupt nicht mehr oder nur in sehr beschränktem Maß verwendet werden dürfen, oder wenn das Weiterdenken der heutigen Probleme dazu führt, ist, so glaube ich, schon ein großer Teil dessen erreicht, was ich bewirken wollte.

Lassen Sie mich meinen Standpunkt noch einmal kurz auf die vielen Einwände hin zusammenfassen. Es kann keine Rede davon sein, daß das Verschulden verschwindet. Das Verschulden ist selbstverständlich abgesetzt von dem, was man die traditionelle Rechtswidrigkeit nennen kann und muß. Ich habe es deshalb als eine Art von „spezieller Rechtswidrigkeit" bezeichnet. Ich bin nur nicht mit Herrn Bettermann darin einig, daß hier eine konkret-individuelle Vorwerfbarkeit gegeben sein muß. Das scheint mir eine Besonderheit der strafrechtlichen Schuld zu sein, nicht des zivilrechtlichen Verschuldens, bei dem es sich nur um die Vorwerfbarkeit eines nicht dem Typ des Durchschnittsbeamten entsprechenden Verhaltens handelt, und das so eben doch ein Verstoß gegen Normen und nicht ein individuell konkreter Vorwurf ist. Und damit möchte ich doch diesen Hauptpunkt aufrechterhalten.

Wie die heutigen Diskussionen ergeben haben, ist folgendes entscheidend: Können wir hier überhaupt einen Rechtswidrig-

keitsbegriff einsetzen? Es ist gesagt worden, dies sei unmöglich, jedenfalls aber komme es nur darauf an, was der Betreffende in diesem Augenblick nach allen gesetzlichen Bestimmungen tun durfte. Hier liegt vielleicht die entscheidende Verschiedenheit der Betrachtungsweise. „Von ihm aus" betrachtet, durfte er schießen, aber „von oben" gesehen, von jemandem, der das ganze ohne Zeit sieht, durfte er nicht so handeln, und darauf allein kommt es bei der Rechtswidrigkeit an. Es ist selbstverständlich, daß dann kein Verschulden, keine spezielle Rechtswidrigkeit — wie ich es genannt habe — vorliegt.

Der Dreiteilung von Herrn Bettermann möchte ich widersprechen und zusammen mit Herrn Scheuner an der Zweiteilung festhalten, ja, ich glaube sogar, daß wir ursprünglich eine gewisse Einheit hatten. Herr Weber hat mit Recht unterstrichen, daß Entschädigungen und Schadensersatz eine Angleichungstendenz aufweisen. Ich habe auch versucht, das darzulegen. Dennoch bleibt ein entscheidender Unterschied. Dieser Unterschied ist nicht aufgehoben, wenn der Bundesgerichtshof in einem Fall ausnahmsweise auch für entgangenen Gewinn entschädigt, sondern wenn die Möglichkeit besteht, daß er es sich immer vorbehält, ob er es tut oder nicht. Nun einige Worte zu Herrn Zeidler. Man könnte vielleicht sagen, daß eine menschliche Handlung vorhanden sein muß. Insofern möchte ich mit Ihnen übereinstimmen. Aber dann treten die Schwierigkeiten auf, die Sie in Ihrem bekannten Aufsatz ja charakterisiert und heute wieder zusammengefaßt haben. Dazu möchte ich noch einmal das erklären, was ich bereits Herrn Dürig entgegenhielt: es ist ein Jemand da und dieser Jemand hat durch eine Unterlassung gehandelt. Daß er es nicht verhindern konnte — darin sind wir uns einig. Aber das Nicht-verhindern-können und damit die vollständige Schuldlosigkeit gibt es auch in vielen anderen Fällen. Daß kein Mechaniker das schadenstiftende Ereignis hätte voraussehen können, nimmt nur das Verschulden, nicht die Rechtswidrigkeit.

Herr Ipsen hat darauf aufmerksam gemacht, daß es nicht angehe, die Aufopferung allein unter den Sozialstaatsgedanken zu stellen. Damit stimme ich überein. Ich habe jedoch nur gesagt, sie stehe der Sozialstaatlichkeit näher, allerdings hinzugefügt: Die Aufopferung kommt aus einer bestimmten Art der Gleichheit, einem materiellen Gleichheitseinschlag. Diese führt in die Nähe der Sozialstaatlichkeit. Damit soll nicht behauptet werden, daß Sozialstaatlichkeit und Rechtsstaatlichkeit Gegensätze sind, im Gegenteil, ihre Versöhnung muß versucht werden.

Das Problem der heutigen Diskussion war die Abgrenzung der objektiven Haftung. Was heute dazu von mir gesagt

wurde, kann bei weitem noch nicht das letzte Wort sein. Eine Begrenzung der objektiven Haftung kann nicht so sehr in dem Gedanken des Mitverschuldens — denn das Verschulden darf hier nicht mehr bemüht werden, wenn es schon eliminiert wird, — sondern, wenn überhaupt in dieser Richtung, wie Herr Jaenicke bereits angedeutet hat, in einer gewissen Mitverursachung gesehen werden. Damit wird die angeblich so furchtbare Sprengwirkung der objektiven Haftung weiter vermindert. Ich glaube nach der Diskussion, daß noch eine weitere Begrenzung notwendig sein kann, die sich auf eine Ausscheidung äußerster Fälle, wie sie Herr Scheuner angedeutet hat, bezieht. Der Abbau des Verschuldens muß ferner mit größter Vorsicht vor sich gehen. Vielleicht hat sich auch manches Mißverständnis daraus ergeben, daß ich zunächst das gesamte Verschulden eliminiert habe, um es dann am Schluß doch weitgehend wieder einzuführen und zwar der Art, daß das Staatsaktprivileg eben nur durch das Verschulden überwunden werden kann. Damit ergibt sich auch nach meiner Auffassung, daß normalerweise die rechtswidrigen Handlungen, wenn es sich nicht um „Unfälle" handelt, eben doch nur bei Verschulden Schadensersatz auslösen.

Ich darf am Schluß sagen, daß die Diskussion für mich das angenehme Erlebnis gewesen ist, einige Stunden gefährlich leben zu dürfen, selbst wenn es keine Gefährdungshaftung geben sollte.

Jaenicke: Meine sehr verehrten Herren Kollegen, ich hoffe, daß ich sehr kurz sein kann, da Sie ja mit mir sehr glimpflich umgegangen sind und auch meine Thesen kaum angegriffen haben. Wir sind in unserem Streben nach Perfektionismus, nach einem perfekten, völlig lückenlosen Entschädigungssystem bestrebt, alle nur irgendwie möglichen Fälle befriedigend zu lösen. Wir haben uns hier sehr um die Frage bemüht, ob Grund für die Annahme eines neuen Haftungstatbestandes besteht. Es hat sich wohl gezeigt, daß es kaum Fälle gibt, die es rechtfertigen, einen neuen Haftungsgrund einzuführen, mit Ausnahme jener Fälle, die ich hier einmal die Zeidler-Fälle nennen will; für sie habe ich eine Lösung vorgeschlagen, die anscheinend von den übrigen Herren akzeptiert wird, de lege ferenda jedenfalls.

Herr Scheuner hat Bedenken geäußert gegen eine Ausdehnung des Aufopferungsanspruchs auf rechtswidrige Verwaltungsakte. Mein Bestreben ist es, eine uferlose Ausweitung der Entschädigungspflichten des Staates dadurch zu verhindern, daß ich bei rechtswidrigen Verwaltungsakten grundsätzlich nur die Aufopferung gelten lassen will und auch da nur bei Ein-

griffen in bestehende Positionen. Diese letztere Begrenzung ist notwendig: Man stelle sich nur vor, daß eine Gewerbeerlaubnis, um die nachgesucht wird, sich auf Jahre hinaus im Streit befindet und schließlich bewilligt wird. In diesem Fall müßte, weil die Ablehnung rechtswidrig war, nach der These von Herrn Leisner voller Schadensersatz gewährt werden. Es ist übrigens keineswegs eine Ausnahme, daß bei der Aufopferung der sogenannte entgangene Gewinn ersetzt wird. Vielmehr hat der Bundesgerichtshof wiederholt gesagt, der Entschädigungsanspruch umfasse bei der Aufopferung auch den Ersatz der normalerweise anfallenden Nutzungen, also insoweit Ersatz des entgangenen Gewinns mit Ausnahme der besondern Vorteile, die nur im konkreten Falle zu erwarten waren. Angesichts dieser Rechtsprechung erscheint es nicht vertretbar, bei allen rechtswidrigen Verwaltungsakten eine Haftung annehmen zu wollen, weil das tatsächlich zu weitgehende und m. E. ungerechtfertigte Entschädigungen zur Folge haben würde. Ich würde deshalb zwar die Aufopferung bei rechtswidrigen Verwaltungsakten für richtig halten, sie aber so, wie ich es getan habe, begrenzen; andererseits möchte ich die Amtshaftung beschränken auf die Verletzung wirklicher Amtspflichten. Amtspflichtverletzung und rechtswidriges Handeln decken sich keineswegs. Man braucht nur an die Ausführung eines verfassungswidrigen Gesetzes zu denken: Die Ausführung durch den Beamten ist gesetzmäßig, demnach auch amtspflichtgemäß, aber trotzdem rechtswidrig. Beschränkt man die Amtshaftung auf die Amtspflichtverletzung, so spielt die Frage des Verschuldens nicht mehr die große Rolle, weil die Feststellung einer Amtspflichtverletzung bereits den Schuldvorwurf impliziert. Denn wenn eine Amtspflicht verletzt wird, dann kann sie, wenn man einen objektiven Maßstab anlegt, also nicht auf den handelnden Beamten abstellt, in der Regel nur schuldhaft verletzt sein.

Nun noch kurz zu der Frage der Haftung für Regierungsakte und für Normen. Ich habe den Fall des Außenwirtschaftsgesetzes gebracht, wo aus wirtschafts- oder außenpolitischen Motiven heraus Ein- oder Ausfuhrbeschränkungen angeordnet werden können. Das Gesetz sieht ausdrücklich vor, daß in bestehende Verträge ohne Entschädigung eingegriffen wird. Ich meine aber, daß unter bestimmten Fällen aus dem Gesichtspunkt der Aufopferung doch eine Entschädigung gewährt werden sollte, nämlich dann, wenn der Schaden so außergewöhnlich ist, daß er nicht zu den normalen Lasten gehört, die der Staatsbürger zu tragen hat. Die entscheidende Frage ist, wieweit die Staatsbürger solcher Eingriffe hinnehmen müssen. Das Außenwirtschaftsgesetz geht offenbar davon aus,

daß ein Eingriff in einen bestehenden Vertrag grundsätzlich, auch wenn er Schäden zur Folge hat, für den einen mehr, für den anderen weniger, von dem Staatsbürger zu tragen ist, weil das eben das Risiko ist, das mit Außenhandelsgeschäften generell verknüpft ist. Der Staat muß die Möglichkeit haben, hier einzugreifen, und er kann nicht alles entschädigen. Dies gilt erst recht für Akte der auswärtigen Gewalt, wenn der Staat über Rechte und Ansprüche seiner Staatsangehörigen zu verfügen gezwungen ist. Auch diese Fälle können nicht in das normale Schema der Aufopferung eingebracht werden. Man kann nicht sagen, daß der Staat hier allein und unbeeinflußt handelt, sondern er wird seinerseits gezwungen, in einer bestimmten Weise zu handeln. Hier lassen sich nicht dieselben Maßstäbe anlegen wie dort, wo der Staat durch ein Gesetz in Rechte und sonstige vermögenswerte Positionen eingreift, und erst recht nicht, wo es sich um Kriegsfolgen handelt. Man muß hier, glaube ich, sehr vorsichtig sein, ehe man das Vorliegen eines entschädigungspflichtigen Sonderopfers bejaht. Nun zur Haftung für die delegierte Gesetzgebung: Nach meiner Ansicht kommt die Amtshaftung weder für die Gesetzgebung in Betracht noch für die delegierte Rechtsetzung. Darüber kann man verschiedener Meinung sein. Daß hier keine konkrete Amtspflicht dem einzelnen Bürger gegenüber vorliegt, wäre mir nicht das entscheidende Argument. Es ist interessant, in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, daß das amerikanische Bundesgesetz über die Staatshaftung für den Beamten, ausdrücklich Ermessensakte von der Haftung ausnimmt, und darunter würde insbesondere die Ausübung des delegierten Rechtsetzungsrechts fallen. Das geht sogar soweit, daß das amerikanische Bundesgesetz über die Amtshaftung sagt, daß die Ausführung einer Rechtsnorm, auch wenn sie verfassungswidrig oder rechtswidrig ist, niemals einen Amtshaftungsanspruch begründen kann, auch wenn sie später für verfassungs- oder rechtswidrig erklärt werden sollte.