

Vorlesung Staatshaftungsrecht

Dienstag, den 13. April 2004

A. Einführung

Zu Beginn einer Vorlesung sollen ein Überblick über den Stoff gegeben und dessen Gliederung erläutert werden. Bei der Vorlesung "Staatshaftungsrecht" ist das in besonderer Weise erforderlich, weil dieses Rechtsgebiet, im Unterschied etwa zum Verwaltungsverfahrensrecht, nicht in einem Gesetz zusammengefasst, sondern auf eine Vielzahl von Gesetzen verteilt ist; wichtige Anspruchsgrundlagen sind sogar überhaupt nicht gesetzlich geregelt, sondern sie beruhen auf Gewohnheits- oder Richterrecht.

Die Vorlesungsgliederung besteht darum aus einer Liste von Anspruchsnormen und Anspruchsinstituten. Diese Liste wirkt beim ersten Lesen wie zusammengewürfelt, und in der Tat sind es nur ein Merkmal, das allen Ziffern gemeinsam sind. Alle Gliederungsziffern beziehen sich auf Anspruchsnormen oder als Rechtsnormen nicht positivierten, richterrichtliche Anspruchsinstitute, bei denen Anspruchsgegner der Staat oder eine andere juristische Person des öffentlichen Rechts ist. Das Staatshaftungsrecht verpflichtet Hoheitsträger als solche. Staatshaftungsrecht ist gemäß der modifizierten Subjektstheorie öffentliches Recht. Als Sonderrecht des Staates schafft es ein Haftungsregime, das neben dem zivilrechtlichen Haftungsrecht, etwa den §§ 823 ff. BGB, steht.

Allerdings wäre es nur teilweise richtig zu sagen, dass immer dann, wenn es um die Haftung einer juristischen Person des öffentlichen Rechts geht, das Staatshaftungsrecht und nicht das zivilrechtliche Haftungsrecht zur Anwendung gelangt. Dies trifft nur als Grundsatz zu. Eine Ausnahme muss gemacht werden, wenn eine juristische Person des öffentlichen Rechts privatrechtlich handelt. Der Staat hat insbesondere bei der Erbringung von

Daseinsvorsorgeleistungen das Recht der Formenwahl und kann selbst öffentlich-rechtliche Aufgaben in den Rechtsformen des Privatrechts erfüllen. So ist der Betrieb einer Straßenbahn eine öffentlich-rechtliche Aufgabe der Kommunen. Diese öffentlich-rechtliche Aufgabe kann in Organisations- und Handlungsformen des Privatrechts erfüllt werden. Unterliegt das Benutzungsverhältnis (= Handlungsform) dem Privatrecht, so richtet sich auch die Haftung für Schäden im Zusammenhang mit dem Straßenbahnbetrieb nach Privatrecht, dies ohne Rücksicht darauf, ob die juristische Person, die die Straßenbahn betreibt, eine solche des öffentlichen oder des Privatrechts (Organisationsform) ist.

Die eben formulierte Regel muss also richtig lauten, dass eine juristische Person des öffentlichen Rechts dann nach Staatshaftungsrecht haftet, wenn haftungsauslösend ihre öffentlich-rechtliche Tätigkeit ist. Haftungsfälle, die aus dem zivilrechtlichen Handeln einer juristischen Person des öffentlichen Rechts resultieren, werden ebenso nach zivilrechtlichem Haftungsrecht reguliert wie Haftungsfälle, die sich aus dem Handeln einer natürlichen Person oder einer juristischen Person des Privatrechts ergeben. Der Ausnahmefall einer zivilrechtlichen Haftung des Staates oder sonstiger juristischer Personen des öffentlichen Rechts ist Thema am 4. Mai 2004. Als Anspruchsgrundlagen wären hier zu nennen: die §§ 831, 278, 89 I und 31 BGB. Alle anderen Gliederungspunkte betreffen das öffentlich-rechtliche, das hoheitliche Staatshandeln. Die mitunter so schwierige Frage der Abgrenzung zwischen hoheitlichem und fiskalischem Staatshandeln setzt sich mithin in das Staatshaftungsrecht fort. Sie ist dort eine Subsumtionsfrage. Soweit ein Haftungstatbestand ein öffentlich-rechtliches Staatshandeln voraussetzt, enthält er ein entsprechendes Merkmal. So verlangt Art. 34 S. 1 GG ein "Handeln in Ausübung eines öffentlichen Amtes".

Während die Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht hilft, das Besondere des Staatshaftungsrechts in Abgrenzung zum

zivilen Haftungsrecht zu verstehen, gehen zwei weitere Einteilungen durch das Staatshaftungsrecht hindurch. Die eine Einteilung differenziert nach der Rechtsfolge, auf die ein Anspruch gerichtet ist, und die andere Einteilung fragt nach dem Grund für die Gewährung des Anspruchs.

Bei einem Blick auf die Rechtsfolge sind Ansprüche zu unterscheiden, die auf Geldersatz gerichtet sind, von Ansprüchen, die auf ein sonstiges Tun, auf ein Dulden oder ein Unterlassen des Staates gerichtet sind.

Zu den Ansprüchen, die auf Geldersatz, und nur darauf, gerichtet sind, gehören die Amtshaftung, die Schadensersatzansprüche aus verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnissen, die man mit einiger Vereinfachung auch als öffentlich-rechtliches Pendant zu den zivilrechtlichen Ansprüchen aus positiver Forderungsverletzung und culpa in contrahendo einordnen kann, die Ansprüche aus Aufopferung, Enteignung und ausgleichspflichtiger Inhaltsbestimmung des Eigentums, die richterrechtlichen Ansprüche aus enteignungsgleichem und enteignendem Eingriff, die spezialgesetzlichen Entschädigungsregeln des ASOG, die Plangewährleistung und die Gefährdungshaftung.

Auf ein sonstiges Tun, ein Dulden oder Unterlassen sind die Ende Juni 2004 aufgeführten Ansprüche gerichtet. Der öffentlich-rechtliche Unterlassungsanspruch ist das Pendant des öffentlichen Rechts zur zivilrechtlichen actio negatoria (§ 1004 BGB). Der Folgenbeseitigungsanspruch geht auf die Beseitigung der Folgen eines rechtswidrigen hoheitlichen Eingriffs durch die tatsächliche Wiederherstellung des vorherigen Zustandes.

Die auf Geldersatz gerichteten Ansprüche kann man weiter untergliedern nach dem Grund für die Anspruchsgewährung. Die in der Übersicht zunächst genannten Ansprüche setzen ein rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten voraus. Aufopferung, Enteignung, entschädigungspflichtige Inhaltsbestimmung und enteignender Eingriff knüpfen an ein rechtmäßiges hoheitliches Handeln

an. Der enteignungsgleiche Eingriff erfordert ein rechtswidriges, nicht aber ein schuldhaftes Staatshandeln. Gleiches gilt im Regelfall für die Entschädigungsregeln des Polizei- und Ordnungsrechts, in Berlin die §§ 59 ff. ASOG.

Eng verknüpft mit der Unterscheidung von Ansprüchen wegen rechtswidrig-schuldhaften und Ansprüchen wegen bloß rechtswidrigen Verhaltens ist die Trennung von Schadensersatz- und Entschädigungsansprüchen. Schadensersatzansprüche setzen typischerweise ein schuldhaftes Verhalten voraus; die so begründete Haftung umfasst nicht nur den erlittenen Substanzverlust, sondern auch entgangenen Gewinn und Schmerzensgeld. Entschädigungsansprüche sind typischerweise verschuldensunabhängig, haben aber einen geringeren Haftungsumfang; ein Ausgleich für entgangenen Gewinn und Schmerzensgeld wird grundsätzlich nicht gewährt.

Alle Unterscheidungen und Einteilungen führen zu keinem System. Es handelt sich um ein Bündel von Schadensersatz-, Entschädigungs-, Wiederherstellungs-, Beseitigungs- und Unterlassungsansprüchen. Das Staatshaftungsrecht ist mit seinen einzelnen Instituten historisch und sachlich aus verschiedenen Wurzeln entstanden, ist nirgends zusammenhängend kodifiziert und besteht aus verschiedenen, allenfalls teilweise aufeinander abgestimmten und sich in vielfältiger Weise überschneidenden Tatbeständen. Ossenbühl, der Verfasser des führenden Lehrbuchs des Staatshaftungsrechts, bezeichnet das Staatshaftungsrecht als "gewachsenes Chaos" (S. 2), also als Chaos, aber immerhin ein historisch gewachsenes, richterrechtlich entwickeltes Chaos. Staatshaftungsrecht kann man nur begreifen, indem man von seinen einzelnen Tatbeständen ausgeht und diese einen nach dem anderen analysiert, indem man ihren Ursprung ermittelt und sodann ihre weitere Entwicklung, insbesondere ihre Ausweitungen und ihr Hineinwachsen in den Anwendungsbereich der vorhandenen anderen Anspruchsinstitute verfolgt. Der Zustand des Staatshaftungsrechts kommt auch in unterschiedlichen Bezeichnungen dieses Rechtsgebiets zum Ausdruck. Ohne dass damit Unterschiede in der Sache verbunden wären, spricht man auch von

einem Recht der staatlichen Entschädigungsleistungen oder, noch abstrakter und weiter greifend, von Sekundärrechtsschutz.

Abhilfe könnte eine Kodifizierung des Staatshaftungsrechts schaffen. Die dafür erforderliche Gesetzgebungskompetenz ist dem Bundesgesetzgeber bei der Grundgesetzrevision im Oktober 1994 eingeräumt worden. Ein zuvor, 1981 vom Bund erlassenes Staatshaftungsgesetz ist vom BVerfG, u.a. wegen fehlender Gesetzgebungskompetenz, für nichtig erklärt worden (E 61, 149). Einschlägig ist Art. 74 I Nr. 25 GG, der den Bund ermächtigt, mit Zustimmung des Bundesrates, also der Vertretung der Länder, welche die finanzielle Hauptlast zu tragen haben, die Staatshaftung sowohl für die Organe des Bundes als auch für die Organe der Länder gesetzlich zu regeln. Von dieser Gesetzgebungskompetenz hat der Bund bis heute keinen Gebrauch gemacht. Solches zeichnet sich auch nicht ab. Ein Referentenentwurf liegt nicht vor. Hauptgrund für diese Untätigkeit dürfte der schlechte Zustand der Staatsfinanzen sein.

Bei der Darstellung der einzelnen staatshaftungsrechtlichen Tatbestände muss ich Schwerpunkte setzen. Wegen ihrer großen praktischen Bedeutung stehen drei Tatbestände im Vordergrund: die Amtshaftung, geregelt in § 839 BGB in Verbindung mit Art. 34 GG, der enteignungsgleiche Eingriff und der Folgenbeseitigungsanspruch. Die beiden zuletzt genannten Tatbestände haben keine gesetzliche Grundlage; es handelt sich vielmehr um Richterrecht, um case law.

B. Die Amtshaftung

I. Die Amtshaftung als mittelbare Staatshaftung - Einführung

Die Amtshaftung ist eine Haftung, eine Schadensersatzpflicht des Staates oder einer sonstigen juristischen Person des öffentlichen Rechts, für ein rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten von Beamten oder sonstigen Bediensteten (Amtswalter). Anspruchsgrundlage ist zunächst § 839 I BGB. Die Anspruchs-

voraussetzungen können aber allein aus dieser Vorschrift nicht ermittelt werden. § 839 I BGB wird nämlich durch den später erlassenen Art. 34 Satz 1 GG ergänzt und inhaltlich geändert. Das Zusammenwirken der beiden Vorschriften ist nicht einfach zu verstehen. Die sich aus dem Zusammenwirken von § 839 BGB und Art. 34 GG ergebende Regelung ist eine Kombination zweier unterschiedlicher Regelungsmodelle. Um die Kombination zu erläutern, muss man mit den beiden in ihr vereinten Regelungsmodellen beginnen, obwohl diese, je für sich genommen, nicht Gesetz sind. Bei diesen beiden Regelungsmodellen handelt es sich um die persönliche Haftung des Beamten (bzw. des sonstigen öffentlichen Bediensteten) und um die unmittelbare Staatshaftung.

Persönliche Haftung des Bediensteten bedeutet, dass der Bedienstete den von ihm in dienstlicher Eigenschaft verursachten Schaden aus seinem privaten Vermögen zu ersetzen hat; eine Haftung der öffentlichen Körperschaft, für welche der Bedienstete handelt, ist bei diesem Modell ausgeschlossen.

Unmittelbare Staatshaftung bedeutet, dass anstelle des Bediensteten für dessen Fehlverhalten ausschließlich der Dienstherr, also der Staat, haftet, weil ihm das Verhalten seiner Bediensteten zugerechnet wird; bei diesem Modell ist eine persönliche Haftung des Bediensteten, zumindest im Außenverhältnis zum Geschädigten, ausgeschlossen.

Die Amtshaftung ist im Ansatz eine persönliche Haftung des Bediensteten. § 839 I 1 BGB ordnet auf der Rechtsfolgenseite an, dass er, d.i. der Beamte, dem Dritten Schadensersatz zu leisten hat. Diese 1900 geschaffene Rechtsfolge ist nachträglich durch Art. 131 der Weimarer Reichsverfassung und jetzt Art. 34 S. 1 GG geändert worden. Art. 34 S. 1 GG leitet die Verantwortlichkeit für eine Amtspflichtverletzung grundsätzlich auf den Staat oder die Körperschaft über, in deren Dienst der handelnde Amtswalter steht. Die Amtshaftung ist deshalb eine mittelbare Staatshaftung, indem sie die den Bediensteten treffende Haftung

grundsätzlich auf den Dienstherrn überleitet. Der Staat haftet nicht originär; ihm wird das Verhalten seines Bediensteten nicht zugerechnet. Er haftet nur mittelbar, indem er in die Haftung, die an sich den Bediensteten trifft, eintritt.

Man kann dies auch so ausdrücken: Art. 34 S. 1 GG ist eine verfassungsrechtlich verbürgte befreiende Schuldübernahme; durch diese Norm wird die Passivlegitimation für die nach § 839 BGB begründete Verantwortlichkeit vom Beamten auf den Staat verschoben.

Diese eigenartige Konstruktion ist kaum noch mit Sachargumenten zu rechtfertigen; sie kann nur historisch erklärt werden. Im 18. und 19. Jahrhundert wurde das Beschäftigungsverhältnis zwischen dem Landesherrn und dem Staatsdiener als privatrechtlicher Vertrag, als sog. Mandatskontrakt, gedeutet. Durch diesen Mandatskontrakt wurde der Staatsdiener nur zu rechtmäßigem Verhalten ermächtigt. Rechtswidriges Verhalten bedeutet bei solcher Betrachtungsweise eine Überschreitung des Mandats, ein Handeln ultra vires, an welches sich, ähnlich wie beim Vertreter ohne Vertretungsmacht, die Folge der persönlichen Haftung anschließt. Grundlage der Lehre vom Mandatskontrakt wiederum war die Vorstellung, ein Hoheitsträger sei kraft seiner Hoheitlichkeit zu rechtswidrigem Verhalten außerstande. Bundesstaatlich sprach gegen eine unmittelbare Staatshaftung, dass dem Bund die Gesetzgebungskompetenz für eine umfassende Regelung fehlte. Zwar hätte der Bund bzw. früher das Reich für seine eigenen Bediensteten eine unmittelbare Staatshaftung anordnen können. Die Gesetzgebungskompetenz hierfür folgt aus der Natur der Sache. Eine solche Teilregelung für den Bereich des Bundes hätte aber wenig Sinn ergeben, weil Amtspflichtverletzungen sich überwiegend im Bereich des exekutiven Staatshandelns ereignen und die Verwaltung nach der Kompetenzverteilung des Grundgesetzes überwiegend Sache der Länder ist. Eine Gesetzgebungskompetenz für eine unmittelbare Staatshaftung der Bundesländer für deren Bedienstete stand dem Reich bzw. dem Bund in der Zeit von 1867 bis 1994 nicht zu. Die Länder haben diese

Kompetenz dem Bund verwehrt, weil durch einschlägige bundesgesetzliche Regelungen ihre finanziellen Interessen betroffen worden wären. Ein vom Bund gleichwohl erlassenes Staatshaftungsgesetz ist auf Betreiben der Bundesländer im Jahr 1983 vom Bundesverfassungsgericht wegen fehlender Gesetzgebungskompetenz für nichtig erklärt worden (BVerfGE 61, 149). Eine unmittelbare Staatshaftung kam aus diesen beiden Gründen nicht in Betracht.

Die persönliche Haftung des Bediensteten wird aus zwei anderen Gründen abgelehnt. Erstens soll der Geschädigte anstelle des Bediensteten mit dem Staat einen leistungsfähigen Schuldner erhalten. Zweitens soll die Haftungsverlagerung auf den Staat die Entschlussfreudigkeit der Bediensteten stärken.

Die Amtshaftung gemäß § 839 BGB und Art. 34 S. 1 GG ist also ein Kompromiss zwischen den Erwägungen gegen die unmittelbare Staatshaftung und den Erwägungen gegen die persönliche Beamtenhaftung. Sie ist eine mittelbare Staatshaftung, die den Staat nicht für eigenes, sondern für das Verschulden seiner Amtsträger haften lässt. Sie beruht darauf, dass die persönliche Haftung des Bediensteten auf den Staat übergeleitet wird. Ein Anspruch des Geschädigten gegen den handelnden Amtswalter ist im Fall der Haftungsüberleitung ausgeschlossen. Die Amtshaftung gemäß Art. 34 S. 1 GG i.V.m. § 839 BGB führt dazu, dass im Außenverhältnis nur der Staat, nicht der handelnde Amtswalter haftet. Dies wird nirgends ausdrücklich gesagt, kann aber Art. 34 S. 1 und, vor allem, Art. 34 S. 2 GG entnommen werden. Die Aussage des Satzes 1 muss so gelesen werden, dass die Verantwortlichkeit nur den Staat oder die sonstige öffentliche Körperschaft trifft. Aus Satz 2 geht hervor, dass der handelnde Amtswalter nur in seinem Innenverhältnis zum haftenden Hoheitsträger, also im Regresswege, in Anspruch genommen werden kann, nicht im Außenverhältnis zu dem Geschädigten. Ein Regressanspruch ist gemäß Art. 34 S. 2 GG nur bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit möglich, nicht bei leichter Fahrlässigkeit. Er bedarf besonderer gesetzlicher bzw. tarifvertraglicher Regelung; Art. 34 S. 2 GG ist selbst keine Anspruchsgrundlage. Einschlägig sind die §§ 46 BRRG, 78 BBG und

41 LBG sowie 14 BAT, die bei vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Pflichtverletzungen zum internen Schadensersatz verpflichten.

Beispiel: Ein Amtsrat des Bezirksamtes Steglitz-Zehlendorf von Berlin gibt einem Bürger in einer Verwaltungsangelegenheit schuldhaft eine falsche Auskunft. Infolgedessen entsteht dem Bürger ein Schaden. Hier sind die tatbestandlichen Voraussetzungen von § 839 I BGB erfüllt. Der Amtsrat ist ein Beamter (des gehobenen Verwaltungsdienstes). Es gibt eine Amtspflicht zur Erteilung richtiger Auskünfte. Diese Amtspflicht ist drittschützend. Sie wurde im vorliegenden Fall schuldhaft verletzt. Daraus folgt nach § 839 I BGB eine persönliche Haftung des Amtrates auf Ersatz des so entstandenen Schadens. Diese Haftung wird von Art. 34 Satz 1 GG auf das Land Berlin verlagert, weil dieses die juristische Person ist, die hinter der Behörde "Bezirksamt Steglitz-Zehlendorf von Berlin" und ihren Bediensteten steht. Eine persönliche Haftung des Amtrates im Verhältnis zum Bürger wird von Art. 34 Satz 1 GG ausgeschlossen. In Betracht kommt nur ein Binnenregress des Landes gegen den handelnden Amtsrat nach § 78 LBG. Dieser Binnenregress setzt voraus, dass dem Handelnden Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit zur Last fallen.

Wie § 839 I BGB und Art. 34 GG zusammenwirken, ist Gegenstand eines Meinungsstreits, dem aber, das sei vorweggeschickt, für die Ergebnisse von Falllösungen keine Bedeutung zukommt. Zum Teil wird vertreten, Anspruchsgrundlage sei Art. 34 S. 1 GG; § 839 BGB habe nur die Funktion, diese Anspruchsgrundlage inhaltlich zu konkretisieren (Art. 34 GG als Haftungsgrundlage). Die Gegenauffassung lautet, Anspruchsgrundlage sei § 839 BGB; Art. 34 S. 1 GG habe nur die Funktion, die Passivlegitimation für den nach § 839 I BGB begründeten Anspruch zu verlagern (Art. 34 GG als Haftungsverlagerung). Für die Zwecke der juristischen Praxis genügt es, den Streit dahinstehen zu lassen und von einer einheitlichen Anspruchsgrundlage "§ 839 BGB i.V.m. Art. 34 S. 1 GG" auszugehen.

II. Prüfungsschema der Amtshaftung

Die Amtshaftung ist ein Haftungsinstitut, dessen tatbestandliche Voraussetzungen sich aus dem Zusammenwirken von § 839 BGB und Art. 34 GG ergeben. Zu unterscheiden sind 5 positive und 3 negative Anspruchsvoraussetzungen:

1. Ein Handeln in Ausübung eines anvertrauten öffentlichen Amtes. Diese Formulierung stammt aus Art. 34 Satz 1 GG, der § 839 BGB in diesem Punkt ändert. Ob der "jemand" ein Beamter oder ein sonstiger Amtswalter, etwa ein Angestellter oder Arbeiter im öffentlichen Dienst ist, spielt keine Rolle. Wichtig ist, dass der "jemand" in Ausübung eines ihm anvertrauten öffentlichen Amtes tätig geworden ist. Dies ist Voraussetzung für die Überleitung des Amtshaftungsanspruchs auf den Staat.
2. die Verletzung einer Amtspflicht;
3. die Drittbezogenheit der Amtspflicht, d.h. die Amtspflicht muss dem Anspruchsteller und nicht der Allgemeinheit oder Dritten gegenüber obliegen;
4. Kausalität und Schaden;
5. Verschulden;
6. keine anderweitige Ersatzmöglichkeit bei fahrlässiger Amtspflichtverletzung (§ 839 I 2 BGB); die Darlegungs- und Beweislast liegt insoweit beim Verletzten (BGH NVwZ 1992, 911);
7. keine Möglichkeit der Schadensabwendung durch Rechtsmittel (§ 839 III BGB, Konkretisierung der allgemeinen Regelung in § 254 BGB);
8. Spruchrichterprivileg (§ 839 II BGB).

Liegen diese Voraussetzungen vor, so muss zusätzlich 9. die Frage der Passivlegitimation erörtert werden, weil die Amtshaftung eine mittelbare, eine übergeleitete Staatshaftung ist. Es haftet die Körperschaft, in deren Dienst der handelnde Amtswalter steht.

Zusatzproblem: Das Unterlassen steht dem positiven Tun unter den üblichen Voraussetzungen gleich. Es muss also eine Rechtspflicht zum Handeln bestehen. Folglich fallen beim amtspflichtwidrigen Unterlassen, z.B. der Nichtbearbeitung eines Bauantrags, die

Prüfungspunkte 1 und 2 zusammen.

Die "Mutation" des § 839 BGB durch Art. 34 Satz 1 GG zeigt sich bei den Ziffern 1 und 9. Sie besteht in einer Veränderung des Amtswalterbegriffs und einer Verlagerung der Passivlegitimation. Zu dieser Mutation kommt es allerdings nicht immer, weil die Anwendungsbereiche von § 839 BGB und Art. 34 GG sich nicht ganz decken. Zu ihr kommt es nur bei einem Handeln in Ausübung eines öffentlichen Amtes, d.h. einem hoheitlichen Handeln. Für privatrechtliches Staatshandeln gilt Art. 34 GG nicht. In diesem Bereichs gelangt § 839 BGB unverändert zur Anwendung. Auf diesen Punkt, die Haftung für privatrechtliches Staatshandeln, werde ich gesondert eingehen.

Im Verhältnis zu den anderen Vorschriften der §§ 823 ff. BGB ist § 839 BGB lex specialis.

III. Handeln in Ausübung eines öffentlichen Amtes

Ein Handeln in Ausübung eines öffentlichen Amtes liegt vor, wenn **1.** jemand für den Staat oder einen sonstigen Hoheitsträger tätig wird und wenn **2.** dieses Tätigwerden nach öffentlichem Recht zu qualifizieren ist.

1. Die Person des Handelnden

Der Handelnde muss kein Beamter im Sinne der Beamtengesetze sein. Der beamtenrechtliche Beamtenbegriff des § 839 BGB wird von Art. 34 Satz 1 GG zu einem funktionalen Beamtenbegriff erweitert. Beamter können demnach sein:

1. der Beamte im Sinne der Beamtengesetze,
2. die Angestellten und Arbeiter im öffentlichen Dienst,
3. Personen, die in einem sonstigen öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis stehen, z.B. Soldaten oder Richter,
4. Personen, die in einem öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnis stehen, das kein Dienstverhältnis ist, z.B.

Parlamentsabgeordnete, Minister, Bürgermeister, die Mitglieder kommunaler Vertretungskörperschaften (wie Gemeinderat, Stadtrat, Kreistag),

5. Privatpersonen, die mit der Ausübung eines öffentlichen Amtes betraut sind. Bei diesem Personenkreis muss die Zurechnung des Handelns zum Staat jeweils gesondert geprüft werden. Zu unterscheiden sind folgende Fallgruppen: der Beliehene, der Verwaltungshelfer, der selbstständige, aber weisungsabhängige Unternehmer (Abschleppunternehmer), der hinsichtlich des Inhalts seiner Tätigkeit Selbstständige (Sachverständiger).

Die Ausweitung des haftungsrechtlichen gegenüber dem statusrechtlichen Beamtenbegriff ist damit zu begründen, dass es für die Frage der Haftung im Verhältnis zu einem Dritten nicht darauf ankommen kann, in welchem Dienstverhältnis der handelnde Amtswalter zum Staat steht. Es hängt mitunter vom Zufall ab, ob für den Staat ein Beamter im statusrechtlichen Sinne oder ein Angestellter tätig wird. Differenzierungen des Dienstrechts sollen sich nicht auf das Außenverhältnis von Staat und Bürger auswirken. Verlangt wird dort nur, dass der Handelnde überhaupt in einer rechtlichen Beziehung zum Staat steht, dass er "ein öffentliches Amt" innehat. Diese Beziehung muss kein Beamtenverhältnis sein, sie muss auch nicht auf Dauer angelegt sein.

Ob überhaupt ein Staatshandeln vorliegt, ist unproblematisch, wenn ein Angehöriger des öffentlichen Dienstes tätig geworden ist. Probleme entstehen, wenn Private, die außerhalb eines Dienst- oder Beschäftigungsverhältnisses zum Staat stehen, tätig werden. Hier sind mehrere Fallgruppen zu unterscheiden:

Bei einer Beleihung liegt ein Handeln in Ausübung eines öffentlichen Amtes vor. Von einer Beleihung spricht man, wenn Hoheitsgewalt durch förmlichen Rechtsakt auf einen Privaten übertragen worden ist. Beispiele für Beliehene sind die mit Polizeigewalt ausgestatteten Luftfahrzeugführer (§ 29 III LuftVG), Schiffskapitäne (§§ 75 I, 101, 106 SeemannsG), Jagdaufseher (§ 25 II BJagdG), Feld- und Forstaufseher und

Fischereiaufseher. Ein weiteres Beispiel sind die amtlich anerkannten Sachverständigen für den Kraftfahrzeugverkehr (Untersuchung von Kraftfahrzeugen gemäß § 29 StVZO: TÜV; Rechtsgrundlage: Kraftfahrersachverständigengesetz vom 12.12.1971). Zum TÜV führt der BGH (Z 49, 108 (113)) aus: "Die Gutachter- und Prüfertätigkeit des Sachverständigen hängt danach mit der Erteilung der Erlaubnis durch die Verwaltungsbehörde aufs engste zusammen und bildet geradezu einen Bestandteil der von der Behörde ausgeübten und in ihrem Verwaltungsakt (= Erlaubnis) sich niederschlagenden Tätigkeit. Deshalb ist es berechtigt zu sagen, dass der Sachverständige selbst hoheitliche Tätigkeit ausübt. Diese ist ihm durch die Vorschriften der StVZO zugewiesen. Damit er sie ausüben kann, wird ihm von der zuständigen Landesbehörde die amtliche Anerkennung erteilt, die ihn berechtigt, alle im Straßenverkehrsrecht den amtlich anerkannten Sachverständigen übertragenen Aufgaben wahrzunehmen." Soweit der Beliehene sich im Rahmen der ihm übertragenen Hoheitsgewalt bewegt, übt er ein öffentliches Amt im Sinne von § 839 i.V.m. Art. 34 GG aus. Kommt es insoweit zu Schadensfällen, greift die Amtshaftung ein.

Schwieriger ist der Fall des Verwaltungshelfers. Darunter versteht man einen Privaten, der ohne förmliche Bestellung in abhängiger Position bei der Ausübung von Hoheitsfunktionen behilflich ist. Beispiele sind der Schülerlotse oder der beim Turnunterricht Hilfestellung leistende Schüler. Obwohl die Einbeziehung in die Ausübung hoheitlicher Tätigkeit hier jeweils nur faktischer Natur ist und der Verwaltungshelfer keine öffentlich-rechtlichen Befugnisse besitzt, nimmt die Rechtsprechung überwiegend an, dass er ein öffentliches Amt ausübe. Hoheitliche Tätigkeit muss nicht mit der Ausübung von Befugnissen verbunden sein. Es gibt daneben noch die schlichte Hoheitstätigkeit, die u.a. in der tatsächlichen Mitwirkung bei der Erfüllung hoheitlicher Aufgaben besteht.

Umstritten ist der Fall des selbstständigen Unternehmers, etwa eines Abschleppunternehmers, der im Auftrag der Polizei ein

verbotswidrig parkendes Fahrzeug abschleppt und es dabei beschädigt. Die Rechtsprechung trennt in diesem Fall zwischen der öffentlich-rechtlichen Rechtsbeziehungen zwischen der Polizei und dem Halter bzw. Fahrer des Fahrzeugs und der privatrechtlichen Rechtsbeziehung zwischen Polizei und Abschleppunternehmer. Der Abschleppunternehmer sei in die öffentlich-rechtliche Beziehung nicht einbezogen. Für den von ihm verursachten Schaden hafte darum er selbst nach Privatrecht und nicht der Staat. Etwas anderes gelte nur dann, wenn die Behörde in einem solchen Maß auf die Durchführung der Arbeiten des privaten Unternehmers Einfluss nehme, dass der Unternehmer lediglich als Werkzeug der Behörde bei der Wahrnehmung hoheitlicher Funktionen anzusehen sei. Diese Werkzeugtheorie hat der BGH inzwischen so präzisiert, dass der Abschleppunternehmer in aller Regel Werkzeug ist, weil seine Befugnisse an dem abzuschleppenden Fahrzeug ausschließlich von der Polizei vermittelt würden (BGH NJW 1993, 1258; NJW 1996, 2431). Gegen die Werkzeugtheorie wird eingewandt, dass sie mit einem Kriterium aus dem Binnenverhältnis zwischen Behörde und privatem Unternehmer operiere, das für den Geschädigten nicht einsehbar sei. Der Geschädigte könne nicht wissen, ob der private Schädiger Werkzeug der Behörde sei oder nicht. Auch sei nicht einsehbar, warum bei den Abschleppfällen der Staat hafte, wenn die Polizei das Fahrzeug mit eigenen Kräften abschleppe, nicht aber, wenn die Polizei sich zu diesem Zweck eines privaten Unternehmers bediene. Die Gegenmeinung schlägt darum vor, die Abgrenzung zwischen Amtshaftung und privatem Deliktsrecht danach vorzunehmen, ob der Private in die Erfüllung schlicht-hoheitlicher Verwaltungsaufgaben oder im Bereich fiskalischer oder erwerbswirtschaftlicher Staatstätigkeit eingeschaltet werde. Damit würde ein ähnliches Abgrenzungskriterium herangezogen wie bei der Zuordnung von Realakten, die von staatlichen Bediensteten gesetzt werden. Auch dies setzt eine enge Verzahnung des Beitrags des Privaten mit der zu erfüllenden Aufgabe voraus.

Unstreitig ist wiederum, dass Private, die zwar für die

Erfüllung öffentlicher Aufgaben in die Pflicht genommen werden, die aber selbstständig agieren, die also nicht Werkzeug sind und deren Tätigkeit nicht in einem engen inneren und äußeren Zusammenhang zu einer hoheitlichen Tätigkeit steht, für diese Tätigkeit selbst haften und dass für Amtshaftung hier kein Raum ist. Beispiele sind die Tätigkeit eines gerichtlich bestellten Sachverständigen oder die Mineralölbevorratung.

Damit steht fest, wer alles "jemand" oder "Beamter" sein kann. Ob tatsächlich ein Handeln in Ausübung eines öffentlichen Amtes vorliegt, beantwortet sich jedoch nicht nach dem Status des Handelnden, sondern danach, ob das Handeln dem öffentlich-rechtlichen Tätigkeitsbereich des Staates zuzurechnen ist. Insoweit sind zwei Problempunkte innerhalb des Prüfungspunktes "Handeln in Ausübung eines öffentlichen Amtes" zu unterscheiden. Es muss erstens geklärt werden, ob überhaupt ein Staatshandeln vorliegt; dies kann problematisch sein, wenn Private für den Staat handeln. Und es muss zweitens geklärt werden, ob das Staatshandeln öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich zu qualifizieren ist.

2. Die Abgrenzung von öffentlich-rechtlichem und privatrechtlichem Staatshandeln

Steht fest, dass überhaupt ein Amtswalter tätig geworden ist, so muss weiter gefragt werden, ob das schadensverursachende Handeln des Amtswalters dem öffentlichen Recht oder dem Privatrecht zuzuordnen ist. Zur Erfassung des Tatbestandsmerkmals "Handeln in Ausübung eines öffentlichen Amtes" muss darum auf die Abgrenzung zwischen öffentlichem und privatem Recht zurückgegriffen werden. Ist das schadensverursachende Handeln privatrechtlich zu qualifizieren, findet die Amtshaftung nach § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG keine Anwendung; vielmehr haftet der Staat dann nach den privatrechtlichen Regeln: §§ 831, 823 BGB; §§ 89, 31, 823 BGB. Amtshaftung und privates Deliktsrecht schließen sich gegenseitig aus. Ihre Anwendungsbereiche können sich nicht

überschneiden, weil ein Sachverhalt entweder öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich, nie aber beides zugleich ist.

Fall: Der Chauffeur des Regierenden Bürgermeisters von Berlin verursacht, als er den Bürgermeister zu einem Termin bringen will, fahrlässig einen Verkehrsunfall, bei dem das Fahrzeug des X beschädigt wird. X verlangt Schadensersatz vom Land Berlin. § 839 I BGB i.V.m. Art. 34 GG sind die richtige Anspruchsgrundlage, wenn die Dienstfahrt öffentlich-rechtlich zu qualifizieren ist, denn dann liegt ein Handeln in Ausübung eines öffentlichen Amtes vor. Verhält es sich anders, so kommt als Grundlage für einen Anspruch gegen das Land Berlin - neben § 7 I StVG - nur § 831 BGB in Betracht.

Fraglich ist also, ob die Dienstfahrt in Ausübung eines öffentlichen Amtes erfolgt. Diese Frage zu beantworten fällt schwer, weil das Autofahren als solches weder öffentlich-rechtlich noch privatrechtlich ist. Die Theorien zur Abgrenzung von öffentlichem Recht und Privatrecht passen hier nicht, weil sie darauf abzielen, Rechtsnormen zu qualifizieren, nicht aber Realakte. Realakte sind von sich aus gegenüber der Aufteilung in öffentliches und privates Recht neutral. Diese Aufteilung gibt nur Sinn bei Rechtsnormen, wie Gesetzen oder Rechtsverordnungen, und bei Rechtsakten, z.B. Verwaltungsakten, die immer öffentlich-rechtlich sind, und Verträgen, die sowohl zivilrechtlich als auch öffentlich-rechtlich sein können. Um Realakte gleichwohl in das Schema von Zivilrecht und öffentlichem Recht zu bringen, müssen sie in eine Beziehung zu Rechtsnormen und Rechtsakten gesetzt werden. Wenn sich dabei ergibt, dass die Rechtsnormen und Rechtsakte, zu denen ein Realakt in enger Beziehung steht, öffentlich-rechtlich sind, so ist auch der Realakt selbst öffentlich-rechtlich.

Die Rechtsprechung stellt deshalb in dem Eingangsfall auf die Zielsetzung und den Zusammenhang der Fahrt ab. Auf diese Weise stellt sie eine Verbindung zu Rechtsnormen, eben den Rechtsnormen über Ziel und Zusammenhang der Fahrt, her und gelangt so zu

einer Qualifikation der Fahrt selbst nach dem Schema öffentlich-rechtlich / privatrechtlich. Sollte der Chauffeur den Regierenden Bürgermeister zu einer dienstlichen Besprechung mit dem Polizeipräsidenten in Berlin fahren, dient die Fahrt einem Ziel, das dem öffentlichen Recht, hier dem Polizeirecht, zuzuordnen ist; infolgedessen ist auch die Fahrt öffentlich-rechtlich.

Dies gilt aber nur, wenn die Fahrt auch in einem hinreichend engen Zusammenhang zu dem hoheitlichen Geschäft steht. Dies ist bei Dienstfahrten regelmäßig der Fall, wenn sie mit einem Dienstfahrzeug erfolgen. Anders ist es bei einer nur äußeren, zeitlichen und gelegheitsmäßigen Beziehung zur Ausübung der hoheitlichen Betätigung, so wenn der Regierende Bürgermeister mit seinem privaten Pkw zum Dienst fährt und die Gelegenheit dieser Fahrt zu einer Besprechung mit dem Polizeipräsidenten in Berlin nutzt.

Die Rechtslage ist wiederum anders zu beurteilen, wenn der Regierende Bürgermeister zu einem Notartermin gefahren werden sollte, bei dem ein Grundstückskaufvertrag unterschrieben werden sollte. Da dieser Vorgang zivilrechtlich zu beurteilen ist, sei, so der BGH, auch die Fahrt dorthin zivilrechtlich zu beurteilen.

Andere halten die Differenzierung, die in dem einen Fall zum Amtshaftungsregime führt und in dem anderen Fall zur privatrechtlichen Deliktshaftung, für gekünstelt. Sie wollen die Teilnahme am allgemeinen Straßenverkehr generell dem Privatrecht zuordnen, es sei denn, Hoheitsrechte gemäß § 35 StVO würden in Anspruch genommen (Einsatz von Feuerwehr, Polizei, usw.).

Von diesem Fall ausgehend lassen sich einige allgemeine Kriterien für die Beantwortung der Frage finden, ob ein Handeln in Ausübung eines öffentlichen Amtes vorliegt. Eine erste Differenzierung richtet sich danach, ob das schadensverursachende Verhalten ein Rechtsakt oder ein Realakt ist. Wenn ein Rechtsakt vorliegt, sind die Abgrenzungsprobleme

geringer, weil dieser Rechtsakt entweder ein zivilrechtlicher oder ein öffentlich-rechtlicher Rechtsakt, z.B. ein Verwaltungsakt, sein muss. Die Vornahme eines öffentlich-rechtlichen Rechtsaktes und alles, was damit in einem Zusammenhang steht, ist Handeln in Ausübung eines öffentlichen Amtes. Die Vornahme eines zivilrechtlichen Rechtsaktes ist kein Handeln in Ausübung eines öffentlichen Amtes. Bei einem Realakt wie der Dienstfahrt ist eine Anknüpfung an die Rechtsnatur des Aktes nicht möglich, weil ein Realakt per definitionem keine Rechtsnatur haben kann. Bei einem Realakt kommen zwei andere Kriterien zur Anwendung: das Kriterium der Zielsetzung und das Kriterium des Aufgabenzusammenhangs. Es ist erstens zu fragen, ob die Zielsetzung, in deren Sinn die handelnde Person tätig wurde, öffentlich-rechtlich zu qualifizieren ist, und es ist zweitens zu fragen, ob zwischen dieser Zielsetzung und dem schadensverursachenden Realakt ein so enger äußerer und innerer Zusammenhang besteht, dass der Realakt als Bestandteil der hoheitlichen Betätigung angesehen werden kann. Sind beide Bedingungen erfüllt, so richtet die Haftung sich nach § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG. Fällt zumindest eine dieser Bedingungen aus, so ist das privatrechtliche Deliktsrecht anzuwenden.

Der Zusammenhang zwischen der Tätigkeit und einem öffentlich-rechtlichen Aufgabenkreis wird nicht dadurch aufgehoben, dass der Amtswalter bewusst seinen Amtspflichten zuwiderhandelt. So war der Bummelstreik der Fluglotsen Ausübung eines öffentlichen Amtes, nämlich der bis 1990 öffentlich-rechtlich geregelten Flugsicherung, obwohl die Fluglotsen mit der langsamen Abfertigung bewusst Dienstpflichten verletzten (BGHZ 69, 128). Etwas anderes gilt, wenn der Amtswalter ganz oder überwiegend aus persönlichen Gründen handelt, so wenn der Polizist einem Einbrecher, der von ihm gestellt worden ist und der sich ihm ergeben will, in die Schulter schießt, weil er in dem Einbrecher den seit langem verhassten Nebenbuhler erkennt (BGHZ 11, 181).

Wenn der Staat die Wahl hat, ob ein Rechtsverhältnis zivilrechtlich oder öffentlich-rechtlich ist, hängt von der Ausübung

dieses Wahlrechtes ab, ob Haftungsfragen aus diesem Rechtsverhältnis nach privatem Deliktsrecht oder nach Amtshaftungsrecht zu lösen sind. Ein Beispiel sind öffentliche Einrichtungen, z.B. Straßenbahnen, Bibliotheken, Kinderspielplätze oder Badeanstalten. Ist deren Benutzung öffentlich-rechtlich, so haftet ihr Träger nach Amtshaftungsregeln, ist das Benutzungsregime dagegen privatrechtlich, zieht dies die Anwendbarkeit des privatrechtlichen Haftungsregimes nach sich. Häufig ist in solchen Fällen nicht klar, für welches Benutzungsregime sich ein Hoheitsträger entschieden hat. Als Indizien für das öffentliche Recht und damit die Amtshaftung sind zu nennen: die Regelung der Benutzung durch öffentlich-rechtliche Satzung (im Unterschied zu privatrechtlichen Allgemeinen Geschäftsbedingungen), die Erhebung von Verwaltungsgebühren (anstelle privatrechtlicher Entgelte), die Möglichkeit der Anwendung hoheitlichen Zwanges gegen den Benutzer. Bleiben nach Anwendung dieser Kriterien immer noch Zweifel, so ist als Grundsatz davon auszugehen, dass öffentliche Einrichtungen hoheitliche Aufgaben in den Rechtsformen des öffentlichen und nicht in den Rechtsformen des privaten Rechts erfüllen. Für die Behandlung in Krankenhäusern in öffentlicher Trägerschaft tendiert der BGH allerdings "in der Regel" zur Annahme privatrechtlicher Nutzungsverhältnisse; dies gilt nicht nur für Privatpatienten, sondern auch bei sozialversicherten Patienten. Eine Ausnahme gilt nur, wenn die Behandlung auf öffentlich-rechtlichem Zwang beruht, z.B. bei der zwangsweisen Einweisung von Geschlechtskranken oder der Blutabnahme zur Feststellung des Blutalkoholgehaltes.

Beispiels- und Problemfall: Das Land Berlin betreibt seine Müllabfuhr als Anstalt des öffentlichen Rechts, also in einer Organisationsform des öffentlichen Rechts. Mit den Benutzern schließt es jedoch privatrechtliche Verträge ab. Variante 1: Beim Zurückstellen eines Müllcontainers beschädigt ein Müllmann fahrlässig das Eigentum des Benutzers. Variante 2: Das Müllfahrzeug verursacht bei der Teilnahme am allgemeinen Straßenverkehr fahrlässig einen Unfall.

Variante 1: Berlin haftet für die Eigentumsverletzung durch den Müllmann gemäß §§ 831, 823 BGB. Da das Benutzungsverhältnis privatrechtlich ausgestaltet ist, gilt das Haftungsregime des privaten Deliktsrechts, nicht die Amtshaftung.

Variante 2: Die Stadt X haftet nach § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG. Auf die privatrechtliche Ausgestaltung des Benutzungsverhältnisses kann es gegenüber Nicht-Benutzern nicht ankommen. Insoweit ist maßgebend, dass die Abfallentsorgung eine öffentlich-rechtliche Aufgabe ist (BGH NVwZ 1983, S. 763; OLG Nürnberg NJW 1994, S. 2032).

In einigen Problemfällen der Abgrenzung zwischen öffentlichem und privatem Recht hat der Gesetzgeber für Klarheit gesorgt. So ist der Streit über die Einordnung der Verkehrssicherungspflicht an öffentlichen Verkehrsflächen durch § 7 VI BerlStrG für alle Straßen, einschließlich der Bundesfernstraßen, zugunsten der Amtshaftung entschieden. Damit wird nicht nur die Abgrenzung zwischen Zivilrecht und öffentlichem Recht in Bezug auf die Verkehrssicherungspflicht entbehrlich, sondern auch ein Eingehen auf den Streit um die Abgrenzung der Verkehrssicherungspflicht von der in jedem Fall öffentlich-rechtlichen Verkehrsregelungspflicht, also der Pflicht der Straßenverkehrsbehörden, den allgemeinen Straßenverkehr, etwa durch den Betrieb von Verkehrsampeln oder das Aufstellen von Verkehrsschildern, zu regeln (dazu Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, S. 29 - 34).