

Allgemeines Verwaltungsrecht

Verwaltungsorganisation und Behördenaufbau
Rechtsquellen des Verwaltungsrechts
Das subjektive öffentliche Recht
Unbestimmter Rechtsbegriff, Beurteilungsspielraum und
planerische Abwägungsentscheidungen
Verwaltungsermessen
Handlungsformen der Verwaltung
Staatshaftungsrecht

von

Dr. jur. Rolf Schmidt

9. Auflage 2005

Inhaltsverzeichnis

1. Kapitel - Die Ausführung der Gesetze durch die Verwaltung.....1

- A. Verfassungsrechtliche Vorgaben1
- B. Kompetenzabgrenzung zwischen Gesetzgebung und Verwaltung.....3

2. Kapitel - Abgrenzung zum Privatrecht und Verfassungsrecht9

- A. Abgrenzung Verwaltungsrecht – Privatrecht.....9
- B. Abgrenzung Verwaltungsrecht – Verfassungsrecht 11

3. Kapitel - Verwaltungsorganisation und Behördenaufbau13

- A. Unmittelbare Staatsverwaltung 14
 - I. Bundesebene 14
 - 1. Zentralstufe..... 14
 - 2. Mittelstufe 14
 - 3. Unterstufe 15
 - II. Landesebene..... 15
 - 1. Flächenstaaten 15
 - a. Zentralstufe 15
 - b. Mittelstufe 15
 - c. Unterstufe 16
 - 2. Stadtstaaten..... 16
- B. Mittelbare Staatsverwaltung 17
 - I. Körperschaften des öffentlichen Rechts 17
 - 1. Gebietskörperschaften..... 17
 - a. Kommunen als Träger mittelbarer Staatsverwaltung 17
 - b. Staatsaufsicht über die Gebietskörperschaften des öffentlichen Rechts..... 19
 - 2. Personalkörperschaften 19
 - a. Allgemeines 19
 - b. Staatsaufsicht über die Personalkörperschaften des öffentlichen Rechts 22
 - c. Rechtsschutz in Bezug auf die Personalkörperschaften des öffentlichen Rechts 22
 - 3. Verbandskörperschaften..... 23
 - 4. Abschlussfall..... 25
 - II. Anstalten des öffentlichen Rechts..... 28
 - 1. Rechtsfähige Anstalten 28
 - 2. Nichtrechtsfähige Anstalten 29

3. Zusammenfassung und Hinweise für die Fallbearbeitung.....	30
III. Stiftungen des öffentlichen Rechts.....	31
IV. Beliehene und privatrechtlich organisierte Verwaltungsträger	31
V. Problem der Privatisierung	33
4. Kapitel - Rechtsquellen des Verwaltungsrechts	38
A. Verfassung	38
B. Formelles Gesetz.....	38
C. Rechtsverordnung	41
D. Satzung	43
E. Gewohnheitsrecht und Richterrecht	44
F. Verwaltungsvorschriften.....	45
G. Zusammenfassung zur Rechtsquellenlehre	49
H. Rangordnung der nationalen Rechtsquellen	50
I. Recht der Europäischen Union	51
I. Die historische Entwicklung der Europäischen Union	51
II. Die Europäische Union als Staatenverbund	53
III. Primäres und sekundäres Gemeinschaftsrecht	54
IV. Europäische Union und Demokratiegebot.....	58
V. Der Weg zu einer Europäischen Verfassung.....	59
VI. Verhältnis EU-Recht/nationales Recht	62
VII. Die Organe der Europäischen Gemeinschaften	74
1. Die Organe im Überblick	74
2. Das Europäische Parlament.....	74
3. Der Rat	75
4. Die Kommission	78
5. Der Gerichtshof	79
5. Kapitel - Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung.....	81
A. Vorrang des Gesetzes.....	81
B. Vorbehalt des Gesetzes	82
I. Eingriffsverwaltung	82
II. Leistungsverwaltung	84
C. Zusammenfassung zu Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes.....	87

6. Kapitel - Das subjektive öffentliche Recht	88
A. Begriff des subjektiven öffentlichen Rechts.....	88
B. Bedeutung des subjektiven öffentlichen Rechts.....	88
C. Subjektive Rechte und Grundrechte	92
I. Grundrechte als Abwehrrechte	92
II. Grundrechte als Leistungs- und Teilhaberechte.....	93
III. Anspruch auf schützendes Tätigwerden	97
IV. Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung	100
V. Subjektives öffentliches Recht und Europäisches Gemeinschaftsrecht	101
7. Kapitel - Unbestimmter Rechtsbegriff, Beurteilungsspielraum und planerische Abwägungsentscheidungen	105
A. Vorbemerkung	105
B. Unbestimmte Rechtsbegriffe.....	107
I. Grundsatz der vollen gerichtlichen Überprüfbarkeit	107
II. Auslegung von unbestimmten Rechtsbegriffen	107
1. Die Auslegungsmethoden	107
a. Grammatikalische Auslegung	108
b. Systematische Auslegung	108
c. Teleologische Auslegung.....	108
d. Historische und genetische Auslegung.....	108
e. Verfassungskonforme Auslegung	109
f. Gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung	109
2. Das Zusammenspiel der Auslegungsmethoden	110
III. Konkretisierung von unbestimmten Rechtsbegriffen.....	110
1. Problemstellung.....	110
2. (Normenkonkretisierende) Verwaltungsvorschriften	111
a. Begriff und Bedeutung.....	111
b. Bindungswirkung	112
3. Konkretisierung durch sog. Technische Regelwerke	115
4. Umsetzung von EU-Richtlinien	117
IV. Beurteilungsspielräume	117
V. Planerische Abwägungsentscheidungen	118

8. Kapitel - Ermessen und Grundsatz der Verhältnismäßigkeit... 120

A. Begriff des Ermessens.....	120
B. Ermessensarten	120
I. Gebundene Verwaltung/Ermessensverwaltung/gebundenes Ermessen	120
1. Rechtlich gebundene Verwaltung.....	120
2. Ermessensverwaltung	121
3. Rechtlich gebundenes Ermessen.....	121
a. Entschließungsermessen	122
b. Auswahlermessen	122
4. Abgrenzung des Ermessens zu den unbestimmten Rechtsbegriffen.....	122
5. Abgrenzung Ermessen / planerische Abwägungsentscheidungen	124
6. Ermessensgrenzen und Ermessensfehler	124
a. Ermessensmangel (Ermessensnichtgebrauch, Ermessensunterschreitung)....	124
b. Ermessensüberschreitung.....	125
c. Ermessens Fehlgebrauch (Ermessensmissbrauch)	128
7. Ermessensreduzierung auf Null.....	129
8. Gerichtliche Überprüfbarkeit von Ermessensentscheidungen	130
9. Bedeutung der Verhältnismäßigkeit für gebundene Verwaltungsakte	131

9. Kapitel - Handlungsformen der Verwaltung 132

A. Der Verwaltungsakt	132
I. Bedeutung des Verwaltungsakts.....	132
II. Klassifizierung des Verwaltungsakts.....	134
1. Befehlende - rechtsgestaltende - feststellende Verwaltungsakte.....	134
2. Begünstigende - belastende Verwaltungsakte	135
3. Kontrollerlaubnis - Ausnahmegewilligung.....	136
4. Verwaltungsakte mit Doppelwirkung i.S.e. Misch- oder Drittwirkung	138
III. Bekanntgabe des Verwaltungsakts.....	140
1. Allgemeines	140
2. Voraussetzungen einer Bekanntgabe.....	140
IV. Definitionsmerkmale eines Verwaltungsakts/Problembereiche.....	149
1. Hoheitliche Maßnahme.....	149
2. Einer Behörde	149
3. Zur Regelung	150
a. Grundsätzliche Abgrenzung Verwaltungsakt / Realakt.....	150
b. Bedeutung der Regelungsfunktion und Abgrenzung zu vorbereitenden Maßnahmen und zu Verfahrenshandlungen	153

c. Die Konzentrationswirkung	155
d. Prüfungsrelevantes Sonderproblem: Behördliche Äußerungen.....	157
aa. Auskunft.....	157
bb. Vorbereitungsakt.....	157
cc. Vorbescheid.....	157
dd. Teilgenehmigung	158
ee. Vorläufiger Verwaltungsakt.....	158
ff. Zusage.....	160
gg. Zusicherung	161
e. Sonderproblem Nebenbestimmungen zum Verwaltungsakt, § 36 VwVfG	162
f. Sonderproblem Maßnahmen in der Verwaltungsvollstreckung	163
g. Abgrenzung von wiederholenden Verfügungen zu Zweitbescheiden	163
h. Abgrenzung zum informalen Verwaltungshandeln	164
i. Gesetzeskonkretisierender Verwaltungsakt.....	164
4. Eines Einzelfalles.....	164
a. Begriffspaare	164
b. Begriffliche Kombinationen	165
c. Sonderfall Allgemeinverfügung	165
aa. Unbestimmter, aber bestimmbarer Adressatenkreis.....	165
bb. Zur Rechtsnatur von Verkehrsschildern	167
a.) Rechtsverordnungen.....	167
b.) Allgemeinverfügung.....	167
c.) Unterscheidung.....	167
d. Weitere Kriterien der Abgrenzung.....	168
e. Einordnung von modernen Rechtsakten	168
5. Auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts.....	169
6. Unmittelbare Rechtswirkung nach außen	170
a. Allgemeines	170
b. Innerdienstliche Weisungen.....	170
c. Mehrstufige Verwaltungsakte.....	171
d. Maßnahmen der Staatsaufsicht am Beispiel der Kommunalaufsicht.....	174
aa. Rechtsaufsicht – Fachaufsicht.....	175
bb. Aufsichtsmittel der Staatsaufsicht am Beispiel der Kommunen	175
cc. Rechtsschutz bei Aufsichtsmaßnahmen der Kommunalaufsicht	177
a.) Rechtswirkungen gegenüber der Gemeinde.....	177
aa.) Maßnahmen der Rechtsaufsicht	178
bb.) Maßnahmen der Fachaufsicht	178

b.) Rechtswirkungen gegenüber den Bürgern.....	179
aa.) Maßnahmen der Rechtsaufsicht.....	179
bb.) Maßnahmen der Fachaufsicht.....	180
e. Organisationsakte.....	180
f. Maßnahmen im (abzulehnenden) Sonderrechtsverhältnis	180
aa. Frühere Annahme eines Sonderrechtsverhältnisses	180
a.) Betriebsverhältnis.....	181
b.) Grundverhältnis.....	181
bb. Heutige Lösung	181
cc. Bewertung.....	182
dd. Fallgruppen	182
ee. Das Schulwesen	187
V. Die Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsakts und deren Rechtsfolgen	189
1. Rechtmäßigkeit/Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsakts	189
a. Rechtsgrundlage für den Erlass eines Verwaltungsakts.....	190
aa. Einzelne Rechtsgrundlagen	192
a.) Spezielle Rechtsgrundlagen.....	192
b.) Allgemeine Rechtsgrundlagen	194
bb. Einfluss des Europäischen Gemeinschaftsrechts.....	195
b. Formelle Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsakts	195
aa. Zuständigkeit der Behörde.....	196
a.) Örtliche Zuständigkeit	196
b.) Sachliche/funktionell-instanzielle Zuständigkeit	196
bb. Einhaltung von Verfahrensvorschriften	198
a.) Verhältnis von VwVfG, AO, SGB und sonstigem Verfahrensrecht.....	198
b.) Begriff und Arten des Verwaltungsverfahrens	199
c.) Einzelne Verfahrensbestimmungen	200
aa.) Vorherige Anhörung des Betroffenen, § 28 VwVfG	200
bb.) Besorgnis der Befangenheit, § 21 VwVfG	205
cc.) Verstoß gegen den Untersuchungsgrundsatz nach § 24 VwVfG	207
dd.) Unbeachtlichkeit von Verfahrensfehlern nach § 46 VwVfG	207
cc. Einhaltung von Formvorschriften	210
a.) Form i.e.S.	210
b.) Begründungserfordernis	212
c.) Heilung der fehlenden Begründung nach § 45 I Nr. 2 VwVfG.....	213
d.) Unbeachtlichkeit von Formfehlern nach § 46 VwVfG	214
e.) Keine Rechtmäßigkeitsvoraussetzung: Rechtsbehelfsbelehrung	214

dd.	Abschlussfall zur formellen Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsakts...	214
c.	Die materielle Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsakts	217
aa.	Rechtmäßigkeit der Rechtsgrundlage	219
bb.	Vereinbarkeit des Verwaltungsakts mit der Rechtsgrundlage.....	219
a.)	Unbestimmte Rechtsbegriffe	219
b.)	Beurteilungsspielräume	220
c.)	Planerische Abwägungsentscheidungen	224
d.)	Einhaltung von Ermessensspielräumen; kein Verstoß gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit	224
aa.)	Ermessen	224
bb.)	Grundsatz der Verhältnismäßigkeit	224
cc.)	Bedeutung der Verhältnismäßigkeit für geb. Verwaltungsakte	226
e.)	Hinreichende Bestimmtheit	226
2.	Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit	228
3.	Rechtsfolge der Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsakts	233
VI.	Die Anfechtbarkeit von Verwaltungsakten.....	234
1.	Anwendbares Recht	234
2.	Der Widerspruch.....	234
a.	Allgemeines	234
b.	Aufbau einer Widerspruchsklausur.....	235
3.	Die Anfechtungsklage.....	237
VII.	Die Nichtigkeit von Verwaltungsakten	239
1.	Einführung	239
2.	Nichtigkeitsgründe	239
a.	Absolute Nichtigkeitsgründe des § 44 II VwVfG.....	239
b.	Ausschlussstatbestände des § 44 III VwVfG	241
c.	Generalklausel des § 44 I VwVfG	241
3.	Nichtigkeitsfeststellungsklage.....	242
VIII.	Rücknahme und Widerruf von Verwaltungsakten	243
1.	Allgemeines.....	243
2.	Die Rücknahme nach § 48 VwVfG	245
a.	Belastende rechtswidrige Verwaltungsakte, § 48 I S. 1 VwVfG.....	246
b.	Begünstigende rechtswidrige Verwaltungsakte, § 48 I S. 2, II-IV VwVfG	247
aa.	Leistungsbescheide, § 48 II VwVfG.....	247
a.)	Vorliegen eines leistungsgewährenden Bescheids.....	247
b.)	Vertrauensschutz	248
aa.)	Vertrauenstatbestand	248

bb.) Schutzwürdigkeit	248
(a.) Ausschluss der Schutzwürdigkeit gem. § 48 II S. 3 VwVfG	248
(b.) Regelfälle der Schutzwürdigkeit gem. § 48 II S. 2 VwVfG.....	249
c.) Ermessensentscheidung der Behörde	249
bb. Sonstige begünstigende Verwaltungsakte, § 48 III VwVfG.....	250
cc. Anwendung des § 49 II VwVfG auf § 48 II, III VwVfG.....	251
dd. Rücknahmefrist des § 48 IV VwVfG	252
a.) Anwendungsbereich des § 48 IV VwVfG und Fristbeginn	252
b.) Behördenbegriff	253
ee. Rücknahme gegenüber dem richtigen Adressaten	254
ff. Richtige Ausübung des Aufhebungsermessens, § 48 I S. 1 u. S. 2 VwVfG	254
gg. Rechtsfolge: Rücknahme des Verwaltungsakts durch die Behörde und Rückgewähr der erhaltenen Leistung durch den Betroffenen.....	255
hh. Zusammenfassendes Prüfungsschema zu § 48 I S. 2, II-IV VwVfG	256
c. Rückabwicklung gemeinschaftsrechtswidriger Subventionen	256
aa. Das EU - Beihilfeverfahren.....	256
bb. Aufhebungspflicht der Mitgliedstaaten.....	258
cc. Anordnungsbefugnis der Kommission.....	259
dd. Rückforderung von gemeinschaftsrechtswidrig gewährten Beihilfen ..	260
a.) Unzulässigkeit staatlicher Beihilfen	260
aa.) Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige .	260
bb.) Staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art.....	261
cc.) (Drohende) Verfälschung des Wettbewerbs.....	262
dd.) Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten	262
b.) Das Rückforderungsverfahren	263
ee. Ausschlussfrist des § 48 IV VwVfG	265
ff. Treu und Glauben	265
gg. Wegfall der Bereicherung	266
3. Der Widerruf nach § 49 VwVfG.....	267
a. Rechtmäßige belastende Verwaltungsakte, § 49 I VwVfG	267
b. Rechtmäßige begünstigende Verwaltungsakte, § 49 II VwVfG	267
aa. Durch Rechtsvorschrift zugelassen oder im Verwaltungsakt vorbehalten, § 49 II S. 1 Nr. 1 VwVfG	267
bb. Nichterfüllung einer Auflage, § 49 II Nr. 2 VwVfG.....	268
cc. Neue Tatsachen und Änderung der Rechtslage, § 49 II Nr. 3 u. 4 VwVfG	268
dd. Schwere Nachteile für das Gemeinwohl, § 49 II Nr. 5 VwVfG	268

ee. Befristung	268
c. Einmalige oder laufende Geldleistungen oder teilbare Sachleistungen, § 49 III VwVfG, sowie Erstattung und Verzinsung, § 49a VwVfG	268
aa. Einführung	268
bb. Widerrufsgründe	269
cc. Widerrufsfrist.....	270
dd. Der Regelungsgehalt des § 49a VwVfG	271
a.) Erstattung zu Unrecht erbrachter Leistungen	271
b.) Umfang der Erstattung	271
c.) Verzinsung bei Erstattung.....	272
d.) Verzinsung bei Zweckverzögerung.....	272
IX. Wiederaufgreifen des Verfahrens, § 51 VwVfG.....	273
1. Problemstellung	273
2. Abgrenzung zur Aufhebung nach §§ 48 f. VwVfG	274
3. Abgrenzung zur wiederholenden Verfügung und zum Zweitbescheid.....	276
4. Das Wiederaufgreifen nach § 51 VwVfG.....	278
a. Zulässigkeit des Antrags auf Wiederaufgreifen des Verfahrens	280
b. Begründetheit des Antrags auf Wiederaufgreifen des Verfahrens.....	280
aa. Wiederaufgreifensgründe nach § 51 VwVfG	280
bb. Rechtsfolge bei Vorliegen eines Wiederaufgreifensgrundes	282
cc. Wiederaufgreifensgründe außerhalb von § 51 VwVfG ?.....	282
5. Rückgriff auf §§ 48, 49 VwVfG.....	284
X. Nebenbestimmungen zum Verwaltungsakt, § 36 VwVfG	286
1. Problemstellung	286
2. Keine Nebenbestimmung im Rechtssinne (unechte Nebenbestimmung)	287
3. Echte Nebenbestimmung.....	289
a. Befristung	289
b. Bedingung	289
c. Widerrufsvorbehalt	290
d. Auflage	290
e. Auflagenvorbehalt.....	291
f. Modifizierende Auflagen	291
4. Zulässigkeit von Nebenbestimmungen	292
a. Gebundene Verwaltungsakte	292
b. Ermessensverwaltungsakte.....	293
c. Keine Zweckwidrigkeit der Nebenbestimmung	293

5. Rechtsschutz gegen Nebenbestimmungen	293
a. Unechte Nebenbestimmungen	294
b. Echte Nebenbestimmungen (i.S.d. § 36 II VwVfG).....	294
B. Die Rechtsverordnung.....	301
I. Die Rechtsverordnung als eine von der Exekutive erlassene Norm	301
II. Die Voraussetzungen der Rechtsverordnung	303
1. Art. 80 I GG als Ausgangsbasis für den Erlass von Rechtsverordnungen.....	303
2. Ermächtigungsgrundlage.....	304
3. Formelle Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen	306
a. Zuständigkeit.....	306
b. Verfahren	306
c. Form	307
d. Verkündung	307
4. Materielle Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen	307
5. Ermessen.....	307
III. Die Rechtswidrigkeit der Rechtsverordnung und ihre Folgen	307
IV. Rechtsschutz gegen rechtswidrige Rechtsverordnungen	308
1. Bundesebene	308
2. Landesebene.....	309
C. Die Satzung	314
D. Der Realakt	322
I. Begriff und Bedeutung des Realakts	322
II. Öffentliche Warnungen/Informationen/Äußerungen	323
1. Begriff der behördlichen Warnung/Information/Äußerung.....	323
2. Rechtliche Zulässigkeit von behördlichen Warnungen/Äußerungen	323
3. Rechtsschutz in Bezug auf behördliche Äußerungen	328
4. Abschlussfälle zu den behördlichen Warnungen	329
III. Öffentlich-rechtliche Immissionen	339
IV. Public Private Partnership (informales Verwaltungshandeln)	340
E. Die „Abmahnung“ im Verwaltungsrecht	342
F. Der öffentlich-rechtliche Vertrag (Verwaltungsvertrag)	345
I. Vorliegen eines verwaltungsrechtlichen Vertrags.....	346
1. Arten des verwaltungsrechtlichen Vertrags	347
2. Abgrenzung von verwaltungsrechtlichen und privatrechtlichen Verträgen	348
3. Abgrenzung von verwaltungsrechtlichem Vertrag und Verwaltungsakt.....	350
4. Verwaltungsrechtlicher Vertrag zwischen Privaten	351
5. Verwaltungsvertrag und der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit.....	351

II. Rechtliche Voraussetzungen des verwaltungsrechtlichen Vertrags	352
1. Formelle Rechtmäßigkeit	352
a. Zuständigkeit der vertragschliessenden Behörde	352
b. Einhaltung von Verfahrensvorschriften, insbesondere des § 58 VwVfG	352
c. Einhaltung von Formvorschriften, insbesondere Schriftform (§ 57 VwVfG)....	353
2. Materielle Rechtmäßigkeit.....	355
a. Keine Nichtigkeit des verwaltungsrechtlichen Vertrags.....	355
aa. Wirksamer Vertragsschluss	355
bb. Kein Vertragsformverbot.....	355
cc. Zulässigkeit des Vertragsinhalts	356
a.) Nichtigkeit des Vertrags.....	356
b.) Die speziellen Nichtigkeitsgründe des § 59 II VwVfG	357
aa.) § 59 II Nr. 1 VwVfG	358
bb.) § 59 II Nr. 2 VwVfG	358
cc.) § 59 II Nr. 3 VwVfG	359
dd.) § 59 II Nr. 4 VwVfG	359
c.) Die allgemeine Nichtigkeitsvorschrift des § 59 I VwVfG.....	361
d.) Auswirkungen der Schuldrechtsreform	362
b. Folgen eines nichtigen Vertrags.....	364
III. Rechtsfolge: Gewährung und Durchsetzung vertraglicher Ansprüche.....	365
IV. Hinweise für die Fallbearbeitung	367
G. Plan und Planung	373
I. Rechtsnatur und Bedeutung eines Plans.....	373
II. Abwägung/Abwägungsfehler eines Plans	373
1. Planerisches Abwägungsgebot	373
2. (Un-)Beachtlichkeit nach § 214 BauGB	375
3. Ergänzendes Verfahren nach § 214 IV VwGO.....	375
4. Kein Verstoß gegen sonstiges höherrangiges Recht	376
H. Privatrechtliches Handeln der Verwaltung	377
I. Verwaltungsprivatrecht	377
1. Subventionen	377
2. Öffentliche Sachen und öffentliche Einrichtungen	379
a. Öffentliche Sachen.....	379
b. Öffentliche Einrichtungen	381
3. Weitere Bereiche des Verwaltungsprivatrechts	384
4. Zur Grundrechtsbindung im Bereich des Verwaltungsprivatrechts	385
II. Rein fiskalisches Handeln.....	385

10. Kapitel - Die Verwaltungsvollstreckung.....	394
11. Kapitel - Staatshaftungsrecht	398
I. Amtshaftung, § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG.....	399
1. Anwendbarkeit des § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG / Konkurrenzen	400
2. Tatbestandsvoraussetzungen	401
a. Jemand in Ausübung eines ihm anvertrauten öffentlichen Amtes.....	401
aa. Handlungssubjekt „Jemand“	401
bb. In Ausübung eines öffentlichen Amtes	404
b. Verletzung der (einem Dritten gegenüber obliegenden) Amtspflicht	407
aa. Begriff der Amtspflicht.....	407
bb. Verletzung der Amtspflicht	410
a.) Allgemeines.....	410
b.) Amtspflichtverletzungen bei behördlichen Warnungen	411
c.) Amtspflichten im Baurecht.....	413
aa.) Bauplanungsrecht.....	413
bb.) Bauordnungsrecht	414
c. Drittbezug der Amtspflicht.....	415
d. Verschulden.....	417
3. Schaden, haftungsausfüllende Kausalität und Beweislast	418
a. Schaden	418
b. Haftungsausfüllende Kausalität	420
4. Haftungsausschluss	420
a. Gesetzliche Anordnungen des Haftungsausschlusses	420
b. Gesetzliche Beschränkungen der Amtshaftung	424
c. Grenzen der Haftungsbeschränkung	424
5. Verjährung.....	425
6. Haftungskörperschaft (Anspruchsgegner).....	425
7. Rechtsweg und Prüfungsumfang der Zivilgerichte	427
8. Haftung für legislatives und normatives Unrecht?.....	428
9. Haftung für judikatives Unrecht?.....	431
10. Haftung gerichtlicher Sachverständiger, § 839a BGB	432
II. Enteignungsschädigung	433
1. Allgemeines/Einstieg in die Fallbearbeitung.....	433
2. Die Anspruchsprüfung im Einzelnen	434
2. Normgeprägter Schutzbereich des Art. 14 I GG.....	436
a. Schutzgegenstand: Eigentum	437

b. Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb.....	438
c. Anliegerrecht	439
d. Öffentlich-rechtliche Vermögenspositionen.....	440
e. Verfahrensgarantie des Art. 14 GG.....	441
f. Geschützter Personenkreis	441
3. Eingriff in den Schutzbereich.....	442
a. Abgrenzung Enteignung / Inhalts- und Schrankenbestimmung.....	442
aa. Materielle Kriterien der Abgrenzung.....	442
bb. Formale Unterscheidung des BVerfG.....	443
cc. Administrativ- und Legislativenteignung.....	443
b. Zusammenfassung	445
4. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung der Enteignung.....	449
a. Formellgesetzliche Grundlage für die Enteignung	449
aa. Formelle Rechtmäßigkeit des Gesetzes, insbesondere Junktimklausel ...	450
a.) Zuständigkeit	450
b.) Verfahrens- und Formvorschriften	450
c.) Entschädigungsregel (Junktimklausel)	450
bb. Materielle Rechtmäßigkeit des Gesetzes	452
a.) Parlamentsvorbehalt / Bestimmtheitsgrundsatz.....	452
b.) Die Verhältnismäßigkeit.....	453
aa.) Der legitime Zweck (Gemeinwohlerfordernis, Art. 14 III S. 1 GG)	453
bb.) Die Geeignetheit (zwecktaugliches Mittel)	454
cc.) Die Erforderlichkeit (Gebot des Interventionsminimums)	454
dd.) Die Angemessenheit (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne) ...	455
ee.) Institutsgarantie	455
ff.) Enteignungsverfahren	455
gg.) Rückübertragung	456
b. Rechtmäßigkeit des Einzelakts (Administrativenteignung).....	456
c. Rechtsfolge: Entschädigung	456
d. Rechtsweg	457
III. Ausgleichspflicht bei einer Inhalts- und Schrankenbestimmung	458
1. Allgemeine Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen.....	458
2. Rechtsfolge: Gegebenenfalls Ausgleichspflicht.....	460
3. Rechtsweg	462
IV. Enteignungsgleicher Eingriff.....	464
1. Anwendbarkeit	465
2. Anspruchsgrundlage.....	466

3. Voraussetzungen	467
a. Rechtswidriger hoheitlicher Eingriff in eine von Art. 14 GG geschützte Rechtsposition	467
aa. Eingriff	467
bb. Hoheitlich	468
cc. Rechtswidrigkeit des Eingriffs	469
b. Unmittelbarkeit des Eingriffs	471
c. Vorrang des Primärrechtsschutzes	472
4. Rechtsfolge: Entschädigung	473
5. Mitverschulden, insbesondere wegen Verletzung einer Obliegenheit	473
6. Verjährung	473
7. Anspruchsgegner	473
8. Rechtsweg	474
9. Sonderfall Geräte- und Produktsicherheitsgesetz	474
V. Enteignender Eingriff	475
1. Anwendungsbereich	475
2. Anspruchsgrundlage	476
3. Voraussetzungen	476
a. Eingriff in eine durch Art. 14 I GG geschützte vermögenswerte Rechtsposition	476
b. Durch eine unbeabsichtigte atypische und unvorhergesehene Nebenfolge eines an sich rechtmäßigen hoheitlichen Handelns	477
c. Unmittelbarkeit der Beeinträchtigung	478
d. Sonderopfer durch die Beeinträchtigung	478
4. Vorrang des Primärrechtsschutzes	478
5. Rechtsfolge: Entschädigung	479
6. Verjährung	479
7. Anspruchsgegner	479
8. Rechtsweg	479
VI. Aufopferungsanspruch i.e.S.	480
1. Anwendungsbereich	480
2. Anspruchsgrundlage	482
3. Voraussetzungen	482
a. Beeinträchtigung eines nichtvermögenswerten Rechtsguts	482
b. Durch hoheitlichen Eingriff	483
c. Unmittelbarkeit des Eingriffs	484
d. Sonderopfer	484

4. Primärrechtsschutz.....	485
5. Rechtsfolge: Entschädigung.....	485
6. Verjährung.....	486
7. Anspruchsgegner.....	486
8. Rechtsweg.....	486
VII. Folgenbeseitigungsanspruch.....	487
1. Allgemeines.....	487
2. Typische Klausurkonstellationen.....	487
3. Besonderheiten zu den Sachentscheidungsvoraussetzungen einer Klage.....	489
4. Begründetheit des Folgenbeseitigungsanspruchs.....	490
a. Rechtsgrundlage/Anspruchsgrundlage.....	491
b. Voraussetzungen des Folgenbeseitigungsanspruchs.....	491
aa. Hoheitliches Handeln.....	492
bb. Eingriffsobjekt: Subjektives Recht.....	492
cc. Schaffung eines rechtswidrigen, noch andauernden Zustands durch das hoheitliche Handeln (keine Duldungspflicht des Betroffenen).....	493
dd. Unmittelbarkeit (Zurechenbarkeit) der Folgen.....	495
ee. Wiederherstellung ist tatsächlich möglich, rechtlich zulässig u. zumutbar.....	496
ff. Kein Ausschluss wegen Mitverschuldens.....	497
gg. Verjährung.....	497
hh. Folgenentschädigungsanspruch.....	497
ii. Sonderfall Drittbeteiligungen.....	500
VIII. Öffentlich-rechtlicher Unterlassungsanspruch.....	506
IX. Öffentlich-rechtlicher Erstattungsanspruch.....	509
1. Ansprüche der öffentlichen Hand gegen ein Privatrechtssubjekt.....	509
a. Rechtsgrundlage/Anspruchsgrundlage.....	509
b. Unmittelbare Vermögensverschiebung.....	510
c. Ohne Rechtsgrund.....	510
d. Rechtsfolge: Rückgewährung der geleisteten Vermögenswerte.....	511
e. Wegfall der Bereicherung?.....	511
2. Anspruch eines Privatrechtssubjekts gegen die öffentliche Hand.....	512
a. Problemstellung.....	512
b. Umfang der Erstattung.....	514
3. Anspruch unter Verwaltungsträgern.....	514
4. Konkurrenzen.....	514

X. Übersicht über die allgemeinen Entschädigungs- und Schadensersatzansprüche	515
XI. Die Integration der gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen in das deutsche Staatshaftungsrecht	515
1. Das Francovich-Urteil des EuGH.....	515
2. Das Brasserie-Urteil des EuGH.....	518
3. Die Pauschalreisenrichtlinie	519
4. Zusammenfassung der Haftungsvoraussetzungen	519
5. Haftung auch für judikatives Unrecht?.....	521
6. Rechtsfolge.....	522
7. Die Integration dieser Grundsätze in das deutsche Staatshaftungsrecht.....	522

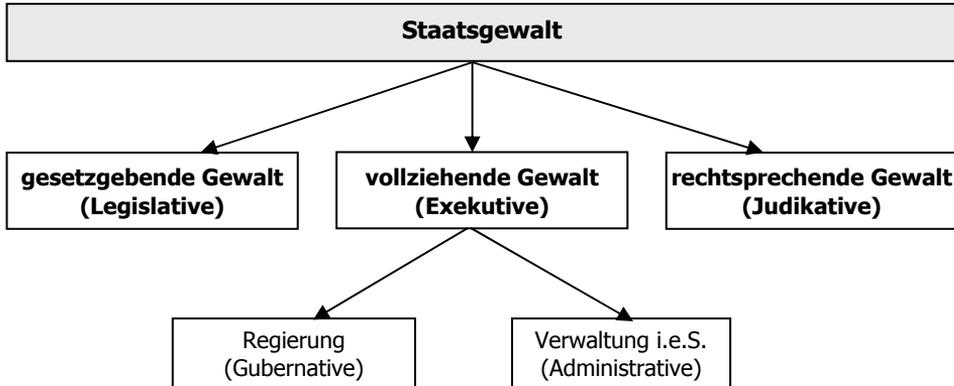
1. Kapitel

Die Ausführung der Gesetze durch die Verwaltung

A. Verfassungsrechtliche Vorgaben

Die **Funktion der Verwaltung** im Staatsgefüge lässt sich nur dann verstehen, wenn man das **Prinzip der Gewaltenteilung**, wie es Art. 20 II S. 2 u. III GG vorsieht, verdeutlicht. Nach diesem Prinzip wird die Staatsgewalt durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt.

1



Die Vorstellung von der Teilung staatlicher Gewalt lässt sich bis in die Antike zurückverfolgen. Die Gewaltenteilung wurde insbesondere von John Locke (1632-1704) und Charles de Montesquieu (1689-1755) und dem Liberalismus als Maßnahme gegen den Missbrauch staatlicher Gewalt im Absolutismus gefordert. Der Zweck der Gewaltenteilung liegt darin, Staatsgewalt zu **begrenzen** und zu **kontrollieren** und somit einem Machtmissbrauch entgegenzutreten. Man spricht von einer **gegenseitigen Hemmung** und **Kontrolle** der Machtausübung der verschiedenen Staatsgewalten (nach John Locke: *checks and balances*).

2

In der Bundesrepublik Deutschland ist der jeweilige exakte Funktionsbereich der einzelnen Staatsgewalten zwar nicht positiv bestimmt, es existieren aber etliche Vorschriften im Grundgesetz, die einige Zuständigkeiten der drei Staatsgewalten näher beschreiben.¹

3

⇒ So beschreiben die Art. 30, 70 ff. GG einige Zuständigkeiten der **gesetzgebenden Gewalt**.

4

In einem freiheitlich-demokratischen System, das der Gewaltenteilung folgt, fällt der Legislative die Aufgabe der Normsetzung zu. In *formeller Hinsicht* bedeutet Normsetzung die Schaffung einer staatlichen Anordnung, die von den für die Gesetzgebung zuständigen Organen im von der Verfassung hierfür vorgesehenen Verfahren und der hierfür vorgesehenen Form erlassen wird. In *materieller Hinsicht* bedeutet Normset-

¹ Die nachfolgend dargestellten Inhalte sollten zwar aus dem staatsorganisationsrechtlichen Studium bekannt sein, werden aufgrund der grundlegenden Bedeutung für das Verständnis des Verwaltungsrechts jedoch nochmals zusammengefasst. Sie basieren auf R. Schmidt, Staatsorganisationsrecht, Rn 65 ff. (Bundesstaat) und Rn 160 ff. (Rechtsstaat und Gewaltenteilung).

Die Ausführung der Gesetze durch die Verwaltung

zung die Schaffung von in erster Linie abstrakt-generellen Rechtssätzen, d.h. von Rechtssätzen, die für eine Vielzahl von Lebenssachverhalten geschaffen wurden und gegenüber jedermann verbindlich sind. Aber auch Gesetze, die den Einzelfall regeln, sind möglich. Vgl. dazu Art. 19 I S. 1 GG, der sie nur für einen bestimmten Bereich grundrechtsbeschränkender Gesetze ausschließt. Es lässt sich also sagen, dass es sich bei den allgemein-verbindlichen Rechtsnormen, die von einem Parlament erlassen werden, um **formell-materielle Gesetze** handelt.

Nicht um Gesetzgebung im Sinne einer parlamentarischen Gesetzgebung handelt es sich bei den Rechtsnormen, die von der Exekutive erlassen werden (Rechtsverordnungen und i.d.R. auch Satzungen). Man spricht insoweit von **nur-materiellen Gesetzen**. Eine andere Frage ist es, ob und inwieweit die Exekutive dazu ermächtigt ist, derartige Gesetze zu erlassen, vgl. dazu sogleich.

- 5 ⇒ Aufgaben der **vollziehenden Gewalt**, d.h. der Regierung (der Gubernative) und der Verwaltung i.e.S. (der Administrative) sind in den Art. 62 ff. und 83 ff. GG niedergelegt.

Die Art. 62 ff. GG sagen nichts über den genauen Funktionsbereich der **Regierung**. Zu den Aufgaben einer Regierung gehört jedenfalls die Leitung des Staatsganzen. Darüber hinaus hat sie ein Initiativrecht bei Gesetzesvorlagen (vgl. Art. 76 GG) und ein Zustimmungsrecht bei bestimmten Staatsausgaben (vgl. Art. 113 I GG). Auch der Erlass von Rechtsverordnungen, also von nur-materiellen Gesetzen, gehört ebenso zu ihrem Aufgabenbereich (vgl. Art. 80 GG) wie die Weisung eines Bundesministers an einen Landesminister im Bereich der Bundesauftragsverwaltung nach Art. 85 III GG (dazu Rn 8). Zu beachten ist jedoch, dass nicht jede Regierungstätigkeit verwaltungsrechtlicher Natur ist, für die im Streitfall die Verwaltungsgerichte zuständig sind. Vielmehr handelt es sich bei der Regierung gerade um ein Verfassungsorgan. Für verfassungsrechtliche Streitigkeiten ist (auf Bundesebene) das BVerfG zuständig. Es ist also in jedem Einzelfall danach zu fragen, ob die Regierung verfassungsrechtlich oder verwaltungsrechtlich tätig ist.

Beispiel: Weil die Bundesregierung der Meinung ist, die Ziele einer bestimmten Jugendsekte seien jugendgefährdend oder bestimmte Weine seien gesundheitsschädlich, warnt sie die Öffentlichkeit. Der Vorstand der Jugendsekte und die Winzer der betroffenen Weine wollen gerichtlich klären lassen, ob die Warnungen rechtmäßig waren.²

Handelt es sich bei den Warnungen um Verwaltungstätigkeit, sind die Verwaltungsgerichte zuständig, bei verfassungsrechtlicher Natur entscheidet das BVerfG.

Das BVerfG steht auf dem Standpunkt, dass in den genannten Fällen die Bundesregierung zwar staatsleitend und damit in ihrer Funktion als Verfassungsorgan tätig geworden sei, jedoch habe es sich bei den Warnungen um Verwaltungstätigkeit gehandelt, über die zunächst die Verwaltungsgerichte hätten entscheiden müssen. Diese Rechtsauffassung ist zutreffend, weil die Bundesregierung sowohl als Verfassungsorgan verfassungsrechtlich tätig sein als auch als Exekutivspitze Aufgaben der Verwaltung wahrnehmen kann. Dass sie die fraglichen Warnungen (in Ermangelung von gesetzlichen Ermächtigungsgrundlagen) auf ihre Befugnis zur Staatsleitung und damit auf ihre verfassungsrechtliche Organstellung gestützt hat und gleichzeitig von einer verwaltungsrechtlichen Tätigkeit ausgegangen ist, ist im Ergebnis unschädlich. Denn das eine schließt das andere nicht aus.³

² Vgl. dazu BVerfGE **105**, 252 ff. (Glykolwein) und 279 ff. (Sektenwarnung) sowie ausführlich Rn 827 ff.

³ Unbegründet ist daher die Kritik von *Detterbeck*, AllgVerwR, § 1 Rn 6. Zur Frage, nach welchen Kriterien sich die Einstufung eines Streits als verfassungsrechtlich oder verwaltungsrechtlich richtet, vgl. Rn 18 ff.

Typische Aufgabe der **Verwaltung i.e.S.** (der Administrative) ist der **Vollzug der Gesetze** (vgl. Art. 83 ff. GG). Man spricht insoweit von **gesetzesakzessorischer Verwaltung**.

Beispiel: Erlass eines Versammlungsverbots auf der Grundlage des Versammlungsgesetzes (vgl. § 15 I VersG).

Doch beschränkt sich die Verwaltungstätigkeit nicht hierauf. So kann die Verwaltung – wie sich aus Art. 30 GG ergibt – auch außerhalb des Gesetzesvollzugs tätig werden. Man spricht dann von **nicht-gesetzesakzessorischer Verwaltung**.

Beispiel: Zur-Verfügung-Stellung von öffentlichen Einrichtungen (Stadthallen⁴ etc.)

Bei allen Tätigkeiten wird das Verwaltungshandeln jedoch durch die Prinzipien vom *Vorrang* und (für den Bereich der Eingriffsverwaltung) *Vorbehalt* des Gesetzes (dazu Rn 191) bestimmt.

Fazit: Insgesamt lässt sich sagen, dass sich der Funktionsbereich der Exekutive aufgrund der Vielfältigkeit exekutiver Funktionen nicht positiv bestimmen lässt. Daher ist mit einer Negativdefinition zu arbeiten:

Verwaltung ist die Tätigkeit des Staates oder eines sonstigen Trägers öffentlicher Gewalt außerhalb von formeller Rechtsetzung und Rechtsprechung.⁵

⇒ Die **rechtsprechende Gewalt** erhält ihren Aufgabenbereich durch die Art. 92 ff. GG (i.V.m. dem DRiG). **6**

Die rechtsprechende Gewalt ist organisatorisch und funktional strikt von den beiden anderen Gewalten zu unterscheiden: Gem. Art. 92 GG ist die rechtsprechende Gewalt den **Richtern** anvertraut. Sie wird durch das BVerfG, die anderen im Grundgesetz genannten Bundesgerichte (vgl. Art. 95 GG) sowie die Gerichte der Länder ausgeübt. Dabei sind die Richter sachlich und persönlich unabhängig und nur den Gesetzen unterworfen (vgl. Art. 97 GG).⁶ Dem Bereich der Rechtsprechung sind jedenfalls die in Art. 95 GG aufgeführten Sachgebiete der bürgerlichen Streitigkeiten, der Strafsachen und der Verwaltungstreitigkeiten zuzurechnen. Doch ist der Gesetzgeber nicht gehindert, anderweitige Aufgaben – etwa im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit – den Richtern anzuvertrauen.⁷

B. Kompetenzabgrenzung zwischen Gesetzgebung und Verwaltung

Von dem Prinzip der Gewaltenteilung im dargestellten Sinne (sog. **horizontale Gewaltenteilung**) ist die **organisatorische Gewaltenteilung** zu unterscheiden, wie das etwa bei der Aufgabenzuteilung zwischen Bundestag und Bundesrat der Fall ist. Auch die **vertikale Gewaltenteilung** betrifft eine andere Gewaltenteilung, nämlich diejenige zwischen den Verbänden Bund und Ländern einerseits und zwischen Bund/Ländern und Gemeinden andererseits. Diese vertikale Gewaltenteilung ist dem Föderalismus, wie er in der Bundesrepublik Deutschland besteht, eigen. Sie verfolgt das Ziel, dass nicht nur die Gesetzgebungskompetenzen, sondern auch die Verwaltungskompetenzen einer Verbandszuständigkeitsregelung unterfallen müssen. Denn der Vollzug eines Gesetzes bringt einen großen Auslegungs- und Handhabungsspielraum mit sich, sodass dem Gesetzesanwender (hier: der Verwaltung) eine erhebliche **7**

⁴ Vgl. dazu OVG Bautzen NVwZ **2002**, 615 (Parteitag in Stadthalle) und ausführlich Rn 960 ff.

⁵ *Degenhart*, Staatsorganisationsrecht, Rn 246.

⁶ Vgl. BVerfGE **27**, 312, 322; **60**, 253, 296; **67**, 65, 68; **103**, 111, 136 ff.

⁷ BVerfGE **76**, 100, 106; *Degenhart*, Staatsorganisationsrecht, Rn 247 f.

I. Recht der Europäischen Union

Gem. Art. 23 I S. 1 GG wirkt die Bundesrepublik Deutschland bei der Entwicklung der Europäischen Union „zur Verwirklichung eines vereinten Europas“ mit. Diese **Staatszielbestimmung**, die schon in der Präambel des Grundgesetzes niedergelegt ist („gleichberechtigtes Glied in einem vereinten Europa“), richtet sich auf eine **fortschreitende Integration** der Staaten Europas, die zu einem **europäischen Bundesstaat** führen kann, aber nicht muss. Daher leuchtet es ein, dass Grundkenntnisse des Rechts der Europäischen Union auch für das Verständnis des Verwaltungsrechts unabdingbar sind. Zu diesen Grundkenntnissen gehört das Wissen über die historische Entwicklung der heutigen Europäischen Union, deren Rechtssubjektqualität, die Organe der Gemeinschaft, das Verhältnis zwischen europäischem Recht und nationalem Recht und die jüngst verabschiedete, aber noch ratifizierungsbedürftige Europäische Verfassung. 110

I. Die historische Entwicklung der Europäischen Union

Den Grundstein für die Europäische Union, deren Förderung schon in der Ursprungsfassung des Grundgesetzes als Staatsziel festgelegt war (Präambel), legte nach dem Plan des französischen Außenministers Schuman die Gründung der **Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl** (EGKS oder Montanunion) am 9.5.1950. In diesem Vertrag (EGKSV) vereinbarten die damaligen sechs Mitgliedstaaten (Bundesrepublik Deutschland, Belgien, Frankreich, Italien, Luxemburg, Niederlande) einen „gemeinsamen Markt“, der gemeinsame Ziele verfolgen und gemeinsame Organe haben sollte (Art. 1 EGKSV). Insbesondere verpflichteten sich die Mitgliedstaaten im Bereich von Kohle, Stahl, Eisen und Schrott zum schrittweisen Abbau der Zölle, der Grenzabfertigungsgebühren und Währungsbeschränkungen. Außerdem vereinbarten sie gegenüber Drittländern einen gemeinsamen Zolltarif. Der EGKSV trat 1952 in Kraft. 111

Die guten Erfahrungen bei der Zusammenarbeit in der EGKS sowie der wirtschaftliche Druck, der von anderen großen Industrienationen ausging, bewogen die Regierungen der Mitgliedstaaten, auch für die übrigen Wirtschaftszweige eine gemeinsame Lösung anzustreben. Daher wurden zur Fortsetzung der europäischen Integration zwei weitere Verträge ausgearbeitet, welche am 25.3.1957 in Rom (daher „**Römische Verträge**“) von den Regierungen der sechs Mitgliedstaaten unterzeichnet wurden. Mit dieser Unterzeichnung war die Gründung der **Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft** (EWG, später: EG) und der **Europäischen Atomgemeinschaft** (EAG, später: EA) perfekt.¹³¹ 112

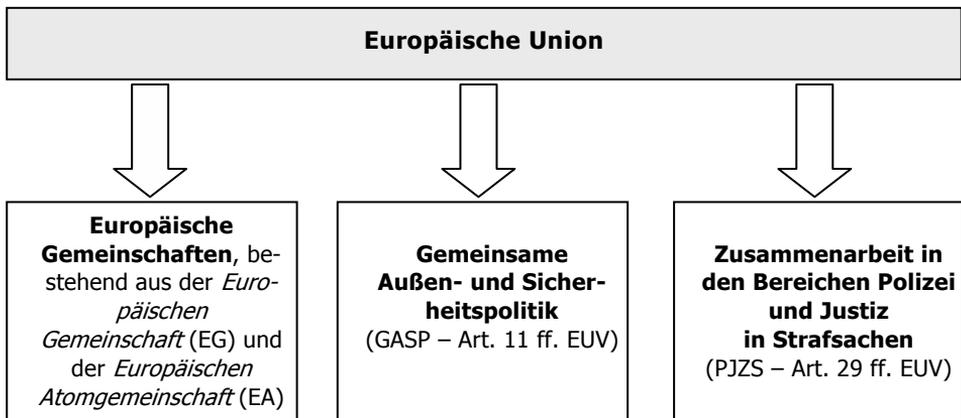
Die drei Gemeinschaften EGKS, EWG und EAG hatten gemeinsame Organe, ohne dass ihre rechtliche Selbstständigkeit hierdurch in Frage gestellt worden wäre. Insofern wurde (und wird) auch von den „Europäischen Gemeinschaften“ gesprochen. 113

Eine weitere Dynamik erhielt die europäische Integration mit der „**Einheitlichen Europäischen Akte**“ vom 28.2.1986, durch die die Schaffung einer **Europäischen Union** (EU) „zum gemeinsamen Ziel der Mitgliedstaaten“ erklärt wurde. Die dort vereinbarte Europäische Union wurde durch den **Vertrag über die Europäische Union** (EUV) vom 7.2.1992 („**Maastricht-Vertrag**“) gegründet. Mit dem **Amsterdamer Vertrag** vom 2.10.1997 wurden EUV und EGV wesentlich modifiziert und ergänzt. So ist die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft (EWG) durch Änderung des 114

¹³¹ Vgl. dazu ausführlich *Oppermann*, Europarecht, Rn 19 f.; *Herdegen*, Europarecht, Rn 40 ff.; *Streinz*, Europarecht, Rn 14 ff.

EG-Vertrags umbenannt worden und heißt seitdem „**Europäische Gemeinschaft**“ (EG); die Europäische Atomgemeinschaft heißt nunmehr EA (statt EAG). Ferner wurde das Ende des Vertrags über die **Montanunion** besiegelt; er endete am 23.7.2002 (Art. 97 EGKSV).

- 115** Grundlage der Europäischen Union sind seitdem also die **Europäischen Gemeinschaften** EG und EA, ergänzt durch die mit dem Unionsvertrag eingeführten Politiken und Formen der Zusammenarbeit (Art. 1 EUV). Die EG und die EA sind durch den Unionsvertrag also weder aufgelöst worden noch gehen sie in der Europäischen Union auf. Sie bilden vielmehr eine Säule der Europäischen Union, zu der als weitere Säulen die Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik (GASP – Art. 11 ff. EUV) und die intergouvernementale Polizeiliche und Justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen (PJZS – Art. 29 ff. EUV) hinzutreten.



- 116** Seit dem Vertrag von Amsterdam ist die **Europäische Union** also als Dach der drei genannten Säulen zu verstehen, ohne dabei selbst eine umfassende Rechtspersönlichkeit zu besitzen. Eine solche besitzen lediglich die Europäischen Gemeinschaften. Nur sie können Verträge mit Drittstaaten und anderen internationalen Organisationen schließen oder solchen beitreten (dazu Rn 158 ff.).

- 117** Als weiteres Entwicklungsstadium der Europäischen Union ist der **Vertrag von Nizza** zu nennen. Bei diesem im Dezember 2000 während der Konferenz von Nizza geschlossenen Vertrag haben die Staats- und Regierungschefs der EU-Mitgliedstaaten einen Vertragstext über die institutionellen Reformen ausgehandelt, welche die künftige Erweiterungsfähigkeit der Europäischen Union sichern sollen. Der Vertrag (BGBl. II, 2002, S. 1702) ist am 1.2.2003 in Kraft getreten. Er stärkt das Stimmengewicht der bevölkerungsreichen Mitgliedstaaten (Deutschland, Frankreich, Italien und Großbritannien) gegenüber den kleineren Ländern. Weiterhin soll die Bevölkerungszahl bei der Verteilung der Abgeordnetensitze im Europäischen Parlament auf die einzelnen Mitgliedstaaten stärker berücksichtigt werden. Daneben sieht der Vertrag vor, dass die Zahl der Mitglieder der Europäischen Kommission künftig begrenzt wird (seit 2005 durch den Verzicht der größeren Mitgliedstaaten auf einen zweiten Kommissar; nach einer Erweiterung der Europäischen Union auf 27 Mitgliedstaaten durch Beschränkung auf höchstens 26 Kommissionsmitglieder). Auch wird die Zahl der Abgeordneten des Europäischen Parlaments an eine absolute Obergrenze gebunden. Dagegen bewegt sich der weitere Abbau des Einstimmigkeitsprinzips zugunsten des Mehrheitsprinzips

in recht bescheidenem Rahmen. Das Einstimmigkeitserfordernis – und damit die Vetomöglichkeit für jeden einzelnen Mitgliedstaat – bleibt allerdings in einzelnen Bereichen der Handelspolitik sowie in zentralen Fragen der Steuer- und Sozialpolitik erhalten. Schließlich haben sich die Mitgliedstaaten in Nizza auf eine Erleichterung der sog. „verstärkten Zusammenarbeit“ unter integrationswilligen Mitgliedstaaten verständigt und damit den Grundstein für den Beitritt von zehn Ländern aus Mittel- und Osteuropa sowie aus dem Mittelmeerraum gelegt. Diese Staaten¹³² konnten dann aufgrund eines Beitrittsvertrags von 2003 am 1.5.2004 der EU und den die Union begründenden Verträgen beitreten.¹³³

Von Bedeutung ist schließlich, dass auf dem EU-Gipfel von Nizza – außerhalb der förmlichen Vertragsänderung – feierlich die Charta der **Grundrechte** der Europäischen Union proklamiert wurde. Vgl. *R. Schmidt*, Grundrechte, Rn 5.

118

Als bislang letzter Meilenstein auf dem Weg zu einem vereinten Europa ist der auf dem EU-Gipfel vom 17.-18.6.2004 in Brüssel verabschiedete **Vertrag über eine Verfassung für Europa** zu nennen. Vgl. dazu Rn 130 ff.

118a

II. Die Europäische Union als Staatenverbund

Die Gründung der Europäischen Union stellt keine Gründung eines Bundesstaates dar, in dem die Bundesrepublik Deutschland als Gliedstaat aufgegangen wäre. Vielmehr wird die Union durch den Unionsvertrag als „neue Stufe bei der Verwirklichung einer immer engeren Union der Völker Europas“ bezeichnet (Art. 1 II EUV). Das BVerfG hat hierfür den Begriff des „Staatenverbundes“ geprägt, der von den Mitgliedern getragen werde und deren nationale Identität achte.¹³⁴

119

Die Aufgaben der Europäischen Union werden durch den Unionsvertrag normiert, der – wie der EG-Vertrag (Art. 5 EG¹³⁵) – dem Prinzip der begrenzten Handlungsermächtigung (Einzelermächtigung) folgt (Art. 5 EUV). Der Union kommt also **keine „Kompetenz-Kompetenz“** zu, d.h. nicht die Befugnis, ihre Kompetenzen selbst auszuweiten (dies ist der Unterschied zum verfassten Bundesstaat der Bundesrepublik Deutschland: das Grundgesetz verleiht dem Bund – wenn auch unter Mitwirkung der Länder über den Bundesrat – die Kompetenz, durch Änderung des Grundgesetzes seine Kompetenzen auszuweiten). Die Europäische Union kann ihre Aufgaben und Zuständigkeiten also nicht selbst ausweiten, sondern nur solche in Anspruch nehmen, die ihr durch Vertragsergänzungen oder -änderungen **eingeräumt** worden sind („**enumerative Handlungsermächtigung**“). Daher ist auch eine eigene (Bundes-)Staatsqualität der Union zu verneinen. Zudem fehlt es am „Staatsvolk“. Zwar ist eine „Unionsbürgerschaft“ für alle Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten begründet worden (Art. 17 EG), mit der einzelne Rechte, insbesondere das **Aufenthaltsrecht** (Art. 18 EG) und das **Kommunalwahlrecht** (Art. 19 EG) in allen Mitgliedstaaten verbunden sind. Dieses „rechtliche Band“ besitzt aber nicht eine der gemeinsamen Staatsangehörigkeit vergleichbare Dich-

120

¹³² Estland, Lettland, Litauen, Malta, Polen, Slowakei, Slowenien, Tschechische Republik, Ungarn und Zypern.

¹³³ Einzelheiten regelt die Beitrittsakte, die mit ihren Protokollen als Vertragsbestandteil gilt. Danach findet eine Reihe von gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften auf die Beitrittsländer zunächst nicht oder nur eingeschränkt Anwendung. Von besonderer Bedeutung (etwa für das Zuwanderungs- und Aufenthaltsrecht) ist die Zulässigkeit von Beschränkungen der Freizügigkeit für einen Zeitraum von bis zu sieben Jahren. Vgl. näher *Herdegen*, Europarecht, Rn 472 ff.

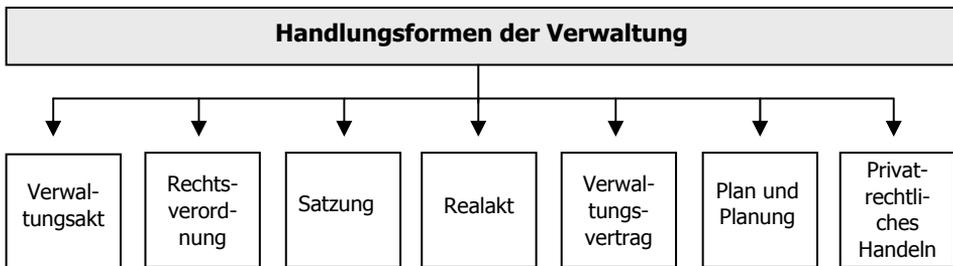
¹³⁴ BVerfGE **89**, 155, 188 (Maastricht).

¹³⁵ Die offizielle Zitierweise der Vorschriften des EG-Vertrags lautet seit dem Vertrag von Nizza „EG“, nicht mehr „EGV“ (Beispiel: Art. 5 EG, nicht Art. 5 EGV). Entsprechendes gilt für den EA-Vertrag.

9. Kapitel

Handlungsformen der Verwaltung

- 315** Die Handlungsformen der Verwaltung sind so vielgestaltig wie die Verwaltung selbst. Neben den bereits ausführlich behandelten Maßnahmen im Innenverhältnis tritt die Verwaltung primär gegenüber den Bürgern, also im Außenverhältnis auf. Dort kann sie zum einen tatsächlich, zum anderen aber auch rechtsfolgengerichtet tätig werden. Im ersten Fall spricht man von einem Realakt, im zweiten Fall – soweit man sich auf den Einzelfall beschränkt – von einem Verwaltungsakt und einem Verwaltungsvertrag. Der Verwaltungsakt ist das klassische Handlungsinstrumentarium und soll Gegenstand der folgenden Bearbeitung sein. Der Realakt und der Verwaltungsvertrag werden unter Rn 362/824 ff., und 861 ff., die Rechtsverordnung und die Satzung unter Rn 85/783 ff. und Rn 89/813 ff. behandelt.



Hinweis für die Fallbearbeitung: In der überwiegenden Zahl von Aufgabenstellungen sieht sich der Bearbeiter mit der Frage nach der Fehlerhaftigkeit bzw. Rechtswidrigkeit von Verwaltungsakten konfrontiert. Dies bestätigt nicht nur die Feststellung *Otto Mayers*, dass der Verwaltungsakt „im öffentlichen Recht steckt wie die Made im Speck“, sondern auch die praktische und prüfungstechnische Relevanz dieser Art des Verwaltungshandelns. Daher ist der sichere Umgang mit dem Verwaltungsakt für eine gute Fallbearbeitung unerlässlich.

A. Der Verwaltungsakt

I. Bedeutung des Verwaltungsakts

- 316** **1.** Der Verwaltungsakt stellt die Schnittstelle zwischen dem materiellen Verwaltungsrecht, dem (allgemeinen) Verwaltungsverfahrenrecht und dem Verwaltungsprozessrecht dar. Daher ist es unerlässlich, den Verwaltungsakt nicht isoliert als Teil des materiellen Verwaltungsrechts darzustellen, sondern immer im Kontext mit dem Verfahrensrecht und dem Prozessrecht zu erläutern.

- ⇒ Der Verwaltungsakt ist Bestandteil des **materiellen Verwaltungsrechts**, da er eine einseitig verbindliche Rechtsfolge gegenüber dem Außenrechtssubjekt (Bürger, Kapitalgesellschaft etc.) trifft (vgl. § 35 VwVfG).
- ⇒ Der Verwaltungsakt ist dem **allgemeinen Verwaltungsverfahrenrecht** zuzurechnen, da dieses unter anderem auf den Erlass eines Verwaltungsakts gerichtet ist (vgl. §§ 9 ff. VwVfG).
- ⇒ Der Verwaltungsakt ist dem **Verwaltungsprozessrecht** zuzuordnen, da nur bei Vorliegen eines Verwaltungsakts bestimmte Klagearten (Anfechtungsklage, Verpflichtungsklage) zulässig sind.

tungsklage) statthaft sind, für die besondere Sachurteilsvoraussetzungen gelten (Vorverfahren gem. § 68 VwGO, Frist gem. §§ 70, 74 VwGO). Die übrigen Klagearten setzen nicht die Existenz eines Verwaltungsakts voraus, sondern sind auch bei Vorliegen eines schlicht hoheitlichen Handelns einschlägig. Die genannten strengen Sachurteilsvoraussetzungen gelten (bis auf einige wenige Sonderfälle wie z.B. § 126 III BRRG) nicht.

Beispiel: Die Erteilung einer Baugenehmigung (= Verwaltungsakt) ist Bestandteil des materiellen Verwaltungsrechts (hier des Baurechts). Sie enthält die Regelung, dass ein bestimmtes baurechtliches Vorhaben auf einem bestimmten Grundstück errichtet werden darf. Verwaltungsverfahrenrechtlich sind die §§ 9 ff. VwVfG zu beachten. So sind beispielsweise die Betroffenen (insbesondere die Nachbarn) zuvor anzuhören. Verwaltungsprozessual ist die Qualifikation als Verwaltungsakt bedeutsam, um als statthaften Rechtsbehelf (beispielsweise eines Nachbarn) gegen die Baugenehmigung die Anfechtungsklage zu bestimmen.

2. Des Weiteren sind die rechtlichen Eigenarten des Verwaltungsakts von Bedeutung. So besitzt nur der Verwaltungsakt eine **fehlerunabhängige Rechtswirksamkeit**. Darüber hinaus gewinnt er nach Ablauf der Rechtsbehelfsfristen **Bestandskraft** und kann Grundlage von verwaltungseigener **Vollstreckung** sein. 317

⇒ **Fehlerunabhängige Rechtswirksamkeit** bedeutet, dass der Verwaltungsakt mit seiner Bekanntgabe an den Betroffenen (§§ 41, 43 I VwVfG) rechtswirksam wird, und zwar grundsätzlich ohne Rücksicht auf seine Rechtmäßigkeit. Das folgt aus §§ 43 I, III, 44 VwVfG, wonach nur der nichtige Verwaltungsakt rechtsunwirksam ist. Unter welchen Umständen ein Verwaltungsakt nichtig ist, ist § 44 VwVfG zu entnehmen. 318

Hinweis für die Fallbearbeitung: Der rechtswidrige, aber nicht nichtige Verwaltungsakt ist rechtswirksam und kann daher die Grundlage von Vollstreckungsmaßnahmen sein.³⁷⁶ Er ist aber anfechtbar und aufhebbar. Statthaft ist die Anfechtungsklage (§ 42 I Var. 1 VwGO). Nur wenn der Verwaltungsakt an einem besonders schweren Fehler leidet, ist er nichtig. Hier ist die Nichtigkeitsfeststellungsklage (§ 43 I Var. 2 VwGO) statthaft. Diese Klageart hat aber den Nachteil, dass die Behörde den Verwaltungsakt weiterhin (d.h. bis zur Urteilsverkündung) zur Grundlage einer Verwaltungsvollstreckung machen kann, da mit der Nichtigkeitsfeststellungsklage keine aufschiebende Wirkung verbunden ist. **Der Betroffene kann daher auch einen nichtigen Verwaltungsakt anfechten.** Die Anfechtung hat wegen der mit der Anfechtungsklage verbundenen aufschiebenden Wirkung (§ 80 I VwGO) zur Folge, dass der Verwaltungsakt zunächst – jedenfalls im Regelfall – nicht vollzogen bzw. vollstreckt werden darf. Zur fehlerunabhängigen Rechtswirksamkeit vgl. ausführlich Rn 317.

⇒ **Bestandskraft** bedeutet, dass wenn der Verwaltungsakt nicht fristgemäß (vgl. §§ 70, 74 VwGO) oder erfolglos angefochten wurde, die Rechtswirksamkeit dauerhaft wird. Die Bestandskraft verleiht eine Rechtssicherheit und einen Rechtsfrieden. Gleichwohl ist dieser Zustand nicht unumstößlich. So kann ein Verwaltungsakt auch nach Eintritt der Bestandskraft unter engen Voraussetzungen in Frage gestellt werden. Dies kann zum einen durch einen Antrag gem. § 51 VwVfG auf Wiederaufgreifen 319

³⁷⁶ Das gilt nach der neuesten Rechtsprechung des BVerfG auch für das Polizei- und Ordnungsrecht. Ein **Rechtmäßigkeitszusammenhang** bzw. ein **Konnexitätsprinzip** besteht insoweit nicht mehr. Die Grundverfügung muss nur wirksam sein, vgl. BVerfG NVwZ **1999**, 290, 292; OVG Münster NVwZ **2001**, 231; *Schenke*, POR, Rn 540; *Werner*, JA **2000**, 902, 904; **a.A.** *Jahn*, JA **2000**, 79, 86, und *Knemeyer*, POR, Rn 358, denen jedoch offensichtlich BVerfG NVwZ **1999**, 290, 292, unbekannt ist.

des Verfahrens (vgl. ausführlich Rn 710 ff.) oder durch einen Antrag auf Ausübung des Aufhebungsermessens (§ 48 VwVfG, vgl. ausführlich Rn 619 ff.) geschehen.

- 320** ⇒ **Verwaltungseigene Vollstreckung** bedeutet, dass die Verwaltung zur Durchsetzung ihrer Forderung keines gerichtlichen Vollstreckungstitels bedarf. Die Vollstreckbarkeit ist vielmehr bereits im Verwaltungsakt angelegt. Gleichwohl ist der Bürger der Verwaltung nicht schutzlos ausgeliefert. So kann er Anfechtungsklage erheben. Die mit der Anfechtungsklage verbundene aufschiebende Wirkung (vgl. § 80 I VwGO) hat zur Folge, dass die Behörde den Verwaltungsakt vorerst (d.h. einstweilen) nicht vollziehen darf. Aus diesem Grund wird die Behörde nicht selten in Erwägung ziehen, den Verwaltungsakt für sofort vollziehbar zu erklären (vgl. § 80 II S. 1 Nr. 4 VwGO). Ordnet sie die sofortige Vollziehung an, verbleibt dem Bürger nur die Möglichkeit, einen Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung (bei der Behörde gem. § 80 IV VwGO oder bei Gericht gem. § 80 V VwGO) zu stellen.³⁷⁷

II. Klassifizierung des Verwaltungsakts

1. Befehlende - rechtsgestaltende - feststellende Verwaltungsakte

- 321** Die herrschende Lehre nimmt entsprechend dem Regelungsgehalt eines Verwaltungsakts folgende Unterscheidung vor³⁷⁸:

- 322** Bei den **befehlenden** Verwaltungsakten sind Regelungsinhalt *Gebote* und *Verbote*. Sie verpflichten zu einem bestimmten Verhalten (Tun, Dulden oder Unterlassen). Kommt der Verpflichtete diesem Gebot oder Verbot nicht nach, kann die Behörde den Verwaltungsakt zwangsweise durchsetzen, d.h. vollstrecken (Grundsatz der Selbstvollstreckung). Befehlende Verwaltungsakte können also Grundlage einer Verwaltungsvollstreckung sein.

Beispiele: Polizeiverfügungen, Verkehrszeichen des Polizisten gem. § 36 StVO, Gebührenbescheide, Versammlungsverbote gem. § 15 I VersG, Prüfungen und Besichtigungen gem. § 29 GewO zum Zwecke der Gewerbeüberwachung, Gewerbeuntersuchungen gem. § 35 GewO etc.

Dem **Rechtsschutz** gegen belastende Verwaltungsakte dienen insbesondere der **Widerspruch** und die **Anfechtungsklage**.

- 323** **Rechtsgestaltende** Verwaltungsakte begründen, verändern oder beseitigen ein konkretes Rechtsverhältnis. Sie können auch privatrechtsgestaltend sein (vgl. nur das gemeindliche Vorkaufsrecht nach §§ 24, 28 II BauGB). In Ermangelung eines befehlenden Charakters können rechtsgestaltende Verwaltungsakte *nicht* Grundlage einer Verwaltungsvollstreckung sein.

Beispiele: Einbürgerungen, Beamtenernennungen, Immatrikulationen, (auch Erlaubnisse und Ausnahmegewilligungen, vgl. dazu sogleich). Auch fallen anspruchsbegründende Verwaltungsakte wie Leistungsbescheide (Beihilfen, Subventionen, Stipendien usw.) hierunter.³⁷⁹

Bezüglich des Anspruchs auf Erlass von rechtsgestaltenden Verwaltungsakten kommen als statthafte Rechtsbehelfe insbesondere **Widerspruch** und **Verpflichtungsklage** in Betracht.

³⁷⁷ Zur aufschiebenden Wirkung und zum (sonstigen) **einstweiligen Rechtsschutz** vgl. ausführlich R. Schmidt, VerwProzR, Rn 326 ff.; zur **Verwaltungsvollstreckung** BesVerwR II, Rn 219 ff.

³⁷⁸ Vgl. nur Maurer, AllgVerwR, § 9 Rn 44 ff.; Bull, AllgVerwR, § 10 Rn 541 ff.

³⁷⁹ Zum Subventionsrecht vgl. ausführlich R. Schmidt, BesVerwR I, Rn 517 ff.

Feststellende Verwaltungsakte stellen ein Recht oder eine rechtserhebliche Eigenschaft einer Person fest.

324

Beispiele: (1) Anerkennung der deutschen Staatsangehörigkeit nach §§ 3 ff. StAG, (2) Anerkennung des Wahlrechts nach §§ 12 ff. BWahlG, (3) Anerkennung als Kriegsdienstverweigerer nach §§ 4 ff. KDVG, (4) Anerkennung des Status als Körperschaft des öffentlichen Rechts (Verleihung der Körperschaftsrechte)³⁸⁰, (5) Feststellung von Mitgliedschafts- und Statusverhältnissen zu öffentlich-rechtlichen Verbänden (Körperschaften, Anstalten oder Stiftungen), (6) Feststellung der Zulässigkeit von Werbemaßnahmen, der gewerberechtlichen oder gaststättenrechtlichen Erlaubnispflicht³⁸¹ oder der Versagung einer gewerberechtlichen Erlaubnis wegen Unzuverlässigkeit, (7) Feststellung der Vertragspflichten eines verwaltungsrechtlichen Vertrags, (8) Feststellung der Anwendbarkeit einer vom Kläger für verfassungswidrig gehaltenen Rechtsverordnung, bis über die Verfassungsmäßigkeit gerichtlich entschieden ist³⁸². Bezüglich der Feststellung von Rechten oder rechtserheblichen Eigenschaften kommt als statthafter Rechtsbehelf insbesondere die **Feststellungsklage** in Betracht (die vorherige erfolglose Durchführung eines Widerspruchsverfahrens ist grds. nicht erforderlich – vgl. aber z.B. § 126 III BRRG).

Dem Charakter eines feststellenden Verwaltungsakts ist eigentümlich, dass er lediglich (verbindlich) feststellt, was im Gesetz bereits gesetzlich geregelt ist. Im Unterschied zum *rechtsgestaltenden* Verwaltungsakt zielt er gerade nicht auf eine Änderung der materiellen Rechtslage hin. Feststellende Verwaltungsakte sind daher auch Entscheidungen über die Genehmigungsbedürftigkeit/-freiheit einer Tätigkeit.³⁸³

325

Hinweis für die Fallbearbeitung: Die Unterscheidung zwischen befehlenden, rechtsgestaltenden und feststellenden Verwaltungsakten ist nicht nur für die Frage bedeutsam, welche Klageart in Betracht kommt, sondern auch im Hinblick auf die **Vollstreckbarkeit** und den **vorläufigen Rechtsschutz**. Zur Verwaltungsvollstreckung vgl. ausführlich *R. Schmidt*, BesVerwR II, Rn 624 ff., zum einstweiligen Rechtsschutz *R. Schmidt*, VerwProzR, Rn 855 ff.

326

2. Begünstigende - belastende Verwaltungsakte

Begünstigende Verwaltungsakte begründen oder bestätigen ein Recht oder einen rechtlich erheblichen Vorteil (vgl. die Legaldefinition in § 48 I S. 2 VwVfG).

327

Beispiele: Baugenehmigung³⁸⁴; Genehmigung einer Anlage nach § 4 i.V.m. § 6 BImSchG; Erlaubniserteilung i.S.d. §§ 30 ff. GewO; Subventionsbewilligung

Erhält der Bürger das Recht oder den rechtlich erheblichen Vorteil wie gewünscht, ist er nicht beschwert, sodass ein Rechtsschutz nicht in Betracht kommt. Fallen aber das

³⁸⁰ Vgl. BVerfGE 102, 370 ff. (offen gelassen bzgl. der Zeugen Jehovas). Vgl. auch *Gehm*, NVwZ 2002, 1475.

³⁸¹ BVerwGE 16, 92, 93 (Eintragung in die Handwerksrolle). Hierher gehört auch die Frage um die Feststellung, dass es einer straßenrechtlichen Sondernutzungserlaubnis (bspw. nach § 18 BremLStrG) nicht bedarf.

³⁸² BVerwG NVwZ 2000, 1168.

³⁸³ Vgl. nur § 14 i.V.m. §§ 30 ff. GewO. Vgl. auch BVerwG NJW 1988, 1534 (Streit um die Genehmigungsfreiheit von Tierversuchen).

³⁸⁴ Vgl. die landesrechtlichen Anspruchsgrundlagen **MBO**: § 72; **BaWü**: §§ 58, 59 LBO; **Bay**: Art. 72 LBO; **Berl**: § 62 LBO; **Brand**: §§ 67, 68 LBO; **Brem**: § 74 LBO; **Hamb**: §§ 69, 70 LBO; **Hess**: §§ 64, 65 LBO; **MV**: § 72 LBO; **Nds**: §§ 75, 78 LBO; **NRW**: § 75 LBO; **RhIPfl**: §§ 70, 77 LBO; **Saar**: § 73 LBO; **Sachs**: § 72 LBO; **SachsAnh**: § 77 LBO; **SchlHolst**: § 78 LBO; **Thür**: § 70 LBO.

Recht oder der rechtlich erhebliche Vorteil geringer als gewünscht (Beispiel: der Bauherr bekommt nur 2 Stockwerke genehmigt, hatte aber 3 beantragt), liegt eine **Belastung** vor, sodass der Betroffene beschwert ist und Rechtsschutz begehren kann. Vgl. dazu und zum Rechtsschutz sogleich Rn 328.

- 328 Belastende** Verwaltungsakte greifen (freiheitsverkürzend) durch Verbote, Gebote, Aufhebungen von Begünstigungen oder Duldungen in die Rechte des Betroffenen ein oder sie lehnen (freiheitsverkürzend) eine begehrte Leistung ab.

Beispiele von Verboten, Geboten etc: Versammlungsverbot nach § 15 VersG; Baubeseitigungsverfügung nach der Landesbauordnung³⁸⁵ (= Gebot); Rücknahme einer zuvor erteilten Gaststättenerlaubnis nach § 15 GastG (= Aufhebung einer Begünstigung); Prüfung und Besichtigung eines Gewerbes nach § 29 GewO (= Gebot, die Maßnahme zu dulden oder Unterlagen herauszugeben etc.); Gewerbeuntersagung nach § 35 I GewO (= Verbot der weiteren Gewerbeausübung)

Rechtsschutz bieten **Widerspruch** und **Anfechtungsklage**. Sollte jemand den Erlass eines an einen Dritten gerichteten, diesen belastenden Verwaltungsakt begehren (Beispiel: Nachbar begehrt eine an den Bauherrn gerichtete Baubeseitigungsverfügung), liegt wiederum eine Verpflichtungssituation vor mit der Folge, dass (**Verpflichtungs-)**Widerspruch und **Verpflichtungsklage** statthaft sind.

Beispiele von versagter Leistung: Ablehnung (= Versagung) einer gewünschten Gaststättenerlaubnis oder der angestrebten Baugenehmigung nach der Landesbauordnung

Weigert sich die Behörde, den begünstigenden Verwaltungsakt wie beantragt zu erlassen, kann der Betroffene **Widerspruch** und **Verpflichtungsklage** erheben. Möchte ein Dritter (etwa ein Nachbar oder ein Konkurrent) die Begünstigung nicht gelten lassen (Beispiel: Nachbar möchte die dem Bauherrn erteilte Baugenehmigung nicht hinnehmen), kann er (**Dritt-)**Widerspruch und (**Dritt-)**Anfechtungsklage erheben.

329

Hinweis für die Fallbearbeitung: Die Unterscheidung zwischen begünstigenden und belastenden Verwaltungsakten ist nicht nur für die Bestimmung der statthaften Klageart, nämlich für die Frage entscheidend, ob dem Klägerbegehren durch Erhebung einer Verpflichtungs- oder einer Anfechtungsklage abgeholfen werden kann, sondern auch bezüglich der Frage, ob der Erlass eines Verwaltungsakts einer gesetzlichen Rechtsgrundlage bedarf (Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes), vgl. dazu Rn 191 ff.

3. Kontrollerlaubnis - Ausnahmegewilligung

- 330 Kontrollerlaubnis**³⁸⁶: Die Grundrechte in ihrer Funktion als Freiheitsrechte gewährend dem Bürger einen Anspruch auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit. Der Gesetzgeber kann dem Bürger ein Tätigwerden daher nur innerhalb der von den Grundrechten vorgesehenen Möglichkeit materiellrechtlich verbieten. Er darf allerdings ein Tätigwerden vorweg daraufhin kontrollieren, ob es dem (drittschützenden) materiellen

³⁸⁵ Vgl. **MBO**: § 80; **BaWü**: § 65 LBO; **Bay**: Art. 82 LBO; **Berl**: § 70 LBO; **Brand**: §§ 73, 74 LBO; **Brem**: § 82 LBO; **Hamb**: § 76 LBO; **Hess**: § 72 LBO; **MV**: § 80 LBO; **Nds**: §§ 54, 89 LBO; **NRW**: § 61 LBO; **RhLPfl**: §§ 81, 82 LBO; **Saar**: § 82 LBO; **Sachs**: § 80 LBO; **SachsAnh**: § 84 LBO; **SchlHolst**: § 86 LBO; **Thür**: § 77 LBO.

³⁸⁶ Die häufigsten Fälle der Verpflichtungsklage betreffen Genehmigungen. Innerhalb dieser Gruppe kommt wiederum neben der Ausnahmegewilligung (= Ausnahmegenehmigung) die sog. Kontrollerlaubnis am häufigsten vor.

Recht entspricht. Bei Einhaltung dieser Voraussetzung besteht ein Anspruch auf Genehmigung eines Vorhabens. Ist die Genehmigung *formell* ein begünstigender Verwaltungsakt, stellt sie *materiell* lediglich wieder her, was dem Bürger grundrechtlich erlaubt ist. Umgekehrt stellt die Versagung einen Eingriff in die subjektiven Rechte des Bürgers dar. Die Kontrollerlaubnis ist also ein **(präventives) Verbot mit Erlaubnisvorbehalt**. Dieser Erlaubnisvorbehalt ermöglicht der Behörde die rechtzeitige Nachprüfung, ob sich die beabsichtigte Tätigkeit *materiell* im Bereich des gesetzlich Erlaubten oder Verbotenen hält.

Beispiele: Baugenehmigung, Gewerbeerlaubnis, Anlagengenehmigung, Zulassung von Versammlungen im befriedeten Bezirk von bestimmten Verfassungsorganen³⁸⁷. Sollte sich die Behörde weigern, die beantragte Genehmigung zu erteilen, ist nicht etwa die Anfechtungsklage gegen den Versagungsbescheid statthaft, sondern die **Verpflichtungsklage** auf Erteilung der Genehmigung.

Hinweis für die Fallbearbeitung: Bedeutsam ist diese Kenntnis beispielsweise bei der Beseitigung von Schwarzbauten. Nach § 82 BremLBO und den entsprechenden Vorschriften anderer Bundesländer³⁸⁸ kann die Behörde formell und materiell rechtswidrig errichtete bauliche Anlagen beseitigen lassen. Entspricht der Schwarzbau allerdings dem materiellen Baurecht, ist die formelle Rechtmäßigkeit durch nachträglichen Antrag etwa nach § 74 BremLBO³⁸⁹ herzustellen („wenn nicht auf andere Weise“). Dadurch wird der grundrechtlich (Art. 14 GG) geschützten Baufreiheit, die zur Überwachung der Einhaltung der materiellen Rechtslage präventiv eingeschränkt wurde, Rechnung getragen.

331

Die **Ausnahmebewilligung**, auch **Dispens** oder **Befreiung** genannt, ist ein **(repressives) Verbot mit Befreiungsvorbehalt**. Während die Kontrollerlaubnis die allgemeine Handlungsfreiheit, die im Interesse einer Präventivkontrolle vorläufig eingeschränkt war, wiederherstellt (= Unbedenklichkeitsbescheinigung für das grundsätzlich erlaubte Verhalten, s.o.), erweitert die Ausnahmebewilligung den Rechtskreis des Bürgers, indem sie eine Betätigung, die an sich gesetzlich nicht vorgesehen ist, in Ausnahmefällen für zulässig erklärt. Die Ausnahmebewilligung stellt somit nicht nur formell, sondern auch materiell einen begünstigenden Verwaltungsakt dar, da sie den Rechtskreis des Bürgers erweitert.

332

Beispiel: Wegen Art. 14 I GG (hier: Baufreiheit) hat der Antragsteller einen Anspruch darauf, sein Grundstück im Rahmen der Inhalts- und Schrankenbestimmung des Art. 14 I S. 2 GG zu nutzen. Daraus resultiert der Anspruch auf Erteilung der Baugenehmigung, beispielsweise nach § 74 I BremLBO („Die Baugenehmigung *ist* zu erteilen,

³⁸⁷ Vgl. das Gesetz über befriedete Bezirke für Verfassungsorgane des Bundes (BefBezG). In § 5 dieses Gesetzes ist dem Bürger ein Rechtsanspruch auf Erteilung einer Ausnahmebewilligung vom abstrakten Verbot des § 16 I VersG eingeräumt worden. Voraussetzung ist nur, dass keine Beeinträchtigung der Tätigkeit des Deutschen Bundestages und seiner Fraktionen, des Bundesrates und des BVerfG sowie ihrer Organe und Gremien und eine Behinderung des freien Zugangs zu ihnen in dem befriedeten Bezirk gelegenen Gebäuden nicht zu befürchten ist (vgl. § 5 I S. 1 BefBezG: „sind zuzulassen“, wenn .).

³⁸⁸ Vgl. **MBO:** § 80; **BaWü:** § 65 LBO; **Bay:** Art. 82 LBO; **Berl:** § 70 LBO; **Brand:** §§ 73, 74 LBO; **Hamb:** § 76 LBO; **Hess:** § 72 LBO; **MV:** § 80 LBO; **Nds:** §§ 54, 89 LBO; **NRW:** § 61 LBO; **RhIPfl:** §§ 81, 82 LBO; **Saar:** § 82 LBO; **Sachs:** § 80 LBO; **SachsAnh:** § 84 LBO; **SchlHolst:** § 86 LBO; **Thür:** § 77 LBO 78 a LBO; **Saar:** § 88 LBO; **Sachs:** §§ 77, 77 a LBO; **LSA:** § 81 LBO; **SchlHolst:** § 86 LBO; **Thür:** § 77 LBO.

³⁸⁹ Vgl. **MBO:** § 72; **BaWü:** §§ 58, 59 LBO; **Bay:** Art. 72 LBO; **Berl:** § 62 LBO; **Brand:** §§ 67, 68 LBO; **Hamb:** §§ 69, 70 LBO; **Hess:** §§ 64, 65 LBO; **MV:** § 72 LBO; **Nds:** §§ 75, 78 LBO; **NRW:** § 75 LBO; **RhIPfl:** §§ 70, 77 LBO; **Saar:** § 73 LBO; **Sachs:** § 72 LBO; **SachsAnh:** § 77 LBO; **SchlHolst:** § 78 LBO; **Thür:** § 70 LBO.

wenn das Vorhaben den öffentlich-rechtlichen Vorschriften entspricht“, insbesondere den §§ 29 ff. BauGB). Dies ist die Kernaussage des präventiven Verbots mit Erlaubnisvorbehalt. Darüber hinausgehende Begehren *können* nur durch eine Ausnahmege-
nehmigung (z.B. § 31 II BauGB) verwirklicht werden, deren Verbescheidung im Er-
messen der Bauaufsichtsbehörde liegt. Der Antragsteller hat also im Bereich der Aus-
nahmebewilligung nur einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung. Wenn
also bspw. der Bebauungsplan nur den Bau von maximal 5-stöckigen Wohnhäusern
zulässt, eine wirtschaftliche Nutzung des Grundstücks des Antragstellers aber nur bei
dem Bau eines 6-stöckigen Hauses sinnvoll ist, kann die Behörde gem. § 31 II Nr. 3
BauGB eine Befreiung erteilen. Sollte sich die Behörde weigern, die Ausnahmege-
nehmigung zu erteilen, ist die **Verpflichtungsklage** statthaft.³⁹⁰

4. Verwaltungsakte mit Doppelwirkung i.S.e. Misch- oder Drittwirkung

- 333** Einem Verwaltungsakt kommt eine Doppelwirkung i.S.e. **Mischwirkung** zu, wenn er für *dieselbe Person* zugleich begünstigend und belastend wirkt („gemischter Verwaltungsakt“).

Beispiele:

- (1) Die Ernennung zum Beamten ist ein Verwaltungsakt (vgl. §§ 6 ff. BBG; §§ 5 ff. BRRG i.V.m. den Vorschriften der Landesbeamtengesetze), der einerseits Besoldungs- und Versorgungsansprüche gewährt (Begünstigung), andererseits aber auch mit der Pflicht des Ernannten verbunden ist, seine Arbeitskraft in den Dienst der Anstellungskörperschaft zu stellen (Belastung).
- (2) Die Erteilung einer Gaststättenerlaubnis ist einerseits eine Begünstigung, birgt andererseits aber auch eine Belastung in sich, wenn sie mit einer belastenden Nebenbestimmung versehen ist (§§ 2-5 GastG). Ist dem Betroffenen ein begünstigender Verwaltungsakt mit einer gleichzeitigen belastenden Wirkung erteilt worden, sind entweder die **Verpflichtungsklage** auf Erteilung eines begünstigenden Verwaltungsakts ohne gleichzeitige Belastung statthaft oder die (isolierte) **Anfechtungsklage** gegen die Belastung, sodass lediglich die Begünstigung erhalten bleibt.

- 334** Eine Mischwirkung liegt auch vor, wenn eine begehrte Leistung nur teilweise zugesprochen wird.

Beispiel: In Abweichung zu der beantragten Baugenehmigung zum Bau eines 5-stöckigen Mietshauses wird nur die Erlaubnis zum Bau eines 3-stöckigen Hauses erteilt. Dieser Verwaltungsakt stellt zum einen eine Begünstigung dar, nämlich überhaupt bauen zu dürfen, zum anderen aber auch eine Belastung, nämlich dass die oberen beiden Etagen nicht errichtet werden dürfen.

335

Hinweis für die Fallbearbeitung: Die rechtliche Behandlung (verwaltungsprozessual) richtet sich nach dem Klagebegehren (§ 88 VwGO). Der Bauherr möchte seinen Bauantrag uneingeschränkt bewilligt haben. Eine Anfechtungsklage gegen die erteilte Baugenehmigung würde diesem Begehren nicht entsprechen. Daher muss er eine **Verpflichtungsklage** (ggf. nach erfolgloser Durchführung eines Verpflichtungswiderspruchsverfahrens, § 68 II i.V.m. I VwGO) erheben, die darauf gerichtet ist, die Behörde zu verpflichten, die Baugenehmigung wie beantragt zu erteilen. Wo es um die *Aufhebung* von „gemischten Verwaltungsakten“ geht, richtet sich die rechtliche Behandlung nach den Vorschriften, welche die Un-

³⁹⁰ Vgl. dazu auch BVerwG NJW **2001**, 2648 (zu sog. Oddset-Wetten) mit Bespr. *Oberrath*, JA **2002**, 116.

terscheidung nach begünstigenden und belastenden Verwaltungsakten vornehmen. Bei der Aufhebung eines rechtswidrigen „gemischten Verwaltungsakts“ (Rücknahme nach § 48 VwVfG, wenn keine Spezialregelung greift) ist beispielsweise entscheidend, ob die Begünstigung oder die Belastung überwiegt. Überwiegt die Belastung, richtet sich die rechtliche Behandlung nach § 48 I S. 1 VwVfG. Bei Überwiegen der Begünstigung ist § 48 I S. 2 i.V.m. II-IV VwVfG einschlägig. Je nach Fallgestaltung kommen also entweder eine **Anfechtungs-** oder eine **Verpflichtungsklage** in Betracht.

b. Verwaltungsakte mit Doppelwirkung i.S.e. **Drittwirkung** entfalten ihre Wirkung nicht nur gegenüber dem Adressaten, sondern auch gegenüber Dritten. Im Unterschied zu den Verwaltungsakten mit Mischwirkung tritt hier die rechtliche Wirkung (Belastung und Begünstigung) also bei *verschiedenen Personen* auf. In den überwiegend zu prüfenden Klausurfällen bestehen die Begünstigung gegenüber dem Empfänger und die Belastung gegenüber einem Dritten (sog. *begünstigender Verwaltungsakt mit belastender Drittwirkung*). Hier ist der Anwendungsbereich der **(Dritt-)Anfechtungsklage** eröffnet.

337

Beispiel: Bauherr B bekommt die Genehmigung zur Errichtung eines 5-stöckigen Mietshauses erteilt, wodurch dem Nachbarn N die Seesicht versperrt wird. Nach dem Bebauungsplan sind nur 4 Geschosse zulässig. Die Behörde hatte daher einen Dispens nach § 31 II Nr. 3 BauGB erteilt, weil nur so eine sinnvolle wirtschaftliche Nutzung des Grundstückes gewährleistet sei. N fühlt sich in seinem Eigentumsrecht (Art. 14 GG) verletzt und strebt eine (Dritt-)Anfechtung der Baugenehmigung an. Sein Begehren wird aber nur dann Erfolg haben, wenn er die Verletzung einer drittschützenden Norm geltend machen kann.

Umgekehrt liegt ein *belastender Verwaltungsakt mit begünstigender Drittwirkung* vor.

338

Beispiel: Bauherr B wird die erstrebte Bauerlaubnis versagt, weil in seinem Antrag die baunachbarrechtlichen Schutzvorschriften nicht beachtet wurden. Hier ist der Nachbar der durch den Verwaltungsakt Begünstigte. Der Bauherr muss in der Regel eine **Verpflichtungsklage** erheben mit dem Ziel, dass ihm die gewünschte Baugenehmigung erteilt wird.

Zur **prozessualen Geltendmachung** der Rechte Dritter vgl. die Ausführungen zur statthaften Klageart bei *R. Schmidt*, VerwProzR, Rn 107 ff. Zur ebenfalls examensrelevanten Problematik der **beamtenrechtlichen Konkurrentenklagen** vgl. *R. Schmidt*, BesVerwR I, Rn 745 ff./793 ff. und zur **subventionsrechtlichen Konkurrentenklage** dort Rn 542 ff.

339

11. Kapitel

Staatshaftungsrecht

983 Das Staatshaftungsrecht umfasst die verschiedenen Schadensersatz-, Ausgleichs-, Wiederherstellungs- und Unterlassungsansprüche des Bürgers, die er aufgrund von **Beeinträchtigungen seiner Rechte** durch **staatliches Verhalten** hat. Es stellt jedoch aus historischen und sachlichen Gründen kein in sich geschlossenes System dar, sondern setzt sich aus zum Teil sehr unterschiedlichen gesetzesrechtlichen, richterrechtlichen und gewohnheitsrechtlichen Regeln und Grundsätzen zusammen und bildet insgesamt eine mehrschichtige, lückenhafte und unübersichtliche Materie.¹⁰⁹⁸ Heute hat der Verband Bund die Gesetzgebungskompetenz gem. Art. 74 I Nr. 25 GG. Die verfassungsrechtliche Begründung der Staatshaftung ergibt sich aus dem Rechtsstaatsprinzip, das sich in dem Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung konkretisiert und in den Art. 1 I und 20 III GG positivrechtlich zum Ausdruck kommt. Eine umfassende unmittelbare Staatsunrechtshaftung wird von Verfassung wegen allerdings nicht gefordert.¹⁰⁹⁹ So ist jedenfalls Schadensersatz nur im Rahmen der herkömmlichen, von Art. 34 GG garantierten, Amtshaftung zu gewähren. Im Folgenden werden die einzelnen Institute ausführlich dargestellt.

- ⇒ Zunächst wird auf den im Ersatzleistungsrecht einen Schwerpunkt bildenden **Amtshaftungsanspruch** für rechtswidriges schuldhaftes Verhalten eines in Ausübung seines Amtes hoheitlich tätigen öffentlichen Bediensteten eingegangen (Rn 984 ff.).
- ⇒ Sodann wird die nicht minder wichtige Entschädigung für rechtmäßige gezielte Eingriffe in das Eigentum (**Enteignung**) dargestellt (Rn 1054 ff.).
- ⇒ Im Anschluss daran wird die Entschädigung für besondere Belastungen im Rahmen der Inhalts- und Schrankenbestimmung des Art. 14 I S. 2 GG (sog. **ausgleichspflichtige Inhalts- und Schrankenbestimmung**) behandelt (Rn 1117 ff.).
- ⇒ Die Entschädigung für rechtswidrige Beeinträchtigungen des Eigentums (sog. **enteignungsgleicher Eingriff**) wird unter Rn 1131 ff. dargestellt.
- ⇒ Die Entschädigung für enteignend wirkende Nebenfolgen rechtmäßigen Verwaltungshandelns (sog. **enteignender Eingriff**) ist Gegenstand der Ausführungen unter Rn 1163 ff.
- ⇒ Des Weiteren wird auf den auf Entschädigung für Eingriffe in immaterielle Rechte gerichteten **Aufopferungsanspruch i.e.S.** eingegangen (Rn 1178 ff.).
- ⇒ Der erst in der Nachkriegszeit entwickelte allgemeine öffentlich-rechtliche **Folgenbeseitigungsanspruch**, der nach der wohl noch h.M. nicht auf Schadensersatz oder Entschädigung in Geld gerichtet ist, sondern auf die Beseitigung eines rechtswidrigen, wenn auch ursprünglich durch rechtmäßiges Verwaltungshandeln hervorgerufenen Zustands und die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands, des *status quo ante in natura*, ausgelegt ist, wird unter Rn 1202 ff. behandelt.
- ⇒ Schließlich werden der **öffentlich-rechtliche Unterlassungsanspruch** und der **öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch** erläutert (Rn 1243 ff. und 1250 ff.).

¹⁰⁹⁸ Maurer, AllgVerwR, § 25 Rn 1; Brüning, JuS 2003, 2; Brugger, JuS 1999, 625, 626; Sandkühler, JA 2001, 149 ff.

¹⁰⁹⁹ BVerfG NVwZ 1998, 271, 272; BGH NJW 1998, 142.

I. Amtshaftung, § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG

Verletzt ein Beamter schuldhaft die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, hat er gem. § 839 BGB dem Dritten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen. § 839 BGB muss allerdings im Zusammenhang mit Art. 34 GG gesehen werden: Die herrschende Ansicht¹¹⁰⁰ betrachtet die Anspruchsnorm des § 839 BGB als Ausgangspunkt für die Haftung eines Beamten und legt deren Beamtenbegriff weit aus, wodurch auch Angestellte und Arbeiter einbezogen werden. Diese Haftung geht dann nach Art. 34 GG auf den Staat über. Es handelt sich demnach um eine befreiende Schuldübernahme.¹¹⁰¹ Schließt man sich diesem Gedanken an, bilden § 839 BGB und Art. 34 GG hinsichtlich Anspruchsgrundlage und Haftungsvoraussetzungen ein organisches Ganzes, was zum folgenden Prüfungsaufbau führt:

984

Anspruchsvoraussetzungen und Rechtsfolge der Amtshaftung

Vorprüfung: Anwendbarkeit des § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG

1. Tatbestandsvoraussetzungen

a. Jemand in Ausübung eines öffentlichen Amtes

⇒ Nach dem weiten Beamtenbegriff ist „Jemand“ zunächst ein *Beamter*, ein *Angestellter* oder *Arbeiter* im öffentlichen Dienst, darüber hinaus ein *Richter*, ein *Soldat* oder eine (sonstige) Person, die in einem besonderen öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnis steht. Auch **Private**, die hoheitlich tätig sind bzw. eine hoheitliche Funktion wahrnehmen, können Beamte im haftungsrechtlichen Sinne sein (Beispiele: **Beliehene bzw. beliehene Unternehmer** sowie **Verwaltungshelfer**). Dasselbe gilt für privatrechtlich beauftragte **Prüfingenieure** (für Baustatik), **Werk- oder Dienstunternehmer**, sofern sie als „**Werkzeug**“ oder „**Erfüllungsgehilfe**“ der Behörde gelten.

⇒ Die Pflichtverletzung muss im **Funktionszusammenhang mit der Amtsausübung** (dem hoheitlichen Handeln) stehen. Das ist nicht der Fall, wenn die Behörde *privatrechtlich* tätig ist oder der Amtswalter die fragliche Handlung nur *anlässlich* seiner hoheitlichen Tätigkeit begeht.

b. Verletzung der Amtspflicht

Der Begriff der **Amtspflicht** ist umfassend zu verstehen und umfasst sowohl das Innenrecht (innerdienstliche Weisungen, Erlasse, Rundverfügungen, Verwaltungsvorschriften) als auch das Außenrecht (Rechtsverordnungen, Satzungen, Verwaltungsakte). Beispiele sind: Pflicht zu zuständigkeits- und verfahrensgemäßem Handeln; Pflicht zu sorgfältiger Sachverhaltsermittlung; Pflicht zur richtigen, unmissverständlichen und vollständigen Auskunftserteilung; Pflicht zur fehlerfreien Ermessensausübung, insbesondere zur Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes; Pflicht, absolut geschützte Rechte der Bürger zu beachten (körperliche Unversehrtheit, Eigentum); Pflicht zur sachlichen, zügigen und unvoreingenommenen Entscheidung; Pflicht zu konsequentem Verhalten; Pflicht zur Beachtung (nicht unbedingt zur Befolgung, wenn keine Bindungswirkung) höchstrichterlicher Rechtsprechung; Pflicht der Baugenehmigungsbehörde, nur rechtmäßige Baugenehmigungen zu erteilen; Pflicht, im Rahmen der Beamtenernennung/Besetzung einer ausgeschriebenen Stelle sich an den durch Art. 33 II GG vorgegebenen Kriterien von Eignung, Befähigung und Leistung zu orientieren; Pflicht eines von einer staatlichen Hochschule (z.B. Universität) beauftragten Prüfers, eine

985

¹¹⁰⁰ BVerfGE 61, 149, 198; BGH NJW 2002, 3172, 3173; BGH NVwZ 2002, 1276, 1277; Rinne/Schlick, NJW-Beilage 14/2002, S. 10; Sandkühler, JA 2001, 414, 419; Papier, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 34 Rn 11; Dagoglou, in: Bonner Kommentar, Art. 34 Rn 5; Bryde, in: von Münch/Kunig, GG, Art. 34 Rn 11.

¹¹⁰¹ Nach anderer Auffassung (Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 34 Rn 1; Bonk, in: Sachs, GG, Art. 34 Rn 53) stellt Art. 34 GG eine originäre Haftungsnorm dar. Danach wird der Beamtenbegriff des § 839 BGB eng ausgelegt, d.h. nur ein Beamter im statusrechtlichen bzw. beamtenrechtlichen Sinne verstanden. Der Staat haftet dann für Angestellte oder Arbeiter unmittelbar aus Art. 34 GG. Aber auch diese Auffassung zieht § 839 BGB heran und zitiert als Anspruchsgrundlage Art. 34 GG i.V.m. § 839 BGB.

Prüfungsarbeit (Diplom, Staatsexamen) fehlerfrei zu korrigieren und zu bewerten. Weitere anschauliche Beispiele für das Vorliegen von Amtspflichten bieten die Regelungen über den Straßenverkehr sowie die allgemeine Verkehrssicherungspflicht.

c. Drittbezug der Amtspflicht

Eine umfassende und uneingeschränkte Amtspflicht würde zu einer uferlosen Ausweitung der Staatshaftung führen. Um dies zu vermeiden, muss der handelnde Amtswalter eine Amtspflicht verletzt haben, die ihm **einem Dritten gegenüber obliegt** (Drittbezug der Amtspflichtverletzung). Drittbezug bedeutet, dass der Amtswalter seine Pflicht nicht nur im Interesse der Allgemeinheit, sondern auch im Interesse des Dritten zu beachten hat. Damit wird eine Parallele zu § 42 II VwGO erkennbar. Maßgebend für die Drittrichtung ist aber, **ob und inwieweit der Schutz des Geschädigten bezweckt** ist. Dies ist durch Auslegung im konkreten Fall festzustellen.

d. Verschulden

Die Amtspflichtverletzung muss durch den handelnden Amtswalter **verschuldet** worden sein. In Ermangelung einer entgegenstehenden Vorschrift ist der objektivierte Verschuldensmaßstab des § 276 I S. 1 BGB (Vorsatz und Fahrlässigkeit) zugrunde zu legen („pflichtgetreuer Durchschnittsbeamter des jeweiligen Amtes“), wobei eine Amtspflichtverletzung ein Verschulden indiziert.

2. Schaden, haftungsausfüllende Kausalität und Beweislast

Schadensersatz i.S.d. Amtshaftung ist der Ersatz des durch die Amtspflichtverletzung adäquat verursachten und zurechenbaren Schadens. Gemeint ist jeder **Vermögensschaden**, der eine adäquate Folge der Verletzungshandlung darstellt und vom Schutzzweck der Amtspflicht erfasst ist. Dieser Schadensersatzanspruch ist grundsätzlich auf **Geld** gerichtet. Der dem Geschädigten zu leistende Geldersatz ist nach dem Betrag, der erforderlich ist, um den gleichen wirtschaftlichen Erfolg herzustellen, der ohne das schädigende Ereignis entstehen würde, festzulegen. Der Umfang des Schadensersatzes bemisst sich nach den §§ 249 ff. BGB.

3. Haftungsausschluss

Unter bestimmten Voraussetzungen ist der Amtshaftungsanspruch ausgeschlossen: Dazu zählen die Subsidiaritätsklausel gem. § 839 I S. 2 BGB, das Spruchprivileg gem. § 839 II BGB, das Rechtsmittelversäumnis gem. § 839 III BGB sowie die gesetzlichen Beschränkungen der Amtshaftung.

4. Haftungskörperschaft (Anspruchsgegner)

Nach der herrschenden Anvertrauenstheorie (Amtsübertragungstheorie) haftet die Behörde, die dem Amtsträger die Aufgaben, bei deren Wahrnehmung die Amtspflichtverletzung begangen wurde, „anvertraut“ bzw. „übertragen“ hat. Das wird im Regelfall die Körperschaft sein, die diesen Amtsträger angestellt (Anstellungskörperschaft) und ihm damit die Möglichkeit zur Amtsausübung eröffnet hat.

5. Rechtsweg

Für die Durchsetzbarkeit von Amtshaftungsansprüchen stehen gem. Art. 34 S. 3 GG, § 40 II VwGO die ordentlichen Gerichte zur Verfügung, und zwar streitwertunabhängig die **Landgerichte** in erster Instanz, vgl. § 71 II Nr. 2 GVG (Amtshaftungskammern).

1. Anwendbarkeit des § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG / Konkurrenzen

986 Wie bei allen Rechtsinstituten muss zunächst die Anwendbarkeit geprüft werden. Amtshaftungsansprüche können durch Spezialregelungen wie bspw. § 19 BNotO ausgeschlossen sein. Ein solcher Ausschluss der Anwendbarkeit ist aber selten. Auf der anderen Seite schließt § 839 BGB als Spezialregelung eine Haftung aus anderen verschuldensabhängigen Tatbeständen (etwa §§ 823, 826 BGB, § 18 I StVG, nicht § 7 I StVG) aus. Daraus folgt, dass der hoheitlich handelnde Beamte nicht, auch nicht neben dem Staat, aus einem Verschuldenstatbestand haftet.¹¹⁰² Der Staat haftet umge-

¹¹⁰² Vgl. dazu BGH NJW **2002**, 3172, 3173 (Mobbing durch Vorgesetzte).

kehrt nicht aus § 831 BGB. Zu allen sonstigen Schadensersatz- und Entschädigungsansprüchen besteht Anspruchskonkurrenz. Insbesondere können der *enteignungsgleiche Eingriff*, der Entschädigungsanspruch wegen *Aufopferung*, Schadensersatzansprüche aus *verwaltungrechtlichen Schuldverhältnissen*, Ansprüche aus *Gefährdungshaftung*¹¹⁰³, Ausgleichsansprüche bei der *Aufhebung eines Verwaltungsakts* gem. §§ 48 III, 49 VI VwVfG oder der allgemeine *Folgenbeseitigungsanspruch* neben dem Amtshaftungsanspruch geltend gemacht werden.

Beispiel: Verursacht Beamter B bei einer Dienstreise mit dem Dienstfahrzeug einen Unfall, haftet der Staat nach § 7 I StVG (verschuldensunabhängige Halterhaftung) und – sofern B den Unfall schuldhaft verursacht hat – auch nach § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG. B haftet wegen der in Art. 34 GG angeordneten Haftungsüberleitung nicht persönlich, weder nach § 823 BGB noch nach der verschuldensabhängigen Fahrerhaftung des § 18 I StVG.¹¹⁰⁴ Denn § 18 I StVG beruht auf vermutetem Verschulden. Daher wird § 18 I StVG (anders als § 7 I StVG) von § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG verdrängt.¹¹⁰⁵

Anders hätte der Fall gelegen, wenn B seinen eigenen Pkw benutzt hätte. Dann hätte – bei Verschulden des B – der Staat nach § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG gehaftet. B hätte – unabhängig von seinem Verschulden – nach § 7 StVG gehaftet.¹¹⁰⁶

Bei der Abgrenzung zum **EG-Recht** gilt, dass das Amtshaftungsinstitut nach § 839 BGB, Art. 34 GG nicht auf Tätigkeiten von EU-Organen anwendbar ist. Insoweit besteht aber die vergleichbare Regelung des Art. 288 II EG. Verstoßen aber nationale Stellen gegen EG-Recht, ergibt sich aus dem primären Gemeinschaftsrecht die Verpflichtung, unter bestimmten Voraussetzungen betroffenen Bürgern Schadensersatz zu leisten.¹¹⁰⁷ § 839 BGB, Art. 34 GG sind dann gemeinschaftsrechtskonform auszuulegen.

987

2. Tatbestandsvoraussetzungen

a. Jemand in Ausübung eines ihm anvertrauten öffentlichen Amtes

aa. Handlungssubjekt „Jemand“

Nach der hier vertretenen Auffassung ist der Beamtenbegriff des § 839 BGB in Anlehnung an Art. 34 GG weit (also im haftungsrechtlichen Sinn) auszulegen. Danach kann „Jemand“ zunächst ein **Beamter** (im statusrechtlichen Sinn), ein **Angestellter** oder **Arbeiter im öffentlichen Dienst** sein, darüber hinaus ein **Richter**, ein **Soldat** oder eine (sonstige) Person, die in einem **besonderen öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnis** steht.

988

Beispiele für Personen in einem besonderen öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnis: Minister¹¹⁰⁸; Bürgermeister und sonstige Mitglieder eines Gemeinderats¹¹⁰⁹ oder Kreistags¹¹¹⁰; Parlamentsabgeordnete (generell Normgeber)¹¹¹¹

¹¹⁰³ Wegen der Garantierhaftung gilt das Enumerationsprinzip, vgl. § 7 StVG, § 25 AtomG, § 22 WHG, § 1 HaftpflG, § 33 LuftVG, § 1 UmwHaftG, § 833 BGB (für Luxustiere), § 1 ProdHaftG (Verursacherhaftung). Vgl. dazu R. Schmidt, SchuldR BT II, 2. Aufl. 2004, S. 295 ff.

¹¹⁰⁴ Zur Haftung nach §§ 7, 18 I StVG vgl. ausführlich R. Schmidt, SchuldR BT II, 2. Aufl. 2004, S. 299 ff.

¹¹⁰⁵ Vgl. BGHZ 121, 161, 167 f.; OLG Nürnberg NVwZ 2001, 1324; Maurer, AllgVerwR, § 26 Rn 45.

¹¹⁰⁶ Vgl. zu den Konkurrenzen auch BVerfG NJW 2002, 3172, 3173.

¹¹⁰⁷ Vgl. dazu ausführlich Rn 1279 ff.

¹¹⁰⁸ BGHZ 14, 319, 321; 63, 319, 322.

¹¹⁰⁹ BGH NVwZ 2002, 373, 374; NJW 1998, 1944; BGHZ 84, 292, 298 f.; 106, 323, 330.

¹¹¹⁰ BGHZ 11, 192, 197 f.

¹¹¹¹ OLG Hamburg DÖV 1971, 238, 239; Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 34 Rn 6.

989 Auch **Private**, die hoheitlich tätig sind bzw. eine hoheitliche Funktion wahrnehmen, können Beamte im haftungsrechtlichen Sinne sein.¹¹¹²

Beispiele von Privaten, die Beamte im haftungsrechtlichen Sinn darstellen:

- (1) **Beliehene bzw. beliehene Unternehmer:** Das sind natürliche Personen oder juristische Personen des Privatrechts, die durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes einzelne hoheitliche Aufgaben im eigenen Namen wahrnehmen.¹¹¹³ Sinn der Beliehung ist, dass sich der Staat die besondere Fachkunde solcher Personen zunutze macht und gleichzeitig den Verwaltungsapparat entlastet.¹¹¹⁴ Zu den Beliehenen zählen: Jagdaufseher (§ 5 II BJagdG), Seeschiffs- und Flugkapitäne (vgl. zum letzteren § 29 III LuftVerkG), Notare hinsichtlich öffentlicher Beurkundungen und Beglaubigungen (§ 1 BNotO), Deutsche FlugsicherungsGmbH, Fleischbeschauer, Bezirksschornsteinfegermeister, Lebensmittel Sachverständige, TÜV-Sachverständige hinsichtlich der Hauptuntersuchung nach § 29 StVZO¹¹¹⁵, privatrechtlich organisierte Einrichtungen des Rettungsdienstes wie z.B. der Malteser-Hilfsdienst¹¹¹⁶.
- (2) Zu den Beamten im haftungsrechtlichen Sinne zählen ferner auch die **Verwaltungshelfer**.¹¹¹⁷ Bei diesen handelt es sich nicht wie bei den Beliehenen um Personen, die auf der Grundlage eines förmlichen Beliehungsakts handeln, sondern um Personen, die lediglich den Staat bei der Erfüllung seiner Aufgaben unterstützen. Sie handeln im Auftrag und nach Weisung der sie einsetzenden Behörde. Wegen ihres geringen Entscheidungsspielraums und ihrer Weisungsgebundenheit erscheinen sie als „verlängerter Arm“ der öffentlichen Verwaltung.

990 Umstritten ist, ob auch das Handeln von Privaten, die weder Beliehene noch Verwaltungshelfer sind, eine Amtshaftung begründen kann. Das betrifft insbesondere von einer Behörde privatrechtlich beauftragte **Prüfingenieure (für Baustatik), Werk- oder Dienstunternehmer** (z.B. ein Bau- oder Abschleppunternehmer¹¹¹⁸), ferner aber auch ein **Facharzt**, zu dem ein Patient von einem Amtsarzt überwiesen worden ist¹¹¹⁹. Im Kern lässt sich sagen, dass je stärker der hoheitliche Charakter der Aufgabe in den Vordergrund tritt, je enger der Private in die hoheitliche Tätigkeit der Behörde eingebunden ist und je begrenzter der Entscheidungsspielraum des Privaten ist, desto eher von einem öffentlichen Amt auszugehen ist.¹¹²⁰ Der Private handelt dann als „**Werkzeug**“ oder „**Erfüllungsgehilfe**“ der Behörde (sog. Ingerenztheorie).

¹¹¹² Vgl. LG Kassel NVwZ **2002**, 126; OLG Hamm NJW **2001**, 375; BGHZ **118**, 304, 308 f.; **121**, 161, 165.

¹¹¹³ *Detterbeck*, JuS **2000**, 574, 575; *Schnapp/Kaltenborn*, JuS **2000**, 937.

¹¹¹⁴ Vgl. *Schnapp/Kaltenborn*, JuS **2000**, 937 f.

¹¹¹⁵ BGHZ **146**, 169, 171. Dagegen ist bei Prüfingenieuren für Baustatik strittig, ob sie Beliehene sind; vgl. dazu sogleich.

¹¹¹⁶ Vgl. dazu auch *Rinne/Schlick*, NVwZ-Beilage II, **2000**, S. 13. Beschäftigt eine hoheitlich beliehene Einrichtung Zivildienstleistende gem. § 4 ZDG, ist die Ersatzpflicht für Schäden, die ein Zivildienstleistender in Ausübung des Ersatzdienstes Dritten zugefügt hat, nach Amtshaftungsgrundsätzen zu beurteilen (vgl. BGH NVwZ **2001**, 835; OLG Saarbrücken NVwZ **2000**, 1211, 1212).

¹¹¹⁷ OLG Köln NJW **1986**: Schülerlotse; LG Rottweil NJW **1970**, 474: Ordnungsschüler; *Detterbeck*, JuS **2000**, 574, 575: Abschleppunternehmer.

¹¹¹⁸ Vgl. den Abschlussfall (Abschleppen eines Kfz) bei *R. Schmidt*, BesVerwR II, Rn 716 ff.

¹¹¹⁹ LG Kassel NVwZ **2002**, 126.

¹¹²⁰ So wörtlich OLG Hamm NJW **2001**, 375, 376; BGHZ **121**, 161, 165 f.; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 34 Rn 6; *Thomas*, in: Palandt, § 839 Rn 25. Vgl. auch *Sandkühler*, JA **2001**, 149, 151.

Beispiele¹¹²¹:

(1) Juraprofessor P möchte ein extravagantes Glaskuppeldach auf seinem Landhaus, über das gelegentlich Jets der Bundeswehr fliegen, errichten. Der mit der Durchführung der Planung beauftragte Architekt A stellt die Konstruktionsunterlagen her und reicht sie zusammen mit dem Bauantrag bei der zuständigen Baugenehmigungsbehörde B ein. Diese beauftragt in rechtmäßiger Weise den amtlich anerkannten Prüfenieur für Baustatik Schludrig (S), die statischen Berechnungen des A zu überprüfen. S kommt zu dem Ergebnis, dass kein Planungsfehler vorliege, woraufhin die Behörde dem P die Baugenehmigung erteilt. Als der erste Jet vorbei fliegt, stürzt das Glasdach ein, weil die statischen Berechnungen des A fehlerhaft waren. P erleidet einen schweren Gesundheitsschaden und macht unter Hinweis auf § 839 BGB, Art. 34 GG gegenüber dem Rechtsträger von B die Erstattung seiner Heilbehandlungskosten geltend.

Da die Baugenehmigungsbehörde selbst nicht fehlerhaft gehandelt hat, kommt ein Amtshaftungsanspruch nur dann in Betracht, wenn ihr das Verhalten des S zugerechnet werden kann. Geht man davon aus, dass Prüfenieure für Baustatik auch im Falle ihrer amtlichen Anerkennung keine Beliehenen¹¹²² und aufgrund der selbstständigen, insbesondere weisungsfreien Wahrnehmung der Prüfung auch nicht als Verwaltungshelfer zu qualifizieren sind, kommt eine Zurechnung nur dann in Betracht, wenn sie gleichsam als „Werkzeuge“ oder „Erfüllungsgehilfen“ der Behörde handeln. Der BGH bejaht dies. Durch den konkreten Prüfungsauftrag der Baugenehmigungsbehörde werde der Prüfenieur für Baustatik in die hoheitliche Verwaltung (Prüfung der Baugenehmigungsunterlagen) einbezogen und übe deren öffentliche Gewalt aus.¹¹²³

(2) Ausgangsfall: Staranwalt Dr. A stellt seinen Porsche 911 Turbo im absoluten Halteverbot ab und verlässt den Bereich, um in einer nahe gelegenen Boutique nach einer Joopl-Tasche für seine Frau zu schauen. Der Polizeibeamte P lässt daraufhin den Wagen von dem privaten Abschleppunternehmer Schlampig (S) abschleppen. Dabei wird der Wagen aufgrund eines fahrlässigen Verhaltens des S beschädigt. Variante: Der Wagen wird erst später auf dem Verwahrungsplatz des S durch dessen Angestellten beschädigt.

Im Ausgangsfall gilt im Prinzip dasselbe wie im Beispiel (1). Das Abschleppen von rechtswidrig geparkten Fahrzeugen stellt eine Verwaltungsvollstreckungsmaßnahme in Form einer Ersatzvornahme dar, wenn diese von der Polizei selbst durchgeführt wird. Aber auch bei Einschaltung eines privaten Dritten, der weder Beliehener noch Verwaltungshelfer ist, kann sich daran nichts ändern, da dieser dann als Erfüllungsgehilfe der Polizei tätig wird.¹¹²⁴ Entsteht der Schaden aber

¹¹²¹ Zu Beispiel (1) vgl. BGHZ **39**, 358 ff., zu Beispiel (2) im Ausgangsfall vgl. BGHZ **121**, 161 und zur Variante des Beispiels (2) OLG Hamm NVwZ **2001**, 375.

¹¹²² So *Peine*, AllgVerwR, § 17 Rn 403; *anders Maurer*, AllgVerwR, § 23 Rn 56 und BVerwGE **57**, 55, 58, die den Prüfenieur als Beliehenen qualifizieren.

¹¹²³ So BGHZ **39**, 358, 361 ff.; *Peine* AllgVerwR, § 17 Rn 403. Freilich zu demselben Ergebnis gelangt man, wenn man den Prüfenieur für Baustatik als Beliehenen qualifiziert. Fraglich ist aber der Drittbezug der Amtspflichtverletzung. Kommt ein von der Baugenehmigungsbehörde beauftragter amtlich anerkannter Prüfenieur für Baustatik zu dem fehlerhaften Ergebnis, das zu genehmigende Bauwerk sei sicher, und erfolgt hierauf die Baugenehmigung, soll im Falle des Einsturzes eine Amtshaftung ausscheiden. Der Schutz der Amtspflicht gehe nicht dahin, den Bauherrn vor wirtschaftlichen Schäden zu bewahren, die durch mangelnde Standfestigkeit am Bauwerk selbst entstehen (BGHZ **39**, 358, 363 ff.; BGH BayVBl **1998**, 220). Etwas anderes gelte aber dann, wenn es auch zu Personenschäden komme.

¹¹²⁴ So OLG Hamm NJW **2001**, 375, 376; BGHZ **121**, 161, 165 f.; *Peine*, AllgVerwR, § 17 Rn 403. Nach anderer Auffassung (*Bull*, AllgVerwR, § 21 Rn 1024; *Detterbeck*, JuS **2000**, 574, 575) ist der private Abschleppunternehmer nicht bloßer Erfüllungsgehilfe, sondern Verwaltungshelfer. Freilich ändert sich dadurch im Ergebnis nichts. Bezüglich des Abschleppunternehmers ist noch anzumerken, dass es sich bei diesem trotz des privatrechtlichen Vertrags mit der Behörde lediglich um einen Beauftragten oder Bevollmächtigten der Vollzugsbehörde handelt. Es liegt also kein privatrechtliches Rechtsverhältnis

erst später, d.h. im Zeitraum der Verwahrung (wie in der Variante), haben die Mitarbeiter des Abschleppunternehmers nicht (mehr) als Werkzeug der Behörde gehandelt. Während dieser Zeit haben die Beamten der Behörde nämlich keinen Einfluss mehr auf die Verwahrung. Regelmäßig wird auch nicht davon auszugehen sein, dass die Beamten pflichtwidrig keinen Einfluss auf das Geschehen ausgeübt haben. Denn sie trifft keine Verpflichtung, Aufsicht über die bei einem beauftragten Abschleppunternehmer abgestellten Fahrzeuge zu führen.¹¹²⁵

991

Wiederholung und Hinweis für die Fallbearbeitung: Handeln Bedienstete einer Behörde selbst, ist das Kriterium „Jemand“ unstreitig erfüllt. Gleiches gilt, wenn Beliehene oder Verwaltungshelfer den anspruchsbegründenden Tatbestand herbeiführen. Bedient sich die Behörde sonstiger Privater zur Erfüllung ihrer Aufgaben, ist eine Zurechnung gegeben, wenn das fragliche Handeln einen hoheitlichen Charakter aufweist und der beauftragte Private eng in die hoheitliche Tätigkeit der Behörde eingebunden ist, er gleichsam als „Werkzeug“ oder „Erfüllungsgehilfe“ der Behörde handelt.¹¹²⁶

bb. In Ausübung eines öffentlichen Amtes

992 Die Pflichtverletzung muss im **Funktionszusammenhang mit der Amtsausübung** (dem hoheitlichen Handeln) stehen. Das ist **nicht** der Fall, wenn die Behörde **privatrechtlich** tätig ist oder der Amtswalter die fragliche Handlung nur **anlässlich** seiner hoheitlichen Tätigkeit begeht.¹¹²⁷

993 Bezüglich der Frage, ob das anspruchsbegründende Verhalten **dem öffentlichen Recht oder dem Privatrecht** zuzurechnen ist, sei auf die Ausführungen zum Verwaltungsrechtsweg bei *R. Schmidt*, VerwProzR, verwiesen. Besondere Schwierigkeiten bei der Abgrenzung bestehen, wenn der Schaden nicht durch Verwaltungsakt, sondern durch schlichtes Verwaltungshandeln verursacht wird. Hier muss danach gefragt werden, ob das fragliche Handeln in einem **engen Funktionszusammenhang** mit der Ausübung hoheitlicher Tätigkeit steht.¹¹²⁸ Für den Fall, dass die Behörde privatrechtlich tätig ist, kann Anspruchsgrundlage neben der Eigenhaftung des Amtswalters¹¹²⁹ nur §§ 823 (i.V.m. § 31, 39), § 831; §§ 311 II, III, 241 II i.V.m. § 280 I BGB (früher ungeschriebene cic), §§ 241 II i.V.m. 280 I ggf. i.V.m. 281, 282 BGB (früher ungeschriebene pVV) i.V.m. § 278 BGB sein (dazu später).

Beispiele für die Annahme eines hoheitlichen oder privatrechtlichen Handelns:

- (1) Erteilung einer **behördlichen Genehmigung** (= hoheitlich)
- (2) Maßnahmen in der **Straßenbauverwaltung** (= hoheitlich)

zwischen dem Abschleppunternehmer und dem Anspruchsteller vor, sondern ein öffentlich-rechtliches zwischen diesem und der Behörde. Auch liegt aufgrund der Sperrwirkung des § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG kein gesetzliches Schuldverhältnis vor, sodass ein Anspruch des Geschädigten gegen den Abschleppunternehmer aus § 823 BGB nicht in Betracht kommt. Vgl. dazu auch den Fall von *Fischer*, JuS **2002**, 446 ff.

¹¹²⁵ So OLG Hamm NVwZ **2001**, 375, 376.

¹¹²⁶ Vgl. dazu auch *Detterbeck*, JuS **2000**, 574, 575 f.

¹¹²⁷ Vgl. BGH NJW **2002**, 3172, 3173; *Detterbeck*, JuS **2000**, 574, 576; *Bull*, AllgVerwR, § 21 Rn 1027.

¹¹²⁸ BGHZ **118**, 304, 305; **146**, 169, 171; BGH NJW **2002**, 3172, 3173.

¹¹²⁹ Die Eigenhaftung erfolgt dann auch § 823 BGB; §§ 311 II, III, 241 II i.V.m. § 280 I BGB (früher ungeschriebene cic); §§ 241 II i.V.m. 280 I ggf. i.V.m. 281, 282 BGB (früher ungeschriebene pVV).

- (3) **Öffentliche Warnungen** bspw. vor Sekten oder Produkten¹¹³⁰ (= hoheitlich)
- (4) Teilnahme am öffentlichen Straßenverkehr, etwa durch „**Dienstfahrt**“ (= hoheitlich, sofern die Teilnahme mit hoheitlicher Zielsetzung erfolgt; privatrechtlich, sofern sie zu privaten (auch fiskalischen) Zwecken unternommen wurde)
- (5) **Führen eines Rettungswagens** durch einen Zivildienstleistenden¹¹³¹ (= hoheitlich)
- (6) Mitnachhausenahme einer **Dienstwaffe** durch einen Polizeibeamten mit Billigung seines Dienstherrn¹¹³² (= hoheitlich)
- (7) **Mobbing durch Vorgesetzte** während der Dienstausbübung (= hoheitlich)¹¹³³
- (8) **Abschluss eines Kaufvertrags** (= privatrechtlich, da Verwaltungsprivatrecht oder Fiskalverwaltung)
- (9) Problematisch ist die Abgrenzung bei sog. **neutralen Handlungen**, d.h. bei Handlungen, die von außen nicht erkennbar entweder hoheitlich oder privatrechtlich erfolgen. So können beispielsweise ärztliche Untersuchungen sowohl in hoheitlichem Auftrag (amtsärztlich) oder auch privatrechtlich durchgeführt werden. Hier muss darauf abgestellt werden, in welchem **Sachzusammenhang** die Maßnahme erfolgt ist. Im Zweifel ist anzunehmen, dass sich der Staat öffentlich-rechtlicher Strukturen bedient.¹¹³⁴

Mit der Formulierung „anlässlich einer hoheitlichen Tätigkeit“ ist gemeint, dass das anspruchsbegründende Verhalten **nicht nur bei Gelegenheit der Amtsausübung** begangen worden sein darf.¹¹³⁵ So können Handlungen eines Amtswalters, die persönlich motiviert sind, i.d.R. nicht zu einem Amtshaftungsanspruch führen.

994

Beispiele:

- (1) Polizeibeamter P schießt während eines dienstlichen Kontrollgangs aus privaten bzw. persönlichen Motiven auf einen Menschen.¹¹³⁶
- (2) Bundeswehrsoldat S will seiner Freundin imponieren und zerstört mit seinem Panzer einen Vorgarten.
- (3) Gerichtsvollzieher G pfändet im Haus des S einige Kunstgegenstände und steckt dabei eine wertvolle Brosche in seine Hosentasche mit der Absicht, sich diese zuzueignen.

Anders verhält es sich, wenn das Fehlverhalten des Amtswalters trotz des persönlichen Motivs dienstlichen Bezug hat.

995

Beispiel¹¹³⁷: T war, bevor sie sich das Leben nahm, als Polizeibeamtin in einer Polizeiinspektion tätig, wo sie von ihrem Dienstgruppenleiter B während des Dienstes ständig schikaniert, in ihren dienstlichen Leistungen herabgewürdigt und in obszöner Weise beleidigt wurde. T hatte ihren Eltern immer wieder davon erzählt, dass B seine

¹¹³⁰ Zu den öffentlichen Warnungen vgl. zuletzt BVerfGE **105**, 252 ff. (Glykolwein), **105**, 279 ff. (Sekte); BVerfG NJW **2002**, 3458 ff. (Offenlegung einer Scientology-Mitgliedschaft).

¹¹³¹ Vgl. BGH NJW **1997**, 2109 f. Das gilt auch dann, wenn die anerkannte Beschäftigungsstelle (§ 4 ZDG), in deren Dienst der Schädiger tätig geworden ist, privatrechtlich organisiert ist und – von ihrer Rechtsstellung als hoheitlich beliehene Einrichtung abgesehen – privatrechtliche Aufgaben wahrnimmt (vgl. etwa den Malteser-Hilfsdienst); vgl. dazu BGH NVwZ **2001**, 835; Rinne/Schlick, NVwZ-Beilage II, **2000**, S. 13.

¹¹³² Vgl. dazu BGH NVwZ **2000**, 467.

¹¹³³ Vgl. BGH NJW **2002**, 3172, 3173 und das Beispiel sogleich.

¹¹³⁴ Bull, AllgVerwR, § 21 Rn 1023.

¹¹³⁵ Vgl. BGH NJW **2002**, 3172, 3173; vgl. auch Rinne/Schlick, NJW **2004**, 1918 f.

¹¹³⁶ Vgl. BGHZ **11**, 181, 185 ff.

¹¹³⁷ In Anlehnung an BGH NJW **2002**, 3172 ff. (Mobbing durch Vorgesetzte).

persönliche Freude daran habe, Frauen zu erniedrigen und sie in der beschriebenen Art herabzusetzen. In ihrem Abschiedsbrief schrieb T, ihr Freitod beruhe ausschließlich auf dem von B ausgehenden unerträglichen Psychoterror. Zugleich vermachte sie ihren Eltern ihr gesamtes Vermögen.

Der Vater V klagt vor dem Landgericht gegen B auf Zahlung von Schmerzensgeld und Erstattung der Beerdigungskosten und stützt sich dabei auf §§ 839 und 844 I BGB.

Lösungsgesichtspunkte: Als Anspruchsgrundlage kommen § 839 i.V.m. § 844 I BGB (Beerdigungskosten) BGB sowie § 1922 i.V.m. § 253 II BGB (Schmerzensgeld) in Betracht.

§ 839 BGB ist anwendbar und zugleich in seinen Voraussetzungen erfüllt, wenn ein Amtsträger in Ausübung des ihm anvertrauten Amtes eine einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht schuldhaft verletzt hat. Anspruchsgegner ist dann nicht der Amtsträger, sondern die öffentliche Hand (i.d.R. die Anstellungskörperschaft). Hat ein Beamter aber nur „bei Gelegenheit“ eines Amtes deliktisch gehandelt, haftet er persönlich aus § 823 I BGB (bzw. aus § 823 II BGB i.V.m. einem Schutzgesetz – bspw. einem Straftatbestand). Vorliegend ist zweifelhaft, ob das beanstandete Verhalten, das offenbar ohne konkreten dienstlichen Anlass allein aufgrund der frauenfeindlichen Grundhaltung des B erfolgte, noch **zur Ausübung seines Amtes** gezählt werden kann. Nach Auffassung des BGH schließt auch ein Missbrauch des Amtes zu eigennützligen Zwecken, schikanösen oder strafbaren Zwecken eine Pflichtwidrigkeit aus eigensüchtigen oder rein persönlichen Gründen den für das Handeln in Ausübung des Amtes maßgeblichen inneren Zusammenhang zwischen Amtsausübung und schädigendem Verhalten nicht von vornherein aus. Insbesondere sei ein Tätigwerden in Ausübung des übertragenen Amtes selbst dann nicht ausgeschlossen, wenn der Beamte gerade das tue, was er habe verhindern sollen. Darüber hinaus sei zu beachten, dass der gesamte Tätigkeitsbereich, der sich auf die Erfüllung einer bestimmten öffentlichen Aufgabe beziehe, als Einheit beurteilt werden müsse und es nicht angehe, die einheitliche Aufgabe in Einzelakte – teils hoheitlicher, teils persönlicher und bürgerlich-rechtlicher Art – aufzuspalten und einer gesonderten Beurteilung zu unterziehen.¹¹³⁸

B hatte mit T ausschließlich im Rahmen der gemeinsamen Dienstausbübung Kontakt. Sein Verhalten hatte daher dienstlichen Bezug. B hat seine Amtsstellung als Vorgesetzter missbräuchlich genutzt und deshalb in Ausübung seines Amtes gehandelt.

Zu den Amtspflichten gehört neben der besonderen beamtenrechtlichen Fürsorgepflicht jedes Vorgesetzten die allgemeine Sorgfaltspflicht hinsichtlich der Schutzgüter des BGB. Sie wurden von B rechtswidrig und schuldhaft verletzt.

Somit sind auch die Voraussetzungen des § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG erfüllt. Dies hat zur Folge, dass vorliegend allein das Land als Dienstherr des B passivlegitimiert ist. Eine persönliche Haftung des B gegenüber V scheidet aus.

Ergebnis: Damit ist ein Anspruch des V gegen B nicht gegeben. Die Klage ist abzuweisen.

996

Fazit: Für Schäden, die dadurch entstehen, dass ein Beamter im Rahmen der gemeinsamen Dienstausbübung durch seinen Vorgesetzten systematisch und fortgesetzt beleidigt und schikaniert wird (Mobbing), haftet der Dienstherr des Schädigers dem geschädigten Beamten nach Amtshaftungsgrundsätzen gem. § 839 BGB i.V.m. Art 34 GG. Das bedeutet jedoch nicht, dass der Schädiger von der Haftung frei wird. Denn beruht die Amtspflichtverletzung auf Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit, haftet er im Innenverhältnis seinem Dienstherrn nach §§ 78 BBG,

¹¹³⁸ BGH NJW **2002**, 3172, 3173.

46 BRRG auf Regress. Wird also der Staat aus § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG in Anspruch genommen, kann (und muss) er den Schädiger in Regress nehmen und diesen vor dem Zivilgericht einklagen (Art. 34 S. 3 Fall 2 GG).

b. Verletzung der (einem Dritten gegenüber obliegenden) Amtspflicht

aa. Begriff der Amtspflicht

Die Amtspflicht ergibt sich aus dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (Art. 20 III GG), der für Beamte einfachgesetzlich in den §§ 56 I BBG, 38 I BRRG konkretisiert ist. Daraus folgt, dass der Begriff der Amtspflicht **weit** zu verstehen ist und sowohl das Innenrecht (innerdienstliche Weisungen, Erlasse, Rundverfügungen, Verwaltungsvorschriften) als auch das Außenrecht (Rechtsverordnungen, Satzungen, Verwaltungsakte, Realakte wie bspw. Auskünfte) umfasst.¹¹³⁹ Im Laufe der Zeit hat die Rechtsprechung einige Fallgruppen entwickelt, von denen die überwiegende Zahl mittlerweile in den Gesetzen positivrechtlich normiert ist. Beispielfhaft sind zu nennen:

997

- ⇒ Pflicht zu **zuständigkeits- und verfahrensgemäßigem Handeln**: Ein behördliches Handeln ist nur dann rechtmäßig, wenn es neben den materiellen auch den formellen Anforderungen entspricht. So ist von dem Amtswalter zunächst die örtliche und sachliche Zuständigkeit seiner Behörde zu klären (zur örtlichen Zuständigkeit vgl. § 2 VwVfG). Ein Einschreiten trotz Unzuständigkeit begründet eine Amtspflichtverletzung, da die staatliche Zuständigkeit auch das Interesse des in seinen Grundrechten betroffenen Bürgers schützt, in derselben Angelegenheit nur von *einer* staatlichen Stelle mit der für ihn nachteiligen Regelung überzogen zu werden. Die Zuständigkeit der handelnden Behörde ergibt sich in aller Regel aus dem anzuwendenden materiellen Recht, im Übrigen aus dem Organisationsrecht. Zur formellen Rechtmäßigkeit gehört weiterhin die Anhörung des Betroffenen (vgl. § 28 I VwVfG), soweit diese nicht entbehrlich bzw. ausgeschlossen ist (vgl. § 28 II und III VwVfG). Eine Nichtbeachtung dieser Pflicht führt zu einem Amtshaftungsanspruch.¹¹⁴⁰
- ⇒ Pflicht zu **sorgfältiger Sachverhaltsermittlung** (vgl. § 24 VwVfG).
- ⇒ Pflicht zur **richtigen, unmissverständlichen und vollständigen Auskunftserteilung** (vgl. § 25 VwVfG): Für die Frage, ob die Auskunft den zu stellenden Anforderungen genügt, kommt es entscheidend darauf an, wie sie vom Empfänger aufgefasst wird und werden kann und welche Vorstellungen zu erwecken sie geeignet ist. Dabei hängt der Umfang der Auskunftspflicht auch vom Inhalt der Frage ab, die der Auskunftssuchende an die Behörde richtet.¹¹⁴¹ Bei Erteilung einer Rechtsauskunft besteht für den Amtswalter eine erhöhte Sorgfaltspflicht, wenn für ihn erkennbar ist, dass die Rechtsauskunft für den Rat suchenden Bürger von erheblicher Bedeutung und wirtschaftlicher Tragweite ist.¹¹⁴² Im Zweifel muss er auf die Grenzen seiner Rechtskenntnisse hinweisen und den Bürger an einen sach- und rechtskundigen Beamten oder einen Rechtsanwalt verweisen.¹¹⁴³
- ⇒ Pflicht zur **fehlerfreien Ermessensausübung**, insbesondere zur Beachtung des **Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes** (vgl. nur § 40 VwVfG)¹¹⁴⁴: Ein zur Ermes-

¹¹³⁹ Zu diesem weiten Verständnis der Amtspflicht vgl. BGH NJW **2001**, 3054 ff.; OLG Celle VersR **2001**, 1288; *Sandkühler*, JA **2001**, 414.

¹¹⁴⁰ Vgl. auch BGH NVwZ **2001**, 1193 f.

¹¹⁴¹ BGH DVBl **2004**, 43; BGH NVwZ **2002**, 373, 374; *Rinne/Schlick*, NVwZ-Beilage II/**2000**, S. 15; *Hebeler*, JA **2004**, 360 f.

¹¹⁴² Vgl. BGH NVwZ **2002**, 1276, 1277.

¹¹⁴³ OLG Zweibrücken NVwZ-RR **2001**, 79; *Sandkühler*, JA **2001**, 414.

¹¹⁴⁴ Vgl. BGH NJW **2001**, 1067, 1068; *Peine*, AllgVerwR, § 17 Rn 410; *Sandkühler*, JA **2001**, 414.