

BERND J. HARTMANN

Öffentliches
Haftungsrecht

Jus Publicum

222

Mohr Siebeck

JUS PUBLICUM
Beiträge zum Öffentlichen Recht

Band 222



Bernd J. Hartmann

Öffentliches Haftungsrecht

Ökonomisierung – Europäisierung –
Dogmatisierung

Mohr Siebeck

Bernd J. Hartmann, geboren 1973, Studium der Rechtswissenschaften in Hagen, Münster, Paris und Charlottesville, Virginia; 2004 Promotion in Münster; 2008 Aufnahme in das Junge Kolleg der Nordrhein-Westfälischen Akademie der Wissenschaften und der Künste; 2011 Habilitation; Lehrstuhlvertretungen in Heidelberg und Osnabrück; 2012 Ruf nach und 2013 Ernennung zum Universitätsprofessor für Öffentliches Recht, Wirtschaftsrecht und Verwaltungswissenschaften in Osnabrück.

Gedruckt mit Unterstützung des Förderungs- und Beihilfefonds Wissenschaft der VG WORT.

e-ISBN PDF 978-3-16-152526-1

ISBN 978-3-16-152525-4

ISSN 0941-0503 (Jus Publicum)

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

Publiziert von Mohr Siebeck Tübingen 2013. www.mohrsiebeck.com

© Bernd J. Hartmann.

Dieses Werk ist seit 02/2024 lizenziert unter der Lizenz „Creative Commons Namensnennung 4.0 International“ (CC BY 4.0). Eine vollständige Version des Lizenztextes findet sich unter: <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>.

Jede Verwendung, die nicht von der oben genannten Lizenz umfasst ist, ist ohne Zustimmung des Urhebers unzulässig und strafbar

Das Buch wurde von le-tex in Leipzig gesetzt und von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Vorwort

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Münster hat diese Abhandlung im Sommersemester 2011 als Habilitationsschrift angenommen. Für die Druckfassung habe ich die Nachweise aktualisiert. Sie befinden sich auf dem Stand vom 31. Juli 2012. Danach erschienene Beiträge konnten nur noch vereinzelt Berücksichtigung finden.

Die Abhandlung verdankt vieles der Unterstützung, die ich bei verschiedenen Gelegenheiten erfahren durfte. An erster Stelle ist mein verehrter akademischer Lehrer seit dem zweiten Fachsemester, Professor Dr. Bodo Pieroth, zu nennen, an dessen Institut ich als Student, Doktorand und Habilitand seit 1995 nur glückliche Jahre verbracht habe. Er hat meinen Vorschlag, dieses Thema anzugehen, von Anfang an unterstützt und meine Einfälle auch sonst stets ausgesprochen aufgeschlossen aufgenommen. Professor Dr. Janbernd Oebbecke hat mir nicht nur in seinem Zweitgutachten wertvolle weiterführende Hinweise gegeben.

Einige Zwischenergebnisse meiner Bemühungen konnte ich vorab in größerer Runde zur Diskussion stellen: die Anlehnung an den unionsrechtlichen Anspruch gegen die Mitgliedstaaten auf der Klausurtagung der Münsteraner Öffentlich-Rechtler am 5. Februar 2009 in Billerbeck und auf dem Symposium der Stiftung Hohbühl am 10. Juli 2009 in Köditz bei Hof an der Saale, die ökonomische Analyse öffentlichen Haftungsrechts auf dem Forschungstag des Jungen Kollegs der Nordrhein-Westfälischen Akademie der Wissenschaften und der Künste am 25. September 2009 in Düsseldorf, im Center for Advanced Studies in Law and Economics (CASTLE) der Universität Bonn am 26. November 2009 und im Max-Planck-Institut zur Erforschung von Gemeinschaftsgütern während meines Bonner Forschungsaufenthalts vom 21. März bis zum 1. April 2010. Stellvertretend möchte ich einige wenige Personen namentlich nennen: Professor Dr. Urs Schweizer war mein Korreferent auf dem Forschungstag, Dr. Emanuel V. Towfigh hat den Zweiten Teil dieser Abhandlung ganz gelesen, und Professor Dr. Fabian Wittreck war mir stets ein wertvoller Ratgeber. Die Mittagsrunde Münsteraner Habilitanden hat Professor Dr. Marc Desens als Erster und Professor Dr. Henning Tappe als vorerst Letzter verlassen. Meine Kolleginnen und Kollegen in Osnabrück haben mich in ihrem Kreis herzlich und hilfsbereit aufgenommen.

Diese Abhandlung hat nicht nur inhaltlich, sondern auch sächlich, insbesondere finanziell, großzügige Unterstützung erfahren. Zu nennen sind die Westfälische Wilhelms-Universität und ihre Rechtswissenschaftliche Fakultät sowie die Universitäts- und die Juristische Studiengesellschaft, Münster, die Nordrhein-Westfälische Akademie der Wissenschaften und der Künste, Düsseldorf, das Max-Planck-Institut zur Erforschung von Gemeinschaftsgütern, Bonn, die Stiftung Mercator, Essen, die Stiftung Hohbühl, Augsburg, die Fritz Thyssen Stiftung für Wissenschaftsförderung, Köln, die VG Wort, München, und nicht zuletzt meine Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter in Münster und Osnabrück, die sich vor allem um die Schlussredaktion der Nachweise und die Erstellung des Registers verdient gemacht haben.

Dieses Vorwort wäre unvollständig, fehlte meine Familie. Ihrer Unterstützung konnte ich mir immer sicher sein. Von meinen Eltern habe ich gelernt zu fragen. Mein Vater, leidenschaftlicher Rechtsanwalt und Notar a.D., hat mein Interesse am Recht geweckt. Meine Mutter las auch diese Schrift auf bewährte Weise Korrektur. Meine Frau, der diese Arbeit gewidmet ist, und unsere Kinder Tabea Marie, Jakob Julius und Ella Dorothea haben die Abhandlung auf ihre Weise gefördert. Ihnen und allen anderen sage ich ganz herzlich: »Danke schön!«

Osnabrück, November 2012

Bernd J. Hartmann

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Erster Teil: Einleitung	1
§ 1 Von Kohlhaasenbrück nach Luxembourg	3
§ 2 Gegenstand der Darstellung	7
Zweiter Teil: Ökonomische Analyse und juristische Dogmatik . . .	15
<i>Erstes Kapitel. Zur ökonomischen Analyse des Rechts</i>	17
§ 3 Vorrang der Ökonomie?	17
§ 4 Vorrang des Rechts	25
§ 5 Bleibende Bedeutung der Ökonomie für das Recht	33
<i>Zweites Kapitel. Zur ökonomischen Analyse des öffentlichen Haftungsrechts</i>	49
§ 6 Zwecke öffentlichen Haftungsrechts und Folgen für die ökonomische Analyse	49
§ 7 Zum Vorbild der ökonomischen Analyse des zivilen Haftungsrechts	80
§ 8 Öffentliches Haftungsrecht als ökonomischer Anreiz rechtmäßigen Handelns	103
Dritter Teil: Dogmatisierung öffentlichen Haftungsrechts	143
<i>Erstes Kapitel. Dekonstruktion öffentlichen Haftungsrechts</i>	145
§ 9 Kritik des öffentlichen Haftungsrechts als Rechtsgebiet	145
§ 10 Kritik des Amtshaftungsanspruchs	150
§ 11 Kritik der Aufopferungs- und Folgenbeseitigungsansprüche	184

<i>Zweites Kapitel. Rekonstruktion öffentlichen Haftungsrechts</i>	205
§ 12 Konvergenzen innerhalb des nationalen Staatshaftungsrechts	205
§ 13 Fluchtpunkt unionsrechtlicher Staatshaftung	216
§ 14 Unionsrechtlich inspirierte Dogmatik nationalen Haftungsrechts	247
§ 15 Vor- und Nachteile des unterbreiteten Vorschlags	306
§ 16 Umsetzung	347
Vierter Teil: Zusammenfassung und Ausblick	381
§ 17 Rechtsgestaltungsvorschlag	383
§ 18 Von Luxembourg nach Kohlhaasenbrück zurück	388
Anhang	389
Vorschriftenverzeichnis	467
Sachwort- und Personenverzeichnis	473

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Abkürzungsverzeichnis	XVII

Erster Teil

Einleitung

1

§ 1 <i>Von Kohlhaasenbrück nach Luxembourg</i>	3
§ 2 <i>Gegenstand der Darstellung</i>	7

Zweiter Teil

Ökonomische Analyse und juristische Dogmatik

15

Erstes Kapitel. Zur ökonomischen Analyse des Rechts	17
§ 3 <i>Vorrang der Ökonomie?</i>	17
I. Grundgedanken der Ökonomie	17
II. Betrachtung einer Fallstudie nach <i>Posner</i>	20
§ 4 <i>Vorrang des Rechts</i>	25
§ 5 <i>Bleibende Bedeutung der Ökonomie für das Recht</i>	33
I. Das Recht verhält sich zur Ökonomie	33
II. Das Recht verhält sich nicht zur Ökonomie	39
1. Begründung der ökonomischen Analyse als juristischer Topos	39
2. Methodik der ökonomischen Analyse als juristischer Topos	44
a) Selbststand als eigene Auslegungsmethode?	44

b) Unterfall teleologischer Auslegung?	45
c) Ökonomische Analyse als ökonomische Normbereichsanalyse	46
III. Ergebnis	48
Zweites Kapitel. Zur ökonomischen Analyse	
des öffentlichen Haftungsrechts	49
§ 6 <i>Zwecke öffentlichen Haftungsrechts und Folgen für die ökonomische Analyse</i>	49
I. Zwecke öffentlichen Haftungsrechts	49
1. <i>Casum sentit dominus versus neminem laedere</i>	49
2. Kompensation und Prävention	51
a) Kompensation oder Prävention?	51
b) Kompensation ohne Prävention? Oder umgekehrt?	52
c) Kompensation samt Prävention	57
d) Kompensation vor Prävention	59
3. Sekundärrechtsschutz	60
a) Überblick	60
b) Rechtsschutzverantwortung des Staates, ernst genommen	60
c) Rechtsschutzerwartung des Bürgers, kontrafaktisch stabilisiert	63
d) Rechtsschutz des Bürgers als Durchsetzung staatlichen Rechts	69
4. Beispiele	70
a) Auswahl der Prototypen	70
b) Amtshaftung, Aufopferung und Folgenbeseitigung	73
5. Ergebnis	76
II. Folgen für die ökonomische Analyse des öffentlichen Haftungsrechts	78
§ 7 <i>Zum Vorbild der ökonomischen Analyse des zivilen Haftungsrechts</i>	80
I. Methode	80
II. »Privat und Staat«: Unterschiede und Gemeinsamkeiten	82
1. Gemeinwohlbindung	82
2. Politische Verantwortlichkeit	84
3. Funktionierende Märkte	87
a) Funktionierende Märkte und staatliche Monopole	87
b) Funktionierende Märkte und unveräußerliche Hoheitsrechte	88
4. Rechtsbindung und effizienter Vertragsbruch	90
a) Das Recht bindet sowohl den Staat als auch Private	90
b) Das Recht bindet den Staat stärker als Private	96
c) Erst recht ökonomische Analyse öffentlichen Haftungsrechts	100
5. Ergebnis	101

§ 8	Öffentliches Haftungsrecht als ökonomischer Anreiz rechtmäßigen Handelns	103
I.	Internalisierung externer Effekte	103
II.	Optimierung des Aktivitätsniveaus?	103
III.	<i>Cheapest cost avoider, cheapest insurer</i> und <i>superior risk bearer</i> . . .	106
	1. Begriffe	106
	2. Insbesondere zur Versicherbarkeit	108
	3. Folgerungen	113
IV.	Anreizwirkung	115
	1. Ökonomie der Anreizwirkung	115
	2. Anreizwirkung und Haftungsüberleitung	119
	3. Anreizweitergabe – Perspektive des Staatsdieners	120
	a) Eingeschränkter Regress	120
	b) Disziplinar- und Laufbahnrecht: positive und negative Sanktionen	122
	c) Verwaltungsorganisationsrecht: Um- und Versetzung	124
	d) Eigenbeteiligungen und Selbstbehalte?	125
	e) Vergleich mit juristischen Personen des Privatrechts	125
	4. Anreizwirkung und Refinanzierung – Perspektive des Staats	130
	5. Budgetierung – Fluchtpunkt beider Perspektiven	133
	6. Ökonomische Grenzen der Schadensvermeidung	137
V.	Zusammenfassung	139
	1. Ergebnis	139
	2. Offene Fragen	140

Dritter Teil

Dogmatisierung öffentlichen Haftungsrechts

143

Erstes Kapitel.	Dekonstruktion öffentlichen Haftungsrechts	145
§ 9	<i>Kritik des öffentlichen Haftungsrechts als Rechtsgebiet</i>	145
§ 10	<i>Kritik des Amtshaftungsanspruchs</i>	150
I.	Überblick	150
II.	Mittelbarkeit der Staatshaftung	150
	1. Wegfall der historischen Begründung für Beamten- statt Staatshaftung	150
	a) Kompetenz des Reichs zum Erlass des Bürgerlichen Gesetzbuchs	150

b) Kompetenz der Verfassungsgeber in Weimar und Bonn	154
c) Kompetenz des Bundesgesetzgebers seit 1994	155
2. Überlegenheit unmittelbarer Staatshaftung	156
3. Sinnverlust des Verweisungsprivilegs	158
4. Zur Rechtsfolge des Geldersatzes	163
III. Drittgerichtetheit	166
1. Relativierung der Voraussetzung	166
2. Normierung ohne Rechtsfolgenbewusstsein	170
3. Ausschluss legislativen Unrechts	172
IV. Voraussetzung des Verschuldens	174
V. Rechtsschutz	178
1. Wider die Rechtswegzuweisung an die ordentliche Gerichtsbarkeit	178
2. Gegen die Subsidiarität von Sekundär- zu Primärrechtsschutz?	183
 § 11 Kritik der Aufopferungs- und Folgenbeseitigungsansprüche	184
I. Kritik der Aufopferungsansprüche	184
1. Tatbestand: Schutzlücken	184
2. Rechtsfolge: Entschädigung statt Schadensersatz	185
a) Schadensersatz	185
b) Entschädigung	188
c) Vergleich der Rechtsfolgen	190
d) Bewertung	195
3. Ahistorizitäten	195
II. Kritik der Folgenbeseitigungsansprüche	196
III. Kritik des Verhältnisses der Ansprüche zueinander	199
IV. Ursachenforschung	201
 Zweites Kapitel. Rekonstruktion öffentlichen Haftungsrechts	205
 § 12 Konvergenzen innerhalb des nationalen Staatshaftungsrechts	205
I. Konvergenz gen Gefährdungshaftung	205
II. Konvergenz gen Schadensersatz	210
1. Schadensersatz und Entschädigung	210
2. Schadensersatz und Folgenbeseitigung	212
 § 13 Fluchtpunkt unionsrechtlicher Staatshaftung	216
I. Inhalt und Kritik unionsrechtlicher Staatshaftung	216
II. Übereinstimmung in Geltungsgründen und Haftungszwecken	225
1. Übertragbarkeit der Geltungsgründe	225
a) <i>Effet utile</i>	225

b) Unionstreue	226
c) Haftung nach mitgliedstaatlichen Grundsätzen	228
2. Übereinstimmung der Haftungszwecke	230
a) Rechtsschutz als Sekundärrechtsschutz	230
b) Prävention und Kompensation	231
3. Ergebnis	236
III. Übertragbarkeit zentraler Bereichsdogmatiken	236
1. Individualschutz und Schutznormlehre	236
2. Qualifizierter Verstoß und Verschulden	238
3. Schadensersatz und Entschädigung	241
IV. Integralität unionsrechtlicher Haftungsdogmatik	244
§ 14 Unionsrechtlich inspirierte Dogmatik nationalen Haftungsrechts	247
I. Überblick	247
II. Tatbestand	249
1. Schädiger	249
2. Verletztes Recht	251
a) Recht und Rechtsquelle	251
b) Bürgerschützender Charakter des Rechts	253
aa) Inhalt	253
bb) Insbesondere legislatives Unrecht und Bürgerschutz	256
3. Schädigungshandlung	259
a) Qualifizierter Verstoß	259
b) Insbesondere Verschuldens- und Gefährdungshaftung	262
aa) Juristische Aspekte	262
bb) Ökonomische Aspekte	265
cc) Historische und systematische Aspekte	267
c) Insbesondere legislatives Unrecht und qualifizierter Verstoß	269
aa) Juristische Aspekte	269
bb) Ökonomische Aspekte	273
cc) Historische Aspekte	273
4. Schädigungserfolg (Schaden)	276
5. Zurechnungszusammenhang	277
a) Kausalität: <i>Conditio sine qua non</i> , Adäquanz und Unmittelbarkeit	277
b) Schutzzweck der Norm	280
6. Subsidiarität	282
a) Vorrang des Primärrechtsschutzes	282
b) Vorrang anderweitiger Ersatzansprüche?	290
c) Richterspruchprivileg	291

7. Mitverantwortung des Geschädigten	292
8. Verjährung	294
III. Rechtsfolge	296
1. Schadensersatz	296
2. Verbleibende Entschädigungsansprüche?	298
3. Totalreparation, Bereicherungsverbot und Strafschadensersatz	299
IV. Anspruchsschuldner und Passivlegitimation	300
V. Rechtsweg	301
VI. Regress	302
VII. Zwischenergebnis	303
1. Tabellarische Zusammenfassung	303
2. Leitsätze unional inspirierter Haftungsdogmatik	305
3. Abgleich mit der überkommenen Rechtslage	305
 § 15 Vor- und Nachteile des unterbreiteten Vorschlags	 306
I. Maßstab	306
II. Europäisierung und Ökonomisierung als Inspirationen der Dogmatik	 306
1. Europäisierung	306
a) Phänomenologie	306
b) Europäisierung des Haftungsrechts	312
c) Grenzen	315
d) Vorteile und Beispiele freiwilliger Europäisierung	319
2. Ökonomisierung, Europäisierung und Dogmatisierung im Brennglas	 322
III. Probersteine	323
1. Wider die Zeitwidrigkeiten	323
2. Wider die Sachwidrigkeiten	323
a) Integralität nationalen Haftungsrechts	323
b) Rechtssicherheit dank »Neuer Übersichtlich-« und Einheitlichkeit	 324
c) Beseitigung der Inländerdiskriminierung	326
d) Wettbewerbsvorteil internationaler Anschlussfähigkeit	328
e) Gerechtigkeit und Gemeinwohldienlichkeit	330
3. Friktionen, Desiderate und offene Fragen	332
4. Vergleich mit Alternativvorschlägen	334
a) Einfaches Recht: StHG 1981 und StHG-DDR	334
b) Verfassungsrecht: grundrechtlicher Haftungsanspruch	334
IV. Exkurse	343
1. Zur Übertragung von Rechtsdogmatiken	343
2. Vom Gemeinen Recht über das <i>Common Law</i> zum <i>ius commune</i> ?	345

§ 16 Umsetzung	347
I. Rechtswissenschaft	347
II. Gesetzgebung	350
1. Gründe	350
2. Grenzen	352
a) Art. 34 GG	352
b) Art. 20 Abs. 3 GG (Rechtsstaatsprinzip)	355
c) Art. 14 GG	355
III. Rechtsprechung	356
1. Gründe	356
2. Grenzen	362
a) Einfaches Staatshaftungsrecht	362
b) Wille des Gesetzgebers	364
c) Verfassungsrecht	368
aa) Vorbehalt des Gesetzes	368
bb) Haushaltsprärogative des Parlaments	368
cc) Vollständigkeit des Haushaltsplans	371
dd) Ergebnis	372
3. Kontext	372
4. Zuständigkeit	373
a) Verbands- und Organkompetenz	373
b) Funktionelle Zuständigkeit	377
IV. System des öffentlichen Haftungsrechts?	378
V. Ergebnis	379

Vierter Teil

Zusammenfassung und Ausblick

381

§ 17 Rechtsgestaltungsvorschlag	383
I. Konzeption	383
II. Regelungsvorschlag	383
III. Begründung	384
1. Allgemeiner Teil	384
2. Besonderer Teil	386
§ 18 Von Luxembourg nach Kohlhaasenbrück zurück	388

Anhang

389

Korrespondenz aus dem Nachlass Fritz Hochs	391
Literaturverzeichnis	399
Vorschriftenverzeichnis	467
Sachwort- und Personenverzeichnis	473

Abkürzungsverzeichnis

Maßgebend ist *H. Kirchmer*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 7. Aufl. 2013, mit folgenden Ergänzungen:

Abschn.	Abschnitt
A.C.	Appeal Cases (amtliche Entscheidungssammlung, Vereinigtes Königreich)
AK	Alternativkommentar
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten, zit. nach Hattenhauer (Hrsg.), ALR, 3. Aufl. 1996, auf folgende Weise: I 6 §10 ALR meint Erster Theil, Sechster Titel, §10 ALR
BADK	Bundesarbeitsgemeinschaft Deutscher Kommunalversicherer
Begr.	Begründer
BLeistG	Bundesleistungsgesetz v. 27.09.1961, BGBl. I S. 1769, 1920
BPolG	Gesetz über die Bundespolizei (Bundespolizeigesetz) v. 01.11.1994, BGBl. I S. 2978
Cal. L. Rev.	California Law Review (Zeitschrift)
Cardozo L. Rev.	Cardozo Law Review (Zeitschrift)
CDU	Christlich Demokratische Union Deutschlands
CMLR	Common Market Law Review (Zeitschrift)
Col. L. Rev.	Columbia Law Review (Zeitschrift)
CSU	Christlich Soziale Union in Bayern
DStJG	Deutsche Steuerjuristische Gesellschaft; Tagungsbd. der Deutschen Steuerjuristischen Gesellschaft
DVjs	Deutsche Vierteljahresschrift für Literaturwissenschaft und Geistesgeschichte
Einl.	Einleitung
EL	Ergänzungslieferung
ELJ	European Law Journal (Zeitschrift)
ELR	European Law Review (Zeitschrift)
EPL	European Public Law (Zeitschrift)
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften; Gerichtshof der Europäischen Union
FAS	Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FDP	Freie Demokratische Partei

FinDAG	Gesetz über die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz) v. 22. 04. 2002, BGBl. I S. 1310
ggf.	gegebenenfalls
GS	Gedächtnisschrift
GW	Gesammelte Werke
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review (Zeitschrift)
HChE	Herrenchiemsee-Entwurf
HGR	Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa
HMRG	Historische Mitteilungen, hrsg. im Auftrag der Ranke-Gesellschaft (Zeitschrift)
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly (Zeitschrift)
ICON	International Journal of Constitutional Law (Zeitschrift)
Ind. L. J.	Indiana Law Journal (Zeitschrift)
Int'l Rev. L. & Econ.	International Review of Law and Economics (Zeitschrift)
JdD	Jahrbuch für direkte Demokratie
J. Law & Econ.	The Journal of Law and Economics (Zeitschrift)
J. Legal Stud.	The Journal of Legal Studies (Zeitschrift)
JLEPP	Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy (Zeitschrift)
JOIE	Journal of Institutional Economics (Zeitschrift)
JRE	Jahrbuch für Recht und Ethik
JVEG	Gesetz über die Vergütung von Sachverständigen, Dolmetscherinnen, Dolmetschern, Übersetzerinnen und Übersetzern sowie die Entschädigung von ehrenamtlichen Richterinnen, ehrenamtlichen Richtern, Zeuginnen, Zeugen und Dritten (Justizvergütungs- und -entschädigungsgesetz) v. 05. 05. 2004, BGBl. I S. 776
Law & Contemp. Prob.	Law and Contemporary Problems (Zeitschrift)
lfd.	laufende
LV	Landesverfassung
Mass.	Massachusetts
Mich. L. Rev.	Michigan Law Review (Zeitschrift)
NLH	New Literary History (Zeitschrift)
NYU L. Rev.	New York University Law Review (Zeitschrift)
o.T.	ohne Titel
Ord.-Nr.	Ordnungsnummer
Oxf. J. Leg. Stud.	Oxford Journal of Legal Studies (Zeitschrift)
PrHG	(Preußisches) Gesetz über die Haftung des Staates und anderer Verbände für Amtspflichtverletzungen von Beamten bei Ausübung der öffentlichen Gewalt (PrHG) v. 01. 08. 1909, Preußische Gesetzsammlung, S. 691
ProfE	Professorenentwurf
Publ. Admin. Rev.	Public Administration Review (Zeitschrift)
RBHG	Gesetz über die Haftung des Reichs für seine Beamten v. 22. 05. 1910, RGBl. S. 798

So. Cal. L. Rev.	Southern California Law Review
sog.	so genannte/r/s
SPD	Sozialdemokratische Partei Deutschlands
St. Louis U. Publ. L. Rev.	Saint Louis University Public Law Review
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
StWStP	Staatswissenschaft und Staatspraxis (Zeitschrift)
SZ	Süddeutsche Zeitung
U.B.C. L. Rev	University of British Columbia Law Review (Zeitschrift)
UK	United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland (Vereinigtes Königreich Großbritannien und Nordirland)
USchadG	Gesetz über die Vermeidung und Sanierung von Umweltschäden (Umweltschadengesetz) v. 10. 05. 2007, BGBl. I S. 666
UTLJ	University of Toronto Law Journal (Zeitschrift)
v.	vom
Va. L. Rev.	Virginia Law Review (Zeitschrift)
Vand. L. Rev.	Vanderbilt Law Review (Zeitschrift)
vs.	versus
VV-BHO	Allgemeine Verwaltungsvorschriften zur Bundshaushaltsordnung (VV-BHO) v. 14. 03. 2001 (GMBI S. 309)
WLR	The Weekly Law Reports (Zeitschrift)
Yale L.J.	The Yale Law Journal (Zeitschrift)
Zeitschr. f. Staatsw.	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft
ZRph	Zeitschrift für Rechtsphilosophie

Erster Teil

Einleitung

§ 1 Von Kohlhaasenbrück nach Luxembourg

Um die Mitte des sechzehnten Jahrhunderts verließ *Kleists* Rosshändler *Michael Kohlhaas* den Meierhof, den er im brandenburgischen Kohlhaasenbrück sein eigen nannte, und machte sich auf den Weg ins Ausland, eine Koppel junger Pferde zu verkaufen. An der Elbe, bei einer stattlichen Ritterburg in Sachsen, stieß Kohlhaas auf einen Schlagbaum, den es dort zuvor nicht gegeben hatte. Kraft landesherrlichen Privilegiums verlangte Junker *Wenzel von Tronka* Zoll in Höhe einiger Groschen und, mit verlegenem Gesicht, die Vorlage eines Passierscheins. Kohlhaas entrichtete den Zoll, warf auf, dass er trotz genauer Kenntnis aller landesherrlichen Verfügungen über sein Gewerbe von der Notwendigkeit eines Passierscheins nichts wisse, und versprach, den Pass auf der Geheimschreiberei in Dresden zu lösen. Als Pfand musste Kohlhaas zwei seiner Rappen zurücklassen. Auf der Geheimschreiberei erhielt Kohlhaas die Auskunft, dass die Geschichte vom Passierschein ein »Märchen« sei. Kohlhaas verkaufte jene Pferde, die ihm geblieben waren, zu seiner Zufriedenheit und kehrte auf die Tronkenburg zurück. Die zwei lebhaften, wohlgenährten Rappen, die er dort zurückgelassen, hatten auf den Feldern als Zugvieh gedient und waren so zu apathischen, abgehärmten Mähren verkommen. Kohlhaas rief: »Das sind die *Pferde* nicht, die dreißig Goldgülden wert waren! Ich will meine wohlgenährten und gesunden Pferde wieder haben!« Der Junker lehnte ab, und Kohlhaas ritt ohne die Tiere davon, von dem Gefühl erfüllt, dass er »mit seinen Kräften der Welt in der Pflicht verfallen« sei, »sich Genugtuung für die erlittene Kränkung, und Sicherheit für zukünftige seinen Mitbürgern zu verschaffen«. Daheim ließ Kohlhaas seine Frau wissen, er werde »die öffentliche Gerechtigkeit« für sich einfordern, und klagte gegen den Junker »auf gesetzmäßige Bestrafung desselben, Wiederherstellung der Pferde in den vorigen Stand, und auf Ersatz des Schadens«, der ihm »wegen Nichtverkaufs der Rappen« entstanden sei. Die Justiz wies die Klage ab. Kohlhaas, dem der Schutz der Gesetze versagt geblieben, sah seine Welt aus den Fugen geraten und seine Person aus der Gemeinschaft verstoßen. Er verfasste einen »Rechtsschluß«, laut dem er den Junker »kraft der ihm angeborenen Macht« verdamme, die Rappen in Kohlhaasenbrück persönlich »dickzufüttern«. Als die gesetzte Frist ohne Antwort verfloss, wurde Kohlhaas ein rasender Rächer des Rechts. Er rädelsführte ein zusammengerottes Gesindel, raubmordend und brandschatzend den Landfrieden brechend, als

wäre er im Krieg. Kleist hatte uns gewarnt: Gleich im ersten Satz seiner Novelle hieß er Kohlhaas einen der »rechtschaffensten zugleich und entsetzlichsten Menschen seiner Zeit«.

Die Erzählung gilt als eine der wichtigsten über Recht und Gerechtigkeit.¹ Kohlhaas ist ein Archetypus geworden, das Wort meint längst mehr als nur den Mann²: Der Wahn, um jeden Preis für Gerechtigkeit eintreten zu müssen, heißt medizinisch Kohlhaas-Syndrom³, und rechthaberische Prozesshansel nennen wir Kohlhaas-Naturen⁴. Kleists Stoff ist Vorbild gewesen. Aufgegriffen haben ihn beispielsweise der österreichische Romancier *Karl Emil Franzos* (1893 in der Erzählung »Ein Kampf ums Recht«), der U.S.-amerikanische Autor *E. L. Doctorow* (1975 in dem Roman »Ragtime«) und die deutsche Schriftstellerin *Elisabeth Plessen* (1979 in der Erzählung »Kohlhaas«).⁵ Bei all dem »Kohlhaas-Kult« gerät aus dem Blick, dass es ein Haftungsfall ist, der in Kleists »juridische[r] Dichtung«⁶ den »Kampf ... um Gerechtigkeit«⁷ entfacht. Lesen wir des Dichterjuristen Kleists »ergreifend[e] Wahrheit«⁸ als Paradigma der Gerechtigkeit, geht es um Rechtsschutz, genauer: um Sekundärrechtsschutz – *Michael Kohlhaas* verhandelt öffentliches Haftungsrecht. Das Unheil nimmt seinen Lauf, als die Justiz Kohlhaasens Amtshaftungsklage abweist. Verlegt in den Geltungsbereich des Grundgesetzes, folgt des Klägers Anspruch auf Schadensersatz aus § 839 BGB in Verbindung mit Art. 34 GG. Der Feudalherr Junker Wenzel von

¹ Für die Jurisprudenz etwa *v. Jhering*, Kampf um's Recht, 17. Aufl. 1910, S. 61 f., *Isensee*, Der Staat 26 (1987), S. 149 (150 f.), *Schlink*, Vergewisserungen, 2005, S. 283 (287), *Sendler*, Über Michael Kohlhaas, 1985, S. 8, 44 f., vgl. aber auch S. 33 f. = *ders.*, in: Recht – Gerechtigkeit – Rechtsstaat, 2006, S. 3 (4, 36 f. bzw. 26 f.), und *Voßkuhle/Gerberding*, JZ 2012, S. 917 (922, 925); für die Germanistik nur *Kauppert*, in: Corsten/Rosa/Schrader, Gerechtigkeit der Gesellschaft, 2005, S. 75 (97 ff.), *Kuhns*, NLH 15 (1983), S. 73 (80 und passim), *K.-H. Maurer*, DVjs 75 (2001), S. 123 (124 ff., 144) und *v. Wiese*, Die deutsche Novelle, 1987, S. 47 (48, 53 f., 60 ff.); für die Belletristik nur *Plessen*, Kohlhaas, 1979, S. 190 (mit zweifelhafter Einschätzung »gesetzliche[r] Anarchie«).

² Vgl. BPatGE 42, 250 (254); BPatG, GRUR 2008, S. 522 (523); *Greiner*, Kleists Dramen und Erzählungen, 2000, S. 327; *Isensee*, Der Staat 26 (1987), S. 149 (149); *Plessen*, Kohlhaas, 1979, S. 301.

³ Vgl. nur *Payk*, Psychopathologie, 3. Aufl. 2010, S. 259 (der Gerechtigkeit in Anführungszeichen setzt) und die Beschwerdeführerin in BVerfG, NJW-RR 2007, 228 (229), der »eine an die Romanfigur Michael Kohlhaas erinnernde« Charakterneurose attestiert wurde; vgl. aber auch den Mediziner *Geyer*, der *Kohlhaas* »die querulatorische Reaktion eines Geistesgesunden« attestiert (Dichter des Wahnsinns, 1955, S. 141).

⁴ *Febr*, Das Recht in der Dichtung, 1931, S. 466.

⁵ Zu weiteren Bearbeitungen vgl. *Frenzel*, Stoffe der Weltliteratur, 10. Aufl. 2005, Stichwort »Kohlhaas, Michael«, S. 514 (515), und *T. Mueller*, Historizität – Aktualität – Intertextualität: Kohlhaas in der deutschsprachigen Literatur, 1988. Dieser nennt »annähernd drei Dutzend« literarische Bearbeitungen, darunter noch *Eichendorffs* Novelle »Das Schloß Dürande« (a. a. O., S. 54 ff.) und *Brecht's* Parabel »Die Rundköpfe und die Spitzköpfe oder: Reich und Reich gesellt sich gern« (a. a. O., S. 145 ff.).

⁶ *Caroline de la Motte Fouqué*, zit. nach *Ogorek*, Kleist-Jahrbuch 1988/89, S. 96 (122).

⁷ *Kauppert*, in: Corsten/Rosa/Schrader, Die Gerechtigkeit der Gesellschaft, 2005, S. 75 (78).

⁸ *v. Jhering*, Kampf um's Recht, 17. Aufl. 1910, S. 61.

Tronka handelte als Zollbehörde des Landesherrn und damit als Amtswalter, als er die Rappen des, wie Kleist schreibt, »Staatsbürgers« Kohlhaas als Pfand behalten und durch Feldarbeit zu Grunde richten ließ.⁹ Weil es weder für das eine noch das andere einen Rechtsgrund gab, kann Kohlhaas die Herstellung jenes Zustands verlangen, der ohne Inbesitznahme und Zugrunderichten der Tiere bestanden hätte. Das schließt nach §§ 249, 252 BGB eine Geldzahlung in Höhe des Gewinns aus dem Verkauf der Rappen ein, wie er nach den getroffenen Anstalten, Vorkehrungen und Erfahrungen mit Wahrscheinlichkeit zu erwarten gewesen war, hier also in Höhe des unbestrittenen Werts der Tiere von dreißig Goldgülden.

Nimmt man die Kurfürstentümer Brandenburg und Sachsen als Mitgliedstaaten der Europäischen Union – Kohlhaasens Fall beginnt an der Landesgrenze –,¹⁰ liegen zugleich die Voraussetzungen des zunächst so bezeichneten gemeinschaftsrechtlichen Haftungsanspruchs vor, wie sie der damals so genannte Gerichtshof für die Europäischen Gemeinschaften in Luxembourg aufgestellt hat. Sachsen verletzte die Warenverkehrsfreiheit gem. Art. 28 AEUV (ex-Art. 23 EGV), als der Junker ohne Rechtsgrund den Passierschein und daher auch ohne Rechtsgrund die Pferde als Pfand verlangte.¹¹ Dass die Geheimschreiber die Geschichte vom Passierschein stehenden Fußes als »Märchen« bezeichnete, zeigt, wie klar und eindeutig die Rechtslage war. Der Junker forderte die Vorlage des Passierscheins augenscheinlich, wie seine Verlegenheit belegt, in Kenntnis dieser Rechtswidrigkeit. Der hinreichend qualifizierte Verstoß gegen Unionsrecht verursachte einen Schaden in Höhe jener dreißig Goldgülden, auf dessen Ersatz Kohlhaas auch nach europäischem Recht einen Anspruch hätte, gemäß dem (seit dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon so zu nennenden) unionsrechtlichen Haftungsanspruch gegen die Mitgliedstaaten, den auch der (seitdem so genannte) Gerichtshof der Europäischen Union weiterhin anerkennt.

⁹ Vgl. Naucke, in: Kleist, Michael Kohlhaas (1810), hrsg. von Vormbaum 2000, S. 111 (123 f.). Plessen lässt den Burgvogt die Pferde »einziehen«, siehe dies., Kohlhaas, 1979, S. 51, 95. Doctorow lässt es in »Ragtime« (23. Kapitel) Mitglieder der freiwilligen Feuerwehrleute sein, die dem U.S.-amerikanischen Kohlhaas, *Coalhouse Walker*, einen Wegzoll abverlangen. Die Mitglieder der Freiwilligen Feuerwehr sind hierzulande Amtsträger im Sinn des § 839 BGB, vgl. BGHZ 20, 290 (292); BGH, NZV 2008, S. 289 (291 Rn. 21 f.); Wurm, in: J. v. Staudinger, BGB, 14. Aufl. 2007, § 839 Rn. 43, 84, 739 m. w. N. Auch in »Ragtime« werden die Mitglieder der freiwilligen Feuerwehr als »Repräsentanten« der Gemeinde wahrgenommen (siehe 23. Kap., S. 162).

¹⁰ R. A. Posner, *Law and Literature*, 3. Aufl. 2009, S. 98, sieht in Kleists Kohlhaas »a commentary on the consequences of German disunity«, vgl. auch a. a. O., S. 185; auch Plessen, Kohlhaas, 1979, S. 60, 125 f., 301, 304 f., legt im Einklang mit dem historischen Vorbild des Stoffes einen Schwerpunkt auf die »außenpolitischen«, auch religiös motivierten Streitigkeiten zwischen den brandenburgischen und sächsischen Fürstenhäusern.

¹¹ Darauf weisen auch Germanisten hin, siehe Kuhns, NLH 15 (1983), S. 73 (77) (»the demand to pay a toll, to present a pass, threatens the free market the horse dealer enjoyed«; dort ohne Hervorhebung).

Gehört *Michael Kohlhaas* zu den wichtigsten Erzählungen über Recht und Gerechtigkeit, erzählt die Novelle über des Unrechts Wiedergutmachung, genauer: über die Herstellung von Recht und Gerechtigkeit durch Schadensersatz. Der Haftungsfall ist *law in literature* »at its best«. Er illustriert so viel, dass diese Abhandlung mehrmals darauf zurückkommen wird. An dieser Stelle genügt es festzuhalten, dass es dieselben Gedanken sind, welche die Subsumtionen unter europäisches wie nationales Recht tragen. Das wundert nicht, sind beide Ansprüche doch eng verwandt. Die Einwirkungen des europäischen auf das nationale Haftungsrecht sind schon oft beschrieben worden. Gegenstand der Überlegungen war zumeist, wie sich der unionsrechtliche Anspruch in das nationale Staatshaftungsrecht einfügt. Dieser Abhandlung geht es um mehr. Sie möchte zeigen, dass der unionsrechtliche Staatshaftungsanspruch eine Dogmatik bereit hält, die dem nationalen Staatshaftungsrecht gut täte. Der unionale Anspruch vermag, so die These, das nationale Staatshaftungsrecht weitgehend, wenn nicht gänzlich abzubilden. Das möchte ich belegen, indem ich zunächst das nationale Staatshaftungsrecht darstelle und kritisiere. Wir werden sehen, dass es sich seit langem schon auf ein verschuldensunabhängiges Schadensersatzrecht zubewegt. Der Haftungsanspruch gegen die Mitgliedstaaten, den der Europäische Gerichtshof am 19. 11. 1991 in Luxemburg aus der Taufe hob, liegt seitdem unbemerkt im Fluchtpunkt nationaler Konvergenzen. Der europäische Anspruch ist zeitgemäß und sachgerecht, international anschlussfähig und ökonomisch effizient, hinreichend offen und zugleich genügend bestimmt. Nehmen wir ihn uns zum Vorbild!

§ 2 Gegenstand der Darstellung

Ökonomisierung und Europäisierung zählen im 21. Jahrhundert zu den zentralen Herausforderungen für das Verwaltungsrecht und dessen Dogmatik.¹ Beide, Ökonomisierung wie Europäisierung, einst unspezifische Schlagworte gewesen, sind Entwicklungspfade geworden.² Die beiden Entwicklungspfade treffen im öffentlichen Haftungsrecht aufeinander: Es wäre ökonomisch, das nationale Haftungsrecht am unionsrechtlichen Haftungsanspruch gegen die Mitgliedstaaten (kurz: unionaler Staatshaftungsanspruch³) auszurichten.

Diese Abhandlung verwendet die Begriffe des Staatshaftungs- und des öffentlichen Haftungsrechts synonym.⁴ Der Begriff der Haftung meint bereits allgemeinsprachlich die Verantwortung für den Schaden eines anderen.⁵ Im fachsprachlichen Zusammenhang meint Haftung die Ersatzpflicht als juristischen Ausdruck dieser Verantwortlichkeit.⁶ Speziell im öffentlichen bzw. Staatshaftungsrecht kommt hinzu, dass die Verantwortlichkeit auf hoheitliches Handeln bezogen ist.⁷ Weil dieses hoheitliche Handeln rechtswidrig oder rechtmäßig

¹ Vgl. nur *Burgi*, VVDStRL 62 (2003), S. 405 (407); *Hoffmann-Riem/Aßmann/Voßkuhle*, Vorwort zur ersten Auflage, in: dies. (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts I*, 2. Aufl. 2012, S. IX; *Oebbecke*, VVDStRL 62 (2003), S. 366 (368 f.).

² Vgl. nur *Kahl*, *Die Verwaltung* 42 (2009), S. 463 (466 ff.) m. w. N.

³ Begriff der Staatshaftung in diesem Zusammenhang etwa auch bei *Cornils*, *Der gemeinschaftsrechtliche Staatshaftungsanspruch*, 1995; v. *Danwitz*, DVBl 1997, S. 1 (1); *C. Dörr*, DVBl 2006, S. 598 (598); *ders.*, WM 2010, S. 961 (961); *O. Dörr*, DVBl 2008, S. 1401 (1407); *Hidien*, *Die gemeinschaftsrechtliche Staatshaftung der EU-Mitgliedstaaten*, 1999; *Ossenbühl*, DVBl 1992, S. 993 (993); »unionale[s] Haftungsrech[t]« etwa bei *Kotzur*, in: *Geiger/Khan/Kotzur*, EUV/AEUV, 10. Aufl. 2010, Art. 340 AEUV Rn. 1, »unional[e] Amtshaftun[g]« etwa bei *Marsch*, *EuZW* 2012, S. 499 (499).

⁴ Daneben sind zahlreiche weitere Begriffe gebräuchlich, vgl. nur die Zusammenstellung bei *Höfling*, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts III*, 2009, § 51 Rn. 1. Das nennt *Morlok*, *Die Verwaltung* 25 (1992), S. 371 (374), »terminologische[n] Wildwuchs«. *Höfling* selbst spricht sich gegen den Begriff des Staatshaftungsrechts aus, siehe VVDStRL 61 (2002), S. 260 (262) (»irreführend«).

⁵ Duden, *Deutsches Universalwörterbuch*, 7. Aufl. 2011, S. 773, Stichwort »Haftung« (anders als etwa bei den Stichworten »Haftunfähigkeit« oder »Haftungsausschluss«, jeweils a. a. O., ohne den die Fachsprache kennzeichnenden Zusatz »Rechtsspr.«). Vgl. auch *Grimm*, *Deutsches Wörterbuch*, Bd. 4/2, 1977, Sp. 136, Stichwort »haftung« (»das einstehen für etwas, verpflichtung«) (dort hervorgehoben).

⁶ Vgl. BVerfGE 61, 149 (151) (»Haftung (Ersatzpflicht«).

⁷ Vgl. *Ossenbühl*, *Staatshaftungsrecht*, 5. Aufl. 1998, S. 2.

sein kann, gibt es öffentliches bzw. Staatshaftungsrecht im engeren bzw. im weiteren Sinn. Im engeren Sinn ist nur die Unrechts-⁸, im weiteren Sinn auch die Rechtmäßigkeitshaftung⁹ gemeint. Diese Abhandlung konzentriert sich – entlang der für die Rechtswissenschaft als Disziplin konstitutiven Unterscheidung von Rechtmäßigkeit und Rechtswidrigkeit¹⁰ – auf die Unrechtshaftung als den klassischen, paradigmatischen Teil des Staatshaftungsrechts.¹¹ Bei beiden Begriffen, dem öffentlichen wie dem Staatshaftungsrecht, meint der Bestandteil des Haftungsrechts die vollständigen Haftungsregeln, also nicht nur Tatbestand, sondern auch Rechtsfolge. Darin liegt ein Unterschied zum Zivilrecht, das zwischen Haftungs- bzw. Schadensrecht unterscheidet.¹²

Der positiv-rechtliche Begriff »Staatshaftung« entspricht der Wortwahl des Art. 74 Abs. 1 Nr. 25 GG. Der dogmatische Begriff »öffentliches Haftungsrecht«, den diese Abhandlung im Titel führt und auch sonst vorrangig verwendet, ist demgegenüber mit Blick auf den Haftungsschuldner weiter. Zum einen erfasst der Begriff die öffentlich-rechtliche Haftung jener öffentlich-rechtlichen Haftungsschuldner, denen selbst keine Staatsqualität zukommt, also öffentlich-

⁸ Staatshaftungs- als Unrechtshaftung im Gesetzesantrag Hamburgs v. 17. 09. 1990, BRat-Drs. 632/90, Anlage, S. 5; bei *Bender*, Staatshaftungsrecht, 2. Aufl. 1974, Rn. 1; *ders.*, *dass.*, 3. Aufl. 1981, Rn. 3; *A. Schäfer*, in: *ders./Bonk*, Staatshaftungsgesetz, 1982, § 1 Rn. 215; *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 145.

⁹ Staatshaftungsrecht auch als Rechtmäßigkeitshaftung etwa bei *M. Breuer*, Staatshaftung für judikatives Unrecht, 2011, S. 92 (»heute überwiegende[s] Begriffsverständnis«); *Durner*, JuS 2005, S. 793 (793); *v. Danwitz*, in: *v. Mangoldt/F. Klein/Starck* (Hrsg.), GG, Bd. 2, 6. Aufl. 2010, Art. 34 Rn. 1; *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 1 f.; *Peine*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 10. Aufl. 2011, Rn. 1079; *Windthorst*, in: *Detterbeck/Windthorst/Sproll*, Staatshaftungsrecht, 2000, Rn. 9; *Wróblewski*, Staatshaftung für legislatives Unrecht, 2005, S. 21; ebenso bereits *Anschütz*, Ersatzanspruch aus Vermögensbeschädigungen durch rechtmäßige Handhabung der Staatsgewalt, 1896, S. 2.

¹⁰ Vgl. nur *Höfling*, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts III, 2009, § 51 Rn. 82 m. w. N.; *Morlok*, Die Verwaltung 25 (1992), S. 371 (375) (»fundamental«); *Luhmann*, Rechtshistorisches Journal 9 (1990), S. 176 (193). Darstellungen des Staatshaftungsrechts verwenden deshalb regelmäßig die Rechtmäßig- bzw. Rechtswidrigkeit (der Schädigungshandlung bzw. des Schädigungserfolgs) als erstes Ordnungskriterium, siehe etwa *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 395. Zur Darstellung nach Rechtsfolgen siehe beispielsweise *Axer*, DVBl 2001, S. 1322 (1322), vgl. aber auch *Baldus*, in: *ders./Grzeszick/Wienhues*, Staatshaftungsrecht, 3. Aufl. 2009, Rn. 5, 11.

¹¹ *Bettermann*, DÖV 1954, S. 299 (299); Bundesminister der Justiz/Bundesminister des Innern (Hrsg.), Reform des Staatshaftungsrechts (Kommissionsbericht), 1973, S. 33; vgl. auch *van Gerven*, ICLQ 45 (1996), S. 507 (520) (mit »breach« als einem der »basic elements of tort liability«). Zur Sinnhaftigkeit der Begrenzung vgl. nur *Scheuner*, DÖV 1955, S. 545 (548); derselbe Zuschnitt etwa bei *Luhmann*, Öffentlich-rechtliche Entschädigung rechtspolitisch betrachtet, 1965, S. 81.

¹² Im Zivilrecht bezeichnet, unter dem Oberbegriff des Deliktsrechts, das Haftungsrecht das Recht der Anspruchsvoraussetzungen, also das Haftungsbegründungsrecht, dagegen das Schadensrecht das Recht der Rechtsfolgen, also das Haftungsausfüllungsrecht, vgl. nur *Grüneberg*, in: *Palandt* (Begr.), BGB, 71. Aufl. 2012, Rn. 1 vor § 249; *Jansen*, in: *Schmoeckel/Rückert/Zimmermann* (Hrsg.), Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Bd. II/1, 2007, §§ 249–253, 255 Rn. 1.

rechtliche Körperschaften wie Gemeinden, Gemeindeverbände oder Universitäten. Diese Schuldner sind der Grund, warum das Rechtsgebiet herkömmlich zum Allgemeinen Verwaltungsrecht zählt. Das kommt in der Bezeichnung »Öffentliches Haftungsrecht« besser zum Ausdruck als im Begriff des Staatshaftungsrechts, der jedenfalls phonetisch Anklänge zum »Staatsrecht« anschlägt. Zum anderen erfasst der Begriff »öffentliches Haftungsrecht« die öffentlich-rechtliche Haftung jener Haftungsschuldner, die nicht einmal öffentlich-rechtliche sind, sondern private.

Als Beispiele für die öffentlich-rechtliche Haftung Privater sind zwei Anspruchsgrundlagen anzusprechen. Zum einen sind die öffentlich-rechtlichen Erstattungsansprüche darauf aus, rechtsgrundlose Vermögensverschiebungen im Rahmen öffentlich-rechtlicher Leistungsbeziehung rückgängig zu machen.¹³ Sie verpflichten daher auch Private, der öffentlichen Hand Erstattung zu leisten,¹⁴ etwa bei rechtswidrigen Überzahlungen¹⁵ oder falls die öffentliche Hand in Vorleistung gegangen ist, beispielsweise bei der Ersatzvornahme^{16,17} Der allgemeine öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch ist eindeutig öffentlich-rechtlich, falls er in den allgemeinen Grundsätzen des öffentlichen Rechts oder des Verwaltungsrechts¹⁸, in der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (Art. 20 Abs. 3 GG)¹⁹ oder im Folgenbeseitigungsanspruch²⁰ gründet.²¹ Wer den Anspruch dagegen mit vereinzelt Stimmen aus §§ 812 ff. BGB, direkt oder analog,²²

¹³ BVerwGE 25, 72 (76); 71, 85 (88); 100, 56 (59).

¹⁴ *Grosser*, Die Verwaltung 17 (1984), S. 329 ff.; *Ossenbühl*, NVwZ 1991, S. 513 (514).

¹⁵ Aus dem Bundesrecht § 62 Abs. 1 Satz 1 BLG; § 12 Abs. 2 Satz 1 BBesG; § 52 Abs. 2 Satz 1 BeamtVG; aus dem Landesrecht § 21 Abs. 1 GebG NRW; § 98 LBG NRW.

¹⁶ Aus dem Bundesrecht §§ 10, 19 VwVG; aus dem Landesrecht § 6 Abs. 4 lit. a), § 59 Abs. 2, § 77 Abs. 1 Satz 1 VwVG NRW; § 52 PolG NRW; § 60 Abs. 2 Satz 1 Nds. SOG, auch i.V.m. § 70 Abs. 1 NVwVG; die Anspruchsgrundlagen aus dem Polizei- und Ordnungsrecht der anderen Länder nennen *Pieroth/Schlink/Kniesel*, Polizei- und Ordnungsrecht, 6. Aufl. 2010, § 25 Rn. 9 f.

¹⁷ Es gibt zahlreiche spezialgesetzliche Ausprägungen des Anspruchs, im Bundesrecht etwa § 49a Abs. 1 Satz 1 VwVfG; § 37 Abs. 2 Satz 1 AO; § 71 Abs. 2 BBG; weitere Beispiele bei *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 419 ff.

¹⁸ BVerwGE 48, 279 (286); 71, 85 (88); BSGE 102, 10 (Rn. 27); VGH Mannheim, NJW 1985, S. 2603 (2605 f.).

¹⁹ BVerwGE 48, 279 (286); BSGE 102, 10 (Rn. 27) (jeweils »insbesondere«); *H. Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 29 Rn. 21.

²⁰ *Morlok*, Die Verwaltung 25 (1992), S. 371 (386 ff.); a.A. *H. Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 30 Rn. 2; *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 331 f.; *Rösslein*, Folgenbeseitigungsanspruch, 1968, S. 89; *Sproll*, in: *Detterbeck/Windthorst/Sproll*, Staatshaftungsrecht, 2000, § 18 Rn. 2; der Erfinder des Folgenbeseitigungsanspruchs, der diese Ansicht zunächst selbst vertreten hatte, revidierte seine Auffassung später, siehe *Bachof*, Verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung, 2. Aufl. 1968, S. XV.

²¹ Vgl. auch die Qualifikation als »eigenständiges Rechtsinstitut des öffentlichen Rechts«, so BVerwGE 71, 85 (88); BSGE 102, 10 (Rn. 27); in der Sache ebenso *H. Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 29 Rn. 21.

²² Direkt: BVerwG, NJW 1980, 2538 (2538); analog: BVerwGE 6, 1 (10); BSGE 98, 142 (Rn. 25); offen gelassen BVerwGE 100, 56 (59), 112, 351 (354); BVerwG, Urt. v. 17.08.2011 – 6

aus Gewohnheits-²³ oder Richterrecht²⁴ gewinnt, muss die Rechtsnatur des Anspruchs erst noch herleiten.²⁵

Zum anderen gibt es öffentlich-rechtliche Haftungspflichten Privater im Besonderen Verwaltungsrecht, beispielsweise im Umweltschadengesetz (USchadG)^{26, 27} Die Sanierungspflicht nach § 6 Nr. 2, § 9 Abs. 1 Satz 1 USchadG als Haftungsanspruch zu verstehen, liegt nahe. Erstens verwendet das Gesetz den Begriff der Haftung selbst.²⁸ Zweitens setzt die Sanierungspflicht einen Schaden voraus (vgl. § 2 Nr. 2, 8 USchadG) und verlangt drittens als Rechtsfolge so etwas wie die Herstellung des Zustandes, der vor der Schädigung bestanden hat oder ohne die Schädigung bestünde.²⁹ Der Fremdwörterduden erklärt »sanieren« (von lat. *sanare*, gesund machen) in unserem Zusammenhang denn auch ausdrücklich mit »wieder in einen intakten Zustand versetzen«³⁰. Die umweltrechtliche Sanierungspflicht zählt zum öffentlichen Recht, weil sie durchzusetzen nach §§ 7, 10, 11 USchadG allein die zuständige Behörde berechtigt ist.

Dass diese Abhandlung die Begriffe des öffentlichen Haftungsrechts und des Staatshaftungsrechts trotz der Unterschiede synonym verwendet, lässt sich aus den Perspektiven beider Begriffe begründen. Aus der Sicht des Staatshaftungsrechts spricht für die Austauschbarkeit, dass Art. 74 Abs. 1 Nr. 25 GG die öffentlich-rechtliche Haftung jener Selbstverwaltungskörperschaften, die

C 9.10, JurionRS 2011, 23380, Rn. 41 (»entspricht in Tatbestand und Rechtsfolgen grundsätzlich dem zivilrechtlichen Bereicherungsanspruch«).

²³ BVerwGE 25, 72 (76); 71, 85 (88); *Ossenbühl*, NVwZ 1991, S. 513 (516); vgl. BVerwGE 71, 85 (88); 94, 100 (103).

²⁴ BVerwGE 71, 85 (88); 100, 56 (59) (jeweils »seit langem anerkannt«).

²⁵ Vgl. auch BVerwGE 71, 85 (87) (»Rechtsgedanke, der sich unmittelbar aus der Forderung nach wiederherstellender Gerechtigkeit ergibt«).

²⁶ Art. 1 des Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Umwelthaftung zur Vermeidung und Sanierung von Umweltschäden v. 10. 05. 2007, BGBl. I, S. 666 (666 ff.); vgl. zum Gesetz zuletzt die ökonomische Analyse *Münters*, VersR 2010, S. 567 ff. – Auf dieses Beispiel hat mich Herr Professor *Dr. Detlef Czybulka*, Rostock, aufmerksam gemacht.

²⁷ Zur Einordnung der Haftung als öffentlich-rechtliche siehe nur den Gesetzentwurf der Bundesregierung v. 13. 12. 2006, BT-Drs. 16/3806, S. 1 (14, 20); *B. Becker*, NVwZ 2007, S. 1105 (1109, 1110); *Beckmann/Wittmann*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht (Stand: 63. Ergänzungslieferung, Dezember 2011), § 1 USchadG Rn. 27; § 3 USchadG Rn. 9 (Stand jeweils: 54. Ergänzungslieferung, August 2008); *Müggenborg*, NVwZ 2009, S. 12 (13 f.); *Ruffert*, NVwZ 2010, S. 1177 (1177); *Reimer Schmidt/Kahl*, Umweltrecht, 8. Aufl. 2010, § 1 Rn. 69; *Scheidler*, NVwZ 2007, S. 1113 (1114).

²⁸ Zur Abgrenzung des eigenen Anwendungsbereichs in § 3 Abs. 3 Nr. 3 und 4 USchadG.

²⁹ Vgl. *Durner*, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum GG (Stand: 159. Aktualisierung, Dezember 2012), Art. 74 Abs. 1 Nr. 25, Rn. 20 (Stand: 127. Aktualisierung, Februar 2007); *M. D. Müller*, Auswirkungen der Grundgesetzrevision, 1996, S. 86.

³⁰ Duden, Das große Fremdwörterbuch, 4. Aufl. 2007, S. 1208, Stichwort »sanieren« (dort ohne Hervorhebung).

kein Staat sind,³¹ genauso erfasst wie die öffentlich-rechtliche Haftung Privater³². Aus der Sicht des öffentlichen Haftungsrechts muss es mit dem Hinweis sein Bewenden haben, dass es dieser Abhandlung weniger um die Haftungsansprüche des Staates gegen den Bürger geht, sondern vor allem – klassischer-, typischer- und praktischerweise – um die Haftungsansprüche des Bürgers gegen den Staat. Dem Umstand, dass der Begriff des öffentlichen Haftungsrechts auch für diese Klasse von Ansprüchen präziser ist als der Begriff des Staatshaftungsrechts, wörtlich verstanden, weil nur der Begriff des öffentlichen Haftungsrechts die Haftung der Körperschaften öffentlichen Rechts ohne Staatsqualität erfasst, trägt diese Abhandlung dadurch Rechnung, dass sie den Begriff des öffentlichen Haftungsrechts vorrangig benutzt.

Geht es zentral um Ansprüche gegen die öffentliche Hand, ist zunächst zu untersuchen, welche Bedeutung ökonomische Argumente gegenüber der Staatsgewalt entfalten können. Das Haftungsrecht einer ökonomischen Analyse zu unterziehen, liegt nahe. Die Methode ist im Zivilrecht längst anerkannt. Wissenschaftsgeschichtlich bildete ausgerechnet das zivile Haftungsrecht Anfang der 1960er Jahre einen der Ausgangspunkte der ökonomischen Analyse des Rechts überhaupt.³³ Es ist bis heute wohl das wichtigste, sicherlich aber das beliebteste Referenzgebiet geblieben.³⁴ Gerade im zivilen Haftungsrecht hat die ökonomische Analyse des Rechts beachtliche Rezeptionserfolge errungen.³⁴ Einer der ersten und bis heute kanonischen Beiträge zu »Law & Economics« behandelt gerade die Zuordnung von Schadensrisiken im Deliktsrecht.³⁵

³¹ *Degenhart*, in: Sachs (Hrsg.), GG, 6. Aufl. 2011, Art. 74 Rn. 107; *Oeter*, in: v. Mangoldt/F. Klein/Starck (Hrsg.), GG, Bd. 2, 6. Aufl. 2010, Art. 74 Rn. 178; *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, GG, 11. Aufl. 2011, Art. 74 Rn. 71.

³² Vgl. *Durner*, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum GG (Stand: 159. Aktualisierung, Dezember 2012), Art. 74 Abs. 1 Nr. 25, Rn. 31, 35 (Stand: 127. Aktualisierung, Februar 2007); vgl. auch *Kunig*, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), GG, Bd. 2, 6. Aufl. 2012, Art. 74 Rn. 108.

³³ *Calabresi*, Yale L. J. 70 (1961), S. 499 ff.; vgl. außerdem *dens.*, Harv. L. Rev. 78 (1965), S. 713 ff. = *ders.*, in: Assmann/C. Kirchner/Schanze (Hrsg.), Ökonomische Analyse des Rechts, 1993, S. 238 ff.; *ders.*, The Costs of Accidents, 1970, S. 13 und passim; *Coase*, J. Law & Econ. 3 (1960), S. 1 ff. = *ders.*, in: Assmann/C. Kirchner/Schanze (Hrsg.), Ökonomische Analyse des Rechts, 1993, S. 129 ff.; *Landes/R. A. Posner*, Economic Structure of Tort Law, 1987; *R. A. Posner*, J. Leg. Stud. 1 (1972), S. 29 ff.; *ders.*, Harv. L. Rev. 100 (1987), S. 761 (764 f.).

³⁴ Siehe nur *Adams*, Ökonomische Analyse der Gefährdungs- und Verschuldenshaftung, 1985; *Dari-Mattiacci/Garoupa/Gómez-Pomar*, European Review of Private Law 2010, S. 773 (775); *Endres*, Ökonomische Grundlagen des Haftungsrechts, 1991; *Engel*, VVDStRL 61 (2002), S. 440 (440); *Hart*, in: *ders.* (Hrsg.), Essays in Jurisprudence and Philosophy, 1983, S. 123 (143); *Kötz*, ZVersWiss 1993, S. 57 (59 ff.); *Kötz/Wagner*, Deliktsrecht, 11. Aufl. 2010, Rn. 59 ff.; *Scheel*, Versicherbarkeit und Prävention, 1999, S. 96; *Taupitz*, AcP 196 (1996), S. 114 (137 ff.).

³⁵ *Calabresi*, Yale L. J. 70 (1961), S. 499 ff. (unter dem Titel »Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts«).

Während die Zivilrechtswissenschaft die ökonomische Analyse wissbegierig und wohlwollend aufgenommen hat,³⁶ zeigt sich das öffentliche Recht bislang eher zögerlich.³⁷ Dabei liegt die ökonomische Analyse des öffentlichen Haftungsrechts ebenfalls nahe,³⁸ auch wenn es sie, soweit ich sehe, bislang noch nicht gibt.³⁹ Die einschlägigen Habilitationsschriften haben insoweit bislang weitgehend oder ganz Verzicht geübt.⁴⁰ Doch wenn die Probleme, die das Staatshaftungsrecht aufwirft, »Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre«⁴¹ betreffen, dann kann dem Verwaltungsrecht die Verwaltungswissenschaft nicht schaden.⁴²

Dass die Darstellung mit einer Vergewisserung der ökonomischen Methode beginnt, verlangt einen klarstellenden Hinweis: Die ökonomische Methode ist weder die einzige noch die wichtigste Methode dieser Untersuchung. Im

³⁶ Über diese Bewertung herrscht Einigkeit, siehe nur *Grzeszick*, JZ 2003, S. 647 (647); *Fehling*, in: FS Karsten Schmidt, 2011, S. 39 (39) (»Domäne des Zivilrechts«); *E. Hofmann*, Abwägung im Recht, 2007, S. 550; *Lepsius*, Die Verwaltung 32 (1999), S. 429 (437); *Lindner*, JZ 2008, S. 957 (958) und zu den Gründen namentlich im Vergleich mit den USA *C. Kirchner*, International Review of Law and Economics 11 (1991), S. 277 (277 ff.). Vgl. aber auch *Scheel*, Versicherbarkeit und Prävention, 1999, S. 5, 95 f. (»nach wie vor skeptisch[e] Juristenschaft«).

³⁷ Bewertungen auf der hier vertretenen Linie bei *Hof/Schulte*, Nachwort, in: dies. (Hrsg.), Wirkungsforschung zum Recht III, 2001, S. 351 (351); *E. Hofmann*, Abwägung im Recht, 2007, S. 550 (»weitgehend resistent«); *C. Kirchner*, International Review of Law and Economics 11 (1991), S. 277 (277); *Lindner*, JZ 2008, S. 957 (958); *Lüdemann/Magen*, ZRph 2010, S. 97 (100); *Möllers*, DÖV 2000, S. 667 (669); *ders.*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts I, 2. Aufl. 2012, § 3 Rn. 45; *ders./Voßkuhle*, Die Verwaltung 36 (2003), S. 321 (330) (mit der Beobachtung »[z]arte[r] Annäherungsversuche« in neuerer Zeit); *Rose-Ackerman*, in: European Journal of Law and Economics 1 (1994), S. 53 (53).

³⁸ Vgl. *Morlok*, in: Engel/Morlok (Hrsg.), Öffentliches Recht als ein Gegenstand ökonomischer Forschung, 1998, S. 1 (8); *Schweizer*, in: Zwierlein (Hrsg.), Sicherheit und Krise, 2012, S. 180 (180 f.); ziviles und öffentliches Haftungsrecht richten sich teilweise nach denselben Regeln, vgl. nur §§ 249 ff., 276 BGB, das Konzept der Kausalität oder die Rechtsprechung zur Straßenverkehrsicherungspflicht, welche der BGH auch dann nach §§ 823 ff. BGB beurteilt. Krit. gegenüber einer ökonomischen Analyse des Verwaltungs- und/oder Verfassungsrechts dagegen etwa *Grzeszick*, JZ 2003, S. 647 (650 ff.); *Lepsius*, Die Verwaltung 32 (1999), S. 429 (441 ff.); *Wallerath*, JZ 2001, S. 209 (211 ff.).

³⁹ Ebenso *Fehling*, VerArch 95 (2004), S. 443 (466 ff.); *Kabl*, Die Verwaltung 42 (2009), S. 463 (480 mit Fn. 139); *Rebhahn*, Staatshaftung wegen mangelnder Gefahrenabwehr, 1997, S. 168; *J.-P. Schneider*, in: Die Verwaltung 34 (2001), S. 317 (323 ff.); zur ökonomischen Analyse des unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruchs, soweit ersichtlich, nur *van den Bergh/H.-B. Schäfer*, ELR 23 (1998), S. 552 (556 ff.); *dies.*, JITE 156 (2000), S. 382 (388 ff.); *van Roosebeke*, State Liability, 2007, insb. S. 103 ff.; *Lee*, Jean Monnet Working Paper 9/99, sub III. A.; zur ökonomischen Analyse der Haftung für legislatives Unrecht *H.-B. Schäfer*, in: Behrens/Eger/H.-B. Schäfer (Hrsg.), Ökonomische Analyse des Europarechts, 2012, S. 47 (59 ff.), und *Schweizer*, a. a. O., S. 73 ff.

⁴⁰ *Grzeszick*, Rechte und Ansprüche, 2002, S. 259 f., bzw. *Gromitsaris*, Rechtsgrund und Haftungsauslösung im Staatshaftungsrecht, 2006, S. 33–36.

⁴¹ *Rupp*, Grundfragen, 2. Aufl. 1991, S. 273 ff.

⁴² Allgemein zur Grundlagenorientierung rechtswissenschaftlichen Arbeitens nur *Schmidt-Aßmann*, JZ 1995, S. 2 (2), nachgedruckt in: *ders.*, Aufgaben und Perspektiven verwaltungsrechtlicher Forschung, 2006, S. 2 (2).

Gegenteil: Wichtigste Methode bleibt die dogmatische Argumentation. Diese Abhandlung möchte außerdem Vorschläge machen, wie Richter und Gesetzgeber im öffentlichen Haftungsrecht besseres Richter- und Gesetzesrecht setzen können. Diese Vorschläge vermögen ihrer rechtspolitischen Natur gemäß nicht »rein deduktiv und zwingend« begründet zu werden. Daher sind außerdem Hinweise auf die historisch hervorgetretenen Problemlösungen unerlässlich. Die Geschichte des Staatshaftungsrechts und seiner Reformen wird dabei aber nicht »en bloc« und »up front«, vollständig und chronologisch, sondern verteilt über die gesamte Abhandlung und selektiv jeweils an der Stelle der Darstellung angesprochen, wo der historische Vergleich einen spezifisch sachbezogenen Beitrag leisten soll.⁴³

Obwohl rechtsdogmatische und rechtshistorische Analysen die Abhandlung tragen bzw. stützen, erörtere ich gleichwohl nur die Methode der ökonomischen Analyse vorab. Rechtsdogmatische und rechtshistorische Argumentationsweisen können in einer rechtswissenschaftlichen Abhandlung vorausgesetzt werden. Die ökonomischen Argumente benötigen dagegen nicht nur, weil sie dem öffentlichen Recht fremd geblieben sind, der Offenlegung und Absicherung. Hinzu kommt, dass es mir mangels eines vollständigen wirtschaftswissenschaftlichen Studiums besonders schwierig, besonders reizvoll und besonders rechtfertigungsbedürftig erschien, zu dieser Methode zu greifen. Weil Fremd- und Selbstkontrolle insoweit also besonders nötig sind, waren gerade diese Gedankengänge und ihre Voraussetzungen stärker zu explizieren. Die Ausführungen zur ökonomischen Analyse im zweiten Teil haben schließlich nicht nur die Aufgabe, die ökonomischen Argumente aus dem dritten Teil zu rechtfertigen, sondern sollen auch für sich genommen zu lesen sein, als rechtstheoretischer bzw. verwaltungswissenschaftlicher Beitrag zur ökonomischen Analyse des öffentlichen Rechts. Dagegen bedarf es, trotz der belletristischen Bezüge zu *Michael Kohlhaas* und anderen, keiner Ausführungen zu »Literatur und Recht«. Denn die belletristischen Bezüge haben keine die Argumentation tragende Bedeutung, sondern sie veranschaulichen und bebildern sie bloß⁴⁴, und sie erinnern an den Gerechtigkeitsgehalt der Fragen, um die es geht.

Das Staatshaftungsrecht wartet seit dem Scheitern des Staatshaftungsgesetzes aus dem Jahr 1981⁴⁵ auf systematische Durchdringung. Die Änderungen seitdem waren punktuelle: In der Rechtsprechung stürzte das Bundesverfassungs-

⁴³ Anders *Luhmann*, Öffentlich-rechtliche Entschädigung rechtspolitisch betrachtet, 1965, S. 14, 37 ff.

⁴⁴ In dieser Funktion findet die Literatur auch in der Rechtswissenschaft seit jeher Verwendung, vgl. nur *Frotscher/Pieroth*, Verfassungsgeschichte, 11. Aufl. 2012, § 1 Rn. 17.

⁴⁵ Die auf die Verabschiedung des Gesetzes abstellende Bezeichnung StHG 1981 findet überwiegend Verwendung, siehe nur *Christoph*, NVwZ 1991, S. 536 (537); *Cornils*, LKV 2003, S. 206 (209 Fn. 31); *Kellner*, NVwZ 2002, S. 395 (395); *Ossenbühl*, NJW 1991, S. 1201 (1203); *Papier*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 5, 5. Aufl. 2009, § 839 Rn. 347; *Pietzcker*, NVwZ 1983, S. 121 (124); *Unterreitmeier*, DVBl 2005, S. 1235 (1238). Deutlich seltener ist die

gericht mit dem Nassauskiesungsbeschluss⁴⁶ aus dem Jahr 1981 die Dogmatik der Eigentumsentschädigung und erschloss der Europäische Gerichtshof mit der Haftung für Gemeinschaftsrechtsverletzungen in Sachen *Andrea Francovich/Italienische Republik*⁴⁷ aus dem Jahr 1991 Neuland. Aus der Lehre sind die Bemühungen um die haftungsrechtliche Dimension der Freiheitsgrundrechte zu nennen, etwa aus den Ursprüngen weitsichtig *Menger*⁴⁸ und *Weyreuther*⁴⁹ oder aus letzter Zeit *Schoch*⁵⁰, *Höfling*⁵¹ und *Grzeszick*⁵².⁵³ Dass die Änderungen und die Änderungsvorschläge punktuell geblieben sind, mag es rechtfertigen, einen Vorschlag vorzulegen, der dem gesamten Rechtsgebiet gilt. Ein solcher Vorschlag verlangt, so heißt es, den Mut, Schneisen zu schlagen und alte Zöpfe zu beschneiden, und die Disziplin, den Blick auf die großen Linien des Rechtsgebiets zu richten, auch wenn dieser Fokus auf Kosten der Feinheiten einzelner Tatbestandsvoraussetzungen ausgewählter Ansprüche gehen mag.⁵⁴ Die Darstellung mündet in einen Gestaltungsvorschlag, wie ihn der Gesetzgeber in einem Staatshaftungsgesetz und, in wesentlichen Teilen, auch die Rechtsprechung umsetzen könnte.⁵⁵ Die doppelte Ausrichtung am geltenden und künftigen Recht sucht, der Aufgabe und Verantwortung der Rechtswissenschaft für die organische, dogmatische und theoretische Entwicklung des Rechts zu entsprechen.⁵⁶

nach dem Tag des Inkrafttretens gewählte Bezeichnung StHG 1982 anzutreffen, siehe beispielsweise *Schoch*, Die Verwaltung 34 (2001), S. 261 (264, bei Fn. 24).

⁴⁶ BVerfGE 58, 300 ff.

⁴⁷ EuGH, Slg. 1991, I-5357, Rn. 38 ff., insb. Rn. 41 – *Francovich* (Urt. v. 19. 11. 1991).

⁴⁸ *Menger*, in: GS W. Jellinek, 1955, S. 347 (355 ff.) (mit dem Vorschlag eines allgemeinen öffentlich-rechtlichen Wiedergutmachungsanspruchs, verschuldensunabhängig und ohne spezifischen Bezug zu den Grundrechten); siehe dazu noch unten § 12 Fn. 27 ff. (S. 208).

⁴⁹ *Weyreuther*, Gutachten zum 47. DJT, 1968, Bd. I, S. B 1 (146 f.).

⁵⁰ *Schoch*, Die Verwaltung 34 (2001), S. 261 (279 f.).

⁵¹ *Höfling*, VVDStRL 61 (2002), S. 260 (273); *ders.*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts III, 2009, § 51 Rn. 7, 84 ff., 106.

⁵² *Grzeszick*, Rechte und Ansprüche, 2002, insb. S. 346 ff.; *ders.*, in: Merten/Papier (Hrsg.), HGR, Bd. III, 2009, § 75 Rn. 1, 74 ff.

⁵³ Zu diesem Vorschlag näher unten, insb. § 15 III 4 b) (S. 334 ff.); vgl. bereits § 2 Abs. 2 StHG 1981; zu dieser Vorschrift *Jacobs*, Staatshaftungsrecht, 1982, S. Rn. 317 ff.

⁵⁴ Vgl. *Kluth*, in: H. J. Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht II, 7. Aufl. 2010, § 66 Rn. 9 (es gehe »im wesentlichen um den Mut, sich von überkommenen Denkmustern zu lösen ...«); *Pestalozza*, in: FS v. Arnim, 2004, S. 283 (284) (Wissenschaft »zu mutigen Visionen« herausgefordert); *Schoch*, VerwArch 79 (1988), S. 1 (7) (»Grundfragen an die Thematik kaum mehr herangetragen«); *ders.*, Die Verwaltung 34 (2001), S. 261 (287) (mit der Forderung einer »mutige[n]« Entwicklung gesetzvertretenden Richterrechts); *Röder*, Haftungsfunktion, 2002, S. 18 (Wissenschaft rücke »häufig Detailprobleme in den Vordergrund, worunter der Blick für das Ganze« leide).

⁵⁵ Zum Praxisbezug als der anderen Dimension rechtswissenschaftlichen Arbeitens – neben der Grundlagenorientierung, siehe oben § 2 Fn. 42 (S. 12) – vgl. wiederum nur *Schmidt-Aßmann*, JZ 1995, S. 2 (2), nachgedruckt in: *ders.*, Aufgaben und Perspektiven verwaltungsrechtlicher Forschung, 2006, S. 2 (2).

⁵⁶ Vgl. *Jansen*, Struktur des Haftungsrechts, 2003, S. 29.

Zweiter Teil

Ökonomische Analyse und juristische Dogmatik

Erstes Kapitel. Zur ökonomischen Analyse des Rechts

§ 3 Vorrang der Ökonomie?

I. Grundgedanken der Ökonomie

Die Ressourcen sind knapp, die Bedürfnisse vielfältig.¹ Die Kernfrage der Ökonomie² lautet daher, wie sich knappe Ressourcen verteilen lassen, um gegebene Bedürfnisse möglichst wirkungsvoll zu erfüllen. Dahinter steht der Gedanke, dass eine effiziente Ressourcenzuordnung (Güterallokation) gesamtgesellschaftlich den Wohlstand steigert.³

Effizienz und Effektivität bedeuten nach dem üblichen Sprachgebrauch der Ökonomie Verschiedenes.⁴ Effizienz meint das Verhältnis von Aufwand (Kosten) und Ertrag (Nutzen).⁵ Synonym dazu findet auch der Ausdruck »Wirtschaftlichkeit« Verwendung, der Begriff ist damit für die Wirtschaftswissenschaften von besonderer Bedeutung. Er zerfällt in zwei Teile. Das Sparsam-

¹ Teile dieses Zweiten Teils entsprechen und vertiefen Überlegungen zur Perspektive ökonomischer Analyse im öffentlichen Haftungsrecht, die ich bereits andernorts vorgestellt habe (zuerst erschienen in: *Der Staat* 50 (2011), S. 61 ff., nachgedruckt in: *Zwierlein* (Hrsg.), *Sicherheit und Krise*, 2012, S. 162 ff., übersetzt und aktualisiert in: *JETL* 3 (2012), S. 378 ff.).

² Eine verbreitete Unterscheidung meint mit Ökonomie die Wirtschaft, also den Gegenstand, und mit Ökonomik die Wirtschaftswissenschaft, also die Methode der Bemühungen, vgl. nur *N. Petersen/Towfigh*, in: *Towfigh/N. Petersen*, *Ökonomische Methoden im Recht*, 2010, S. 1 (3).

³ Vgl. nur *Behrens*, *Ökonomische Grundlagen*, 1986, S. 31 f.; *Eidenmüller*, *Effizienz als Rechtsprinzip*, 3. Aufl. 2005, S. 21 ff.; *Grzeszick*, *JZ* 2003, S. 647 (649); *C. Kirchner/Koch*, *Analyse & Kritik* 11 (1989), S. 111 (123); *Lindner*, *JZ* 2008, S. 957 (958); *Stelmach*, in: *FS Reiner Schmidt*, 2006, S. 597 (604); *Towfigh*, in: *Towfigh/N. Petersen*, *Ökonomische Methoden im Recht*, 2010, S. 23 (31); *Nicklisch/Towfigh*, a. a. O., S. 35 (41 ff.).

⁴ Ein Teil der juristischen Literatur verwendet die Begriffe synonym, vgl. die Nachweise bei *Hartmann*, *JdD* 1 (2009), S. 336 (338); *Hoffmann-Riem*, in: *ders./Schmidt-Aßmann* (Hrsg.), *Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht*, 1998, S. 11 (16 Fn. 11); ein Beispiel liefert *Arndt*, *Praktikabilität und Effizienz*, 1983, S. 102. Auch in der Ökonomie finden die Begriffe nicht immer einheitlich Verwendung.

⁵ Vgl. aus den Wirtschaftswissenschaften *Scholz*, *Art. Effektivität und Effizienz, organisatorische*, in: *Frese* (Hrsg.), *Handwörterbuch der Organisation*, 3. Aufl. 1992, Sp. 533 (533) m. w. N., aus den Verwaltungswissenschaften *Siepmann/Siepmann*, *Verwaltungsorganisation*, 6. Aufl. 2004, S. 10, und aus der Rechtswissenschaft *Czybulka*, in: *FS Knöpfle*, 1996, S. 79 (80, 82); *Hoffmann-Riem*, in: *ders./Schmidt-Aßmann* (Hrsg.), *Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht*, 1998, S. 11 (16 ff.); *Stern*, *Staatsrecht*, Bd. II, 1980, S. 435 f. (»Kernstück der Wirtschaftswissenschaften«); *Vosßkühle*, *VerwArch* 92 (2001), S. 184 (197 Fn. 82); *Wieland*, *DVBl* 1995, S. 894 (897) (ein »zentrale[r] Begriff der Wirtschaftswissenschaften«).

keitsprinzip verlangt Kostenminimierung, d. h. ein vorgegebenes Ergebnis mit möglichst minimalen Mitteln zu erzielen (sog. Minimalprinzip). Das Ergiebigkeitsprinzip verlangt Nutzenmaximierung, d. h. mit vorgegebenen Mitteln das maximale Ergebnis zu erzielen (Maximalprinzip).⁶ Effektivität meint demgegenüber nach dem eingeführten Sprachgebrauch der Ökonomie das Verhältnis von Ist-Ertrag und Soll-Ertrag, es geht also um das Maß der Zielerreichung. Synonym findet der Ausdruck der Wirksamkeit Verwendung.⁷

Weil Effizienz und Effektivität zu unterscheiden sind, gibt es Maßnahmen, die effektiv sind, aber nicht effizient. Effektiv (also wirksam), aber nicht effizient (also unwirtschaftlich), sind alle Mittel, die ihren Zweck erreichen, dafür aber einen zu hohen Preis bezahlen. So wäre es effektiv (also wirksam), aber nicht effizient (also unwirtschaftlich), in Friedenszeiten alle Einwohner hauptamtlich zur Landesverteidigung einzusetzen. Der Zweck, das Land zu verteidigen, wird optimiert, die Wirksamkeit ist also hoch. Zugleich ist die Wirtschaftlichkeit niedrig, weil die enormen Kosten der Maßnahme den Nutzen jedenfalls in Friedenszeiten weit übersteigen. Dagegen gibt es keine Maßnahmen, die effizient sind (also wirtschaftlich), aber nicht effektiv (also wirkungslos). Denn es ist ausgeschlossen, bei einer wirkungslosen Maßnahme nach der Wirtschaftlichkeit zu fragen. Wirtschaftlichkeit verlangt definitionsgemäß einen Ertrag, zu dem der Aufwand ins Verhältnis gesetzt werden kann. Einer wirkungslosen Maßnahme fehlt der Ertrag aber gerade.⁸

Ist effiziente Ressourcenallokation das Ziel, gilt es, ineffiziente Ressourcenallokationen zu vermeiden. Ineffiziente Ressourcenallokationen können auf viele verschiedene Weisen entstehen. Eine Ursache ineffizienter Ressourcenallokationen sind externe Effekte. Haftungsregeln sind, ökonomisch gesehen, die Antwort auf externe Effekte. Externe Effekte entstehen, wenn eine Entscheidung ausklammert, welche Kosten und Erträge sie bei anderen hervorrufen wird. Die Fehlallokation, die externe Effekte hervorrufen können, lässt sich dementsprechend verhindern, indem die Kosten und Erträge der anderen zu Kosten und

⁶ *Gröpl*, in: Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, 3. Aufl. 2007, § 121 Rn. 9; *Schmidt-Aßmann*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht, 1998, S. 245 (246); vgl. *Eucken*, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, 7. Aufl. 2004, S. 352.

⁷ *v. Arnim*, Wirtschaftlichkeit als Rechtsprinzip, 1988, S. 51; *Bogumil/Jann*, Verwaltung und Verwaltungswissenschaft, 2. Aufl. 2009, S. 55; *Mathis*, Effizienz statt Gerechtigkeit?, 3. Aufl. 2009, S. 219 Fn. 20.

⁸ Mathematisch gesprochen: Durch einen Ertrag von null zu teilen, wie es der Begriff der Effektivität verlangen würde, ist ausgeschlossen. Dass die Frage nach der Wirtschaftlichkeit einen Ertrag größer als null voraussetzt, ist intuitiv plausibel für die – in der Tat: sinnlose – Aussage, es sei (un)wirtschaftlich, ohne Aufwand keinen Ertrag zu erzielen. Dagegen erscheint mir die Aussage, es sei unwirtschaftlich, mit hohem Aufwand keinen Ertrag zu erzielen, zuzutreffen.

Erträgen des Entscheiders werden. Das ist die Internalisierung des externen Effekts. Ein Mittel dafür sind Haftungsansprüche auf Schadensersatz.⁹

Dass die Rechtsordnung diese ökonomisch relevanten Ansprüche kennt, wirft die Frage nach dem Verhältnis von Recht und Ökonomie auf. Über die Frage lässt sich trefflich streiten.¹⁰ Drei Positionen erscheinen denkbar: der Vorrang der Ökonomie, der Vorrang des Rechts und eine vermittelnde Meinung. Die Juristin und Ökonomin *Anne van Aaken* hat beobachtet, dass Ökonomen und Juristen wechselseitig den Vorrang der jeweils eigenen Disziplin behaupteten.¹¹ Ökonomen beanspruchten den Vorrang der Ökonomie, weil die Jurisprudenz mit juristischen Methoden an Grenzen gestoßen sei und daher besser zu ökonomischen Methoden überginge.¹² Juristen dagegen verteidigen das Recht gegen den »allumfassenden«, um nicht zu sagen: »imperialistischen«¹³ Ansatz ökonomischer Analyse^{14,15} Man kann den Konflikt

⁹ Vgl. nur *Dari-Mattiacci/Garoupa/Gómez-Pomar*, *European Review of Private Law* 2010, S. 773 (775); *C. Kirchner/Koch*, *Analyse & Kritik* 11 (1989), S. 111 (117 f.); *C. Kirchner*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, 1996, S. 63 (66, 74); *Luhmann*, *Öffentlich-rechtliche Entschädigung rechtspolitisch betrachtet*, 1965, S. 18; *Oebbecke*, *DVB* 2009, 1152 (1156); *Salje*, *Rechtstheorie* 15 (1984), S. 277 (284 f.); *Schweizer*, in: FS v. Weizsäcker, 2003, S. 45 (45 f., 47, 56 f.); *Weigel*, *Rechtsökonomik*, 2003, S. 40, 63 f.

¹⁰ Siehe nur die Kontroverse zwischen *Fezer*, *JZ* 1986, S. 817 ff., *JZ* 1988, S. 223 ff. und *Ott/H.-B. Schäfer*, *JZ* 1988, S. 213 ff.

¹¹ *van Aaken*, in: Bungenberg u.a. (Hrsg.), *Recht und Ökonomik*, 2004, S. 1 (3).

¹² Vgl. vor allem *R. A. Posner*, *Harv. L. Rev.* 100 (1987), S. 761 (766 ff., insb. 778) und schon früh *Holmes*, *Harv. L. Rev.* 10 (1897), S. 457 (469); hierzulande etwa *Adams*, *Jura* 1984, S. 337 (337); *ders.*, *Ökonomische Theorie des Rechts*, 2. Aufl. 2004, S. 12 f., 21; *Laudenklos*, in: Rückert (Hrsg.), *Neuere Methodik*, 1997, S. 291 (308 f.); *v. Weizsäcker*, in: Neumann (Hrsg.), *Ansprüche, Eigentums- und Verfügungsrechte*, 1984, S. 123 (150).

¹³ Krit. zur Eigenbezeichnung als »imperiale Wissenschaft« *C. Kirchner*, *Ökonomische Theorie des Rechts*, 1997, S. 12 m.w.N.; vgl. auch *dens.*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann, *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, 1996, S. 63 (72) m.w.N.; den »Imperialismus der Ökonomie« behandeln etwa auch *van Aaken*, in: Bungenberg u.a. (Hrsg.), *Recht und Ökonomik*, 2004, S. 1 (31), *Adams*, *Jura* 1984, S. 337 ff. (fragend) und *Eidenmüller*, *JZ* 2005, S. 213 (224); als wechselseitig beschreiben den Vorwurf *N. Petersen/Towfigh*, in: Towfigh/N. Petersen, *Ökonomische Methoden im Recht*, 2010, S. 1 (2); er ist auch unter Ökonomen anzutreffen, vgl. *Göbel*, *Neue Institutionenökonomik*, 2002, S. VIII.

¹⁴ Von ökonomischer Analyse handeln etwa *Calabresi*, *The Costs of Accidents. A Legal and Economic Analysis*, 1970; *Kötz*, *ZVersWiss* 1993, S. 57 ff., *R. A. Posner*, *Economic Analysis of Law*, 1. Aufl. 1972, 8. Aufl. 2011, *Rühl*, in: Krüper (Hrsg.), *Grundlagen des Rechts*, 2011, § 11 Rn. 1 f., und *H.-B. Schäfer/Ott*, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, 1. Aufl. 1986, 4. Aufl. 2005; von ökonomischer Theorie beispielsweise *Janson*, *Ökonomische Theorie im Recht*, 2004; *C. Kirchner*, *Ökonomische Theorie des Rechts*, 1997, S. 5 f. m.w.N., und *Schwintowski*, *Ökonomische Theorie des Rechts*, *JZ* 1998, S. 581 (581).

¹⁵ *Rittner*, *Die sogenannte wirtschaftliche Betrachtungsweise*, 1975, S. 47 (»keinen wesentlichen Nutzen«; »Leerformel«); *Fezer*, *JZ* 1986, S. 817 (819, 824) (»Universalitätsanspruch« bzw. »Irrweg«); *Fezer*, *JZ* 1988, S. 223 (223 f., 226).

zuspitzen:¹⁶ Das Recht sei effizient, sagen die Ökonomen.¹⁷ »Nein, gerecht!«, antworten die Juristen.¹⁸

Für *van Aakens* Beobachtung der Argumentation *pro domo* spricht, sozusagen auf der Meta-Ebene, selbst ein ökonomischer Grund. Es dürfte im Eigeninteresse der Juristen liegen, den Vorrang des Rechts zu behaupten. So verteidigen sie ihre Domäne gegen Landnahmen der Ökonomie. Umgekehrt dürfte es im Eigeninteresse (juristisch interessierter) Ökonomen liegen, den Vorrang der Ökonomie zu behaupten. So gewinnen sie auf rechtswissenschaftlichem Gelände Terrain.

II. Betrachtung einer Fallstudie nach *Posner*

Gleichwohl bin ich unsicher, ob die Beobachtung zutrifft. Mir sind jedenfalls nicht viele Wissenschaftler begegnet, die einen Vorrang der Ökonomie gegenüber dem Recht behauptet haben.¹⁹ Einen sehr prominenten Vertreter dieser Position gibt es: *Richard A. Posner*.²⁰ Der Bundesrichter, Juraprofessor und »lawyer economist«²¹ aus Chicago gilt als »die zentrale Figur und ein wichtiger Vorkämpfer der Ökonomischen Analyse des Rechts«²², ist der mit Abstand meistzitierte Rechtswissenschaftler der Vereinigten Staaten von Amerika²³ und wird mit *Rudolf von Jhering* verglichen²⁴. *Posner* bildete einst den Fall eines Autofahrers, der in einer verkehrskritischen Situation die Wahl habe, entweder 100.000 Schafe zu überfahren oder ein Kind.²⁵

Dieses »hypothetical« lässt sich ökonomisch, juristisch oder lebenspraktisch analysieren. Meine Frau zum Beispiel hat mich gefragt, wie ein Autofahrer 100.000 Schafe auf einen Streich überfahren kann. Ich wusste keine Antwort. Akzeptiert man den Fall gleichwohl, etwa auf einer metaphorischen

¹⁶ *van Aaken*, in: Bungenberg u.a. (Hrsg.), *Recht und Ökonomik*, 2004, S. 1 (3); vgl. auch *Mathis*, *Effizienz statt Gerechtigkeit?*, 3. Aufl. 2009.

¹⁷ Vgl. in dieser Richtung v. *Weizsäcker*, in: Neumann (Hrsg.), *Ansprüche, Eigentums- und Verfügungsrechte*, 1984, S. 123 (150).

¹⁸ Vgl. nur *Fezer*, *JZ* 1986, S. 817 (823 f.); *dens.*, *JZ* 1988, S. 223 (227 f.); *Towfigh*, in: *Towfigh/N. Petersen*, *Ökonomische Methoden im Recht*, 2010, S. 23 (32).

¹⁹ Vgl. die Nachweise unten § 4 Fn. 13 ff. (S. 26 ff.).

²⁰ Jedenfalls früher; zu den Wendungen, die seine Ansicht zum Verhältnis von Recht und Ökonomie nahm, vgl. zusammenfassend *Mathis*, *Effizienz statt Gerechtigkeit?*, 3. Aufl. 2009, S. 167 ff., 206 f.

²¹ *Coleman*, *Markets, Morals and the Law*, 1988, S. xii.

²² *Mathis*, *Effizienz statt Gerechtigkeit?*, 3. Aufl. 2009, S. 166.

²³ *Shapiro*, *J. Legal Stud.* 29 (2000), S. 409 (415, 424 f.) (Stand: Januar 1999). Es ist hier nicht der Ort, um über den Zusammenhang zwischen der Plausibilität einer These und der Zahl der Zitate dieser These zu spekulieren.

²⁴ *Assmann/C. Kirchner/Schanze*, in: dies. (Hrsg.), *Ökonomische Analyse des Rechts*, 1993, S. IX (XIII).

²⁵ *R. A. Posner*, *J. Legal Stud.* 8 (1979), S. 103 (133).

Ebene²⁶, und geht ihn ökonomisch an, ist zunächst der Wert der Schafe gegenüber dem des Kindes zu bestimmen. Freilich fällt es schwer, den Wert eines Menschenlebens zu quantifizieren.²⁷ Während manche eine Monetarisierung generell ablehnen,²⁸ berechnen andere den Schadensersatz im Todesfall auf Heller und Pfennig²⁹. *Posner* vermeidet die Schwierigkeit mit einer Setzung: dass die Tiere zusammen mehr wert seien als ein Menschenleben jemals wert sein könne.³⁰ Unter dieser Annahme sinnt *Posner* dem Autofahrer an, besser das Kind zu überfahren; die wertvollen Schafe zu schonen steigere die gesamtgesellschaftliche Wohlfahrtsbilanz.³¹ Wer den Tod des Kindes wähle, sei ein guter Mensch, jedenfalls kein schlechter, und eine Abwägung zu Lasten des Menschenlebens und zu Gunsten des Eigentums weder außergewöhnlich noch unmoralisch; nur der Fanatiker, so *Posner* wörtlich übersetzt, könne sie ablehnen.³²

Posners Lösung scheint mir selbst bei ökonomischer Betrachtung zweifelhaft. Zum einen greift sie zu kurz, weil sie nur die geldwerten Bedürfnisse berücksichtigt («money value»³³). Doch darauf lässt sich die Ökonomie nicht reduzieren. Sie vermag eine effiziente Bedürfnisbefriedigung auch dann zu organisieren, wenn andere als finanzielle Kriterien die Bedürfnisse quantifizieren.³⁴ Davon geht auch *Posner* aus, etwa wenn er die Sexualität ökonomisch betrachtet.³⁵

²⁶ *Posners* Punkt veranschaulichen Abwandlungen: Man nehme keine 100.000 Schafe, sondern wertvollere Tiere (weiße Tiger, seltene Siamkatzen, begehrte Zuchtfische), von denen viel weniger Exemplare nötig sind, und statt eines Autofahrers einen Piloten, der die Tiere geladen hat, oder einen Gesetzgeber, der zwischen Tier- und Menschenleben nach Geldwert abwägt.

²⁷ Vgl. *Fehling*, in: FS Karsten Schmidt, 2011, S. 39 (55 ff.).

²⁸ *Cohen*, UTLJ 40 (1990), S. 213 (239); vgl. *Schramm*, Haftung für Tötung, 2010, S. 233 f., 405.

²⁹ *Landes/R. A. Posner*, Economic Structure of Tort Law, 1987, S. 187 ff.; *Landenklos*, in: Rückert (Hrsg.), Neuere Methodik, 1997, S. 291 (306 f.); *H.-B. Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 4. Aufl. 2005, S. 375 («Wert der Todesverhütung» betrage das 44-Fache des Bruttosozialprodukts pro Kopf, also hierzulande zwischen ein und zwei Mio. Euro); vgl. auch noch *Schmidtchen*, in: Grözinger/Matiaske (Hrsg.), Jahrbuch Ökonomie und Gesellschaft 22 (2010), S. 197 ff.; zur Rechtslage § 844 Abs. 1 und 2 BGB (Kosten der Beerdigung bzw. Ersatz in Höhe allfälliger Unterhaltsansprüche).

³⁰ *R. A. Posner*, J. Legal Stud. 8 (1979), S. 103 (133) («worth in the aggregate more than any money value that can reasonably be ascribed to the child»).

³¹ Es dürfte ein solcher »schiere[r] Nutzenmaximierer« sein, der einen der schärfsten Kritiker ökonomischer Analyse »als Juristen schaudern« ließ, nämlich *Fezer*, JZ 1986, S. 817 (822). Dessen Antagonisten, *Ott/H.-B. Schäfer*, JZ 1988, S. 213 (218), nennen das ein »unschuldige[s] Vergnügen«, an dem »niemand gehindert werden« solle.

³² *R. A. Posner*, J. Legal Stud. 8 (1979), S. 103 (133) («must not the economist regard the driver as a good man, or at least not a bad man, when he decides to sacrifice the child? My answer is yes ...»; «Only the fanatic refuses to trade off lives for property ...»).

³³ *R. A. Posner*, J. Legal Stud. 8 (1979), S. 103 (133).

³⁴ Vgl. nur *Mathis*, Effizienz statt Gerechtigkeit?, 3. Aufl. 2009, S. 31 f.; *Stelmach*, in: FS Reiner Schmidt, 2006, S. 597 (604).

³⁵ *R. A. Posner*, Economic Analysis of Law, 6. Aufl. 2003, S. 6 («Sex is an economic activity too. The search for a sexual partner (as well as the sex act itself) takes time and thus imposes

Seine Analyse im Autofahrer-Fall bleibt also in einem wichtigen Punkt unvollständig: Sie lässt außer Acht, welchen Schmerz der Tod dem Kind samt dessen Angehörigen bereitet und dass dieser Schmerz das Leid des Eigentümers der Schafe übersteigen dürfte. Zum anderen anerkennt die ökonomische Analyse selbst, dass manche Rechte einer Effizienzbetrachtung von vornherein entzogen sind, nämlich die von der Ökonomie so genannten liberalen Rechte.³⁶ Das sind Rechte, deren Ausübung nicht von einer Abwägung mit kollidierenden Interessen anderer abhängt.³⁷ Bestimmt man die liberalen Rechte, ökonomischen Analysten folgend, juristisch³⁸ und akzeptiert man die Rechtsprechung, welche die Abwägung von Leben gegen Leben jedenfalls bei Unbeteiligten untersagt³⁹, lässt sich das Recht auf Leben als in diesem Sinn liberal begreifen. *Posners* Lösung geht dann bereits ökonomisch fehl.

Würdigen wir den Fall juristisch, lässt der Sachverhalt offen, wo die Autofahrt stattfindet. Indessen beansprucht *Posner* die Geltung seiner moralischen Position ausdrücklich für alle Zeiten und alle Orte⁴⁰. Eine umfassende Prüfung der beiden Alternativen Kinds- versus Schafstötung, die ich anderenorts durchgeführt habe,⁴¹ ergab, dass ein *Posner*-Fahrer, der das Kind überfährt, zu einer Freiheitsstrafe von fünf bis fünfzehn Jahren verurteilt würde,⁴² die Fahrerlaubnis verlöre⁴³ und Schadensersatz samt Schmerzensgeld schuldet⁴⁴. Ein Alternativ-Fahrer, der stattdessen die Tiere überfährt, müsste indes bloß den Wert der Schafe ersetzen.⁴⁵ Dieses Ergebnis gilt, obwohl die Rechtsordnung die Schafe insofern besser schützt, als dass der Tierschutz hierzulande Selbststand

a cost measured by the value of that time in its next-best use«); ebenso *ders.*, dass., 8. Aufl. 2011, S. 9 (dort freilich seit der 7. Aufl. 2007 ohne den Klammerzusatz zum »act itself«); vgl. außerdem *dens.*, *Sex and Reason*, 1994, S. 5 (»economic theory of sexuality«) und *passim*.

³⁶ *H.-B. Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 4. Aufl. 2005, S. 297; vgl. auch *Ott/H.-B. Schäfer*, JZ 1988, S. 213 (221).

³⁷ *Ott/H.-B. Schäfer*, JZ 1988, S. 213 (221); *H.-B. Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 4. Aufl. 2005, S. 297, 553.

³⁸ So offenbar *H.-B. Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse, 4. Aufl. 2005, S. 298, 553, 566, vgl. auch S. 48.

³⁹ Für staatliche Abwägungen siehe BVerfGE 39, 1 (59) und weite Teile der Lehre, Nachweise z.B. bei *Pieroth/Hartmann*, Jura 2005, S. 729 (729 f.); zurückhaltender neuerdings BVerfGE 115, 118 (163 f. vs. 127, 130, 131, 134). Für § 34 StGB siehe BGHSt 35, 347 (350) m. w. N.; *T. Fischer*, StGB, 59. Aufl. 2012, § 34 Rn. 14 f.; *Perron*, in: Schönke/H. Schröder (Hrsg.), StGB, 28. Aufl. 2010, § 34 Rn. 23 f.; dort auch zur a.A.

⁴⁰ *R. A. Posner*, J. Legal Stud. 8 (1979), S. 103 (133) (»answer ... given all the time in our (and every other) society«). Namentlich das deutsche Strafrecht gilt nicht nur für Taten im Inland, sondern gem. § 7 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 StGB auch für Körperverletzungs- und Tötungsdelikte, die in den USA gegen einen bzw. von einem Deutschen begangen wurden.

⁴¹ Vgl. *Hartmann*, ZJS 2010, S. 633 ff.

⁴² Gem. § 212 Abs. 1, § 38 Abs. 2 StGB.

⁴³ Gem. §§ 44, 69 f. StGB oder gem. § 3 Abs. 1 Satz 1 StVG.

⁴⁴ Gem. § 7 Abs. 1, § 18 Abs. 1 Satz 1, § 11 Satz 2 StVG sowie gem. § 823 Abs. 1, 2, §§ 844 f., 249 ff., 253 Abs. 2 BGB.

⁴⁵ Gem. § 7 Abs. 1, § 18 Abs. 1, § 12 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 StVG und unbegrenzt gem. § 904 Satz 2 BGB.

zugestanden bekommt. Zu der Zeit, als *Posner* sein Fallbeispiel veröffentlichte, war hierzulande das Tierschutzgesetz bereits in Kraft,⁴⁶ nicht aber § 90a BGB⁴⁷ und Art. 20a GG⁴⁸. Bei *Posner* spielt es dagegen keine Rolle, ob der Autofahrer Schafe, Schreine oder Schrauben rettet, solange der Geldwert dieser Dinge nur »any money value that can reasonably be ascribed to the child«⁴⁹ übersteigt.⁵⁰

Dass unsere Rechtsordnung dem Überfahren des Kindes deutlich missbilliger begegnet als dem Überfahren der Schafe, folgt aus der Abwägung der betroffenen Rechte.⁵¹ Das geltende Recht bewertet das Leben eines Menschen dabei auch dann höher, wenn es um Tiere geht und deren Eigentum finanziell wertvoller sei als das geschützte Leben. Diese Wertung offenbaren das Zivilrecht, das Strafrecht und das Verfassungsrecht einstimmig. Im Strafrecht benennt § 34 StGB eine Reihe von Rechten bzw. Rechtsgütern⁵². Dabei steht das Leben an der Spitze und das Eigentum am Ende.⁵³ Strafrechtlich entschuldigt der Notstand nur bei einer Gefahr für das Leben (den Leib und die Freiheit), nicht aber für das Eigentum⁵⁴. Das Strafgesetzbuch sieht das Eigentum, nicht aber das Leben als verzichtbar an und verteidigt dieses daher sogar gegen die Lebensmüdigkeit des Rechteinhabers selbst⁵⁵. Überhaupt sind Mord und Totschlag mit lebenslänglicher bzw. zeitiger Freiheitsstrafe zwischen fünf und fünfzehn Jahren bedroht, während Sachbeschädigung und Tiertötung lediglich eine Geldstrafe oder eine Freiheitsstrafe von bis zu zwei bzw. drei Jahren nach sich ziehen.⁵⁶ Bei der Strafrahenobergrenze von drei Jahren Freiheitsstrafe

⁴⁶ TierSchG v. 24.07.1972 (BGBl. I S. 1277), in Kraft gem. dessen § 23 S. 1 seit dem 01.10.1972; die Freiheitsstrafe begrenzte § 17 TierSchG damals noch auf zwei Jahre. Die Erhöhung auf drei Jahre erfolgte durch Gesetz zur Änderung des Tierschutzgesetzes v. 25.05.1998 (BGBl. I S. 1094, 1102), in Kraft gem. dessen Art. 3 S. 1 seit dem 01.06.1998.

⁴⁷ Eingefügt zum 01.09.1990 durch Art. 1 Nr. 1 und 2 des Gesetzes zur Verbesserung der Rechtsstellung des Tieres im bürgerlichen Recht v. 20.08.1990 (BGBl. I S. 1762).

⁴⁸ Art. 20a zunächst noch ohne Tierschutz eingefügt zum 15.11.1994 durch Art. 1 Nr. 2 des Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes v. 27.20.1994, BGBl. I S. 3146 (3146); Schutz auch der Tiere seit 01.08.2002 aufgrund Art. 1 des Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes (Staatsziel Tierschutz) v. 26.07.2002 (BGBl. I S. 2862).

⁴⁹ Siehe oben § 3 Fn. 30 (S. 21).

⁵⁰ *Posner* müsste an dieser Stelle darauf beharren, dass seine ökonomische Analyse zutrifft, und von dieser Position aus die Rechtslage in Deutschland als ineffizient kritisieren, weil diese individuellen Rationalitäten Anreize biete, die der gesamtgesellschaftlichen Wohlfahrt schaden. Der Fahrer dürfe nicht bestraft werden, weil er – nach *Posner* – doch ökonomisch sinnvoll handle. Der Kontinentaljurist würde dabei bleiben, dass *Posners* Analyse schon ökonomisch fehl gehe, da es keinen Widerspruch zwischen der individuellen Rationalität, die Strafe zu vermeiden, und der gesamtgesellschaftlichen Wohlfahrt, das Leben des Kindes zu erhalten, gebe, so dass die Rechtslage sehr wohl den richtigen Anreiz setze.

⁵¹ Gem. § 904 Satz 1 BGB, § 34 StGB.

⁵² Zu diesem Begriff und einer Kritik daran siehe unten § 14 II 2 a) (S. 252).

⁵³ Vgl. BGH bei *Dallinger*, MDR 1975, S. 722 (723); *T. Fischer*, StGB, 59. Aufl. 2012, § 34 Rn. 13; *Perron*, in: Schönke/H. Schröder (Hrsg.), StGB, 28. Aufl. 2010, § 34 Rn. 43.

⁵⁴ Gem. § 35 Abs. 1 Satz 1 StGB.

⁵⁵ Vgl. § 216 StGB.

⁵⁶ § 211 Abs. 1, § 212 Abs. 1, § 38 Abs. 2 StGB vs. § 303 Abs. 1 StGB und § 17 Nr. 1 TierSchG.

bleibt es sogar, wenn ein Autofahrer 100.000 Schafe auf einen Streich tötet.⁵⁷ Im Zivilrecht sehen § 823 Abs. 1, § 904 Satz 1 BGB eine Reihenfolge vor, ebenfalls mit dem Leben jeweils an der Spitze und dem Eigentum jeweils am Ende der benannten Rechte bzw. Rechtsgüter. Das Straßenverkehrsgesetz ermöglicht sogar den Vergleich von Geldbeträgen, indem es die Schadensersatzverpflichtungen der Höhe nach begrenzt. Wer Sachen beschädigt, auch mehrere, haftet für dieselbe Handlung bis zu einer Million Euro, wer dagegen einen Menschen tötet, bis zum Fünffachen dieser Summe.⁵⁸ Schließlich schützt das Grundgesetz das Recht auf Leben als Grundrecht unter Gesetzesvorbehalt gem. Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG. Die Eigentumsgewährleistung des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG steht dagegen unter der Inhalts- und Schrankenbestimmung nach Abs. 1 Satz 2 und unter der Sozialbindung nach Abs. 2 der Vorschrift. Dem Tierschutz nach Art. 20a GG weist das Grundgesetz nur den Rang einer Staatszielbestimmung zu. Das Grundgesetz bewertet das Leben des Kindes höher als den Wert der Schafe, weil es so etwas wie eine »Sozialbindung des Lebens« jedenfalls für unseren Fall nicht kennt.⁵⁹ Im Gegenteil: Dass *Posner* das Leben des Opfers auf eine pekuniäre Rechengröße reduziert (»money value«), lässt sogar nach einer Verletzung der Menschenwürdegarantie fragen.

⁵⁷ Gem. § 303 Abs. 1 StGB, § 17 Nr. 1 TierSchG, § 52 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 StGB; vgl. *T. Fischer*, StGB, 59. Aufl. 2012, § 52 Rn. 2; v. *Heintschel-Heinegg*, in: Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 2/1, 2005, § 52 Rn. 113.

⁵⁸ Gem. § 12 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 bzw. Nr. 1 Hs. 1 StVG. Zum »absoluten Wert« menschlichen Lebens vgl. noch *Jansen*, Oxf. J. Leg. Stud. 19 (1999), S. 271 (294 f.).

⁵⁹ Zu den Auffassungen in Rechtsprechung und Lehre, welche die Abwägung von Leben gegen Leben überhaupt ablehnen, siehe oben § 3 Fn. 39 (S. 22); ob den Einzelnen überhaupt eine »solidarische Einstandspflicht« treffen kann, im Interesse des Staatsganzen sein Leben »aufzuopfern«, hat BVerfGE 115, 118 (159) offen gelassen.

§ 4 Vorrang des Rechts

Dass die hiesige juristische Bewertung *Posners* Antwort eklatant widerspricht, ist der Rede wert, auch wenn *Posner* den Fall heute wohl anders beurteilte als 1979. Obwohl er seine Lösung nie »widerrufen« und seine Position, der Kritik teilweise Rechnung tragend, auch nur allgemein und nach eigenem Bekunden bloß »ein wenig« revidiert hat,¹ vertritt *Posner* seine Sache im Alter doch gemäßiger als in jungen Jahren². Unabhängig davon, ob er bei seiner Antwort bliebe, führt das Autofahrer-Beispiel jedenfalls vor Augen, dass ein Vorrang der Ökonomie die mehrheitlich geteilten Überzeugungen einer Gesellschaft verfehlen³ und zu rechtswidrigen Ergebnissen führen kann. Das Beispiel zeigt also, dass eine Gesellschaft und ihr Recht das ökonomische Ziel der effizienten Güterallokation keinesfalls ausschließlich verfolgen. Außerdem kommen beispielsweise in Betracht: die Gerechtigkeit⁴ und der soziale Ausgleich⁵, die Menschenwürde und die Rechtssicherheit⁶, die demokratische Verantwortlichkeit und die demokratische Mitwirkung⁷, aber auch gesellschaftspolitische und ethische Ziele⁸ oder »Sekundärtugenden« wie Akzeptabilität, Flexibilität und Implementierbarkeit des Rechts⁹.

¹ So *R. A. Posner*, JLEPP 2 (1985), S. 85 (85, 103 ff.) (»slightly«).

² *R. A. Posner*, *Economic Analysis of Law*, 7. Aufl. 2002, S. 13 (Effizienz nur als eines von mehreren Rechtsprinzipien), *ders.*, *Law, Pragmatism, and Democracy*, 2005, S. 78 (»It has been many years since I flirted with [...] an approach«, nach dem das Recht der Ökonomie zu folgen habe); vgl. *Lepsius*, *Verwaltungsrecht unter dem Common Law*, 1997, S. 32; *Mathis*, *Effizienz statt Gerechtigkeit?*, 3. Aufl. 2009, S. 167 ff., 206 f., und *Mestmäcker*, *A Legal Theory without Law: Posner v. Hayek on Economic Analysis of Law*, 2007, S. 19, jeweils m. w. N.

³ Den »fundierte[n] allgemeinen Gerechtigkeitsvorstellungen der Gemeinschaft« gewährt BVerfGE 34, 269 (287) (neben der »praktischen Vernunft«) sogar lückenschließende Direktionskraft und damit normative Relevanz.

⁴ *van Aaken*, »Rational Choice« in der Rechtswissenschaft, 2003, S. 337; *Mathis*, *Effizienz statt Gerechtigkeit?*, 3. Aufl. 2009, S. 232.

⁵ *C. Kirchner/Koch*, *Analyse & Kritik* 11 (1989), S. 111 (120 f.); vgl. *Sadowski*, in: *ders./Walwei* (Hrsg.), *Ökonomische Analyse des Arbeitsrechts*, 2002, S. 3 (5) (»Einer dieser Werte ...«; dort mit Hervorhebung).

⁶ *Eidenmüller*, *Effizienz als Rechtsprinzip*, 3. Aufl. 2005, S. 273.

⁷ *Rose-Ackerman*, *European Journal of Law and Economics* 1 (1994), S. 53 (53) (Ziele »such as democratic accountability and participation, which do not fit into an efficiency framework«).

⁸ Beides bei *Engel*, in: *Homo oeconomicus* 11 (1994), S. 143 (147).

⁹ So jedenfalls *Hoffmann-Riem/Aßmann/Voßkuhle*, Vorwort zur ersten Auflage, in: *dies.* (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts I*, 2. Aufl. 2012, S. IX (»Zielwerte«).

Wenn das Recht die effiziente Ressourcenallokation nicht zum Maß nehmen muss, sondern auch nichtökonomische Ziele verfolgen darf und das sogar auf ineffiziente Weise, dann folgt daraus, dass ein Spielraum rechtlicher Gestaltung existiert, der nicht nach ökonomischen Kriterien ausgefüllt werden muss¹⁰. Das ist der Vorrang des Rechts gegenüber der Ökonomie¹¹, man könnte auch sagen: das Primat der Politik gegenüber der Wirtschaft oder, mit wieder anderen Worten, die »Rechtsakzessorietät« der Ökonomie¹².

Den Vorrang des Rechts anerkennen Ökonomen wie Juristen. *Schäfer/Ott*, die hierzulande das erste Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Rechts verfasst haben, sehen die Wertungen der ökonomischen Analyse des Rechts nicht »auf der gleichen Ebene ... wie juristisch normative Aussagen«. ¹³ Sie akzeptieren den Vorrang des Rechts, auch wenn sie die ökonomische Analyse des Rechts eine »Gerechtigkeitstheorie« nennen: Das positive Recht gelte und binde auch dort, wo es »im Widerspruch zu ökonomischer Rationalität« stehe.¹⁴ Viele Ökonomen anerkennen, dass das Recht anderes als ökonomische Effizienz im Sinn haben darf.¹⁵ Selbst *Posner* hat den Vorrang des Rechts längst eingeräumt.¹⁶ Juristen vertreten – soweit ersichtlich: ausnahmslos –, dass es keinesfalls einen generellen Vorrang ökonomischer Effizienz geben könne.¹⁷ Der Staatsrechtler *Peter Häberle* hat den Ökonomen auf der Baseler Tagung des *Vereins für Socialpolitik* zugerufen: »Es gibt Grenzen für eine Ökonomisierung der Rechtsverhältnisse, sie liegen in den Wertsetzungen der Verfassung!«¹⁸ Und: »Die ›ökono-

¹⁰ Vgl. *Fleischer/Zimmer*, in: dies. (Hrsg.), *Effizienz als Regelungsziel im Handels- und Wirtschaftsrecht*, 2008, S. 9 (24); *Kirchgässner*, *Homo Oeconomicus. Economic Model of Behaviour*, 2008, S. 271; *Lepsius*, *Die Verwaltung* 32 (1999), S. 429 (444).

¹¹ Vgl. *v. Arnould*, in: *Funke/Lüdemann* (Hrsg.), *Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie*, 2009, S. 65 (102 f.); *Grzeszick*, *JZ* 2003, S. 647 (651); *Hoffmann-Riem*, in: *ders./Schmidt-Aßmann* (Hrsg.), *Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht*, 1998, S. 11 (27); *Lepsius*, *Die Verwaltung* 32 (1999), S. 429 (443 f.); *Friedrich Müller/Christensen*, *Juristische Methodik*, Bd. I, 10. Aufl. 2009, Rn. 238, 437; *Sacksofsky*, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts II*, 2008, § 40 Rn. 110; *Waldhoff*, *Der Staat* 38 (1999), S. 625 (630) (bezogen auf die Verfassung).

¹² Vgl. *Kahl*, *Die Verwaltung* 42 (2009), S. 463 (494).

¹³ *Ott/H.-B. Schäfer*, *JZ* 1988, S. 213 (214).

¹⁴ *Ott/H.-B. Schäfer*, *JZ* 1988, S. 213 (214 f.); vgl. auch *Stelmach*, in: *FS Reiner Schmidt*, 2006, S. 597 (603, 606).

¹⁵ *Calabresi*, *Cost of Accidents*, 1970, S. 18; *Ott/H.-B. Schäfer*, *JZ* 1988, S. 213 (219); vgl. *Schweizer*, in: *Franz/H. Hesse/Ramser/Stadler* (Hrsg.), *Ökonomische Analyse von Verträgen*, 2000, S. 112 (114).

¹⁶ *R. A. Posner*, *JLEPP* 2 (1985), S. 85 (90 bzw. 103 f.); *ders.*, *Economic Analysis of Law*, 8. Aufl. 2011, S. 18 f.

¹⁷ Vgl. nur *van Aaken*, in: *dies./Schmid-Lübbers*, *Beiträge zur ökonomischen Theorie im Öffentlichen Recht*, 2003, S. 89 (114); *Felix Müller*, in: *Buckel/Christensen/Fischer-Lescano* (Hrsg.), *Neue Theorien des Rechts*, 2. Aufl. 2009, S. 350 (370) (jedenfalls gegenüber normativen »Grundwerten des Rechts«).

¹⁸ *Häberle*, in: *Neumann* (Hrsg.), *Ansprüche, Eigentums- und Verfügungsrechte*, 1984, S. 63 (71); in der Sache ebenso beispielsweise die Juristen *Michelman*, *J. Legal Stud.* 9 (1980), S. 431 (453 ff.), und *Reiner Schmidt*, *Öffentliches Wirtschaftsrecht – Allgemeiner Teil*, 1990, S. 47.

mische Analyse des Rechts« darf nicht die juristische Arbeit am Recht ersetzen wollen!«¹⁹ Ökonomische Optimierungen kommen also nur insoweit in Frage, wie das Recht Raum zur Optimierung lässt.²⁰ Es gilt, wenn nicht das »normative Primat der Rechtswissenschaft«²¹, dann aber das normative Primat des Rechts²².

Rechtlich gesehen gründet der Vorrang des Rechts im Rechtsstaats-²³ und im Demokratieprinzip²⁴. Das Rechtsstaatsprinzip unterwirft die Gesetzgeber wie -anwender dem Recht und dem Gesetz gem. Art. 20 Abs. 3, Art. 97 Abs. 1 GG. Das Demokratieprinzip überlässt es dem Volk, direkt (im Weg der Volksgesetzgebung) oder indirekt (durch die Abgeordneten in den Parlamenten) festzulegen, welche Ziele auf welche Weise verfolgt werden. Entscheidet sich der Gesetzgeber also dafür, ein anderes Ziel als effiziente Güterallokation zu verfolgen, dann ist das – in den Grenzen der Verfassung – zulässig, und dann ist es dieses andere und nicht das ökonomische Ziel, das den Rechtsanwender bindet. Die Entscheidung, inwieweit das Recht ökonomische oder andere Ziele verfolgen will, trifft also der Rechtsetzer (sei es der Verfassungs-, sei es der einfache Gesetzgeber), nicht der Rechtsanwender. »Effizienz hat keinen Vorrang vor Demokratie«,²⁵ sondern ist Maßstab nur nach Maßgabe des Rechts²⁶, mögen dessen »allokative Auswirkungen noch so fatal«²⁷ sein. Eine – wie beschrie-

¹⁹ Häberle, in: Neumann (Hrsg.), Ansprüche, Eigentums- und Verfügungsrechte, 1984, S. 63 (89); in der Sache ebenso etwa Sobota, Prinzip Rechtsstaat, 1997, S. 176.

²⁰ Schlink, in: Albert/Luhmann/Maihofer/Weinberger (Hrsg.), Rechtstheorie, 1972, S. 322 (333, 342); Rose-Ackerman, European Journal of Law and Economics 1 (1994), S. 53–70 (59; vgl. aber auch S. 64, wonach Gerichte Parlamentsgesetze bereits dann aufheben können sollen, wenn das Parlament deren Ausführung und Anwendung durch Unterfinanzierung nachhaltig sabotiert). Fundamentalkritik dagegen bei Fezer, JZ 1986, S. 817 (817 ff.), bei dems., JZ 1988, S. 223 (223 ff.), und bei Haltern, in: FS Reiner Schmidt, 2006, S. 693 (696).

²¹ C. Kirchner/Koch, Analyse & Kritik 11 (1989), S. 111 (122); ähnlich Jansen, in: Micklitz/Cafaggi (Hrsg.), European Private Law, 2010, S. 147 (158).

²² Vgl. Gröpl, VerwArch 93 (2002), S. 459 (466 f.).

²³ Vgl. nur Gröpl, VerwArch 93 (2002), S. 459 (467 f.).

²⁴ Möllers, DÖV 2000, S. 667 (670); ders., in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts I, 2. Aufl. 2012, § 3 Rn. 45.

²⁵ Möllers, DÖV 2000, S. 667 (670); vgl. Kirchgässner, Homo Oeconomicus. Ökonomisches Modell individuellen Verhaltens, 3. Aufl. 2008, S. 304; ders., Homo Oeconomicus. Economic Model of Behaviour, 2008, S. 271.

²⁶ Buchanan, Va. L. Rev. 60 (1974), S. 483 (489 ff.); Calabresi, Cost of Accidents, 1970, S. 19 f.; Engel, in: Homo oeconomicus 11 (1994), S. 143 (147); P. Kirchhof, NVwZ 1983, S. 505 (505); Koriath, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts III, 2009, § 44 Rn. 1 (S. 85 f.); Lepsius, Steuerungsdiskussion, Systemtheorie und Parlamentarismuskritik, 1999, S. 72 (mit weitergehender Kritik); Morlok, in: Engel/Morlok (Hrsg.), Öffentliches Recht als ein Gegenstand ökonomischer Forschung, 1998, S. 1 (17 ff., 25 f.); Pietzcker, VVDStRL 41 (1983), S. 193 (196 f.); Schulze-Fielitz, in: ders. (Hrsg.), Staatsrechtslehre als Wissenschaft, in: Die Verwaltung, Beiheft 7, 2007, S. 11 (24); vgl. aber auch Pitschas, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts II, 2008, § 42 Rn. 121.

²⁷ Fleischer/Zimmer, in: dies. (Hrsg.), Effizienz als Regelungsziel im Handels- und Wirtschaftsrecht, 2008, S. 9 (24) m. w. N.; vgl. auch van Aaken, »Rational Choice« in der Rechtswissenschaft, 2003, S. 337.

ben als nachrangig disziplinierte – ökonomische Analyse des Rechts braucht, so meine ich, den Vorwurf »prinzipielle[r] Unvereinbarkeit« mit »den Aufgaben des Rechts« oder gar mit »freiheitlichem Rechtsdenken«²⁸ so gesehen nicht auf sich zu beziehen.²⁹

Gegen diese Begründung sticht nicht der Einwand, das Verhältnis von Ökonomie und Recht könne kaum mit rechtlichen Argumenten geklärt, sondern es müsse ein dritter, ein äußerer oder höherer, jedenfalls aber neutraler Standpunkt bezogen werden, ein archimedischer Punkt sozusagen, gelegen sowohl außerhalb des Rechts als auch außerhalb der Ökonomie. Denn das Prinzip der Demokratie ist nicht nur ein juristisches, sondern auch ein politisches, ein staats-theoretisches, ein philosophisches und ein historisches Argument und liegt, so gesehen, bereits außerhalb von Recht und Ökonomie. Das Prinzip der Demokratie hat freilich nicht notwendig identische Inhalte, je nachdem, ob es juristisch, politisch, staats-theoretisch, philosophisch oder historisch begriffen wird. Aber in seinem Kern, um den es hier allein geht, dürfte weitgehend Übereinstimmung herrschen. Folgt man den Vorrang des Rechts aus dem Prinzip der Demokratie, gilt der Vorrang nicht nur für Grundrechte oder sonstige herausgehobene »Grundwerte« des Rechts,³⁰ sondern für jede Wertung, die die Verfassung dem Gesetzgeber und die der Gesetzgeber dem Rechtsanwender vorgibt. Systemtheoretisch gilt ohnehin, dass »[d]as Recht selbst bestimmt, was die Grenzen des Rechts sind, ... was zum Recht gehört und was nicht«³¹.

Auch wenn dem Recht also Vorrang gegenüber der Ökonomie zukommt, verlangen aktuelle Beiträge aus beiden Disziplinen immerhin die Berücksichtigung ökonomischer Argumente. Die Neue Politische Ökonomie überträgt den Gedanken des *homo oeconomicus*³² vom privaten in den öffentlichen Bereich, denkt auch den handelnden »Bürokraten«³³ als Eigennutzenmaximie-

²⁸ Vgl. Fezer, JZ 1986, S. 817 (822 bzw. 823) (letzteres Zitat dort mit Hervorhebung).

²⁹ Gegen einen grundsätzlichen Gegensatz etwa Ladeur, RabelsZ 64 (2000), S. 60 (93); Magen, in: Towfigh u.a., Recht und Markt, 2009, S. 9 (12 f.).

³⁰ Siehe das Häberle-Zitat oben § 4 Fn. 18 (S. 26).

³¹ Lubmann, Recht der Gesellschaft, 1995, S. 15; rechtshistorische Belege bei Jansen, Making of Legal Authority, 2010, S. 20 ff.

³² Dazu nur G. S. Becker, Der ökonomische Ansatz zur Erklärung menschlichen Verhaltens, 2. Aufl. 1993, S. 3 ff.; Kirchgässner, Homo Oeconomicus. Ökonomisches Modell individuellen Verhaltens, 3. Aufl. 2008, S. 1 ff., 12 ff., 63 ff.; Gegenentwürfe etwa bei Dabrendorf, Homo Sociologicus, 1. Aufl. 1959, 17. Aufl. 2010, und bei Häberle, in: Neumann (Hrsg.), Ansprüche, Eigentums- und Verfügungsrechte, 1984, S. 63 (102) (»homo socialis«).

³³ Der abwertende – so Duden, Fremdwörterbuch, 10. Aufl. 2010, Stichwort »Bürokrat« (S. 177); vgl. auch Towfigh/N. Petersen, in: dies., Ökonomische Methoden im Recht, 2010, S. 133 (139) – Ausdruck ist nicht nur bei Autoren angelsächsischer Herkunft verbreitet, vgl. etwa Bogumil/Jann, Verwaltung und Verwaltungswissenschaften, 2. Aufl. 2009, S. 187 f., 205 (die Ableitung von einem Schimpfwort offen legend auf S. 136); Jansen, in: Micklitz/Cafaggi (Hrsg.), European Private Law, 2010, S. 147 (149); Kirchgässner, Homo Oeconomicus. Ökonomisches Modell individuellen Verhaltens, 3. Aufl. 2008, S. 116; Thieme, Einführung in die Verwaltungslehre, 1995, S. 108.

rer³⁴ und heißt deshalb auch »ökonomische Theorie der Politik«³⁵. Die Neue Verwaltungsrechtswissenschaft wählt, auch mit Blick auf die Wirtschaftswissenschaften³⁶, eine Steuerungsperspektive und begreift das Verwaltungsrecht im Allgemeinen und damit auch das öffentliche Haftungsrecht im Besonderen als »Instrument zur Bewirkung von erwünschten und zur Vermeidung von unerwünschten Folgen«³⁷, zur »Beeinflussung von Ereignisabläufen«^{38,39}. Im Mittelpunkt steht die Frage,

»welche rechtlichen Rahmenbedingungen erfüllt sein müssen, damit das Verwaltungshandeln unter Beachtung der tief greifenden Einwirkungen des Europarechts und der Verfassung die inhaltlichen Vorstellungen des demokratisch legitimierten Gesetzgebers verwirklicht und bei möglichst sparsamem Ressourceneinsatz in rechtsstaatlich geordneten Bahnen sachrichtige Entscheidungen produziert werden, die beim Bürger und allen sonstigen Beteiligten auf Akzeptanz stoßen.«⁴⁰

Namentlich das Staatshaftungsrecht könne in diesem Zusammenhang, so die Überlegung, »eine effiziente Ressourcenallokation gewährleisten«. Es verwirkliche nicht nur »das berechnete Kompensationsinteresse des geschädigten Bür-

³⁴ Seit *Downs*, *An Economic Theory of Democracy*, 1957, S. 51 ff. und passim = *ders.*, *Ökonomische Theorie der Demokratie*, 1968; vgl. *Göbel*, *Neue Institutionenökonomik*, 2002, S. 37 mit S. 1; *Kirchgässner*, *Homo Oeconomicus. Ökonomisches Modell individuellen Verhaltens*, 3. Aufl. 2008, S. 108 ff., vgl. auch S. 105 ff.; *C. Kirchner*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann, *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, 1996, S. 63 (79); *Kirsch*, *Neue Politische Ökonomie*, 5. Aufl. 2004, S. 352; *N. Petersen/Towfigh*, in: Towfigh/N. Petersen, *Ökonomische Methoden im Recht*, 2010, S. 1 (2 f.); sowie zu Ausdifferenzierungen siehe *Eidenmüller*, *Effizienz als Rechtsprinzip*, 3. Aufl. 2005, S. 5; *Erlei/Leschke/Sauerland*, *Neue Institutionenökonomik*, 2. Aufl. 2007, insb. S. 43 ff.; *C. Kirchner*, *Ökonomische Theorie des Rechts*, 1997, S. 11 f.; *Richter/Furubotn*, *Neue Institutionenökonomik*, 4. Aufl. 2010, S. 39 ff., 519 ff.

³⁵ *Bogumil/Jann*, *Verwaltung und Verwaltungswissenschaft*, 2. Aufl. 2009, S. 352.

³⁶ Vgl. nur *Gröpl*, *VerwArch* 93 (2002), S. 459 (460 f. und passim); *Kahl*, *Die Verwaltung* 42 (2009), S. 463 ff.; *Voßkuhle*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts I*, 2. Aufl. 2012, § 1 Rn. 39.

³⁷ *Voßkuhle*, *VerwArch* 92 (2001), S. 184 (194); vgl. bereits *C. Kirchner*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, 1996, S. 63 (78) (Öffentliches Recht als Steuerungsrecht »par excellence«).

³⁸ *Hoffmann-Riem*, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), *Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource*, 1997, S. 355 (358 f.). In dieser Allgemeinheit ist die Aufgabe des Rechts freilich nicht erst aus der Steuerungsperspektive, sondern schlechthin beschrieben.

³⁹ Vgl. nur *Franzius*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts I*, 2. Aufl. 2012, § 4 Rn. 37 ff.; *Masing*, a. a. O., § 7 Rn. 3; *Schuppert*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Schuppert (Hrsg.), *Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts*, 1993, S. 65 ff. »Fundamentalkritik« – so *Voßkuhle*, *VerwArch* 92 (2001), S. 184 (194 Fn. 65) – dagegen beispielsweise bei *Lepsius*, *Steuerungsdiskussion, Systemtheorie und Parlamentarismuskritik*, 1999, S. 35 ff., 52 ff.; diff. insbesondere zur Steuerungsperspektive etwa *Kahl*, *EPL* 16 (2010), S. 105 (107, 113 ff., 120 f.).

⁴⁰ *Voßkuhle*, *Die Verwaltung* 32 (1999), S. 545 (547 f.) = *ders.*, *VerwArch* 92 (2001), S. 184–215 (194 f.) (dort jeweils mit Hervorhebungen).

gers«, sondern diene »zugleich der Disziplinierung der Verwaltung«⁴¹. Die folgenden Ausführungen sollen zeigen, inwieweit die Berücksichtigung ökonomischer Argumente auch aus der herkömmlichen juristischen Perspektive, unter Beachtung des Vorrangs des Rechts, zulässig oder sogar geboten ist.⁴²

Aus dem Vorrang des Rechts folgt dabei zunächst die Kritik der vermittelnden Meinung, welche die rechtliche Bedeutung der ökonomischen Analyse nach deren positiver und normativer Ausprägung bestimmt.⁴³ Die positive Ausprägung erfasst, im Anschluss an *Weber*⁴⁴, die (empirischen) Aussagen der Ökonomik, die als »Erfahrungswissen« beschreiben, was ist.⁴⁵ Sie untersucht die ökonomische Rationalität juristischer Institutionen; als Synonym gebräuchlich ist auch »deskriptiv«.⁴⁶ Der Gegenbegriff lautet »normativ« und meint Werturteile. Normative Ökonomie beschreibt also, was sein soll, und verlangt, dass auch das Recht ökonomisch gestaltet sei.⁴⁷ Vor dem Hintergrund, dass die normative Ökonomie einen weiterreichenden (um nicht zu sagen: imperialistischeren⁴⁸) Anspruch verfolgt als die positive, vertritt die vermittelnde Meinung, dass das Recht Vorrang habe, was die Bewertungen angehe; bei Beschreibungen dagegen sei der Vorrang der Ökonomie »[w]eniger problematisch«⁴⁹.

Mir bleiben Zweifel. Auch auf beschreibende Aussagen der Ökonomie kommt es nur an, wenn das Recht sich diesen beschreibenden Aussagen öffnet. Schriebe das höherrangige Recht dem Gesetzgeber oder dem Rechtsanwender rechtmäßig vor, die Folgenberücksichtigung ganz zu lassen,⁵⁰ jedenfalls aber

⁴¹ *Höfling*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts III, 2009, § 51 Rn. 11 bzw. 56.

⁴² Dazu sogleich § 5 (S. 33 ff.).

⁴³ Die Unterscheidung ist wissenschaftstheoretisches wie ökonomisches Gemeingut, siehe nur *van Aaken*, in: Bungenberg u.a. (Hrsg.), Recht und Ökonomie, 2004, S. 1 (3); *Buchanan*, Va. L. Rev. 60 (1974), S. 483 (485); *Erlei/Leschke/Sauerland*, Neue Institutionenökonomik, 2. Aufl. 2007, S. 15 ff.; krit. *Bogumil/Jann*, Verwaltung und Verwaltungswissenschaft, 2. Aufl. 2009, S. 59.

⁴⁴ *Weber*, in: *ders.*, Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre, hrsg. von Winckelmann, 1988, S. 146 (160 f., 200).

⁴⁵ Vgl. nur *Etzioni*, Jenseits des Egoismus-Prinzips, 1994, S. 437; *R. A. Posner*, Economic Analysis of Law, 8. Aufl. 2011, S. 31 u.v.m.

⁴⁶ Vgl. nur *Hart*, in: *ders.* (Hrsg.), Essays in Jurisprudence and Philosophy, 1983, S. 123 (143); *Möllers*, DÖV 2000, S. 667 (668); ungenau *Felix Müller*, in: Buckel/Christensen/Fischer-Lescano (Hrsg.), Neue Theorien des Rechts, 2. Aufl. 2009, S. 350 (350, 359 ff.).

⁴⁷ Gegen einen normativen Anspruch ökonomischer Analyse etwa *Stelmach*, in: FS Reiner Schmidt zum 70. Geburtstag, 2006, S. 597–607 (605).

⁴⁸ Siehe oben § 3 Fn. 13 (S. 19).

⁴⁹ *Mathis*, Effizienz statt Gerechtigkeit?, 3. Aufl. 2009, S. 236; zustimmend *Lüdemann/Magen*, ZRph 2010, S. 97 (109); in der Sache ebenso *Kirchgässner*, JZ 1991, S. 104 (105); *Lindner*, JZ 2008, S. 957 (961 ff., insb. 963); *R. A. Posner*, Economic Analysis of Law, 8. Aufl. 2011, S. 31 ff.; *Schweizer*, JITE 163 (2007), S. 23 (25); vgl. auch *Britz*, Die Verwaltung 30 (1997), S. 185 (187 f.).

⁵⁰ Zur Folgenberücksichtigung im Recht und der Kritik daran siehe nur *Kabl*, Die Verwaltung 42 (2009), S. 463 (489 f.) m. w. N.; *H. H. Klein*, in: Starck (Hrsg.), Fortschritte der

nicht mehr mittels ökonomischen Werkzeugs zu betreiben (etwa weil die Verhaltensökonomik gängige Grundannahmen neoklassischer Ökonomie widerlegt hätte), sondern statt dessen soziologische, demoskopische, mathematische oder sonst welche Verfahren anzuwenden, dann gälte eben diese Vorgabe. Will sagen: Dass die beschreibende Ökonomik weniger »invasiv« auftritt, bedeutet nichts für die Frage ihrer Rechtsrelevanz. Auch gegenüber minimalinvasiven Anfragen gilt der Vorrang des Rechts: Allein das Recht entscheidet, inwieweit ökonomische Beschreibungen und Bewertungen Bedeutung erlangen.

Die ökonomische Analyse verführt in der Tat dazu, die Bindung an Gesetz und Recht auszublenden. Das zeigt exemplarisch das als »in Deutschland führend«⁵¹ bezeichnete, bereits erwähnte »Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts«. Zur Einführung in die ökonomische Analyse des Haftungsrechts analysieren die Autoren dort eine Klage gegen das Land Hessen. Der Geschädigte begehrt Schadensersatz für einen Unfall. Er trägt vor, dass sich der Unfall nicht ereignet hätte, wenn das Land nicht bloß ein Warnschild aufgestellt, sondern Wildschutzzäune errichtet hätte. Zu einer derartigen Sicherung sei das beklagte Land wegen der Dichte des Wildbestandes in dem an die Straße grenzenden Waldstück, der Zahl der durch das Wild verursachten Unfälle und des hohen Verkehrsaufkommens auf der Straße verpflichtet gewesen.⁵² *Schäfer* und *Ott* nehmen ausdrücklich die ökonomische Perspektive ein und Fragen vor diesem Hintergrund, welche Wirkungen die Rechtsentscheidung zur Folge hätte:

»Würde der Klage stattgegeben, dann müsste das Land Hessen den Schaden nicht nur in diesem Fall ersetzen, sondern auch damit rechnen, dass es in Zukunft alle derartigen Unfallschäden übernehmen muss. Dies würde zu der Überlegung führen, ob es nicht kostengünstiger ist, einen Wildschutzzaun zu bauen, der den Wildwechsel unterbindet und damit weitere Unfälle dieser Art ausschließt. Im Kern geht es hier darum, ob ein Zaun gebaut werden soll und keine Unfälle stattfinden oder aber ob die Kosten des Zauns eingespart werden und stattdessen die Unfälle hingenommen werden sollen.«⁵³

Die ökonomische Perspektive versperrt den Gedanken, dass das Land Hessen den Wildschutzzaun allein deshalb baut, weil das geltende Recht eine entsprechende Verkehrssicherungspflicht vorsieht, oder meinethalben auch nur, weil

Verfassungsgerichtsbarkeit in der Welt – Teil II, 2006, S. 143 (156); *Koch/Rüßmann*, Juristische Begründungslehre, 1982, S. 227; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 150, 231 f., 364 f.; *Lübbe-Wolff*, Rechtsfolgen und Realfolgen, Freiburg 1981; *Lubmann*, Rechtssystem und Rechtsdogmatik, 1974, S. 31 ff.; *Pawlowski*, Methodenlehre für Juristen, 3. Aufl. 1999, Rn. 688 f.; *Rüthers/C. Fischer/A. Birk*, Rechtstheorie, 6. Aufl. 2011, Rn. 330.

⁵¹ *Hoffmann-Riem*, JZ 2007, S. 645 (Fn. 61).

⁵² BGH, NJW 1989, S. 2808 (2808). Ebenfalls gegen eine Körperschaft des öffentlichen Rechts richtet sich die zweite »Musterklage«, die *H.-B. Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 4. Aufl. 2005, S. 191, ihrer Darstellung zu Grunde legen. Sie basiert auf dem Fall BGH, NJW 1972, S. 903 f.

⁵³ *H.-B. Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 4. Aufl. 2005, S. 123.

das Gericht diese Pflicht des Landes rechtskräftig festgestellt hat. Das ist umso bemerkenswerter, als dass die Autoren an anderer Stelle anerkennen, dass für die Parteien des Rechtsstreits die Feststellung des Gerichts verbindlich ist, der Beklagte sei »eine bestimmte Sicherungsvorkehrung zu treffen – beispielsweise einen Wildschutzzaun an einer durch einen Wald führenden Straße zu errichten« – verpflichtet gewesen.⁵⁴

⁵⁴ *H.-B. Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 4. Aufl. 2005, S. 181.

§ 5 Bleibende Bedeutung der Ökonomie für das Recht

I. Das Recht verhält sich zur Ökonomie

Auf drei Weisen kann sich das (vorrangige) Recht zur (nachrangigen) Ökonomie verhalten: Es kann Effizienz vorschreiben, zulassen oder ausschließen. Das sind die drei deontischen Modalitäten¹. Für jede dieser Modalitäten ist weiter zu unterscheiden nach dem Ziel, um das es dem Recht geht. Zum einen kann Effizienz in gewisser Weise selbst dieses Ziel sein. Dann ist es von Rechts wegen vorgeschrieben, zugelassen oder ausgeschlossen, das Ziel der Effizienz zu verfolgen. Ist Effizienz selbst das Ziel, betritt die Ökonomie den Plan des Rechts eigenständig, als Selbstzweck. Zum anderen kann etwas anderes als Effizienz das Ziel sein, um das es dem Recht geht. Dann ist es von Rechts wegen vorgeschrieben, zugelassen oder ausgeschlossen, dieses andere Ziel effizient zu verfolgen. Ist etwas anderes als Effizienz das Ziel, betritt die Ökonomie den Plan des Rechts instrumentell, eben um dieses andere Ziel zu erreichen, und ist Effizienz ein Mittel zum Zweck.²

Betrachten wir zunächst die erste, die deontische Unterscheidung des Vorschreibens, Zulassens oder Ausschließens. Schreibt das höherrangige Recht Effizienz vor – sei es als Selbstzweck, sei es als Mittel zum Zweck –, treten Ökonomie und Recht gar nicht erst in einen Konflikt und erscheint die Frage, wie sich »wirtschaftliches Denken mit den normativen Vorgaben und Maßstäben des Rechts verbinden« lässt,³ als unproblematisch. Wirtschaftliche Kriterien gelten dann gerade innerhalb – ja sogar: aufgrund – normativer Vorgaben und Maßstäbe des Rechts. Wir können also leitsatzartig festhalten:

¹ Vgl. zu den deontischen Grundmodalitäten des Gebots, des Verbotes und der Erlaubnis (Indifferenz) nur *R. Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, 3. Aufl. 1996, S. 43 f.; *ders.*, *VVDStRL 61* (2002), S. 7 (14); *Joerden*, *Logik im Recht*, 2. Aufl. 2010, S. 206.

² So etwa *Buchanan*, *Va. L. Rev.* 60 (1974), S. 483 (485); vgl. auch *Siekmann*, in: *Sachs* (Hrsg.), *GG*, 6. Aufl. 2011, Art. 114 Rn. 14.

³ *Sacksofsky*, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts II*, 2008, § 40 Rn. 3.

(1) Die ökonomische Analyse hat jedenfalls dann juristische Bedeutung für den Rechtsanwender, soweit das Recht die Ökonomie als Maßstab vorschreibt.⁴

Dieser Leitsatz folgt unmittelbar aus dem Vorrang des Rechts. Er teilt den Geltungsgrund mit dem spiegelbildlich formulierten Leitsatz:

(2) Die ökonomische Analyse hat keinesfalls juristische Bedeutung für den Rechtsanwender, soweit das Recht die Ökonomie als Maßstab ausschließt.⁵

Beide Leitsätze verwenden den Begriff des Rechtsanwenders. Damit meinen sie zum einen die untergeordneten Gewalten, also sowohl die Verwaltung als auch die Gerichte, und zwar jeweils sowohl als Anwender des einfachen wie als Anwender des Verfassungsrechts. Diesen Umfang bestimmt Art. 20 Abs. 3 GG. Danach sind Verwaltung und Gerichte an Gesetz und Recht einschließlich der verfassungsmäßigen Ordnung gebunden. Zum anderen meinen die Leitsätze mit dem Begriff des Rechtsanwenders aber auch die übergeordnete Gewalt, den Gesetzgeber selbst, und zwar sowohl als Gesetzgeber einfachen Rechts (vgl. Art. 70 Abs. 1, Art. 76 ff. GG und für das Landesverfassungsrecht beispielhaft Art. 65 ff. LV NRW) wie als Gesetzgeber des Verfassungsrechts (vgl. etwa Art. 79 GG), sowohl als parlamentarischen wie als Volksgesetzgeber. Wenn der Begriff des Rechtsanwenders im Sinn der Leitsätze den Gesetzgeber einschließt, soll damit allerdings nicht gesagt werden, dass der Gesetzgeber bei der Setzung einfachen Rechts die Verfassung notwendig in dem Sinn anwendete, dass er sie vollzöge, er Gesetzgebungsprogramme abarbeitete, welche die Verfassung ihm vorgäbe. Diese Fälle gibt es auch.⁶ Sie sind aber nicht allein gemeint. Außerdem und – tatsächlich: vor allem – sind jene Fälle erfasst, in denen der Gesetzgeber einfaches Recht setzt, ohne die Verfassung zu vollziehen.⁷ Wenn der Begriff des Rechtsanwenders im Sinn der Leitsätze den verfassungsändernden Gesetz-

⁴ Vgl. nur *van Aaken*, in: Bungenberg u.a. (Hrsg.), *Recht und Ökonomik*, 2004, S. 1 (21); *Buchanan*, Va. L. Rev. 60 (1974), S. 483 (489 f.); *Eidenmüller*, *Effizienz als Rechtsprinzip*, 3. Aufl. 2005, S. 452; *Fleischer/Zimmer*, in: dies. (Hrsg.), *Effizienz als Regelungsziel im Handels- und Wirtschaftsrecht*, 2008, S. 9 (24); *Grzeszick*, JZ 2003, S. 647 (650); *C. Kirchner/Koch*, *Analyse & Kritik* 11 (1989), S. 111 (111 f., 115, 120); *Rühl*, in: Krüper (Hrsg.), *Grundlagen des Rechts*, 2011, § 11 Rn. 20; *Salje*, *Rechtstheorie* 15 (1984), S. 277 (280).

⁵ Vgl. nur *Engel/Schön*, in: dies. (Hrsg.), *Proprium der Rechtswissenschaft*, 2007, S. IX (XI); *Felix Müller*, in: Buckel/Christensen/Fischer-Lescano (Hrsg.), *Neue Theorien des Rechts*, 2. Aufl. 2009, S. 350 (370); *Sobota*, *Prinzip Rechtsstaat*, 1997, S. 176; und allgemein *Pieroth*, *VerwArch* 68 (1977), S. 217 (230 f.).

⁶ Vgl. nur *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, GG, 11. Aufl. 2011, Art. 70 Rn. 22 m. w. N.

⁷ Zur Verfassung als Rahmenordnung bei Verfassungsabhängigkeit des Gesetzesrechts siehe *BremStGH*, *NVwZ-RR* 2001, S. 1 (3); *R. Alexy*, *VVDStRL* 61 (2002), S. 7 (14 f., 31) (zugleich *Grundordnung*); *Böckenförde*, *NJW* 1976, S. 2089 (2091, 2099) = *ders.*, *Staat, Verfassung, Demokratie*, 2. Aufl. 1992, S. 53 (58, 86); *P. Kirchhof*, *NJW* 1996, S. 1497 (1503); *Möllers*, *JZ* 2009, S. 668 (673); *R. P. Schenke/S. Schenke*, *NJW* 1999, S. 2573 (2573); *Schmidt-Aßmann*, *NJW* 2004, S. 1689 (1689 ff.); *Wahl*, *NVwZ* 1984, S. 401 (403); *ders.*, *Der Staat* 20 (1981), S. 485 (507).

geber einschließt, soll damit erst recht nicht gesagt werden, dass der Gesetzgeber bei der Setzung von Verfassungsrecht übergeordnetes Recht, etwa Naturrecht, anwendete. Diese Fälle gibt es nicht. Obwohl der Begriff des Rechtsanwenders mit Blick auf die erste Gewalt in diesem Sinn erklärungsbedürftig ist, erscheint seine Verwendung in den Leitsätzen förderlich. Denn indem der Begriff des Rechtsanwenders vor allem an die zweite und dritte Gewalt denken lässt, macht er den (empirisch gesehen) haftungsrechtlichen Normalfall anschaulich. Im Vordergrund steht aus dieser Sicht die Frage nach Verwaltungs- und Rechtsprechungs-, weniger nach Gesetzgebungsunrecht.

Einige Beispiele mögen die Leitsätze veranschaulichen. Dass das Recht vorschreibt (Leitsatz 1), einen ökonomischen Maßstab anzulegen (Effizienz als Ziel), geschieht nicht selten. Ein Beispiel liefert das Gebot, Haushaltsmittel wirtschaftlich zu verwenden. Das Gebot gilt von Rechts wegen, etwa für den Bund gem. Art. 114 Abs. 2 Satz 1 GG, § 6 Abs. 1, 2 HGrG, § 7 Abs. 1, 2 BHO.⁸ Es erfasst sowohl die Aufstellung als auch die Ausführung des Haushaltsplanes. Auch haushaltsrechtlich fragt Wirtschaftlichkeit nach dem Verhältnis von Aufwand (Kosten) und Ertrag (Nutzen)⁹. In diesem Sinn zerfällt der Begriff wieder in zwei Teile. Das Sparsamkeitsprinzip verlangt Kostenminimierung, d. h. ein vorgegebenes Ergebnis mit möglichst minimalen Mitteln zu erzielen (sog. Minimalprinzip). Das Ergiebigkeitsprinzip verlangt Nutzenmaximierung, d. h. mit vorgegebenen Mitteln das maximale Ergebnis zu erzielen (Maximalprinzip).¹⁰ Damit entspricht der Begriff der Wirtschaftlichkeit im haushaltsrechtlichen dem Begriff der Wirtschaftlichkeit im ökonomischen Sinn¹¹; Gleiches gilt für die Unterbegriffe des Minimal- und des Maximalprinzips.¹² Über das Wirtschaftlichkeitsgebot schreibt das Recht damit Effizienz und so ein ökonomisches – genauer: *das* ökonomische – Kriterium vor.¹³

⁸ Vgl. aus dem Landesrecht beispielhaft Art. 86 Abs. 2 Satz 1 LV NRW, § 7 Abs. 1, 2 LHO NRW, § 75 Abs. 1 Satz 2 GO NRW sowie aus der Literatur zum effektiven und schonenden Ressourceneinsatz jeweils m. w. N. nur *Bungenberg*, Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme, 2007, S. 143 ff.; *Gröpl*, Haushaltsrecht und Reform, 2001, S. 327 ff., 343 ff.; *Pünder*, Haushaltsrecht im Umbruch, 2003, S. 57 f., 64.

⁹ *Heintzen*, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), GG, Bd. 2, 6. Aufl. 2012, Art. 114 Rn. 24; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, 10. Aufl. 2009, Art. 114 Rn. 7 (beide »optimales Verhältnis«); zurückhaltender *ders.*, a. a. O., 11. Aufl. 2011, Art. 114 Rn. 7 (»angemessenes Verhältnis«); a.A. *Kube*, in: Maunz/Dürig (Begr.), GG (Stand: 64. Lieferung, Januar 2012), Art. 114 Rn. 100 (Stand: 53. Lieferung, Oktober 2008) (»Optimum ist nicht zu verlangen«).

¹⁰ Vgl. nur VV-BHO zu § 7 BHO, Abschn. 1 Abs. 2 Satz 2 f.; *Schwarz*, in: v. Mangoldt/F. Klein/Starck (Hrsg.), GG, Bd. 3, 6. Aufl. 2010, Art. 114 Rn. 87; *Siekemann*, in: Sachs (Hrsg.), GG, 6. Aufl. 2011, Art. 114 Rn. 14.

¹¹ Dazu oben § 3 I (S. 17 ff.).

¹² Vgl. *Stern*, Staatsrecht, Bd. II, 1980, S. 435 f.; *Wieland*, DVBl 1995, S. 894 (897); vgl. auch *Voßkuhle*, VerwArch 92 (2001), S. 184 (198 f.) sowie zuletzt, am Beispiel des Schulwesens, *Kalusche*, VerwArch 100 (2009), S. 145 (151 ff.).

¹³ Auch der Amtseid des Art. 56 GG, nach dem der Amtsinhaber den »Nutzen« des deutschen Volkes »mehren und Schaden von ihm wenden« werde, ließe sich hierher rechnen. Weitere Rechtsquellen des Amtseids führt § 7 Fn. 77 (S. 97) auf.

Dass das Recht vorschreibt (Leitsatz 1¹⁴), Mittel ökonomisch einzusetzen (Effizienz als Mittel zum Zweck¹⁵), geschieht regelmäßig. Es ist Vorgabe von Verfassung wegen, wenn der Staat in Grundrechte eingreift. In diesem Fall bildet das Verhältnismäßigkeitsprinzip eine Schranken-Schranke staatlichen Handelns. Gegenstand des Verhältnismäßigkeitsprinzips ist gerade das Verhältnis des (staatlicherseits verwendeten) Mittels zum (staatlicherseits vorgegebenen¹⁶) Zweck. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip verlangt insofern zunächst, dass das Mittel geeignet sei, den Zweck zu erreichen. Das ist der Fall, wenn das Mittel die Zweckerreichung nur fördert,¹⁷ genauer gesagt: wenn der Zustand, den der Staat durch das Mittel des Eingriffs schafft, und der Zustand, in dem der verfolgte Zweck als verwirklicht zu betrachten ist, in einem »durch bewährte Hypothesen über die Wirklichkeit vermittelten Zusammenhang« stehen.¹⁸ Solche Hypothesen über die Wirklichkeit formuliert und falsifiziert auch die Ökonomie.¹⁹ Der ökonomische Leitbegriff der Effizienz untersucht gerade das Verhältnis von Aufwand und Ertrag, von Mittel und Zweck, und namentlich die (positive) ökonomische Analyse des Rechts trifft Aussagen dazu, ob überhaupt und ggf. wie sehr ein Mittel taugt, einen Zweck zu erreichen. Die Eignung im Recht zählt damit zu den »Einfallstoren« empirischer Erkenntnisse.²⁰

Das Verhältnismäßigkeitsprinzip verlangt alsdann, dass das Mittel erforderlich sei. Das ist der Fall, wenn sich der Zweck der staatlichen Maßnahme nicht durch ein milderes, gleich wirksames Mittel erreichen lässt.²¹ Es kommt also darauf an, ob es ein milderes Mittel gibt, das »ebenso effektiv ist«²². In beiden Fällen, bei Geeignetheit und Erforderlichkeit, geht es um die Wirksamkeit des Mittels: bei der Geeignetheit um die Frage, ob das Mittel seinen Zweck überhaupt, und bei der Erforderlichkeit um die Frage, ob das Mittel seinen Zweck genauso

¹⁴ Siehe oben § 5, bei Fn. 4 (S. 34).

¹⁵ Siehe oben § 5, bei Fn. 2 (S. 33).

¹⁶ Genauer *Wernsmann*, NVwZ 2000, S. 1360 (1362 ff.).

¹⁷ Vgl. nur BVerfGE 30, 292 (316); 90, 145 (172); 115, 276 (308).

¹⁸ *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, 27. Aufl. 2011, Rn. 293.

¹⁹ Vgl. *Engel*, in: ders./Englerth/Lüdemann/Spiecker gen. Döhmann (Hrsg.), Recht und Verhalten, 2007, S. 362 (380); *Grzeszick*, in: Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. IV, 3. Aufl. 2006, § 78 Rn. 37; *Hilgendorf*, JZ 2010, S. 913 (920); *Lüdemann*, in: Engel/Englerth/Lüdemann/Spiecker gen. Döhmann (Hrsg.), Recht und Verhalten, 2007, S. 7 (45); *Meßerschmidt*, in: Gawel (Hrsg.), Effizienz im Umweltrecht, 2001, S. 215 (226 f.); *Towfigh/N. Petersen*, in: dies., Ökonomische Methoden im Recht, 2010, S. V; allgemein *Oebbecke*, in: Schulze-Fielitz (Hrsg.), Staatsrechtslehre als Wissenschaft, Die Verwaltung, Beiheft 7, 2007, S. 211 (214 f.).

²⁰ Metapher bei *Gusy*, JZ 1991, S. 213 (218), Beispiel bei *Glöckner/Towfigh*, JZ 2010, S. 1027 (1031) (zum Glücksspielrecht); zur Berücksichtigung des Effizienzgebots im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung vgl. noch *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 10. Aufl. 2012, Rn. 255.

²¹ Nachweise soeben in Fn. 17.

²² *Detterbeck*, Öffentliches Recht, 8. Aufl. 2011, Rn. 304 (dort mit Hervorhebungen); ebenso etwa *Sodan/Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht, 5. Aufl. 2012, § 24 Rn. 41 (»die gleiche Effektivität«).

gut wie ein anderes (milderes) Mittel erreicht. Die Wirksamkeit (Effektivität) eines Mittels zu untersuchen, sei es des gewählten, sei es des anderen (milderen) Mittels, ist (auch) eine ökonomische Aufgabe.²³ Die juristische Praxis begegnet in diesem Zusammenhang regelmäßig der Schwierigkeit, dass der Gesetzgeber seine Zielvorgabe nur selten mit der Erläuterung verbindet, ob er das Ziel um jeden Preis, so gut wie möglich, so gut wie effizient möglich oder sonst wie erreicht wissen möchte, von der Bestimmung des Verhältnisses vorgegebener Ziele untereinander oder zu anderen, konfligierenden Zielen ganz zu schweigen. Die ökonomische Analyse stellt in diesem Zusammenhang die Frage, warum die juristische Voraussetzung der Erforderlichkeit die Suche nach milderen auf die Menge »gleich wirksamer« Mittel begrenzt. Diese Ansicht zeitigt nämlich eine – aus ökonomischer Sicht: merkwürdige – Folge: Wählt der Staat ein Mittel, das nur wenig wirksamer ist als ein alternatives Mittel, genügt er den Vorgaben der Geeignetheit auch dann, wenn das gewählte Mittel viel intensiver eingreift als das alternative Mittel.²⁴ Die Unverhältnismäßigkeit der Wahl kann in diesen Fällen nur aus der Angemessenheit folgen. Das ist ein schwacher Trost, weil es sich bei dieser um eine mit eigenen Schwierigkeiten belastete und daher um die am schärfsten kritisierte²⁵ Voraussetzung der Verhältnismäßigkeit handelt.

Dass das Recht verbietet, Mittel effizient zu verwenden (vgl. Leitsatz 2), leuchtet nicht auf Antrieb ein. Es kommt gleichwohl vor, und das nicht selten. Regelmäßig rechtfertigen andere, aus Sicht der Ökonomie übergeordnete Gründe ein solches Gebot, Mittel ineffizient zu verwenden. Das Recht nimmt Ineffizienz in diesen Fällen in Kauf, aus gutem Grund, jedoch regelmäßig nur bis zu einem gewissen Grad.²⁶ Ein Beispiel für eine ineffiziente Regelung enthält das Steuerrecht.²⁷ Es verlangt »in strikter Legalität«²⁸, auch geringe Steuerschulden einzutreiben.²⁹ Unterschreitet die Steuerschuld einen Schwellenwert, steht indes der Aufwand des Vollzugs zur Höhe der Steuerschuld selbst dann in keinem effizienten (wirtschaftlichen) Verhältnis (mehr), wenn der Steuerpflichtige die Steuerschuld einschließlich der abrechenbaren Vollzugskosten

²³ R. Alexy, ICON 2005, S. 572 (573); *Meßerschmidt*, in: Gawel (Hrsg.), Effizienz im Umweltrecht, 2001, S. 215 (227 ff.); *Schlink*, Abwägung im Verfassungsrecht, S. 182 ff.; vgl. auch *Oebbecke*, in: Schulze-Fielitz (Hrsg.), Staatsrechtslehre als Wissenschaft, Die Verwaltung, Beiheft 7, 2007, S. 211 (214 f.).

²⁴ Diesen Hinweis verdanke ich *Dr. Emanuel V. Towfigh*.

²⁵ Vgl. *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, 27. Aufl. 2011, Rn. 303.

²⁶ Vgl. nur *Ott/H.-B. Schäfer*, JZ 1988, S. 213 (216) und zu den »alternativen Zielen« oben auf S. 25, bei Fn. 4–9; *N. Petersen/Towfigh*, in: *Towfigh/N. Petersen*, Ökonomische Methoden im Recht, 2010, S. 1 (19).

²⁷ Zugleich enthält das Steuerrecht zahlreiche Beispiele für Regelungen, welche unwirtschaftlichen Verwaltungsaufwand vermeiden sollen, zum Beispiel Pauschalierungen, Typisierungen, Freigrenzen usw., siehe dazu nur BVerfGE 27, 375 (388); *Arndt*, Praktikabilität und Effizienz, 1983, S. 9 ff.

²⁸ BVerfGE 84, 239 (271).

²⁹ Vgl. nur *Seer*, Verständigungen in Steuerverfahren, 1996, S. 229 ff.; *ders.*, DStJG 31 (2008), S. 7 (10 ff.) m. w. N. auch zu differenzierenden und widersprechenden Ansichten.

begleitet, sich der Vollzug im Nachhinein also als effektiv (wirksam) erweist. Denn die Steuerbehörde kann dem Steuerpflichtigen die Vollzugskosten nicht in voller Höhe auferlegen. So verbleiben etwa die Personalkosten der Finanzbeamten in jedem Fall beim Land. Unterschreitet die Summe aus Steuerschuld und abrechenbaren Vollzugskosten die tatsächlichen Vollzugskosten, wäre es fiskalisch gesehen also kostengünstiger, die Steuerschuld niederzuschlagen oder jedenfalls die Vollstreckung zu unterlassen. Gleichwohl verlangt die Steuergerechtigkeit³⁰, auch Beträge unterhalb der Rentabilitätsgrenze beizutreiben. § 261 AO erlaubt die Niederschlagung von Steuerschulden zwar, wenn die Kosten der Einziehung »außer Verhältnis« zu dem Betrag stehen.³¹ Nach der einschlägigen Verwaltungsvorschrift kann davon aber regelmäßig erst ausgegangen werden, wenn die Summe der rückständigen Beiträge fünfundzwanzig Euro unterschreitet.³² Angesichts der Höhe der Personal- und Sachkosten im öffentlichen Dienst und der Einschränkung der Möglichkeit, Vollzugskosten an den säumigen Steuerschuldner weiterzugeben, ist offensichtlich, dass die Rentabilitätsgrenze deutlich über dem genannten Betrag liegen muss. Dass die Finanzbehörden Steuerschulden gem. § 261 AO in Verbindung mit der Verwaltungsvorschrift auch dann eintreiben müssen, wenn sich diese im Bereich zwischen fünfundzwanzig Euro und der Rentabilitätsgrenze bewegen, liefert also ein Beispiel für eine gesetzliche Regelung, deren Ineffizienz das Recht aus übergeordneten Gründen in Kauf nimmt.³³

³⁰ Dazu nur *Eckhoff*, Rechtsanwendungsgleichheit im Steuerrecht, 1999, S. 13 ff., 47 und passim. Zur Gleichheit im Belastungserfolg vgl. nur BVerfGE 84, 239 (271); 96, 1 (6).

³¹ Vergleichbare Regelungen enthalten für die Festsetzung von Steuerschulden § 156 Abs. 2 AO und für die Vollstreckung von Geldbußen § 95 Abs. 2 OWiG.

³² Abschn. 15 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 VollstrA. Nach § 156 Abs. 1 AO in Verbindung mit der Kleinbetragsverordnung werden Festsetzungen namentlich der Einkommens- und Körperschaftsteuer sogar nur berichtet, wenn die Abweichung von der bisherigen Festsetzung mindestens 10 Euro, und Wohnungsbauprämien sogar nur zurückgefordert, wenn die Rückforderung mindestens 10 Euro beträgt, vgl. § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, 2 bzw. § 5 KBV. § 22 ErbStG lässt von der Festsetzung der Erbschaftsteuer, die den Betrag von 50 Euro nicht übersteigt, absehen, um einen Einziehungsaufwand zu vermeiden, bei dem Verwaltungskosten und Ertrag im Missverhältnis stehen, vgl. *Jochum*, in: *Wilms/Jochum/H. Götz* (Hrsg.), *ErbStG* (Stand: 59. Ergänzungslieferung, Juni 2012), § 22 Rn. 1.1 und 2.2 (Stand: 49. Ergänzungslieferung, Oktober 2010).

³³ Als effizient ließe sich das Vorgehen nur beschreiben, falls sich zeigen ließe, dass die Vollstreckung von Kleinbeträgen die Steuermoral stärkt, so dass die Beitreibung kleiner Beträge zwar nicht im Einzelfall, wohl aber mit Blick auf alle Steuerfälle zusammengekommen, effizient ist. Ein Parallelproblem stellt sich auch oberhalb der Rentabilitätsgrenze und schon vor der Festsetzung der Steuerschuld, wenn es darum geht, wie genau die Angaben des Steuerpflichtigen überprüft werden müssen. Erlauben die begrenzten Kapazitäten der Behörden bei Massenverwaltungsverfahren ein Risikomanagement (vgl. *Seer*, in: *Tipke/Lang*, *Steuerrecht*, 20. Aufl. 2010, § 21 Rn. 7), ohne die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und das Prinzip der Amtsermittlung (§ 88 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 90 AO) zu verletzen? – Wertvolle Hinweise auf manche Einzel- und Eigenheiten des Steuerrechts verdanke ich den Herren Professor *Dr. Marc Desens*, Leipzig, *Dr. Philip Seel*, Düsseldorf, und Professor *Dr. Henning Tappe*, Osnabrück.

Einen Haftungsfall betrifft folgendes Beispiel: Die ökonomische Analyse betrachtet nicht nur die Schädigung, sondern auch die Vor- und Nachteile, welche daraus für die Gesellschaft erwachsen. Wenn des einen Schädigung einem anderen Vorteile brachte, errechnet die ökonomische Analyse eine gesamtgesellschaftliche Schädigungsbilanz, die diese Vorteile auf der Habenseite verbucht, und sucht sicherzustellen, dass der Schadensersatz, den der Geschädigte erhält, den Wert der Schädigungsbilanz nicht übersteigt (weder »overcompensation« noch »overdeterrence«). Mit anderen Worten: Der ökonomisch bestimmte Schadensersatz ist danach um die Vorteile, die die Schädigung anderenorts herbeigeführt hat, zu mindern.³⁴ Der juristisch bestimmte Schadensersatz sieht diese Minderung dagegen nicht vor: Das Haftungsrecht bestimmt die Höhe des Schadensersatzes nach der Höhe der Schädigung. Schließlich haben Behörden und Gerichte den Kraftfahrt-Haftpflichtversicherern verboten, Haltern türkischer, griechischer und jugoslawischer Staatsangehörigkeit eine höhere Prämie zu berechnen³⁵, obwohl diese Halter nach den Auswertungen der Versicherungen eine signifikant erhöhte Schadenshäufigkeit aufwiesen. Das sei geschehen, um dem »Gerechtigkeitspostulat« Vorrang gegenüber Effizienzüberlegungen zu verschaffen.³⁶

Der unbedingte Vorrang des Rechts vor der Ökonomie hat Folgen für die ökonomische Analyse, die diese Abhandlung unternehmen möchte. Es geht an dieser Stelle nicht darum, eine ökonomische Begründung des Haftungsrechts zu liefern, d. h. eine ökonomische Rechtfertigung für Haftungsansprüche, als ob es dafür nicht schon Rechtsgrundlagen gäbe. Im Gegenteil: Diese Abhandlung betreibt die ökonomische Analyse gerade und nur innerhalb des geltenden Rechts.

II. Das Recht verhält sich nicht zur Ökonomie

1. Begründung der ökonomischen Analyse als juristischer Topos

Zwischen den Konstellationen, in denen das Recht die Effizienz entweder vorschreibt oder ausschließt, liegt der Bereich, in dem das Recht über die Effizienz keine Aussage trifft. Mit Blick auf den Gesetzgeber, der verfassungsrechtlich weitreichende Spielräume genießt,³⁷ und auf den Verfassungsgeber, dessen Spiel-

³⁴ *van den Bergh/H.-B. Schäfer*, JITE 156 (2000), S. 382 (386) mit einer Beispielsrechnung; vgl. auch *Mäsch*, Chance und Schaden, 2004, S. 345 f., und *E. A. Posner/Sykes*, American Law and Economics Review 9 (2007), S. 72 (76, 84).

³⁵ BVerwG, VersR 1988, S. 817 ff.; a.A. *Papier*, ZVersWiss 1982, S. 461 ff.

³⁶ *Kötz*, ZVersWiss 1993, S. 57 (64 f.).

³⁷ Nachweise bei *R. Alexy*, VVDStRL 61 (2002), S. 7 (15 f.); *Hartmann*, AöR 134 (2009), S. 1 (28 f.).

räume noch weiter reichen, folgert die allgemeine Meinung in diesem Zusammenhang den Leitsatz

(3) *Die ökonomische Analyse hat jedenfalls politische Bedeutung für den Rechtsetzer.*³⁸

Dem Leitsatz entsprechend ist beispielsweise für die Parlamentsgesetzgebung im Bund die Gesetzesfolgenabschätzung gem. § 43 Abs. 1 Nr. 5, § 44 der Gemeinsamen Geschäftsordnung der Bundesministerien (GGO) innenrechtlich vorgeschrieben. Namentlich die finanziellen Auswirkungen sind nach § 44 Abs. 1 Satz 3 GGO darzustellen. Diese Vorgaben tragen einer langjährigen, zum Teil noch weiter gehenden rechtspolitischen Forderung Rechnung.³⁹

Dem Leitsatz stimme ich zu, möchte aber noch einen Schritt weiter gehen. Ich halte ökonomische Argumente auch dann für bedeutend, wenn das geschriebene Recht sie nur zulässt, und erstrecke diese Bedeutung über den Rechtsetzer hinaus auf alle drei Gewalten. Mir geht es also namentlich um den Fall, dass sich weder der Wortlaut der Norm noch deren Systematik, weder der Wille des Gesetzgebers noch die Geschichte oder, falls erheblich, der Zweck des Gesetzes zu der Frage verhalten, ob die Norm ein ökonomisches Ziel verfolgt. Wenn das Recht gegenüber ökonomischen Zwecken also schweigt, kann die ökonomische Analyse dann gleichwohl eine gesteigerte Bedeutung beanspruchen?⁴⁰ Oder stehen ökonomische Argumente in diesen Fällen auf derselben Stufe wie alle anderen Argumente, zu denen das Recht schweigt? Das, immerhin, sind potentiell unendlich viele.⁴¹

Meine These lautet, dass ökonomische Kriterien schon dann und immer dann Berücksichtigung finden müssen, wenn das Recht sie nur zulässt.⁴² Ich sehe die

³⁸ Vgl. nur *Janson*, *Ökonomische Theorie im Recht*, 2004, S. 133, 203; *Kirchgässner*, JZ 1991, S. 104 (105, 107); *Lepsius*, *Die Verwaltung* 32 (1999), S. 429 (443 f.); *Lüdemann*, in: *Funke/Lüdemann* (Hrsg.), *Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie*, 2009, S. 119 (120 f., 122 ff., 137 f.); *Möllers*, DÖV 2000, S. 667 (668); *Morlok*, in: *Engel/Morlok* (Hrsg.), *Öffentliches Recht als ein Gegenstand ökonomischer Forschung*, 1998, S. 1 (26 f.); *R. A. Posner*, JLEPP 2 (1985), S. 85 (105); *Rühl*, in: *Krüper* (Hrsg.), *Grundlagen des Rechts*, 2011, § 11 Rn. 19; krit. *Britz*, *Die Verwaltung* 30 (1997), S. 185 (193); *Mayhew*, *Congress*, 2. Aufl. 2004, S. 7.

³⁹ *Bungenberg*, *Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme*, 2007, S. 143; *Schulze-Fielitz*, JZ 2004, S. 862 (868); *Schuppert*, ZG 18 (Sonderheft 2003), S. 4 (25 ff.); vgl. auch *Konzendorf*, *Beilage PVS-Sonderheft* 36 (2006), S. 540 (540).

⁴⁰ Vgl. *Rebhahn*, *Staatshaftung wegen mangelnder Gefahrenabwehr*, 1997, S. 168; methodische Zweifel an »Lücken« im Gesetz bei *Kudlich/Christensen*, JZ 2009, S. 943 (947).

⁴¹ Vgl. *Edward*, in: *Meessen/Bungenberg/Puttler* (Hrsg.), *Economic Law as an Economic Good*, 2009, S. 91 (100).

⁴² Vgl. zur vermittelnden Meinung, welche die ökonomische Analyse im Rahmen des geltenden Rechts nicht als stets entscheidendes, aber als regelmäßig gewichtiges Kriterium berücksichtigen will, nur *van Aaken*, in: *dies./Schmid-Lübbert* (Hrsg.), *Beiträge zur ökonomischen Theorie im Öffentlichen Recht*, 2003, S. 89 (97); *dies.*, »Rational Choice« in der Rechtswissenschaft, 2003, S. 336; *dies.*, in: *Bungenberg u.a.* (Hrsg.), *Recht und Ökonomik*, 2004, S. 1 (21); *Gröpl*, *VerwArch* 93 (2002), S. 459 (481); *Kirchgässner*, JZ 1991, S. 104 (111); *Felix Müll-*

ökonomische Analyse in der Sonderrolle eines Ortes, zu dem man immer wieder zurückkehrt. Sie ist ein Topos. Den Grund für die Sonderrolle liefert das Demokratieprinzip. Das ist nach dem Gesagten nur folgerichtig.⁴³ Aus Sicht des (grundrechtsberechtigten) Bürgers formuliert, gilt: Geld ist geprägte Freiheit.⁴⁴ Aus Sicht des (grundrechtsgebundenen) Staates formuliert, gilt entsprechend: Geld ist Gestaltungsmacht.⁴⁵ Die Ressourcenzuteilung ist – man möchte sagen: nicht umsonst – ein »höchst bedeutsames Mittel der Steuerung«⁴⁶. Der Begriff Vermögen hat denn auch eine doppelte Bedeutung: Fähigkeit und Wohlstand.⁴⁷

Wohlstand vermittelt die Fähigkeit zu gestalten. Maßnahmen, die der Staat trifft, kosten regelmäßig Geld. Geld, das ineffizient eingesetzt wird, fehlt an anderer Stelle, obwohl es dort nicht fehlen müsste. Eine effiziente Mittelverwendung erreichte die (rechtlich vorgegebenen und nicht vorgegebenen, jedenfalls aber) nichtökonomischen Ziele des Gesetzes genauso wirksam (effektiv), aber günstiger (effizienter). Hierin liegt der Unterschied zu politischen, philosophischen, sozialen, karitativen und anderen Argumenten. Ein genuin politisches usw. Argument ist ein öffentliches Gut⁴⁸: Findet es in dem einen Zusammenhang Verwendung, kann es in einem anderen Zusammenhang ebenfalls Verwendung finden; die Ressource wird nicht verbraucht. Eine Mittelverwendung, die ohne Rücksicht auf politische, philosophische, soziale, karitative usw. Argumente geschieht, ist eben nur das: unpolitisch, unphilosophisch, unsozial, egoistisch etc. Dabei beeinträchtigt sie andere Maßnahmen nicht, jedenfalls

ler, in: Buckel/Christensen/Fischer-Lescano (Hrsg.), *Neue Theorien des Rechts*, 2. Aufl. 2009, S. 350 (370) (»feste[r] Stellenwert«); *Richter/Furubotn*, *Neue Institutionenökonomik*, 3. Aufl. 2003, S. 542 ff.; *Schwintowski*, JZ 1998, S. 581 (588). A.A. *Britz*, *Die Verwaltung* 30 (1997), S. 185 (193); *Stelmach*, in: H. Bauer/Czybulka/Kahl/Voßkuhle (Hrsg.), *FS Reiner Schmidt*, 2006, S. 597 (603). Das Bundesverfassungsgericht hat für das Verwaltungsorganisationsrecht anerkannt, dass das Grundgesetz Spielräume lasse, um »eine wirkungsvolle und leistungsfähige Verwaltung«; gewährleisten zu können, und die damit auch nach »verwaltungsökonomische[n] Gesichtspunkte[n]« zu füllen seien, so BVerfGE 63, 1 (34, 43); vgl. auch *Burgi*, *VVDStRL* 62 (2003), S. 405 (431); *Krebs*, in: Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. V, 3. Aufl. 2007, § 108 Rn. 60, 90. Auch für die Reichweite des Funktionsvorbehalts nach Art. 33 Abs. 4 GG können Wirtschaftlichkeitsgesichtspunkte berücksichtigt werden, vgl. BVerfG, Beschl. v. 18.01.2012 – 2 BvR 133/10, Rn. 148.

⁴³ Vgl. oben § 4 Fn. 24 ff. (S. 27).

⁴⁴ BVerfGE 97, 350 (371); *Axer*, in: Epping/Hillgruber, GG, 2009, Art. 14 Rn. 54; *P. Kirchhof*, *DVB1* 1999, S. 637 (645) mit Verweis auf *Dostojewski*, *Aufzeichnungen aus einem Totenhause*, Erster Teil, 1921, 1. Teil, I. Kapitel, S. 32. Siehe auch *ders.*, *dass.*, 2008, S. 33 (»Geld ist gemünzte Freiheit«), und *ders.*, *dass.*, 2005, S. 19 (»Geld ist geprägte Freiheit«).

⁴⁵ Vgl. nur *Bungenberg*, *Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme*, 2007, S. 3; *Korioth*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts III*, 2009, § 43 Rn. 1 (S. 86).

⁴⁶ *Oebbecke*, *DÖV* 1998, S. 853 (855).

⁴⁷ Vgl. *Duden*, *Deutsches Universalwörterbuch*, 7. Aufl. 2011, S. 1895, Stichwort »Vermögen« (»Kraft, Fähigkeit, etw. zu tun« vs. »gesamter Besitz, der einen materiellen Wert darstellt«; dort jeweils hervorgehoben).

⁴⁸ Zum Begriff vgl. nur *Gramm*, *Privatisierung und notwendige Staatsaufgaben*, 2001, S. 204 f. m. w. N.; *Oebbecke*, *StWStP* 8 (1997), S. 461 (468 f.).

nicht notwendig. Andere Maßnahmen können nach wie vor politisch, philosophisch, sozial, karitativ usw. sein. Eine Mittelverwendung dagegen, die ohne Rücksicht auf ökonomische Argumente geschieht, beeinträchtigt andere Maßnahmen notwendig: Diese anderen Maßnahmen sind, eben weil ihnen dann Mittel fehlen, die nicht fehlen müssten, zwingend sowohl weniger politisch, philosophisch, sozial, karitativ usw. wie auch weniger effektiv, als sie jeweils sein könnten. Nur wer Spielräume effizient füllt, bewahrt dem demokratischen Staat und der handelnden Mehrheit die notwendigen Gestaltungsspielräume⁴⁹ und den freiheitsberechtigten Bürger auch in der Minderheit vor überhöhten Steuern und Abgaben⁵⁰. Es ist kein Zufall, dass die Begründung eines Gesetzgebungsentwurfs routine- und regelmäßig nicht nur die Abschnitte »Problem und Ziel«, »Lösung« und »Alternativen« kennt, sondern außerdem »Finanzielle Auswirkungen auf die öffentlichen Haushalte« darstellt und »Sonstige Kosten« namentlich für den Bürger berechnet.⁵¹ Das Verhältnis von Aufwand und Ertrag möglichst günstig zu gestalten, ist letztlich Ausdruck der Gemeinwohlbindung des Staates.⁵²

Für die ökonomische Analyse gerade des öffentlichen Rechts kommt ein grundsätzliches Argument hinzu. Die Mehrung gesamtgesellschaftlichen Wohls lässt sich als Zielsetzung nicht nur »weder pauschal ablehnen noch grundlegend kritisieren«⁵³, sondern ist, verstanden als Gemeinwohlverpflichtung, nichts weniger als der Geltungsgrund der Staatsgewalt.⁵⁴ Darin liegt ein Unterschied zum Privatbürger, dessen Daseinszweck, juristisch gesehen, keineswegs darin liegt, dem Gemeinwohl zu dienen (obwohl das Recht sich darüber freuen mag, wenn der Bürger es trotzdem tut). Das Recht schreibt dem Menschen nicht allgemein vor, um eines anderen Menschen willen da zu sein (sondern nur unter bestimmten weiteren Voraussetzungen, etwa als Eltern, siehe § 1626 Abs. 1 BGB, Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG), sondern anerkennt den Menschen als Selbst-

⁴⁹ Dass effizienter Umgang mit Ressourcen »Bedingung der Möglichkeit von Demokratie« ist, räumt auch Möllers, DÖV 2000, S. 667 (670) ein und verweist dafür auf Homann, Rationalität und Demokratie, 1988, S. 168 ff.; vgl. auch Pünder, Haushaltsrecht im Umbruch, 2003, S. 62 f.

⁵⁰ Vgl. v. Arnim, Wirtschaftlichkeit als Rechtsprinzip, 1988, S. 72 f.; Grzeszick, in: Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. IV, 3. Aufl. 2006, § 78 Rn. 33; Pünder, Haushaltsrecht im Umbruch, 2003, S. 63 f.; Schmidt-Aßmann, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht, 1998, S. 245 (255 f.).

⁵¹ Siehe Anlage 3 zu § 42 Abs. 1 der Gemeinsamen Geschäftsordnung der Bundesministerien (GGO) v. 26.07.2000 (GMBL S. 526), zuletzt geändert durch Beschl. v. 27.05.2009 (GMBL S. 690).

⁵² Gröpl, in: Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, 3. Aufl. 2007, § 121 Rn. 11.

⁵³ Felix Müller, in: Buckel/Christensen/Fischer-Lescano (Hrsg.), Neue Theorien des Rechts, 2. Aufl. 2009, S. 350 (371).

⁵⁴ Vgl. zur Gemeinwohlbindung zuletzt BVerfG, Beschl. v. 31.01.2012 – 2 BvC 3/11, Rn. 66; BVerfGE 120, 82 (113), zu deren Geltungsgrund Hartmann, AöR 134 (2009), S. 1 ff. m. w. N.

zweck (und steht dem methodologischen Individualismus⁵⁵ insoweit nahe). Dieser fundamental andere Ausgangspunkt kommt etwa darin zum Ausdruck, dass es nur für Behörden, nicht aber für Bürger eine allgemeine Rechtsaufsicht gibt. Private können ihre Pflichten einzuhalten nur von einem anderen Privaten gezwungen werden, wenn sie gerade diesem aus besonderem Grund verpflichtet sind (etwa aus Vertrag), und vom Staat nur, wenn es dafür eine eigene Befugnisnorm gibt. Dagegen unterliegen Behörden und deren Staatsdiener der Staatsaufsicht übergeordneter Behörden regelmäßig, allgemein und voraussetzungslos.⁵⁶ Die übergeordneten Behörden können und müssen die Rechtmäßigkeit des Handelns nachgeordneter Behörden voll kontrollieren. Die Normtreue der Staatsdiener oder, nüchterner, die Rechtmäßigkeit staatlichen Handelns wird so – anders als die Normtreue Privater bzw. die Rechtmäßigkeit privaten Handelns – nicht nur durch den Adressaten staatlichen Handelns, das Gegenüber, sichergestellt, sondern umfassend durch die – nicht mit eigenen Interessen involvierte – Aufsichtsbehörde.

Behält man die Gemeinwohlverpflichtung des Staates als dessen Geltungsgrund im Blick, spricht für die ökonomische Analyse gerade des öffentlichen Rechts als dem Sonderrecht des Staates (entgegen der Rezeptionspraxis⁵⁷) eine noch stärkere Intuition als für die des Zivilrechts. Es liegt im öffentlichen Recht so gesehen sogar näher als im Zivilrecht, verbleibende Spielräume⁵⁸ allokatons-effizient und damit gemeinwohlfördernd auszulegen. Der beliebte Vorwurf, die ökonomische Analyse sei Ausdruck einer (bestimmten) Ideologie⁵⁹, lässt sich, die Dinge aus dieser Perspektive zuspitzend, geradezu umkehren. Entscheidungen politischer, philosophischer, sozialer oder karitativer Natur würde die eine Mehrheit im Parlament (sagen wir: eine konservative) anders treffen als eine andere (sagen wir: eine sozialdemokratische). Dagegen ist es das Ziel jeder Mehrheit, sei sie konservativ oder sozialdemokratisch, liberal, grün oder sozialistisch, die vorhandenen Mittel effizient einzusetzen statt sie zu verschwenden – und sei

⁵⁵ Zu diesem ökonomischen Paradigma vgl. nur *Kirchgässner*, JZ 1991, S. 104 (106 f.); *ders.*, in: Engel/Morlok (Hrsg.), *Öffentliches Recht als ein Gegenstand ökonomischer Forschung*, 1998, S. 49 ff.; *Ott/H.-B. Schäfer*, JZ 1988, S. 213 (218 f.) (mit Alternativen); *Towfigh*, in: *Towfigh/N. Petersen*, *Ökonomische Methoden im Recht*, 2010, S. 23 (24); krit. *Gröschner*, in: Engel/Morlok (Hrsg.), *Öffentliches Recht als ein Gegenstand ökonomischer Forschung*, 1998, S. 31 (40 ff.).

⁵⁶ Vgl. nur *Kahl*, *Staatsaufsicht*, 2000, S. 401 ff. m. w. N. auch zu abweichender Terminologie; *Oebbecke*, *Weisungs- und unterrichtungsfreie Räume in der Verwaltung*, 1986, S. 37 f., 88 f., 134 f., 157 ff.

⁵⁷ Oben § 2 Fn. 36 f. (S. 12).

⁵⁸ Vgl. dazu nur *Bleckmann*, JZ 1995, S. 685 (685 f.); *Hey*, *Steuerplanungssicherheit*, 2002, S. 587 f.

⁵⁹ Zur Ideologiekritik allgemein *Friedrich Müller/Christensen*, *Juristische Methodik*, Bd. I, 10. Aufl. 2009, Rn. 268 ff.

es bloß, um mit den eingesparten Mitteln die eigenen Ziele noch weitreichender umsetzen zu können.⁶⁰

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das demokratische Argument der Gestaltungsspielraumerhaltung⁶¹ durch Budgetschonung es gebietet, ökonomische Kriterien schon dann und immer dann zu berücksichtigen, wenn das Recht sie nur zulässt. Effizienzüberlegungen sind ein Metazweck. Sie lassen die anderen Zwecke nicht nur unberührt, sondern verbessern deren Verwirklichungsmöglichkeiten, indem sie Verschwendung vermeiden und so Ressourcen verschonen. Das alles gilt, es sei nochmals festgehalten, selbst dann, wenn man – wie es hier geschieht – der Ansicht folgt, dass sich der Gesetzgeber dafür entscheiden darf, Ziele auf ineffiziente Weise zu verfolgen. Nur: Solange es an dieser Entscheidung fehlt und das Gesetz eine effiziente Weise der Zielverfolgung also zulässt, ist dieser Interpretation zu folgen.

Dieses Ergebnis lässt sich zu einer Abwandlung des Leitsatzes 1 bündeln:

*(1') Die ökonomische Analyse hat immer dann juristische Bedeutung für den Rechtsanwender, soweit das Recht die Ökonomie als Maßstab vorschreibt oder zulässt.*⁶²

Leitsatz 1' erfasst Leitsatz 1, weil er ihn nur erweitert. Freilich vermag nur Leitsatz 1, nicht aber Leitsatz 1' für sich in Anspruch zu nehmen, die wohl herrschende Lehre zum Ausdruck zu bringen.

2. Methodik der ökonomischen Analyse als juristischer Topos

a) Selbststand als eigene Auslegungsmethode?

Dass die ökonomische Analyse, wenn das Recht nicht entgegensteht, stets berücksichtigt werden muss (Leitsatz 1'), bedeutet nicht, dass die ökonomische Analyse deswegen in den Rang einer Auslegungsmethode zu erheben wäre. Das würde eine Gleichrangigkeit mit den übrigen Auslegungsmethoden suggerieren, die nicht besteht: Wenn grammatische, systematische, genetische oder historische Auslegung die ökonomische Analyse verbieten bzw. andere Zwecke als Effizienz höher bewerten, bleibt es dabei. Das ist der oben beschriebene

⁶⁰ Das Argument gewinnt weiter an Gewicht, sofern man mit der Rational-Choice-Theorie Effizienz außerdem als Kriterium für die Folgerichtigkeit von Entscheidungen und damit als Instrument der Rationalitätsgewähr akzeptiert.

⁶¹ Vgl. mit Blick auf Europa zuletzt nur BVerfGE 89, 155 (186); 123, 267 (347, 358 ff.) – Lissabon; Grzeszick, in: Maunz/Dürig (Begr.), GG (Stand: 64. Lieferung, Januar 2012), Art. 20 Rn. 286 (Stand: 57. Lieferung, Januar 2010).

⁶² Vgl. Ott/H.-B. Schäfer, JZ 1988, S. 213 (216); im Fall der Rechtsfortbildung wohlwollender der ansonsten kritische Eidenmüller, Effizienz als Rechtsprinzip, 3. Aufl. 2005, vgl. S. 459 ff., 487 f. vs. S. 419, 426 ff., 454 ff.; a.A. Fezer, JZ 1988, S. 223 (226); diff. C. Kirchner/Koch, Analyse & Kritik 11 (1989), S. 111 (124 f.); Salje, Rechtstheorie 15 (1984), S. 277 (290) (ökonomische Argumente als »tie-breaker«).

Vorrang des Rechts.⁶³ Die ökonomische Analyse kann auch deshalb keine Auslegungsmethode sein, weil sie dem Recht einen Inhalt gibt, jedenfalls aber das Recht auf einen bestimmten Inhalt bezieht, obwohl das Recht sich – in den Grenzen höherrangigen Rechts – wie dargelegt auch für andere Bezugspunkte, für andere Inhalte als die Effizienz der Güterallokation entscheiden darf und manchmal sogar muss.

b) Unterfall teleologischer Auslegung?

Dort, wo das Gesetz einen Zweck entweder nicht ausdrücklich oder ausdrücklich nicht verfolgt, bleiben dem Gesetzesanwender bestenfalls die teleologische Auslegung und die Abwägung,⁶⁴ um den Zweck doch noch einzubringen. Diese beiden ausgerechnet sind die anfechtbarste aller Auslegungsmethoden⁶⁵ und der zweifelhafteste aller Argumentationstopoi⁶⁶. Kann eine Sonderrolle ökonomischer Analyse auch behaupten, wer der teleologischen Auslegung – wie ich⁶⁷ – skeptisch gegenüber steht? Gelten nicht alle Einwände, die allgemein gegen die teleologische Auslegung vorgebracht werden, auch gegenüber der ökonomischen als Sonderfall teleologischer Auslegung?

Man mag die ökonomische Analyse einen Sonderfall teleologischer Auslegung nennen, weil sie die Auslegung auf einen besonderen Telos, griechisch für Zweck, ausrichtet, nämlich auf Effizienz.⁶⁸ Doch in diesem Sinn müsste man dann auch die anderen Auslegungsmethoden als Sonderfall der teleologischen Auslegung auffassen: die genetische Auslegung will den vom Gesetzgeber gedachten Zweck zur Geltung bringen, die grammatische den von ihm

⁶³ Siehe § 4 (S. 25 ff.).

⁶⁴ *van Aaken*, in: Bungenberg u.a. (Hrsg.), *Recht und Ökonomik*, 2004, S. 1 (18 ff.); *Fehling*, in: FS Karsten Schmidt, 2011, S. 39 (45 ff.) (zur Abwägung); *Glöckner/Towfigh*, JZ 2010, S. 1027 (1031); *Looschelders*, *Mitverantwortlichkeit des Geschädigten*, 1999, S. 162 (am Beispiel des § 254 BGB); *Meßerschmidt*, in: Gawel (Hrsg.), *Effizienz im Umweltrecht*, 2001, S. 215 (230); *N. Petersen*, *Der Staat* 49 (2010), S. 435 (440 ff., 442 ff.); *ders./Towfigh*, in: *Towfigh/N. Petersen*, *Ökonomische Methoden im Recht*, 2010, S. 1 (9, 10).

⁶⁵ *Herzberg*, *JuS* 2005, S. 1 (6 ff.); *K. Hesse*, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, 20. Aufl. 1995, Rn. 68; *C. Kirchner/Koch*, *Norminterpretation und ökonomische Analyse des Rechts*, *Analyse & Kritik* 11 (1989), S. 111 (113); *Koch/Rüßmann*, *Begründungslehre*, 1982, S. 169 ff., 221 ff.; *Friedrich Müller/Christensen*, *Juristische Methodik*, Bd. I, 10. Aufl. 2009, Rn. 364.

⁶⁶ *Friedrich Müller/Christensen*, *Juristische Methodik*, Bd. I, 10. Aufl. 2009, Rn. 66, 140 f.; *Pieroth*, JZ 1990, S. 279 (285); *ders./Hartmann*, ZIP 2010, S. 753 (757); *ders./Schlink*, *Grundrechte*, 25. Aufl. 2009, Rn. 309; *Rüßmann*, in: FS Wieacker, 1990, S. 35 (56); *Schlink*, *Abwägung im Verfassungsrecht*, 1976, S. 152 f. und passim; *ders.*, in: FS 50 Jahre BVerfG, 2001, S. 445 (460 ff.). A.A. etwa *R. Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, 3. Aufl. 1996, S. 151 ff.; *Jansen*, *Der Staat* 36 (1997), S. 27 (53); *ders.*, *Struktur der Gerechtigkeit*, 1998, S. 288 ff.; *Württemberg*, in: FS Hollerbach, 2001, S. 223 (230 ff.); zur »juristischen Karriere« des Begriffs zuletzt auf historischer Grundlage *Rückert*, JZ 2011, S. 913 ff.

⁶⁷ *Hartmann*, in: *Pieroth* (Hrsg.), *Hausarbeit im Staatsrecht*, 2. Aufl. 2011, S. 3.

⁶⁸ Vgl. *N. Petersen/Towfigh*, in: *Towfigh/N. Petersen*, *Ökonomische Methoden im Recht*, 2010, S. 1 (9 f.); *Wolffgang*, in: *ders.* (Hrsg.), *Öffentliches Recht und Europarecht*, 5. Aufl. 2010, S. 15; a.A. *Ladueur*, *RabelsZ* 64 (2000), S. 60 (92).

niedergeschriebenen, die systematische den »zwischen den Zeilen« durch das Zusammenspiel der Normen vorgegebenen und die historische den im Licht der Vorläufervorschriften naheliegenden. Die klassischen Auslegungsmethoden als Unterfall der teleologischen Auslegung zu begreifen, erscheint mir freilich genauso wenig sinnvoll zu sein wie die ökonomische Analyse deren Unterfall zu nennen. Denn weder die klassischen noch die ökonomischen Auslegungsbe-mühungen müssen sich den Vorwurf gefallen lassen, der gegen die teleologische Auslegung zu erheben ist: dass es der Rechtsanwender ist, der dem Gesetz im Wege teleologischer Auslegung selbstgewählte Zwecke unterschiebt, um ein selbstgewähltes Auslegungsergebnis begründen zu können.⁶⁹ Die klassischen Auslegungsmethoden beziehen sich auf Zwecke, die der Rechtsanwender im Gesetz, im Gesetzgebungsverfahren und in der Gesetzesgeschichte vorfindet, und die ökonomische Analyse bezieht sich auf einen Zweck, den das Demokratieprinzip vorschreibt und der daher in jedem Gesetzgebungsverfahren und in jedem Gesetz, das keine kollidierenden Zwecke verfolgt, als Mahnung an den Rechtsanwender auch ausgesprochen werden könnte. Die ökonomische Analyse einen Sonderfall teleologischer Auslegung zu nennen, ist also nur akzeptabel, solange klar bleibt, dass die herkömmlichen Einwände gegen die teleologische Auslegung an der ökonomischen Analyse vorbeigehen.

c) *Ökonomische Analyse als ökonomische Normbereichsanalyse*

Um zu vermeiden, dass die herkömmlichen Einwände gegen die teleologische Auslegung auf die ökonomische Analyse bezogen werden, erscheint es vorzugswürdig, diese methodisch als ein Element der Normkonkretisierung (Normkonstruktion) zu begreifen.⁷⁰ Die Interpretation einer Vorschrift des geltenden Rechts (des Normtextes⁷¹) verlangt die Berücksichtigung der Wirklichkeit (des Normbereichs⁷²).⁷³ Die Rechtspraxis verwendet seit jeher insbe-

⁶⁹ *Schlink*, in: Albert/Luhmann/Maihofer/Weinberger (Hrsg.), *Rechtstheorie*, 1972, S. 322–346 (342).

⁷⁰ Vgl. *N. Petersen*, *Der Staat* 49 (2010), S. 435 (444 ff.); allgemein zur Kontroverse um Auslegung vs. Konkretisierung siehe *Friedrich Müller/Christensen*, *Juristische Methodik*, Bd. I, 10. Aufl. 2009, Rn. 13 ff., 33 ff., 239, 248 ff., 274 ff., insb. 284, 304, 349; *Wahl*, *Der Staat* 20 (1981), S. 485 (505 f.); zur Normkonkretisierung als Normkonstruktion nur *Friedrich Müller/Christensen*, a. a. O., Rn. 274 ff., Rn. 399; vgl. noch *Waldhoff*, in: Neuhaus (Hrsg.), *Verfassungsgeschichte in Europa*, 2010, S. 145 (153).

⁷¹ Vgl. *K. Hesse*, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, 20. Aufl. 1995, Rn. 46, 67 f.; *Friedrich Müller/Christensen*, *Juristische Methodik*, Bd. I, 10. Aufl. 2009, Rn. 15 ff., 230 ff., 467 f. (mit dem Normprogramm als interpretiertem Normtext); *Pieroth*, in: ders. (Hrsg.), *Verfassungsrecht und soziale Wirklichkeit*, 2000, S. 11 (25).

⁷² Vgl. *K. Hesse*, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, 20. Aufl. 1995, Rn. 46, 67, 69, 310; *Friedrich Müller/Christensen*, *Juristische Methodik*, Bd. I, 10. Aufl. 2009, Rn. 16, 162, 230 ff., 279, 468, 481 ff.; *Pieroth*, *VerwArch* 68 (1977), S. 217 (230); *ders.*, in: ders. (Hrsg.), *Verfassungsrecht und soziale Wirklichkeit*, 2000, S. 11 (25); *ders./Schlink*, *Grundrechte*, 20. Aufl. 2009, Rn. 214.

⁷³ Vgl. nicht bloß *K. Hesse*, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, 20. Aufl. 1995, Rn. 45 f., 60, 67 ff.; *Friedrich Müller/Christensen*, *Juristische Methodik*, Bd. I, 10. Aufl. 2009, Rn. 10, 34, 67e,

sondere wirtschaftliche Erkenntnisse zur Begründung juristischer Ergebnisse.⁷⁴ Sachgesichtspunkte der sozialen Wirklichkeit gehören nicht nur »erfahrungsgemäß«, sondern auch »legitimermaßen« zu den Determinanten der Interpretation.⁷⁵ In der Begrifflichkeit *Friedrich Müllers*, der die konstatierte Praxis methodisch bewältigt hat, gewinnt die ökonomische Analyse als »Realdatum« Rechtsrelevanz als »Konkretisierungselement« des Normbereichs.⁷⁶ Die juristische Methodik verlangt insofern, dass namentlich die Wirtschaftswissenschaften »nicht länger nur als das ›bloße Material‹ zutragende ›Hilfswissenschaft‹ behandelt, sondern dass »deren Fragestellungen und Teilergebnisse in Richtung auf (Teil-)Synthesen« verarbeitet würden, »die ihren normativen Bezugspunkt wie die methodische Legitimation ihres Zustandekommens der auswählenden Perspektive des Normprogramms als eines wesentlichen Elements juristischer Interpretation verdanken«: »Die zu leistende Verbindung mit sozialwissenschaftlicher Arbeit«, das Verwenden namentlich wirtschaftswissenschaftlicher »und sonst vom Normbereich der zu konkretisierenden Vorschrift geforderter Daten im Vorgang der Rechtsgewinnung stellt sich dabei in erster Linie den Juristen selbst als Aufgabe«⁷⁷.

Dass ökonomische Rechtsanalyse also ökonomische Normbereichsanalyse ist⁷⁸, gilt namentlich für das parlamentsgesetzliche wie das richterrechtliche Staatshaftungsrecht.⁷⁹ Das liegt an der (oben bereits aus wissenschaftsgeschichtlicher Warte verzeichneten, hier aus methodischer Sicht angesprochenen) Nähe von Ökonomie und Haftung, von ökonomischer Rechtsanalyse und Staatshaf-

84 f., 126, 131, 248 f., 397, 403, 423, 485; *Pieroth*, in: Gabriel/Große Kracht (Hrsg.), Brauchen wir einen neuen Gesellschaftsvertrag?, 2005, S. 53 (60); *ders./Schlink*, Grundrechte, 20. Aufl. 2009, Rn. 214; *Wahl*, Der Staat 20 (1981), S. 485 (506); sondern außerdem nur *v. Arnould*, in: Funke/Lüdemann (Hrsg.), Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie, 2009, S. 65 (75 ff.); *Gusy*, JZ 1991, S. 213 ff.; *Kabl*, EPL 16 (2010), S. 105 (112); *G. Kirchhof*, Grundrechte und Wirklichkeit, 2007, S. V, 61 ff. und passim; *Starck*, JZ 1972, S. 609 (612 ff.); *Voßkuhle*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts I, 2. Aufl. 2012, § 1 Rn. 15 (S. 20 f.), 29 ff.; *Würtenberger*, in: FS Hollerbach, 2001, S. 223 (230 f.); außerdem *Scheuner*, in: FS Scupin, 1973, S. 323 ff. und aus der Rechtsprechung beispielhaft BGHSt 51, 298 (311 ff., Rn. 49 ff.); vgl. aber auch *Thieme*, Einführung in die Verwaltungslehre, 1995, S. 116 (»Im Mittelpunkt des Denkens des Juristen steht das Recht mit seinen vielen, vielen Paragraphen, die die Verwaltungsjuristen von der Wirklichkeit trennen«).

⁷⁴ Vgl. nur BVerfG, DVBl 1996, S. 357 (360) und allgemein zur Bedeutung der »Sachelemente« in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts *Friedrich Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Bd. I, 10. Aufl. 2009, Rn. 35 (mit einer umfangreichen Aufzählung).

⁷⁵ *Friedrich Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Bd. I, 10. Aufl. 2009, Rn. 482 (S. 512).

⁷⁶ *Friedrich Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Bd. I, 10. Aufl. 2009, Rn. 13 f., 397, 403 ff., 466 ff., 482.

⁷⁷ *Friedrich Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Bd. I, 10. Aufl. 2009, Rn. 397 (S. 411).

⁷⁸ Zur Normbereichsanalyse siehe *Friedrich Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Bd. I, 10. Aufl. 2009, Rn. 475, 481 ff., namentlich Rn. 484, sowie das Schaubild auf S. 283.

⁷⁹ Vgl. allgemein zum Richterrecht in *Friedrich Müllers Methodik dens./Christensen*, Juristische Methodik, Bd. I, 10. Aufl. 2009, Rn. 105 ff.

tungsrecht.⁸⁰ Zugleich versteht sich, dass ein einzelner Wissenschaftler »neben der für sachkundiges rechtliches Arbeiten erforderlichen Verfügbarkeit der juristischen Quellen« kaum zugleich »die entsprechende Sicherheit im Umgang mit den in den Nachbardisziplinen relevanten Fakten« zu gewährleisten vermag: »*Ars longa vita brevis.*« Die »eigentliche rechtswissenschaftliche Leistung« eines Juristen, der den Anschluss an die Nachbarwissenschaften sucht, besteht in der »*Selektion* und *Transformation* der fremdwissenschaftlichen Erkenntnisse im Hinblick auf seine juristischen Fragestellungen«. So gesehen ist es »genuine Aufgabe der Jurisprudenz, festzustellen, welche außerrechtlichen Fakten für eine bestimmte normative Fragestellung herangezogen werden sollen und ob die Ergebnisse der Nachbarwissenschaften dafür sich als fruchtbar erweisen.«⁸¹

III. Ergebnis

Meine »Rezeptionstheorie«⁸² ist nach alledem denkbar schlicht: Die ökonomische Analyse des Rechts ist methodisch nur und immer dann geboten, soweit das Recht sie vorschreibt oder zulässt. Wo das Gesetz ökonomische Zwecke vorschreibt, sind ökonomische Argumente entscheidend. Sie sind alleinentscheidend, wenn sie die einzigen gesetzlich vorgeschriebenen Zwecke sind, und sie sind mitentscheidend, wenn es andere gesetzlich vorgeschriebene Zwecke gibt. Wie sich mehrere gesetzlich vorgeschriebene Zwecke zueinander verhalten, ist eine Frage der gesetzlichen Vorschrift. Auch wo das Gesetz ökonomische Zwecke nur zulässt, sind ökonomische Argumente stets erheblich. Sie entscheiden über den Inhalt der Rechtsnorm, soweit die gesetzlich vorgeschriebenen Zwecke dem ökonomischen Argument nicht entgegenstehen.

Welche Bedeutung der ökonomischen Analyse namentlich im öffentlichen Haftungsrecht zukommt, hängt danach insbesondere von den Zwecken des öffentlichen Haftungsrechts ab. Sie zu bestimmen, ist das Ziel der folgenden Ausführungen. Nach dem Gesagten sind die Zwecke juristisch zu bestimmen. Die im Folgenden gelegentlich eingeflochtenen ökonomischen Bemerkungen haben keine tragende Bedeutung für die Zweckbestimmung, sondern sind nebenbei gesagt. Sie fallen, um den Zusammenhang zu unterstreichen, der der Sache nach zwischen öffentlichem Haftungsrecht und ökonomischer Analyse besteht.⁸³

⁸⁰ Siehe die Nachweise oben § 2 Fn. 33 ff. (S. 11).

⁸¹ Schön, in: Engel/Schön (Hrsg.), *Proprium der Rechtswissenschaft*, 2007, S. 313 (314 f. bzw. 318) (Hervorhebungen dort).

⁸² Vgl. Lüdemann, in: Boysen u.a. (Hrsg.), *Netzwerke*, 2007, S. 266 ff.

⁸³ Siehe soeben in diesem § 5, bei Fn. 80 (S. 47 f.), sowie zuvor § 2, bei Fn. 33 ff. (S. 11).

Zweites Kapitel. Zur ökonomischen Analyse des öffentlichen Haftungsrechts

§ 6 Zwecke öffentlichen Haftungsrechts und Folgen für die ökonomische Analyse

I. Zwecke öffentlichen Haftungsrechts

1. *Casum sentit dominus versus neminem laedere*

In einer Rechtsordnung ohne Haftungsrecht bliebe eine Schädigung für den Schädiger stets folgenlos: Der Schaden verbliebe mangels Ersatzanspruchs immer beim Geschädigten (vgl. einen der »Grundpfeiler unserer Rechtsordnung«¹: *casum sentit dominus*, den Zufall spürt der Eigentümer²). Der Geschädigte allein trüge das Schadensrisiko, und ihn allein träfe die Obliegenheit, Vorsorge zu treffen: Schutzmaßnahmen zu ergreifen, um die Beschädigung oder Zerstörung seiner Güter einzuschränken oder zu verhindern, eine Versicherung gegen Schädigungen abzuschließen oder doch den Entschluss zu fassen, das Schadensrisiko hinzunehmen.³

Eine solch umfassende Haftungsfreistellung wäre ökonomisch verfehlt. Das versteht sich nicht von selbst. Denn im Ausgangspunkt verheißt die Regel Effizienzgewinne. Der Verlust, der in einer Schädigung liegt, ist nämlich – gesamtgesellschaftlich gesehen – ohnehin unwiederbringlich. Den Geschädigten auf Kosten des Schädigers zu »entschädigen«, ist in der gesamtgesellschaftlichen Bilanz bloß eine »Umbuchung«. Diese steigert die gesamtgesellschaftliche Wohlfahrt nicht; im Gegenteil: Die Entschädigung verschlechtert die Bilanz weiter, weil sie nicht ohne Transaktionskosten zu haben ist. Zu den Transaktionskosten zählen insbesondere Informations- (hier über den Inhalt der Rechte und Pflichten) und Durchsetzungskosten (hier gegebenenfalls Anwalts- und Gerichtskosten).⁴

¹ *Großfeld*, Die Privatstrafe, 1961, S. 76.

² Dazu nur *Koziol*, Grundfragen des Schadenersatzrechts, 2010, Rn. 1/1.

³ *H.-B. Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 4. Aufl. 2005, S. 159.

⁴ *Coase*, J. Law & Econ. 3 (1960), S. 1 (15 ff.) = *ders.*, in: *ders.*, The Firm, the Market and the Law, 1988, S. 95 (114 ff.); *Möllers*, DÖV 2000, S. 667 (668) m. w. N.; vgl. allgemein *Nicklisch/Towfigh*, in: *Towfigh/N. Petersen*, Ökonomische Methoden im Recht, 2010, S. 35 (56); *Salje*, Rechtstheorie 15 (1984), S. 277 (281), und bereits *Großfeld*, Die Privatstrafe, 1961, S. 76; aber auch *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 3. Aufl. 2005, S. 97 ff., und schließlich krit. *Schweizer*, Vertragstheorie, Tübingen 1999, S. 3.

Im haftungsrechtlichen Kontext heißen die Transaktionskosten der Schadensabwicklung auch tertiäre Kosten.⁵

Der Ausgangspunkt ökonomischer Betrachtung zeigt freilich nur, dass es auch aus dieser Sicht eines »besonderen Grundes«⁶ bedarf, um einen Ersatzanspruch einzuräumen. Ein Haftungsrecht, das alle Schäden beim Geschädigten beließe und es allein ihm überantwortete, Vorsorge zu treffen, nähme dem Schädiger den Anreiz, Schädigungen zu verhindern oder auch nur zu verringern. Er hätte keinen ökonomischen Grund, Schutzmaßnahmen zu ergreifen, um die Beschädigung oder Zerstörung fremder Güter einzuschränken oder zu unterbinden, eine Versicherung gegen Schädigungen abzuschließen oder doch den Entschluss zu fassen, das Schadensrisiko hinzunehmen. Gesamtgesellschaftlich stiegen Zahl und Höhe der Schädigungen über das effiziente auf ein ineffizientes Maß.⁷

Steigen Schädigungen auf ein ineffizientes Maß, würde das Ziel des Haftungsrechts, wie es die Ökonomie versteht, verfehlt. Weil es der Ökonomie darum geht, den gesamtgesellschaftlichen Wohlstand zu steigern,⁸ liegt das ökonomische Ziel des Haftungsrechts darin, die Summe von Schadens- und Schadensvermeidungskosten zu senken.⁹ Die Ökonomie verlangt also immer dann, dass das Haftungsrecht dem Geschädigten ein Schadensrisiko abnehme, wenn dadurch insgesamt Kosten eingespart werden können.¹⁰

Das andere Extrem bildet eine Haftungsregel, nach der jede Schädigung auszugleichen wäre (vgl. *neminem laedere*: niemandem schaden)¹¹. Auch dieses Extrem hat das geltende Recht gemieden. Der Schädiger ist nicht ohne Weiteres, sondern nur unter bestimmten Voraussetzungen verpflichtet, für die Schäd-

⁵ *Calabresi*, *The Costs of Accidents*, 1970, S. 26 ff.; ihm folgend etwa *Janson*, *Ökonomische Theorie im Recht*, 2004, S. 238; *Sadowski*, in: ders./Walwei (Hrsg.), *Ökonomische Analyse des Arbeitsrechts*, 2002, S. 3 (7 f.); *H.-B. Schäfer/Ott*, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, 4. Aufl. 2005, S. 140 f.; *Scheel*, *Versicherbarkeit und Prävention*, 1999, S. 122 f.; *Taupitz*, *AcP* 1996, S. 114 (143); zu den Begriffen primärer und sekundärer Kosten siehe unten § 8, bei Fn. 3 (S. 103).

⁶ *Holmes*, *The Common Law*, 1881, S. 50 = *ders.*, *dass.*, 2009, S. 47 (»... sound policy lets losses lie where they fall, except where a special reason can be shown for interference. The most frequent of such reasons is, that the party who is charged has been to blame«); ebenso etwa *Rupp*, *Grundfragen*, 2. Aufl. 1991, S. VII.

⁷ *Janson*, *Ökonomische Theorie im Recht*, 2004, S. 238 f.

⁸ Siehe oben § 3 I (S. 17 ff.).

⁹ *Sadowski*, in: ders./Walwei (Hrsg.), *Ökonomische Analyse des Arbeitsrechts*, 2002, S. 3 (7); *H.-B. Schäfer/Ott*, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, 4. Aufl. 2005, S. 125 ff.; ebenso angelsächsische Juristen, vgl. nur *Mashaw*, *Law & Contemp. Prob.* 8 (1978), S. 8 (9), aber auch *Calabresi*, *Cost of Accidents*, 1970, S. 24, 26.

¹⁰ Vgl. *Kötz/Wagner*, *Deliktsrecht*, 11. Aufl. 2010, Rn. 5; *H.-B. Schäfer/Ott*, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, 4. Aufl. 2005, S. 160; *Wagner*, in: *Münchener Kommentar zum BGB*, Bd. 5, 5. Aufl. 2009, vor § 823, Rn. 45 f.

¹¹ Vgl. *GA Tesouro*, *Slg.* 1996, I-1029, Rn. 7 Fn. 13, Rn. 12 – *Brasserie du pêcheur*; *Jansen*, *Struktur des Haftungsrechts*, 2003, S. 25.

digung einzustehen.¹² Es gibt also auch nach geltendem Recht Schädigungen, die beim Geschädigten verbleiben. Eine »Vollkaskohaftung«, eine unbegrenzte Gefährdungshaftung auch für ungefährliche, rechtmäßige und unverschuldete Schädigungen, wäre auch ökonomisch sinnlos. Ein Haftungsrecht, das stets alle Schäden den Schädiger tragen ließe und es allein ihm überantwortete, Vorkehrungen zu treffen, nähme nun dem Geschädigten den Anreiz, Schädigungen zu verhindern oder auch nur zu verringern. Der Geschädigte hätte keinen ökonomischen Grund, Schutzmaßnahmen zu ergreifen, um die Beschädigung oder Zerstörung eigener Güter einzuschränken oder zu unterbinden, eine Versicherung gegen Schädigungen abzuschließen oder doch den Entschluss zu fassen, das Schadensrisiko hinzunehmen. Die Zahl und die Höhe der Schädigungen stiegen über das effiziente auf ein ineffizientes Maß. Das Ziel des Schadensersatzrechts, wie es die Ökonomie versteht, würde auch dieses Haftungsregime verfehlen.

2. Kompensation und Prävention

a) Kompensation oder Prävention?

Juristen und Ökonomen diskutieren vor allem zwei Zwecke des Haftungsrechts: den Ausgleich entstandener Schäden (Kompensation) und die Steuerung künftigen Verhaltens (Prävention, auch Anreiz, Abschreckung).¹³ Sie streiten insbesondere, in welchem Verhältnis die beiden Zwecke zueinander stehen. Den Hauptzweck sehen hierzulande viele Juristen in der Kompensation¹⁴ und viele

¹² Den Begriff der Einstandspflicht betrachten als zentral Höfling, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts III, 2009, § 51 Rn. 7, in und bei Fn. 25, Rn. 77 ff., 104 f.; Morlok, a. a. O., § 52 Rn. 1 ff.; Osterloh, a. a. O., § 55 Rn. 12; siehe auch Enders, a. a. O., § 53 Rn. 1 ff.

¹³ Hager, in: J. v. Staudinger, BGB, 13. Aufl. 1999, Vorbem. zu §§ 823 ff., Rn. 9 f.; Kramer/Sykes, Supreme Court Review 1987, S. 249 (267); Janson, Ökonomische Theorie im Recht, 2004, S. 237; Kötz/Wagner, Haftungsrecht, 11. Aufl. 2010, Rn. 59 ff.; Mathis, Effizienz statt Gerechtigkeit?, 3. Aufl. 2009, S. 90; Morgenthaler, Freiheit durch Gesetz, 1999, S. 23; Morlok, Die Verwaltung 25 (1992), S. 371 (376); ders., in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts III, 2009, § 52 Rn. 17; Wagner, JZ 1991, S. 175 (176 f.); Wise, Publ. Admin. Rev. 45 (1985), S. 746 (747).

¹⁴ Dari-Mattiacci/Garoupa/Gómez-Pomar, European Review of Private Law 2010, S. 773 (792); Masing, Mobilisierung des Bürgers, 1997, S. 146; Grüneberg, in: Palandt (Begr.), BGB, 71. Aufl. 2012, Rn. 2 vor § 249; Hager, in: J. v. Staudinger, BGB, 13. Aufl. 1999, Vorbem. zu §§ 823 ff., Rn. 9 m. w. N.; Hart, in: ders. (Hrsg.), Essays in Jurisprudence and Philosophy, 1983, S. 123 (143 f.) (»at least sometimes«); Jansen, in: Basedow/Hopt/Zimmermann (Hrsg.), Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts I, 2009, S. 305 (307); ders./Rademacher, in: Koziol/Wilcox (Hrsg.), Punitive Damages, 2009, S. 75 (75); Luhmann, Öffentlich-rechtliche Entschädigung rechtspolitisch betrachtet, 1965, S. 247; Mäsch, Chance und Schaden, 2004, S. 344 f.; Masing, Mobilisierung des Bürgers, 1997, S. 146.

Krit. Calabresi, Costs of Accidents, 1970, S. 27; Endres, Ökonomische Grundlagen des Haftungsrechts, 1991, S. VII; Schüren, in: FS Stree/Wessels, 1993, S. 1085 (1090 f.); Wagner, AcP 206 (2006), S. 352 (451 ff.); Wagner, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 5, 5. Aufl. 2009,

Ökonomen in der Prävention¹⁵. Den Streit mag, wer Ungenauigkeiten in Kauf nehmen möchte, als haftungsrechtliches Beispiel der oben allgemein wiedergegebenen Meinungsverschiedenheit betrachten: dass das Recht den Juristen gerecht, den Ökonomen aber effizient sei¹⁶.

b) Kompensation ohne Prävention? Oder umgekehrt?

Kann der Kompensationsgedanke oder kann der Präventionsgedanke das Haftungsrecht erklären? Der Kompensationsgedanke blickt auf den Geschädigten und sieht den Zweck des Haftungsrechts im Ausgleich jener Nachteile, die diesen treffen. Dieser Zweck allein vermag das Haftungsrecht nicht zu erklären. Wäre Kompensation des Geschädigten der einzige Zweck, blieben zentrale Voraussetzungen des Haftungsrechts unerfindlich. Das zeigt der Blick auf den Geschädigten als Anspruchsgläubiger wie auf den Schädiger als Anspruchsschuldner.

Mit Blick auf den Geschädigten fehlen dem Kompensationsgedanken mindestens zwei Erklärungen: zum einen die Erklärung dafür, warum das Haftungsrecht bisweilen Ansprüche gewährt, obwohl der Geschädigte gar keinen Kompensationsbedarf hat. Der Kompensationsbedarf entfällt etwa mangels »Empfindlichkeit der Schädigung«¹⁷, also wenn die Schädigung den Geschädigten nicht berührt. So mag eine ehrverletzende Äußerung nicht jeden Adressaten kränken oder mag der Geschädigte die Fällung seines Baumes und den Überbau der Mauer auf sein Grundstück, obwohl rechtswidrig, gleichwohl begrüßen.¹⁸ Zum anderen fehlt dem Kompensationsgedanken die Erklärung dafür, warum das Haftungsrecht bisweilen Ansprüche verwehrt, obwohl der Geschädigte

vor § 823, Rn. 38 m. w. N.; vgl. auch *Jansen*, Struktur des Haftungsrechts, 2003, S. 37 (primäre Funktion sei die »Gewährleistung der Gerechtigkeit des Schadensausgleichs«).

¹⁵ Vgl. nur *Schweizer*, in: Franz u.a. (Hrsg.), Arbeitsverträge, 2008, S. 29 (29); ebenso etwa *Kramer/Sykes*, Supreme Court Review 1987, S. 249 (268). Für die hiesige Rechtswissenschaft spielt der Präventionsgedanke dagegen zumeist bloß eine nachgeordnete Rolle, vgl. nur *Brox/Walker*, Allgemeines Schuldrecht, 36. Aufl. 2012, § 28 Rn. 2; *Larenz*, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 1987, S. 423; *Looschelders*, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2011, Rn. 873; dagegen wiederum *Kötz/H.-B. Schäfer*, AcP 189 (1989), S. 501 (502); *Peter Müller*, Punitive Damages und deutsches Schadensersatzrecht, 2000, S. 299; *Wagner*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 5, 5. Aufl. 2009, vor § 823, Rn. 41; ablehnend auch *Honsell*, in: FS Harm Peter Westermann, 2008, S. 315 (335) (»Prävention« im Privatrecht ohne Berechtigung); vgl. aber auch *Appel*, Verfassung und Strafe, 1998, S. 480.

¹⁶ Siehe oben § 3 Fn. 17 f. (S. 20).

¹⁷ So in anderem Zusammenhang *Luhmann*, Öffentlich-rechtliche Entschädigung rechtspolitisch betrachtet, 1965, S. 87.

¹⁸ Dass der Geschädigte die Schädigung nicht empfindet, weil der Schaden so gering, der Geschädigte so vermögend (vgl. BGHZ 18, 149 (157, 159); 128, 117 (120 ff.)) oder dessen Interesse an der Sache verloren gegangen (vgl. *Jansen*, ZEuP 2001, S. 30 (60)) ist, liefert dagegen ökonomisch nur unter weiteren Annahmen ein Beispiel: Falls Geld nämlich einen stets positiv bleibenden Grenznutzen hat, freut sich auch der Reichste noch über weitere Einnahmen – und sei es nur ein wenig.

sehr wohl Kompensationsbedarf hat. Der Kompensationsbedarf besteht (und der Ersatzanspruch entfällt gleichwohl) bei Zufallsschäden¹⁹ oder wenn – so ein Beispiel aus der Literatur²⁰ – das Jugendamt den Missbrauch eines Kindes durch dessen Eltern pflichtwidrig geschehen lässt, ohne dass den Beamten ein Fahrlässigkeitsvorwurf zu machen wäre. Der Kompensationsbedarf des Kindes hängt nicht davon ab, ob die Behörde sorgfältig oder sorglos gehandelt hat. Als weiteres Beispiel ließen sich Haftungsbergrenzen anführen. Sie begrenzen den Ersatzanspruch, obwohl der Kompensationsbedarf in der vollen Höhe des Schadens besteht.

Mit Blick auf den Schädiger fehlen dem Kompensationsgedanken ebenfalls mindestens zwei Erklärungen. Zum einen die Erklärung dafür, warum das Haftungsrecht überhaupt die Existenz eines Schadens verlangt.²¹ Den Kompensationsgedanken ernst genommen, müsste Kompensationsbedarf die einzige Anspruchsvoraussetzung sein. Doch das ist nicht der Fall. Im Gegenteil: Es leuchtet ein, dass das Haftungsrecht kein geeignetes Instrument für Umverteilung ist. Es hängt zu sehr vom Zufall ab, wer wen wann schädigt. Mit Blick auf die Umverteilung über das Privatrecht ist anerkannt, dass diese Steuerung ungenau ausfiele, eine also ineffiziente Steuerung den gesellschaftlichen Wohlstand minderte und so insgesamt weniger zu verteilen bliebe.²² Selbst wenn sich das private Haftungsrecht als Ausdruck austeilender Gerechtigkeit erklären ließe, gälte diese Erklärung nicht für das öffentliche Haftungsrecht: Schadensersatzverpflichtungen der öffentlichen Hand schmälern, anders als Schadensersatzverpflichtungen Privater, die Mittel, die für (soziale) Maßnahmen austeilender Gerechtigkeit zur Verfügung stehen. Austeilende Gerechtigkeit ist daher keine Funktion, die das öffentliche Haftungsrecht zu begründen vermag.²³

Der Maßstab der Gerechtigkeit ist ohnehin vage. Meistens taugt Gerechtigkeit auf beiden Seiten als Argument. Das zeigt nicht zuletzt die Geschichte des öffentlichen Haftungsrechts. Im Bericht der Reichstags-Kommission über den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs wird ein Antrag wiedergegeben, die Amtshaftung verschuldensunabhängig auszugestalten, »um die Staatsbürger gegen jeden Schaden, der durch eine unrichtige, wenngleich unverschuldete, Ausübung der Staatsgewalt entstehe, zu schützen«. Der Antrag wurde »mit großer Majorität« abgelehnt mit dem zentralen Argument, dass die »Haftung des Beamten ohne jedes eigene Verschulden ... mit der Gerechtigkeit unverein-

¹⁹ Vgl. nur *Jansen*, Binnenmarkt, Privatrecht und europäische Identität, 2004, S. 69.

²⁰ Vgl. *Squires*, JRE 17 (2009), S. 327 (344 f.); allgemein *Wagner*, AcP 206 (2006), S. 352 (454) (Differenzierung nach »der Schwere der Einbuße und der Intensität des Ausgleichsbedarfes«); vgl. auch *Oberhardt*, Aufsichtspflicht öffentlicher Einrichtungen, 2010 (zu Kindertagesstätten und -heimen, Schulen und psychiatrischen Krankenhäusern).

²¹ Vgl. zu diesem Punkt *van Boom/Faure*, in: dies. (Hrsg.), Shifts in Compensation Between Private and Public Systems, 2007, S. 1 (9).

²² Vgl. nur *Kaplow/Shavell*, in: J. Legal Stud. 23 (1994), S. 667 ff.

²³ *Squires*, JRE 17 (2009), S. 327 (347).

bar« sei.²⁴ Dass der Beamte haftet, war danach ungerecht. Zugleich aber sollte die Gerechtigkeit für Ersatzansprüche streiten: »Der Glaube an die Gerechtigkeit des Rechts«, so *Gierke*, müsse »erschüttert werden, wenn eine ganz gleichartige Rechtsverletzung hier volle Ausgleichung findet und dort, weil nur ein mittelloser Beamter für sie haftet, unausgeglichen bleibt.«²⁵ Dass der Beamte nicht haftet, war also ebenfalls ungerecht.

Zum anderen fehlt dem Kompensationsgedanken die Erklärung dafür, warum gerade der Schädiger kompensieren muss. Den Kompensationsgedanken ernst genommen, müsste es nur darauf ankommen, dass der Geschädigte den Ausgleich erhält, und nicht darauf, wer ausgleicht.²⁶ Für die Auswahl des Kompensationspflichtigen wäre dann vor allem entscheidend, dass dieser leicht auszumachen ist und den Ausgleich zügig zu leisten vermag. Aus Sicht des Kompensationsgedankens wäre eine Kompensationspflicht etwa der Gemeinschaft nicht minder plausibel als eine des Schädigers, immerhin ist die Gemeinschaft leichter zu identifizieren und seltener der Insolvenz verfallen als ein typischer Schädiger. Für das öffentliche Haftungsrecht entfällt dieser Gesichtspunkt freilich weitgehend, nämlich regelmäßig dann, wenn die öffentliche Hand Haftungsschuldner ist oder wird, sei es von vornherein (wie beim Folgenbeseitigungsanspruch), sei es nachträglich (wie bei der Übernahme der Amtshaftungsschulden gem. Art. 34 GG²⁷).

Kann umgekehrt der Präventionsgedanke für sich genommen das Haftungsrecht erklären? Er sieht den Zweck des Haftungsrechts darin, Verhalten zu steuern, genauer: das Verhalten der Bürger und Staatsdiener so zu steuern, dass diese all jene Schadensfälle verhüten, deren Verhütung gesamtgesellschaftliche Wohlfahrtsgewinne verspricht.²⁸ Der Präventionsgedanke hat also stets und vor allem den Schädiger im Sinn. Er bedenkt aber auch den Geschädigten, wenn dessen Mitverschulden den Haftungsanspruch mindert. Der Präventionsgedanke sieht den Zweck des Haftungsrechts also auch darin, des Geschädigten Verhalten zu steuern.

Doch die Zweckbestimmung der Prävention allein vermag das Haftungsrecht nicht zu erklären. Wäre Prävention des Schädigers bzw. des Geschädigten einzi-

²⁴ Bericht der Reichstags-Kommission über den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs und Einführungsgesetzes nebst einer Zusammenstellung der Kommissionsbeschlüsse, Berlin 1896, § 823 Abs. 1 und 2 (S. 109).

²⁵ *Gierke*, Gutachten, in: Verhandlungen des 28. DJT, 1905, Bd. 1, S. 102 (133 f.).

²⁶ Vgl. *Großfeld*, Die Privatstrafe, 1961, S. 76 f. (»warum soll ... der Schaden des Verletzten gerade zu Lasten des Täters gehen?«).

²⁷ Um eine nachträgliche Schuldübernahme handelt es sich nur nach herrschender Meinung. Danach begründet § 839 BGB einen Anspruch gegen den Beamten, den der Staat gem. Art. 34 GG schuldbefreiend übernimmt. Zu Art. 34 GG als Haftungsverlagerungsnorm siehe § 16 Fn. 46 (S. 352). Nach anderer Ansicht begründet Art. 34 GG von vornherein einen Anspruch gegen den Staat, den § 839 BGB näher konkretisiert. Zu Art. 34 GG als Haftungsbeurteilungsnorm siehe § 16 Fn. 51 (S. 353).

²⁸ *Kötz/Wagner*, Deliktsrecht, 11. Aufl. 2010, Rn. 64.

ger Zweck des Haftungsrechts, blieben zentrale Voraussetzungen des Haftungsrechts unerfindlich. Das zeigen erneut die Blicke auf den Geschädigten wie auf den Schädiger. Mit Blick auf den Schädiger fehlen dem Präventionsgedanken mindestens zwei Erklärungen. Zum einen die Erklärung dafür, warum das Haftungsrecht überhaupt eine Schädigung verlangt. Den Präventionsgedanken ernst genommen, müsste das Haftungsrecht schon bei der Pflichtverletzung ansetzen (und nicht erst bei der rechtswidrigen Schädigung) und Pflichtverletzungen also auch dann sanktionieren, wenn der Schaden ausbleibt²⁹ oder wenn kein subjektives, sondern nur objektives Recht betroffen ist (weil auch das nur objektive Recht gelten soll).

Zum anderen fehlt dem Präventionsgedanken die Erklärung dafür, warum das Haftungsrecht Ansprüche nur in Höhe der Schädigung gewährt. Liegt der Zweck des Schadensersatzes allein in der Verhaltenssteuerung, müsste die Höhe der Zahlungspflicht losgelöst vom Ausgleichszweck und unabhängig vom Schadensausmaß allein daraus folgen, wie das Verhalten des Schädigers besser gesteuert werden könnte. Tendenziell gilt dabei (jedenfalls bis zur Grenze der Pfändungsfreibeträge): je höher, desto besser. Die Höhe der Zahlungspflicht müsste also etwa von der Schwere der Pflichtverletzung bzw. dem Grad des Verschuldens abhängen (wie es das Allgemeine Landrecht für die Preussischen Staaten³⁰ und das Zivilgesetzbuch der Schweiz³¹ vorsahen und es hierzulande das Strafrecht, dessen Zweck (auch) der Prävention überwiegend anerkannt wird³², weiterhin vorsieht, wenn es die vorsätzliche Begehung härter bestraft als

²⁹ Vgl. *Jansen*, ZEuP 2001, S. 30 (59) (mit dem Beispiel des rechtswidrigen Zuparkens einer Garage, solange das den Eigentümer nicht beeinträchtigt).

³⁰ Die »Pflichten und Rechte, die aus unerlaubten Handlungen entstehen«, regelte das Allgemeine Landrecht im Sechsten Titel des Ersten Theils. Danach muss beispielsweise, wer »einen Andern aus Vorsatz oder grobem Versehen beleidigt, ... demselben vollständige Genugthuung leisten« (I 6 § 10 ALR), wozu »der Ersatz des gesammten Schadens und des entgangnen Gewinnes« (I 6 § 7 ALR) gehört. Wer dagegen »nur aus mäßigem Versehen« den »Andern durch eine Handlung oder Unterlassung beleidigt«, haftet nach I 6 § 12 ALR »nur für den daraus entstandenen wirklichen Schaden.« Dieselbe Differenzierung zwischen Vorsatz und grobem Versehen einerseits und mäßigem (oder geringem) Versehen andererseits kennt das ALR außerdem bei Sachbeschädigungen (vgl. I 6 §§ 85, 88), Tötungsdelikten (vgl. I 6 §§ 98, 99 ff., 103 ff.), Schmerzensgeldansprüchen (vgl. I 6 § 112), Berufsunfähigkeit (vgl. I 6 §§ 116 ff.) und der Verunstaltung »unverheyrahtete[r] Frauensperson[en]« (vgl. I 6 §§ 123 ff.). Das »Gleichgewicht zwischen Schuld und Schadensersatz«, hatte *v. Jhering*, *Das Schuldmoment im Römischen Privatrecht*, 1867, S. 55 einst als »glänzend[en]« Fortschritt gepriesen (a. a. O., S. 57).

³¹ Nach Art. 43 des Obligationenrechts in Verbindung mit Art. 4 des Zivilgesetzbuches berücksichtigte der Schweizer Richter bei der Festsetzung von Art und Höhe des Schadensersatzes die Größe des Verschuldens mit. Diese Regel galt bis zum Inkrafttreten der verschuldensunabhängigen Haftung gem. § 3 Abs. 1 des schweizerischen Verantwortlichkeitsgesetzes v. 14.03.1958. All das nach *Luhmann*, *Öffentlich-rechtliche Entschädigung rechtspolitisch betrachtet*, 1965, S. 82 f.

³² Zum Streit um den Strafzweck, insbesondere zu Spezial- und Generalprävention, vgl. nur *Roxin*, *JuS* 1966, S. 377 ff.; *U. Stein*, *Vorsatz- und Fahrlässigkeitsstraftaten*, 1993, S. 24 ff.

die fahrlässige³³) sowie von den wirtschaftlichen Verhältnissen der Beteiligten (entsprechend einer nach den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen des Täters bemessenen und deshalb in Tagessätzen verhängten Geldstrafe, vgl. § 40 StGB).³⁴ Im Gegensatz dazu kennt das Haftungsrecht hierzulande keinen Strafschadensersatz (*punitive damages*)³⁵, auch aus verfassungsrechtlichen Gründen³⁶, sondern nur vereinzelte pönale Elemente und diese bislang auch bloß im Zivilrecht und immer unter der engen Voraussetzung eines vorsätzlichen Rechtsbruchs zur Kommerzialisierung von Persönlichkeitsrechten³⁷.

Mit Blick auf den Geschädigten fehlt dem Präventionsgedanken ebenfalls eine Erklärung, die Erklärung nämlich, warum die Zahlungspflicht gerade dem Geschädigten gegenüber besteht. Den Präventionsgedanken ernst genommen, wäre eine Zahlung etwa an die Staatskasse oder an sonst unbeteiligte Dritte nicht weniger abschreckend.³⁸ Namentlich das Strafrecht begünstigt dementsprechend regelmäßig nicht das Opfer, sondern die Staatskasse (vgl. für die Geldstrafe § 40 StGB³⁹) oder gemeinnützige Einrichtungen (vgl. für die Auflage der Zahlung eines Geldbetrages § 153a Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 StPO⁴⁰).

Die Gedanken der Kompensation und der Prävention können das Haftungsrecht also jeweils für sich genommen nicht erklären, ohne dass so zentrale Elemente des Haftungsanspruchs im Nebel blieben wie die Person des Gläubigers, der Inhalt des Haftungsanspruchs, die Person des Schuldners und die Notwendigkeit eines Schadens.

³³ Vgl. nur die Strafraumenobergrenzen für Körperverletzung (bei Fahrlässigkeit gem. § 229 StGB drei Jahre, bei Vorsatz gem. § 223 StGB fünf Jahre Freiheitsstrafe) und für Tötungsdelikte (bei fahrlässiger Tötung gem. § 222 StGB fünf Jahre, bei Totschlag gem. §§ 212, 38 Abs. 2 StGB fünfzehn Jahre Freiheitsstrafe); ebenso im Fall einer schweren Strafe bei besonderen Tatfolgen gem. § 18 StGB, vgl. nur *Hardtung*, in: Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 1, 2. Aufl. 2011, § 18 Rn. 90.

³⁴ Vgl. zivilrechtlich BGHZ 18, 149 (159 ff.) (mit Blick auf das Schmerzensgeld nach § 847 BGB a.F. und Ausnahmen für den schädigenden Fiskus).

³⁵ Vgl. dazu nur *Hoeren*, MMR 2003, S. 299 (301, 303); *Janson*, Ökonomische Theorie im Recht, S. 238 einerseits; *Schubert*, JR 2008, S. 138 (139); *Wagner*, AcP 206 (2006), S. 352 (457 f., 471 ff.) andererseits.

³⁶ *Jansen/Rademacher*, in: Koziol/Wilcox (Hrsg.), *Punitive Damages*, 2009, S. 75 (76).

³⁷ Vgl. nur BGH, NJW 1965, S. 685 (686); BGHZ 118, 312 (344); 128, 1 (15 f.); 143, 214 (223 ff.); *L. Alexy*, Gewinnabschöpfung bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, 2009, S. 146 ff.; *Großfeld*, Die Privatstrafe, 1961 (als – so der Untertitel – »Beitrag zum Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts« und der Abgrenzung zum Schadensersatz auf S. 11 f., 75 ff., 82 ff.); zu Weiterungen, die die Regel in Frage stellen, siehe *Behr*, ZJS 2010, S. 292 (295 f.), *Ebert*, Pönale Elemente, 2004 (mit der »Renaissance der Privatstrafe« im Untertitel); *Peter Müller*, Punitive Damages und deutsches Schadensersatzrecht, 2000, S. 299; krit. *Honsell*, in: FS Harm Peter Westermann, 2008, S. 315 (335) (Strafgedanke als »Atavismus«); a.A. *Jansen*, JZ 2005, S. 160 (170); *ders./Rademacher*, in: Koziol/Wilcox (Hrsg.), *Punitive Damages*, 2009, S. 75 (76 ff., 80 f., 85 f.), wonach – von § 15 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 AGG abgesehen – alle Ersatzansprüche kompensatorisch sind.

³⁸ *Hart*, in: *ders.* (Hrsg.), *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, 1983, S. 123 (144).

³⁹ Zum Präventionszweck der Geldstrafe siehe nur *Heghmanns*, NStZ 1994, S. 519 (519).

⁴⁰ Zum Präventionszweck der Geldauflage siehe nur *Fünfsinn*, NStZ 1987, S. 97 (99 f.).

c) *Kompensation samt Prävention*

Den beiden Gedanken gelingt die Erklärung aber gemeinsam (Kombinationsthese). Das versteht sich: Der Kompensationsgedanke, der nur den Geschädigten im Sinn hat und insofern »Opferrecht«⁴¹ darstellt, ist defizitär, weil er den Schädiger aus dem Blick verliert, und der Präventionsgedanke, der vor allem den Schädiger im Sinn hat und insofern »Täterrecht« darstellt, ist defizitär, soweit er den Geschädigten ausgrenzt. Defizitär sind die Beschränkungen der Blickrichtung jeweils deshalb, weil es den Haftungsanspruch gerade auszeichnet, dass das damit begründete Haftungsrechtsverhältnis den Geschädigten mit dem Schädiger verbindet. Entsprechend dieser Verbindung muss die Haftungszweckbestimmung eben beide, den Geschädigten wie den Schädiger, beachten. Ein kombinierter Zweck aus Kompensation samt Prävention tut das und vermag so das beschriebene Defizit zu beseitigen, wird dem Haftungsrechtsverhältnis gerecht und vermag so das Haftungsrecht samt seinen zentralen Voraussetzungen zu erklären.

Dabei erklärt der Kompensationsgedanke genau jene Elemente, für die der Präventionsgedanke eine Erklärung schuldig bleibt. Dass das Haftungsrecht kompensieren will, erklärt, warum es einen Schaden voraussetzt, Haftungsansprüche nur in dessen Höhe gewährt und sowohl symbolischen (exemplarischen) als auch punitiven »Schadensersatz« regelmäßig ausschließt.⁴² Dass das Haftungsrecht kompensieren will, erklärt auch, warum es gerade den Geschädigten berechtigt. Der Kompensationszweck verantwortet damit zum einen die Person des Gläubigers und zum anderen die Rechtsfolge des Haftungsanspruchs, namentlich das Verbot der Bereicherung des Geschädigten (schadensersatzrechtliches Bereicherungsverbot)⁴³.

Umgekehrt erklärt der Präventionsgedanke gerade jene Elemente, für die der Kompensationsgedanke versagt. Weil das Haftungsrecht vorbeugen will, gewährt es Haftungsansprüche auch dann, wenn der Geschädigte keinen Kompensationsbedarf hat. Denn der Schädiger soll einen Anreiz haben, bestimmte

⁴¹ Zur »Opferkultur« vgl. nur *Schlink*, in: *ders.*, *Vergewisserungen*, 2005, S. 297 (306 f.).

⁴² Symbolischer »Schadensersatz« wird gewährt, wenn der Ersatzanspruch dem Grunde nach besteht, aber eine Höhe von null hat. Eine Rechtsordnung, die keinen symbolischen »Schadensersatz« anerkennt, weist in einem solchen Fall die Schadensersatzklage ab. Die Klageabweisung verwischt jedoch den Unterschied zwischen diesem Fall eines immerhin dem Grunde nach bestehenden zu dem anderen Fall eines schon dem Grunde nach ausgeschlossenen Schadensersatzanspruchs. Der symbolische »Schadensersatz« beläuft sich folgerichtig auf einen symbolischen Betrag, und sei es 1 £. – Punitiver Schadensersatz tritt zum Schadensersatz, wie er nach der Differenzmethode berechnet wurde, hinzu, und beläuft sich folgerichtig auf einen Betrag oberhalb symbolischer Höhe. Beide, symbolischer und punitiver Schadensersatz, haben gemeinsam, dass sie sich mit dem Kompensationsgedanken nicht erklären lassen.

⁴³ Vgl. nur BGH, NJW 2003, S. 3049 (3050); NJW 2007, S. 2695 (2696 Rn. 18); *Brox/Walker*, Allgemeines Schuldrecht, 36. Aufl. 2012, § 31 Rn. 21; *Jansen*, JZ 2005, S. 160 (162); *Looschelders*, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2011, Rn. 876; *Wagner*, AcP 206 (2006), S. 352 (456), vgl. aber auch *dens.*, a. a. O., S. 470 f.; *Wurmnest*, Grundzüge, 2003, S. 95.

Schädigungen zu vermeiden. Der Zufall, dass dem konkret betroffenen Geschädigten (empirisch gesehen: ausnahmsweise) der Kompensationsbedarf fehlt, schmälert das (allgemeine) Präventionsbedürfnis nicht. Weil das Haftungsrecht vorbeugen will, verwehrt es umgekehrt Haftungsansprüche immer dann, wenn der Schädiger die Schädigung nicht zu verantworten hat, er die Schädigung also trotz hinreichender Sorgfalt nicht vermeiden konnte bzw. auch bei hinreichender Sorgfalt nicht hätte vermeiden können.⁴⁴ Wie soll eine Pflicht ein Verhalten steuern, wenn sie von den Handlungsmöglichkeiten des Einzelnen absieht (etwa weil sie verschuldensunabhängig gilt)? Garantieähnliche Einstandspflichten können an die objektiv-rechtliche Pflichtverletzung anknüpfen; jede Form individueller Verantwortung scheidet jedoch aus.⁴⁵ Die Haftungsschuld wirkt nur dann präventiv in dem Sinn, dass sie den Staatsdiener zu gesteigerten Anstrengungen veranlasst, wenn dieser dadurch die Schädigung vermeiden können. Der Präventionsgedanke erklärt damit zum einen die Anspruchsvoraussetzung der Zurechnung, liege sie in einer Verantwortlichkeit im Sinn des Verschuldens, liege sie in einer Verantwortlichkeit im Sinn eines qualifizierten Verstoßes. Weil der Haftungsanspruch stets beim Schädiger vorbeugen will, ist es unerlässlich, dass das Haftungsrecht gerade ihn adressiert (indem etwa er es ist, der den Schaden ersetzen muss). Weil das Haftungsrecht auch den Geschädigten erreichen will, ist es folgerichtig, dass dessen Mitverschulden zu eigenen Lasten geht. Der Präventionsgedanke erklärt also außerdem die Person des Anspruchsschuldners und die Anspruchsminderung bei Mitverschulden.

Kompensation und Prävention sind danach beide notwendig, um das Haftungsrecht zu erklären: Kompensation, weil die Prävention ohne sie maßlos, und Prävention, weil die Kompensation ohne sie schuldnerlos ist. Sind beide notwendig, geht es zu weit, den Kompensationsgedanken der »Inhaltsleere« zu zeihen.⁴⁶ Weil das Haftungsrecht auch darüber entscheide, welche Schäden nicht kompensiert werden, so das Argument, habe es genauso den Zweck der Nichtkompensation und sei der Kompensationsgedanke insgesamt irrelevant. Dieses Argument sticht schon deshalb nicht, weil es sich genauso gegen den a. a. O. als Zweck anerkannten Präventionsgedanken wenden lässt: Weil das Haftungsrecht auch darüber entscheidet, welchen Schäden nicht vorgebeugt wird, müsste man

⁴⁴ Die damit auch angesprochene Frage nach den ökonomischen Konsequenzen von Verschuldens- und Gefährdungshaftung soll erst unten vertieft werden, unter § 14 II 3 b) (S. 262 ff.). An dieser Stelle genügt es festzuhalten, dass auch eine verschuldensunabhängige Haftung Verhalten steuern und Sorgfalt steigern kann, vgl. nur *Wagner*, AcP 206 (2006), S. 352 (364).

⁴⁵ Vgl. *Wehr*, Rechtspflichten im Verfassungsstaat, 2005, S. 70 f.

⁴⁶ *Kötz/Wagner*, Deliktsrecht, 11. Aufl. 2010, Rn. 57 f.; in der Sache ebenso *H.-B. Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 4. Aufl. 2005, S. 126; zurückhaltender noch *Wagner*, JZ 1991, S. 175 (176). Den Vorwurf erheben Befürworter und Gegner ökonomischer Analysen des Rechts wechselseitig, vgl. einerseits *Adams*, JZ 1989, S. 787 ff., andererseits *Rittner*, Die sogenannte wirtschaftliche Betrachtungsweise, 1975, S. 47.

formulieren, hätte es genauso den Zweck der Nichtprävention, wäre der Präventionsgedanke ebenfalls eine Leerformel und folgerichtig genauso irrelevant wie der Kompensationsgedanke.

Dass die Haftungszweckbestimmung voraussetzt, sowohl den Schädiger als auch den Geschädigten im Sinn zu behalten, weil das Haftungsrecht im Haftungsrechtsverhältnis gerade diese beiden verbindet, gilt für jedes Haftungsrechtsverhältnis. Es kommt nicht darauf an, ob es der Staat ist oder ob es Private sind, die auf Seiten des Schädigers, des Geschädigten oder auf beiden Seiten auftreten. Der Befund, dass der Haftungszweck kombiniert zu bestimmen ist, gilt daher nicht nur für privates, sondern auch für öffentliches Haftungsrecht: Auch das Staatshaftungsrecht und seine zentralen Elemente lassen sich nur aus einem gemeinsamen Zweck »Kompensation samt Prävention« ableiten. Die Kombinationsthese stützt schließlich, dass diese Abhandlung nur rechtswidriges Staatshandeln betrachtet.⁴⁷ Rechtmäßiges Staatshandeln muss nicht rückgängig gemacht werden. Es bedarf weder der Kompensation noch der Prävention, jedenfalls nicht als solches und also nicht notwendig. Rechtmäßiges Staatshandeln braucht daher selbst dann weder verhindert noch ausgeglichen zu werden, falls es schädigt.

d) Kompensation vor Prävention

Sind Kompensation und Prävention beide notwendig, um das Haftungsrecht zu erklären, fragt sich, wie sich die beiden Zwecke zueinander verhalten. Denkbar ist, dass beide Zwecke gleichrangig nebeneinander stehen oder dass der eine Zweck dem anderen übergeordnet ist. Das Bedürfnis, die Vorbeugung gerade mittels Haftungsansprüchen zu bewerkstelligen, ist im öffentlichen Recht schwächer ausgeprägt als im Privatrecht. Denn die öffentliche Hand ist, wie zu zeigen sein wird, stärker an das Recht gebunden als Private⁴⁸, und so unterhält das öffentliche Recht denn auch eigene, spezifisch öffentlich-rechtliche Präventionsinstrumente, die das private Recht nicht kennt.⁴⁹ Das Bedürfnis, den Ausgleich gerade mittels Haftungsansprüchen zu bewerkstelligen, ist im öffentlichen Recht dagegen stärker ausgeprägt als im Privatrecht: Eben weil das öffentliche Recht die öffentliche Hand stärker als das Privatrecht Private bindet, steigt das Bedürfnis, rechtswidrige Schädigungen zu kompensieren, entsprechend.⁵⁰ Daher dürfte für das öffentliche Recht erst recht gelten, dass innerhalb der beiden Zwecke der Kompensationsgedanke gegenüber dem Präventionsgedanken den Vorrang genießt.

⁴⁷ Siehe oben § 2 (S. 7 ff.).

⁴⁸ Siehe unten § 7 II 4 b) (S. 96 ff.).

⁴⁹ Zu den Einzelheiten, insbesondere zu Fach- und Rechtsaufsicht, siehe unten § 7 II 4 b) (S. 96 ff.).

⁵⁰ Zu den Einzelheiten, insbesondere zur Rechtsschutzverantwortung des Staates und zur Rechtsschutzvermutung des Bürgers, siehe sogleich § 6 I 3 b) und c) (S. 60 ff. bzw. S. 63 ff.).

3. Sekundärrechtsschutz

a) Überblick

Die Kombination von Kompensation und Prävention lässt sich zu einem »letzten Zweck« des Haftungsrechts zuspitzen: dem Rechtsschutz. Beide, Kompensation und Prävention, haben rechtswidrige Schädigungen im Blick. Kompensation zielt dabei auf den Ausgleich vergangener, Prävention auf die Verhinderung künftiger rechtswidriger Schädigungen. Dass der Rechtsschutz letzter Zweck öffentlichen Haftungsrechts sei, lässt sich aus den Perspektiven sowohl des Staates als auch des Bürgers begründen. Der Staat trägt die Rechtswidrigkeitsverantwortung: Verletzt er seine Pflicht, dem objektiven Recht gemäß zu handeln, muss er dafür regelmäßig einstehen. Kompensiert der Staat vergangene rechtswidrige Schädigungen, um seiner Rechtswidrigkeitsverantwortung gerecht zu werden, beugt er damit zugleich künftigen rechtswidrigen Schädigungen vor (Abschnitt b)). Der Bürger hegt die Rechtmäßigkeitserwartung: dass der Staat dem objektiven Recht gemäß handle und jedenfalls des Bürgers subjektive Rechte nicht verletze. Wird der Bürger kompensiert, um dessen Rechtmäßigkeitserwartung zu stützen, beugt das zugleich künftigen rechtswidrigen Schädigungen und künftigen Enttäuschungen der Erwartung vor (Abschnitt c)). Die Perspektiven des Staates und des Bürgers, der Kompensation und der Prävention teilen einen gemeinsamen Fluchtpunkt. Kompensation und Prävention tragen beide (jeweils für sich und damit gemeinsam verstärkt) dazu bei, dass der Staat seiner Rechtmäßigkeitsverantwortung genügt und dem Bürger dessen Rechtmäßigkeitserwartung erfüllt. Obwohl Kompensation und Prävention die Rechtmäßigkeitserwartung des Bürgers nur kontrafaktisch stabilisieren können (Abschnitt d)), mobilisieren sie den Bürger letztlich zur Durchsetzung staatlichen Rechts (Abschnitt e)).

b) Rechtsschutzverantwortung des Staates, ernst genommen

Das Recht hat den Anspruch zu gelten. Dieser »normative Geltungsanspruch« gründet in der »Idee der Unverbrüchlichkeit des Rechts«⁵¹. Er ist (allgemein und theoretisch) eine – wenn nicht gar die – Voraussetzung des Begriffs von Recht überhaupt,⁵² jedenfalls aber (praktisch und dogmatisch) eine – wenn nicht gar die – Vorgabe des (seinerseits) geltenden Rechts. Art. 20 Abs. 3 GG bindet die Staatsgewalt an »Gesetz und Recht«, und jedes Gesetz, das in Kraft tritt, gibt selbst den eigenen Rechtsanwendungsbefehl, sei es unausgesprochen, sei es ausgesprochen (etwa im Rahmen einer Bestimmung über den eigenen – örtli-

⁵¹ Morlok, Die Verwaltung 25 (1992), S. 371 (376).

⁵² Vgl. K. F. Röhl/H. C. Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. 2008, S. 92, 335 ff.; Rütters/C. Fischer/A. Birk, Rechtstheorie, 6. Aufl. 2011, Rn. 58, Rn. 332 ff., sowie Morlok, Die Verwaltung 25 (1992), S. 371 (376) (mit Verweis auf Psalm 94, 15: »Denn Recht muss doch Recht bleiben ...«).

chen oder zeitlichen – Geltungsbereich). Der Gedanke der »Unverbrüchlichkeit des Rechts« gründet also nicht (nur) in einer Idee des Rechts, sondern (auch) im geschriebenen Recht, insbesondere im verfassungsrechtlichen Rechtsstaatsprinzip.⁵³ Der Geltungsanspruch des Rechts erfährt im geschriebenen Recht zudem verfahrensrechtliche Absicherungen – Art. 19 Abs. 4 GG garantiert bei Rechtsverletzungen den Rechtsweg zu den Gerichten – und verfassungsrechtliche Bekräftigungen: Art. 1 Abs. 3 GG bindet die Staatsgewalt insbesondere an die Grundrechte, Art. 97 GG unterwirft dem Gesetz insbesondere die Richter, und Art. 34 Satz 1 GG nimmt die Staatsgewalt grundsätzlich für Rechtsverletzungen in die Verantwortung⁵⁴.

Die Geltungsgründe zeigen, dass dem Recht nicht nur vorausschauend die Vorgabe zu entnehmen ist, dass es angewendet werde, sondern auch rückblickend die Anordnung, dass geschehene Rechtsverletzungen regelmäßig nicht folgenlos bleiben dürfen,⁵⁵ sondern das verletzte Recht grundsätzlich wiederhergestellt werden muss. Das ist das »Rechtsrestitutionsprinzip«⁵⁶. Gerade das öffentliche Haftungsrecht gilt dementsprechend als »integrales«⁵⁷, als »unverzichtbare[s]«⁵⁸ Element, als »letzte Vollendung«⁵⁹ und »Perfektionierung«⁶⁰ der Rechtsstaatlichkeit,⁶¹ und das nicht nur hierzulande⁶². Das Rechtsstaats-

⁵³ Siehe nur *Enders*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts III, 2009, § 53 Rn. 60; *Kloepfer*, Verfassungsrecht I, 2011, § 10 Rn. 238; *Lücke*, AÖR 104 (1979), S. 225 (230); *Morlok*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts III, 2009, § 52 Rn. 22.

⁵⁴ Zur Amtspflicht im Sinn des Art. 34 Satz 1 GG, das geltende Recht zu wahren, siehe nur BGHZ 91, 243 (252); *Hartmann*, VerwArch 98 (2007), S. 500 (509) m. w. N. und bereits § 13 RBG v. 13.03.1873, RGBl. S. 61 (63).

⁵⁵ Vgl. *Morgenthaler*, Freiheit durch Gesetz, 1999, S. 23; *Morlok*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts III, 2009, § 52 Rn. 8.

⁵⁶ *Morlok*, Die Verwaltung 25 (1992), S. 371 (376); vgl. auch *Sachs*, in: Maltepe Universität (Hrsg.), Transparenz, 2008, S. 141 (144).

⁵⁷ *Morlok*, Die Verwaltung 25 (1992), S. 371 (376).

⁵⁸ *Sobota*, Prinzip Rechtsstaat, 1997, S. 218 (die »allgemein[e] Auffassung« referierend).

⁵⁹ *Leisner*, VVDStRL 20 (1963), S. 185 (187); zustimmend *Ossenbühl*, in: FS Stern II, 2012, S. 535 (537).

⁶⁰ *Lubmann*, Öffentlich-rechtliche Entschädigung rechtspolitisch betrachtet, 1965, S. 221.

⁶¹ Vgl. BGHZ 11, 179 (193 ff.); 22, 383 (388); BVerwGE 69, 366 (370); *Bonk*, in: Sachs (Hrsg.), GG, 6. Aufl. 2011, Art. 34 Rn. 5; *M. Breuer*, Staatshaftung für judikatives Unrecht, 2011, S. 143 ff., 167; *Kloepfer*, Verfassungsrecht I, 2011, § 10 Rn. 241; *Lücke*, AÖR 104 (1979), S. 225 (230); *Lubmann*, Öffentlich-rechtliche Entschädigung rechtspolitisch betrachtet, 1965, S. 81; *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, 5. Aufl. 2011, § 14 Rn. 11 (»wirksame Staatshaftung an sich ein Kernelement rechtsstaatlicher Ordnung«); *Sachs*, in: ders. (Hrsg.), GG, 6. Aufl. 2011, Art. 20 Rn. 77, 111; *Sommermann*, in: v. Mangoldt/F. Klein/Starck (Hrsg.), GG, Bd. 2, 6. Aufl. 2010, Art. 20 Rn. 239, 325; krit. *Kunig*, Rechtsstaatsprinzip, 1986, S. 191.

⁶² Vgl. *Dari-Mattiacci/Garoupa/Gómez-Pomar*, European Review of Private Law 2010, S. 773 (783).

prinzip verlange (wenn nicht möglichst weitreichende Ersatzleistung⁶³, dann aber mindestens) Ersatz jener Schäden, die der Staat dem Bürger rechtswidrig zufüge⁶⁴. Die Verantwortlichkeit, von der Art. 34 Satz 1 GG ausdrücklich handelt, schließt insbesondere die Haftung für Rechtsverletzungen ein:

»Eine Gesellschaft, die sich rechtlich verfasst, muss darauf achten, dass Rechte nicht nur postuliert, sondern auch geachtet und im Verletzungsfall wiederhergestellt oder, wo das nicht möglich ist, etwa finanziell ausgeglichen werden.«⁶⁵

Der Gedanke des Rechtsschutzes im Rechtsstaat entspricht im Kern dem diskutierten Haftungszweck von Kompensation samt Prävention. Kompensation und Prävention sind auf rechtswidrige Schädigungen bezogen: Diese gilt es auszugleichen, und diesen gilt es vorzubeugen. Nur rechtswidrige Schädigungen erfasst der Gedanke des rechtsstaatlichen Rechtsschutzes. Rechtmäßige Schädigungen lösen dagegen, gerade weil sie das Recht wahren, Rechtsschutzbedarf nicht aus.

Dass Staatshaftungsrecht als Ausdruck rechtsstaatlichen Rechtsschutzes zu verstehen, zwingt nicht zu der Annahme, dass das Rechtsstaatsprinzip für jede rechtswidrige Schädigung unbegrenzte Staatshaftung geböte. Im Gegenteil: Das Rechtsstaatsprinzip lässt, obwohl es keinen Gesetzesvorbehalt kennt, doch Einschränkungen zu. Dabei sind Einschränkungen möglich, ohne dass das Rechtsstaatsprinzip deshalb seinen verfassungsrechtlichen Gehalt vollständig den verfassungsunterworfenen Gewalten auslieferte.⁶⁶ Dieser Zusammenhang ist unten noch näher zu behandeln.⁶⁷ An dieser Stelle genügt es festzuhalten, dass der (abstrakter formulierte) rechtsstaatliche Rechtsschutz das (konkreter formulierte) Haftungsrecht nur zu einem kleineren Teil und damit weniger gut zu erklären vermag als der Gedanke von Kompensation samt Prävention.

⁶³ *Bonk*, in: Sachs (Hrsg.), GG, 6. Aufl. 2011, Art. 34 Rn. 5; *Stern*, Staatsrecht, Bd. I, 2. Aufl. 1984, S. 859; *Vogel*, DVBl 1978, S. 657 (665).

⁶⁴ Vgl. nur *Axer*, DVBl 2001, S. 1322 (1329); *Bartlsperger*, Verkehrssicherungspflicht und öffentliche Sache, 1970, S. 134 ff.; *van Gerven*, EPL 1996, S. 81 (97); *H. Maurer*, Staatsrecht I, 6. Aufl. 2010, § 8 Rn. 36; *Stern*, Staatsrecht, Bd. I, 2. Aufl. 1984, S. 855 f. m. w. N. in Fn. 578; vgl. auch *Abg. Dr. Reif* (SPD), in: H.-P. Schneider (Hrsg.), Grundgesetz – Dokumentation, Bd. 10, 1996, Art. 33 Abs. 4 und 5, Dok. 42, S. 458 (459) (»Behördenhaftung als Element des Rechtsstaates«) und zur Funktion auch des Schadensersatzanspruchs unter Privaten, das objektive Recht wiederherzustellen, bereits *Großfeld*, Die Privatstrafe, 1961, S. 78 f. m. w. N. und dem Hinweis, dass »ethisch hochstehende Menschen von sich aus das Verlangen« verspürten, »einen durch sie verursachten Schaden auszugleichen«, aus »Achtung vor dem fremden Recht und damit vor dem Recht an sich«.

⁶⁵ So in anderem Zusammenhang *Brugger*, in: van der Walt/Menke (Hrsg.), Die Unversehrtheit des Körpers, 2007, S. 237 (244); vgl. auch *dens.*, AöR 114 (1989), S. 537 (580); *dens.*, NJW 1989, S. 2425 (2434); *dens.*, Der Staat 31 (1992), S. 19 (26); *dens.*, Das anthropologische Kreuz, 2. Aufl. 2008, S. 121.

⁶⁶ Im Ergebnis unbestritten, vgl. nur *Sachs*, in: ders. (Hrsg.), GG, 5. Aufl. 2009, Art. 20 Rn. 111; zur dogmatischen Konstruktion in anderem Zusammenhang *Hartmann/Apfel*, Jura 2008, S. 495 (500 f.).

⁶⁷ Siehe § 16 II 2 b) (S. 355).

Darin liegt der Grund, warum diese Abhandlung den Zweck des Staatshaftungsrechts mit Kompensation samt Prävention angibt. Dass demgegenüber der rechtsstaatliche Rechtsschutz übergeordneter und damit nachrangiger Zweck öffentlichen Haftungsrechts ist, gilt auch auf der Ebene des einfachen Rechts, sei es Gesetzes-, sei es Richterrecht: Den Anspruchsgrundlagen des öffentlichen Haftungsrechts genügt es nicht, dass die hoheitliche Gewalt den Bürger zurechenbar und rechtswidrig geschädigt hat, sondern es müssen regelmäßig weitere Voraussetzungen hinzukommen.

c) *Rechtsschutzerwartung des Bürgers, kontrafaktisch stabilisiert*

Dem Gedanken der Verantwortung des Staates für den Rechtsschutz entspricht, subjektiv gewendet, die Erwartung des Bürgers an den Rechtsschutz. Genauso, wie das objektive Recht den Anspruch hat zu gelten, und genauso, wie dieser Geltungsanspruch aus der »Idee der Unverbrüchlichkeit des Rechts« folgt, gilt und folgt Nämliches für das subjektive Recht, ist dieses doch Teil des objektiven Rechts.⁶⁸ Mit anderen Worten: Wenn die Rechtsordnung eine Position als wehrfähiges Recht anerkennt, ist kein Grund ersichtlich, ihr die tatsächliche Durchsetzung zu verweigern.⁶⁹ Das ist die »Sicherung der Integrität des (subjektiven) Rechts«⁷⁰. Das Opfer einer Rechtswidrigkeit erwartet im Rechtsstaat, dass ihm zu seinem Recht verholfen, rechtlicher Schutz gewährt und sein Schaden von Rechts wegen ersetzt wird.⁷¹

Die Rechtsschutzerwartung des Bürgers ist keine vor- oder außerrechtliche, sondern eine rechtliche. Im Grundgesetz sind es, dem Zusammenhang subjektiven und objektiven Rechts entsprechend, jene Vorschriften, die eben schon als systematische Argumente der (objektiv-rechtlichen) Rechtsschutzverantwortung des Staates in den Blick geraten waren: das Grundrecht des Art. 19 Abs. 4 GG, das den Primärrechtsschutz auf dem Primärrechtsweg, und das subjektive Recht⁷² des Art. 34 Satz 1 GG, das den Sekundärrechtsschutz materiellen

⁶⁸ Vgl. nur BVerfGE 27, 297 (307); *Hartmann*, Volksgesetzgebung und Grundrechte, 2005, S. 58; *K. F. Röhl/H. C. Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. 2008, S. 372 ff.; *Scherzberg*, DVBl 1988, S. 129 (130).

⁶⁹ *Gerhardt*, in: Schoch/J.-P. Schneider/Bier (Hrsg.), VwGO (Stand: 23. EL, Januar 2012), Rn. 7 vor § 113 (Stand: Grundwerk 1996); *Schoch*, Die Verwaltung 34 (2001), S. 261 (275); vgl. bereits *Luhmann*, Öffentlich-rechtliche Entschädigung rechtspolitisch betrachtet, 1965, S. 81.

⁷⁰ *Schoch*, Die Verwaltung 34 (2001), S. 261 (275).

⁷¹ *Schlink*, in: *ders.*, Vergewisserungen, 2005, S. 297 (307); vgl. ebenso *Großfeld*, Die Privatstrafe, 1961, S. 77 f.; *P. Kirchhof*, Maß der Gerechtigkeit, 2009, S. 142, aber auch *Wurm*, in: J. v. Staudinger, BGB, 14. Aufl. 2007, § 839 Rn. 26.

⁷² Zum Charakter des Art. 34 Satz 1 GG als subjektives Recht, ohne Grundrecht oder grundrechtsgleiches Recht (vgl. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG) zu sein, siehe BVerfGE 2, 336 (338 f.); *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, 11. Aufl. 2011, Art. 34 Rn. 1; vgl. außerdem *Papier*, in: *Maunz/Dürig* (Begr.), GG (Stand: 64. Lieferung, Januar 2012), Art. 34 Rn. 13 (Stand: 54. Lieferung, Januar 2009); aber auch *Sachs*, in: *Stern*, Staatsrecht, Bd. III/1, 1988, S. 378 (»grundrechtsähnliches Recht«). Art. 131 WRV war im Grundrechtsteil (Art. 109 ff. WRV) platziert

Rechts gewährleistet (wobei Art. 19 Abs. 4 GG auch gegen die Verletzung des Haftungsanspruchs – wieder – den Rechtsweg garantiert: Sekundärrechtsschutz auf dem Sekundärrechtsweg, sozusagen).

Weil die Verantwortung des Staates für den und die Erwartung des Bürgers an den Rechtsschutz korrespondieren, hängen die Fehlerfolgen ebenfalls zusammen: Verletzt der Staat geltendes Recht, verfehlt er nicht nur seine eigene Rechtsschutzverantwortung, sondern enttäuscht auch die Rechtsschutzexpectation des Bürgers, genauer: dessen – im doppelten Sinn berechnete – Erwartung, dass der Staat rechtmäßig handle. Die Enttäuschung der Erwartung begründet die Gefahr, dass der Enttäuschte die Erwartung aufgibt. Darin liegt eine Gefahr, weil der Staat, wenn er funktionieren soll, auf die Akzeptanz der Rechtsunterworfenen angewiesen ist, genauer: darauf angewiesen ist, dass die Rechtsunterworfenen dem Staat (weiter und wieder) zutrauen, dass dieser seiner Rechtsschutzverantwortung genügt. Der Staat möchte und muss als Rechtsstaat wahrgenommen werden.

Am besten wäre es daher selbstredend, der Staat handle durchweg rechtmäßig. Doch das ist nicht möglich. Der Staat handelt durch Menschen, Menschen machen Fehler, also macht der Staat Fehler. Rechtswidriges Staatshandeln ist unvermeidlich.⁷³ In einer der Kohlhaas-Adaptionen, in *Franzos'* durch *von Jhering*⁷⁴ inspirierter Erzählung »Ein Kampf ums Recht«, formuliert es das Kohlhaas-Pendant, der rechtschaffene, pflichtbewusste und redliche *Taras Barabola*, als ehemaliger Bürgermeister seines Dorfes vor der Gemeindeversammlung wie folgt:

»Kein Mensch ist eine Kirchentür«, sagt das Sprichwort; auch ich geriet zuweilen in Fehl und Sünde. ... der Mensch bleibt nur eben ein Mensch, und wer auf der staubigen Erde wandelt, kann sein Kleid unmöglich blank erhalten.«⁷⁵

Ist rechtswidriges Staatshandeln unvermeidlich, kann der Staat der Gefahr, dass der enttäuschte Bürger die Rechtmäßigkeitserwartung aufgibt, nur dadurch begegnen, dass er auf die Rechtswidrigkeit angemessen reagiert. Angemessen ist die Reaktion, wenn sie die Rechtsschutzexpectation des Bürgers derart zu

gewesen und wurde weithin übereinstimmend als ein Grundrecht angesehen, vgl. nur RGZ 102, 166 (171); 111, 294 (295).

⁷³ Zur Illusion einer »reine[n] Rechtmäßigkeitslehre« vgl. *Lubmann*, Öffentlich-rechtliche Entschädigung rechtspolitisch betrachtet, 1965, S. 198, 247; zu den ökonomischen Grenzen für die Steigerung des Schadensvermeidungsaufwands unten § 8 IV 6 (S. 137 ff.).

⁷⁴ v. *Jhering*, *Der Kampf um's Recht*, 1. Aufl. 1872, 17. Aufl. 1910.

⁷⁵ *Franzos*, *Ein Kampf ums Recht*, 2. Aufl. 1955, S. 162. Vgl. auch *The Federalist No. 51 (Madison)*, in: *Hamilton/Madison/Jay, Federalist Papers*, 1982, S. 261 (262) = *Die Federalist Papers*, 2007, S. 319 (320) (»If angels were to govern men, neither external nor internal controls on government would be necessary« bzw. »Wenn Engel die Menschen regierten, wären weder äußere noch innere Kontrollen der Regierung notwendig«) und *Vofskuhle/Gerberding*, JZ 2012, S. 917 (923). – Der Richter, der *Taras Barabola* genau genommen war, ist der gewählte »Älteste« des Dorfs, vgl. a. a. O., S. 169 f.

stabilisieren vermag, dass dieser sogar wiederkehrend beobachtete, ja sogar wiederkehrend erfahrene Rechtsverletzungen öffentlicher Hand aushält. Der Staat muss die enttäuschte Erwartung also wegen und trotz staatlicher Rechtsverletzungen stabilisieren. Die Gegensätzlichkeit von Recht und Wirklichkeit, von Sein und Sollen macht die gebotene Stabilisierung zu einer »kontrafaktischen«.⁷⁶

Die Aufgabe, die Rechtsschutzerwartung wirksam zu stabilisieren, ist anspruchsvoll. Ihre Erfüllung verlangt, dass der Staat Formen institutionalisiert, die Enttäuschung aufzufangen.⁷⁷ Das geltende Recht kennt dafür verschiedene Werkzeuge. Zum einen erfolgt die Stabilisierung prospektiv: Soweit der Rechtsanwendungsbefehl des materiellen Rechts und die Instrumente der Rechts- und Dienstaufsicht funktionieren, kommt es gar nicht erst zu rechtswidrigem Staatshandeln. Zum anderen erfolgt die Stabilisierung retrospektiv: Der Primärrechtsschutz beseitigt die Rechtsverletzung regelmäßig (erst, aber immerhin) rückwirkend.⁷⁸ Falls der Primärrechtsweg ausnahmsweise nicht eröffnet ist oder den Gerichten die Beseitigung der Rechtsverletzung misslingt, hält das Sekundärrecht Haftungsansprüche bereit. Im Konzert institutionalisierter Rechtsschutzformen bietet das öffentliche Haftungsrecht dem Staat also chronologisch wie inhaltlich die letzte Gelegenheit, der eigenen Rechtmäßigkeitsverantwortung zu genügen und der Bürger Rechtmäßigkeitserwartung zu stabilisieren. Das ist die »Ventilfunktion« öffentlichen Haftungsrechts.⁷⁹

Die Stabilisierung der Rechtsschutzerwartung gilt als eine, wenn nicht als die »[g]anz grundlegend[e]«⁸⁰ Funktion öffentlichen Haftungsrechts. Die »zentrale Aufgabe«⁸¹ liege darin, die Strukturen zu stabilisieren, das »Systemvertrauen« zu stärken.⁸² Die Alltagserfahrung, dass eine ungerechte, eine unfaire Behandlung zu heftigen emotionalen Reaktionen führen kann, haben verhaltensöko-

⁷⁶ *Lubmann*, Rechtssoziologie, 4. Aufl. 2008, S. 54, 61; *Morlok*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts III, 2009, § 52, vor Rn. 13.

⁷⁷ Zur »Abwicklung von Enttäuschungen« und deren »Institutionalisierung« siehe insb. *Lubmann*, Rechtssoziologie, 4. Aufl. 2008, S. 53 ff., 64 ff.; vgl. außerdem bereits *O. Mayer*, Entschädigungspflicht des Staates, 1904, S. 26 (mit dem Gedanken staatlicher Wiedergutmachung, auf dass das Volk den Staat »mit Ehrfurcht« betrachte).

⁷⁸ Zum vorbeugenden Rechtsschutz siehe nur *W.-R. Schenke*, Verwaltungsprozessrecht, 13. Aufl. 2012, Rn. 354 ff.; *Stern/Blanke*, Verwaltungsprozessrecht, 9. Aufl. 2008, Rn. 505; *Würtenberger*, Verwaltungsprozessrecht, 3. Aufl. 2011, Rn. 385 f., 482 ff.

⁷⁹ *Lubmann*, Öffentlich-rechtliche Entschädigung rechtspolitisch betrachtet, 1965, S. 69.

⁸⁰ *Morlok*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts III, 2009, § 52 Rn. 13.

⁸¹ *Morlok*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts III, 2009, § 52 Rn. 15.

⁸² *Lubmann*, Öffentlich-rechtliche Entschädigung rechtspolitisch betrachtet, 1965, S. 19 ff., 28 f.; vgl. auch *Jansen*, *RabelsZ* 70 (2006), S. 732 (760 f.); *Lane*, in: *JRE* 17 (2009), S. 227 (228); *Schuck*, *Suing Government*, 1983, S. 16–25; *Newman*, *Yale L. J.* 87 (1978), S. 447 (447).

nomische Experimente bestätigt.⁸³ Welcher »Abweg gerade dem kräftigen und ideal angelegten Rechtsgefühl in Verhältnissen droht, wo die Unvollkommenheit der Rechtseinrichtungen ihm seine Befriedigung versagt«, hatte schon *Rudolf von Jhering* am Beispiel von *Kleists* Novelle gezeigt.⁸⁴ In der Tat belegen die historischen Begebenheiten, auf denen *Michael Kohlhaas* beruht, und illustrieren die literarischen Bearbeitungen, die der Stoff erfahren hat, dass die Gefahr der Erwartungsaufgabe wegen Erwartungsenttäuschung realistisch, dass die mögliche Folge eines Systemvertrauensverlustes einschneidend und dass das Haftungsrecht als »Gegengift« tauglich sein kann.⁸⁵ Dabei machen kohlhaasige Feldzüge in ihrer Drastik Gefahr und Folgen enttäuschter Erwartung besonders anschaulich, ohne dass das öffentliche Haftungsrecht deshalb als Instrument der Gewaltprävention misszuverstehen wäre. Nicht weniger gefährdet die stille Abkehr Einzelner, die Wahlen versäumen, bürgerschaftliches Engagement einstellen und der Gemeinschaft den Rücken kehren, in der Summe und auf lange Sicht den Zusammenhalt von Staat und Gesellschaft. Dass das Haftungsrecht in diesem Zusammenhang im Großen wie im Kleinen als Medikament helfen kann, lässt *Plessen* im Einklang mit dem historischen Vorbild anklingen. Dass der Rechtsweg Kohlhaas zunächst an ein gutes Ende führte, weil der geschlossene Vergleich eine Entschuldigung und die Zahlung von 600 Gulden einschloss, hat die Gefahr einstweilen gebannt: »Die Welt schien nicht länger aus den Fugen. Kohlhaas war glücklich«⁸⁶. Dementsprechend nehmen, das gilt auch im juristischen Zusammenhang, erfüllte Staatshaftungsansprüche dem Bürger Grund und Anreiz, sich rechtswidrigen Hoheitsakten rechtswidrig zu widersetzen –

⁸³ *Magen*, in: Engel/Englerth/Lüdemann/Spiecker genannt Döhmman (Hrsg.), *Recht und Verhalten*, 2007, S. 261 (296); *Schäfer/Ott*, in: *FS Bull*, 2011, S. 301 (304) jeweils m. w. N.

⁸⁴ v. *Jhering*, *Der Kampf um's Recht*, 1872, 17. Aufl. 1910, S. 61 ff., Zitat S. 64 f.

⁸⁵ Das historische Vorbild, *Hans Kohlhaase*, hat »sein erlittenes Unrecht« in seinem »berühmte[n] Fehdebrief« dargestellt und »dem ganzen Sachsenlande abgesagt«. Er schrieb wörtlich: »[I]ch ... will ... dem ganzen Land zu Sachsen abgesagter Feind [sein], ... [will] rauben und brennen, ... bis mir Günther von Zaschwitz«, der bei Kleist Junker von Tronka heißt (*Burkhardt*, *Der historische Hans Kohlhaase*, 1864, S. 10), »Abtrag thut, und meinen Schaden, so ich allenthalben darüber genommen, zur Billigkeit erstattet« (zit. nach *Burkhardt*, a. a. O., S. 22); zu *Kohlhaases* anschließender Fehde a. a. O. S. 33 ff., 36 ff. sowie *Bollert*, in: *Der Neue Pitaval N.F. 9* (1874), S. 1 (8 ff., 30 ff., 40 ff., insb. 42 f.) (»einzig in ihrer Art«); zum historischen Vorbild insoweit auch die teilweise tendenziöse Darstellung *Neheimer*, *Der Mann, der Michael Kohlhaas wurde*, 1976, S. 33 ff., 71 f. *Franzos*, *Ein Kampf ums Recht*, 2. Aufl. 1955, S. 175 f., lässt *Taras Barabola* erklären, dass er den Kaiser »fürderhin nicht mehr« als seinen Herrn anerkenne (»Da der Kaiser nicht seine Pflicht gegen mich erfüllt, so bin ich meiner Pflicht gegen ihn entbunden ... Sein Wille ist mir Dunst, seine Worte sind mir Wind, ich werde ihnen nicht mehr gehorsamen«), und für das Dorf Schadensersatz zu verlangen (»Weil uns unser Recht nicht geworden ist, so werde ich es selbst nehmen. Ich werde den Mandatar zwingen, dem Dorfe vollen Ersatz zu leisten«).

⁸⁶ *Plessen*, *Kohlhaas*, 1979, S. 157; zum historischen Vorbild des Vergleichs über 600 Gulden insoweit *Bollert*, in: *Der Neue Pitaval N.F. 9* (1874), S. 1 (33 f.) (»Der Friede schien geschlossen zu sein, und alle gingen friedlich und fröhlich auseinander«).

»gar mit brachialen Mitteln«, wie es heißt, ohne Bezug auf *Kohlbaas*, aber ganz in diesem Sinn.⁸⁷

Die kontrafaktische Stabilisierung der Rechtmäßigkeitserwartung gerät nicht nur dem Geschädigten zum Vorteil, sondern nützt allen Mitgliedern der Rechtsgemeinschaft – und damit der Rechtsordnung selbst. Auch *Kleists Kohlbaas* tritt seinen Rachefeldzug ausdrücklich nicht bloß deshalb an, um sich selbst »Genugtuung für die erlittene Kränkung«, sondern auch, um »seinen Mitbürgern« für »zukünftige« Fälle »Sicherheit« zu »verschaffen«⁸⁸. Sein »Rechtsgefühl« ist so gesehen »keine solitäre Empfindung«, sondern hat jedenfalls »anfangs offensichtlich auch noch mit sozialer Verantwortlichkeit zu tun.«⁸⁹ Der »Kampf um sein Recht«, den ein Bürger führt, ist – das weiß auch die Belletristik – so gesehen immer auch der Kampf »um das Recht überhaupt«, der Kampf also »für das Recht«.⁹⁰ Mit jeder Erfüllung eines gegebenen Haftungsanspruchs zeigt sich allen Rechtsunterworfenen, nicht nur den Rechtsverletzten: Es bleibt nicht dabei, dass das Rechtmäßigkeitsgebot zunächst – wider dem materiellen Recht – verletzt und dass diese Rechtsverletzung dann – wider dem Prozessrecht – (regelmäßig) nicht beseitigt wurde, sondern der Staat gleicht den Schaden aus, so gut es im Nachhinein noch geht.

Ein Bürger, der einen Haftungsanspruch durchsetzt, handelt also zugleich und notwendig im Interesse der übrigen Mitglieder der Rechtsgemeinschaft – und damit der Rechtsordnung selbst. So gesehen kann doch auch der Präventionsgedanke erklären, warum der Bürger, der Schadensersatz erstreitet, von seinem Erfolg zunächst und vor allem selbst profitiert: Auf diese Weise erhält der Geschädigte einen ökonomischen Anreiz, als »Wächter aus Eigennutz« zu handeln und staatliches Unrecht selbst dann noch zu bekämpfen, wenn die realen Folgen unumkehrbar sind.⁹¹ Die Berechtigung gerade des Geschädigten steigert die Präventionswirkung des Haftungsrechts: Weil der Geschädigte als erster und am besten merkt, dass ein Schaden eingetreten ist, wächst so nämlich die Gefahr für den Schädiger, tatsächlich auf Schadensersatz in Anspruch genommen zu werden.

Aus Sicht des Bürgers (und zugleich mit Blick auf alle Bürger und den Staat) gilt nach alledem: Dass die Durchsetzung *dessen* Rechts zugleich und notwendig die Durchsetzung *des* Rechts bewirkt, ist der wirkmächtige Clou öffentlichen Haftungsrechts. Das Versprechen einer Ersatzleistung mobilisiert den Bür-

⁸⁷ *Morlok*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts III, 2009, § 52 Rn. 18.

⁸⁸ Siehe oben § 1 (S. 3 ff.).

⁸⁹ *Koopmann*, ZIS 2010, S. 270 (275).

⁹⁰ *Franzos*, Ein Kampf ums Recht, 2. Aufl. 1955, S. 329, 332 (Hervorhebung dort).

⁹¹ Vgl. nur *Hart*, in: ders. (Hrsg.), Essays in Jurisprudence and Philosophy, 1983, S. 123 (144); *Masing*, Mobilisierung des Bürgers, 1997, S. 148 f.; *Morlok*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts III, 2009, § 52 Rn. 20.

ger zum Schutze des Rechts, des eigenen subjektiven sowie (damit auch) des objektiven Rechts.⁹² Der Gedanke, dass der Betroffene mittels Schadensersatzansprüchen gegen rechtswidrige Amtshandlungen »durch seinen eigenen Vorteil getrieben« werde, »sich für die Wahrung des öffentlichen Rechtszustandes zu betätigen«, ist altbekannt⁹³ und weitverbreitet⁹⁴. Zu den prominenten, bis heute rezipierten Vertretern zählt vor allem der erwähnte *von Jhering* mit seinem »Kampf um's Recht«⁹⁵. Im europäischen Zusammenhang sieht Generalanwalt *Tesauro* »die Position des einzelnen benutzt«, um über den Schutz dieses Einzelnen »eine ordnungsgemäße Durchführung des Gemeinschaftsrechts« zu gewährleisten.⁹⁶ Diesen Befund hat *Masing* hierzulande mit der Wendung von der »Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts«⁹⁷ generalisierend auf den Begriff gebracht. Der Anreiz, dem geschädigten Kläger als Ansporn für die Rechtsverfolgung Ersatzleistungen zuzusprechen, wirkt dabei durchaus unterschiedlich. Wo klagefreudige Bürger betroffen sind, schützt das öffentliche Haftungsrecht besser als dort, wo die Geschädigten typischerweise rechtsunkundig oder überhaupt wehrlos sind. Wo große Schäden eintreten, schützt es wirkungsvoller, und wo keine Schäden drohen, schützt es gar nicht.

⁹² *Morlok*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts III, 2009, § 52 Rn. 20. Genau genommen bleibt die Mobilisierung des Staatshaftungsrechts hinter der Rechtsschutzerwartung zurück. Denn der Bürger erwartet nicht nur, dass der Staat seine eigenen subjektiven Rechte wahre, sondern auch, dass der Staat das Recht überhaupt achte: die subjektiven Rechte anderer genauso wie nur objektives Recht. Doch dürften jene Rechtsschutzerwartungen, die der Bürger mit Blick auf subjektive Rechte anderer oder nur objektives Recht hegt, – mangels eigener Betroffenheit – schwächer ausgeprägt sein als die Erwartung des Schutzes eigener Rechte. Zum Haftungsrecht als Sekundärrechtsschutz sogleich noch näher unter d) (S. 69 ff.).

⁹³ *O. Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. I, 2. Aufl. 1914, S. 189 mit dem Zitat; vgl. auch *dens.*, dass., 3. Aufl. 1924, S. 81 (»der Einzelne berufen . . . zum Mitarbeiter an der unverkümmerten Geltung des Rechtssatzes durch den Kampf ums Recht, den er um seines eigenen Vorteils willen führt«), *Haas*, System der öffentlichrechtlichen Entschädigungspflichten, 1955, S. 61, und aus der Belletristik etwa *Franzos*, Ein Kampf ums Recht, 2. Aufl. 1955, S. 356 (Menschen handelten ohne Zwang nur, »wenn sie einen persönlichen Vorteil davon haben, wenn der Lohn der Gefahr entspricht. Du meinst freilich, daß jedem das heilige Recht so sehr am Herzen liegen muß wie dir. Vielleicht sollte es so sein, aber es ist nicht so . . . «).

⁹⁴ Vgl. *Squires*, JRE 17 (2009), S. 327 (347); *Hart*, in: ders. (Hrsg.), Essays in Jurisprudence and Philosophy, 1983, S. 123 (144).

⁹⁵ *v. Jhering*, Der Kampf um's Recht, 1. Aufl. 1872, 17. Aufl. 1910.

⁹⁶ GA *Tesauro*, Slg. 1996, I-1029, Rn. 17 – Brasserie du pêcheur.

⁹⁷ *Masing*, Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts, 1997; vgl. aus der Rezeption nur *Kluth*, in: Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht II, 7. Aufl. 2010, § 70 Rn. 3; *Waldhoff*, Staat und Zwang, 2008, S. 34 ff., und außerdem *Epiney*, VVDStRL 61 (2002), S. 362 (392) (»Funktionalisierung« des Einzelnen«); strenger *Schoch*, Die Verwaltung, Beiheft 2, 1999, S. 135 (146) (»Instrumentalisierung des Bürgers zur Durchsetzung des EG-Rechts«).

d) Rechtsschutz des Bürgers als Durchsetzung staatlichen Rechts

Der Ausdruck *Sekundärrechtsschutz*, unter dem die Ausführungen zur Rechtsschutzverantwortung des Staates und zur Rechtsschutzerwartung des Bürgers stehen, drückt aus, dass im Rechtsschutz der »letzte Zweck« öffentlichen Haftungsrechts liegt. Diesem Zweck dienen die Stabilisierung der Rechtmäßigkeitserwartung und die Mobilisierung des Bürgers, und diesem Zweck dienen Kompensation und Prävention rechtswidriger Schädigungen. Die Stabilisierung und die Mobilisierung liegen dabei, um in der räumlichen Metaphorik zu verweilen, auf einer Ebene »zwischen« rechtsstaatlichem Rechtsschutz einerseits und Kompensation und Prävention andererseits. Anders als Kompensation und Prävention sind Stabilisierung und Mobilisierung nicht selbst in der Lage, die zentralen Elemente des Haftungsanspruchs zu erklären, sondern reichen darüber hinaus. Andere Instrumente stabilisieren die Erwartung der Rechtmäßigkeit staatlichen Handelns wirkungsvoller und motivieren den Bürger eingängiger als das öffentliche Haftungsrecht, doch das öffentliche Haftungsrecht stabilisiert und motiviert eben auch.

Für alle diskutierten Mittel und Zwecke, für Kompensation und Prävention, für die Rechtsschutzverantwortung des Staates und die Rechtsschutzerwartung des Bürgers wie für rechtsstaatlichen Rechtsschutz überhaupt, ist eine abschließende Beobachtung wichtig. Soweit das Haftungsrecht die Verletzung subjektiver Rechte zur Voraussetzung erhebt, gelten die genannten Mittel und Zwecke nicht dem gesamten (objektiven) Recht, sondern nur einem Ausschnitt davon, nämlich dem subjektiv-rechtlich bewehrten objektiven Recht. Haftungsrechtlich schutzlos gestellt ist dagegen beispielsweise das gesamte formelle Recht, wenn sich dort Rechtsfehler nicht im Ergebnis auswirken. Das ist der Rede wert, weil nach dem Gesagten auch das nur objektive Recht Rechtsschutz verdient: Der Staat ist auch für den Schutz des nur objektiven Rechts verantwortlich, und der Bürger darf auch die Einhaltung des nur objektiven Rechts erwarten, schließlich ist der Rechtsstaat, der »letzte Zweck« des Haftungsrechts, gem. Art. 20 Abs. 3 GG auch an nur objektives Recht gebunden. Das Recht bedarf des Schutzes über den haftungsrechtlichen Schutz hinaus.

Die Beschränkung des Haftungsrechts auf den Schutz subjektiver Rechte ist nicht nur folgenreich, sondern auch folgerichtig. Dem Bürger wird auf der Sekundärebene nur verwehrt, was er auch auf der Primärebene nicht erreichen kann: die Beachtung nur objektiven Rechts. Die Einschränkung hat ihren Grund damit im Charakter der Staatshaftung als *Sekundärrechtsschutz*. Wer dagegen meint, dass auch das objektive Recht so gut es geht geschützt werden möge, muss auf der Primärebene ansetzen und das nur objektive Recht subjektivieren (oder dem Bürger einen allgemeinen Normvollziehungsanspruch einräumen oder die Popularklage zulassen⁹⁸). Eine solche Subjektivierung würde das (ehe-

⁹⁸ Vgl. dazu nur *Ehlers*, Europäisierung des Verwaltungsprozeßrechts, 1999, S. 48 ff.

mals nur objektive) Recht sowohl primär- als auch sekundärrechtlich umfassend schützen. Ob auch das nur objektive Recht umfassend geschützt werden soll, ist dann aber keine Frage des Haftungsrechts mehr, sondern eine des Allgemeinen Verwaltungsrechts insgesamt, ja des öffentlichen Rechts überhaupt.

4. Beispiele

a) Auswahl der Prototypen

Nach dem Gesagten lassen sich die Zwecke des öffentlichen Haftungsrechts, nämlich Kompensation vor Prävention, aus Haftungselementen herleiten, die die Ansprüche des öffentlichen Haftungsrechts allesamt aufweisen: dass die Ansprüche gerade den geschädigten Bürger berechtigten und gerade die schädigende Staatsgewalt verpflichten, dass das Haftungsrecht überhaupt eine Schädigung verlangt und nur bis zu dieser Höhe erstattet usw.⁹⁹ Methodisch waren es also die grammatische und die systematische Auslegung, die uns zu den Zwecken geführt haben. Was bleibt, ist der Abgleich mit den konkreten Ansprüchen des Haftungsrechts. So lassen sich genetische und historische Argumente einbeziehen. Die Darstellung beschränkt sich dabei auf die Prototypen deutschen Haftungsrechts, den Folgenbeseitigungsanspruch, den Amtshaftungsanspruch und den Aufopferungsanspruch. Dabei handelt es sich um Prototypen, weil – wie sogleich aufzufächern ist – zahlreiche Anspruchsgrundlagen besondere Fälle dieser allgemeinen Ansprüche sind und diese zudem untereinander konkurrieren. So findet der Folgenbeseitigungsanspruch spezialgesetzliche Ausprägungen etwa in § 74 Abs. 2 Satz 3 VwVfG. Ob der öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch einen Unterfall des Folgenbeseitigungsanspruchs darstellt, ist streitig.¹⁰⁰ Zu den besonderen Amtshaftungsansprüchen zählt § 80 VwVfG¹⁰¹.

Prototyp des Entschädigungsanspruchs ist der Anspruch aus Aufopferung.¹⁰² Dieser verlangt die Verletzung bestimmter Rechte.¹⁰³ Im Ausgangspunkt erkannte die neuere Rechtsprechung als geschützt nur das Leben, die Gesundheit, die körperliche Unversehrtheit und die Fortbewegungsfreiheit im Sinn von Art. 2 Abs. 2 GG an.¹⁰⁴ Forderungen der Literatur dagegen, außerdem die Berufs- bzw. Gewerbefreiheit gem. Art. 12 Abs. 1 GG¹⁰⁵ und das allgemeine

⁹⁹ Zu den Einzelheiten siehe oben § 6 I 2 b) (S. 52 ff.).

¹⁰⁰ Nachweise dafür und dagegen oben § 2 Fn. 20 (S. 9).

¹⁰¹ Vgl. OLG Brandenburg, Urt. v. 11. 07. 2006 – 2 U 27/05, BeckRS 2007, 03104, sub II.2.1.

¹⁰² BGHZ 9, 83 (93).

¹⁰³ BGHZ 9, 83 (89); *H. Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 28 Rn. 12; a.A. noch RGZ 156, 305 (309).

¹⁰⁴ BGHZ 13, 88 (91); 45, 58 (76 f.); 60, 302 (303 ff.); 65, 196 (206); vgl. auch noch BGHZ 9, 83 (89 ff.).

¹⁰⁵ *Baldus*, in: *ders./Grzeszick/Wienhues*, Staatshaftungsrecht, 3. Aufl. 2009, Rn. 320; *Battis*, Erwerbsschutz durch Aufopferungsentschädigung, 1969, S. 104 ff.; *Bender*, Staatshaf-

Persönlichkeitsrecht gem. Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG¹⁰⁶ einzubeziehen, sind die Gerichte nicht gefolgt.¹⁰⁷ Umstritten ist dabei, ob die Rechtsprechung weiterhin so verstanden werden kann, dass die ursprünglich ausdrücklich offen gehaltene¹⁰⁸ Aufzählung geschützter Rechte noch immer offen steht.¹⁰⁹

Zu den besonderen Aufopferungsansprüchen zählen die Eigentumsansprüche, namentlich die Enteignungsentschädigung gem. Art. 14 Abs. 3 GG für rechtmäßige¹¹⁰ und die Entschädigungsansprüche aus enteignungsgleichem Eingriff für rechtswidrige¹¹¹ Eigentumseingriffe.¹¹² Diese sind denn auch auf »Aufopferungsentschädigung«¹¹³ gerichtet. Aus dem Gesetzesrecht sind insbesondere die Entschädigungsansprüche des Polizei- und Ordnungsrechts, etwa § 51 Abs. 2 Nr. 1 BPolG oder § 39 Abs. 1 lit. b) OBG NRW¹¹⁴ zu nennen. Ein Entschädigungsanspruch kann außerdem aus einem Folgenbeseitigungsanspruch erwachsen.¹¹⁵

tungsrecht, 3. Aufl. 1981, Rn. 109; Röder, Haftungsfunktion, 2002, S. 70 ff., 133 f.; Schoch, Die Verwaltung 34 (2001), S. 261 (278 ff.) m. w. N.

¹⁰⁶ Baldus, in: ders./Grzeszick/Wienhues, Staatshaftungsrecht, 3. Aufl. 2009, Rn. 320; H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 28 Rn. 3; Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 135; Röder, Haftungsfunktion, 2002, S. 88 ff., 123 ff., 133 f.

¹⁰⁷ So Baldus, in: ders./Grzeszick/Wienhues, Staatshaftungsrecht, 3. Aufl. 2009, Rn. 320; Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 135; vgl. auch H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 28 Rn. 3; aus der Rechtsprechung gegen den Einbezug der Berufs- und Gewerbefreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG etwa BVerfG, NVwZ 1998, S. 271 (272); BGH, NJW 1994, S. 1468 (1468); NJW 1994, S. 2229 (2229 f.); NVwZ-RR 2000, S. 744 (744 f.); ebenso etwa der ehemals zuständige Bundesrichter Krohn, Enteignung, Entschädigung, Staatshaftung, 1993, Rn. 34.

¹⁰⁸ Vgl. BGHZ 65, 196 (206) (»insbesondere«).

¹⁰⁹ So Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 135; zweifelnd dagegen H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 28 Rn. 3.

¹¹⁰ Z.B. §§ 85 ff., 93 BauGB, §§ 10 ff., § 17 Abs. 1 LandbeschG, § 20 Abs. 2 Bundesleistungsgesetz, §§ 19 f. FStrG und die Landesenteignungsgesetze (dazu Jarass, NJW 2000, S. 2841 ff.) oder §§ 45 f. EnWG (dazu Hermes, in: Britz/Hellermann/Hermes (Hrsg.), EnWG, 2. Aufl. 2010, § 45 Rn. 1, § 45a Rn. 3; Holznel, DÖV 2010, S. 847 ff.).

¹¹¹ BGHZ 6, 270 ff.; 91, 20 (22); OLG Jena, Urt. v. 27.01.2010 – Bl U 203/09, JurionRS 2010, 13447, sub II.3. (die »gewohnheitsrechtlich anerkannte Haftungsfigur des enteignenden Eingriffs« finde »ihre Grundlage im allgemeinen Aufopferungsgrundsatz der §§ 74, 75 Einl. ALR in seiner richterrechtlichen Ausprägung«); Luhmann, Öffentlich-rechtliche Entschädigung rechtspolitisch betrachtet, 1965, S. 48 (»revolutionisierende Rechtsprechung«); H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 28 Rn. 2.

¹¹² Papier, in: Maunz/Dürig (Begr.), GG (Stand: 64. Lieferung, Januar 2012), Art. 34 Rn. 55 f. (Stand: 54. Lieferung, Januar 2009); vgl. Herdegen, Haftung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, 1983, S. 70.

¹¹³ Sproll, in: Detterbeck/Windthorst/Sproll, Staatshaftungsrecht, 2000, § 18 Rn. 7.

¹¹⁴ H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 27 Rn. 102 f.; Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 142; Pieroth/Schlink/Kniesel, Polizei- und Ordnungsrecht, 6. Aufl. 2010, § 26 Rn. 37, vgl. aber auch Rn. 2 f., 25.

¹¹⁵ So eine im Vordringen befindliche Ansicht, siehe VGH München, NVwZ 1999, S. 1237 (1238); Baldus, in: ders./Grzeszick/Wienhues, Staatshaftungsrecht, 3. Aufl. 2009, Rn. 64, 254 ff.; Erbguth, JuS 2000, S. 336 ff.; Franke, Der Folgenentschädigungsanspruch, 1965, S. 50 ff.;

Ihrem Erkenntnisinteresse getreu betrachtet diese Abhandlung nur die rechtswidrigen Eingriffe, also die Entschädigung nicht wegen des (rechtmäßigen) Aufopferungs-, sondern nur wegen des (rechtswidrigen) aufopferungsgleichen Eingriffs und nicht wegen der (rechtmäßigen) Enteignung gem. Art. 14 Abs. 3 Satz 2, 3 GG oder der (rechtmäßigen) Inhalts- und Schrankenbestimmung gem. Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG¹¹⁶, sondern nur wegen des (rechtswidrigen) sog. enteignungsgleichen Eingriffs¹¹⁷.

Die drei Prototypen selbst sind nebeneinander anwendbar. Das gilt für den Amtshaftungsanspruch im Verhältnis zum Folgenbeseitigungs-¹¹⁸ und zum Aufopferungsanspruch¹¹⁹ genauso wie für das Verhältnis von Folgenbeseitigungs- und Aufopferungsanspruch untereinander¹²⁰. Die drei Prototypen bilden zugleich die drei – jedenfalls im Ansatz verschiedenen – Rechtsfolgen deutschen Haftungsrechts ab. Der Amtshaftungsanspruch ist auf Schadensersatz, d. h. auf Herstellung des ohne den Eingriff bestehenden (hypothetischen) Zustands (Restitution), der Aufopferungsanspruch auf Entschädigung (Kompensation) und der Folgenbeseitigungsanspruch auf Wiederherstellung des vor dem Eingriff bestehenden (tatsächlichen) Zustands, des *status quo ante*, gerichtet.

Die Beschränkung auf die Prototypen ist nicht nur wegen des Verhältnisses der Spezialität gerechtfertigt, in welchem die besonderen zu den genannten allgemeinen Ansprüchen stehen, sondern auch, weil die grammatischen und systematischen die genetischen und historischen Argumente methodisch regelmäßig auszustechen in der Lage sind. Das gilt jedenfalls für Gesetzesrecht, und zwar umso mehr, je älter das auszulegende Gesetz ist. Denn grammatische und systematische sind als Teil des demokratisch legitimierten Normtextes

Morlok, Die Verwaltung 25 (1992), S. 371 (381); *Röder*, Haftungsfunktion, 2002, S. 21, 265 ff.; *Schoch*, VerwArch 79 (1988), S. 1 (51); *ders.*, Jura 1993, 478 (485); vgl. auch *Hain*, VerwArch 95 (2004), S. 498 (504 f., 506 ff.).

A.A. BVerwGE 69, 366 (370 f.); *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 321 ff., 333 f.; weitere Rechtsprechungsnachweise dafür und dagegen bei *Grzeszick*, in: Merten/Papier (Hrsg.), HGR, Bd. III, 2009, § 75 Rn. 46.

¹¹⁶ Zur Ausgleichspflicht bei der Inhalts- und Schrankenbestimmung siehe nur *Grzeszick*, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2010, § 45 Rn. 42 ff.

¹¹⁷ Vgl. *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 134 (Tatbestandsstruktur der Aufopferung und des enteignungsgleichen Eingriffs »deckungsgleich«); krit. *Kempen*, Eingriff des Staates in das Eigentum, 1991, Rn. 277 ff.; *H. J. Wolff*, Verwaltungsrecht I, 9. Aufl. 1974, S. 529 (enteignungsgleicher Eingriff »weder enteignungsgleich noch stets ein Eingriff«).

¹¹⁸ *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 332; *Sproll*, in: Detterbeck/Windthorst/Sproll, Staatshaftungsrecht, 2000, § 18 Rn. 3; *Windthorst*, in: Detterbeck/Windthorst/Sproll, Staatshaftungsrecht, 2000, § 11 Rn. 31.

¹¹⁹ BGHZ 13, 88 (92), 45, 58 (82); *Baldus/Grzeszick/Wienhues*, in: dies., Staatshaftungsrecht, 3. Aufl. 2009, Rn. 534; *H. Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 26 Rn. 46, § 28 Rn. 7.

¹²⁰ *Baldus/Grzeszick/Wienhues*, in: dies., Staatshaftungsrecht, 3. Aufl. 2009, Rn. 530; *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 333; *Sproll*, in: Detterbeck/Windthorst/Sproll, Staatshaftungsrecht, 2000, § 18 Rn. 7 f.

wichtiger als historische und genetische Argumente: Diese können nur aus vorbereitenden Begleitdokumenten gewonnen werden, die nicht vom Gesetzgeber selbst (beispielsweise dem Parlament) stammen, sondern von den Initianten (beispielsweise der Bundesregierung) und ihren Zuarbeitern (beispielsweise der Ministerialverwaltung). Ob dieses Rangverhältnis auf Richterrecht übertragbar ist, soll hier offen bleiben. Dagegen spricht, dass der Auslegung von Richterrecht (also nicht des von den Richtern ausgelegten Gesetzesrechts) mit dem einschlägigen Judikat regelmäßig ein und derselbe Text ein und desselben Autor(enkollegium)s mit ein und derselben Legitimation zu Grunde liegt. Ein Vorrang von grammatischer und systematischer gegenüber historischer und genetischer Auslegung ließe sich also nicht aus dem Rangverhältnis verschiedener Texte, ihrer Autoren oder verschiedener Legitimation begründen, sondern müsste heuristisch ansetzen und allgemein zu zeigen versuchen, dass die grammatische und systematische Auslegung als die textnäheren Instrumente besser geeignet sind, die zutreffende Lesart eines Textes zu begründen, als die kontextbezogenen genetischen und historischen Argumente.

b) Amtshaftung, Aufopferung und Folgenbeseitigung

Den wichtigsten jedenfalls der geschriebenen Ansprüche des öffentlichen Haftungsrechts, den Amtshaftungsanspruch,¹²¹ hat der Gesetzgeber auch geschaffen, um das »Verantwortlichkeitsgefühl«¹²² der handelnden Beamten zu stärken und so einen Anreiz für rechtmäßiges Handeln zu setzen. Namentlich der Amtshaftungsanspruch gilt daher auch als wesentliche Ausformung des Rechtsstaatsprinzips.¹²³ Der Abgeordnete *Frohme* argumentierte in der Debatte über die Amtshaftung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch wie folgt:

»Das Bewußtsein der Haftbarkeit, welches man dem Bürger zumuthet, von welchem man sich nach den verschiedensten Richtungen hin so außerordentlich viel Vortheile für die Rechtssicherheit verspricht, muß auch bei den Beamten vorhanden sein, und ich bin

¹²¹ Vgl. *H. Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 25 Rn. 2 (»[e]in Schwerpunkt«).

¹²² Vgl. Abg. *Stadthagen*, in: Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstags, Bd. 146, IX. Legislaturperiode, IV. Session, 1895/97, Bd. 4, Berlin 1896, 113. Sitzung v. 24. 06. 1896, S. 2855 (2867 B); »Gesetzentwurf, betr. Haftung des Reichs für seine Beamten«, siehe Verhandlungen des Reichstags, XII. Legislaturperiode, I. Session, Bd. 255, Anlagen zu den Stenographischen Berichten, Aktenstück Nr. 1343, S. 8232.

¹²³ *Frohme* (SPD), in: Stenographische Berichte, soeben Fn. 122 (S. 73), 1896, S. 2855 (2856 D) (zu § 839 BGB); Vors. *Dr. Laforet* (CSU), Abg. *Dr. Hoch* (SPD) und Abg. *Dr. Reif* (FDP), alle zit. bei H.-P. Schneider (Hrsg.), Grundgesetz – Dokumentation, Bd. 10, 1996, Art. 34 Dok. 18, S. 537 (544 ff.) (zu Art. 34 GG); Bundesminister der Justiz/Bundesminister des Innern (Hrsg.), Reform des Staatshaftungsrechts (Kommissionsbericht), 1973, S. 63; *Windthorst*, in: Detterbeck/Windthorst/Sproll, Staatshaftungsrecht, 2000, § 3 Rn. 6; *Fetzer*, Haftung für legislatives Unrecht, 1994, S. 31 ff.; *H. Maurer*, Staatsrecht I, 6. Aufl. 2010, § 8 Rn. 36; *Thoma*, in: ders., Rechtsstaat – Demokratie – Grundrechte, 2008, S. 1 (15 f.); *ders.*, a. a. O., S. 443 (447 f.). *A.A. M. Redeker*, DÖV 1987, S. 194 (195 f.); *Röder*, Haftungsfunktion, 2002, S. 207 f.

fest überzeugt, es würde dann eine ganze Masse von Amtsmißbräuchen, von Schädigungen der Bürger durch irrige oder ungehörige Anwendung gesetzlicher Bestimmungen der amtlichen Autorität unterbleiben.«¹²⁴

Zwar hat der Gesetzgeber mehrheitlich den Antrag abgelehnt, den der Abgeordnete zu begründen suchte, nicht aber dessen Argument.¹²⁵ Der Gedanke hat Tradition: Die Paulskirchenverfassung sah in § 138 vor, dass im »Falle einer widerrechtlich verfügten oder verlängerten Gefangenschaft ... der Schuldige und nöthigenfalls der Staat dem Verletzten zur Genugthuung und Entschädigung verpflichtet« ist. Dahinter stand die Überlegung, dass die »Furcht vor Geldverlust« Staatsdiener »wirksamer, als alle Strafandrohungen« davon abhielte, ihre Hand zu einer »gesetzwidrige[n] Handlung« zu reichen.¹²⁶ Dementsprechend hat der Bundesgerichtshof anerkannt, dass der Amtshaftungsanspruch (nicht nur) »vornehmlich der Genugthuung des Verletzten« (also nach hiesiger Terminologie: der Kompensation¹²⁷), sondern eben »auch den Zwecken der wirksamen Sanktion und Prävention« dient. Es zähle zu den Funktionen der Amtshaftung, dass diese den Staat über die schadensersatzrechtliche Sanktion dazu anhalte, Amtspflichtverletzungen »von vornherein zu vermeiden oder aber (zumindest) alsbald zu beseitigen ...«. Daher müsse »der Geldentschädigungsanspruch« bereits nach geltendem Recht »für den ersatzpflichtigen Staat spürbare Auswirkungen haben«.¹²⁸

¹²⁴ Stenographische Berichte, oben § 6 Fn. 122 (S. 73), S. 2857 (A); vgl. auch die »Hauptsicherung gegen Amtsmißbrauch«, die der Parlamentarische Rat in der erwogenen persönlichen Haftung des Beamten gesehen hat, siehe Deutscher Bundestag u.a. (Hrsg.), Der Parlamentarische Rat 1948–1949, Akten und Protokolle, Bd. 2: Der Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee, Dok. Nr. 14, S. 504 (565), insoweit auch zit. in JöR N.F. 1 (1951), S. 324.

¹²⁵ Stenographische Berichte, oben § 6 Fn. 122 (S. 73), S. 2855 (2857 A und 2869 D) mit der Ablehnung des Antrags Nr. 44 aus Drs. Nr. 471. Diese Ablehnung richtete sich nicht gegen die persönliche Beamtenhaftung, um die es im Zitat geht, sondern erfolgte, weil der Entwurf den Staat daneben haften ließ. Eine solche Regelung zu treffen, verortete die Mehrheit der Abgeordneten außerhalb der eigenen Zuständigkeit, siehe unten § 10 II 1 a), bei Fn. 7–10 (S. 151 f.) m. w. N.

¹²⁶ Abg. *Leue* am 03. 08. 1848 in der Nationalversammlung, zit. nach Wigard (Hrsg.), Stenographischer Bericht, Bd. 2, 1848, S. 1354 (1357); vgl. dazu *Kempny*, VR 2011, S. 345 (346, 348) (»Anreizsystem«).

¹²⁷ Das Verhältnis von Kompensation und Genugthuung wird nicht immer einheitlich bestimmt. Gängig ist auch ein Verständnis, das Genugthuung (erst und nur) annimmt, soweit der »Ersatz« über Kompensation hinausgeht, vgl. *H.-B. Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 4. Aufl. 2005, S. 369, oder das die Genugthuung als »normative[s] Interesse an der Beachtung eines subjektiven Rechts« von der Kompensation unterscheidet, so *Jansen*, JZ 2002, S. 964 (965).

¹²⁸ BGH, NJW-RR 2010, S. 167 (168) (zur Amtshaftung für menschenunwürdige Haftbedingungen); in der Sache ebenso BGHZ 161, 33 (35 ff.) und BVerwGE 136, 140 (Rn. 20). Diese Abhandlung begreift die Sanktion als Mittel der Prävention.

Dass auch der Aufopferungsanspruch nicht nur kompensieren,¹²⁹ sondern außerdem rechtswidrigem Staatshandeln vorbeugen will, zeigen am besten zwei besondere Aufopferungsansprüche, nämlich die Entschädigungsansprüche bei Enteignung und wegen enteignungsgleichen Eingriffs.¹³⁰ Der Gesetzgeber, der enteignet, muss für die Enteignung gem. Art. 14 Abs. 3 Satz 2 GG eine Entschädigung vorsehen, insbesondere deren Art und Ausmaß bestimmen. Diese Vorgabe will dem Gesetzgeber die Kosten der Enteignung vor Augen führen, die er aus allgemeinen Haushaltsmitteln zu tragen haben wird. Das ist die – unbestrittene – Warnfunktion der Junktimklausel.¹³¹ Sie gilt nicht nur für die besonderen Aufopferungsansprüche, sondern auch für den allgemeinen Aufopferungsanspruch. Diesen stützen die Gerichte noch heute auf §§ 74 f. der Einleitung des Allgemeinen Landrechts für die Preußischen Staaten von 1794.¹³² Der dort normierte Aufopferungsanspruch hat mit der berühmten Allerhöchsten Kabinettsordre vom 4. Dezember 1831 eine, so heißt es, »authentische Interpretation« erfahren.¹³³ Die Begründung stellte schon damals auf den »einfachen«, »allgemeine[n] Grundsatz« ab, dass eine Maßnahme gegen den Einzelnen, die im »Interesse der Gesamtheit der Einwohner des Staats« erfolge, auch »aus dem Gesamt-Vermögen« zu entschädigen sei.¹³⁴ Das ist, in ökonomischer Diktion, nichts anderes als die Internalisierung des externen Effekts, den die staatliche Maßnahme bei dem betroffenen Einzelnen hervorruft. Weil es der Ökonomie um den gesamtgesellschaftlichen Wohlstand geht, spielt es auch keine Rolle, wo die Gewinne und Verluste anfallen. Nach *Pareto* ist eine Situation besser als eine andere, wenn es mindestens einem Individuum – gleich welchem – besser und keinem schlechter geht,¹³⁵ und nach *Kaldor* und *Hicks* ist eine Situa-

¹²⁹ Vgl. bereits Einl. §§ 74 f. ALR (mit dem namensgebenden Verbum »aufopfern«). Einige Autoren forderten auf dieser Grundlage schon im 19. Jahrhundert einen Aufopferungsanspruch, vgl. *Gebre*, Entwicklung der Amtshaftung, 1958, S. 74 ff.; *Kannowski*, in: Schmoekel/Rückert/Zimmermann (Hrsg.), Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Bd. III, 2013, §§ 831–839a, 841 Rn. 88 Fn. 512 m. w. N. (zitiert nach den Druckfahnen).

¹³⁰ Zur Qualifikation als besondere Aufopferungsansprüche vgl. BVerfGK 7, 303 (310); BGHZ 90, 17 (29 ff.); 91, 20 (26 ff.); *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 128 f.; vgl. auch *Röder*, Haftungsfunktion, 2002, S. 38, 40 ff.

¹³¹ Vgl. nur BVerfGE 46, 268 (287); *Bryde*, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), GG, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 14 Rn. 86; *H. P. Ipsen*, VVDStRL 10 (1952), S. 74 (93 ff., 96 ff.); *Osterloh*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts III, 2009, § 55 Rn. 128; *Papier*, in: Maunz/Dürig (Begr.), GG (Stand: 64. Lieferung, Januar 2012), Art. 14 Rn. 561 (Stand: 59. Lieferung, Juli 2010).

¹³² BGHZ 9, 83 (85 f.); 13, 88 (91) (jeweils Einl. § 75 ALR); BVerwG, Urt. v. 16. 03. 2006 – 4 A 1073.04, BeckRS 2006, 23922, Rn. 418; vgl. aber auch BVerfGK 7, 303 (310). Daneben kursieren weitere Geltungsgründe.

¹³³ Vgl. dazu *E. R. Huber*, Verfassungsgeschichte, Bd. II, 2. Aufl., 1960, S. 19.

¹³⁴ Allerhöchste Kabinettsordre v. 04. 12. 1831, betreffend die genauere Beobachtung der Grenzen zwischen landeshoheitlichen und fiskalischen Rechtsverhältnissen, in: PrGS. 1831, S. 255 (257).

¹³⁵ Vgl. nur *Mathis*, Effizienz statt Gerechtigkeit?, 3. Aufl. 2009, S. 48 ff.; *Ott/H.-B. Schäfer*, JZ 1988, S. 213 (218); *N. Petersen/Towfigh*, in: Towfigh/N. Petersen, Ökonomische Methoden

tion besser als eine andere, wenn die Gewinner die Verlierer aus dem Gewinn entschädigen könnten.¹³⁶ Kaldor-Hicks-Effizienz ist so gesehen hypothetische Pareto-Effizienz.

Für die These, dass schließlich auch der Folgenbeseitigungsanspruch der Prävention dienen soll, finden sich die wenigsten Belege. Immerhin hat das Bundesverwaltungsgericht den Anspruch auf Folgenbeseitigung als »Sanktionsrecht« bezeichnet.¹³⁷ Freilich gibt es auch ökonomische Erwägungen, die den Folgenbeseitigungsanspruch zu Lasten des Bürgers beschränken. Das gilt jedenfalls, wenn man das – in der Literatur angegriffene – Kriterium der Zumutbarkeit akzeptiert, unter das die Rechtsprechung den Folgenbeseitigungsanspruch stellt. Danach hängt die Reichweite des Folgenbeseitigungsanspruchs ebenfalls von Kosten-Nutzen-Überlegungen ab.¹³⁸ Generell gilt auch hier: Der Folgenbeseitigungsanspruch gibt dem Bürger einen »Anspruch auf Bewältigung öffentlich-rechtlicher Unrechtslasten« durch ein »Tätigwerden des Hoheitsträgers«¹³⁹. Die Folgenbeseitigungspflicht, welche die öffentliche Hand trifft, veranlasst diese, die Folgen ihres Handelns schon vorweg zu bedenken. Der Staat kann nachträglichen Beseitigungsaufwand vermeiden, indem er von vornherein rechtmäßig handelt.

5. Ergebnis

Das Haftungsrecht soll Schädigungen senken,¹⁴⁰ aber nicht um jeden Preis, d. h. es soll Schadensvermeidung steigern, aber nicht in beliebiger Höhe. Schäden um jeden Preis verhindern zu wollen, erscheint weder für staatliches noch für privates Handeln sinnvoll, müsste man doch alle Tätigkeiten verbieten, bei

im Recht, 2010, S. 1 (17); *Sen*, *Collective Choice and Social Welfare*, 1979, S. 21; *Towfigh*, in: *Towfigh/N. Petersen*, *Ökonomische Methoden im Recht*, 2010, S. 23 (32 f.); krit. *van Aaken*, in: *dies./Schmid-Lübbert* (Hrsg.), *Beiträge zur ökonomischen Theorie*, 2003, S. 89 (94).

¹³⁶ Vgl. nur *van Aaken*, in: *dies./Schmid-Lübbert* (Hrsg.), *Beiträge zur ökonomischen Theorie*, Wiesbaden 2003, S. 89 (94 f.); *Mathis*, *Effizienz statt Gerechtigkeit?*, 3. Aufl. 2009, S. 56 ff.; *Ott/H.-B. Schäfer*, *JZ* 1988, S. 213 (218); *N. Petersen/Towfigh*, in: *Towfigh/N. Petersen*, *Ökonomische Methoden im Recht*, 2010, S. 1 (17); *Sen*, *Collective Choice and Social Welfare*, 1979, S. 30 f.; *Towfigh*, in: *Towfigh/N. Petersen*, *Ökonomische Methoden im Recht*, 2010, S. 23 (33 f.).

¹³⁷ BVerwGE 94, 100 (109).

¹³⁸ BVerwGE 94, 100 (113 f., 117); BVerwG, DVBl 2004, S. 1493 (1493); ebenso *Sproll*, in: *Detterbeck/Windthorst/Sproll*, *Staatshaftungsrecht*, 2000, § 12 Rn. 47; einschränkend *Kempen*, *Eingriff des Staates in das Eigentum*, 1991, Rn. 336; krit. dagegen *Ossenbühl*, *Staatshaftungsrecht*, 5. Aufl. 1998, S. 322 (»Verlegenheitskriterium«); warnend *Höfling*, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts III*, 2009, § 51 Rn. 75 (drohendes »Abdriften in reine Kosten-Nutzen-Überlegungen« vermeiden); ablehnend *Schoch*, *VerwArch* 79 (1988), S. 1 (51).

¹³⁹ *Sproll*, in: *Detterbeck/Windthorst/Sproll*, *Staatshaftungsrecht*, 2000, § 12 Rn. 9 bzw. 8 (teilweise mit Hervorhebungen); in der Sache ebenso BVerwGE 94, 100 (114).

¹⁴⁰ Vgl. *Kötz/H.-B. Schäfer*, *AcP* 189 (1989), S. 501 (502) mit dem »alte[n] Sprichwort »Schadensverhütung ist besser als Schadensvergütung«.

denen besonders viele oder besonders schwere Schäden drohen.¹⁴¹ Das lässt sich einprägsam formulieren: »Übertriebene Sorgfaltsmaßnahmen schmälern den Kuchen, weil die damit verbundenen Kosten versunken sind und somit in der Gesamtbilanz fehlen. Ungenügende Aufwendungen schmälern den Kuchen ebenfalls, weil der dann zu erwartende Schaden überwiegt.«¹⁴² Das Stück des Opfers wird nicht kleiner, wenn der Schaden ersetzt wird, die Schädigung schmälert aber den »Gesamtkuchen«. Auch Juristen anerkennen allerorten, dass öffentlich-rechtliche Ersatzansprüche »präventiv«¹⁴³, »abschreckend«¹⁴⁴ wirken. Dass es Staatshaftungsansprüche gibt, motiviert den Bürger, staatliches Unrecht aus Eigennutz anzugreifen, und zwar auch dann noch, wenn die realen Folgen des Unrechts unumkehrbar geworden sind, und es motiviert den Staat, die künftige Inanspruchnahme durch schadensersatzberechtigte Bürger zu vermeiden.¹⁴⁵

Als *Kohlhaas* sich »mit seinen Kräften der Welt in der Pflicht verfallen« sah, »sich Genugtuung für die erlittene Kränkung, und Sicherheit für zukünftige seinen Mitbürgern zu verschaffen«¹⁴⁶, brachte *Kleist* die beiden Zwecke des Haftungsrechts, Kompensation des Geschädigten (»Das sind die *Pferde* nicht, die dreißig Goldgülden wert waren! Ich will meine wohlgenährten und gesunden *Pferde* wieder haben!«) und Prävention des Schädigers (»Sicherheit für zukünftige seinen Mitbürgern«), auf den Punkt. Dabei verlangen *Kohlhaas* und auch *Coalhouse Walker*, das Pendant aus *Doctorows* erwähneter Adaption, die »Gerechtigkeit«¹⁴⁷, um die es ihnen geht, gerade als Ausgleich für die »Unge- rechtigkeit«¹⁴⁸, für das »Unrecht«¹⁴⁹, das ihnen widerfahren ist. Die beiden liefern damit zugleich ein belletristisches Beispiel für die Mobilisierung des Bürgers zur Durchsetzung des Rechts, das zeigt, wie Prävention und Kom-

¹⁴¹ *Kötz/Wagner*, Deliktsrecht, 11. Aufl. 2010, Rn. 60 (für Private mit dem Beispiel des Autoverkehrs); ungenau daher *E. A. Posner/Sykes*, *American Law and Economics Review* 9 (2007), S. 72 (85).

¹⁴² *Schweizer*, in: *Zwierlein* (Hrsg.), *Sicherheit und Krise*, 2012, S. 180 (182); in der Sache ebenso etwa *Blaschczok*, *Gefährdungshaftung und Risikozuweisung*, 1993, S. 162; *Calabresi*, *Cost of Accidents*, 1970, S. 17 ff., 26 ff.; *Engel*, in: v. *Danwitz/Depenheuer/Engel* (Hrsg.), *Bericht zur Lage des Eigentums*, 2002, S. 9 (34); *Fleischer/Zimmer*, in: dies. (Hrsg.), *Effizienz als Regelungsziel im Handels- und Wirtschaftsrecht*, 2008, S. 9 (29 f.); *R. A. Posner*, *JLEPP* 2 (1985), S. 85 (104 f.); vgl. auch *Polinsky*, *Law and Economics*, 4. Aufl. 2011, S. 7.

¹⁴³ *Morlok*, *Die Verwaltung* 25 (1992), S. 371 (376); *Oebbecke*, *DVBf* 2009, S. 1152 (1156); in der Sache ebenso *Developments*, *Harv. L. Rev.* 90 (1977), S. 1133 (1219).

¹⁴⁴ Vgl. nur *Höfling*, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts III*, 2009, § 51 Rn. 11; *Newman*, *Yale L. J.* 87 (1978), S. 447 (451).

¹⁴⁵ *Morlok*, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts III*, 2009, § 52 Rn. 20.

¹⁴⁶ Oben § 1 (S. 3 ff.).

¹⁴⁷ *Doctorow*, *Ragtime*, 1975, 28. Kap. (S. 190); 29. Kap. (S. 199); vgl. aber auch 37. Kap., S. 254; für *Kohlhaas* siehe das Zitat in der Einleitung, oben § 1 (S. 3 ff.).

¹⁴⁸ *Doctorow*, *Ragtime*, 1975, 29. Kap. (S. 197); für *Kohlhaas* siehe oben § 1 (S. 3 ff.).

¹⁴⁹ *Doctorow*, *Ragtime*, 1975, 31. Kap. (S. 212); für *Kohlhaas* siehe oben § 1 (S. 3 ff.).

pensation zusammenfallen. Die Kompensation liefert dem Bürger den Anreiz, tätig zu werden. Dass der Bürger einen Anreiz geliefert bekommen hat, tätig zu werden, lässt die rechtsunterworfenen Staatsgewalt dieses Tätigwerden erwarten und wirkt daher präventiv. Der die Kompensation suchende und (damit notwendig auch) die Prävention betreibende Mobilisierte leistet so einen Beitrag zu individuellem, konkretem und vergangenheitsbezogenem Rechtsschutz (für seinen Fall) und (damit notwendig auch) zu generellem, abstraktem und zukunftsgerichtetem Rechtsschutz (für kommende Fälle).

II. Folgen für die ökonomische Analyse des öffentlichen Haftungsrechts

Schon die Leitsätze 1 und 3 allein legen die ökonomische Analyse des öffentlichen Haftungsrechts nahe. Die ökonomische Analyse hat im öffentlichen Haftungsrecht eine politische Bedeutung für den Rechtsetzer (Leitsatz 3¹⁵⁰), weil das öffentliche Haftungsrecht in Deutschland kaum gesetztes Parlaments-, sondern weitgehend gesprochenes Richterrecht ist. Die Gerichte handeln hier ausnahmsweise als Rechtsetzer. Deshalb sollten sie, wie es ein gut beratenes Parlament auch tun würde, ökonomische Argumente berücksichtigen.¹⁵¹ Dass die ökonomische Analyse gut zum Richterrecht passt, zeigt sich zum Beispiel im richterrechtlich geprägten angelsächsischen Rechtskreis, aus dem die ökonomische Analyse stammt.¹⁵²

Die ökonomische Analyse hat im öffentlichen Haftungsrecht eine andere juristische Bedeutung auch für den Rechtsanwender, weil das geltende Staatshaftungsrecht die ökonomische Analyse vorschreibt (Leitsatz 1¹⁵³). Die Auffassung, dass eine ökonomische Analyse des öffentlichen Haftungsrechts geboten sei, kann also auch teilen, wer den hier vertretenen methodischen Ansatz ablehnt, dass nach Leitsatz 1'¹⁵⁴ eine ökonomische Analyse des Rechts schon dann geboten ist, wenn das Recht sie nur zulässt. Es genügt die (schwächere) Annahme, dass eine ökonomische Analyse des Rechts jedenfalls dann geboten ist, wenn das Recht sie vorschreibt (Leitsatz 1).

¹⁵⁰ Siehe oben § 5, bei Fn. 38 (S. 40).

¹⁵¹ Vgl. Engel/Schön, in: dies. (Hrsg.), *Proprium der Rechtswissenschaft*, 2007, S. IX (XI); C. Kirchmer, in: Hof/Schulte (Hrsg.), *Wirkungsforschung zum Recht III*, 2001, S. 33 (33); ders., in: Haft/Hof/Wesche (Hrsg.), *Bausteine zu einer Verhaltenstheorie*, 2001, S. 445 (447 f.); Magen, in: Engel/Englerth/Lüdemann/Spiecker genannt Döhmman (Hrsg.), *Recht und Verhalten 2007*, S. 261 (263); Morlok, in: Engel/Morlok (Hrsg.), *Öffentliches Recht als ein Gegenstand ökonomischer Forschung*, 1998, S. 1 (26 f.); H.-B. Schäfer/Ott, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, 4. Aufl. 2005, S. 227.

¹⁵² Vgl. Eidenmüller, *Effizienz als Rechtsprinzip*, 3. Aufl. 2005, S. 404 ff., 409.

¹⁵³ Siehe oben § 5, bei Fn. 4 (S. 34).

¹⁵⁴ Siehe oben § 5, bei Fn. 62 (S. 44).

Das öffentliche Haftungsrecht eignet sich seinem Gegenstand nach besonders gut für die ökonomische Analyse. Insbesondere greift weder der Vorwurf, dass die ökonomische Analyse den Menschen auch dort als rationalen Nutzenmaximierer denke, wo es nicht um wirtschaftliche, geldwerte Interessen gehe.¹⁵⁵ Abgesehen davon, dass die Ökonomik längst selbst daran arbeitet, ihr Menschenbild zu präzisieren, um menschliches Verhalten genauer vorhersagen zu können,¹⁵⁶ sind Geld und geldwerte Interessen gerade Gegenstand öffentlichen Haftungsrechts. Noch sticht das Gegenargument, die ökonomische Analyse vernachlässige die Verteilungsgerechtigkeit, weil es der Ökonomie – was zutrifft – um die gesamtgesellschaftliche Wohlfahrt gehe. Denn Verteilungsgerechtigkeit im Sinn einer Umverteilung ist kein Ziel des öffentlichen Haftungsrechts, sucht dieses doch gerade den *status quo* der Verteilung zu bewahren.

¹⁵⁵ Vgl. Kirchgässner, Homo Oeconomicus. Economic Model of Behaviour, 2008, S. 59 ff. sowie 269 ff. mit Grzeszick, JZ 2003, S. 647 (652) und dessen Verweise auf Brennan/Pincus, Economic Record 63 (1987), S. 22 ff., und auf Etzioni, Jenseits des Egoismus-Prinzips, 1994, S. 55 ff., 179 ff.

¹⁵⁶ Die Grenzen der ökonomischen Rationaltheorie untersucht etwa die Verhaltensökonomik (*Behavioral Law and Economics*). Zur eingeschränkten Rationalität (»*bounded rationality*«) siehe grundlegend und begriffsprägend die Aufsatzsammlungen von H. A. Simon, *Models of Man*, 1957, insb. S. 198 ff., und *ders.*, *Models of Bounded Rationality*, 3 Bände, insb. Bd. 1, 2. Aufl. 1983, S. 3; vgl. außerdem nur Englerth, in: Engel/Englerth/Lüdemann/Spiecker genannt Döhmman (Hrsg.), *Recht und Verhalten*, 2007, S. 60 ff.; *ders.*, in: Towfigh/N. Petersen, *Ökonomische Methoden im Recht*, 2010, S. 165 (167 ff.); Jolls/Sunstein/Thaler, *Stan. L. Rev.* 50 (1998), S. 1471 ff. = *dies.*, in: Sunstein (Hrsg.), *Behavioral Law and Economics*, 2000, S. 13 ff.; sowie speziell für das Haftungsrecht Langevoort, *Vand. L. Rev.* 51 (1998), S. 1499 (1512 ff.) m. w. N.

§ 7 Zum Vorbild der ökonomischen Analyse des zivilen Haftungsrechts

I. Methode

Die ökonomische Analyse des zivilen Haftungsrechts sieht den Sinn des Schadensersatzes darin, den Geschädigten für seinen Schaden zu kompensieren, *soweit* das gesamtgesellschaftlich ein effizientes Maß an Schadensprävention gewährleistet. Das folgt aus dem Grundgedanken der Ökonomie, dass der Wohlstand unter Knappheit zu maximieren sei.¹ Die wirtschaftliche Übertragung der Schadenskosten vom Geschädigten, den diese zunächst trafen, auf den Schädiger ist also, ökonomisch gesehen, nicht der Zweck des Haftungsrechts, sondern bloß Mittel gesamtgesellschaftlicher Kostenminimierung:² »Schadensersatzansprüche ohne die Funktion der Verhaltenssteuerung und damit der Schadensprävention« sind aus Sicht der ökonomischen Theorie des Rechts »irrelevant; Schadensausgleich als Selbstzweck lasse sich weder begründen noch rechtfertigen.«³ Die Verpflichtung, Schadensersatz zu leisten, dient als Anreiz für eine dem Risiko möglichst angemessene Vorsicht. Dieser Anreiz ist es, der die gesamtgesellschaftliche Wohlfahrt steigern soll.

Während es das zivile Haftungsrecht typischerweise mit einer Privatperson als Schädiger zu tun hat, behandelt das öffentliche Haftungsrecht typischerweise Schädigungen der öffentlichen Hand. Die Frage, welche Bedeutung ökonomische Analysen des zivilen Haftungsrechts für das öffentliche Haftungsrecht erlangen können, muss dabei zwei Aspekte gewärtigen, der eine ökonomisch, der andere juristisch. Der ökonomische Aspekt betrifft den methodologischen Individualismus: Klassische Ökonomie schaut auf den Einzelnen, nicht auf

¹ Siehe dazu oben § 3 I (S. 17 ff.).

² Vgl. nur *Polinsky*, *Law and Economics*, 4. Aufl. 2011, S. 7; *van Roosebeke*, *State Liability*, 2007, S. 133, 146 mit Fn. 261.

³ *Rebhahn*, *Staatshaftung wegen mangelnder Gefahrenabwehr*, 1997, S. 169; ebenso *Kötz/Wagner*, *Deliktsrecht*, 11. Aufl. 2010, Rn. 57 f.; *H.-B. Schäfer/Ott*, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, 4. Aufl. 2005, S. 126; zurückhaltender noch *Wagner*, *JZ* 1991, S. 175 (176).

Gruppen.⁴ Inwieweit die ökonomischen Erkenntnisse über Einzelne auf Gruppen übertragbar sind, ist empirisch wie theoretisch umstritten. Starke Stimmen befürworten die Übertragung: Die sog. *corporate actors*, zu denen auch der Staat zählt, handelten erst recht rational im Sinn des ökonomischen Modells.⁵ Diese Abhandlung braucht im Streit der Ökonomen nicht Partei zu ergreifen. Denn die folgenden Ausführungen gelten auch für den Fall, dass die Übertragung auf Gruppen ausgeschlossen sein sollte: Immer dort, wo folgend vom »Staat« die Rede ist, lässt sich statt dessen der jeweils entscheidende Staatsdiener einsetzen, sei es der Beamte in der Behörde, sei es der Abgeordnete im Parlament, sei es der Richter im Gerichtssaal.

Der andere, der juristische Aspekt betrifft den Unterschied zwischen öffentlichem und zivilem (Haftungs-)Recht und damit zwischen »privat und Staat«.⁶ Der Unterschied zwischen »privat und Staat« kann die Übertragung ökonomischer Analysen des zivilen auf das öffentliche Haftungsrecht ausschließen, Modifikationen gebieten oder sich als unerheblich erweisen. Gleichwohl wird die Übertragbarkeit erstaunlich selten thematisiert. Ökonomische Analysten des zivilen Haftungsrechts wählen zur Veranschaulichung ihrer Erkenntnisse unbefangene Beispiele aus dem öffentlichen Recht.⁷ Umgekehrt belegen Vertreter des öffentlichen Rechts die Anreizwirkung des Staatshaftungsrechts auf die öffentliche Hand leichthändig mit ökonomischen Analysen des zivilen Haftungsrechts⁸. Dabei sind die Unterschiede zwischen »privat und Staat« so grundsätzlich wie vielfältig.

⁴ Siehe die Nachweise oben § 5 Fn. 55 (S. 43).

⁵ Zur Übertragung mikro-ökonomischer Entscheidungsmodelle auf Gruppen und Institutionen jüngst im Überblick *Engel*, JOIE 6 (2010), S. 445 ff.; siehe auch *Farber/Frickey*, Law and Public Choice, 1991; Gillroy/Wade (Hrsg.), The Moral Dimensions of Public Policy Choice, 1992; *Lepsius*, Die Verwaltung 32 (1999), S. 429 (436); umfassend *D. C. Mueller*, Public Choice III, 9. Aufl. 2009.

⁶ *Rebhahn*, Staatshaftung wegen mangelnder Gefahrenabwehr, 1997, S. 168, 180.

⁷ *Kötz/Wagner*, Deliktsrecht, 11. Aufl. 2010, Rn. 80, und *H.-B. Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 4. Aufl. 2005, S. 121, 191, 229, analysieren Schadenersatzansprüche gegen die öffentliche Hand jeweils ohne Weiteres. Diese Umstandslosigkeit mag daher rühren, dass der Bundesgerichtshof die Straßenverkehrssicherungspflichten, um die es jeweils ging, einer langen Tradition entsprechend – krit. *O. Mayer*, Sächsisches Archiv für Rechtspflege 8 (1913), S. 1 (5 f.) –, auch dann nach Privatrecht zu beurteilen pflegt, wenn sie den Staat treffen. Doch die Unterschiede, die zwischen »privat und Staat« mit Blick auf die Anreizwirkung bestehen, gibt es auch, wenn der Staat nach Privatrecht handelt, und wären daher in jedem Fall anzusprechen gewesen.

⁸ *Höfling*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts III, 2009, § 51 Rn. 11 (in und bei Fn. 36); *Osterloh*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts III, 2009, § 55 Rn. 1.

II. »Privat und Staat«: Unterschiede und Gemeinsamkeiten

1. Gemeinwohlbindung

Der grundsätzliche Unterschied zwischen Privaten und dem Staat liegt darin, dass der Staat auf das Gemeinwohl verpflichtet ist, während Private von Verfassung wegen ihre Eigeninteressen ausleben dürfen: »Der Staat ist um des Menschen willen da, nicht der Mensch um des Staates willen«^{9, 10} Unter anderem mit diesem Befund rechtfertigte *Grzeszick*, die ökonomische Analyse in seiner Habilitationsschrift zum Staatshaftungsrecht auszusparen: Staatliche Akteure könnten »nicht ohne weiteres« als rational egoistisch handelnd begriffen werden.¹¹ Auf derselben Linie liegt die Annahme einiger Ökonomen, der Staat müsse externe Effekte deshalb nicht internalisieren, weil er bei seinen Entscheidungen alle anfallenden sozialen Kosten ohnehin berücksichtige:¹² Bereits die professionelle Einstellung zum eigenen Amt und das beamtliche Pflichtgefühl stellten eine gewissenhafte Amtsführung und damit die Rechtstreue der Verwaltung sicher, im Idealfall ohne direkte Anreize.¹³

Es liegt nahe, dass auch das Gegenteil vertreten wird. Zur Begründung dienen Studien, nach denen Staatsdiener bei ihren Entscheidungen nicht allein im Interesse des Gemeinwohls handelten, sondern stets auch die persönlichen Interessen, namentlich das eigene Wohlergehen und Fortkommen, im Blick behielten.¹⁴ Die Annahme, dass auch Amtsträger wie *homines oeconomici* agie-

⁹ Zu der Sentenz und ihren Grundlagen im Recht vgl. *Hartmann*, AöR 134 (2009), S. 1 (2 ff.). Zum Gehalt des Gemeinwohlauftrags als Gebot, alle privaten und öffentlichen Interessen zu berücksichtigen, siehe nur *Möllers*, DÖV 2000, S. 667 (669 f.); *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. 2004, 3. Kap., Rn. 76; *Vofßkuhle*, Die Verwaltung 34 (2001), S. 347 (359 f.). Zum Recht des Grundrechtsträgers, sein Handeln gerade nicht an den »Interessen des Staates« zu »orientieren«, siehe nur BVerfGE 102, 370 (395); *Grzeszick*, in: Merten/Papier (Hrsg.), HGR, Bd. III, 2009, § 75 Rn. 89, 93 m. w. N.

¹⁰ In der Sache ebenso die »Grundnorm über das Verhältnis des Staates gegenüber seinen Bürgern« – so *Pieroth*, in: Gabriel/Große Kracht (Hrsg.), Brauchen wir einen neuen Gesellschaftsvertrag?, 2005, S. 53 (55) –, wie sie für das Preußische Allgemeine Landrecht zunächst vorgesehen, dann aber der Schlussredaktion zum Opfer gefallen war: »Das Wohl des Staats überhaupt, und seiner Einwohner insbesondere, ist der Zweck der bürgerlichen Vereinigung, und das allgemeine Ziel der Gesetze«.

¹¹ *Grzeszick*, Rechte und Ansprüche, 2002, S. 259 f.; vgl. auch *Rebhahn*, Staatshaftung wegen mangelnder Gefahrenabwehr, 1997, S. 169, aber auch *Towfigh/N. Petersen*, in: dies., Ökonomische Methoden im Recht, 2010, S. 133 (133) m. w. N., wonach die Gegenseite dieses Verständnis »romantisch« nenne.

¹² Vgl. *Cohen*, UTLJ 40 (1990), S. 213 (217; aber auch 232); *Spitzer*, So. Cal. LR 50 (1977), S. 515 (524 f.).

¹³ Vgl. *M. Schneider/Sadowski*, Die Verwaltung 37 (2004), S. 377 (384; vgl. aber auch 388).

¹⁴ Vgl. *Anderheiden*, Gemeinwohl, 2006, S. 494 f.; *Behrens*, in: Meessen/Bungenberg/Puttler (Hrsg.), Economic Law as an Economic Good, 2009, S. 45 (48); *Coase*, J. Law & Econ. 3 (1960), S. 1 (17 f.); *Cohen*, UTLJ 40 (1990), S. 213 (234 f.); *Downs*, An Economic Theory of Democracy, 1957, S. 51 ff. = *ders.*, Ökonomische Theorie der Demokratie, 1968; *Häfelin/Müller/Uhlmann*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl. 2010, Rn. 2225; *Hoffmann-Riem*, DÖV 1997, S. 433

ren und ihre Entscheidungen rational nutzenmaximierend an den für sie zu erwartenden individuellen Vor- und Nachteilen ausrichtet,¹⁵ ist nicht nur gängig, sondern Ausgangspunkt der auch »Public Choice« genannten Neuen Politischen Ökonomie¹⁶.

Mir erscheint die Annahme, der Staat berücksichtige die sozialen Kosten ohnehin, zweifelhaft. Tatsächlich auf Schwierigkeiten stößt die Berücksichtigung sozialer Kosten bereits bei Staatshandeln, das ungeplant erfolgt, zum Beispiel bei Verkehrsunfällen von Dienstwagen, oder das durch Korruption gesteuert wird. Rechtlich im Widerspruch steht die Annahme zu zahlreichen Regelungen des Planungsrechts, welche die Beteiligung der Öffentlichkeit oder der Nachbarn gerade deshalb vorsehen, um deren Interessen in das Verfahren einzubeziehen und den gebührenden Einfluss auf die Entscheidung überhaupt erst zu verschaffen. Das Instrumentarium der Volksgesetzgebung, das in Ländern und Kommunen mittlerweile flächendeckend bereit steht, zeigt, dass es den Repräsentativorganen nicht immer gelingt, im Interesse der Repräsentierten zu entscheiden.¹⁷

Richtig ist allerdings, dass das Grundgesetz den Staat umfassend auf das Gemeinwohl verpflichtet. Diese Vorgabe dürfte auch nicht ohne Einfluss auf staatliche Entscheidungen sein. Doch belegt die Existenz eines rechtlichen Sollens nicht, dass das tatsächliche Sein diesem Sollen genügt. Eine solche Folgerung wäre ein naturalistischer Fehlschluss. Das zeigt jeder Kläger, der seinen Prozess gegen die Verwaltung gewinnt. Geschieht das zu Recht, hat der Staat rechtswidrig gehandelt. Solange der Staat (bisweilen) rechtswidrig handelt,

(437); *Kirchgässner*, JZ 1991, S. 104 (107 f.); *ders.*, Homo Oeconomicus. Ökonomisches Modell individuellen Verhaltens, 3. Aufl. 2008, S. 116; *Mayntz/Luhmann*, Personal im öffentlichen Dienst, 1973, S. 124, 133 f., 262 ff.; *M. Schneider/Sadowski*, Die Verwaltung 37 (2004), S. 377 (386); *Schuck*, Suing Government, 1983, S. 67; *Siepmann/Siepmann*, Verwaltungsorganisation, 6. Aufl. 2004, S. 17; *Towfigh/N. Petersen*, in: dies., Ökonomische Methoden im Recht, 2010, S. 133 (135 f.); krit. *Etzioni*, Jenseits des Egoismus-Prinzips, 1994, S. 446.

¹⁵ *Blankart*, Öffentliche Finanzen, 7. Aufl. 2008, S. VII, 14 f., 17, 67 f.; *Downs*, Inside Bureaucracy, 1967, S. 81 ff.; *Sadowski*, Personalökonomie und Arbeitspolitik, 2002, S. 33; *H.-B. Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 4. Aufl. 2005, S. 111, 579; vgl. auch *Voßkuhle*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts III, 2009, § 43 Rn. 4; *Sachs*, in: Maltepe Universität (Hrsg.), Transparenz als Demokratisierungsprozess in der Verwaltung, 2008, S. 141 (142); ebenso für Parlamentarier *Buchanan*, in: dies., Politische Ökonomie, 1990, S. 23 (26 ff.); *ders.*, in: dies., a. a. O., S. 41 (55); *ders.*, Die Grenzen der Freiheit, 1984, S. 223; krit. *Di Fabio*, Kultur der Freiheit, 2005, S. 45 f.

¹⁶ Vgl. nur *Blume/Rubinfeld*, Cal. L. Rev. 72 (1984), S. 569 (621); *Farber/Frickey*, Law and Public Choice, 1991, S. 1 (vgl. aber auch S. 4 f., 7, 12 ff.); *Schweizer*, in: Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie 12 (1993), S. 210 (220).

¹⁷ *Hartmann*, Volksgesetzgebung und Grundrechte, 2005, S. 100 m. w. N. zum strukturellen Gegensatz, der in diesen Fällen zwischen Parlament und Volk besteht.

spricht die Existenz einer Rechtspflicht (hier: das Gemeinwohl zu beachten¹⁸, genauso aber auch: gem. Art. 20 Abs. 3 GG Gesetz und Recht zu wahren) nicht dagegen, das Staatshaftungsrecht ökonomisch zu analysieren (oder gar dagegen, überhaupt ein Staatshaftungsrecht zu haben).¹⁹

Es bleibt also in jedem Fall ein Bereich, in dem der Staat rechts- bzw. gemeinwohlwidrig handelt, d. h. die sozialen Kosten bei seiner Entscheidung nicht ausreichend berücksichtigt. In diesem Bereich stellt sich die Frage nach der Internalisierung externer Effekte jedenfalls. Gestritten werden kann allein darüber, wie klein oder groß dieser »Restbereich« ist. Die gelegentlich geäußerte Auffassung, es bedürfe des Staatshaftungsrechts gar nicht, steht denn auch ausdrücklich unter einer Bedingung, die nie erfüllt ist und daher die Aussage als notwendig falsch erscheinen lässt:

»If the government is working perfectly, then ... tort law is unnecessary from the point of view of efficiency analysis, and a ›no liability‹ rule is optimal«²⁰.

Die Bedingung ist nie erfüllt und die Aussage erscheint als notwendig falsch, weil der Staat nicht anders handeln kann als durch seine fehlbaren Amtsträger²¹: Government does not and cannot always work perfectly. Die Ökonomie verlangt dementsprechend vom Recht zu Recht, dass dessen Handlungsbedingungen »die gesellschaftliche Ordnung auch mit Menschen von moralisch mittlerer Art und Güte« funktionieren lasse, d. h. »insbesondere auch dann, wenn der einzelne in seiner Rolle als Bürger, Politiker oder Amtsinhaber andere Präferenzen hat als seine Mitbürger«²².

2. Politische Verantwortlichkeit

Es gibt einen zweiten Unterschied zwischen Privatpersonen und Staatsdienern, der das Staatshaftungsrecht bzw. dessen ökonomische Analyse entbehrlich machen soll. Unsere Demokratie gibt den Bürgern gegen den Staat ein Sanktionsinstrument an die Hand, das Privaten untereinander selten zur Ver-

¹⁸ So meine Auffassung, siehe *Hartmann*, AöR 134 (2009), S. 1 (28) m. w. N.; vgl. auch *Bungenberg*, Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme, 2007, S. 143; auf eine regulative Idee reduzierend dagegen etwa *H. Dreier*, in: Neumann/Schulz (Hrsg.), Verantwortung in Recht und Moral, 2000, S. 9 (28 f.); *Isensee*, in: v. Arnim/Sommermann (Hrsg.), Gemeinwohlgefährdung und Gemeinwohlsicherung, 2004, S. 95 (105); *Kunig*, Rechtsstaatsprinzip, 1986, S. 333 ff. Nur soweit man die Gemeinwohlbindung als Rechtsgebot begreift, gelten die Ausführungen zur Rechtsbindung unter § 7 II 4 (S. 90 ff.) auch hier.

¹⁹ Für die Gemeinwohlbindung gilt das erst recht, ist dieser Maßstab doch weder leicht anzuwenden noch (regelmäßig) überhaupt justiziabel, siehe *Hartmann*, AöR 134 (2009), S. 1 (28 ff.) m. w. N. In anderem Zusammenhang kritisch *Wittreck*, Geld, 2002, S. 75 (Leerformel).

²⁰ *Cohen*, UTLJ 40 (1990), S. 213 (217), vgl. aber auch a. a. O., S. 232 (»perfectly« in Anführungszeichen) und S. 252 (Konjunktiv).

²¹ Zur Unvermeidlichkeit rechtswidrigen Staatshandelns siehe oben § 6 I 3 c) (S. 63 ff.), insb. bei Fn. 73, 75 (S. 64) (»Kirchentür«-Argument).

²² *Grzeszick*, JZ 2003, S. 647 (652); zur Frage der *corporate actors* vgl. oben § 7 I (S. 80 ff.).

fügung steht: die Abwahl.²³ Diese kann sich gegen die Verwaltungsspitzen in Kommunen, Ländern und dem Bund richten. Sie geschieht direkt (so etwa im Fall von Bürgermeistern und Landräten²⁴) oder indirekt (so etwa im Fall der Regierungschefs und ihrer Minister, die ihre Ämter in der parlamentarischen Demokratie regelmäßig verlieren, wenn die parlamentarische Mehrheit wechselt). Manche Stimmen begründen mit dieser Möglichkeit der Abwahl, dass der Staat haftungsrechtliche »Immunität« genießen könne: An die Stelle der haftungsrechtlichen trete die parlamentarische, die politische Verantwortlichkeit.²⁵

Dass Politiker regelmäßig an ihrer Wahl bzw. Wiederwahl interessiert sind²⁶, erscheint zutreffend. Schließlich hätten sie ihrer Kandidatur nicht zustimmen zu brauchen²⁷ bzw. das Amt niederlegen können²⁸. Doch liefert das Interesse an der (Wieder-)Wahl kein Argument gegen die Existenz des Staatshaftungsrechts oder auch nur gegen dessen ökonomische Analyse²⁹. Ließe man das Argument gelten, müsste es auch gegen Primärrechtsschutz streiten. Das Sanktionsargument der Abwahl wäre ohnehin ein stumpfes Schwert: Der Bürger könnte dem Amtsträger damit kaum Schnittwunden zufügen, und selbst als Schlaginstrument erscheint die Waffe kaum tauglich zu sein. Denn seit *Downs* ist uns bewusst, dass die Stimme eines Einzelnen selbst knappe Wahlen praktisch

²³ Die Vertragsfreiheit, die es Privaten erlaubt, mit einem bestimmten anderen Privaten fortan nicht mehr zu kontrahieren, zählt nicht, weil die Abwahl den Abgewählten aus dem Amt entfernt, während der Abbruch der Geschäftsbeziehungen den Privaten im Markt belässt. Hinzu kommt, dass namentlich die Kündigung regelmäßig nur unter weiteren Voraussetzungen möglich ist.

²⁴ Vgl. etwa für Nordrhein-Westfalen die Direktwahl gem. § 65 Abs. 1 Satz 1 GO NRW bzw. gem. § 44 Abs. 1 Satz 1 KrO NRW.

²⁵ Vgl. Justice *Powell*, in: *Nixon v. Fitzgerald*, Supreme Court Reporter (S. Ct.) 102 (1982), S. 2690 (2705), sowie *Cohen*, UTLJ 40 (1990), S. 213 (241 Fn. 124) und *Gourlie*, U.B.C. L. Rev. 16 (1982), S. 295 (300 f.) m. w. N. und Kritik; vgl. auch *Schnöckel*, DÖV 2009, S. 703 (707) sowie die überkommenen Grundsätze »rex non potest peccare«; »the King can do no wrong«; »le Roi ne peut mal faire«.

²⁶ *Engel*, in: ders. (Hrsg.), *Methodische Zugänge zu einem Recht der Gemeinschaftsgüter*, 1998, S. 11 (16); *Fiorina*, *Congress*, 2. Aufl. 1989, S. 37, 102 f.; *Kirchgässner*, *Homo Oeconomicus. Ökonomisches Modell individuellen Verhaltens*, 3. Aufl. 2008, S. 117 f.; *Mayhew*, *Congress*, 2. Aufl. 2004, S. 5, 13 ff.; *Rose-Ackerman*, in: *European Journal of Law and Economics* 1 (1994), S. 53 (59 f., 62); *Pünder*, in: FS Karsten Schmidt, 2011, S. 297 (282 f.); *S. Voigt*, *Institutionenökonomik*, 2. Aufl. 2009, S. 101; vgl. auch *Arnold*, *Congressional Action*, 1990, S. 5 bei und in Fn. 2, S. 7 und passim; *Hirshleifer*, *J. Law & Econ.* 19 (1976), S. 241 (241).

²⁷ Vgl. nur für den staatlichen Bereich § 20 Abs. 1 Satz 3 BWahlG (zur Kandidatur für den Deutschen Bundestag) und für den kommunalen Bereich § 15 Abs. 3 Satz 4 f. KWahlG NRW (zur Kandidatur für den Rat in den Gemeinden und den Kreistag in den Kreisen.).

²⁸ Vgl. nur für den staatlichen Bereich § 46 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 BWahlG (zum Verzicht auf die Mitgliedschaft im Deutschen Bundestag) und für den gemeindlichen Bereich § 37 Nr. 1 KWahlG NRW (zum Verzicht auf den Sitz in Rat oder Kreistag).

²⁹ *Dari-Mattiaci/Garoupa/Gómez-Pomar*, *European Review of Private Law* 2010, S. 773 (791 f.); *Kramer/Sykes*, *Supreme Court Review* 1987, S. 249 (279); *E. A. Posner/Sykes*, *American Law and Economics Review* 9 (2007), S. 72 (88 f.); vgl. aber *van Roosebeke*, *State Liability*, 2007, S. 116 f.

nicht entscheiden kann.³⁰ Unsere Gemeinwesen sind so groß, dass zwischen Gewinner(n) und Verlierer(n) regelmäßig mehr als eine Stimme liegt. Nicht dem Wähler steht die Sanktionsmöglichkeit der Abwahl also, bei Licht besehen, zur Verfügung, sondern nur den Wählern. Der Einzelne braucht die Hilfe der Anderen. Allein hat er nur die Möglichkeit der Gegenstimme, und diese Sanktionsmöglichkeit ist praktisch wertlos.

Weiter kandidiert nur zufällig gerade jener Amtsträger, der die Schädigung verursacht hat oder dafür verantwortlich ist. Im Bundesstaat sind es regelmäßig die Länder, die das Bundesrecht vollziehen. Das Sanktionsargument verlangt vom Wähler also die Unterscheidung, ob die Schädigung durch Rechtsetzung oder Rechtsanwendung erfolgte. Das ist nicht selten schwierig genug. Außerdem ist die demokratische »Legitimationskette« zwischen dem schädigenden Amtsträger und dem kandidierenden Politiker regelmäßig derart lang, dass der Bürger den Politiker nicht verantwortlich machen möchte. Für die Behörde, in die Verwaltungshierarchie eingegliedert, verantwortlich ist der zuständige Minister. Dieser wurde vom Regierungschef (Bundeskanzler, Ministerpräsident) eingesetzt. Den Regierungschef selbst hat das Parlament gewählt. Für den Einzug ins Parlament kandidieren Listen der Parteien, teilweise auch Direktkandidaten. Die Gegenstimme an der Wahlurne richtete sich also gegen die auf der Liste versammelten Kandidaten insgesamt bzw. gegen den Direktkandidaten im Wahlkreis, obwohl eine Behörde den Bürger geschädigt hat und obwohl die Abgeordneten weder gegenüber der Behörde noch gegenüber dem Minister weisungsbefugt sind.

Schließlich hat der Verletzte auch sonst gute Gründe, sein Wahlrecht nicht als Sanktionsinstrument zu nutzen. Allgemein erscheint es begründungsbedürftig zu sein, warum ein Wähler seine Wahl überhaupt von vergangenen Leistungen der Kandidaten abhängig machen sollte. Näher dürfte es liegen danach zu entscheiden, welche Person für die Zukunft die bessere Wahl darstellt. Zukünftiges Leistungspotential lässt sich nicht, jedenfalls nicht vollständig mit vergangenen Leistungen begründen und keinesfalls aufgrund singulärer Fehlleistungen verneinen. Im Gegenteil: Die Demokratie muss dem Wähler die Möglichkeit erhalten, das Stimmrecht als Gestaltungsrecht zu gebrauchen. Er sollte nicht gezwungen sein, allein nach Maßgabe eines vereinzelt, zufällig ihn treffenden Schädigungsfalls zu entscheiden.

³⁰ *Downs*, *An Economic Theory of Democracy*, 1957, S. 240 ff. = *ders.*, *Ökonomische Theorie der Demokratie*, 1968; siehe dazu nur *Kirchgässner*, *European Journal of Political Economy* 8 (1992), S. 305 (309); *Michelman*, *J. Legal Stud.* 9 (1980), S. 431 (457); *Towfigh/N. Petersen*, in: *dies.*, *Ökonomische Methoden im Recht*, 2010, S. 133 (137 f.).

3. Funktionierende Märkte

a) Funktionierende Märkte und staatliche Monopole

Das zivile Haftungsrecht hat es regelmäßig, das öffentliche Haftungsrecht dagegen nur ausnahmsweise mit funktionierenden Märkten zu tun. *Cohen* meint deshalb, dass Verwaltungsbehörden nur dann Grund hätten, auf Schadensersatzverpflichtungen zu reagieren, wenn »competition among bureaucracies« und »competition of private enterprises in capital markets«, wie er schreibt, »analogous« ausfielen.³¹

Der Wettbewerb zwischen Behörden, falls es ihn überhaupt gibt, dürfte mit dem Wettbewerb privater Unternehmen kaum zu vergleichen sein. Der Staat hat regelmäßig das Monopol, staatliche Leistungen zu erbringen. Während der Kunde unter vielen Bäckern, die ihm Brötchen anbieten, aussuchen mag, kann der Bürger die Baugenehmigung zulässigerweise regelmäßig nur bei der einen, für ihn in dieser Sache zuständigen Behörde beantragen. Der Bürger vermag der öffentlichen Hand regelmäßig weder überhaupt auszuweichen noch innerhalb der staatlichen Sphäre eine Behörde, ein Gericht oder einen Gesetzgeber seines Vertrauens auszuwählen.³² Die Zuständigkeitsregelungen fallen regelmäßig eindeutig und ausschließlich³³ aus. Das ist kein Zufall: Eine »klare und auf Vollständigkeit angelegte Zuordnung von Kompetenzen« gewährleistet die »Verantwortlichkeit der handelnden Staatsorgane«, wie sie »vor allem« mit Blick auf das Demokratieprinzip »erforderlich« ist: »Der Bürger muss wissen können, wen er wofür – auch durch Vergabe oder Entzug seiner Wählerstimme – verantwortlich machen kann.«³⁴

Gleichwohl erscheint *Cohens* Voraussetzung zu streng formuliert zu sein. Nicht erst, wenn der Wettbewerb in der staatlichen Sphäre analog zum Wettbewerb Privater funktioniert, hat der Staat Grund, auf Schadensersatzpflichten

³¹ *Cohen*, UTLJ 40 (1990), S. 213 (251) (»for legislative appropriations«) m. w. N.; vgl. auch *Leisner*, Effizienz als Rechtsprinzip, 1971, S. 59; zum Staat als Unternehmer siehe nur *Bungenberg*, Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme, 2007, S. 24 f.; zum »Idealbild« responsiver Verwaltung als »Bürokratie im Wettbewerb« und zur »Konkurrenzbürokratie« vgl. *Bogumil/Jann*, Verwaltung und Verwaltungswissenschaft, 2. Aufl. 2009, S. 202, 242; zum »Wettbewerb in der staatlichen Verwaltung« unter diesem Titel *Musil*, 2005.

³² Zur Unausweichlichkeit des Staates siehe *Grzeszick*, in: Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. IV, 3. Aufl. 2006, § 78 Rn. 37; *Kirchgässner*, Homo Oeconomicus. Ökonomisches Modell individuellen Verhaltens, 3. Aufl. 2008, S. 116; *Morlok*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts III, 2009, § 52 Rn. 22, 59; *Oeter*, in: Engel/Morlok (Hrsg.), Öffentliches Recht als ein Gegenstand ökonomischer Forschung, 1998, S. 119 (126 ff.); *Schuppert*, Verwaltungswissenschaft, 2000, S. 384; *Steinmeyer*, NZS 2008, S. 393 (396 f.); vgl. aber auch *Oebbecke*, in: Erichsen (Hrsg.), Kommunale Verwaltung im Wandel, 1999, S. 165 (173) (Fälle »eher selten«).

³³ Vgl. nur *Oebbecke*, VVDStRL 62 (2003), S. 366 (373).

³⁴ BVerfGE 119, 331 (365 f.) m. w. N.; Ausnahmen bestehen nur partiell, etwa falls dem Kläger mehrere, sog. fliegende Gerichtsstände zur Wahl stehen (sog. *forum shopping*); vgl. dazu nur *Hoeren vs. Prinz*, beide ZRP 2009, S. 223.

zu reagieren. Vielmehr genügt die viel schwächere Annahme, dass es für den Staat nachteilig sei, Schadensersatz leisten zu müssen. Schon dann, wenn dieser Nachteil besteht, trifft die Behörde der Anreiz, auf die Schadensersatzpflicht zu reagieren, und sei es nur um festzustellen, ob die Prävention von Schädigungen teurer wird als die Erfüllung von Schadensersatzpflichten. Das Haftungsrecht gilt außerdem und hat seinen ökonomischen Sinn auch dort, wo Monopolisten auftreten. Deshalb hat, soweit ersichtlich, auch noch niemand gefordert, Schadensersatzansprüche gegen Monopolisten von der ökonomischen Analyse auszunehmen.

b) Funktionierende Märkte und unveräußerliche Hoheitsrechte

Es gibt noch ein weiteres Argument, warum eine ökonomische Analyse öffentlichen Haftungsrechts ausscheide: weil der Staat nicht marktmäßig handle. Das Argument zielt auf die fehlende Tauschbarkeit hoheitlicher Rechte. *Grzeszick* sieht darin eine »grundsätzliche Grenz[e]« der ökonomischen Analyse öffentlichen Haftungsrechts:

»Zudem ist das Tauschprinzip als Mittel zur Erreichung einer optimalen Allokation im Bereich der Staatshaftung häufig nicht anwendbar, da der Staat seine Handlungsrechte, die im Bereich des hoheitlichen Handelns Hoheitsrechte sind, regelmäßig nicht frei auf die Bürger übertragen kann.«³⁵

In der Tat geht die ökonomische Analyse davon aus, dass Marktteilnehmer ihre Güter austauschen, so dass diese dorthin gelangen, wo sie am nützlichsten sind.³⁶ Die Befugnis, über ein Gut zu disponieren, wird auch Handlungs-, Verfügungs- oder Eigentumsrecht genannt (sog. *property rights*).³⁷ Zur Ausgestaltung der Dispositionsbefugnisse gehört notwendig der Schutz der Rechte, geschehe er durch Abwehransprüche (*property rules*) oder durch Haftungsansprüche (*liability rules*)³⁸ nach dem Grundsatz: »Die Nichtbeachtung der über ein Handlungsrecht erfolgten Zuweisung einer Dispositionsbefugnis durch

³⁵ *Grzeszick*, Rechte und Ansprüche, 2002, S. 259 bzw. 260; in der Sache ebenso *Cohen*, UTLJ 40 (1990), S. 213 (218); *Rebhahn*, Staatshaftung wegen mangelnder Gefahrenabwehr, 1997, S. 169; vgl. auch *E. A. Posner/Sykes*, American Law and Economics Review 9 (2007), S. 72 (91).

³⁶ Vgl. nur *Buchanan*, Va. L. Rev. 60 (1974), S. 483 (485 f.); *Engel*, in: v. Danwitz/Deppenheuer/Engel (Hrsg.), Bericht zur Lage des Eigentums, 2002, S. 9 (33 ff.); *Möllers*, DÖV 2000, S. 667 (668); *R. A. Posner*, JLEPP 2 (1985), S. 85 (86); *Reiner Schmidt*, Öffentliches Wirtschaftsrecht – Allgemeiner Teil, 1990, S. 46; *Schnöckel*, DÖV 2009, S. 703 (705).

³⁷ *Mathis*, Effizienz statt Gerechtigkeit?, 3. Aufl. 2009, S. 70; *Sacksofsky*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts II, 2008, § 40 Rn. 41; *Salje*, Rechtstheorie 15 (1984), S. 277 (282); *H.-B. Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 4. Aufl. 2005, S. 253, 549 f.

³⁸ *Calabresi/Melamed*, Harv. L. Rev. 85 (1972), S. 1089 (1089 ff., 1105 ff.); krit. *Coleman*, Markets, Morals and the Law, 1988, S. 29 ff.

Dritte begründet eine Kostentragungspflicht.«³⁹ Denn: Verletzt der Schädiger ein Recht und ist er lediglich zum Schadensersatz verpflichtet, kommt es statt der eigentlich erwünschten freiwilligen Übertragung zu einer Zwangstransaktion mit Schadensersatz. Diese ist jener ökonomisch unterlegen, wenn und weil nicht gewährleistet ist, ob der Schadensersatz das subjektive Interesse des Eigentümers voll abdeckt.⁴⁰

Obwohl es also zutrifft, dass der Staat seine Hoheitsrechte regelmäßig nicht auf den Bürger übertragen kann, folgt daraus doch kein Argument gegen die ökonomische Analyse öffentlichen Haftungsrechts. Zum Ersten erscheint schon fraglich, ob die ökonomische Analyse die freie Handelbarkeit der Güter in diesem Sinn überhaupt verlangt. Nach – freilich bestrittener – Auffassung unterfallen etwa auch das Familien-⁴¹ und das Strafrecht⁴² und sogar die Religion⁴³ der ökonomischen Analyse, obwohl es dort um handelbare Güter allenfalls eingeschränkt geht.⁴⁴ Zum Zweiten vermag ich nicht zu erkennen, warum höchstpersönliche, unveräußerliche Rechte weniger schutzbedürftig sein sollen als handelbare Güter. Das Bedürfnis, externe Effekte zu internalisieren und so einen Anreiz für rechtmäßiges Handeln zu setzen, besteht doch wohl in beiden Fällen. Das zivile Haftungsrecht jedenfalls schützt auch und gerade die unveräußerlichen Rechte. Zum Dritten und überhaupt liegt dem ganzen Argument ein fundamentales Missverständnis zu Grunde. Der Haftungsfall tritt ein, wenn der Staat Rechte des Bürgers verletzt. Es geht also gar nicht um die Verletzung von

³⁹ Felix Müller, in: Buckel/Christensen/Fischer-Lescano (Hrsg.), *Neue Theorien des Rechts*, 2. Aufl. 2009, S. 350 (359); ebenso H.-B. Schäfer/Ott, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, 4. Aufl. 2005, S. 98.

⁴⁰ H.-B. Schäfer/Ott, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, 4. Aufl. 2005, S. 254 (dort auch Folgerungen zur Berechnung des Schadensersatzes).

⁴¹ Grundlegend G. S. Becker, *Der ökonomische Ansatz zur Erklärung menschlichen Verhaltens*, 2. Aufl. 1993, S. 7 ff., 187 ff. (Originalausgabe von 1976); vgl. außerdem Fuchs, *FamRZ* 1979, S. 553 (554 f., vgl. aber auch 556 f.); Kirchgässner, *JZ* 1991, S. 104 (108); ders., *Homo Oeconomicus. Ökonomisches Modell individuellen Verhaltens*, 3. Aufl. 2008, S. 61 f.; R. A. Posner, *Economic Analysis of Law*, 8. Aufl. 2011, S. 183 ff., insb. S. 196 ff.; Salje, *Rechtstheorie* 15 (1984), S. 277–312 (309 ff.).

⁴² Bahnbrechend G. S. Becker, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, in: *The Journal of Political Economy* 76 (1968), S. 39 ff. = ders., in: ders./Landes (Hrsg.), *Economics of Crime*, 1974, S. 1 ff.; ders., *Der ökonomische Ansatz zur Erklärung menschlichen Verhaltens*, 2. Aufl. 1993, S. 39 ff.; vgl. außerdem etwa Adams, *Jura* 1984, S. 337 (341); ders., *Ökonomische Theorie des Rechts*, 2. Aufl. 2004, S. 495 ff.; Erlei/Leschke/Sauerland, *Neue Institutionenökonomik*, 2. Aufl. 2007, S. 300 f.; Folders/Weißgerber, in: H.-J. Lange/Ohly/Reichertz (Hrsg.), *Auf der Suche nach neuer Sicherheit*, 2. Aufl. 2009, S. 161 (164 ff.); Murray, *Losing Ground*, 1984, S. 168 ff.; R. A. Posner, *J. Legal Stud.* 8 (1979), S. 103 (136 f.); ders., *Economic Analysis of Law*, 8. Aufl. 2011, S. 273 ff.; Salje, *Rechtstheorie* 15 (1984), S. 277–312 (296 f.).

⁴³ Schmidtchen, in: Grözinger/Matiaske (Hrsg.), *Jahrbuch Ökonomie und Gesellschaft* 22 (2010), S. 197 (201 ff.) zur »ökonomische[n] Theorie der Religion« mit Blick auf einen »Markt für Selbstmordattentäter« (S. 211).

⁴⁴ Krit. etwa Buchanan, *Va. L. Rev.* 60 (1974), S. 483 (485); Fezer, *JZ* 1988, S. 223 (226); C. Kirchner/Koch, *Analyse & Kritik* 11 (1989), S. 111 (120); Mathis, *Effizienz statt Gerechtigkeit?*, 3. Aufl. 2009, S. 106; Polinsky, *Harv. L. Rev.* 87 (1974), S. 1655 (1657).

Hoheitsrechten (sei es durch – andere – staatliche Organe, sei es durch den Bürger), sondern um die Verletzung privater Rechte (des Bürgers durch den Staat). Private Rechte des Bürgers gegen Staat sind nun aber, im Gegensatz zu Hoheitsrechten, regelmäßig handelbar. Das Grundrecht auf Eigentum als das in diesem Zusammenhang wichtigste Recht folgt dem Eigentumsgegenstand. Überträgt der Bürger das Eigentum an einer (beweglichen oder unbeweglichen) Sache oder die Inhaberschaft an einer von Art. 14 GG geschützten Forderung auf einen anderen Bürger, ist es nun dieser andere Bürger, der sich gegen den Staat auf die (seine) Freiheit des Eigentums an diesem Gegenstand⁴⁵ berufen kann. Der Ersatzanspruch bei einer Enteignung durch den Staat bildet also nicht ohne Grund ein geradezu klassisches Beispiel der ökonomischen Analyse der *liability rule* von *property rights*.⁴⁶

Damit die ökonomische Analyse öffentlichen Haftungsrechts sinnvoll betrieben werden kann, genügt es, dass die Bürger ihre Rechte untereinander tauschen können. Dagegen ist es gleichgültig, ob es ein anderer Bürger oder der Staat ist, der in diese Rechte eingreift. Die haftungsrechtliche Position des Verletzten dürfte gegenüber Schädigern aus der staatlichen Sphäre vielleicht sogar stärker sein. Seinen privaten Vertragspartner hat sich der Bürger immerhin selbst ausgesucht. Daher mag es angehen, dass der Bürger auch die Fehler des Vertragspartners, dessen Unzuverlässigkeit und Schludrigkeit samt deren Folgen tragen muss. Dagegen vermag der Bürger regelmäßig keinen Einfluss darauf zu nehmen, welches Staatsorgan in seiner Sache zuständig ist. Das mag dafür sprechen, einen Bürger, der dem Staat begegnet, für schutzbedürftiger zu halten als einen, der auf Private trifft.

4. Rechtsbindung und effizienter Vertragsbruch

a) Das Recht bindet sowohl den Staat als auch Private

Als weiteren Grund, warum die ökonomische Analyse öffentlichen Haftungsrechts besser unterbleibe, wird die gesteigerte Rechtsunterworfenheit der öffentlichen Hand genannt: Staatliches sei »in weit höherem Maße« als privates Handeln inhaltlich gesetzgebunden.⁴⁷ Den Blick auf monetäre oder

⁴⁵ Verstanden als Oberbegriff für Sachen und Rechte, vgl. § 90 BGB sowie *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 3 Rn. 2; *Prütting*, Sachenrecht, 34. Aufl. 2010, Rn. 2; *Vieweg/Werner*, Sachenrecht, 5. Aufl. 2011, § 1 Rn. 12.

⁴⁶ Von *Calabresi/Melamed*, *Harv. L. Rev.* 85 (1972), S. 1089 (1106 ff.) (»*eminent domain*«), über *Blume/Rubinfeld*, *Cal. L. Rev.* 72 (1984), S. 569 (571 ff.), bis *Mathis*, *Effizienz statt Gerechtigkeit?*, 3. Aufl. 2009, S. 71.

⁴⁷ *Grzeszick*, *Rechte und Ansprüche*, 2002, S. 259 f.; vgl. auch *Kannowski*, in: *Schmoeckel/Rückert/Zimmermann* (Hrsg.), *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, Bd. III, 2013, §§ 831–839a, 841 Rn. 54 (»im Rahmen obrigkeitlicher Tätigkeit« sei »in besonderer Weise zu erwarten, daß keine Verstöße gegen die Rechtsordnung unterlaufen (Art. 20 III GG)«) (zitiert nach den Druckfahnen).

monetarisierbare Kosten zu beschränken, verfehle das Anliegen der Regelungsmaterien im (öffentlichen) Recht: »So ist etwa in allen Bereichen des öffentlichen Rechts der Staat an die Grundrechte gebunden (gem. Art. 20 Abs. 3 GG), sodaß insoweit das Kalkül eingeschränkt werden müsste.«⁴⁸ Freilich wird auch das Gegenteil vertreten: Weil der Staat es – anders als ein Privater – regelmäßig selbst in der Hand habe, die Grenze zwischen rechtmäßig und rechtswidrig zu verschieben, sei die »Unterscheidung von Verbotenem und Erlaubtem weit weniger Rahmenbedingung ... als sonst«⁴⁹.

Um zu wägen, welches Gewicht den Einwänden zukommt, sei zunächst die juristische Trivialität festgehalten, dass das Recht nicht nur den Staat, sondern auch Private bindet. Dass dieser Befund aus ökonomischer Sicht der Erläuterung bedarf, mag ein Topos veranschaulichen, den die ökonomische Analyse des Zivilrechts zu ihren Paradigmen zählt: der »effiziente Vertragsbruch«⁵⁰ (engl. *efficient breach of contract* bzw. kurz *efficient breach*; vgl. auch das »lukrative Delikt«⁵¹). Das Paradebeispiel bildet der Fall eines Verkäufers V, der ein Unikat an den Käufer K₁ schon verkauft, aber noch nicht übereignet hat. Nun tritt ein zweiter Interessent, K₂, auf den Plan. Er bietet einen höheren Kaufpreis, als K₁ mit V verabredet hat. Was nun?

Die ökonomische Analyse untersucht in diesem Fall, wie das Schadensersatzrecht beschaffen sein muss, damit derjenige die Sache bekommt, der den größten Nutzen davon hat. Um dieses Ziel zu erreichen, müsse das Recht den Verkäufer zu Schadensersatz in einer bestimmten Höhe verpflichten, nämlich in Höhe des Erfüllungsschadens (und nicht nur in Höhe des Vertrauensschadens).⁵² Wenn K₂ dem V mehr biete als einen Betrag in Höhe des Erfüllungsschadens des K₁ (zuzüglich Gewinnmarge des V), verkaufe und übereigne V die Sache an K₂. Das sei effizient: Denn K₂ werde just zu dem (hohen, zweiten) Kaufpreis Eigentümer der Kaufsache, der diese ihm wert sei. V bekomme diesen (hohen, zweiten) Kaufpreis, zahle aus dieser Summe Schadensersatz an K₁ (in Höhe des Erfüllungsschadens) und behalte immer noch mehr, als er aus dem Geschäft mit K₁ an Gewinn hätte mitnehmen können. K₁ schließlich bekomme den Erfüllungs-

⁴⁸ *van Aaken*, in: dies./Schmid-Lübbert (Hrsg.), Beiträge zur ökonomischen Theorie im Öffentlichen Recht, 2003, S. 89 (97) (dass die Bindung des Staates an die Grundrechte spezieller und damit vorrangig aus Art. 1 Abs. 3 GG folgt, führt nicht zu inhaltlichen Unterschieden). Die Frage nach der Bindung Privater bleibt hier außen vor.

⁴⁹ *Rebhahn*, Staatshaftung wegen mangelnder Gefahrenabwehr, 1997, S. 169.

⁵⁰ *Mathis*, Effizienz statt Gerechtigkeit?, 3. Aufl. 2009, S. 101 ff.; einführend *Polinsky*, Law and Economics, 4. Aufl. 2011, S. 29 ff., insb. S. 33 ff.; ausführlich *Weller*, Vertragstreue, 2009, S. 355 ff.; vgl. auch *Engel*, in: Homo oeconomicus 11 (1994), S. 143 ff.

⁵¹ *Wagner*, in: Lorenz (Hrsg.), Karlsruher Forum, 2006, S. 110.

⁵² *Mathis*, Effizienz statt Gerechtigkeit?, 3. Aufl. 2009, S. 102–104; *Polinsky*, Law and Economics, 4. Aufl. 2011, S. 33–36. Der Erfüllungsschaden versetzt den Geschädigten finanziell in jene Position, in der er sich befände, wäre der Vertrag erfüllt worden. Der Vertrauensschaden versetzt den Geschädigten finanziell in jene Position, in der er sich befände, hätte er den Vertrag nie geschlossen.

schaden ersetzt (nicht bloß den Vertrauensschaden) und stehe daher monetär genauso, wie er stünde, wenn V die Kaufsache an ihn, K₁, übereignet hätte. Die Kaufsache und das Geld gelängen nach alledem in die, ökonomisch gesehen, richtigen Hände, nämlich zu der Person, der sie jeweils am meisten nützten.⁵³ Das ist nach *Pareto* effizient, weil es K₂ und V besser und K₁ nicht schlechter geht, und es ist nach *Kaldor* und *Hicks* effizient, weil V Gewinn bleibt, aus dem er K₁ entschädigen kann.⁵⁴

Dabei beschreibe der Schadensersatz gerade in Höhe des Erfüllungsinteresses nicht nur das Minimum des (zum Schutz des K₁) zu leistenden Schadensersatzes, sondern zugleich dessen (zum Schutz des K₂) zu bestimmendes Maximum:

»Any other measure of damages for breach of contract generally will be inefficient. If damages exceed expectation damages, then a breach might not occur even though it would be efficient.«⁵⁵

Der Ökonom hält den effizienten Vertragsbruch gerade wegen dessen Effizienz für »wertvoll« und »wünschenswert«, er will ihn »erleichtern«⁵⁶. Doch entgeht der ökonomischen Analyse wegen ihrer Konzentration auf Effizienz der zentrale juristische, doch so nahe liegende Aspekt des *efficient breach*: eben der Vertragsbruch. Das zeigt der Vergleich der ökonomischen mit der juristischen Analyse. Die ökonomische Analyse lässt unberücksichtigt, dass die Sache von Rechts wegen nicht K₂, sondern K₁ zusteht. K₁ hat, juristisch analysiert, ein Recht darauf, die Sache zu bekommen und nicht gegen seinen Willen mit Schadensersatz »abgefunden« zu werden. Stellen wir uns die Kaufsache – zur Vermeidung praktischer Probleme – als bei einem Gericht hinterlegt vor. Klagt nun K₁ auf Übereignung, kann V die antragsgemäße Verurteilung nicht dadurch abwenden, dass er K₁ Schadensersatz leistet. Die Rechtspflicht zur Übereignung aus § 433 Abs. 1 BGB, aufgrund der das Gericht V verurteilt, besteht dabei selbstredend auch dann, wenn die Sache nicht bei Gericht hinterlegt ist.⁵⁷ Die

⁵³ Siehe nur *Coleman*, *Markets, Morals and the Law*, 1988, S. 29 f.; *Polinsky*, *Law and Economics*, 4. Aufl. 2011, S. 35 f. Zur Handelbarkeit siehe oben § 7 II 3 b) (S. 88 ff.).

⁵⁴ Zu den Effizienzbegriffen siehe oben § 6 Fn. 135 f. (S. 75 f.).

⁵⁵ *Polinsky*, *Law and Economics*, 4. Aufl. 2011, S. 36.

⁵⁶ Exemplarisch *E. A. Posner/Sykes*, *American Law and Economics Review* 9 (2007), S. 72 (86, 97) (»facilitate efficient breach of contract«; »breach is desirable«; »valuable actions (such as efficient breach of contract)«).

⁵⁷ Im deutschen Recht hat das BGB den Anspruch des Gläubigers auf Naturalerfüllung (im Gegensatz zur bloßen Haftung des Schuldners, sog. Pekuniärerfüllung) »umfassend« verwirklicht, was heute als »selbstverständliches Charakteristikum des deutschen Rechtskreises« gilt, siehe *Weller*, *Vertragstreue*, 2009, S. 90, 106 ff., 343 ff., 371 ff., 574 f. (These 6), 581 f. (Thesen 51 f.); vgl. auch *Zweigert/Kötz*, *Introduction to Comparative Law*, 3. Aufl. 1998, S. 479 f. Im Common Law liegen die Dinge materiell-rechtlich genauso, freilich ist der Naturalerfüllungsanspruch nicht eo ipso klagbar; zur *specific performance*, wie die Naturalerfüllung im angelsächsischen Recht heißt, siehe *Engel*, in: *Homo oeconomicus* 11 (1994), S. 143 (143 f.); *Schweizer*, in: *Zwierlein* (Hrsg.), *Sicherheit und Krise*, 2012, S. 180 (181); *Weller*, *Vertragstreue*, 2009, S. 29, 120, 334, 355 ff., 402 f., 575 f. (Thesen 8 bis 13), S. 582 (These 56). – Auch in der Rechtspraxis

ökonomische Empfehlung, der Effizienz halber Verträge zu brechen, d. h. aus Kalkül an K_1 zu übereignen und K_2 statt der Kaufsache nur Schadensersatz zukommen zu lassen, erscheint aus juristischer Perspektive («pacta sunt servanda») als »etwas seltsam«⁵⁸. Sie irritiert.

Sie irritiert schon lange. Das zeigt ein Blick in die Rechtsgeschichte. Es war ein Fall wie dieser, der *Rudolf von Jhering* sein »Krisenerlebnis«⁵⁹ bescherte. *Von Jhering* hatte im Dezember 1858 eine Klage zu begutachten, die vor dem Oberappellationsgericht in Rostock rechtshängig war. Unter dem Druck der Realität gab er seine eigene, zuvor aufsätzlich dargelegte Rechtsauffassung auf. Nach *von Jherings* ursprünglicher Sicht hatte sich der Verkäufer einer doppelt verkauften Sache, die durch Zufall zerstört wurde, an beide Käufer halten können. Dem Verkäufer hatte also auch der erste Käufer Schadensersatz geschuldet, obwohl der Verkäufer dessen Erfüllungsanspruch ignorierte, als er an den zweiten Käufer verkaufte, und obwohl die Kaufsache auf dem Weg zu gerade diesem zweiten Käufer, der den Verkäufer zum Vertragsbruch »angestiftet« haben mag, untergegangen war.

Heute könnten wir beides bekommen: eine sowohl ökonomisch effiziente als auch juristisch rechtmäßige Lösung⁶⁰. *Von Jhering* meets *Posner*, sozusagen.⁶¹ Es müsste sich nur einer von beiden, V oder K_2 , an K_1 verweisen lassen. V könnte mit K_1 die Aufhebung des mit diesem geschlossenen Kaufvertrags verabreden, und sei es gegen Entgelt. K_2 könnte K_1 anbieten, diesem die Sache abzukaufen. Beide Wege führten zu dem ökonomisch effizienten Zustand (wenn auch – je nach Fall – zum Preis erhöhter Transaktionskosten): K_1 wird das Angebot annehmen, eben wenn und weil er ein Entgelt oberhalb seines Erfüllungsschadens angeboten bekommt.⁶²

bestünde die realistische Gefahr, dass K_1 nicht die rechtlich gesollte Zuordnung durchsetzen kann. Denn auch K_2 hat, wenn er mit V einen Kaufvertrag schließt, aus § 433 Abs. 1 BGB einen Anspruch auf Übereignung. Solange die Kaufsache bei V ist, bekäme sie zu Eigentum, wer mit V besser steht (im Fall also K_2). Ist die Kaufsache bei Gericht hinterlegt, würde Eigentümer, wer zuerst klagt (genauer: ein Urteil erstreitet) bzw. zuerst vollstreckt.

⁵⁸ *Mathis*, Effizienz statt Gerechtigkeit?, 3. Aufl. 2009, S. 104.

⁵⁹ *Kunze*, FAZ Nr. 40 v. 17. 02. 2010, S. N 3.

⁶⁰ Weil § 433 Abs. 1 BGB sowohl K_1 als auch K_2 einen Anspruch auf Übereignung gewährt, ohne dass K_1 das »bessere« Recht hätte, ließe sich sogar argumentieren, dass der effiziente Vertragsbruch gegenüber K_1 , obwohl Vertragsbruch, nicht »rechtswidriger« ist als die Vertragserfüllung gegenüber K_2 , weil V bei Erfüllung an K_1 gegenüber K_2 vertragsbrüchig werden müsste. Zur Frage, ob Rechtswidrigkeit ein Begriff ist, der Abstufungen zulässt, siehe unten § 7 II 4 b) (S. 96 f.). Zur Rekursion auf ökonomische Gesichtspunkte, sofern das Recht diese nur zulässt, siehe Leitsatz 1', oben § 5, Fn. 62 (S. 44).

⁶¹ Siehe dazu nur oben § 3 Fn. 24 (S. 20), wonach *R. A. Posner* mit *v. Jhering* zu vergleichen sei.

⁶² Zur Verhandlungslösung zuletzt, am Beispiel des Dienstvertrags, *Nicklisch/N. Petersen*, in: *Towfigh/N. Petersen*, Ökonomische Methoden im Recht, 2010, S. 117 (131). Die Effizienz der Pekuniar- und Naturalerfüllungsgrundsätze vergleicht *Weller*, Vertragstreue, 2009, S. 354 ff., 366 ff. Bedenken bezüglich der ökonomischen Effizienz dieser Lösung werden mit

Für die folgende Argumentation ist es gleichgültig, wie sich die Zivilrechtslage in den beschriebenen Fällen vertraglicher Haftung darstellt. Der Topos des »efficient breach« wirft unabhängig davon ein helles Licht auf ein Grundproblem im Verhältnis von Ökonomie und Recht, indem er die bereits behandelte Frage nach der juristischen Relevanz ökonomischer Analysen spiegelbildlich wiederkehren lässt: als Frage der ökonomischen Relevanz juristischer Analysen. Genauer formuliert, geht es um die Frage der ökonomischen Relevanz von Rechtmäßig- und Rechtswidrigkeit. Diese Unterscheidung vernebelt freilich, wer Haftungsansprüche beschreibt, wie es U.S.-amerikanische Wissenschaftler bisweilen tun. So heißt es etwa:

»Liability rules secure rights by giving *nonentitled* parties the freedom to take what right owners possess provided they compensate *ex post* . . . , confer upon nonentitled parties a liberty to take property without an entitled party's consent . . . «⁶³

Zu lesen steht außerdem:

»When society adopts a liability rule, it confers upon *A* a legal entitlement to be free of conduct that injures certain of *A*'s interests unless the injurer pays *A* damages. Having done so, society then allows *B, C, . . . , n* to decide whether and how to act in the light of the risk that their actions will infringe *A*'s entitlement, thus triggering liability. In a crucial sense, society is indifferent to the outcome of this decision.«⁶⁴

Diese Aussagen vernebeln die Unterscheidung von Rechtmäßig- und Rechtswidrigkeit deshalb, weil Haftungsansprüche – wenigstens aus hiesiger Sicht – weder die Freiheit zu schädigen (»freedom to take«) noch ein Recht (»legal entitlement«) auf Wegnahme oder Besitz gewähren. Im Gegenteil: Sie reagieren auf unerlaubte Handlungen und sind deshalb gerade Ausdruck des »ethische[n] Prinzip[s]«⁶⁵ des *neminem laedere*.

Die Unterscheidung von Rechtmäßig- und Rechtswidrigkeit vernebelt noch viel mehr, wer Schadensersatzpflichten als »price« für Rechtsverletzungen rubriziert und sogar, wer sie als »wie Preise auf Rechtsverstöße« wirkend beschreibt.⁶⁶ Ökonomisch gesehen mag es gleichgültig sein, ob ich einen bestimmten Betrag als Preis, als Vertragsstrafe, als Schadensersatz, als Bußgeld oder als Geldstrafe begleiche.⁶⁷ Ökonomisch gesehen mag es folgerichtig sein,

den Transaktionskosten begründet: »renegotiation may be quite costly under certain circumstances«, siehe *E. A. Posner/Sykes*, *American Law and Economics Review* 9 (2007), S. 72 (86).

⁶³ So der durchaus kritische *Coleman*, *Markets, Morals and the Law*, 1988, S. X (Hervorhebungen dort); vgl. auch a. a. O., S. 31 f. und S. 33 (»Liability rules permit others to act without regard to the right holder's autonomy over his holdings«; Hervorhebung nur hier).

⁶⁴ *Schuck*, *Suing Government*, 1983, S. 63 (dort mit Hervorhebungen).

⁶⁵ *Kötz/H.-B. Schäfer*, *AcP* 189 (1989), S. 501 (504).

⁶⁶ Grundlegend *Gneezy/Rustichini*, *J. Legal Stud.* 29 (2000), S. 1 ff. (»A Fine is a Price«); Zitate im Fließtext bei *Bou-Habib*, *JRE* 17 (2009), S. 309 (309) bzw. *Schmidtchen*, *Homo oeconomicus und das Recht*, in: *Haft/Hof/Wesche* (Hrsg.), *Bausteine zu einer Verhaltenstheorie des Rechts*, 2001, S. 449 (452).

⁶⁷ Vgl. *R. A. Posner*, *Economic Analysis of Law*, 8. Aufl. 2011, S. 7.

mit dem Argument des Preises für Rechtsverstöße ernst zu machen und dem potentiellen Straftäter zu raten, straffällig zu werden, sofern die zu erwartende Beute das zu erwartende Entdeckungsrisiko übersteigt, »when prospective benefits sufficiently outweigh the prospective costs«⁶⁸. Dann ist, das schreiben die Vertreter der ökonomischen Analyse des Strafrechts ganz ohne Ironie, die Entscheidung

»to become a criminal ... in principle no different from the decision to become a brick-layer or a carpenter, or, indeed, an economist«⁶⁹.

Juristisch gesehen ist dagegen nur der Preis normativ neutral, während Vertragsstrafe und Schadensersatz, Bußgeld und Geldstrafe ein – in der gewählten Reihenfolge: steigendes – Unwerturteil belegen, vgl. nur die Buße in Bußgeld. Juristisch gesehen macht es einen Unterschied, ob ich mich rechtmäßig verhalte (und dafür einen Preis bezahle) oder rechtswidrig (und dafür ebenfalls den Preis bezahle, und sei er in derselben Höhe). *Lerke Osterloh* hat es auf den Punkt gebracht: Aus der ökonomischen Perspektive eines privaten Marktteilnehmers mag es gleichgültig sein, ob der Staat aufgrund rechtswidrigen oder -mäßigen Staatshandelns zahlt. Doch juristisch liegt zwischen den beiden Syntaxen »Du darfst nicht, musst also vermeiden, aber jedenfalls die Folgen deines Tuns ausgleichen« einerseits und »Du darfst schon, musst also nicht vermeiden, aber jedenfalls die Folgen deines Tuns ausgleichen« andererseits nicht weniger als der kategoriale, der disziplinbegründende Unterschied von Dürfen und Nichtdürfen, von Recht und Unrecht, von Rechtmäßig- und Rechtswidrigkeit.⁷⁰ Weil die Rational-Choice-Theorie diesen Unterschied nicht abbildet, vermag sie die Wirkungsweise des Rechts – juristisch gesehen – nur unzureichend zu erfassen.

Der Unterschied zwischen Rechtmäßig- und Rechtswidrigkeit ist nicht bloß ein rechtswissenschaftlich-theoretischer, sondern ein handfest justizförmig-praktischer: Nur dort, wo es Primärpflichten gibt (»Du darfst nicht«), gibt es Abwehr- und Unterlassungsansprüche gegen eine Handlung. Die Handlung kann dann bereits, bevor es zur Schädigung kommt, unterbunden werden. Dagegen muss der Geschädigte dort, wo es nur Sekundärpflichten gibt (»Du darfst schon«), die Handlung samt der Schädigung hinnehmen, kann aber einen Ausgleich verlangen. Während das Kalkül ökonomisch in beiden Fällen das-

⁶⁸ *Murray*, *Losing Ground*, 1984, S. 168.

⁶⁹ *Rubin*, in: *Andreano/Siegfried* (Hrsg.), *Economics of Crime*, 1980, S. 13–25 (13); siehe auch die Nachweise oben auf S. 89 in Fn. 42.

⁷⁰ Vgl. nur *Oebbecke*, in: *Schulze-Fielitz* (Hrsg.), *Staatsrechtslehre als Wissenschaft, Die Verwaltung*, Beiheft 7, 2007, S. 211 (218); *Osterloh*, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts III*, 2009, § 55 Rn. 2; zur »Recht/Unrecht-Differenz« als identitätsstiftendes Merkmal des Rechtlichen am Beispiel von *Michael Kohlhaas* vgl. auch *Ogorek*, *Kleist-Jahrbuch 1988/89*, S. 96 (97, 124 f.).

selbe ist (»handele und zahle« den Preis), gilt juristisch, dass das Kalkül der Ausgleichspflicht nur im Zusammenhang mit rechtmäßigem Handeln ermessensfehlerfrei zur Entscheidungsgrundlage werden kann.⁷¹

Das Problem ist grundstürzend: Das ökonomische Leitkriterium der Effizienz kennt einen intrinsischen Wert von – subjektiven – Rechten (oder gar von – objektivem – Recht) nicht.⁷² Recht hat keinen Preis, sondern ist externe Restriktion, die Handlungsmöglichkeiten ausschließt, jedenfalls aber verteuert, wenn und weil sie eine Handlung mit Nachteilen verknüpft.⁷³ Weil dem Unterschied zwischen Worthalten und Wortbrechen, zwischen Rechtmäßig- und Rechtswidrigkeit in dieser ökonomischen Sicht der Preis fehlt, vermag die ökonomische Analyse ihn so auch nicht »einzupreisen«. Der Unterschied bleibt notwendig unberücksichtigt.⁷⁴

b) *Das Recht bindet den Staat stärker als Private*

Halten wir also fest, dass beide – Private und der Staat – an das Recht gebunden sind. Versteht man diese Rechtsbindung als binären Begriff⁷⁵, kann es keine graduellen Abstufungen geben. Verfassungsrecht bindet dann genauso wie (und nicht stärker als) Parlaments- oder Satzungsrecht, und mehrere Rechtsnormen, die jeweils die Bindung anordnen (die eine generell, die andere speziell, die eine gesetzlich, die andere vertraglich), binden auch zusammen nicht stärker, als eine einzelne Rechtsnorm desselben Inhalts bindet.

⁷¹ Vgl. *Osterloh*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts III, 2009, § 55 Rn. 3.

⁷² *Coase*, J. Law & Econ. 3 (1960), S. 1 (2); vgl. *van Aaken*, in: dies./Schmid-Lübbers (Hrsg.), Beiträge zur ökonomischen Theorie im Öffentlichen Recht, 2003, S. 89 (93, 95); *Salje*, Rechtstheorie 15 (1984), S. 277 (277); aber auch *Calabresi*, The Costs of Accidents, 1970, S. 135 ff.; *Coleman*, Markets, Morals and the Law, 1988, S. 31 ff.; *Engel*, VVDStRL 61 (2002), S. 440 (441 f.). Nur einige der Wohlfahrtstheorien erfassen Rechte doch, vgl. *van Aaken*, »Rational Choice« in der Rechtswissenschaft, 2003, S. 204 ff.

⁷³ Vgl. *Kirchgässner*, JZ 1991, S. 104 (106); *C. Kirchner*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann, Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 1996, S. 63 (71); *N. Petersen/Towfigh*, in: Towfigh/N. Petersen, Ökonomische Methoden im Recht, 2010, S. 1 (4); *Towfigh*, a. a. O., S. 23 (26).

⁷⁴ Das gilt jedenfalls für die klassische ökonomische Theorie. Die Spieltheorie versucht für den Fall wiederholter Interaktionen Abhilfe zu schaffen, vgl. *Magen*, in: Towfigh/N. Petersen, Ökonomische Methoden im Recht, S. 71 (73).

⁷⁵ Vgl. mit Blick auf die Unterscheidung zwischen Rechtmäßig- und Rechtswidrigkeit *Höfling*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts III, 2009, § 51 Rn. 7, 82; *Lubmann*, Öffentlich-rechtliche Entschädigung rechtspolitisch betrachtet, 1965, S. 44 ff., 73 ff.; *Morlok*, Die Verwaltung 25 (1992), S. 371 (375 f.); *Pie-roth/Schlink*, Grundrechte, 27. Aufl. 2011, Rn. 1025 (ein bestimmter Eingriff sei »nicht rechtmäßiger« zu »machen, als er schon ist«); *Schlink*, ICON 1 (2003), S. 610 (616).

Lässt man dagegen, was wohl näher liegt⁷⁶, auch bei der Rechtsbindung Abstufungen zu, erwarten wir dann nicht der Intuition nach von staatlichen Akteuren eine stärkere – pathetisch formuliert – Rechtstreue, will sagen: gewissenhaftere Rechtmäßigkeitsprüfungen und seltenere Rechtsverletzungen als von privaten? Spiegelbildlich gefragt: Missbilligen wir ein rechtswidriges Verhalten nicht noch mehr, wenn der Staat handelt? Soll heißen: Ist ein Vertragsbruch, und sei er noch so effizient, ist ein Delikt, und sei es noch so profitabel, kurz: ist eine Rechtsverletzung, und sei sie noch so lohnend, nicht mehr noch zu missbilligen, wenn statt des Bürgers der Staat das Recht bricht?

Für die These einer stärkeren Rechtsbindung des Staates sprechen gute Gründe. Erstens normiert das öffentliche Recht die Pflicht der Staatsgewalt, das Recht zu wahren, regelmäßig doppelt: nicht nur besonders im jeweiligen Fachrecht (das der Verwaltung beispielsweise vorschreibt, unter bestimmten Voraussetzungen eine Baugenehmigung zu erteilen), sondern auch allgemein im Grundgesetz, dessen Art. 20 Abs. 3 die Staatsgewalt »Gesetz und Recht« unterwirft. Zweitens kennt das öffentliche Recht Instrumente des Rechtsschutzes – repressive wie präventive –, die das Privatrecht nicht kennt. Das Recht, das mit seiner eigenen Verletzung rechnet, sorgt damit öffentlich-rechtlich vielseitiger und damit auch stärker vor und nach. So zwingt das öffentliche Recht den Staatsdiener (anders als das private den Arbeitnehmer) beispielsweise zu einem Eid, dass er die Gesetze wahre.⁷⁷ So kennt das allgemeine Verwaltungsrecht das Instrument der Rechtsaufsicht, um die Rechtmäßigkeit staatlichen Handelns sicherzustellen,⁷⁸ ohne dass es im Privatrecht ein Pendant dazu gäbe. So sanktioniert das Strafrecht Rechtsverstöße der Amtsträger regelmäßig qualifiziert, d. h. hier: schärfer, als dieselben Rechtsverstöße der Privatpersonen.⁷⁹ So gilt in den Prozessen, an denen typischerweise die öffentliche Hand teilnimmt, regelmäßig der aufwändige Amtsermittlungsgrundsatz, während sich das Zivilprozessrecht mit bloßer Parteibeibringung begnügt. Wird die Bin-

⁷⁶ Vgl. nur BVerfGE 84, 9 (20) (mit einem dem Verfassungsrecht »noch weniger« entsprechenden Zustand); *Eblers/Eggert*, JZ 2008, S. 585 (589); *Hartmann*, in: *Pieroth/Silberkuhl* (Hrsg.), *Verfassungsbeschwerde*, 2008, § 95 BVerfGG Rn. 39; *Kloepfer*, *Verfassungsrecht II*, 2010, § 50 Rn. 13.

⁷⁷ Für Bundesbeamte gem. § 64 Abs. 1 BBG, für Landesbeamte beispielsweise aus Nordrhein-Westfalen gem. § 46 Abs. 1 LBG NRW.

⁷⁸ Einführend *Bull/Mehde*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 8. Aufl. 2009, Rn. 105, 391 ff.; *Erbguth*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 4. Aufl. 2011, § 6 Rn. 24 ff.; *Koch/Rubel/Heselhaus*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 3. Aufl. 2003, § 2 Rn. 15 ff.

⁷⁹ So wird ein Bürger für eine Körperverletzung gem. § 223 Abs. 1 StGB mit einer Freiheitsstrafe von bis zu 5 Jahren bedroht. Die Körperverletzung im Amt ist dagegen gem. § 340 Abs. 1 StGB mit einer Freiheitsstrafe von 3 Monaten bis zu 5 Jahren bewehrt. – Es gibt auch Ausnahmen. So wird die Gebührenüberhebung eines Amtsträgers gem. § 352 Abs. 1 StGB mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr bestraft. Das allgemeine in diesen Fällen einschlägige Delikt, der Betrug, kennt dagegen gem. § 263 Abs. 1 StGB einen Strafrahmen von einer Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren.

dung an öffentliches Recht also doppelt normiert und strenger überwacht, ist die öffentliche Hand in diesem Sinn stärker an das (öffentliche) als Private an (privates) Recht gebunden.

Drittens normiert der Gesetzgeber im öffentlichen viel umfänglicher als im privaten rein objektives Recht. Rein objektives Recht normiert Rechtspflichten, die einzuhalten sind, obwohl niemand auf deren Einhaltung klagen kann. Die Rechtsordnung kennt keinen Kläger, der ein subjektives Recht darauf hätte, dass dieses objektive Recht unverletzt bliebe. Dass es rein objektive Rechtspflichten im staatlichen Bereich⁸⁰ in viel weiterem Umfang als im privaten Recht⁸¹ gibt, belegt die Annahme des Gesetzgebers, dass sich der Staat auch ohne Sanktionsdruck eher, als es Private tun würden, an das geltende Recht halten werde. Dass die öffentliche Hand stärker an das öffentliche Recht gebunden ist als Private an privates, lässt sich also nicht nur aus der doppelten Bindung und der strengeren Überwachung herleiten, sondern geradezu umgekehrt auch aus der einfachen Bindung ohne Überwachung.

Viertens mögen Aussagen, welche die Gerichte in anderen Zusammenhängen getroffen haben, das Ergebnis stützen. Das Bundesverfassungsgericht hat mit Blick auf Religionsgesellschaften, die gem. Art. 140 GG in Verbindung mit Art. 137 Abs. 5 Satz 2 WRV als Körperschaften öffentlichen Rechts organisiert sein wollen, eine allgemeine Formulierung gewählt:

»Von einer Vereinigung aber, die in öffentlich-rechtlicher Gestalt auftritt, darf erwartet werden, dass sie nicht erst durch die Drohung mit staatlichen Sanktionen und Zwangsmechanismen zu rechtskonformem Verhalten angehalten werden muss.«⁸²

Der Staatshaftungssenat des Bundesgerichtshofs hat entschieden, dass ein Bürger nicht damit rechnen müsse, dass eine dem Rechtsstaatsprinzip verpflichtete öffentlich-rechtliche Körperschaft Rechte des Bürgers vereitere, indem sie vorschnell einer Mitbewerberin die Ernennungsurkunde aushändige und so »vollendete Tatsachen« schaffe.⁸³ Heranziehen lässt sich schließlich noch die Rechtsprechung zur Subsidiarität der Feststellungsklage. Die Nachrangigkeit gegenüber der Leistungsklage entfalle bei jenen Feststellungsklagen, die gerade gegen die öffentliche Hand erhoben würden: Anders als von Privaten stehe von

⁸⁰ Dazu *Hartmann*, AöR 134 (2009), S. 1 (28 ff.).

⁸¹ Zu Obliegenheiten im Sinn der Zivilrechtsdogmatik als »Pflichten gegen sich selbst«, auf deren Erfüllung niemand einen Anspruch hat, die daher auch niemand einklagen kann und deren Verletzung also keine Sekundäransprüche auslösen, sondern nur Nachteile für den Obliegenheitsbetroffenen selbst begründen, siehe nur *Brox/Walker*, Allgemeines Schuldrecht, 36. Aufl. 2012, § 2 Rn. 16; *Larenz*, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 1987, S. 389, 543; *Looschelders*, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2011, Rn. 26.

⁸² BVerfGE 102, 370 (391); vgl. auch *Möllers*, SZ Nr. 54 v. 06./07. 03. 2010, S. 14.

⁸³ BGH, NJW 1995, S. 2344 (2346); ebenso *Czybulka/Biermann*, JuS 1998, S. 601 (608 f.). Dass diese Tatsache eine vollendete sei, ist dem sog. Grundsatz der Ämterstabilität geschuldet, der gerade deshalb eine fragwürdige Rechtsfigur darstellt.

der öffentlichen Hand zu erwarten, dass diese sich auch an solche Urteile halte, die – wie ein Feststellungsurteil – nicht vollstreckt werden können.⁸⁴

Fünftens und vor allem aber scheint mir der Befund, dass wir den Staat stärker als Private in die Pflicht zum Rechtsgehorsam nehmen, auf einem Grundpfeiler zu ruhen, der nichts weniger erklärt als den Umstand, warum es den Staat überhaupt gibt. Dass der Staat weniger als ein Bürger das Recht hat, einen (anderen) Bürger zu schädigen, liegt so gesehen daran, dass den einen (geschädigten) Bürger mit dem anderen (schädigenden) Bürger regelmäßig nicht mehr (und keinesfalls notwendig mehr) verbindet als eben diese rechtsverletzende Schädigung. Es ist nicht notwendig, sondern allenfalls zufällig so, dass der unerlaubt handelnde Schädiger und der deliktisch Verletzte außerdem einen Vertrag geschlossen haben, in derselben Gemeinde wohnen oder demselben Land, demselben Staat oder derselben Union angehören. Ganz anders dagegen das Verhältnis eines (geschädigten) Bürgers zum (schädigenden) Staat. Jenen verbindet mit diesem notwendig mehr als ebendiese Schädigung. Der Bürger hat sich in den Staatsverband eingegliedert und dem Gewaltmonopol des Staates unterworfen, gerade damit dieser Staat ihn schütze. Er hat dafür, so die Lehre vom Gesellschaftsvertrag⁸⁵, Verzicht geübt. Daraus erwächst dem Bürger spiegelbildlich ein Anspruch darauf, dass der Staat ihn (wenn schon nicht beschützt, dann wenigstens) nicht rechtswidrig schädige.⁸⁶

Das unterschiedliche Verhältnis eines geschädigten Bürgers einerseits zum schädigenden Staat und andererseits zum schädigenden Mitbürger mag erklären, wie *Coase* auf die Idee verfallen konnte, dass es im Ausgangspunkt gleichgültig sei, welchem der beiden Bürger, dem Schädiger oder dem Geschädigten, das Haftungsrecht den Schaden endgültig zuweise.⁸⁷ Wenn A den B schädige, sei entgegen der traditionellen Formulierung nicht zu fragen, wie man gegen den Schädiger A vorgehen könne, sondern – allgemeiner –, ob es A erlaubt sein soll, B zu schädigen, oder ob es umgekehrt B erlaubt sein soll, A zu schädigen. *Coase*: »The problem is to avoid the more serious harm.«⁸⁸ Das Argument lässt

⁸⁴ So für den Verwaltungsprozess BVerwGE 36, 179 (181 f.); 77, 207 (211); BVerwG, NJW 1997, S. 2534 (2534) (implizit) und für den Zivilprozess BGHZ 28, 123 (126); BGH, NJW 2001, S. 445 (447 f.); vgl. bereits RGZ 129, 31 (34 ff.); krit. gegenüber der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts *Brüning*, JuS 2004, S. 882 (883 f.); *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, 8. Aufl. 2011, § 18 Rn. 6 m. w. N. und *W.-R. Schenke*, Verwaltungsprozessrecht, 13. Aufl. 2012, Rn. 420, 565 sowie außerdem gegenüber der des Bundesgerichtshofs *Hartmann*, JuS 2005, Heft 1, S. XXVI.

⁸⁵ Vgl. nur *Di Fabio*, Recht offener Staaten, 1998, S. 31 ff.; *Pieroth*, in: Gabriel/Große Kracht (Hrsg.), Brauchen wir einen neuen Gesellschaftsvertrag?, 2005, S. 53 ff.

⁸⁶ Gem. einem Grundrecht, sei es Art. 2 Abs. 1 GG, sei es ein spezielleres Freiheitsrecht, ggf. in Verbindung mit dem verletzten objektiven Recht; vgl. *Hartmann*, in: Pieroth/Silberkuhl (Hrsg.), Verfassungsbeschwerde, 2008, § 90 BVerfGG Rn. 99 f., 281 m. w. N.

⁸⁷ So die »reciprocal nature of the problem« nach *Coase*, siehe die Nachweise oben Fn. 72 (S. 96).

⁸⁸ *Coase*, J. Law & Econ. 3 (1960), S. 1 (2); *Mathis*, Effizienz statt Gerechtigkeit?, 3. Aufl. 2009, S. 73.

sich, wenn überhaupt, nur halten, wenn es um zwei Bürger geht, die auf gleiche Weise Selbstzweck sind und daher auf gleiche Weise die (dem Staat gerade nicht zustehende⁸⁹) Privatautonomie genießen. Der Daseinsgrund des Bürgers streitet auf beiden Seiten mit demselben Gewicht und führt daher im Zusammenhang mit rechtswidrigen Schädigungen nicht weiter. Der Daseinsgrund des Bürgers – d. h. der Selbstzweck, Bürger zu sein – trifft als Selbstzweck weder eine Aussage für noch eine gegen Schadensersatzpflichten, wenn es um Schädigungen der Bürger untereinander geht. Dass der Daseinsgrund des Staates dagegen sehr wohl dafür streitet, staatliche Schädigungen des schutzbefohlenen Bürgers zu entschädigen, ist der Grund, warum Schadensersatz für staatliches Unrecht viel näher liegt als Schadensersatz für privates Unrecht und warum wir spiegelbildlich einen »Preis für Rechtsverstöße« bei staatlichen Akteuren noch viel weniger zu akzeptieren vermögen: Die Staatsgewalt darf sich von ihrer Gesetzesbindung nicht freikaufen können.

Die öffentliche Hand hat sechstens und schließlich eine besondere Vorbildfunktion, welche die gesteigerte Bedeutung der Rechtmäßigkeit staatlichen Handelns gegenüber der Rechtmäßigkeit privaten Handelns begründet. Wenn ein Privater rechtswidrig handelt, verstößt er (regelmäßig) gegen fremdes, wenn der Staat rechtswidrig handelt, verstößt er dagegen (regelmäßig) gegen eigenes Recht und handelt daher zudem noch widersprüchlich. Das Recht bindet also den Staat stärker als Private; jedenfalls ist die Notwendigkeit gesteigert, die aus der Bindung folgende Pflicht des Staates, das Recht zu achten, auch durchzusetzen. So oder so schließt sich ein Kreis: Die Stärkung der Rechtsbindung wie die Steigerung der Durchsetzungsnotwendigkeit bekräftigen beide das oben begründete Ergebnis, dass der Zweck des Haftungsrechts im Sekundärrechtsschutz liege⁹⁰.

c) *Erst recht ökonomische Analyse öffentlichen Haftungsrechts*

Dass die ökonomische Analyse des Haftungsrechts sinnvoll ist, soll meine These sein, obwohl die ökonomische Rechtsanalyse die Unverletzlichkeit der Rechtsordnung nicht hinreichend »einpreist« (oben a) und obwohl die Rechtsordnung den Staat stärker bindet als Private (oben b). Die These gilt für die ökonomische Analyse des zivilen wie des öffentlichen Haftungsrechts. Denn in beiden Fällen vermag die ökonomische Analyse Wege aufzuzeigen, die Rechtmäßigkeit des (privaten und staatlichen) Handelns zu steigern und so das (private und öffentliche) Recht besser zu schützen. In beiden Fällen kann das Haftungsrecht, ökonomisch gesprochen, Anreize für rechtmäßiges Handeln setzen. Gerade weil die öffentliche Hand stärker an das Recht gebunden ist, als Private es sind, besteht

⁸⁹ Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, 1984, S. 87 f.; Möllers, DÖV 2000, S. 667 (669); H. C. Röhl, VerwArch 86 (1995), S. 531 (537 f.).

⁹⁰ Siehe oben § 6 I 3 (S. 60 ff.).

ein entsprechend stärkerer Grund, das (öffentliche) Haftungsrecht als Anreiz für rechtmäßiges Handeln in Stellung zu bringen. Überall dort, wo die öffentliche Hand ihrer Rechtsbindung ohnehin genügt, kommt es nicht zu Haftungsfällen. Überall dort aber, wo die öffentliche Hand ihre Rechtsbindung verfehlt bzw. zu verfehlen droht, kann das öffentliche Haftungsrecht einen zusätzlichen Anreiz liefern, den Rechtsbindungen staatlichen Handelns zu genügen.

Grzeszick ist auch insoweit skeptisch. Er findet »zweifelhaft«, ob »die Androhung von Haftungsfolgen« als Anreiz zur Unrechtsvermeidung »stärker handlungssteuernd« wirke als »andere, unmittelbarer wirkende Verhaltenspflichten«. ⁹¹ *Schweizer* urteilt da schon zuversichtlicher, wenn er die Vorstellung der Kontrolle politischer Entscheidungsträger nicht durch Gesetze und andere Regeln, sondern über monetäre Anreize nur »[g]länzlich ungewohnt« nennt. ⁹² Mir scheint die Annahme, dass Haftungsfolgen einen Anreiz zur Unrechtsvermeidung setzen, plausibel. Das Haftungsrecht soll den Primärrechtsschutz dabei selbstredend nicht ersetzen, sondern nur ergänzen, tritt zu den anderen, »unmittelbarer« wirkenden Verhaltenspflichten bloß hinzu und nimmt den Primärrechtsweg, auf dem der Geschädigte den Primäranspruch zunächst durchzusetzen versucht haben muss, als eigene Voraussetzung auf.

In der ökonomischen Analyse zivilen Haftungsrechts ist anerkannt, dass unmittelbar wirkende Verhaltenspflichten besser steuern, wenn haftungsrechtliche Sanktionen sie verstärken. ⁹³ Vor dem effizienten Vertragsbruch durch »Doppelverkauf« zum Beispiel schützt die Pflicht aus § 433 Abs. 1 BGB, dem Erstkäufer Eigentum zu verschaffen, schlechter, als es dieselbe Pflicht verstärkt um einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung vermag. ⁹⁴ Auf derselben Linie liegen aktuelle, freilich auch kritisierte juristische Überlegungen: Die Neue Verwaltungsrechtswissenschaft und ihre Steuerungsperspektive haben sich von der direkten Verhaltenssteuerung namentlich durch Ge- und Verbote immer stärker ab- und der indirekten Verhaltenssteuerung etwa durch Anreize immer stärker zugewandt. ⁹⁵

5. Ergebnis

Die Gemeinsamkeiten des zivilen und des öffentlichen Haftungsrechts lassen die Untersuchung als lohnend erscheinen, welche ökonomischen Analysen des zivilen Haftungsrechts auch für das öffentliche Haftungsrecht gelten. Die öko-

⁹¹ *Grzeszick*, Rechte und Ansprüche, 2002, S. 260.

⁹² *Schweizer*, in: Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie 12 (1993), S. 210 (221).

⁹³ Zur Frage der *corporate actors* vgl. oben § 7 I (S. 80 f.).

⁹⁴ Zu diesem Fall siehe oben § 7 II 4 a) (S. 90 ff.).

⁹⁵ *Sacksofsky*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts II, 2008, § 40 Rn. 9; vgl. *Bumke*, in: Evangelisches Staatslexikon, 2006, Stichwort »Verwaltungswissenschaft«, Sp. 2632 (2636).

nomische Analyse gewinnt besondere Relevanz dort, wo das öffentliche Haftungsrecht die Prävention rechtswidrigen Staatshandelns verfolgt bzw. verfolgen darf. Das öffentliche Haftungsrecht als Anreiz zu rechtmäßigem Handeln zu verstehen, scheint mir juristisch *ein* und ökonomisch *das* Ziel des Haftungsrechts zu sein. Akzeptiert man dieses Ziel, lässt sich – unabhängig davon, auf welche Weise es gewonnen wurde – ökonomisch fragen, ob das Haftungsrecht das Ziel erreichen und auf welche Weise dies am wirkungsvollsten geschehen kann.

Daneben hat die ökonomische Analyse auch für das andere Ziel des Haftungsrechts Bedeutung. Mit Blick auf die Kompensation rechtswidrigen Staatshandelns vermag sie zu zeigen, ob die Kompensation effizient gelingt oder mehr kostet als nötig. Selbst dort, wo Schadensersatzansprüche aus anderen als ökonomischen Gründen eingeräumt werden, brauchen diese Ansprüche nicht mehr zu kosten, als zur Erreichung des Zwecks, den die Einräumung verfolgt hat, erforderlich ist.⁹⁶ Die These, dass es dem öffentlichen Haftungsrecht überhaupt nicht um Kostenminimierung gehe⁹⁷, schießt also über das Ziel hinaus: Es geht um mehr als bloß darum, »das Bewußtsein für Probleme« zu schärfen und »den Blick auf wichtige ökonomische Fragen« zu lenken⁹⁸.

⁹⁶ Vgl. *Leisner*, Effizienz als Rechtsprinzip, 1971, S. 58; *Vofßkuhle*, *VerwArch* 92 (2001), S. 184 (197 f.).

⁹⁷ Vgl. aber *van Roosebeke*, *State Liability*, 2007, S. 133 f. (zum unionsrechtlichen Anspruch).

⁹⁸ *Grzeszick*, *Rechte und Ansprüche*, 2002, S. 260; ebenso *Kümper*, *Risikoverteilung im Staatshaftungsrecht*, 2011, S. 160; *Rebhahn*, *Staatshaftung wegen mangelnder Gefahrenabwehr*, 1997, S. 169. *Grzeszick* konzediert a. a. O. immerhin aus »steuerungstheoretischer Perspektive«, dass die »Möglichkeit einer flexiblen ... Programmierung« hoheitlicher Entscheidungen »Funktion des Staatshaftungsrechts« sei.

§ 8 Öffentliches Haftungsrecht als ökonomischer Anreiz rechtmäßigen Handelns

I. Internalisierung externer Effekte

Das öffentliche Haftungsrecht gibt dem Bürger einen Anspruch auf Schadensersatz gegen den Staat, wenn der Staat ein Recht des Bürgers verletzt und dem Bürger dadurch ein Schaden entsteht. Je nach Anspruchsgrundlage kommen weitere Voraussetzungen hinzu. Im Haftungsfall trifft der Schaden danach nicht mehr den Bürger, der zunächst geschädigt war, sondern den Staat, der den Schaden ausgleicht. So internalisiert das öffentliche Haftungsrecht den externen Effekt rechtswidriger Bürgerschädigung¹ und erfüllt die – ökonomisch gesehen – allgemeine Funktion des Haftungsrechts, Schadens- und Schadensvermeidungskosten auf das gesamtgesellschaftliche Optimum auszubalancieren².

Um die Schadenskosten vollständig zu erfassen, unterscheidet die ökonomische Analyse des Rechts seit *Calabresi* drei Kostenarten. Primäre Kosten sind die durch den Schaden vernichteten Nutzwerte und die Kosten der Schadensprävention. Sekundäre Kosten sind Kosten der Risikotragung und -streuung. Tertiäre Kosten sind die Kosten der Schadensregulierung, also z.B. Anwalts- und Gerichtskosten. Aus ökonomischer Sicht ist eine Haftungsregel effizient, wenn sie die Summe der drei Kosten minimiert.³

II. Optimierung des Aktivitätsniveaus?

Schadens- und Schadensvermeidungskosten sind grundsätzlich auf zwei Wegen auszubalancieren: Entweder der Handelnde unterlässt schadensträchtige Akti-

¹ *Grzeszick*, Rechte und Ansprüche, 2002, S. 259, der den Zusammenhang mit dem Verb »nötigt« beschreibt; vgl. auch *Lubmann*, Öffentlich-rechtliche Entschädigung rechtspolitisch betrachtet, 1965, S. 135 f.

² *Mathis*, Effizienz statt Gerechtigkeit?, 3. Aufl. 2009, S. 90, 178; *Rebbahn*, Staatshaftung wegen mangelnder Gefahrenabwehr, 1997, S. 169; *H.-B. Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 4. Aufl. 2005, S. 129 ff. Zur Frage der *corporate actors* vgl. oben § 7 I (S. 80 f.).

³ Siehe die Nachweise oben § 6 Fn. 5 (S. 50).

vitäten oder er erhöht den Schadensvermeidungsaufwand.⁴ Die Steuerung des Aktivitätsniveaus zählt dementsprechend zu den »gängigen Denkfiguren der ökonomischen Analyse des Haftungsrechts«⁵. Was für den Privaten uneingeschränkt gilt, gilt für den Staat freilich nur eingeschränkt. Der Private kann im Angesicht des Haftungsrisikos frei entscheiden, ob er »gefährlich handeln oder lieber ruhig schlafen« möchte.⁶ Der Staat dagegen kann sein Aktivitätsniveau nicht beliebig modifizieren, sondern darf nur ausnahmsweise selbst bestimmen, ob er überhaupt aktiv werden will.⁷ In der Regel muss der Staat den Bürger, der einen Antrag auf Leistung stellt, bescheiden (und sei es ablehnend), wegen verfolgbaren Straftaten einschreiten, sofern es zureichende tatsächliche Anhaltspunkte gibt (vgl. § 152 Abs. 2 StPO), die öffentliche Sicherheit und Ordnung vor Gefahren schützen, kurz: er muss Kompetenzen, die ihm eingeräumt sind, auch ausüben.⁸ Bei öffentlich-rechtlichen Körperschaften kann man daher auch nicht davon ausgehen, dass sie »im Normalfall vor allem« ihre eigenen wirtschaftlichen Interessen im Auge haben, wenn sie tätig werden. Im Gegenteil: Sie nehmen »im Normalfall vor allem« öffentliche Aufgaben wahr.⁹ Darin liegt ein Gegensatz zu privatrechtlichen Unternehmen. Ein Bürger, der ein Angebot auf Abschluss eines Vertrags erhält, muss darauf gar nicht reagieren (vgl. §§ 145 f. BGB), er hat nur ein Recht, aber keine Pflicht, bei Straftaten einzuschreiten (§ 127 StPO), und braucht die öffentliche Sicherheit und Ordnung vor Gefahren keineswegs zu schützen, kurz: er darf subjektive Rechte, die ihm einge-

⁴ Vgl. nur *Adams*, Ökonomische Analyse der Gefährdungs- und Verschuldenshaftung, 1985, S. 44; *Jansen*, Struktur des Haftungsrechts, 2003, S. 631 f.; *Laudenklos*, in: Rückert (Hrsg.), Neuere Methodik, 1997, S. 291 (303); *Wagner*, Kollektives Umwelthaftungsrecht auf genossenschaftlicher Grundlage, 1990, S. 39; *ders.*, JZ 1991, S. 175 (177); *ders.*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 5, 5. Aufl. 2009, vor § 823 Rn. 45.

⁵ *Blaschczok*, Gefährdungshaftung und Risikoanweisung, 1993, S. 161 mit 170 ff.; vgl. nur *Kötz/Wagner*, Deliktsrecht, 11. Aufl. 2010, Rn. 64 f., 72 ff., 504 ff.; *Rebbahn*, Staatshaftung wegen mangelnder Gefahrenabwehr, 1997, S. 173 f.; *Rühl*, in: Krüper (Hrsg.), Grundlagen des Rechts, 2011, § 11 Rn. 30 f.; *H.-B. Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 4. Aufl. 2005, S. 131 ff., 211 jeweils m. w. N.

⁶ *Luhmann*, Öffentlich-rechtliche Entschädigung rechtspolitisch betrachtet, 1965, S. 139 (beschränkt auf Gefährdungshaftung).

⁷ Vgl. Bundesminister der Justiz/Bundesminister des Innern (Hrsg.), Reform des Staatshaftungsrechts (Kommissionsbericht), 1973, S. 82; *Schuck*, Suing Government, 1983, S. 62; ungenau daher *Dari-Mattiaci/Garoupa/Gómez-Pomar*, European Review of Private Law 2010, S. 773 (797), und *Kramer/Sykes*, Supreme Court Review 1987, S. 249 (268, 281).

⁸ Zur Ausnahme, dem Ausübungsdispens, vgl. nur *Hartmann*, Volksgesetzgebung und Grundrechte, 2005, S. 146. Das beste Beispiel liefert das Entschließungsermessen (dazu nur *H. Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 7 Rn. 7), namentlich das Opportunitätsprinzip (dazu nur *Pieroth/Schlink/Kniesel*, Polizei- und Ordnungsrecht, 6. Aufl. 2010, § 2 Rn. 8, § 10 Rn. 32 ff.).

⁹ *Grzeszick*, in: Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. IV, 3. Aufl. 2006, § 78 Rn. 37; *Oebbecke*, in: Erichsen (Hrsg.), Kommunale Verwaltung im Wandel, 1999, S. 165 (172).

räumt sind, auch brachliegen lassen.¹⁰ In der Privatwirtschaft ist es nicht selten gleichgültig, ob ein bestimmter Privater bestimmte Leistungen anbietet. Bisweilen ist es sogar gleichgültig, ob bestimmte Leistungen überhaupt angeboten werden. Im staatlichen Bereich dagegen bleibt der öffentlichen Hand, um Schadenskosten und Schadensvermeidungsaufwand auszubalancieren, regelmäßig nur der andere Weg: den Schadensvermeidungsaufwand zu steigern, um in Zukunft weniger oft und weniger schwer zu schädigen.

Wenn man akzeptiert, dass der Staat Schadensvermeidungsaufwand in einem bestimmten Maß betreiben soll, bleibt die Frage, warum gerade das Haftungsrecht dieses Maß zu steuern hat. Wie genau die öffentliche Hand beispielsweise den Sachverhalt ermitteln muss, bevor sie entscheidet, und damit auch, in welcher Höhe Kosten für die Schadensvermeidung durch Sachverhaltsermittlung entstehen, folgt primär aus anderen Vorschriften. Zu nennen ist etwa der Amtsermittlungs- bzw. Untersuchungsgrundsatz des Verwaltungsverfahrensrechts (vgl. § 24 VwVfG, § 88 Abs. 1 AO) in Verbindung mit dem materiellen Fachrecht.¹¹ Danach ist es der Behörde nur ausnahmsweise erlaubt, unverhältnismäßig teure Sachverhaltsermittlungen zu unterlassen (vgl. § 31 Abs. 1 Satz 2 VermG¹²). Freilich muss in bestimmten Fällen und unter bestimmten Voraussetzungen der Antragsteller den Sachverhalt selbst aufklären. Beispielsweise hat der Bürger seine Fahrtauglichkeit auf eigene Rechnung nachzuweisen (Führerscheinprüfung; MPU-Gutachten) und der Unternehmer gem. § 6 UVPG bereits mit Antragstellung entscheidungserhebliche Unterlagen über die Umweltauswirkungen vorzulegen¹³. Im gerichtlichen Verfahren verbleiben Verfahrenskosten, die nach § 13 Abs. 6 JVEG angefallen sind, auch dann bei einer Partei, wenn diese den Prozess gewinnt.¹⁴ Das geltende Recht sieht nicht vor, dass die Behörde sich dafür entscheiden darf, bestimmte Ausgaben für die Sachverhaltsermittlung deshalb zu unterlassen, weil es günstiger wäre, die erwarteten

¹⁰ Hartmann, Volksgesetzgebung und Grundrechte, 2005, S. 62 f. (zur kompetenziellen Wahrnehmungspflicht m. w. N.); vgl. auch *dens.*, DVBl 2006, S. 1269 ff.

¹¹ Zum Untersuchungsgrundsatz vgl. nur Kallerhoff, in: P. Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, 7. Aufl. 2008, § 24 Rn. 1, 23 ff.; F. O. Kopp/Ramsauer, VwVfG, 12. Aufl. 2011, § 24 Rn. 1, 6 ff.; Nierhaus, Beweismaß und Beweislast, 1989, S. 279.

¹² Zu Ermittlungstiefe der Behörde und Kostenfreiheit für den Bürger vgl. nur Kallerhoff, in: P. Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, 7. Aufl. 2008, § 24 Rn. 4, 25 ff. bzw. 10; F. O. Kopp/Ramsauer, VwVfG, 12. Aufl. 2011, § 24 Rn. 8, 11 ff. bzw. 10e; Sobota, DÖV 1997, S. 144 (145).

¹³ Zur Mitwirkungslast gem. § 26 Abs. 2 Satz 1 VwVfG vgl. allgemein nur Kallerhoff, in: P. Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, 7. Aufl. 2008, § 26 Rn. 44 ff.; F. O. Kopp/Ramsauer, VwVfG, 12. Aufl. 2011, § 26 Rn. 40 ff.; und speziell Rößing, Denkmalschutz und Umweltverträglichkeitsprüfung, 2004, S. 129. Weitere Beispiele für von Privaten zu erbringende »Eigentanteile« am Verwaltungsverfahren bei Remmert, Private Dienstleistungen in staatlichen Verwaltungsverfahren, 2003, S. 6, und für Sachverhaltsaufklärungen durch den Antragsteller bei Ehlers, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2010, § 1 Rn. 84.

¹⁴ Vgl. zu dieser Vorschrift zuletzt BVerfG, Beschl. v. 24.03.2010 – 2 BvR 1257/09, www.bverfg.de.

Schäden zu ersetzen.¹⁵ Im Gegenteil: Wenn das Gesetz eine Anhörung, eine Beweisaufnahme oder eine Umweltverträglichkeitsprüfung anordnet, dann ist dieser Aufwand der Sachverhaltsaufklärung selbst dann zu betreiben, wenn keine Schadenskosten drohen. Was die Prüfung der aufgeworfenen Rechtsfragen betrifft, geht das geltende Recht davon aus, dass Behörde, Gericht und Gesetzgeber selbst in der Lage sind, die Antworten zu geben bzw. einzuholen (bei den sog. kommunalen Spitzenverbänden, bei Sachverständigen, Rechtsanwälten oder Hochschullehrern), unabhängig davon, wie aufwändig die Einholung und wie schwierig die Rechtsfrage ist. Doch dass es vorrangige Regelungen über die Sachverhaltsermittlung gibt, spricht nicht dagegen, dass das Haftungsrecht diese Regelungen bzw. die mit dem Verfahren geschützten Rechte verstärkt, und es spricht erst recht nicht(s) dagegen, dass das Haftungsrecht den Schadensvermeidungsaufwand dort steuert, wo keine ausdrücklichen Regelungen über die Sachverhaltsermittlung existieren.

III. *Cheapest cost avoider, cheapest insurer und superior risk bearer*

1. Begriffe

Um die Höhe des Schadensvermeidungsaufwands geht es namentlich bei einer von *Calabresi* eingeführten, bis heute standardmäßig verwendeten Argumentationsfigur namens *cheapest cost avoider*. Danach soll, weil das die gesamtgesellschaftlichen Kosten minimiert, derjenige den Schaden tragen, der den Schadenseintritt mit geringerem Aufwand vermeiden kann¹⁶. Haftungsrechtlich gewendet ist die Frage also, ob es der Bürger ist oder der Staat, der den Schadenseintritt günstiger zu verhindern vermag.

Ist der Schadenseintritt unvermeidbar (genauer: übersteigen die Schadensvermeidungsaufwendungen den Schadenserwartungswert als dem Produkt aus

¹⁵ *Sobota*, DÖV 1997, S. 144 (144, 152); vgl. aber auch BVerwGE 17, 87 (94).

¹⁶ *Calabresi*, *The Costs of Accidents*, 1970, S. 135 ff.; vgl. nur *Janson*, *Ökonomische Theorie im Recht*, 2004, S. 239; *Mathis*, *Effizienz statt Gerechtigkeit?*, 3. Aufl. 2009, S. 90; *Rebhahn*, *Staatshaftung wegen mangelnder Gefahrenabwehr*, 1997, S. 173; *Salje*, *Rechtstheorie* 15 (1984), S. 277–312 (285); *H.-B. Schäfer/Ott*, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, 4. Aufl. 2005, S. 226 ff.; *Scheel*, *Versicherbarkeit und Prävention*, 1999, S. 22, 122 ff.; *Wehrt*, *KritVj* 1992, S. 358 (363); krit. *Blaschczok*, *Gefährdungshaftung und Risikozuweisung*, 1993, S. 184 ff., 193 ff., 215 f. Die Eigenschaft, günstigster Schadensvermeider zu sein, kann sich auch aus anderen Umständen ergeben, etwa aus der Fähigkeit, die Gefahrenquelle besser zu beherrschen, durch überlegene Sachkenntnis zum Beispiel, vgl. nur *C. Kirchner/Koch*, *Analyse & Kritik* 11 (1989), S. 111 (123); *Salje*, *Rechtstheorie* 15 (1984), S. 277–312 (285 f.).

Schadenseintrittswahrscheinlichkeit und Schadenshöhe¹⁷), ist es effizient, den Schadenseintritt hinzunehmen¹⁸, und bleibt nur noch zu entscheiden, wen der hingegenommene Schaden treffen soll, den Schädiger oder den Geschädigten. Dazu fragt die ökonomische Analyse, wer sich besser, d. h. zu geringeren Kosten, gegen den Schaden versichern kann. Der *cheapest insurer*¹⁹ ist manchmal der (potentielle) Schädiger (vgl. die Fälle der Haftpflichtversicherung) und manchmal der (potentielle) Geschädigte (vgl. die Fälle der Feuerversicherung). Ein Alltagsbeispiel veranschaulicht den Zusammenhang: Für den Versand von Waren gibt es Versicherungsverträge, die der Versender gemeinsam mit dem Beförderungsvertrag abschließen kann. Falls die Ware auf dem Transportweg untergeht, trägt die Versicherung den Schaden. Dagegen gibt es regelmäßig keine, jedenfalls keine standardisierten Policen, die der (designierte) Empfänger gegen den Untergang der Ware auf dem Transportweg abschließen kann. *Cheapest insurer* ist in diesem Fall also der Versender.

Sind Schäden weder vermeid- (vgl. den *cheapest cost avoider*) noch versicherbar (vgl. den *cheapest insurer*)²⁰, fragt die ökonomische Analyse, wer der *superior risk bearer* sei.²¹ Danach ist es in asymmetrisch strukturierten Märkten (namentlich bei monopolistischen Strukturen) effizient, den Schaden der »geringer besetzten Marktseite« (namentlich dem Monopolisten) zuzuweisen, denn diese schließt eine höhere Zahl von Verträgen.²² Diese Seite kann das Risiko des Schadensfalles daher besser streuen sowie, jedenfalls im Mittel, leichter beherrschen (Gesetz der großen Zahl), vermag die Schadensrisiken besser einzuschätzen und verfügt meist auch über die höheren Vermögens- bzw. Liquiditätsreserven, um hohe Schadenssummen auffangen zu können. Die andere Seite dagegen kann der Schadensfall in ihrer materiellen Existenz bedrohen.²³ Lassen sich die Figuren des *cheapest cost avoiders*, des *cheapest insurers* und des *superior risk bearers* auf das Staatshaftungsrecht übertragen?

¹⁷ Vgl. zum Begriff des Erwartungswerts nur *Mäsch*, Chance und Schaden, 2004, S. 321 ff. m. w. N. und Beispielen; siehe auch *Towfigh*, in: *Towfigh/N. Petersen*, Ökonomische Methoden im Recht, 2010, S. 23 (28 f.).

¹⁸ Siehe oben § 6 I 5 (S. 76 ff.), bei Fn. 140 ff., und § 8 I (S. 103).

¹⁹ Vgl. etwa BGH, NJW 1995, S. 3385 (3386); BVerwG, DVBl 2010, S. 1434 (1437); *Armbrüster*, NJW 2009, S. 187 ff.; *Jansen*, *RabelsZ* 70 (2006), S. 732 (743, 749 f.); *C. Kirchner/Koch*, *Analyse & Kritik* 11 (1989), S. 111 (123); krit. *Rebhahn*, *Staatshaftung wegen mangelnder Gefahrenabwehr*, 1997, S. 181.

²⁰ Zur Unversicherbarkeit vgl. etwa *Wagner*, *VersR* 1991, S. 249 (254).

²¹ Vgl. BVerwG, DVBl 2010, S. 1434 (1437); *Janson*, *Ökonomische Theorie im Recht*, 2004, S. 242; *Scheel*, *Versicherbarkeit und Prävention*, 1999, S. 124; *Wehrt*, *KritVj* 1992, S. 358 (369 ff.); vgl. aber auch *Kramer/Sykes*, *Supreme Court Review* 1987, S. 249 (268); krit. *Blaschczok*, *Gefährdungshaftung und Risiko zuweisung*, 1993, S. 210 ff., 215 f.

²² *Wehrt*, *KritVj* 1992, S. 358 (372).

²³ *Sadowski*, in: *ders./Walwei* (Hrsg.), *Ökonomische Analyse des Arbeitsrechts*, 2002, S. 3 (10 f.); vgl. auch *Scheel*, *Versicherbarkeit und Prävention*, 1999, S. 187 ff., 202 ff.

2. Insbesondere zur Versicherbarkeit

Die Antwort setzt einen genaueren Blick auf das Zusammenspiel von Haftungs- und Versicherungsrecht voraus. Das Zivilrecht kennt Ansprüche gegen die Versicherung, die an die Stelle des Schadensersatzanspruchs gegen den Schädiger treten. Das ist insbesondere bei den Haftpflichtversicherungen der Fall. Darunter fallen nicht nur Versicherungen der Haftpflicht, sondern auch Pflichtversicherungen der Haftung.²⁴ Die Pflicht, eine Haftpflichtversicherung abzuschließen, trifft in Deutschland beispielsweise die Halter von Kraftfahrzeugen²⁵ und bestimmte Arbeitgeber mit Blick auf Arbeitsunfälle²⁶. Aus dem gewerblichen Bereich sind etwa Arzneimittelhersteller und Betreiber umweltgefährdender oder gentechnischer Anlagen zu nennen,²⁷ aus den freien Berufen liefern Rechtsanwälte, Notare und Wirtschaftsprüfer bekannte Beispiele.²⁸

Jede Versicherung bestreitet den Aufwand für die Schadensfälle, für die sie aufkommen muss, und die eigene Verwaltung insbesondere aus den Versicherungsprämien der Versicherten und damit regelmäßig aus Beiträgen der potentiellen Schädiger selbst.²⁹ Die Höhe der Versicherungsprämien richtet sich dabei auch nach der Schadenserwartung,³⁰ d. h. hier: nach der Wahrscheinlichkeit, dass der Versicherte die Versicherung in Anspruch nehmen muss. Dass zeigen beispielhaft die Schadensfreiheitsrabatte der KfZ-Versicherungen. Dass die Versicherungsunternehmen die Ansprüche ihrer Versicherungsnehmer aus den Prämien dieser Versicherungsnehmer erfüllen, führt zu einer Schadensstreuung bzw. -verteilung. Im Fall von Pflichtversicherungen kommt, nimmt man die Versicherungsnehmer der verschiedenen Anbieter zusammen, die Gesamtheit potentieller Schädiger für alle Schäden aus ihrer Mitte auf. Pflichtversicherungen nehmen dem Geschädigten außerdem das Risiko ab, dass der Schädiger den Schadensersatz nicht aufbringen kann.³¹ Der Geschädigte trägt nicht mehr das Insolvenzrisiko des (aus seiner Sicht zufälligen) Schädigers, sondern nur noch

²⁴ Präzise daher *Dörner*, in: Schünemann/Stober (Hrsg.), *Haftungsgrundsätze und Haftungsgrenzen*, 2002, S. 1 (10) (»Pflichthaftpflichtversicherung«).

²⁵ Vgl. § 1 des Gesetzes über die Pflichtversicherung für Kraftfahrzeughalter (Pflichtversicherungsgesetz, PflVG).

²⁶ Zu §§ 1 ff., §§ 150 f. SGB VII vgl. nur *Bley/Kreikebohm/Marschner*, *Sozialrecht*, 9. Aufl. 2007, Rn. 584 ff.; *Kötz/Wagner*, *Deliktsrecht*, 11. Aufl. 2010, Rn. 9, 572 ff.; *Waltermann*, *Sozialrecht*, 9. Aufl. 2011, Rn. 250.

²⁷ Gem. § 94 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 AMG, gem. § 19 UmweltHG bzw. gem. § 36 GenTG; zu den Freistellungs- und Gewährleistungsverpflichtungen, die an die Stelle der Pflichtversicherung treten können, siehe § 94 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 AMG, § 19 Abs. 2 Nr. 2, 3 UmweltHG, § 36 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GenTG.

²⁸ Gem. § 51 Abs. 1 Satz 1 BRAO, gem. § 19a Abs. 1 Satz 1 BNotO bzw. gem. § 54 Abs. 1 Satz 1 WPO.

²⁹ Vgl. *Blaschczok*, *Gefährdungshaftung und Risikozuweisung*, 1993, S. 200; *Kötz/Wagner*, *Deliktsrecht*, 11. Aufl. 2010, Rn. 9.

³⁰ Siehe oben § 8, bei Fn. 17 (S. 106 f.).

³¹ Vgl. *Kötz/Wagner*, *Deliktsrecht*, 11. Aufl. 2010, Rn. 33, 89.

das (deutlich geringere) Insolvenzrisiko des Versicherungsunternehmens, das die Pflichtversicherung anbietet.

Das öffentliche Haftungsrecht wirkt wie eine Pflichtversicherung. Die Staatshaftungsschuld trifft die öffentliche Hand, nicht den schädigenden Beamten persönlich. Entweder ist der Staat von vornherein Anspruchsschuldner, wie beim Folgenbeseitigungs- oder Aufopferungsanspruch, oder er übernimmt die persönliche Schuld des Beamten (wie beim Amtshaftungsanspruch gem. Art. 34 GG). Die öffentliche Hand bestreitet ihre Ausgaben aus den öffentlichen Haushalten; diese wiederum finanzieren sich im Steuerstaat wesentlich aus dem Steueraufkommen. Damit treffen die Staatshaftungsschulden faktisch per Umlage stets die Steuerzahler.³² Das ist der Gedanke des Staates als »Assekuranzanstalt«³³ und der Staatshaftung als »Zwangsversicherung«³⁴.

Dass das Staatshaftungsrecht als Umlageverfahren wirkt, hatte schon *Otto Mayer* erkannt, der in der Verteilung des Schadens das Mittel sah, die »ungleiche Belastung« der staatlichen Schädigung »in eine gleiche zu verwandeln«, immerhin nichts weniger als der Ausdruck einer »Idee der Gerechtigkeit«³⁵. Bereits 1871, als der 9. Deutsche Juristentag seine Debatte über die Staatshaftung vorerst beschloss, hatte der Leipziger Professor *Götz* darauf hingewiesen, dass die höhere Steuer, die der einzelne zahlen müsse, um die Kosten der Staatshaftung aufzubringen, die »Natur eines Versicherungsbeitrags« habe.³⁶ Im Zusammenhang mit der Einführung der Staatshaftung in Preußen fiel der Einwand, dass »doch schließlich, wenn eine Entschädigung aus öffentlichen Mitteln gewährt« werde, »die an dem Beamtendelikt völlig unschuldigen Steuerzahler die Summe aufzubringen« hätten.³⁷ Er verhallte ungehört. Nachdem die Bismarck'schen Sozialreformen den Versicherungsgedanken belebt hatten³⁸, lag es zu Beginn

³² Vgl. nur *Bender*, VersR 1974, S. 1 (4); *Blume/Rubinfeld*, Cal. L. Rev. 72 (1984), S. 569 (571); *Braband*, NYU L. Rev. 33 (1958), S. 18 (49); *Dari-Mattiacci/Garoupa/Gómez-Pomar*, European Review of Private Law 2010, S. 773 (778); *Häfelin/Müller/Uhlmann*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl. 2010, Rn. 2225; *Kube*, JZ 2010, S. 265 (267); *Lane*, JRE 17 (2009), S. 227 (233); *O. Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. II, 2. Aufl. 1917, S. 517, 523 f.; 3. Aufl. 1924, S. 296; *Rebbahn*, Staatshaftung wegen mangelnder Gefahrenabwehr, 1997, S. 177 f. (vgl. aber auch S. 181 f.).

³³ Vgl. *Scheuner*, DÖV 1955, S. 545 (547).

³⁴ *Oertmann*, DJZ 1906, Sp. 922 (924).

³⁵ *O. Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. II, 1896, S. 347 (dort mit Hervorhebungen); vgl. auch *dens.*, *dass.*, Bd. II, 2. Aufl. 1917, S. 524 (»Forderung der Billigkeit und Gerechtigkeit«; dort mit Hervorhebung); 3. Aufl. 1924, S. 297 (»nach natürlicher Billigkeit obliegende Pflicht«); *dens.*, Entschädigungspflicht des Staates, 1904, S. 26; *dens.*, Sächsisches Archiv für Rechtspflege 8 (1913), S. 1 (11); zuvor bereits *Mataja*, Das Recht des Schadensersatzes vom Standpunkte der Nationalökonomie, 1888, S. 27 ff., insb. S. 32.

³⁶ *Victor Götz*, in: Verhandlungen des 9. DJT, 1871, Bd. 3, S. 51; vgl. bereits *Bluntschli*, in: Verhandlungen des 6. DJT, 1865, Bd. 1, S. 45 (50) (»Staatsversicherung für Privatschaden«).

³⁷ Vgl. *Gierke*, Gutachten, in: Verhandlungen des 28. DJT, 1905, Bd. 1, S. 102 (131).

³⁸ Vgl. *Kingreen*, Sozialstaatsprinzip, 2003, S. 170 ff.; *ders.*, in: Roth (Hrsg.), Europäisierung des Rechts, 2010, S. 89 ff.

des 20. Jahrhunderts im Zug der Zeit, auch das Risiko aus den Schäden rechtswidriger Amtsausübung zu »sozialisieren«: Es erschien gerecht, das Risiko für die Schäden aus rechtswidriger Amtsausübung gleichmäßig auf alle zu verteilen.³⁹ *Gierke* sah gar den »Glaube[n] an die Gerechtigkeit des Rechts« erschüttert, »wenn eine ganz gleichartige Rechtsverletzung hier volle Ausgleichung« finde und »dort, weil nur ein mittelloser Beamter für sie haftet, unausgeglichen« bleibe.⁴⁰ Er hatte den Gesetzgeber auf seiner Seite:

»[O]hne Zweifel entspricht es durchaus einem Gebot der Gerechtigkeit, für den von Beamten des Reichs, des Staats, der Gemeinde usw. angerichteten Schaden den Personen des öffentlichen Rechts Entschädigungspflicht aufzuerlegen.«⁴¹

Die »wahrhaft skandalöse Theorie«, dass der Staat für die rechtswidrigen Handlungen seiner Beamten nicht zu haften brauche, weil »kein Mandant für das einzustehen schuldig sei, was der Mandatar *contra mandatum* gethan habe«⁴² (*si excessit*; sog. Mandatstheorie), ein »offenbarer Hohn gegen die Gerechtigkeit«⁴³, wurde im zweiten Drittel des 19. Jahrhunderts aufgegeben, erlebte zur Jahrhundertwende eine Renaissance und verschwand, nach Vorarbeiten in Reich und Ländern, mit der Weimarer Reichsverfassung von 1919.⁴⁴ Bereits 1867 befand *Zachariä*:

»In allen Fällen dagegen, wo die staatsrechtliche Stellung der öffentlichen Beamten zu den Unterthanen als solchen, d. h. die Ausübung der den Beamten übertragenen Amtsgewalt, welcher der Einzelne sich zu fügen, und die publica fides, welcher er zu vertrauen durch das Gesetz berechtigt oder verpflichtet war, in Betracht kömmt, kann die Frage über die Haftungsverbindlichkeit des Staates aus den Handlungen oder Unterlassungen seiner Beamten nicht nach der, hier gar nicht passenden, Analogie des privatrechtlichen Mandatsverhältnisses beurtheilt werden. Hier muß der Staat aus staatsrechtlichen Gründen und ohne daß irgend etwas auf eine culpa in eligendo etc. ankommen könnte, nothwendig der Garant für die schuldhaften Handlungen und Unterlassungen seiner Beamten sein und kann sich ohne offenbare Ungerechtigkeit nicht der Verpflichtung entziehen, den von seinen Beamten, absichtlich oder fahrlässiger Weise, innerhalb der amtlichen Sphäre durch rechtswidriges Thun oder Unterlassen angerichteten, für den Verletzten unabwendbaren, Schaden wenigstens in subsidium zu ersetzen.«⁴⁵

³⁹ *Oertmann*, DJZ 1906, Sp. 922 (924).

⁴⁰ Siehe oben § 6 Fn. 25 (S. 54).

⁴¹ *Frohme*, in: Stenographische Berichte, oben § 6 Fn. 122 (S. 73), S. 2855 (2856).

⁴² *Zoepfl*, Grundsätze des allgemeinen und des constitutionell-monarchischen Staatsrechts, 3. Aufl. 1846, S. 370 f. mit Fn. 6 (dort mit weiteren Hervorhebungen).

⁴³ *Zoepfl*, Grundsätze des allgemeinen und des constitutionell-monarchischen Staatsrechts, 3. Aufl. 1846, S. 371 Fn. 7 (dort als rhetorische Frage).

⁴⁴ Vgl. BVerfGE 61, 149 (178 f.); *Gebre*, Entwicklung der Amtshaftung, 1958, S. 27 ff.; *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 7 ff.; *Wróblewski*, Staatshaftung für legislatives Unrecht, 2005, S. 35.

⁴⁵ *Zachariä*, Staats- und Bundesrecht, Bd. 2, 3. Aufl. 1867, § 140 I B (S. 56 ff.) (dort mit Hervorhebungen).

Wirkt das öffentliche Haftungsrecht als Umlageverfahren, sind die Gemeinsamkeiten und Unterschiede zum Pflichtversicherungsrecht mit den Händen zu greifen. Die wichtigste Gemeinsamkeit liegt im Grundgedanken, die Schadenskosten unter all jenen zu vergemeinschaften, die von der Tätigkeit profitieren.⁴⁶ Damit kommen die Nachfrager und Nutznießer eines Angebots gemeinsam und anteilig für jene Kosten auf, die nur zufällig bestimmte Einzelne von ihnen treffen. So tragen die Kosten der Autounfälle die Gemeinschaft der Autofahrer, die Risiken von Produktion und Organisation das produzierende und organisierende Unternehmen⁴⁷ und die Kosten der Staatshaftungsfälle der Staat (als das »produzierende und organisierende Unternehmen«), d. h. die Gemeinschaft der Steuerzahler als den Veranlassern und Nutznießern staatlicher Tätigkeit.⁴⁸ Die Umlage auf die Bürger ist daher zugleich Ausdruck eines klassischen Grundsatzes der Haftung: »Wer den Nutzen hat, muß auch den Schaden tragen.«⁴⁹ Schäden, die die öffentliche Hand verursacht, treffen danach jedenfalls die Bürger, entweder »kraft natürlicher, vom Haftungsrecht nicht korrigierter Schadensbetroffenheit«⁵⁰ als Geschädigte oder kraft Steuerrechts als Steuerzahler. Wie bei der Pflichtversicherung kommt hinzu, dass das öffentliche Haftungsrecht dem Geschädigten das Insolvenzrisiko weitgehend abnimmt, das ansonsten insbesondere im Vergleich zur Beamtenhaftung erheblich wäre.⁵¹

Der wichtigste Unterschied öffentlichen Haftungs- und privaten Pflichtversicherungsrechts liegt in der Bestimmung der Beitragshöhe. Die Höhe der Versicherungsprämie richtet sich jedenfalls auch nach der Schadenserwartung.⁵² Dagegen errechnet sich die Höhe der Steuerschuld unabhängig von der Schadenserwartung, d. h. hier insbesondere unabhängig von der Wahrscheinlichkeit, durch staatliches Handeln geschädigt zu werden, hauptsächlich nach der (steu-

⁴⁶ Vgl. nur *Developments*, Harv. L. Rev. 90 (1977), S. 1133 (1217 f.); *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2, 13. Aufl. 1994, S. 605 f.; *Wagner*, in: Van Boom/Faure (Hrsg.), *Shifts in Compensation Between Private and Public Systems*, 2007, S. 87 (109 ff.); krit. *Calabresi*, *Cost of Accidents*, 1970, S. 5.

⁴⁷ *Jansen*, *RabelsZ* 70 (2006), S. 732 (750).

⁴⁸ Vgl. nur *Bermann*, *Col. L. Rev.* 77 (1977), S. 1175 (1194); *Morlok*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts III*, 2009, § 52 Rn. 69; vgl. aber auch *Rebhahn*, *Staatshaftung wegen mangelnder Gefahrenabwehr*, 1997, S. 178.

⁴⁹ *Eucken*, *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*, 7. Aufl. 2004, S. 279, und in anderem Zusammenhang *Hirschleifer*, *J. Law & Econ.* 19 (1976), S. 241 (243) (»share the gain and share the pain«); zur Eigennützigkeit des Risikos nur *Jansen*, *Binnenmarkt, Privatrecht und europäische Identität*, 2004, S. 35 m. w. N.

⁵⁰ *Blaschczok*, *Gefährdungshaftung und Risikozuweisung*, 1993, S. 5 (in anderem Zusammenhang).

⁵¹ Vgl. bereits *RGZ* 96, 143 (148) und noch zuvor *Zoepfl*, *Grundsätze des allgemeinen und des constitutionell-monarchischen Staatsrechts*, 3. Aufl. 1846, S. 372 Fn. 9 (»Fiscus semper est solvendo«; dort hervorgehoben); zur Insolvenz(un)fähigkeit öffentlich-rechtlicher Körperschaften noch unten § 8 Fn. 90 (S. 119).

⁵² Zum Schadenserwartungswert siehe oben § 8, bei Fn. 17 (S. 106 f.).

errechtlichen) Leistungsfähigkeit des Steuerschuldners (im Fall der Einkommenssteuer).⁵³

Obwohl das öffentliche Haftungsrecht also eine Umverteilung bewirkt, eine Umverteilung der Kosten rechtswidrigen Staatshandelns vom Geschädigten auf die Steuerzahler, ist es kein Umverteilungsinstrument im üblichen Sinn des Wortes. Es geht nicht um Umverteilung »von oben nach unten«, nicht um »austeilende« oder (nivellierende) »ausgleichende Gerechtigkeit«⁵⁴. Denn der Staatshaftungsanspruch knüpft nicht an Bedürftigkeit an und ist der Höhe nach auf die eingetretenen Schäden begrenzt.⁵⁵ Das öffentliche Haftungsrecht ist daher ein untaugliches Mittel, was umverteilendes *social engineering* betrifft. Den Unterschied zur Umverteilung im herkömmlichen Sinn sucht diese Abhandlung dadurch zu markieren, dass sie nicht von einer Umverteilung, sondern von einer Umlage spricht.

Dass sich die »Versicherungsprämie« der Steuerschuld nicht nach dem »versicherten« Risiko richtet, Opfer einer rechtswidrigen hoheitlichen Schädigung zu werden, sondern im Wesentlichen nach (steuerrechtlicher) Leistungsfähigkeit, lohnt sich für (natürliche und juristische) Personen, die besonders stark, und es belastet (natürliche und juristische) Personen, die besonders schwach gefährdet sind, in diesem Sinn Opfer zu werden. Bei gleicher Steuerlast steht der Gefährdete besser da als der Ungefährdete. Dass sich die »Versicherungsprämie« nach der Leistungsfähigkeit richtet, lohnt sich also besonders für Personen, die leistungsschwach, aber stark gefährdet, und es belastet Personen, die leistungsstark, aber schwach gefährdet sind. Die Profiteure des steuerfinanzierten Staatshaftungsrechts sind also jene, die einem großen Risiko unterliegen, durch den Staat geschädigt zu werden, aber nur einen kleinen Beitrag zum Steuer- und Abgabenaufkommen leisten. Zu dieser Gruppe gehören regelmäßig so disparate Personen wie Asylbewerber (die die Polizei bei ausländischem Aussehen verstärkt ereignisunabhängig kontrolliert⁵⁶) und global tätige Unternehmen, die hier große und viele Anlagen errichten (und daher entsprechend viele Genehmi-

⁵³ Siehe nur *Blankart*, Öffentliche Finanzen, 7. Aufl. 2008, S. 166 ff.; *D. Birk*, Leistungsfähigkeitsprinzip als Maßstab für Steuernormen, 1983, S. 43 ff.; *ders.*, Steuerrecht, 12. Aufl. 2009, Rn. 33 ff., 70, 188 ff., 600; *Jochum*, Steuerrecht I, 2010, Rn. 44, 130 ff. Zu Lenkungs Zwecken, die das Steuerrecht neben dem Fiskalzweck verfolgt, siehe nur *Wernsmann*, Das gleichheitswidrige Steuergesetz, 1999, S. 185 ff.; *ders.*, Verhaltenslenkung in einem rationalen Steuersystem, 2005.

⁵⁴ *Ossenbühl*, in: FS Stern II, 2012, S. 535 (546); a.A. *Gromitsaris*, Rechtsgrund und Haftungsauslösung im Staatshaftungsrecht, 2006, S. 17; dagegen wiederum *U. Stelkens*, DÖV 2008, S. 214 (214); für einen »germanischen Grundsatz der Schadenshaftung aus bloßer Verursachung« als Ausdruck »ausgleichende[r] Gerechtigkeit« v. *Gierke*, Die soziale Aufgabe des Privatrechts (1889), 2. Aufl. 1948, S. 25 f.; vgl. auch *Dari-Mattiacci/Garoupa/Gómez-Pomar*, European Review of Private Law 2010, S. 773 (790) mit »compensation to victims« als »so-called corrective justice perspective on torts«.

⁵⁵ Zum schadensersatzrechtlichen Bereicherungsverbot siehe oben § 6, bei Fn. 43 (S. 57).

⁵⁶ Vgl. *Krane*, »Schleierfahndung«, 2003, S. 238 ff., 289 f. (zu ereignisunabhängigen Personenkontrollen).

gungen einholen müssen), ihre Gewinne aber im Ausland versteuern. Den haftungsrechtlichen Profit, den diese Personen erzielen, bezahlen jene, die einem kleinen Risiko unterliegen, durch den Staat geschädigt zu werden, dabei aber einen großen Beitrag zum Steuer- und Abgabenaufkommen leisten.

Diese »Verzerrungen«, die durch die Quersubventionierung⁵⁷ entstehen mögen, sind allenfalls auf den ersten Blick verwunderlich. Vor allem beschreiben sie kein Problem des öffentlichen Haftungsrechts. Dass derjenige, der öfter und stärker geschädigt wird, mehr Schadensersatz erhält, versteht sich. Ein Gewinn ist damit trotzdem nicht verbunden, weil das Schadensrecht nur Verluste ausgleicht. Dass derjenige, der einen größeren Beitrag zum Steuer- und Abgabenaufkommen leistet, einen entsprechend größeren Anteil an staatlichen (Schadensersatz-)Zahlungen finanziert, versteht sich ebenfalls, ist aber nicht dem Staatshaftungsrecht anzulasten, sondern gründet namentlich im steuerrechtlichen Maßstab der Leistungsfähigkeit.

3. Folgerungen

Lassen sich vor diesem Hintergrund die Argumente des *cheapest insurers* sowie, vorgelagert, des *cheapest cost avoiders* und, nachgelagert, des *superior risk bearers* auf das öffentliche Haftungsrecht übertragen? Das Argument des *cheapest cost avoiders* vergleicht, auf das öffentliche Haftungsrecht bezogen, welchen Aufwand der schädigende Staat und welchen Aufwand der geschädigte Bürger betreiben muss, um den Schadenseintritt zu vermeiden. Dieser Vergleich lässt sich weder im öffentlichen noch im zivilen Haftungsrecht für das gesamte Rechtsgebiet anstellen, sondern – eben weil es dabei auf den Schadenserwartungswert und die Schadensvermeidungskosten ankommt – immer nur von Fall(gruppe) zu Fall(gruppe) bestimmter Schäden im Vergleich zu bestimmten Schadensvermeidungsmaßnahmen festmachen. Aussagen, die das gesamte Rechtsgebiet betreffen, sind daher nie das letzte Wort. Unter dieser Einschränkung stehen auch die folgenden Mutmaßungen. Im öffentlichen Haftungsrecht dürfte die Annahme regelmäßig näher liegen als im privaten, dass der Schädiger (hier: der Staat) günstiger Schadensvermeidungsaufwand betreiben kann als der Geschädigte (hier: der Bürger). Denn die dem Bürger zumutbar eröffneten Möglichkeiten sind schlicht weniger an der Zahl, wenn dieser es mit dem Staat zu tun hat und nicht mit einem Mitbürger. Das folgt aus der gesteigerten Rechtmäßigkeitsverantwortung des Staates bzw. – spiegelbildlich – aus der gesteigerten Rechtmäßigkeitserwartung des Bürgers.⁵⁸ Damit ist freilich nichts darüber gesagt, wie teuer die verbleibenden Möglichkeiten des Bürgers sind, geschweige denn ist der private ins Verhältnis zum staatlichen Schadensver-

⁵⁷ Dazu für den Fall des öffentlichen Versicherungswesens *Wagner*, in: Van Boom/Faure (Hrsg.), *Shifts in Compensation Between Private and Public Systems*, 2007, S. 87 (106 f.).

⁵⁸ Siehe dazu oben § 6 I 3 a) und c) (S. 60 bzw. S. 63 ff.).

meidungsaufwand gerückt. Eine Schadensvermeidungsmaßnahme fordert das öffentliche Haftungsrecht dafür nachdrücklich: Der Staatshaftungsanspruch hängt im Regelfall davon ab, dass der Geschädigte versucht hat, die Rechtsverletzung auf dem Primärrechtsweg ungeschehen zu machen.⁵⁹

In der Frage, wer sich zu geringeren Kosten gegen hoheitliche Schäden versichern kann, legt das Umlageprinzip, dem das öffentliche Haftungsrecht faktisch folgt, nahe, den Staat und nicht den Bürger in der Pflicht zu sehen. Mit einigem Mut zur Generalisierung lässt sich annehmen, dass die Umlage der Haftungskosten auf den Steuerzahler regelmäßig günstiger möglich sein dürfte als eine (externe) Versicherung gegen den Haftungsfall, gleichgültig, ob der Staat als Schädiger oder der Bürger als Geschädigter diese Versicherung nachfragt. Denn während bei der Versicherungslösung Gewinne anfallen, die die Versicherungsgesellschaft machen möchte, erfolgt die Umlage auf den Steuerzahler ohne die Zusatzkosten der Marge. Entscheidend sind danach die empirischen Fragen, ob die Verwaltungskosten der Behörden über den Verwaltungskosten der Versicherungsgesellschaften liegen und wenn ja, ob die Mehrkosten behördlicher Verwaltung auch noch die Gewinnmarge der Versicherungsgesellschaften übersteigen. Erste (freilich unsystematisch betriebene und daher gewiss unvollständige) Beobachtungen legen nahe, dass die Umlage auf den Steuerzahler die günstigere Alternative darstellt.⁶⁰ Denn in der Praxis schließen Bund und Länder regelmäßig keine Versicherungen ab, sondern begleichen allfällige Schäden lieber aus dem allgemeinen Haushalt.⁶¹ Praktisch bedeutsame Beispiele bilden die Schäden aus Autounfällen, das Beihilferecht oder die Beamtenversorgung. Auch in der Privatwirtschaft nutzen große Unternehmen, wo immer zulässig, die Möglichkeit der »Selbstversicherung«⁶² gerne. Das lohnt sich, sobald dem Unternehmen die Streuung der Schadensfälle in einer Breite möglich ist, bei der die ersparten Versicherungsprämien oberhalb der zu begleichenden Schadenssummen liegt.

Schließlich erscheint der Staat, sofern es darauf überhaupt noch ankommt,⁶³ bei einiger Vorsicht wohl auch als *superior risk bearer*. Staat und Bürger begegnen sich nicht auf Augenhöhe, sondern in einem asymmetrischen Verhältnis. Der Staat ist Monopolist staatlicher Leistungen. Er führt eine viel größere Zahl von Verfahren, an denen Bürger beteiligt sind, als ein einzelner Bürger Verfahren

⁵⁹ Siehe dazu oben § 6 I 3 (S. 60 ff.) und unten § 10 V 2 (S. 183 ff.), § 14 II 6 a) (S. 282 ff.).

⁶⁰ Im Ergebnis ebenso *H.-B. Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 4. Aufl. 2005, S. 580.

⁶¹ *Oebbecke*, ZVersWiss 96 (2007), S. 81 (81) m. w. N. (dort auch zum Sonderfall der Kommunen); rechtsvergleichend *Gromitsaris*, Rechtsgrund und Haftungsauslösung im Staatshaftungsrecht, 2006, S. 34 f.

⁶² Vgl. *Blaschczok*, Gefährdungshaftung und Risikozuweisung, 1993, S. 200 f.; *Janson*, Ökonomische Theorie im Recht, 2004, S. 242; *H.-B. Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 4. Aufl. 2005, S. 378.

⁶³ Zum Verhältnis der Argumente oben § 8 III 1 (S. 106 f.).

führt, an denen der Staat beteiligt ist. Daher kann der Staat das Risiko des Schadensfalles deutlich besser streuen, beherrschen und einschätzen. Schließlich verfügt der Staat über die höheren Vermögens- bzw. Liquiditätsreserven. Dagegen kann ein Schadensfall den einzelnen Bürger sehr wohl in dessen materieller Existenz bedrohen. Damit ist allerdings weder gesagt, dass der Staat für alle Risiken und Schäden gerade stehen müsse, noch verfängt das Argument, dass eine umfassende Staatshaftung eine Prämisse der ökonomischen Analyse außer Kraft setze, nämlich dass marktbezogenes Wirtschaften verlange, dass »viele unvermeidbare Risiken, insbesondere im Wirtschaftsleben, gerade nicht von der Allgemeinheit getragen« würden.⁶⁴ Beiden Einwänden ist zu entgegnen, dass das Staatshaftungsrecht nicht alle Risiken und Schäden erfasst, sondern bloß hoheitliche. Insbesondere bleiben Risiken und Schäden, die sich aus der Interaktion der Privaten untereinander ergeben, unberührt, also der gewiss größere Teil marktbezogenen Wirtschaftens.

Als Ergebnis lässt sich festhalten, dass die ökonomischen Figuren des *cheapest cost avoiders*, des *cheapest insurers* und des *superior risk bearers* – bei einiger Vorsicht – nicht nur die Existenz des öffentlichen Haftungsrechts als effizient ausweisen, sondern auch zentrale Einzelfragen wie die Subsidiarität des Sekundärrechtsschutzes erklären können. Weitere Folgerungen ergeben sich, wenn man, die Präventionsfunktion des öffentlichen Haftungsrechts anerkennend, dessen Anreizstruktur näher beleuchtet.

IV. Anreizwirkung

1. Ökonomie der Anreizwirkung

Der Grundgedanke von Anreizen (*incentives*) ist der Grundgedanke der ökonomischen Analyse überhaupt: dass sich menschliches Verhalten durch Anreize und deren Änderung systematisch beeinflussen lasse.⁶⁵ Anreize können sowohl in negativen als auch in positiven Sanktionen liegen. Zu den wichtigsten Anreizen zählt das Geld,⁶⁶ aber auch alle anderen Faktoren, die das menschliche Verhalten beeinflussen können, sind gemeint: der Gewinn von Macht, Ein-

⁶⁴ Vgl. die entsprechende Kritik bei *Rebhahn*, Staatshaftung wegen mangelnder Gefahrenabwehr, 1997, S. 182.

⁶⁵ Vgl. nur *Rose-Ackerman*, in: *European Journal of Law and Economics* 1 (1994), S. 53 (65); *Röthel*, in: *Eifert/Hoffmann-Riem* (Hrsg.), *Innovationsverantwortung*, 2009, S. 335 (336); *Thaler/Sunstein*, *Nudge*, 2. Aufl. 2009, S. 13; vgl. aber auch *Kötz/Wagner*, *Deliktsrecht*, 11. Aufl. 2010, Rn. 76 m. w. N. (belastbare empirische Belege »knapp«).

⁶⁶ Vgl. nur *Furnham/Argyle*, *Psychology of Money*, 1998, S. 286 ff.; *Korioth*, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts III*, 2009, § 44 Rn. 10 f., 15.

fluss, Status oder Ansehen genauso wie strategische Vorteile.⁶⁷ Namentlich die Verhaltensökonomik betont dabei schon seit langem, dass die Hypothese des *resourceful, evaluative, maximizing man* (REMM) Einschränkungen verlangt, weil der Mensch selten vollständig informiert und kaum vor strukturellen Irrationalitäten (sog. *biases*) gefeit ist. Die sozialwissenschaftliche Verhaltensforschung namentlich der letzten beiden Jahrzehnte konnte zeigen, dass Individuen unter bestimmten Umständen nicht nur gelegentlich, sondern geradezu systematisch irrational handeln.⁶⁸ Das gilt etwa für ungerechtfertigt optimistische (»überoptimistische«) Einschätzungen, für die Unterschätzung zukünftiger Verluste/Gewinne (»hyperbolisches Diskontieren«) oder für die zu hohe Bewertung von Dingen, die man schon hat (im Vergleich zu denen, die man nicht hat – »Besitzeffekte« bzw. Verlustaversionen).⁶⁹ Auch die klassische Ökonomie sieht im *homo oeconomicus* freilich weder ein Menschenbild im normativen Sinn noch eine empirische universale Erklärung aller Situationen und Lebensbereiche, sondern bloß ein Modell der Analyse.⁷⁰

Anreize, menschliches Verhalten zu steuern, setzen auch Rechtsnormen und Gerichtsurteile. Insbesondere Haftungsansprüche und Schadensersatzverurteilungen verteuern die eine Handlungsalternative gegenüber der anderen, indem sie die Kosten rechtswidrigen Verhaltens erhöhen, und liefern so einen Anreiz, die »Außenwirkungen [eigenen] Handelns wie Kosten eigener Mittel zu behandeln und in die eigene rationale Planung einzubeziehen«⁷¹. Die ökonomische Analyse des Zivilrechts begreift das Haftungsrecht deshalb bis heute (auch) als Anreiz zu rechtmäßigem Handeln.

Anreize existieren auch innerhalb der Staatsorganisation. Die Wissenschaft vom öffentlichen Recht hat die Diskussion darüber bislang freilich weder im Staatshaftungs- noch sonst im Allgemeinen Verwaltungsrecht hinreichend auf-

⁶⁷ *Sacksofsky*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts II, 2008, § 40 Rn. 5 f.

⁶⁸ Zu den Verhaltensanomalien vgl. nur *Eichenberger*, Verhaltensanomalien und Wirtschaftswissenschaften, 1992; *Sacksofsky*, Anreize, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts II, 2008, § 40 Rn. 37; *Schäfer/Ott*, in: FS Bull, 2011, S. 301 (302 ff.); *Towfigh*, in: Towfigh/N. Petersen, Ökonomische Methoden im Recht, 2010, S. 23 (30).

⁶⁹ *Eichenberger*, Verhaltensanomalien und Wirtschaftswissenschaften, 1992, S. 21 f.; *Eidenmüller*, JZ 2009, S. 641 (650 f.); *Englertb*, in: Towfigh/N. Petersen, Ökonomische Methoden im Recht, 2010, S. 165 (188 f., 194 f.); *Schäfer/Ott*, in: FS Bull, 2011, S. 301 (304).

⁷⁰ *Mathis*, Effizienz statt Gerechtigkeit?, 3. Aufl. 2009, S. 41; *Sacksofsky*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts II, 2008, § 40 Rn. 38.

⁷¹ *Lubmann*, Öffentlich-rechtliche Entschädigung rechtspolitisch betrachtet, 1965, S. 18; in der Sache ebenso etwa *van Aaken*, in: dies./Schmid-Lübbert (Hrsg.), Beiträge zur ökonomischen Theorie im Öffentlichen Recht, 2003, S. 89 (100); *dies.*, in: Bungenberg u.a. (Hrsg.), Recht und Ökonomik, 2004, S. 1 (6); *Großfeld*, Die Privatstrafe, 1961, S. 79 f.; *P. Kirchhof*, Maß der Gerechtigkeit, 2009, S. 42, 253, 302 f.; *Koriotb*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts III, 2009, § 44 Rn. 15.

gearbeitet.⁷² Immerhin verlangen Gesetzgebungslehre⁷³ und Neue Verwaltungsrechtswissenschaft⁷⁴ nach »guten« Anreiz-Instrumenten. Dabei liegt es nahe, auch das öffentliche Haftungsrecht als Anreiz zu rechtmäßigem Handeln zu verstehen: Dass sich Rechtsverletzungen weniger »rechnen«, wenn diese auszugleichen sind, gilt für private wie öffentlich-rechtliche Akteure gleichermaßen.⁷⁵

Der Staat, so die These, lässt sich – insofern dem Bürger gleich⁷⁶ – nicht nur durch Ge- und Verbote steuern, sondern ebenfalls durch neuartige Instrumente (ausdrücklich einschließlich monetärer Anreize) und gerade auch über eine »verlässliche, praxisgerechte und problemangemessene Ausgestaltung« des öffentlichen Haftungsrechts.⁷⁷ Die einen konstatieren – umstandslos auch für hoheitliches Handeln – prospektive Wirkungen der Haftungsansprüche und anderer Einstandspflichten, die »in jedem Fall« (bereits) aus der »Kenntnis dieser Pflicht« folgten: »Das Wissen um eine Einstandspflicht für die Folgen eigenen Tuns kann – und wird typischerweise – die entscheidungsleitenden Ziele oder Motive des Handelnden mitbeeinflussen.«⁷⁸ Die anderen erhoffen sich von einem strengeren Haftungsregime, dass es Haftungskosten vermeiden helfe, weil es »Verhaltensänderungen bei der Verwaltung« bewirke.⁷⁹ Derselbe Gedanke steht hinter der Deutung der Junktimklausel aus Art. 14 Abs. 3 Satz 2 GG, wonach eine Enteignung nur gegen gesetzliche Entschädigung erfolgen darf, als Warnung an den Gesetzgeber.⁸⁰

Seine Anreizwirkung vermag das öffentliche Haftungsrecht derzeit freilich nicht voll zu entfalten. Das liegt vor allem daran, dass das Rechtsgebiet so unübersichtlich (geworden) ist. Das öffentliche Haftungsrecht kann korrekte Anreize nur setzen, wenn der handelnde Staatsdiener (wenn nicht: weiß, dann wenigstens) ahnt, welches Verhalten zu einer Ersatzpflicht führt und wie er den Haftungsfall vermeiden kann. Hier ist das Staatshaftungsrecht lange nicht

⁷² *Sacksosfsky*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts II, 2008, § 40 Rn. 2.

⁷³ Vgl. *Franzius*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts I, 2. Aufl. 2012, § 4 Rn. 104 ff.; *F. Reimer*, a. a. O., § 9 Rn. 109 ff.; *Schulze-Fielitz*, JZ 2004, S. 862 ff.

⁷⁴ *Voßkuhle*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts I, 2. Aufl. 2012, § 1 Rn. 15.

⁷⁵ *Morlok*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts III, 2009, § 52 Rn. 17; vgl. auch *Schinkels*, JZ 2001, S. 394 (397).

⁷⁶ Zur Frage der Übertragbarkeit auf *corporate actors* vgl. oben § 7 I (S. 80 f.).

⁷⁷ Vgl. *Voßkuhle*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts I, 2. Aufl. 2012, § 1 Rn. 23 bzw. 71 (allgemein zur Verwaltungsrechtsordnung).

⁷⁸ *Osterlob*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts III, 2009, § 55 Rn. 1; vgl. *Wurmnest*, Grundzüge, 2003, S. 98 f., aber auch *Squires*, JRE 17 (2009), S. 327 (328).

⁷⁹ *Kluth*, zit. nach *Krings/Hentsch*, ZG 2010, S. 205 (207).

⁸⁰ Nachweise oben § 6 Fn. 131 (S. 75).

so gut, wie es sein könnte. Die viel beklagte Unübersichtlichkeit des Rechtsgebiets ist eben nicht nur »wissenschaftlich unbefriedigend«, sondern auch »für den Rechtsanwender verwirrend«⁸¹. Selbst Faustformeln helfen wenig: Die schlichte Heuristik »Verhalte ich mich rechtmäßig, werde ich keine Haftungsfolgen produzieren« geht genauso fehl wie die umgekehrte Alltagstheorie »Verhalte ich mich rechtswidrig, hafte ich jedenfalls«. Aufgrund rechtmäßigen Handelns können sehr wohl – unter weiteren Voraussetzungen – Ansprüche entstehen, und im Fall rechtswidrigen Handelns können Ansprüche gleichwohl entfallen, etwa weil es am Schaden oder – je nach Anspruchsgrundlage – am Verschulden fehlt. Die Annahme »Verhalte ich mich sorgfältig, werde ich keine Haftungsfolgen produzieren« ist schließlich ebenfalls unzutreffend. Denn auch in diesen Fällen können sich – wieder unter weiteren Voraussetzungen – aus Gefährdungshaftung Ansprüche ergeben.

Wenn schon der Staatsdiener nur schwer übersehen kann, ob er einen Haftungsfall produziert, dürfte dem Bürger diese Einschätzung noch schwerer fallen. Zahlreiche Haftungsprozesse gegen den Staat dürfte es nur deshalb geben, weil sich der Geschädigte nicht darüber im Klaren ist (und zu oft auch nicht darüber im Klaren sein kann), ob ihm der eingeklagte Haftungsanspruch von Rechts wegen überhaupt zusteht.⁸² Die ökonomische Analyse des Rechts weist in diesem Zusammenhang eindringlich darauf hin, dass diese (tertiären) *litigation costs* besser einzusparen wären.⁸³ Die Kosten der Schadensregulierung sind im Fall öffentlichen Haftungsrechts unnötig hoch, weil die Rechtslage unnötig unklar ist.⁸⁴

Schließlich betrifft die Unübersichtlichkeit des Haftungsrechts auch die Gerichte. Selbst wenn man annimmt, dass es den Richtern wegen deren Spezialisierung auf das Rechtsgebiet leichter fällt als Bürgern und Staatsdienern, die Rechtslage einzuschätzen, steigert die komplexe Struktur des öffentlichen Haf-

⁸¹ *Morlok*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts III, 2009, § 52 Rn. 1; in der Sache ebenso *Kischel*, EuR 2005, S. 441 (462) (»Anspruchsdickicht«).

⁸² Vgl. *Rebhahn*, Staatshaftung wegen mangelnder Gefahrenabwehr, 1997, S. 171.

⁸³ Vgl. allgemein *Wagner*, JZ 1991, S. 175 (178). Zum Begriff tertiärer Kosten siehe oben § 8, bei Fn. 3 (S. 103).

⁸⁴ Vgl. *Blaschczok*, Gefährdungshaftung und Risikozuweisung, 1993, S. 163 f.; *Lubmann*, Öffentlich-rechtliche Entschädigung rechtspolitisch betrachtet, 1965, S. 245 (dort freilich auch der Hinweis, dass Unvorhersehbarkeit der Rechtslage im Haftungsrecht besser als in allen anderen Rechtsgebieten zu ertragen sei, weil die Frage, ob dem Bürger ein Anspruch zustehe, »zwar für seine Entscheidung, den Rechtsweg zu beschreiten, in der Regel aber nicht für sonstige [sic!] Lebensentscheidungen« Bedeutung habe); *Ott*, in: ders./H.-B. Schäfer (Hrsg.), Allokationseffizienz, 1989, S. 25 (28).

tungsrechts⁸⁵ den Informationsaufwand der Gerichte gleichwohl.⁸⁶ Es ist kein Zufall, dass der Gesetzgeber die Entscheidung über Amtshaftung den Amtsgerichten entzogen und streitwertunabhängig kollegial besetzten Spruchkörpern am Landgericht zugewiesen hat.⁸⁷

2. Anreizwirkung und Haftungsüberleitung

Wäre es nicht der wirkungsvollste Anreiz für rechtmäßiges Verhalten, wenn der handelnde Amtswalter persönlich haftete? Zunächst ist – dem Vorrang des Rechts entsprechend⁸⁸ – festzuhalten, dass das geltende Recht die persönliche Beamtenhaftung ausschließt. Art. 34 Satz 1 GG leitet Amtshaftungsansprüche, die den handelnden Staatsdiener zunächst gem. § 839 Abs. 1 Satz 1 BGB persönlich treffen, auf den Staat über.⁸⁹ Folgenbeseitigungs- und Aufopferungsanspruch verpflichten den Staat von vornherein. Dass der Staat haftet (und nicht der Beamte) liegt nicht nur im Interesse des Staatsdieners, der sich nicht – statt seinen Amtsgeschäften nachzugehen – gegen Haftungsklagen wehren muss. Sondern es liegt auch im Interesse des Gläubigers (der den Staat als – regelmäßig solventen⁹⁰ – Haftungsschuldner bevorzugt) und sogar im Interesse des Staates selbst (der es bei persönlicher Haftung mit »überevorsichtigen« Beamten zu tun bekommen könnte).

Die persönliche Haftung des Beamten ist nicht nur juristisch ausgeschlossen, sondern erscheint auch ökonomisch nicht sinnvoll zu sein. Zum Ersten erreicht der monetäre Anreiz den kühl kalkulierenden Beamten nicht mehr, jedenfalls nicht mehr unmittelbar, sobald die Haftungsschuld das persönliche Vermögen

⁸⁵ Vgl. *Grzeszick*, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2010, § 43 Rn. 3; *ders.*, in: Merten/Papier (Hrsg.), HGR, Bd. III, 2009, § 75 Rn. 6 (eines »der komplexesten Gebiete des deutschen öffentlichen Rechts«); *Kluth*, in: Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht II, 7. Aufl. 2010, § 66 Rn. 1 (»sachlich und systematisch schwierigste und umstrittenste Teilgebiet des Allgemeinen Verwaltungsrechts«).

⁸⁶ Vgl. *Janson*, Ökonomische Theorie im Recht, 2004, S. 244.

⁸⁷ Gem. § 71 Abs. 2 Nr. 2 GVG, vgl. nur *Hecker*, in: Erman, BGB, Bd. II, 13. Aufl. 2011, § 839 Rn. 91; *Zimmermann*, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 3. Aufl. 2008, § 71 GVG Rn. 7; vgl. auch § 3 Abs. 1 RHG.

⁸⁸ Siehe dazu § 4 (S. 25 ff.).

⁸⁹ Zum Streit, ob Art. 34 GG den einfach-rechtlichen Anspruch nur überleitet (Haftungsverlagerungsnorm) oder einen eigenen Anspruch begründet (Haftungsbegründungsnorm), siehe § 16 Fn. 46 und 51 (S. 352 f.).

⁹⁰ § 12 Abs. 1 Nr. 1 InsO schließt Insolvenzverfahren über das Vermögen des Bundes oder eines Landes aus; vgl. dazu zuletzt ausführlich *v. Lewinski*, Öffentlichrechtliche Insolvenz und Staatsbankrott, 2011, S. 164 ff., und knapp *Weinzen*, DÖV 2009, S. 454 (455 f.). Für juristische Personen des öffentlichen Rechts, die – wie die Gemeinden und Gemeindeverbände – der Aufsicht eines Landes unterstehen, kommt es gem. § 12 Abs. 1 Nr. 2 InsO auf das Landesrecht an; siehe dazu *de lege lata* und *de lege ferenda* namentlich *Duwe*, DÖV 2009, S. 574 (574 f.); *Faber*, DVBl 2005, S. 933 (938 ff.); *Paulus*, ZInsO 2003, S. 869 ff.

des Staatsdieners übersteigt, was nicht selten der Fall sein dürfte.⁹¹ In diesen Fällen beeinflusst eine Steigerung der Haftung die Rechtmäßigkeitsbemühungen des Beamten nicht weiter. Zum Zweiten spricht für eine Haftung des Staates ökonomisch gesehen, dass nur die Behördenleitung, nicht aber der Sachbearbeiter selbst in der Lage ist, innerhalb der Behörde auf »systemische« Brennpunkte zu reagieren und institutionelle Vorgaben zu modifizieren:⁹² Ein überforderter Staatsdiener mit haftungsrelevanten Aufgaben kann sich zum Beispiel nicht selbst auf einen Dienstposten umsetzen, dem er gewachsen oder der weniger »gefahr geneigt« ist. Dass der Staat haftet, lässt sich zum Dritten als Ausdruck dessen verstehen, dass nicht der Beamte selbst, sondern der Staat von den Entscheidungen des Beamten profitiert: Während private Akteure Risiken in Kauf nehmen mögen, um bestimmte selbst gesetzte Ziele zu erreichen, steckt sich der Staatsdiener seine Ziele nicht selbst, sondern findet sie vor.⁹³

3. Anreizweitergabe – Perspektive des Staatsdieners

a) Eingeschränkter Regress

Der haftende Staat kann den handelnden Staatsdiener nur unter bestimmten Voraussetzungen in Regress nehmen, namentlich bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit (beispielsweise gem. § 75 Abs. 1 Satz 1 BBG, § 24 Abs. 1 Satz 1 SG, § 48 Satz 1 BeamStG, vgl. Art. 34 Satz 2 GG). Selbst in diesen Fällen hat der Dienstherr, dem Beamten gegenüber zur Fürsorge verpflichtet (vgl. beispielsweise § 78 BBG, § 45 BeamStG), noch dessen Leistungsfähigkeit, den Verursachungsanteil an der Schädigung usw. zu berücksichtigen. Fehlt es an den Voraussetzungen des Regresses, bleibt es bei der (dann endgültigen) Schuldbefreiung des Staatsdieners.

Die Konstruktion von Staatshaftung und Regress verändert die Anreizwirkungen des Handelnden. Kalkuliert der Staatsdiener nüchtern sein persönliches finanzielles Risiko, tut er das nicht mehr entlang der Voraussetzungen der Haftung (eben weil diese eine Staats- und keine Beamtenhaftung ist), sondern richtet sich nach den – gegenüber der Staatshaftung eingeschränkten – Voraussetzungen des Beamtenregresses. Die Anreizwirkung, die das öffentliche Haftungsrecht gegenüber dem handelnden Staatsdiener zeitigt, hängt also nicht, jedenfalls nicht unmittelbar vom Staatshaftungsrecht ab, sondern vielmehr vom Beamtenregress, genauer: von dessen Praxis. Folgerichtig zählt die »ggf. erzie-

⁹¹ Vgl. *Cohen*, UTLJ 40 (1990), S. 213 (217); vgl. aber auch Gegenbeispiele bei *Jaron*, *The Urban Lawyer* 13 (1981), S. 1 (1 f.) (zum sog. »Ku Klux Klan Act« aus dem Jahr 1871).

⁹² Vgl. *Developments*, *Harv. L. Rev.* 90 (1977), S. 1133 (1219).

⁹³ Vgl. *Schuck*, *Suing Government*, 1983, S. 68, 100 f.

herisch[e] Einwirkung auf die Beamtenschaft« zu den Funktionen gerade des Regresses.⁹⁴

Wie sehr die Behörden in der Praxis dazu neigen, Beamte in Regress zu nehmen, ist eine empirische Frage. Systematische Untersuchungen dazu sind mir nicht bekannt. In der Literatur ist beiläufig die Rede davon, dass der Regress aus Gründen der Fürsorge bei fahrlässigen Amtspflichtverletzungen nicht⁹⁵ und daher insgesamt recht selten ausgeübt werde.⁹⁶ Zahlen gibt es immerhin zum Regress der Unfallversicherungen. Krankenkassen und Berufsgenossenschaften machen ihre Ansprüche gegen Schadensersatzpflichtige, im Wege des gesetzlichen Forderungsübergangs nach § 116 Abs. 1 Satz 1 SGB X erworben, nur in geringem Umfang geltend.⁹⁷ Dafür gibt es zwei Gründe: Zum einen scheitert der Regress bereits daran, dass die leistungspflichtige Kasse von der Existenz eines zivilrechtlichen Haftungsanspruchs in der Regel keine Kenntnis erhält. Zum anderen ist der Regressaufwand hoch: Die Ermittlung des Verantwortlichen, die Aufklärung des Sachverhalts, die Geltendmachung des Ersatzanspruchs und das Führen eines Rechtsstreits – all das kostet.⁹⁸

Für den Beamtenregress greifen die beiden Gründe nicht bzw. nicht in gleicher Weise. Zum einen hat der schadensersatzpflichtige Staat stets Kenntnis von der Existenz des Haftungsanspruchs, schließlich ist er der Schuldner und hat er den Anspruch regelmäßig bereits erfüllt. Zum anderen sind die Transaktionskosten des Regresses deutlich niedriger. Soweit es auf dem Primär- oder auf dem Sekundärrechtsweg zu einem gerichtlichen Verfahren kam, haben die Gerichte den Sachverhalt bereits rechtskräftig festgestellt. Dabei wurde (zwar nicht notwendig, aber auch nicht selten) der verantwortliche Beamte ermittelt. Der Dienstherr vermag den Ersatzanspruch daher regelmäßig vergleichsweise einfach geltend zu machen.⁹⁹

Soweit der Dienstherr den Beamtenregress praktiziert, wirkt das Staatshaftungsrecht auch auf den handelnden Beamten präventiv.¹⁰⁰ Aber auch, soweit der Staat keinen Regress nimmt und die Schadensersatzansprüche daher end-

⁹⁴ BVerwGE 44, 27 (31); zu den Folgen siehe nur v. Danwitz, in: v. Mangoldt/F. Klein/Starck, GG, Bd. 2, 6. Aufl. 2010, Art. 34 Rn. 125; vgl. auch Oebbecke, ZVersWiss 96 (2007), S. 81 (91).

⁹⁵ Caesar, Staatshaftungsreform, o.J., S. 18.

⁹⁶ Vgl. Braband, NYU L. Rev. 33 (1958), S. 18 (31); Davis, Mich. L. Rev. 55 (1956), S. 201 (208 f.).

⁹⁷ Vgl. BAGE 5, 1 (4); Wagner, Kollektives Umwelthaftungsrecht auf genossenschaftlicher Grundlage, 1990, S. 79; ders., in: Van Boom/Faure (Hrsg.), Shifts in Compensation Between Private and Public Systems, 2007, S. 87 (109).

⁹⁸ Wagner, JZ 1991, S. 175 (180).

⁹⁹ Aus der Forensik vgl. nur OLG Dresden, NVwZ 2010, S. 471 (471 f.) (Regress gegen Richter; dazu auch Scheffer, NVwZ 2010, S. 425 ff.); OVG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 06. 12. 2010 – 6 A 338/09, BeckRS 2010, 56715 (Regress gegen Lehrer).

¹⁰⁰ Vgl. Ehlers, ZBR 1977, S. 180 (183, 184).

gültig bei ihm verbleiben, existieren Anreize für den Beamten, Schädigungen zu vermeiden.¹⁰¹ Diese Anreize erreichen den Beamten nicht unmittelbar, wie ihn ein Anspruch aus persönlicher Beamtenhaftung oder aus staatlichem Regress erreichte, sondern mittelbar. Mittler ist das öffentliche Dienstrecht, und zwar zum einen das Disziplinar- und Laufbahnrecht, zum anderen das Verwaltungsorganisationsrecht.

b) Disziplinar- und Laufbahnrecht: positive und negative Sanktionen

Dass auch Staatsdiener bei ihren dienstlichen Entscheidungen die persönlichen Interessen, namentlich das eigene Wohlergehen und Fortkommen, im Blick behalten, legen zum einen literarische Stimmen und empirische Studien nahe.¹⁰² Zum anderen teilt der Gesetzgeber diese Einschätzung, wenn er Disziplinarmaßnahmen wie die Geldbuße, die Kürzung der Dienstbezüge und die Zurückstufung als negative Sanktionen einführt¹⁰³ oder Bestandteile der Besoldung leistungsabhängig ausgestaltet¹⁰⁴ und so positive Sanktionen ermöglicht.¹⁰⁵ Das Staatshaftungsrecht und seine Dogmatik legen diese Einschätzung ebenfalls zu Grunde, wenn sie davon ausgehen, dass es die Entscheidungsfreudigkeit des Amtsträgers einengt und also dessen Verhalten steuert, wenn das dienstliche Handeln persönliche finanzielle Folgen zeitigen kann.¹⁰⁶

Für das Fortkommen eines Beamten ist es hinderlich, zu viele oder zu teure Haftungsfälle zu produzieren. Entscheidungen über Beförderungen haben im öffentlichen Dienst gem. Art. 33 Abs. 2 GG nach dem Prinzip der Bestenauslese zu erfolgen.¹⁰⁷ Wer in diesem Sinn der Beste ist, richtet sich nicht nur nach

¹⁰¹ Zu undifferenziert daher *Jaffe*, Harv. L. Rev. 77 (1963), S. 209 (217); *Newman*, Yale L. J. 87 (1978), S. 447 (457); krit. auch *Bermann*, Col. L. Rev. 77 (1977), S. 1175 (1191 f.).

¹⁰² Nachweise oben § 7 Fn. 14 (S. 82).

¹⁰³ Vgl. für Bundesbeamte § 5 Abs. 1 Nr. 2–4, §§ 7–9 BDG und für Landesbeamte etwa Art. 6 Abs. 1 Nr. 2–3, Art. 8–10 BayDG und § 5 Abs. 1 Nr. 2–4, §§ 7–9 LDG NRW.

¹⁰⁴ Vgl. etwa § 27 Abs. 5 bis 7 BBesG, §§ 42, 42a, 45–47 BBesG; dazu nur *Böhm*, in: FS v. Zezschwitz, 2005, S. 176 (179 ff.); *Hebeler*, Verwaltungspersonal, 2008, S. 309 f.; *Kugele*, ZBR 2007, S. 331 (331 ff.); *Thieme*, Einführung in die Verwaltungslehre, 1995, S. 119; *Voßkuhle*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts III, 2009, § 43 Rn. 61 ff., 101, 119.

¹⁰⁵ Vgl. aber § 34 Satz 2 BeamStG und § 36 Satz 2 BRRG a.F. (Beamte haben die übertragenen Aufgaben bzw. ihr Amt »uneigennützig nach bestem Gewissen« wahrzunehmen bzw. zu verwalten).

¹⁰⁶ Zum Argument der Entscheidungsfreude siehe noch unten § 10 II 3 (S. 158 ff.), insb. bei Fn. 58 (S. 159 f.).

¹⁰⁷ BVerfGE 117, 372 (382); BVerwGE 76, 243 (250 ff.); 86, 244 (249) (»Bestenauslese«); 136, 140 (Rn. 16); BVerwG, NJW 2011, S. 695 (Rn. 20); *Hebeler*, Verwaltungspersonal, 2008, S. 125 f.; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, 11. Aufl. 2011, Art. 33 Rn. 10 mit Rn. 8; *Kunig*, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), GG, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 33 Rn. 14; *Masing*, in: H. Dreier (Hrsg.), GG, Bd. II, 2. Aufl. 2006, Art. 33 Rn. 41.

Eignung und Befähigung, sondern – und bei Beförderungen: vor allem – nach fachlicher Leistung, d. h. hier: nach praktischer Bewährung.¹⁰⁸

Dem Sollen entspricht ein Sein: Aus Sicht der Personalökonomie bildet die Beförderung den zentralen Leistungsanreiz im öffentlichen Dienst.¹⁰⁹ Empirische Untersuchungen haben gezeigt, dass die Aussichten auf einen Aufstieg die inneren Einstellungen und die äußeren Handlungen der Staatsdiener am stärksten beeinflussen.¹¹⁰ Umgekehrt erfährt der Dienstherr, der Schadensersatz leisten muss, selbst den Anreiz, den verantwortlichen Mitarbeiter dafür zur Rechenschaft zu ziehen und Haftungsfälle künftig zu vermeiden.¹¹¹ Das wissen wiederum die Staatsdiener. Sie erklären mit großer Mehrheit (69 Prozent), dass Beförderungen von »besonderen Anstrengungen« abhängen, und nennen die Verhaltensmuster traditioneller Arbeitsmoral, namentlich Pflichterfüllung, als wichtigstes Kriterium.¹¹² In der U.S.-amerikanischen Literatur gibt es sogar Stimmen, welche die (negativen und positiven) Sanktionen des öffentlichen Dienstrechts als genauso wirksame, wenn nicht gar als wirkungsvollere Anreize (*effective deterrent*) begreifen wie die persönliche Beamtenhaftung.¹¹³

Die Kopplung der Haftungsfälle an positive und negative Sanktionen für den Bediensteten macht das staatliche Interesse, Haftungsschulden zu vermeiden, und damit das Interesse des Bürgers, nicht in seinen Rechten verletzt zu werden, zum eigenen Interesse des Bediensteten.¹¹⁴ Es leuchtet ein, dass die Wahrscheinlichkeit, ein Ziel zu erreichen, steigt, wenn es im eigenen Interesse der Akteure liegt, sich zielgerichtet zu verhalten.¹¹⁵ Daher ist auch hierzulande anerkannt,

¹⁰⁸ *Battis*, in: Sachs (Hrsg.), GG, 6. Aufl. 2011, Art. 33 Rn. 31; *Höfling*, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum GG (Stand: 159. Aktualisierung, Dezember 2012), Art. 33 Abs. 1 bis 3, Rn. 134 (Stand: 130. Aktualisierung, August 2007); *Lecheler*, in: Friauf/Höfling (Hrsg.), Berliner Kommentar zum GG (Stand: 38. Lieferung, Juli 2012), Art. 33 Rn. 18 (Stand: Grundwerk, Oktober 2000).

¹⁰⁹ Vgl. nur *Dreher*, Karrieren in der Bundesverwaltung, 1996, S. 214 ff., insb. S. 216; *Hebeler*, Verwaltungspersonal, 2008, S. 223 m. w. N., 305 (»Anreizfunktion«); *M. Schneider/Sadowski*, Die Verwaltung 37 (2004), S. 377 (379, 383 f.); *Siepmann/Siepmann*, Verwaltungsorganisation, 6. Aufl. 2004, S. 15; *Voßkuhle*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts III, 2009, § 43 Rn. 63 (S. 40).

¹¹⁰ *Mayntz/Luhmann*, Personal im öffentlichen Dienst, 1973, S. 123 f., 133 f., 176 ff., 262 ff.

¹¹¹ Vgl. *Wise*, Publ. Admin. Rev. 45 (1985), S. 746 (751 f.). Dazu näher noch unten § 8 IV 4 (S. 130 ff.).

¹¹² *Mayntz/Luhmann*, Personal im öffentlichen Dienst, 1973, S. 240 bzw. 245 (keine Mehrfachnennungen möglich).

¹¹³ Vgl. *Bermann*, Col. L. Rev. 77 (1977), S. 1175 (1198); *Davis*, Mich. L. Rev. 55 (1956), S. 201 (216 f.); jeweils m. w. N.

¹¹⁴ Vgl. *Cohen*, UTLJ 40 (1990), S. 213 (235); *Kramer/Sykes*, Supreme Court Review 1987, S. 249 (289 f.); krit. *Schweizer*, in: Zwierlein (Hrsg.), Sicherheit und Krise, 2012, S. 180 (184).

¹¹⁵ *Sackssofsky*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts II, 2008, § 40 Rn. 11.

dass die Sorge vor Amtshaftungsprozessen für den Staatsdiener persönlich als Anreiz wirkt, sich rechtmäßig zu verhalten.¹¹⁶

c) *Verwaltungsorganisationsrecht: Um- und Versetzung*

Die andere Möglichkeit der Anreizweitergabe eröffnet das geltende Verwaltungsorganisationsrecht. Der Dienstherr kann einen Beamten, der zu viele oder zu teure Haftungsfälle produziert, mit einem anderen Dienstposten betrauen, auf dem er keinen oder keinen so großen Schaden mehr anrichten kann. Diese Maßnahme ist nicht nur als Umsetzung, sondern aus dienstlichen Gründen auch als antragslose Versetzung ohne Zustimmung des Beamten möglich, sofern das neue Amt mit demselben Endgrundgehalt verbunden ist wie das alte.¹¹⁷ Der Gesetzgeber hat die Möglichkeiten horizontaler Personallenkung erst jüngst flexibilisiert.¹¹⁸

Die Personallenkungsmaßnahmen der Um- und Versetzung von Amts wegen lassen sich sowohl als Sanktion gegen den Handelnden als auch als Maßnahme des Staates zum Selbstschutz begreifen. Soziologische Studien zeigen, dass es innerhalb der Verwaltung nicht nur vertikale Mobilität gibt, d. h. Aufstiegs- und Abstiegsbewegungen in der Hierarchie der Ämter, sondern auch horizontale Mobilität zu anderen organisatorischen Einheiten (Referaten, Dezernaten, Behörden, Dienstherrn), eine Sachgebietsmobilität beim Wechsel zwischen Positionen mit verschiedenen Tätigkeitsinhalten und sogar eine regionale Mobilität beim Wechsel des Dienstortes. Anerkannt ist zugleich, dass Entscheidungen über die Personalverteilung keinesfalls allein personenbezogen, d. h. nach den Interessen des betroffenen Bediensteten, sondern jedenfalls auch systembezogen, d. h. nach den Bedürfnissen der Organisation fallen. Namentlich systembezogene Personalverteilungsentscheidungen versuchen dabei, die Anforderungen einer Position und die Fähigkeiten des Positionsinhabers in Übereinstimmung zu bringen, um so gesetzeskonformes und damit rechtsstaatliches Verwaltungshandeln zu befördern.¹¹⁹

¹¹⁶ Vgl. *Czybulka/Biermann*, JuS 1998, S. 601 (609); *Rebhahn*, Staatshaftung wegen mangelnder Gefahrenabwehr, 1997, S. 179; *Sachs*, in: Maltepe Universität (Hrsg.), *Transparenz als Demokratisierungsprozess in der Verwaltung*, 2008, S. 141 (150 f.).

¹¹⁷ Vgl. § 28 BBG, § 15 BeamStG.

¹¹⁸ Für Bundesbeamte bezüglich Abordnung, Versetzung und Zuweisung gem. §§ 27–29 BBG durch das Gesetz zur Neuordnung und Modernisierung des Bundesdienstrechts (Dienstrechtsneuordnungsgesetz – DNeuG) v. 05. 02. 2009, BGBl. I S. 160 (167); siehe dazu nur *Hebeler/Knappstein*, ZBR 2010, S. 217 (219 ff.); die Umsetzung gründet auf Gewohnheitsrecht. Für Landesbeamte vgl. für länderübergreifende Versetzungen §§ 13, 15 BeamStG und dazu *Schönrock*, ZBR 2010, S. 222 (225).

¹¹⁹ *Mayntz/Luhmann*, *Personal im öffentlichen Dienst*, 1973, S. 119 ff., 134 ff., 179 ff., 191 ff.

d) *Eigenbeteiligungen und Selbstbehalte?*

Schließlich ist über eine neue, dritte Möglichkeit der Anreizweitergabe nachzudenken. In der ökonomischen Analyse des zivilen Haftungsrechts ist das Problem ausführlich diskutiert, dass das Bestehen von Versicherungsschutz die Anreizwirkungen des Haftungsrisikos beseitigen, jedenfalls aber verringern kann: Wer Schäden versichert weiß, unterliegt der Gefahr, in seinen Schadenvermeidungsbemühungen nachzulassen (sog. *moral hazard*).¹²⁰ Als Mittel, die Anreizwirkungen gleichwohl jedenfalls zum Teil zu erhalten, schlägt die ökonomische Analyse des zivilen Haftungsrechts u.a. den Selbstbehalt vor.¹²¹ In diesem Sinn ließe sich eine Eigenbeteiligung des handelnden Staatsdieners erwägen. Dabei wäre eine typisierende Staffelung nach der finanziellen Leistungsfähigkeit des Beteiligten denkbar, wie es sie in anderen Bereichen bereits gibt. So berücksichtigt die sog. Kostendämpfungspauschale im nordrhein-westfälischen Beihilferecht die Kriterien der Besoldungsstufe, der Arbeitszeit und der Kinderzahl.¹²² Der Selbstbehalt müsste einer Obergrenze unterliegen, beispielsweise in Höhe der jährlichen Sonderzahlung (sog. Weihnachtsgeld). Die Eigenbeteiligung erfasste nur vorsätzliche und grob fahrlässige Amtspflichtverletzungen. Diese Einschränkung folgt aus Art. 34 Satz 2 GG.

e) *Vergleich mit juristischen Personen des Privatrechts*

Für das Zivilrecht hat die ökonomische Analyse die Möglichkeit, Anreize weiterzugeben, längst diskutiert. Auch unter Privaten gibt es Handelnde, die für ihre Handlungen nicht selbst haften, z.B. Personen des Privatrechts, die nicht in eigenem Namen, sondern als Organ, Vertreter oder Verrichtungsgehilfe einer anderen (natürlichen oder juristischen) Person des Privatrechts agieren (vgl. §§ 31, 164, 831 BGB). Für das Verhalten eines Prokuristen, Verkäufers oder Mechanikers, das im Rahmen der Vertretungsmacht bleibt bzw. in Ausführung der Verrichtung vorkommt, haftet der Handelnde nicht selbst, sondern die Haftung trifft den Geschäftsherrn, also beispielsweise den Autohändler, der die drei beschäftigt (vgl. §§ 48 f., 54 ff. HGB). Auch das öffentliche Haftungsrecht lässt sich, weil der Handelnde nicht selbst haftet, insoweit als Unternehmenshaftung bezeichnen.

¹²⁰ Vgl. nur *Blume/Rubinfeld*, Cal. L. Rev. 72 (1984), S. 569 (593 f.); *M. Schneider/Sadowski*, Die Verwaltung 37 (2004), S. 377 (381); *Wagner*, in: Van Boom/Faure (Hrsg.), Shifts in Compensation Between Private and Public Systems, 2007, S. 87 (95).

¹²¹ *Rebbahn*, Staatshaftung wegen mangelnder Gefahrenabwehr, 1997, S. 176; *Spindler*, in: G. Bachmann/Casper/C. Schäfer/Veil (Hrsg.), Steuerungsfunktionen des Haftungsrechts, 2007, S. 215 (219 ff.) (zu D&O-Versicherungen für leitende Mitarbeiter, die »Directors and Officers«).

¹²² Vgl. § 12a der nordrhein-westfälischen Verordnung über die Gewährung von Beihilfen in Krankheits-, Geburts- und Todesfällen (Beihilfenverordnung – BVO).

Die Haftungsverlagerungen geben Anlass, die Anreizweitergabe durch juristische Personen des privaten und des öffentlichen Rechts zu vergleichen, zum einen mit Blick auf die (arbeits- und dienstrechtlichen) Steuerungsmöglichkeiten des Arbeitgebers bzw. Dienstherrn, zum anderen mit Blick auf die Haftungsprivilegien, die einerseits Staatsdiener durch den Mechanismus von Schuldübernahme und Regress und die andererseits private Arbeitnehmer nach den Grundsätzen des innerbetrieblichen Schadensausgleichs genießen.

Der private Arbeitgeber muss gerade auch, weil er für das Verhalten seiner Mitarbeiter zu haften hat, in der Lage sein, deren Verhalten zu steuern. Das Recht gibt ihm deshalb Mittel an die Hand, den eigenen Betrieb zu organisieren und dessen Arbeitsbedingungen zu gestalten. Diese Mittel versetzen den Arbeitgeber in die Lage, seine Arbeitnehmer zur Schadensvermeidung anzuhalten. Der Arbeitgeber kann insbesondere die

»Bedingungen für Schadensrisiken schaffen, beibehalten oder verändern, z.B. Gefahrenmomenten entgegenwirken durch Veränderung der Arbeitsabläufe, durch bessere Überwachung oder durch Sicherungsvorkehrungen.«¹²³

Im Vergleich zum öffentlichen Dienstrecht erscheinen die Möglichkeiten der Anreizweitergabe, die das private Arbeitsrecht eröffnet, teils besser und teils schlechter zu sein. Ein »Vorsprung« des privaten Arbeitgebers besteht, soweit das private Arbeitsrecht negative und positive Sanktionen leichter als das öffentliche Dienstrecht zulässt. Es kommt dabei etwa an auf die Voraussetzungen der Kündigung eines privaten Arbeitnehmers im Vergleich mit denen der Beendigung eines öffentlichen Dienstverhältnisses, auf die Möglichkeiten von Boni im Vergleich mit leistungsabhängigen Besoldungsbestandteilen usw. Vergleiche wie diese dürften zeigen, dass sowohl positive Sanktionen wie Gehaltserhöhungen, Leistungsprämien und Beförderungen als auch negative Sanktionen wie Kündigungen, Vertragsstrafen und Betriebsbußen unter Privaten¹²⁴ leichter möglich sind als im öffentlichen Dienst.

Dagegen dürfte es das Verwaltungsorganisationsrecht dem Dienstherrn eher ermöglichen als das private Arbeitsrecht dem Arbeitgeber, einem »schadensträchtigen« Mitarbeiter eine weniger gefahrgeneigte Aufgabe zuzuweisen. Der öffentliche Dienstherr genießt gegenüber dem privaten Arbeitgeber sogar einen doppelten Vorteil: Erstens vermag der Beamte einer Umsetzung rechtlich wenig entgegensetzen, ist die Umsetzbarkeit doch ein Kennzeichen des Beamtensta-

¹²³ BAGE 78, 56 (65); in der Sache ebenso BGH, NJW 2009, S. 2298 (2298); zur ökonomischen Analyse der »vicarious liability«, also der (mittelbaren) Haftung des Arbeitgebers (für seine Arbeitnehmer), im Vergleich zur Staatshaftung vgl. nur *Dari-Mattiacci/Garoupa/Gómez-Pomar*, *European Review of Private Law* 2010, S. 773 (800 ff.); *Kramer/Sykes*, *Supreme Court Review* 1987, S. 249 (272 ff.); *E. A. Posner/Sykes*, *American Law and Economics Review* 9 (2007), S. 72 (77 ff., 86 ff., 100, 129); *Schweizer*, in: Behrens/Eger/H.-B. Schäfer (Hrsg.), *Ökonomische Analyse des Europarechts*, 2012, S. 73 (78).

¹²⁴ Dazu nur *Zöllner*, in: *Zöllner/Loritz/Hergenröder*, *Arbeitsrecht*, 6. Aufl. 2008, S. 231 ff.

tus und darf sie nach pflichtgemäßem Ermessen »aus jedem sachlichen Grund« erfolgen.¹²⁵ Zweitens gibt es in einer Behörde regelmäßig tatsächlich genug Gelegenheiten, einen »schadensträchtigen« Beamten auf eine Position umzusetzen, wo er (mangels Außenkontakten oder Entscheidungsbefugnissen) keine Schäden verursachen können. Private Arbeitgeber befinden sich insofern regelmäßig in einer schlechteren Stellung, weil ihr Apparat durchschnittlich kleiner ist und wohl auch eine geringere Vielfalt verschiedener Positionen bieten dürfte: Private Arbeitnehmer verfügen über relativ spezifische Arbeitsplatzbeschreibungen und vermögen dem Arbeitgeber, ggf. mit dem Betriebsrat im Rücken, insofern mehr entgegenzusetzen haben als ein Staatsdiener.

Die Parallele zum Privatrecht trägt dagegen nur sehr eingeschränkt, wenn man nicht den empirisch wichtigsten Fall, das Verwaltungsunrecht, betrachtet, sondern den Blick auf judikatives und legislatives Unrecht lenkt. Die beschriebenen Instrumente der Anreizweitergabe funktionieren mit Blick auf die Gerichte und den Gesetzgeber weniger gut oder gar nicht, weil diese Unabhängigkeit genießen und daher nicht bzw. nicht ohne Weiteres in Regress genommen, mit dienst- oder besoldungsrechtlichen (positiven oder negativen) Sanktionen belegt oder umgesetzt werden können.

Der Vergleich mit der Anreizweitergabe durch juristische Personen des Privatrechts ist gerade mit Blick auf die Haftungsfreistellung des Handelnden aufschlussreich. Dabei zeigt der Blick auf den sog. innerbetrieblichen Schadensausgleich, dass eine Haftungsfreistellung, wie sie der Mechanismus von Schuldübernahme und Regress für den Staatsdiener herbeiführt, die präventive Wirkung des Haftungsrechts nicht ausschließen muss.¹²⁶ Nach den allgemeinen Regeln privaten Haftungsrechts schuldet ein Schädiger dem Geschädigten verschuldensabhängig vollen Schadensersatz gem. §§ 823, 276, 249 ff. BGB. Das ist das Prinzip der Totalreparation. Die Rechtsprechung ist davon für das (Innen-)Verhältnis von schädigendem Arbeitnehmer und geschädigtem Arbeitgeber schon früh abgewichen, zunächst nur für sogenannte »gefahrge-neigte Arbeit«¹²⁷, später dann für alle »betrieblich veranlassten Tätigkeiten« des Arbeitnehmers¹²⁸. Der Umfang der Haftungsbeschränkung folgt im Wesentlichen dem Grad des Verschuldens. Bei leichter Fahrlässigkeit entfällt die Haftung des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber vollständig, bei mittlerer Fahrlässigkeit teilen sich die beiden den Schaden, und bei grober Fahrlässigkeit sowie bei Vorsatz trifft den Arbeitnehmer der Schaden voll, es sei denn, dieser ist so

¹²⁵ BVerwG, DÖV 1992, S. 493 (494); *Leppek*, Beamtenrecht, 11. Aufl. 2011, Rn. 145.

¹²⁶ Zu ökonomischen Aspekten der Schuldübernahme siehe nur *Kramer/Sykes*, Supreme Court Review 1987, S. 249 (284); *E. A. Posner/Sykes*, American Law and Economics Review 9 (2007), S. 72 (87).

¹²⁷ Vgl. z.B. BAGE 5, 1 (7); 7, 290 (295).

¹²⁸ BAGE 78, 56 (61 ff.); noch offen gelassen in BAGE 44, 170 (175); vgl. bereits *Calabresi*, Cost of Accidents, 1970, S. 20 f.

groß, dass dem Arbeitnehmer auch hier nur eine anteilige Haftung zuzumuten ist.¹²⁹

Diese Ausgestaltung des Haftungsprivilegs der Arbeitnehmer trifft sich weitgehend mit der Ausgestaltung des Haftungsprivilegs der Staatsdiener. Arbeitnehmer wie Beamte haften beide nur eingeschränkt: Beide müssen bei leichter Fahrlässigkeit nie persönlich einstehen. Beide haften bei grober Fahrlässigkeit und Vorsatz voll, und beide dürfen auch dann jeweils noch hoffen, bei großen Schäden nur einen Teil begleichen zu müssen. Ein Unterschied besteht nur bei dem – praktisch häufigen – Fall einfacher Fahrlässigkeit. Hier steht der Staatsdiener besser da als der private Arbeitnehmer: Weil Art. 34 Satz 2 GG den Beamtenregress auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt, haftet der Beamte bei einfacher Fahrlässigkeit gar nicht, während der Arbeitnehmer bereits bei diesem Verschuldensgrad anteilig einstehen muss.¹³⁰

Die parallele Ausgestaltung der Haftungsprivilegien folgt aus der parallelen Begründung dieser Privilegien. Das Bundesarbeitsgericht argumentiert ökonomisch, wenn es die Haftungserleichterung für den Arbeitnehmer mit der sog. Betriebsrisikolehre begründet.¹³¹ Danach bestimmt der Arbeitgeber durch Zuweisung einer Tätigkeit an den Arbeitnehmer wesentlich die Höhe und den Grad der Beherrschbarkeit des Haftungsrisikos des Arbeitnehmers. Gleichzeitig kann er

»[k]raft seiner Organisationsbefugnis ... Bedingungen für Schadensrisiken schaffen, beibehalten oder verändern, z.B. Gefahrenmomenten entgegenwirken durch Veränderung der Arbeitsabläufe, durch bessere Überwachung oder durch Sicherheitsvorkehrungen«¹³².

Mit der Betriebsrisikolehre hat das Bundesarbeitsgericht insbesondere begründet, warum das Haftungsprivileg des Arbeitnehmers nicht nur gefahrgeneigte, sondern alle betrieblichen Tätigkeiten erfasst, ist die Betriebsorganisationsgewalt des Arbeitgebers doch nicht auf gefahrgeneigte Tätigkeiten beschränkt, sondern umfassend gegeben.

Die Betriebsrisikolehre des Bundesarbeitsgerichts, die als »ökonomisch effizient zu charakterisieren«¹³³ sei, lässt sich auf das öffentliche Dienstrecht übertragen. Auch der öffentliche Dienstherr kann

¹²⁹ BAGE 78, 56 (65); zusammenfassend *Löwisch*, Arbeitsrecht, 8. Aufl. 2007, Rn. 1192 ff.; *Sadowski*, in: ders./Walwei (Hrsg.), Ökonomische Analyse des Arbeitsrechts, 2002, S. 3 (6 ff.); *Zöllner*, in: *Zöllner/Loritz/Hergenröder*, Arbeitsrecht, 6. Aufl. 2008, S. 236 ff.

¹³⁰ *Davis*, Mich. L. Rev. 55 (1956), S. 201 (207), meint, dass der Arbeitgeber bei fahrlässigem Handeln des Arbeitnehmers den Rückgriff typischerweise unterlasse.

¹³¹ BAGE 5, 1 (8 f.); 59, 203 (207); 63, 127 (134 f.); 78, 56 (63 f.); krit. *Zöllner*, in: *Zöllner/Loritz/Hergenröder*, Arbeitsrecht, 6. Aufl. 2008, S. 236, 238.

¹³² BAGE 78, 56 (65).

¹³³ *Janson*, Ökonomische Theorie im Recht, 2004, S. 241.

»kraft seiner Organisationsbefugnis Bedingungen für Schadensrisiken schaffen, beibehalten oder verändern, z.B. Gefahrenmomenten entgegenwirken durch Veränderung der Arbeitsabläufe, durch bessere Überwachung oder durch Sicherheitsvorkehrungen«.

Schon bei den Beratungen des Bürgerlichen Gesetzbuches im Jahr 1896 sprach gegen die Haftung des Staates für »mittelbare« Beamte (z.B. Notare), dass der Staat deren »Geschäftsbetrieb zu kontrollieren nicht befugt sei«.¹³⁴ Für die unmittelbaren Beamten und die staatlichen Behörden galt also schon damals im Umkehrschluss, dass der Staat den eigenen Geschäftsbetrieb zu kontrollieren sehr wohl befugt und fähig war.

Die Parallele zum innerbetrieblichen Schadensausgleich erfasst außerdem Begründungselemente, die nicht das Bundesarbeitsgericht ausgesprochen, sondern die Lehre beigesteuert hat. Die ökonomische Analyse privater Arbeitnehmerhaftung anerkennt zum Ersten, dass die vollständige Haftung des Arbeitnehmers nicht im Interesse des Arbeitgebers liegt: Wenn der Arbeitnehmer maximale Schadensprävention betreibt, könne das den Betriebsablauf beeinträchtigen.¹³⁵ Dem entspricht im öffentlichen Haftungsrecht das Argument des überängstlichen Beamten.¹³⁶ Die ökonomische Analyse privater Arbeitnehmerhaftung anerkennt zum Zweiten, dass Präventionsmaßnahmen meist betriebskollektive, d. h. betriebsöffentliche Güter sind, bei denen eine Vorsorge durch die Arbeitnehmer nachteilig erscheint, weil nur der Arbeitgeber durch Größenvorteile Kostenersparnisse erzielt.¹³⁵ Auch dieses Argument des *cheapest cost avoiders* gilt für den Dienstherrn gleichermaßen.¹³⁷ Die ökonomische Analyse privater Arbeitnehmerhaftung anerkennt zum Dritten, dass es effizient ist, dem Arbeitgeber trotz dessen Betriebsorganisationsgewalt eine Rückgriffsmöglichkeit zu eröffnen: Die völlige Haftungsfreistellung des Arbeitnehmers wäre ineffizient, weil sie die Gefahr (*moral hazard*) begründete, dass der Arbeitnehmer in seiner Sorgfalt nachlasse und so die primären Kosten steigerte.¹³⁸ Auch diese Begründung gilt für Staatsdiener und das Rückgriffsrecht gleichermaßen.¹³⁹

Der Vergleich der Haftungsprivilegien der Staatsdiener und der Arbeitnehmer zeigt nach alledem, dass für die Staatsdiener gilt, was für Arbeitnehmer gilt: Die Haftungsprivilegien lassen sich ökonomisch erklären; eine negative Effizienzwirkung steht, obwohl der Handelnde den Folgen seiner Schädigung

¹³⁴ So der Staatssekretär des Reichsjustizamts, vgl. den Bericht des Abg. Dr. Enneccerus, in: Bericht der Reichstags-Kommission über den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs und Einführungsgesetzes nebst einer Zusammenstellung der Kommissionsbeschlüsse, Berlin 1896, S. 66.

¹³⁵ Janson, Ökonomische Theorie im Recht, 2004, S. 240.

¹³⁶ Zum Argument der Entscheidungsfreude des Beamten siehe noch § 10 II 3 (S. 158 ff.), insb. bei Fn. 58 (S. 159 f.).

¹³⁷ Siehe dazu § 8 III 3 (S. 113 f.).

¹³⁸ Sadowski, in: ders./Walwei (Hrsg.), Ökonomische Analyse des Arbeitsrechts, 2002, S. 3 (8) (zum Arbeitnehmer).

¹³⁹ Dazu oben § 8 IV 3 a) (S. 120 ff.).

zumindest teilweise entgeht und so sein unmittelbarer Anreiz zur Schadensvermeidung sinkt, insgesamt nicht zu befürchten.¹⁴⁰ Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass für die Argumentation dieser Abhandlung die (schwache) Annahme genügt, dass der Staat (ausreichend) in der Lage ist, seine Bediensteten zu steuern. Wenn er in dieser Lage ist, kann er Anreize, die ihn treffen, weitergeben. Die gegenläufige Annahme, dass der Staat seine Bediensteten nicht (ausreichend) steuern könne, wäre dagegen weitreichend. Sie bedeutete zum Beispiel, dass Demokratieprinzip und Rechtsstaatsgebot beeinträchtigt wären, hinge es doch nur vom guten Willen und den beschränkten Fähigkeiten des »an vorderster Front« handelnden Staatsdieners ab, ob der Staat rechtmäßig oder willkürlich handelte.

4. Anreizwirkung und Refinanzierung – Perspektive des Staats

Der Staat kann nur einen Anreiz, der ihn selbst trifft, an seine Staatsdiener weitergeben. Dass der Staat den Anreiz »empfindet«, Haftungsfälle zu vermeiden, hat diese Abhandlung bislang vorausgesetzt. Es bedarf freilich der Begründung, weil der Staat seine Haftungsschulden – wie alle anderen Ausgaben auch – über das Steueraufkommen finanzieren kann. Dieser Umstand steht hinter der These, dass den Staat eine Niederlage vor Gericht unberührt lasse, weil staatliche Verluste im unendlichen Fiskus aufgingen.¹⁴¹ Träfe die These zu, läge darin – ökonomisch gesprochen – nichts weniger als die Re-Externalisierung der (gerade erst) internalisierten externen Effekte. Der gerade erst geschaffene Anreiz, fremde soziale Kosten zu berücksichtigen, entfele gleich wieder.

Doch die These trifft nicht zu. Der Staat hat schon dann Grund, die Haftungsfolgen seines Handelns zu bedenken und daher die Anreize des Haftungsrechts auf sich wirken zu lassen, wenn seine Ressourcen nur knapp sind, d. h. sein Budget endlich ist. Diese Voraussetzung ist sowohl juristisch als auch politisch erfüllt, die Staatskasse »doch« nach wie vor kein »Zauberschatz, der sich immer wieder von selber füllt, so oft Jemand hineingreift und etwas daraus wegnimmt.«¹⁴² Juristisch erlaubt die Verfassung dem Staat gerade nicht, unbegrenzt Einnahmen (Steuern, Abgaben, Gebühren, Beiträge usw.) zu erhöhen,

¹⁴⁰ Vgl. *Janson*, *Ökonomische Theorie im Recht*, 2004, S. 236 f., 240 (zum privaten Arbeitsrecht).

¹⁴¹ *Bär*, in: FS Meier-Hayoz, 1982, S. 1 (18); ähnlich *Cohen*, UTLJ 40 (1990), S. 213 (231, 253, 258 ff.); *Mashaw*, *Law & Contemp. Prob.* 8 (1978), S. 8 (9).

¹⁴² *Bluntschli*, in: Verhandlungen 6. DJT (1865), Bd. 1, S. 45 (50) (»vulgäre[s] Vorurteil«). Zu »budget constraints« vgl. auch *Dari-Mattiaci/Garoupa/Gómez-Pomar*, *European Review of Private Law* 2010, S. 773 (778); *E. A. Posner/Sykes*, *American Law and Economics Review* 9 (2007), S. 72 (89).

namentlich Kredite aufzunehmen.¹⁴³ Der Einkommenssteuersatz darf von Verfassung wegen keine »erdrosselnde« Höhe erreichen,¹⁴⁴ die staatliche Kreditaufnahme steht neuerdings unter der Kuratel der »Schuldenbremse« aus Art. 109 und 115 GG,¹⁴⁵ und die Aufgaben, die der Staat erfüllen muss, lassen sich auch nicht beliebig reduzieren. Politisch ist die Gesellschaft Erhöhungen der Staatsquote und der Neuverschuldung nicht unbegrenzt zu ertragen bereit.¹⁴⁶ Jede Steuererhöhung und jede Subventionskürzung fällt der Politik erfahrungsgemäß schwer und trifft die betroffenen Bürger erfahrungsgemäß noch schwerer. Es ist kein Zufall, dass insbesondere vor Wahlen die Frage nach Steuererhöhungen oder -senkungen nicht selten die Debatte dominiert. So gibt es denn auch (wenige) empirische Belege, dass der Staat Schadensersatzverpflichtungen fürchtet.¹⁴⁷ Im Gesetzgebungsverfahren des StHG 1981 war es beispielsweise ein schlagkräftiges Argument gegen die Haftung für legislatives Unrecht, dass die Haftungsfolgen den Staat hart trafen.¹⁴⁸ Auch andere, weniger weitreichende Facetten von Staatshaftungsrechtsreformen werden unter Kostengesichtspunkten diskutiert. Jeweils gibt es groß angelegte Studien, welche die finanziellen Folgen der Reform abzuschätzen versuchen.¹⁴⁹ Im geltenden Recht wird das Verweisungsprivileg des § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB mit dem Argument verteidigt, es führe »zu einer wünschenswerten Entlastung der öffentlichen Mittel«¹⁵⁰. Letztlich zeigt jedes Rechtsmittel, das die öffentliche Hand gegen Verurteilungen zur Zahlung einlegt, dass dem Staat Ersatzpflichten, die ihn treffen, nicht

¹⁴³ Vgl. nur *Blume/Rubinfeld*, Cal. L. Rev. 72 (1984), S. 569 (616); *Korioth*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts III, 2009, § 44 Rn. 33 ff.; *Robbers*, JZ 1988, S. 481 (487).

¹⁴⁴ Vgl. BVerfGE 63, 312 (327); 78, 232 (243); 82, 159 (190); 95, 267 (301); BVerwGE 123, 218 (235 f.); *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, 27. Aufl. 2011, Rn. 896 f., 985; *Wernsmann*, NJW 2006, S. 1159 (1173); zu abweichenden Ansätzen des Zweiten Senats und der Literatur siehe etwa BVerfGE 115, 97 (111) und *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, 11. Aufl. 2011, Art. 14 Rn. 32a.

¹⁴⁵ Vgl. dazu nur *Christ*, NVwZ 2009, S. 1333 ff.; *Koemm*, Eine Bremse für die Staatsverschuldung?, 2011, S. 176 ff.; *C. Mayer*, AöR 136 (2011), S. 267 (269 ff.); *Rydzewski*, Schuldenbremse im Grundgesetz, 2011; *Pünder*, in: FS Karsten Schmidt, 2011, S. 297 ff.; *Tappe*, DÖV 2009, S. 881 ff.; *Wieland*, in: v. Arnim (Hrsg.), Systemmängel in Demokratie und Marktwirtschaft, 2011, S. 9 (12 ff.).

¹⁴⁶ A.A. *Bungenberg*, Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme, 2007, S. 136 (»der Staat verfügt über faktisch unbegrenzte Finanzmittel«).

¹⁴⁷ Vgl. *Luhmann*, Öffentlich-rechtliche Entschädigung rechtspolitisch betrachtet, 1965, S. 14 f., 76; es handelt sich um ein Forschungsdesiderat, vgl. *Kramer/Sykes*, Supreme Court Review 1987, S. 249 (288); *E. A. Posner/Sykes*, American Law and Economics Review 9 (2007), S. 72 (89).

¹⁴⁸ So *Grzeszick* in der Diskussion seines Vortrags auf dem KölnBonnerForum am 02. 10. 2009, mit dem Zusatz, dass die Tatsachenforschung aus den Gesetzesberatungen zeige, dass die Haftungsfolgen weniger ausgreifend gewesen wären als befürchtet.

¹⁴⁹ Siehe unten § 14 II 3 c) bb), insb. Fn. 136 (S. 273).

¹⁵⁰ BGHZ 13, 88 (104).

gleichgültig sind. Dementsprechend gehen auch die Gerichte davon aus, dass Haftungsschulden den Staat sehr wohl berühren.¹⁵¹

In diesen Tagen bietet die Staatshaftung für Fehler der Bankenaufsicht ein bezeichnendes Beispiel. Der Bundesgerichtshof gewährte für diese Fälle im Jahr 1979 Amtshaftungsansprüche: Gegen die bis dahin herrschende Meinung werde die Aufsichtsbehörde nicht nur im öffentlichen Interesse an einem funktionierenden Kapitalmarkt tätig, sondern handle auch zum Schutz der Bankkunden vor Vermögensverlusten.¹⁵² Der Bund hätte dem Bürger damit gem. § 839 BGB in Verbindung mit Art. 34 GG für rechtswidrige Schädigungen gehaftet. Weil der Bund diese Haftung fürchtete¹⁵³, verabschiedete der Gesetzgeber im Jahr 1984 eine neue Vorschrift, § 6 Abs. 3 KWG a.F. (entspricht § 4 Abs. 4 FinDAG). Dort hieß es ausdrücklich, dass die Bankenaufsicht »nur im öffentlichen Interesse« wahrgenommen werde.¹⁵⁴ Dabei ist streitig, ob sich der Bund selbst von der Haftung für Fehler der Bankenaufsichtsbehörde freizeichnen durfte.¹⁵⁵

Weil der Staat seine Einnahmen also weder juristisch noch politisch unbegrenzt zu steigern vermag, empfindet er Haftungsschulden sehr wohl als negative Sanktion.¹⁵⁶ Selbst wenn man das anders sehen wollte, folgte daraus noch lange nicht, dass dem Staat Haftungsschulden gleichgültig sind. Denn die sog.

¹⁵¹ Zur Präventionsfunktion vgl. nur die Nachweise oben § 6 I 4 b) (S. 73 ff.).

¹⁵² Urt. v. 15. 02. 1979, in: BGHZ 74, 144 ff.; Urt. v. 12. 07. 1979, BGHZ 75, 120 ff.; zusammenfassend *Papier*, JuS 1980, S. 265 ff. – Nun nützt die Überwachungstätigkeit der Bankenaufsichtsbehörde (objektiv) dem Bürger offensichtlich, sie befördert also auch individuelle Interessen (des Anlegers, des Konkurrenten). Wer die Haftung gleichwohl verneinen wollte, war also auf die Position zurückgeworfen, dass die Tätigkeit der Aufsichtsbehörde zwar auch dem individuellen Interesse diene, aber das – aus Sicht des Gesetzgebers – nicht solle. Diese Position setzt die Annahme voraus, dass der Gesetzgeber handelt, wie er handelt, obwohl er notwendige Folgen seines Handelns nicht will. Diese Annahme lässt sich wohl nur für Konstellationen halten, in denen die notwendigen zugleich solche Nebenfolgen sind, die der Gesetzgeber aufgrund der gewollten Hauptfolgen in Kauf nimmt (ungewollte Nebenfolgen).

¹⁵³ Vgl. das Dritte Gesetz zur Änderung des Gesetzes über das Kreditwesen, Gesetzentwurf der Bundesregierung, BR-Drs. 60/84 v. 24. 02. 1984, S. 20.

¹⁵⁴ § 6 Abs. 3 KWG in der Fassung des Dritten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes über das Kreditwesen v. 20. 12. 1984, BGBl. I, 1693 (1694); die genannte Fassung entspricht § 6 Abs. 4 KWG in der Fassung des Gesetzes zur Umsetzung von EG-Richtlinien zur Harmonisierung bank- und wertpapieraufsichtsrechtlicher Vorschriften v. 22. 10. 1997, BGBl. I, 2518 (2525). Seit dem Gesetz über die integrierte Finanzdienstleistungsaufsicht v. 22. 04. 2002, BGBl. I 1310 (1311, 1316), gilt § 4 Abs. 4 FinDAG an Stelle des § 6 Abs. 4 KWG a.F.

¹⁵⁵ Die h.M. geht von der Verfassungsmäßigkeit der Gesetzesänderung aus, siehe nur BGHZ 162, 49 (59 ff.); a.A. *Papier*, in: Maunz/Dürig (Begr.), GG (Stand: 64. Lieferung, Januar 2012), Art. 34 Rn. 190 (Stand: 54. Lieferung, Januar 2009); W.-R. *Schenke/Ruthig*, NJW 1994, S. 2324 (2327 f.).

¹⁵⁶ Im Ergebnis ebenso *Böhm*, JZ 1997, S. 53 (55); *Dari-Mattiacci/Garoupa/Gómez-Pomar*, European Review of Private Law 2010, S. 773 (791); *E. A. Posner/Sykes*, American Law and Economics Review 9 (2007), S. 72 (89). Vgl. *Lubmann*, Öffentlich-rechtliche Entschädigung rechtspolitisch betrachtet, 1965, S. 40. Eine Ausnahme gilt für Körperschaften, die ihre Kosten vollständig externalisieren können. Zur Kreisumlage vgl. nur *Burgi*, Kommunalrecht, 3. Aufl. 2010, § 20 Rn. 21 f.; *Geis*, Kommunalrecht, 2. Aufl. 2011, § 12 Rn. 54; *Mann*, in: Tettin-ger/Erbguth/Mann, Besonderes Verwaltungsrecht, 10. Aufl. 2009, Rn. 23, 342.

Opportunitätskosten¹⁵⁷ treffen den Staat jedenfalls: Die Mittel, die er zur Begleichung der Haftungsschulden verwendet, könnte er besser und würde er lieber für andere Zwecke einsetzen.

5. Budgetierung – Fluchtpunkt beider Perspektiven

Zur Feinsteuerung der Anreizweitergabe von oben nach unten vermögen verschiedene Instrumente beizutragen. Effektive Steuerung beginnt bei der aufgabenadäquaten Personalauswahl, geht über die gewissenhafte Ausbildung, die organisatorische Einbindung und die ordnungsgemäße Anleitung der Staatsdiener und hört bei regelmäßigen Fortbildungen nicht auf.¹⁵⁸ Hinzu kommen mag ein »Risikomanagement«, um Gefahrenquellen zu identifizieren und die Wahrscheinlichkeit des Haftungsfalls zu minimieren. So dürfte es auch im öffentlichen Dienst nahe liegen, einen Ombudsmann zu installieren, der vertraulich auch die anonyme Meldung eines *whistle blowers* entgegennimmt. Auf diese Weise vermag der Dienstherr Kenntnis von verkrusteten Strukturen zu erlangen, die es aufzubrechen gilt. Möglicherweise erwiese sich auch eine »Kronzeugenregelung« als tauglich, nach welcher der Melder eines (fremden oder eigenen) Fehlverhaltens belohnt bzw. weniger hart sanktioniert wird.

Näher behandelt werden soll an dieser Stelle die zuletzt verstärkt ermöglichte, Budgetierung genannte dezentrale Budgetverantwortlichkeit.¹⁵⁹ Sie erscheint ebenfalls Erfolg zu versprechen. Der mehrdeutige Begriff meint hier eine – im Vergleich zur Kameralistik – regelmäßig neue Weise der Zuteilung und Bewirtschaftung der Finanzmittel einschließlich Rechnungslegung und Kontrolle.¹⁶⁰ Der Kerngedanke liegt dabei in der Dezentralisierung von Finanzverantwortung mit dem Ziel, das Kosten- und Leistungsbewusstsein der Mitarbeiter zu

¹⁵⁷ Zum Begriff vgl. nur *Nicklisch/Towfigh*, in: *Towfigh/N. Petersen, Ökonomische Methoden im Recht*, 2010, S. 35 (39).

¹⁵⁸ Vgl. *Blaschczok*, *Gefährdungshaftung und Risikozuweisung*, 1993, S. 65 f.; *Newman*, *Yale L. J.* 87 (1978), S. 447 (457); *Voßkuhle*, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts III*, 2009, § 43 Rn. 1. Zur ökonomischen Analyse der Überwachung (monitoring) entlang der Behördenhierarchie (chain of command) vgl. nur *Dari-Mattiaci/Garoupa/Gómez-Pomar*, *European Review of Private Law* 2010, S. 773 (776 f., 793 ff., 800 ff.); *Kramer/Sykes*, *Supreme Court Review* 1987, S. 249 (274 f.); *E. A. Posner/Sykes*, *American Law and Economics Review* 9 (2007), S. 72 (75, 81 ff., 100).

¹⁵⁹ Zu Budgetierung und Anreizwirkung vgl. nur *Davis*, *Mich. L. Rev.* 55 (1956), S. 201 (216); *Mebde*, *Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip*, 2000, S. 98 ff.; *Sacksosky*, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts II*, 2008, § 40 Rn. 26; *Wittreck*, *Verwaltung der Dritten Gewalt*, 2006, S. 474 f.

¹⁶⁰ *Bull/Mebde*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 8. Aufl. 2009, Rn. 1231; *Gröpl*, *Haushaltsrecht und Reform*, 2001, S. 232, 235, 380 ff.; *Lüder*, *DÖV* 2000, S. 837 (838, 844); *Musil*, *Wettbewerb in der staatlichen Verwaltung*, 2005, S. 169 ff., 205 ff.; *Püttner*, *Verwaltungslehre*, 4. Aufl. 2007, § 14 Rn. 79; vgl. auch *Färber*, *StWStP* 8 (1997), S. 61 ff.; *Nicklisch/Towfigh*, in: *Towfigh/N. Petersen, Ökonomische Methoden im Recht*, 2010, S. 35 (57 f.); *Schuppert*, *Verwaltungswissenschaft*, 2000, S. 698 ff.

verbessern.¹⁶¹ Als Instrument dafür steht namentlich das auch »New Public Management« genannte »Neue Steuerungsmodell« bereit,¹⁶² das in der Verwaltung »einige deutliche Spuren« hinterlassen hat¹⁶³. Budgetierung ist so Ausdruck und Teil einer allgemeineren Entwicklung. Ökonomische Ansätze wie die »Public-Choice-Theorie« und juristische Ansätze aus den Verwaltungswissenschaften legen nahe, dass Staatsdiener die Ziele ihrer Abteilung zu erreichen trachten und daher »ihr« Budget (wenn nicht zu maximieren suchen, dann aber doch) im Auge behalten.¹⁶⁴ Ist das richtig, gewinnen verwaltungsinterne finanzielle Sanktionsmechanismen an Bedeutung.¹⁶⁵

Soll das öffentliche Haftungsrecht präventiv wirken, kommt es darauf an, dass die Haftungsschuld das Budget jener Verwaltungseinheit (im Folgenden: Abteilung) trifft, die den Haftungsfall verursacht hat.¹⁶⁶ Verursacht hat den Haftungsfall dabei jene Abteilung, die den handelnden Beamten kraft Weisungs- und Disziplinarrecht hatte bzw. hätte steuern können. So verstanden, ist die Kostenzuweisung Ausdruck jener dezentralen Zusammenführung von Ressour-

¹⁶¹ Meyer, Das Neue Steuerungsmodell, 2002, S. 37; Sacksowsky, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts II, 2008, § 40 Rn. 26; Sarrazin, StWStP 8 (1997), S. 49 (54, 57 f.).

¹⁶² Vgl. nur Bogumil/Jann, Verwaltung und Verwaltungswissenschaften, 2. Aufl. 2009, S. 48 ff., 237 ff.; Burgi, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2010, § 10 Rn. 6; Bungenberg, Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme, 2007, S. 42 ff.; Koriotoh, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts III, 2009, § 44 Rn. 57 ff.; Krebs, in: Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, 3. Aufl. 2007, § 108 Rn. 53; Mehde, Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip, 2000, S. 83 ff., 85 ff.; Musil, Wettbewerb in der staatlichen Verwaltung, 2005, S. 27, 38 ff., 161 ff.; Siepmann/Siepmann, Verwaltungsorganisation, 6. Aufl. 2004, S. 276 ff.; Wittreck, Verwaltung der Dritten Gewalt, 2006, S. 25 ff., 473 ff. jeweils m. w. N.

¹⁶³ Oebbecke, in: Schulze-Fielitz (Hrsg.), Staatsrechtslehre als Wissenschaft, Die Verwaltung, Beiheft 7, 2007, S. 211 (217); vgl. auch Bogumil/Jann, Verwaltung und Verwaltungswissenschaften, 2. Aufl. 2009, S. 243, 246; Bull/Mehde, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2009, Rn. 1229; Gröpl, in: Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, 3. Aufl. 2007, § 121 Rn. 55.

¹⁶⁴ Vgl. nur Cohen, UTLJ 40 (1990), S. 213 (234); Davis, Mich. L. Rev. 55 (1956), S. 201 (216 f.); Hirshleifer, J. Law & Econ. 19 (1976), S. 241 (242) m. w. N.; Kramer/Sykes, Supreme Court Review 1987, S. 249 (279); Schweizer, in: Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie 12 (1993), S. 210 (220); Towfigh/N. Petersen, in: dies., Ökonomische Methoden im Recht, 2010, S. 133 (136, 139 f., 149 ff.).

¹⁶⁵ So Koriotoh, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts III, 2009, § 44 Rn. 16; krit. Schweizer, in: Zwierlein (Hrsg.), Sicherheit und Krise, 2012, S. 180 (185).

¹⁶⁶ Vgl. Cohen, UTLJ 40 (1990), S. 213 (251 f., vgl. auch 265 f.); Mashaw, Law & Contemp. Prob. 8 (1978), S. 8 (34); Schuck, Suing Government, 1983, insb. S. 101 f., 106 ff.; Wise, Publ. Admin. Rev. 45 (1985), S. 746 (751); a.A. Davis, Mich. L. Rev. 55 (1956), S. 201 (216). – Der Gegenbegriff, die Fiskalillusion (*fiscal illusion*), beschreibt das Phänomen, dass Staatsdiener Kosten, die andere als das eigene Budget treffen, unterschätzen, siehe Blume/Rubinfeld, Cal. L. Rev. 72 (1984), S. 569 (620 ff.); Kaplow, Harv. L. Rev. 99 (1986), S. 509 (567 ff.).

cen- und Fachaufgabenverantwortung, die das Neue Steuerungsmodell allgemein verlangt¹⁶⁷.

Fallen Kontrollkompetenz und Finanzverantwortung zusammen,¹⁶⁸ kann der Staat haftungsrechtliche Anreize weitergeben und seine Bediensteten so motivieren, Schadensersatzansprüche zu vermeiden. Namentlich das öffentliche Haftungsrecht vermag so die sozialen Kosten staatlichen Handelns in Budgetkosten umzuwandeln und den externen Effekt rechtswidriger Bürgerschädigung staatlicherseits abteilungsgenau zu internalisieren.¹⁶⁹ Die Verlagerung auf »kleinere Töpfe«, welche die Budgetlösung bewirkt, trüge zugleich den Bedenken etwa *van Roosebekes* Rechnung. Dieser sieht die Anreizwirkungen des Haftungsrechts gegenüber dem Staat deshalb entfallen, weil ein Haftungsanspruch seiner Höhe nach im Vergleich zum Gesamthaushalt nicht ins Gewicht falle.¹⁷⁰ Um den beschriebenen Anreiz zu bewirken, ist es nicht erforderlich, dass das Staatshaftungsrecht die zuständige Abteilung unmittelbar zum Haftungsschuldner machte. Sondern es genügt, dass der Haftungsschuldner, d. h. regelmäßig die öffentlich-rechtliche Körperschaft, den Schadensersatzanspruch an das »verursachende« Abteilungsbudget »weitergeben« kann, und sei es – falls das Budget nicht groß genug ist, den Schadensersatzanspruch bei »laufendem Betrieb« durch Ausgabenaufschübe zu begleichen – über mehrere Jahre gestreckt.

Die vorgetragene ökonomische Analyse führt zu konkreter dogmatischer Kritik. Zum einen erscheint die Auffassung der Rechtsprechung, dass bei enteignungsgleichen Eingriffen wie bei Aufopferungen grundsätzlich die unmittelbar begünstigte, nicht aber die handelnde Körperschaft zur Ersatzleistung verpflichtet sei,¹⁷¹ auch unter dem Gesichtspunkt der Budgetierung als zweifelhaft. Aus der Steuerungsperspektive betrachtet wäre es vielmehr vorzugswürdig, die eingreifende Körperschaft haften zu lassen. Die ökonomische Analyse ergänzt die dogmatischen Argumente für diese Schuldnerschaft, nämlich deren Eindeutigkeit, Einheitlichkeit und Angemessenheit¹⁷². Zum anderen lässt sich die Auffassung, wonach die Enteignungsentschädigung unterhalb des Verkehrswerts (d. h. dem Preis, der im gewöhnlichen Geschäftsverkehr zu erzielen gewesen

¹⁶⁷ *Baer*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts I, 2. Aufl. 2012, § 11 Rn. 43 ff.; *Korioth*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts III, 2009, § 44 Rn. 58, 60.

¹⁶⁸ Zur (dezentralen) Zusammenführung von Aufgaben- und Finanzverantwortung siehe nur *Budäus*, Public Management, 3. Aufl. 1995, S. 55 ff., und *Hoffmann-Riem*, DÖV 1997, S. 433 (436 f.).

¹⁶⁹ Vgl. *Blume/Rubinfeld*, Cal. L. Rev. 72 (1984), S. 569 (621); *Cohen*, UTLJ 40 (1990), S. 213 (234); *Kaplow*, Harv. L. Rev. 99 (1986), S. 509 (567) m. w. N.; krit. *Schweizer*, in: Zwielerlein (Hrsg.), Sicherheit und Krise, 2012, S. 180 (185).

¹⁷⁰ *van Roosebeke*, State Liability, 2007, S. 116 f.; zur Kritik vgl. oben bei Fn. 141 (S. 130).

¹⁷¹ BGHZ 9, 83 ff.; 40, 49 ff.; 76, 387 (396); BGH, NJW 1962, 1673 (1673); JZ 1997, S. 557 ff.; vgl. aber auch BGHZ 134, S. 316 (321).

¹⁷² *H. Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 27 Rn. 101, § 28 Rn. 16; im Ergebnis wie hier auch *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 139, 263 f.

wäre¹⁷³) verbleiben dürfe¹⁷⁴, mit ökonomischen Argumenten angreifen.¹⁷⁵ Dem entspricht es, dass die hiesigen Enteignungsgesetze »durchweg volle Entschädigung« in Höhe des Verkehrswerts gewähren,¹⁷⁶ vgl. aus dem Bundesrecht nur § 93 BauGB, § 17 ff. LBG, § 20 Abs. 2 Satz 1 BLeistG.

Die ökonomische Analyse vermag darüber hinaus einen konkreten Beitrag zu leisten, um die Anreizstrukturen innerhalb der staatlichen Verwaltungsorganisation zu verbessern.¹⁷⁷ Um die relevanten Akteure zu identifizieren, dürften sich die Überlegungen der Prinzipal-Agent-Theorie als nützlich erweisen. Diese Theorie, Teil der Neuen Institutionenökonomik¹⁷⁸, untersucht die Delegation von Aufgaben und Entscheidungsbefugnissen, wie sie innerhalb von Organisationen auftreten, und deren Auswirkungen auf gesetzte Anreize.¹⁷⁹ Der Prinzipal (d. h. hier: der vorgesetzte Beamte bzw. die vorgesetzte Behörde) beauftragt den Agenten (d. h. hier: den untergebenen Beamten bzw. die nachgeordnete Behörde) mit der Ausführung einer Aufgabe, wobei dem Agenten ein gewisser Entscheidungsspielraum verbleibt.¹⁸⁰ Der Agent verfolgt in gewissem Rah-

¹⁷³ Axer, in: Epping/Hillgruber, GG, 2009, Art. 14 Rn. 128.

¹⁷⁴ BVerfGE 24, 367 (421); 46, 268 (285); 100, 289 (303); BGHZ 59, 250 (254); BGH, NJW 1977, S. 189 (189 f.); NJW 1980, S. 888 (889); Axer, in: Epping/Hillgruber, GG, 2009, Art. 14 Rn. 129; Becker, in: Stern/Becker (Hrsg.), Grundrechte-Kommentar, 2010, Art. 14 Rn. 263; Bryde, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), GG, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 14 Rn. 89; Holznagel, DÖV 2010, S. 847 (850 f.); Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 11. Aufl. 2011, Art. 14 Rn. 87; Papier, in: Maunz/Dürig (Begr.), GG (Stand: 64. Lieferung, Januar 2012), Art. 14 Rn. 595, 600 (Stand: 59. Lieferung, Juli 2010); Pieroth/Schlink, Grundrechte, 27. Aufl. 2011, Rn. 1022; Wieland, in: H. Dreier (Hrsg.), GG, Bd. I, 2. Aufl. 2004, Art. 14 Rn. 116.

A.A. (Verkehrswertentschädigung zwingend) die früher »h.L.« (so die Qualifikation bei Bryde a. a. O.) sowie *Depenheuer*, in: v. Mangoldt/F. Klein/Starck (Hrsg.), GG, Bd. 1, 6. Aufl. 2010, Art. 14 Rn. 445 ff.; *Grzeszick*, in: Merten/Papier (Hrsg.), HGR, Bd. III, 2009, § 75 Rn. 17; vgl. auch *Appel/Rossi*, Finanzmarktkrise und Enteignung, 2009, S. 55 (»soll«), 57 f. (nach der Funktionsfähigkeit der Märkte diff.).

¹⁷⁵ Vgl. *Michelman*, Harv. L. Rev. 80 (1967), S. 1165 ff.; *Schnöckel*, DÖV 2009, S. 703 (705 ff.); vgl. aber auch *Blume/Rubinfeld*, Cal. L. Rev. 72 (1984), S. 569 (618 ff., 621 ff.). Zum Streit, welche Funktion der Enteignungsentchädigung ökonomisch zukommt, siehe *H.-B. Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 4. Aufl. 2005, S. 578 f.

¹⁷⁶ BGH, Beschl. v. 22. 02. 2012 – III ZR 226/10, JurionRS 2012, 11520, Rn. 16 (Enteignungsentchädigung als »volle[s] Äquivalent für das Genommene«) *Holznagel*, DÖV 2010, S. 847 (851); *H. Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 27 Rn. 69 a.E., vgl. auch Rn. 67 f.; vgl. aber auch *Engel*, in: v. Danwitz/Depenheuer/Engel (Hrsg.), Bericht zur Lage des Eigentums, 2002, S. 9 (16 Fn. 31), wonach die Entschädigung »[r]egelmäßig« niedriger ausfalle.

¹⁷⁷ Vgl. *Schweizer*, in: ZfB-Ergänzungsheft 4/2001, S. 35 (36).

¹⁷⁸ Vgl. nur *Lindner*, JZ 2008, S. 957 (958 mit Fn. 16); *S. Voigt*, Institutionenökonomik, 2. Aufl. 2009, S. 84 ff.; *Wallerath*, JZ 2001, S. 209 (211 ff.).

¹⁷⁹ Vgl. nur *Göbel*, Neue Institutionenökonomik, 2002, S. VII, 98 ff.; *Kirsch*, Neue Politische Ökonomie, 5. Aufl. 2004, S. 344 ff., insb. 346, 352; *Musil*, Wettbewerb in der staatlichen Verwaltung, 2005, S. 219 ff.; *E. A. Posner/Sykes*, American Law and Economics Review 9 (2007), S. 72 (88 f.); *Towfigh/N. Petersen*, in: dies., Ökonomische Methoden im Recht, 2010, S. 1 (2), 132 (132 ff.).

¹⁸⁰ *Sacksosfsky*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts II, 2008, § 40 Rn. 45, 47, 100; vgl. auch *Behrens*, in: Meessen/Bungenberg/Puttler (Hrsg.), Economic Law as an Economic Good, 2009, S. 45 (48).

men auch eigene Interessen (z.B. sich selbst das Arbeitsleben nicht zu schwer zu machen), die die Interessen des Prinzipals nicht bestmöglich fördern. Schließlich kann der Prinzipal die Tätigkeit des Agenten nicht unmittelbar beobachten (z.B. dessen Arbeitseinsatz) und hat der Agent mehr Informationen über die konkrete Situation als der Prinzipal. In dieser Situation liefert das Haftungsrecht eines der Instrumente, die Informationsasymmetrie zwischen Prinzipal und Agent auszugleichen.

Die Prinzipal-Agent-Theorie mag insbesondere dazu beitragen, ein Folgeproblem zu lösen. Innerhalb der Verwaltungsorganisation sind die Abteilungen, die forensisch tätig sind und die Haftungsprozesse führen, herkömmlich von den sachlich zuständigen Abteilungen geschieden. Hinzu kommt eine gewisse Fluktuation unter den Staatsdienern.¹⁸¹ Der rechtswidrig gehandelt habende Amtswalter kann so, wenn der Anspruch rechtskräftig festgestellt ist, bereits andersorts tätig sein. Schließlich kann nicht ausgeschlossen werden, dass innerhalb der Beamenschaft ein Korpsgeist weht in dem Sinn, dass der Staatsdiener, der über den Regress zu entscheiden hat, die Ansprüche zögerlich und reduziert geltend macht, auch deshalb, weil nächstens er derjenige sein könnte, der rechtswidrige Schäden verursacht haben wird.¹⁸² Es liegt daher nahe, dass über den Rückgriff keinesfalls die Abteilung entscheiden sollte, der der bedienstete Schädiger zugeordnet ist.¹⁸³

6. Ökonomische Grenzen der Schadensvermeidung

Dass die Unverbrüchlichkeit der Rechtsordnung einen eigenen Wert hat¹⁸⁴, der Staat aber sein Aktivitätsniveau nur ausnahmsweise senken, also regelmäßig nur den Schadensvermeidungsaufwand steigern kann¹⁸⁵, bedeutet freilich nicht, dass die Rechtmäßigkeit staatlichen Handelns jeden Preis wert wäre.¹⁸⁶ Der Schadensvermeidungsaufwand ist prinzipiell unbegrenzt steigerbar. Im Gleichschritt steigen die Schadensvermeidungskosten. Im öffentlichen Dienst zum Beispiel könnten wir noch mehr oder noch bessere Staatsdiener, namentlich Juristen, beschäftigen, die Ausbildung der Staatsdiener verlängern oder intensivieren, die Besoldung erhöhen, um bessere Bewerber zu gewinnen, innerhalb der Verwaltung stärkere Spezialisierungen ermöglichen und außerhalb der Verwaltung zusätzliche Überprüfungsinstanzen einziehen, die Kontrollhäu-

¹⁸¹ Zur horizontalen Mobilität vgl. nur oben § 8 IV 3 c), bei Fn. 118 (S. 124).

¹⁸² Vgl. *Dari-Mattiacci/Garoupa/Gómez-Pomar*, *European Review of Private Law* 2010, S. 773 (777).

¹⁸³ Vgl. *Bermann*, *Col. L. Rev.* 77 (1977), S. 1175 (1201, 1202).

¹⁸⁴ Siehe oben § 7 II 4 a) und b) (S. 90 ff., 96 ff.).

¹⁸⁵ Siehe oben § 8 II (S. 103 ff.).

¹⁸⁶ Im Ergebnis ebenso *Wittreck*, *Verwaltung der Dritten Gewalt*, 2006, S. 476 f. m. w. N.; ungenau dagegen *Horn*, *Rechtsphilosophie*, 5. Aufl. 2011, Rn. 133 (»Jeder Schaden ist natürlich volkswirtschaftlich unerwünscht«).

figkeit und -intensität vergrößern (indem wir bei Verfahren gegen den Staat auf Gerichtsgebühren verzichten bzw. von der ersten Instanz an die Vertretung durch einen Anwalt zur Pflicht machen) usw. All das hülfe, Schäden zu vermeiden, weil es die Chance steigerte, dass die öffentliche Hand rechtmäßig entscheidet. Doch der Preis wäre zu hoch. Man sollte es klar sagen: Das Recht nimmt Rechtswidrigkeiten in Kauf. Das zeigen für Behördenunrecht das Institut der Bestandskraft und die restriktiven Voraussetzungen eines Wiederaufgreifens des Verfahrens. Das zeigen für Gerichtsunrecht das Institut der Rechtskraft und die restriktiven Voraussetzungen einer Wiederaufnahme des Verfahrens.¹⁸⁷ Das zeigt für Parlamentsunrecht der Umstand, dass es kaum präventiven Rechtsschutz gibt, sondern fast nur repressiven,¹⁸⁸ usw.

Die ökonomische Analyse des öffentlichen Haftungsrechts macht nach alledem deutlich, dass das öffentliche Recht die Gesetzesbindung der Staatsgewalt nicht um jeden Preis durchsetzt, sondern aus guten Gründen Grenzen kennt. Möchte man das auf den Begriff bringen, könnte man in Anlehnung an den – *horribile dictu* – »efficient breach of contract«, den effizienten Vertragsbruch, von einem – *horribilissimum dictu* – »efficient breach of law«, vom effizienten Rechtsbruch sprechen. Der Schrecken, der in diesem Ausspruch steckt, verflüchtigt sich, ruft man sich in Erinnerung, dass Grund und Grenze des effizienten Rechtsbruchs öffentlicher Hand die Rechtsordnung ist und bleibt. Der effiziente Rechtsbruch ist also keiner, den die Staatsgewalt wollen, für den sie sich aus ökonomischen Kriterien entscheiden darf, sondern beschreibt nur das Ergebnis, dass ein Rechtsbruch aus anderen, übergeordneten Gründen ausnahmsweise entschädigungslos bleiben wird. Dieser Umstand bestätigt ein letztes Mal die Sinnhaftigkeit der ökonomischen Analyse öffentlichen Haftungsrechts. Die ökonomische Analyse setzt voraus, dass es um knappe Güter geht, d. h. um Ressourcenkonflikte. Wird dagegen ein Gut absolut gesetzt, ist die ökonomische Analyse sinnlos. Nur weil das öffentliche Recht die Rechtmäßigkeit staatlichen Handelns eben nicht um jeden Preis verlangt, behält die ökonomische Analyse ihre Bedeutung.

Für die Inkaufnahme von Rechtswidrigkeiten sprechen gute ökonomische Gründe. Der wirtschaftswissenschaftliche Lehrsatz, dass eine Schadensersatzpflicht bestehen soll, wenn der Erwartungswert des Schadens die notwendigen Vermeidungskosten des Schädigers übertrifft,¹⁸⁹ beinhaltet die Erkenntnis, dass es prohibitiv teuer ist, Schädigungen mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu vermeiden.¹⁹⁰ Die ökonomische Analyse öffentlichen Rechts kann

¹⁸⁷ Vgl. zu Bestands- und Rechtskraft sowie ihren Durchbrechungen nur *Pieroth/Hartmann*, Die Verwaltung 41 (2008), S. 463 (469 ff., 471 f.).

¹⁸⁸ Vgl. BVerfGE 1, 396 (400 ff., insb. 410); 11, 339 (342); *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, GG, 11. Aufl. 2011, Art. 93 Rn. 21.

¹⁸⁹ Siehe oben § 8 I (S. 103).

¹⁹⁰ Vgl. nur *Schweizer*, Vertragstheorie, 1999, S. 18.

von der des Zivilrechts außerdem lernen, dass der Grenznutzen der Steigerungen sinkt. Der noch besser aus- und fortgebildete Jurist, der viel spezialisierter arbeitet und die Rechtsfrage als zusätzliche Instanz ein weiteres Mal beurteilt, verbessert zwar die Rechtmäßigkeitserwartung, doch lohnen sich diese Annäherungen an den »Idealjuristen«, der sich nur durch höhere Gewalt von der rechtmäßigen Entscheidung abbringen lässt¹⁹¹, ab einem bestimmten Punkt nicht mehr.

Diese Einsicht darf auf Einstellungspraxis, Besoldungshöhe und Behördenorganisation freilich nur insoweit einen Einfluss haben, als das geltende Recht in dieser Frage keine gegenläufigen Vorgaben enthält.¹⁹² Die einschlägigen Vorgaben brauchen hier nicht erörtert zu werden. Es genügt der Hinweis, dass der Haushaltsgesetzgeber in der Frage, welche Stellen er wo schafft, breiten Spielraum genießt, solange die Funktionsfähigkeit der Behörden sichergestellt ist. Der Besoldungsgesetzgeber muss die Besoldung amtsangemessen ausgestalten.¹⁹³ Diese Forderung ist auch dann erfüllt, wenn Spitzenjuristen im öffentlichen Dienst weniger verdienen denn als Partner einer internationalen Wirtschaftskanzlei. Auch das Rechtsstaatsprinzip und die Gesetzesbindung, die die Rechtmäßigkeit staatlichen Handelns vorschreiben, enthalten keine Vorgaben der genannten Art für Besoldung, Organisation und Stellenplan.

V. Zusammenfassung

1. Ergebnis

Im Grunde ist es eine Forderung, die älter ist als das Amtshaftungsrecht selbst: »den einzelnen Beamten, den Staat, die Gemeinde zu interessiren an der Vermeidung von Schädigungen der Bürger durch Beamte«, »fest überzeugt, es würde dann eine ganze Masse von Amtsmißbräuchen, von Schädigungen der Bürger durch irrige oder ungehörige Anwendung gesetzlicher Bestimmungen der amtlichen Autorität unterbleiben«. ¹⁹⁴ Vor diesem Hintergrund leistet das öffentliche Haftungsrecht einen wertvollen Beitrag zur Prävention rechtswidrigen Staatshandelns, zur Durchsetzung des objektiven Rechts und damit zum Schutz der subjektiven Rechte der Bürger. Namentlich dessen ökonomische

¹⁹¹ Begriff in Anlehnung an den »Idealfahrer« des zivilen Haftungsrechts im Straßenverkehr, vgl. § 7 Abs. 2 StVG a.F.; BGH, NJW 1961, S. 1529 (1531); BGH, NJW 2007, S. 3120 (3121); zur Änderung durch das Zweite Gesetz zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften, nach der es auf den Idealfahrer auch im Straßenverkehrsrecht nicht mehr ankommt, nur *Jansen*, JZ 2002, S. 764 (765 f.).

¹⁹² Siehe oben § 4 (S. 25 ff.).

¹⁹³ Vgl. nur *Hartmann*, NJ 2001, S. 455 (456 ff.).

¹⁹⁴ *Frohme*, in: Stenographische Berichte, oben § 6 Fn. 122 (S. 73), S. 2855 (2856 C bzw. 2857 A).

Analyse ist sinnvoll und ergiebig. Sie profitiert insbesondere von den Vorarbeiten der ökonomischen Analyse zivilen Haftungsrechts, wenn die Übertragung die öffentlich-rechtlichen Besonderheiten des Staatshaftungsrechts im Blick behält. So kann der Staat beispielsweise, anders als ein Privater, sein Aktivitätsniveau nicht dadurch optimieren, dass er Handlungen unterlässt, sondern ist regelmäßig verpflichtet, tätig zu werden. Der öffentlichen Hand bleibt so nur die Möglichkeit, den Schadensvermeidungsaufwand auf das rechte Maß einzupegeln.¹⁹⁵

Ökonomisch betrachtet lässt sich das öffentliche Haftungsrecht als Instrument zur Internalisierung externer Effekte begreifen, als Anreiz für rechtmäßiges Handeln: Der Staat wird gezwungen, bei seiner Entscheidung zu berücksichtigen, welche Schäden sein Handeln hervorrufen kann.¹⁹⁶ Die Internalisierung funktioniert nicht unmittelbar, weil der handelnde Staatsdiener regelmäßig nicht selbst haftet, sondern nur mittelbar, soweit der haftende Staat seine Bediensteten zur Schadensvermeidung anhält und so den ihn treffenden Anreiz, Haftungsfälle zu vermeiden, an seine Staatsdiener weitergibt.¹⁹⁷ Den Staat trifft der Anreiz, Haftungsfälle zu vermeiden, obwohl er auch Haftungsschulden über Steuern und Abgaben finanzieren kann. Denn der Staat kann Steuern und Abgaben weder juristisch noch politisch beliebig erhöhen und will jedenfalls die Opportunitätskosten der Haftungsschulden vermeiden.¹⁹⁸ Die Anreizweitergabe an die handelnden Staatsdiener funktioniert teils unmittelbar haftungsrechtlich-finanziell (beim Rückgriff), teils mittelbar haftungsrechtlich-finanziell (beim Vorenthalten von Leistungsprämien und Beförderungen aufgrund des Haftungsfalles über das öffentliche Disziplinar- und Laufbahnrecht), teils gar nicht finanziell (etwa beim Umsetzen auf einen weniger gefahrgeneigten Posten über das Verwaltungsorganisationsrecht).¹⁹⁹

2. Offene Fragen

Einige der Folgefragen, die der Befund präventiver Zwecke öffentlichen Haftungsrechts aufwirft, konnten bislang erst angedeutet und sollen auch an dieser Stelle nur benannt werden. Sie beziehen sich teils auf die entscheidenden Personen, teils auf den Anreiz, den das Haftungsrecht ausübt, und teils auf die Grenzen, die sich für diesen Anreiz ergeben. Was die entscheidenden Personen betrifft, ließe sich weiter danach differenzieren, wer die haftungsrelevanten Entscheidungen jeweils trifft. Haftungsrelevant sind dabei nicht nur jene Entscheidungen, die das Verfahren abschließen (beispielsweise die Ablehnung

¹⁹⁵ Oben § 8 II (S. 103 ff.); insbesondere zu den ökonomischen Grenzen § 8 IV 6 (S. 137 ff.).

¹⁹⁶ Oben § 8 I (S. 103).

¹⁹⁷ Oben § 8 IV 2 (S. 119 f.) und 3 (S. 120 ff.).

¹⁹⁸ Oben § 8 IV 4 (S. 130 ff.).

¹⁹⁹ Oben § 8 IV 3 a) (S. 120 ff.), b) (S. 122 ff.) bzw. c) (S. 124 f.).

eines Antrags auf Baugenehmigung, die Stattgabe eines Widerspruchs oder das rechtskräftige Urteil über die Drittanfechtungsklage), sondern auch die vorgelagerten Entscheidungen über Organisation und Verfahren. Welcher Beamte besetzt die Stelle im Bauamt, welche Qualifikationen muss er mitbringen, wie wird er allgemein überwacht, wie bereitet die Behörde dessen Entscheidung vor und wie kontrolliert sie diese präventiv?²⁰⁰ Die Beispiele ließen sich mehren. Die Untersuchung könnte weiter differenzieren, sowohl nach den einschlägigen Gebieten des öffentlichen Rechts (Baurecht, Wehrrecht, Polizei- und Ordnungsrecht usw.) als auch nach den zuständigen Körperschaften des öffentlichen Rechts (Bund, Länder, Gemeinden, Körperschaften funktionaler Selbstverwaltung usw.).

Sind die haftungsrelevanten Entscheider identifiziert, ließe sich zweitens ausführlicher untersuchen, wie die finanziellen Anreize jeweils genau und welche Anreize daneben außerdem noch wirken. Dabei liegt es nahe, wieder weiter zu differenzieren. Die Sanktion einer Schadensersatzzahlung, welche die öffentlich-rechtliche Körperschaft zu leisten hat, dürfte auf einen Lebenszeitbeamten anders wirken als auf einen Wahlbeamten auf Zeit und auf diesen wiederum verschieden je nachdem, ob er noch einmal zur Wiederwahl antreten will und darf.²⁰¹ Die Sanktion mag einen Beamten, der noch Aufstiegschancen sieht oder sucht, anders treffen als einen Staatsdiener, der sich bereits am Ende seiner Karriere wähnt und die Tage bis zur Pensionierung zählt, und einen persönlich für die Entscheidung nach außen in Erscheinung tretenden Amtsträger (Bürgermeister, Einzelrichter, Bundespräsident) anders als ein Kollektiv, das möglicherweise geheim abgestimmt hat (Rat, Kollegialgericht, Bundestag), so dass die Verantwortung diffundiert.²⁰² Ab wann wirkt sich der Haftungsfall überhaupt merklich auf das Budget aus? Falls das, der Intuition entsprechend, nicht absolut, sondern relativ zu bestimmen ist, abhängig von Haftungssumme und Gesamtbudget, lässt sich dieses Verhältnis dann konstant bestimmen oder unterliegt auch der Quotient einer Degression?²⁰³

Welche Anreize treten neben die unmittelbaren finanziellen Sanktionen des Haftungsrechts und die mittelbaren Instrumente der Anreizweitergabe aus dem öffentlichen Dienst- und Verwaltungsorganisationsrecht? Wie verhalten sich jene zu diesen? Gibt es Amtsträger (vielleicht auf Wiederwahl hoffende Politiker), die mehr noch als eine Budgetminderung die negative Berichterstattung in den Medien fürchten? Gibt es Gruppendruck gleichgeordneter bzw. Hierarchiedruck vorgesetzter Amtsträger, welche die schadensrechtliche Budgetierung in ihren Möglichkeiten beschränkt?

²⁰⁰ Vgl. zu Risikomanagement, Personalauswahl und -führung insb. oben § 8 IV 5 (S. 133).

²⁰¹ Vgl. zum Interesse an Wahl oder Wiederwahl oben § 7 II 2 (S. 84 ff., insb. bei Fn. 26).

²⁰² Vgl. zur Beförderung als Anreiz der Staatsdiener oben § 8 IV 3 b) (S. 122 ff., insb. bei Fn. 102–110).

²⁰³ Vgl. zur Budgetierung oben § 8 IV 5 (S. 133 ff., zum Abteilungsbudget insb. bei Fn. 164).

Wenn man akzeptiert, dass das Haftungsrecht eine negative Sanktion darstellt, wo liegen die Grenzen dieser Sanktionswirkung, für sich genommen oder zusammen mit anderen Sanktionen betrachtet? Genauer: Wo gehen diese Sanktionen zu weit, sei es tatsächlich, sei es rechtlich? Die für Staatsdiener erörterten Instrumente der Anreizweitergabe sind gegenüber Richtern und Abgeordneten nur eingeschränkt einsetzbar. Diese genießen aus guten, übergeordneten Gründen den Schutz der richterlichen Unabhängigkeit bzw. des freien Mandats. Daher sind Regressansprüche, disziplinar- und laufbahnrechtliche (positive und negative) Sanktionen sowie organisationsrechtliche Umsetzungen nicht bzw. nur sehr eingeschränkt möglich.

Auch der Haftungsanspruch selbst bedarf näherer Betrachtung: Beschränken haftungsrechtliche Sanktionen für judikatives Unrecht beispielsweise mittelbar-tatsächlich oder unmittelbar-rechtlich die richterliche Unabhängigkeit? Der Europäische Gerichtshof sieht in der Haftung für judikatives Unrecht gerade deshalb keine Beeinträchtigung der richterlichen Unabhängigkeit, weil der Richter nicht persönlich hafte.²⁰⁴ Aber ist das Problem damit erschöpft? Stellen wir uns einen Gerichtspräsidenten vor, dessen Gerichtsbudget durch die Fehlentscheidungen seiner Kammer für Baulandsachen geschmälert wird. Wird und soll er nicht zusehen, die Fehlentscheidungen dieser Richter (und am besten auch aller anderen Spruchkörper) in Zukunft zu verhindern? Wird oder darf er etwa dafür sorgen, dass der Geschäftsverteilungsplan die missliebigen Richter mit anderen, mit unangenehmeren oder mit mehr Aufgaben betraut als bisher? Ist das genau die gewünschte Folge, oder gehen die Auswirkungen jedenfalls in dieser Konstellation zu weit?

Wenn man akzeptiert, dass die negative Sanktion des Haftungsrechts nur ein Mittel unter mehreren ist, das Verhalten des Amtsträgers zu beeinflussen, stellt sich die Frage, welche Einflüsse es noch gibt und wie sich diese zur haftungsrechtlichen Präventionswirkung verhalten. Ist ein solcher anderer Einfluss zum Beispiel das Amtsverständnis (pathetisch: das Amtsethos), etwa die intrinsische Motivation, dem Gemeinwohl zu dienen, oder die Freude an der täglichen Tätigkeit? Wenn ja, wie verhält sich die extrinsische Motivation, die vom Haftungsrecht ausgeht, zu der geschilderten intrinsischen Motivation? Tritt sie schlicht daneben mit der Folge wechselseitiger Verstärkung oder steht gerade in dieser Konstellation zu befürchten, dass die extrinsische Motivation des Haftungsrechts die intrinsischen Motive des Amtsverständnisses schmälert²⁰⁵?

²⁰⁴ EuGH, Slg. 2003, I-10239 Rn. 37, 41 f. – Köbler; vgl. zum Problem bereits Zoepfl, Grundsätze des allgemeinen und des constitutionell-monarchischen Staatsrechts, 3. Aufl. 1846, S. 369.

²⁰⁵ Zur Verdrängung intrinsischer Motivation durch extrinsische Anreize (sog. *crowding out*) vgl. nur Frey, zuletzt in: Forschung & Lehre 2010, S. 225; Heinemann, Public Choice und moderne Demokratietheorie, 1999, S. 94 f.; Kirsch, Neue Politische Ökonomie, 5. Aufl. 2004, S. 355 f. Das Standardbeispiel, bei dem die Zahlungspflicht für verspätetes Abholen die Pünktlichkeit der Eltern untergrub, liefern Gneezy/Rustichini, J. Legal Stud. 29 (2000), S. 1 ff.

Dritter Teil

Dogmatisierung öffentlichen Haftungsrechts

Erstes Kapitel. Dekonstruktion öffentlichen Haftungsrechts

§ 9 Kritik des öffentlichen Haftungsrechts als Rechtsgebiet

Dass das Staatshaftungsrecht in schlechtem Zustand sei, kann (wenn nicht gar als allgemeine,¹ dann aber gewiss) als ganz herrschende Meinung gelten²: Das Rechtsgebiet wird als »dogmatisches Dunkel«³ und »defizitär«⁴ beschrieben, sowohl unterernährt⁵ als auch »unübersichtlich«⁶ genannt, als »überkomplex und zugleich subrational«⁷ geißelt und als »für den Rechtssuchenden verwirrend und enttäuschend«⁸ gebrandmarkt. Es gibt »nicht nur Widersprüch[e] und Unstimmigkeiten«, sondern sogar »grotesk[e] Ungereimtheiten«: Das Haftungsrecht weist »einer immer weiter differenzierenden Rechtsprechung allenfalls noch die Richtung, vermittel[t] jedoch nur noch vereinzelt handfeste Entscheidungskriterien.«⁹

¹ Nachsichtiger *Blankenagel*, DVBl 1981, S. 15 (22); *R. Breuer*, VVDStRL 61 (2002), S. 430 (433); *Luhmann*, Öffentlich-rechtliche Entschädigung rechtspolitisch betrachtet, 1965, S. 38; *Wurm*, in: J. v. Staudinger, BGB, 14. Aufl. 2007, § 839 Rn. 26.

² BVerfGE 61, 149 (155); *Badura*, Staatsrecht, 5. Aufl. 2012, Rn. D 68; *Ehlers*, JZ 1996, S. 776 (783); *Erbguth*, VVDStRL 61 (2002), S. 221 (239); *Höfling*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts III, 2009, § 51 Rn. 1; *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 438; *U. Stelkens*, DÖV 2006, S. 770 (770).

³ *Rupp*, Grundfragen, 2. Aufl. 1991, S. 284.

⁴ *Bonk*, in: Sachs (Hrsg.), GG, 6. Aufl. 2011, Art. 34 Rn. 2; *Erbguth*, VVDStRL 61 (2002), S. 221 (239); *Grzeszick*, in: Merten/Papier (Hrsg.), HGR, Bd. III, 2009, § 75 Rn. 79; *Gurlit*, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), GG, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 34 Rn. 7, 44; *Höfling*, VVDStRL 61 (2002), S. 260 (262); *Sachs*, in: *Stern*, Staatsrecht, Bd. III/1, 1988, S. 684; *Schoch*, Die Verwaltung 34 (2001), S. 261 (264 f.); *Streinz*, VVDStRL 61 (2002), S. 457 (459).

⁵ *Höfling*, VVDStRL 61 (2002), S. 260 (262) (»nicht hypertroph, sondern hypotroph«); »Hypertrophie des Staatshaftungsrechts« dagegen bei *Röder*, Haftungsfunktion, 2002, S. 52.

⁶ Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses zum StHG 1981 v. 30. 01. 1981, BT-Drs. 9/130, S. 1; *Badura*, Staatsrecht, 5. Aufl. 2012, Rn. D 68 (S. 387); *Bender*, VersR 1974, S. 1 (1); *M. Breuer*, Staatshaftung für judikatives Unrecht, 2011, S. 93; *Dagtolglou*, VerwArch 65 (1974), S. 345 (347); *Kannowski*, in: Schmoeckel/Rückert/Zimmermann (Hrsg.), Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Bd. III, 2013, §§ 831–839a, 841 Rn. 93 (zitiert nach den Druckfahnen); *Kluth*, in: Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht II, 7. Aufl. 2010, § 66 Rn. 6; *H. Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 25 Rn. 1; *Schwarze*, in: ders. (Hrsg.), Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, 1996, S. 123 (193) (»eines der unübersichtlichsten Teile der deutschen Rechtsordnung«); *Sobota*, Prinzip Rechtsstaat, 1997, S. 218.

⁷ *Höfling*, VVDStRL 61 (2002), S. 260 (262); *ders.*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts III, 2009, § 51 Rn. 3.

⁸ *Bender*, Staatshaftungsrecht, 3. Aufl. 1981, Rn. 102.

⁹ *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 438.

Reformbestrebungen gab es von Anfang an¹⁰ und gibt es bis heute¹¹: 1955 und 1968 übten die Deutschen Juristentage Kritik.¹² Der Gesetzgeber schloss sich an, als er 1981 das Staatshaftungsgesetz¹³ verabschiedete.¹⁴ Als das Bundesverfassungsgericht dieses Gesetz mangels Gesetzgebungskompetenz des Bundes für nichtig erklärte, bestritt das Gericht nicht die Reformbedürftigkeit des Rechtsgebiets, sondern konstatierte insoweit gerade »Einigkeit«.¹⁵ Die Einigkeit besteht fort.¹⁶ Die Widersprüchlichkeit und die Unübersichtlichkeit des Staatshaftungsrechts zählen heute zum Zeitungswissen.¹⁷ Je nach Zählweise gibt es allein im Allgemeinen Verwaltungsrecht ein gutes Dutzend verschiedener Anspruchsgrundlagen überwiegend richterrechtlicher Provenienz,¹⁸ spezialgesetzliche Positivierungen kommen noch hinzu. Die Rechtsprechung

¹⁰ Vgl. nur *Gierke*, Gutachten, in: Verhandlungen des 28. DJT, 1905, Bd. 1, S. 102 ff.; weitere Nachweise bei *Heidenhain*, JZ 1968, S. 487 (487 f.).

¹¹ *Ehlers*, Verwaltung in Privatrechtsform, 1984, S. 530; *Höfling*, VVDStRL 61 (2002), S. 260 (267); *Kischel*, EuR 2005, S. 441 (460); *Masing*, DÖV 1999, S. 573 (580); *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 438; *Papier*, in: Maunz/Dürig (Begr.), GG (Stand: 64. Lieferung, Januar 2012), Art. 34 Rn. 54 (Stand: 54. Lieferung, Januar 2009); *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, 27. Aufl. 2011, Rn. 1029; *U. Stelkens*, DÖV 2006, S. 770 (770); *Wieland*, in: H. Dreier (Hrsg.), GG, Bd. II, 2. Aufl. 2006, Art. 34 Rn. 11.

¹² Vgl. vom 41. DJT in Berlin 1955 die Gutachten von *Schack*, *Münch*, *Knoll* und *R. Reinhardt* (Bd. I, Halbbd. 1, S. 1 ff., 61 ff., 85 ff. bzw. 233 ff.) sowie die Referate von *H. Schäfer* und *R. Fischer* (Bd. II, S. C 3 ff. bzw. C 37 ff.) sowie vom 47. DJT in Nürnberg 1968 das Gutachten von *Weyreuther* (Bd. I, S. B 1 ff.) sowie die Referate von *Bender* und *Haas* (Bd. II, S. L 7 ff. und L 32 ff.).

¹³ Staatshaftungsgesetz v. 26. 06. 1981, BGBl. I S. 553–562, auch abgedruckt bei *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 649–665.

¹⁴ Vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses zum StHG 1981 v. 30. 01. 1981, BT-Drs. 9/130, insb. S. 1 (»nicht mehr angemessen«) und S. 4 (»reformbedürftig«); zu dieser Reform des Staatshaftungsrechts vgl. nur *Bender*, VersR 1974, S. 1 ff.; *Dagtoglou*, VerwArch 65 (1974), S. 345 ff.; *Papier*, DVBl 1974, S. 573 ff.

¹⁵ BVerfGE 61, 149 (155).

¹⁶ Vgl. zu den anhaltenden Reformbemühungen des Gesetzgebers nur die Initiativen Bayerns v. 17. 11. 1989, BRat-Drs. 644/89 und Hamburgs v. 17. 09. 1990, BRat-Drs. 632/90 sowie den Bericht der Gemeinsamen Verfassungskommission v. 05. 11. 1993, BT-Drs. 12/6000, S. 116, sowie aus der Literatur nur *Gurlit*, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), GG, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 34 Rn. 8 (Reformbedarf »einhellig anerkannt«).

¹⁷ *K. Redeker*, Handelsblatt Nr. 101 v. 28. 05. 2008, S. 18; *ders.*, Handelsblatt Nr. 222 v. 17. 11. 2009, S. 15.

¹⁸ Rechtsprechung und/oder Literatur anerkennen: 1. Folgenbeseitigungsanspruch, 2. sozialrechtlicher Herstellungsanspruch, 3. Amtshaftung, 4. Anspruch aus öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnissen (einschließlich GoA), 5. StHG-DDR als Landesrecht, 6. Aufopferung, 7. Enteignungsschädigung, 8. enteignender Eingriff, 9. enteignungsgleicher Eingriff, 10. ausgleichspflichtige Inhalts- und Schrankenbestimmung, 11. öffentlich-rechtlicher Erstattungsanspruch, 12. sozialrechtlicher Abwälzungsanspruch, 13. Gefährdungshaftung, 14. allgemeiner Wiedergutmachungsanspruch, 15. grundrechtlicher Schutzanspruch auf Unterlassung, Beseitigung und Herstellung. Aus übernationalem Recht kommen hinzu: 1. unionsrechtlicher Anspruch gegen die Mitgliedstaaten, 2. vertragliche Haftungsansprüche gegen die Union, 3. außervertragliche Haftungsansprüche gegen die Union, 3. Ansprüche wegen Verletzung der EMRK.

beschuldigt die Gesetzgebung¹⁹, die Gesetzgebung zieht die Rechtsprechung²⁰, und die Rechtswissenschaft ist nicht lachender, sondern (wenn nicht weinender, dann jedenfalls) kritischer Dritter im Bunde: Sie geht mit sich selbst ins Gericht (schon früh habe sie die eigenen Versuche eingestellt, »Geordnetheit« in das »Chaos der Kasuistik« zu bringen²¹; »in der dogmatischen Erfassung der Staatshaftung« fehlten seit 1879 die »wesentlich neuen Ergebnisse«²²), seufzt resigniert²³ (»trotlos«²⁴, »betäublich«²⁵) und fällt ihr Urteil: insgesamt »unbefriedigend«²⁶.

In der Sache sind es zwei Hauptvorwürfe, die gegen das Staatshaftungsrecht erhoben werden. Zum einen, dass es rückständig sei,²⁷ »historisch kontingent«²⁸, nicht (mehr) zeitgemäß,²⁹ ein antiquierter³⁰ Anachronismus³¹, die »Bedürfniss[e] der sozialen Realität«³² und das »heutig[e] Verfassungsverständnis«³³ verfehlend. Das ist der Vorwurf der Zeitwidrigkeit. Zum anderen, dass es chaotisch³⁴ und zersplittert³⁵ sei, kodifikatorisch und dogmatisch ein »Fli-

¹⁹ Vgl. BVerfGE 116, 271 (318) (freilich zu Art. 104a Abs. 5 Satz 1 Hs. 2 GG).

²⁰ Vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses v. 30.01.1981, BT-Drs. 9/130, S. 1.

²¹ *Blankenagel*, DVBl 1981, S. 15 (15).

²² *Rupp*, Grundfragen, 2. Aufl. 1991, S. 282 (mit Verweis auf Edgar Loening, Die Haftung des Staates aus rechtswidrigen Handlungen seiner Beamten nach deutschem Privat- und Staatsrecht, Frankfurt/Main 1879, und der konzidierten Ausnahme der Reinen Rechtslehre).

²³ Vgl. *Rupp*, Grundfragen, 2. Aufl. 1991, S. 284 Fn. 45 (mit dem als »resignieren[d]« bewerteten Diskussionsbeitrag *Bachofs* aus VVDStRL 19 (1961), S. 247); ebenso außerdem *Bender*, Staatshaftungsrecht, 3. Aufl. 1981, Rn. 152.

²⁴ *Schoch*, Die Verwaltung 34 (2001), S. 261 (283) (zur Haftung bei rechtswidrigem Unterlassen).

²⁵ *Erbguth*, VVDStRL 61 (2002), S. 221 (239).

²⁶ *Grzeszick*, EuR 1998, S. 417 (434); *Höfling*, VVDStRL 61 (2002), S. 260 (267); vgl. außerdem *Baldus*, in: ders./Grzeszick/Wienhues, Staatshaftungsrecht, 3. Aufl. 2009, Rn. 4 (»oft als unbefriedigend empfunden«); *M. Breuer*, Staatshaftung für judikatives Unrecht, 2011, S. 93; *J. Ipsen*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2011, Rn. 1241; *Pestalozza*, in: FS v. Arnim, 2004, S. 283 (283); ebenso außerdem *Caesar*, Staatshaftungsreform, o.J. (1988), S. 10; *Wurm*, in: J. v. Staudinger, BGB, 14. Aufl. 2007, § 839 Rn. 24.

²⁷ *Schoch*, Die Verwaltung 34 (2001), S. 261 ff. (mit dem Untertitel »Zur Überwindung des Entwicklungsrückstands des deutschen Staatshaftungsrechts«).

²⁸ *Lubmann*, Öffentlich-rechtliche Entschädigung rechtspolitisch betrachtet, 1965, S. 83; *Morlok*, Die Verwaltung 25 (1992), S. 371 (375).

²⁹ *Kube*, JZ 2010, S. 265 (269); *Schoch*, Die Verwaltung 34 (2001), S. 261 (264).

³⁰ *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 438; *Rupp*, Grundfragen, 2. Aufl. 1991, S. VIII; vgl. *Wurm*, in: J. v. Staudinger, BGB, 14. Aufl. 2007, § 839 Rn. 24.

³¹ *Erbguth*, VVDStRL 61 (2002), S. 221 (239); *Masing*, in: Umbach/Clemens (Hrsg.), GG, Bd. I, 2002, Art. 34 Rn. 16; *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 438.

³² *Bender*, Staatshaftungsrecht, 3. Aufl. 1981, Rn. 103 (dort mit Hervorhebungen), vgl. auch Rn. 106; ebenso *Scheuner*, DÖV 1955, S. 545 (546).

³³ Bericht der Gemeinsamen Verfassungskommission v. 05.11.1993, BT-Drs. 12/6000, S. 116.

³⁴ *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. VI, 3.

³⁵ *Cornils*, LKV 2003, S. 206 (210).

ckentepich«³⁶ und ein »Durcheinander«³⁷, ein »Unsystem«³⁸ und ein »Sam-
melsurium unterschiedlichster Ansprüche«³⁹, kompliziert⁴⁰ und verworren⁴¹,
unstimmig⁴² und unübersichtlich⁴³, in weiten Bereichen »resistent«⁴⁴ gegenüber
systematischer Durchdringung, eine lückenhafte Regelung⁴⁵ voll von »Wider-
sprüchen«⁴⁶, »Heterogenität«⁴⁷ und »Verwerfungen«⁴⁷, wie berichtet gezeich-
net von »grotesken Ungereimtheiten«⁴⁸ und »strukturellen Mängel[n]«⁴⁹. Das
ist der Vorwurf der Sachwidrigkeit. Er bezieht sich nicht nur auf in einem
rechtsästhetischen oder rechtspolitischen Sinn »unschöne« bzw. »unsaubere«
Ausprägungen. Sondern er hat juristische Relevanz. Das zeigen nicht zuletzt die
juristischen Topoi der Widerspruchsfreiheit⁵⁰, der Systemgerechtigkeit⁵¹ und
der Einheit der Rechtsordnung⁵², der Normenklarheit⁵³ und der Normenwahr-
heit⁵⁴.

Die Vorwürfe der Zeit- und der Sachwidrigkeit sind, obwohl analytisch zu
scheiden, praktisch verwoben. Die analytische Unterscheidung der Vorwürfe
gründet darin, dass Zeitwidrigkeit nur bedeutet, dass der ursprünglich gege-
bene Sachgrund einer Regelung weggefallen ist. Sachwidrigkeit bedeutet dar-
über hinaus, dass es auch sonst keinen Sachgrund für eine Regelung gibt, also

³⁶ Durner, JuS 2005, S. 793 (793); Grzeszick, JZ 2006, S. 795 (795); ders., in: Merten/Papier
(Hrsg.), HGR, Bd. III, 2009, § 75 Rn. 6.

³⁷ Dagtoglou, VerwArch 65 (1974), S. 345 (347).

³⁸ Höfling, VVDStRL 61 (2002), S. 462 (463); in der Sache ebenso Dagtoglou, VerwArch
65 (1974), S. 345 (347); Haas, System der öffentlichrechtlichen Entschädigungspflichten, 1955,
S. 59; Heidenhain, JZ 1968, S. 487 (490); Henke, VVDStRL 28 (1970), S. 149 (172); Hermes, Die
Verwaltung 26 (1998), S. 371 (383); H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011,
§ 25 Rn. 1, 3; vgl. aber auch BVerfG, NJW 2010, S. 3422 (3427 Rn. 86).

³⁹ Grzeszick, in: Merten/Papier (Hrsg.), HGR, Bd. III, 2009, § 75 Rn. 2.

⁴⁰ Dagtoglou, VerwArch 65 (1974), S. 345 (347).

⁴¹ Seltenreich, Francovich-Rechtsprechung, 1997, S. 242.

⁴² Bericht der Gemeinsamen Verfassungskommission v. 05.11.1993, BT-Drs. 12/6000,
S. 116; Bender, VersR 1974, S. 1 (1); Caesar, Staatshaftungsreform, o.J. (1988), S. 20; Kluth,
in: H. J. Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht II, 7. Aufl. 2010, § 66 Rn. 4; Ossenbühl,
Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 438.

⁴³ Nachweise oben § 9 Fn. 6 (S. 145).

⁴⁴ Erbguth, VVDStRL 61 (2002), S. 221 (239).

⁴⁵ Bertelmann, Europäisierung, 2005, S. 46; Bender, Staatshaftungsrecht, 3. Aufl. 1981,
Rn. 102; Bonk, in: Sachs (Hrsg.), GG, 6. Aufl. 2011, Art. 34 Rn. 2; Windthorst, in: Detter-
beck/Windthorst/Sproll, Staatshaftungsrecht, 2000, § 1 Rn. 15.

⁴⁶ Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 438; vgl. Bartlspurger, Verkehrssiche-
rungspflicht und öffentliche Sache, 1970, S. 114 (»schwer verständliche Inkonzsequenz«; mit
Blick auf § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB).

⁴⁷ Morlok, Die Verwaltung 25 (1992), S. 371 (375).

⁴⁸ Oben § 9 Fn. 9 (S. 145).

⁴⁹ Dagtoglou, VerwArch 65 (1974), S. 345 (347).

⁵⁰ Vgl. nur BVerfG, NJW 2006, S. 2757 (2759).

⁵¹ Vgl. nur BVerfG, NVwZ 2005, S. 568 (571) (mit Blick auf das Wahlsystem).

⁵² Vgl. nur BVerfG, DVBl 2006, S. 247 (248).

⁵³ Vgl. nur BVerfG, NJW 2006, S. 1939 (1941).

⁵⁴ Vgl. nur BVerfG, NVwZ 2006, S. 322 (323).

insbesondere kein neuer an die Stelle des überkommenen getreten ist. Praktisch verwoben sind Zeit- und Sachwidrigkeit gerade im Staatshaftungsrecht, weil es insbesondere dessen »bewegte Vergangenheit« ist, »mit den verschiedenartigsten Theorien und Dogmen durchsetzt«, aufgrund der das Rechtsgebiet »kaum mehr auf einen einheitlichen Nenner« zu bringen sei:⁵⁵ »Das im Kern bereits aus dem vorigen Jahrhundert stammende Staatshaftungsrecht kann schwerlich noch den heutigen rechtsstaatlichen und sozialstaatlichen Anforderungen gerecht werden«, hieß es bereits 1977.⁵⁶

Die Vorwürfe der Zeit- und der Sachwidrigkeit lassen sich zum einen mit Blick auf (einzelne Merkmale von) Anspruchsgrundlagen erheben. Zum anderen zielen sie auf das gesamte Rechtsgebiet. Diese Abhandlung verfährt entsprechend. Sie erörtert zunächst Anspruchsgrundlagen und kehrt dann zum Staatshaftungsrecht als Rechtsgebiet zurück. Bei den Anspruchsgrundlagen steht deren wichtigste, die Amtshaftung, im Vordergrund. Insgesamt kann es nicht darum gehen, lehrbuchartig Tatbestand und Rechtsfolgen eines jeden Anspruchs aufzufächern. Es ist bald ein halbes Jahrhundert her, dass ein Oberregierungsrat aus Speyer, 37 Jahre alt, seine hellsichtige Untersuchung über die öffentlich-rechtliche Entschädigung mit der Feststellung eröffnete, dass die Institute des Staatshaftungsrechts »bis zur Ermüdung diskutier[t]« worden seien. Es macht die Feststellung nicht falsch, dass sie von *Niklas Luhmann* stammt.⁵⁷ Die vorliegende Abhandlung unternimmt eine tatbestandsmerkmalsgenaue und rechtsfolgenscharfe Erörterung nur mit Blick auf ausgewählte Ansprüche. Diese Zurückhaltung rührt nicht aus luhmannscher Ermüdung, sondern aus der Sorge, anderenfalls den Blick auf die großen Linien, auf das Rechtsgebiet als Ganzes zu verstellen. Das wäre misslich, weil es dieser Abhandlung gerade um das öffentliche Haftungsrecht als Rechtsgebiet geht, um berechtigte Kritik daran und um mögliche Abhilfe dagegen.

⁵⁵ *Rupp*, Grundfragen, 2. Aufl. 1991, S. 282.

⁵⁶ *Ehlers*, ZBR 1977, S. 180 (180).

⁵⁷ *Luhmann*, Öffentlich-rechtliche Entschädigung rechtspolitisch betrachtet, 1965, S. 9; vgl. auch *Ule*, in: *Luhmann*, a. a. O., S. 6.

§ 10 Kritik des Amtshaftungsanspruchs

I. Überblick

Der Amtshaftungsanspruch galt schon früh als der »schlechtestkonstruiert[e], dazu für das Volk unverständlichst[e] aller Rechtssätze«¹. Rechtswissenschaftler fordern seine »Erneuerung«² seit Jahrzehnten; der Anspruch gilt bis heute als aus der Zeit gefallen.³ Das ist die Zeitwidrigkeit des Amtshaftungsrechts. Hinzu kommt dessen Sachwidrigkeit. Der Vorwurf, Konstruktionsfehler zu konstituieren, gilt insbesondere vier Aspekten: der Mittelbarkeit der Staatshaftung, den beiden Voraussetzungen der Drittgerichtetheit und des Verschuldens sowie dem gerichtlichen Rechtsschutz, namentlich der Rechtswegzuweisung.⁴

II. Mittelbarkeit der Staatshaftung

1. Wegfall der historischen Begründung für Beamten- statt Staatshaftung

a) Kompetenz des Reichs zum Erlass des Bürgerlichen Gesetzbuchs

Die Konstruktion einer Haftung, die den Staat vermittelt über die persönliche Haftung des Beamten trifft, gründet auf Umständen, die nicht mehr sind. Dabei

¹ Hofacker, AcP 118 (1920), S. 281 (349) (zu § 839 BGB); in der Sache ebenso Sobota, Prinzip Rechtsstaat, 1997, S. 218. A.A. der Gesetzesantrag des Freistaates Bayern v. 17. 11. 1989, BRat-Drs. 644/89, Anlage S. 6 (»Die Regelung der Amtshaftung *bleibt* ... für den Bürger *klar und überschaubar*«; Hervorhebung nur hier). Zu der Frage, ob ein Rechtssatz für das ganze Volk oder doch nur für Fachleute verständlich sein muss, vgl. Towfigh, Der Staat 48 (2009), S. 29 ff.

² Scheuner, DÖV 1955, S. 545 (546); vgl. Bender, Staatshaftungsrecht, 3. Aufl. 1981, Rn. 106, Dagtoglou, VerwArch 65 (1974), S. 345 (346).

³ Vgl. nur Kannowski, in: Schmoeckel/Rückert/Zimmermann (Hrsg.), Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Bd. III, 2013, §§ 831–839a, 841 Rn. 94 (zitiert nach den Druckfahnen); Masing, in: Umbach/Clemens (Hrsg.), GG, Bd. I, 2002, Art. 34 Rn. 16; Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 439; Pestalozza, in: FS v. Arnim, 2004, S. 283 (284) (»antiquierteste Vorschrift[t]«); Sobota, Prinzip Rechtsstaat, 1997, S. 218 f. A.A., soweit ersichtlich, nur Tomuschat, in: FS Everling, Bd. II, 1995, S. 1585 (1608) (»heutige Stringenz« des nationalen Amtshaftungsrechts).

⁴ Vgl. Wurm, in: J. v. Staudinger, BGB, Neubearbeitung (14. Aufl.) 2007, § 839 Rn. 24, mit weiteren Aspekten.

stammt die Forderung, die Staatshaftung unmittelbar auszugestalten, bereits aus dem 19. Jahrhundert. Die Frage, ob der Staat für die Schäden, die dessen Beamte einem Dritten zufügen, überhaupt haften und wenn ja, wie diese Haftung ausgestaltet sein soll, beschäftigte den Deutschen Juristentag bereits im Jahr 1867, als in München dessen 6. Tagung stattfand. Die dort begonnene Diskussion brachte die 9. Tagung in Stuttgart 1871 zu einem ersten Abschluss. Der gefasste Beschluss lautete:

»Der deutsche Juristentag spricht seine Ueberzeugung dahin aus, daß der Staat bei seiner Gesetzgebung in Betreff der Schadenszufügung seiner Beamten das Prinzip der direkten Haftungsverbindlichkeit des Staates zur Grundlage zu nehmen habe.«⁵

Als der Reichsgesetzgeber im Ausgang des 19. Jahrhunderts das Bürgerliche Gesetzbuch beriet, konnte er den Amtshaftungsanspruch indes noch nicht als unmittelbare Schuld der Länder und deren Körperschaften formen: Die Reichsverfassung von 1871 hatte dem Reich die Kompetenz vorenthalten, Länder und Gemeinden überhaupt in Haftung zu nehmen. Die allgemeine Frage der Haftung des Staates war keine des bürgerlichen⁶, sondern eine des öffentlichen Rechts (sei es des Allgemeinen Verwaltungs-, sei es des Beamtenrechts), und die spezielle Frage der Staatshaftung gerade in den Ländern (sei es für Landes-, sei es für Kommunalbeamte) deshalb keine des Reichs-, sondern eine des Landesrechts. Dieser Rechtsauffassung, ganz herrschende Meinung der Lehre⁷, folgte der Reichstag mehrheitlich. Der Staatssekretär des Reichsjustizamts, der Wirkliche Geheime Rat *Nieberding*, nahm als »Bevollmächtigter zum Bundesrath« in diesem Sinn Stellung:

»Ich muß Sie aber auch vom Standpunkt der Zuständigkeit der Reichsgesetzgebung dringend bitten, nicht über den Rahmen dessen hinauszutreten, was die Reichsverfassung der Reichsgesetzgebung zugewiesen hat. ... Die Frage, ob der Staat haften soll für die Versehen seiner Beamten dem Publikum gegenüber, ist ganz zweifellos eine Frage des öffentlichen Rechts, die nicht zu den Gegenständen gehört, auf welche sich die Thätigkeit der Reichsgesetzgebung bezieht ... Und so sage ich: was die Herren Antragsteller beantragt

⁵ Verhandlungen des 9. DJT, 1871, Bd. 3, S. 63.

⁶ Für das »gesammte bürgerliche Recht« war das Reich seit der Lex Miquel-Lasker, Reichsgesetz betreffend die Abänderung des Nr. 13 des Artikels 4 der Verfassung des Deutschen Reichs v. 20. 12. 1873, RGBl. S. 379, zuständig, siehe nur *Kannowski*, in: Schmoekel/Rückert/Zimmermann (Hrsg.), Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Bd. III, 2013, §§ 831–839a, 841 Rn. 56 (zitiert nach den Druckfahnen), und zur Verfassungsänderung *Frotscher/Pieroth*, Verfassungsgeschichte, 11. Aufl. 2012, Rn. 420, 453. Die Zuständigkeit gem. Art. 4 Nr. 13 der Reichsverfassung von 1871 a.F. war insoweit auf das Obligationen-, Handels- und Wechselrecht beschränkt gewesen.

⁷ Siehe etwa *G. Jellinek*, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 1. Aufl. 1892, S. 232 f., ebenso in der 2. Aufl. 1905, S. 244 f.; *Primker*, in: Verhandlungen des 9. DJT, 1871, Bd. 3, S. 26 (38 ff.); *Zachariä*, Zeitschr. f. Staatsw. 19 (1863), S. 582 (630 ff.); ebenso für die Weimarer Reichsverfassung *Anschütz*, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, 7. Aufl. 1919, S. 612, und für das Grundgesetz BVerfGE 61, 149 (177 ff., insb. 183, 185).

haben, das ist zum größten Theil verfassungsmäßig unzulässig ... Ich bitte Sie, lehnen Sie die Anträge ab.«⁸

Das sei nicht nur die Ansicht der verbündeten Regierung, sondern auch die »überwiegend[e] Meinung der hervorragenden Rechtslehrer«.⁹ In den Gesetzgebungsmaterialien hieß es, dass der »an sich angemessenste Weg«, Dritte zu schützen, »wohl« darin bestünde, dass »der Staat selbst die Haftung ihnen gegenüber übernehme«. Doch gehe es »wegen des engen Zusammenhanges dieser Frage mit dem öff. Rechte« nicht an, »durch das BGB. reichsrechtlich eine solche Haftung des Staates einzuführen«.¹⁰

Dass die Gesetzgebungskompetenz zur Regelung der Staatshaftung für Beamte mangels Reichszuständigkeit – vereinfacht gesprochen¹¹ – auf die Anstellungskörperschaften verteilt war, d. h. für Reichsbeamte beim Reich und für Landesbeamte beim Land lag, hatte zur Folge, dass es ein Reichsgesetz, kraft dessen ein Land für Landesbeamten einzustehen hatte, nicht geben konnte. Zulässig waren nur Reichsgesetze, kraft derer das Reich für Reichs-,¹² und nur Landesgesetze, kraft derer das Land für Landesbeamte haftete.¹³ Dementsprechend hieß es in der amtlichen Begründung zum Entwurf des Reichshaftungsgesetzes:

»Der vorliegende Gesetzentwurf ... beschränkt sich ... darauf, die *Haftung des Reichs für die Reichsbeamten* und die ihnen gleichzustellenden Personen des Soldatenstandes zu regeln. Der Erlaß von Vorschriften über die Haftung der Bundesstaaten, der Gemeinden und anderer öffentlich-rechtlicher Verbände für ihre Beamten muß den Landesgesetzgebungen überlassen bleiben. Es handelt sich hier um Fragen, die das öffentliche Recht der einzelnen Bundesstaaten berühren und sich deshalb einer Einwirkung der Reichsgesetzgebung entziehen.«¹⁴

⁸ *Nieberding*, in: Stenographische Berichte, oben § 6 Fn. 122 (S. 73), S. 2855 (2860 B bzw. C); ebenso die Berichte des Abg. *Dr. Enneccerus*, oben § 8 Fn. 134 (S. 129), S. 64, sowie der Reichstags-Kommission über den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs und Einführungsgesetzes nebst einer Zusammenstellung der Kommissionsbeschlüsse, Berlin 1896, § 823 Abs. 4 (S. 112); a.A. etwa der Abg. *Frohme*, in: Stenographische Berichte, a. a. O., S. 2855 (2856 B).

⁹ Vgl. den Bericht des Abg. *Dr. Enneccerus*, oben § 8 Fn. 134 (S. 129), S. 66.

¹⁰ *Mugdan*, Materialien zum BGB, Bd. II, S. 1154 f. (entspricht Protokolle S. 2897); siehe auch *ders.*, a. a. O., S. 462 (entspricht Motive S. 826 a.E.).

¹¹ Darin liegt eine Vereinfachung, weil die Aussage nur für Landes- und Reichsbeamte gilt, nicht aber für die Beamten anderer Anstellungskörperschaften, also insbesondere nicht für Kommunalbeamte.

¹² Gesetz über die Haftung des Reichs für seine Beamten v. 22. 05. 1910, RGBl. S. 798–800.

¹³ Vgl. Bericht der Reichstags-Kommission über den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs und Einführungsgesetzes nebst einer Zusammenstellung der Kommissionsbeschlüsse, Berlin 1896, § 823 Abs. 4 (S. 112). Amtshaftungsansprüche kannten die »meisten und größten deutschen Länder«, so *Anschütz*, WRV, 14. Aufl. 1933, Art. 131 Anm. 3 (S. 608); vgl. für Preußen das PrHG); Nachweise u.a. für Bayern, Sachsen, Württemberg und Baden bei *dems.*, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, 7. Aufl. 1919, S. 612.

¹⁴ Entwurf eines Gesetzes über die Haftung des Reichs für seine Beamten, in: Verhandlungen des Reichstags, XII. Legislaturperiode, I. Session, Bd. 255 (Anlagen zu den Stenographischen Berichten), Berlin 1909, Aktenstück Nr. 1343 v. 22. 04. 1909, S. 8228–8234 (8230);

Dass dem Reich die Gesetzgebungszuständigkeit für die Staatshaftung der Länder fehlte, besagte freilich nichts darüber, wer die persönliche Haftung der Beamten zu regeln aufgerufen war. Die Gesetzgebungskompetenz des Reichs für bürgerliches Recht umfasste unstreitig die Haftung eines Privaten für unerlaubte Handlungen (vgl. §§ 823 ff. BGB). Die Haftung eines Beamten für unerlaubte Handlungen konnte der Reichsgesetzgeber daher bürgerlich-rechtlich vorsehen, indem er den Beamten für dessen unerlaubte Handlung (nicht als Landesbeamten, sondern) als Privatperson in Anspruch nahm.¹⁵ Die Gesetzgebungskompetenz, eine Privatperson für eine unerlaubte Handlung in Anspruch zu nehmen, bestand selbstredend unabhängig davon, in welchem Land und wo im Reich die Privatperson unerlaubt handelte. Das Reich konnte eine »privatpersönliche« Haftung also für alle Beamten, auch für Landes- und Kommunalbeamten, vorsehen. Das ist der Grund, warum § 839 Abs. 1 Satz 1 BGB den Staatsdiener persönlich zum Schuldner der Amtshaftung macht; dieser haftete für sein Delikt, wie Privatpersonen für ihre Delikte haften.¹⁶ Der Amtshaftungsanspruch des BGB normiert eine Beamten- und keine Staatshaftung, weil das Reich die Beamten in den Ländern und Gemeinden kompetenzrechtlich nur über die persönliche Haftung des Beamten erreichen konnte.¹⁷

Unbeschadet dieser persönlichen Beamtenhaftung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch besaßen Reichs- und Landesgesetzgeber, eben weil die Gesetzgebungskompetenz bei der Anstellungskörperschaft lag, weiterhin die Zuständigkeit, eine unmittelbare Staatshaftung vorzusehen, solange diese sich nur auf die jeweils eigenen Beamten und deren Amtspflichtverletzungen beschränkte. Doch blieb diese Zuständigkeit ungenutzt. Der Reichsgesetzgeber gab der Einheitlichkeit einer für alle Beamten geltenden Haftungs begründung im Bürgerlichen Gesetzbuch den Vorzug und erließ § 1 Abs. 1 RHG.¹⁸ Das Landesrecht baute ebenfalls auf die vorgefundene Regelung des § 839 BGB auf¹⁹.

praktisch wortgleich: Entwurf eines Gesetzes über die Haftung des Reichs für seine Beamten, a. a. O., II. Session, Bd. 270 (Anlagen zu den Stenographischen Berichten), Berlin 1911, Aktenstück Nr. 5 v. 23. 11. 1909, S. 14 (16) (Hervorhebung jeweils dort).

¹⁵ Vgl. *Nieberding*, in: Stenographische Berichte, oben § 6 Fn. 122 (S. 73), S. 2855 (2858 B).

¹⁶ Vgl. *Bender*, Staatshaftungsrecht, 3. Aufl. 1981, Rn. 104 f.; *Heidenhain*, JZ 1968, S. 487 (490); *Nüßgens*, in: FS W. Geiger, 1989, S. 456 (456, 474).

¹⁷ Vgl. *Gierke*, Gutachten, in: Verhandlungen des 28. DJT, 1905, Bd. 1, S. 102 (107).

¹⁸ RHG v. 22. 05. 1910, RGBl. S. 798 (798).

¹⁹ Vgl. für Preußen das – gegenüber dem Reichsrecht ältere – Gesetz über die Haftung des Staates und anderer Verbände für Amtspflichtverletzungen von Beamten bei Ausübung der öffentlichen Gewalt (PrHG) v. 01. 08. 1909, PrGS S. 691 ff. Die übrigen Länder verfahren meist genauso, vgl. *Gierke*, Gutachten, in: Verhandlungen des 28. DJT, 1905, Bd. 1, S. 102 (122 mit Fn. 81, 125, 140) (anders nur die beiden Mecklenburg – Schwerin und Strelitz – sowie Anhalt).

b) Kompetenz der Verfassungsgeber in Weimar und Bonn

Die Kompetenzgrenzen, die eine Verfassung dem einfachen Gesetzgeber zieht, beschränken den Verfassungsgeber nicht selbst. Der Grund, warum die Amtshaftung eine mittelbare ist, galt also schon deshalb nicht, als die Weimarer Reichsverfassung beraten wurde, ganz abgesehen davon, dass die neue an die Stelle der alten Reichsverfassung treten sollte. Die Weimarer Reichsverfassung erhob den Amtshaftungsanspruch in den Rang von Reichsverfassungsrecht.²⁰ Art. 131 WRV lautete:

»Verletzt ein Beamter in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so trifft die Verantwortlichkeit grundsätzlich den Staat oder die Körperschaft, in deren Dienste der Beamte steht. Der Rückgriff gegen den Beamten bleibt vorbehalten. Der ordentliche Rechtsweg darf nicht ausgeschlossen werden.

Die nähere Regelung liegt der zuständigen Gesetzgebung ob.«

Dieser Wortlaut hätte es zugelassen, Art. 131 Abs. 1 Satz 1 WRV als Fall originärer Staatshaftung zu verstehen. Anders als § 1 Abs. 1 RHG und das Landesrecht²¹ nannte die Reichsverfassung § 839 BGB nicht. Doch die Rechtsprechung hatte genug zu tun, dem Verständnis des Art. 131 Abs. 1 Satz 1 WRV als »bloße[m] Programm« zu begegnen²² und die Vorschrift als unmittelbar geltendes Recht durchzusetzen²³. Die verfassungsrechtliche Amtshaftung wurde als mit § 839 BGB verkoppelt verstanden: »Eine Verantwortlichkeit des Gemeinwesens besteht nur aus dem Grunde und in den Grenzen des § 839 BGB«²⁴, der Amtshaftungsanspruch der Weimarer Reichsverfassung ergänze § 839 BGB »nur«²⁵. Obwohl Art. 131 WRV das Bürgerliche Gesetzbuch nicht erwähnt, sondern ohne Weiteres von »Verantwortlichkeit« handelt, wurde die Verfassungsvorschrift also im Licht des einfachen Rechts verstanden, wenn deren Tatbestandsmerkmal, als wäre es wie § 1 Abs. 1 RHG gefasst, als »die im § 839 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bestimmte Verantwortlichkeit« gelesen wurde – ohne dass diese Lesart mit Abwertungen à la »fachrechtskonforme Auslegung des Verfassungsrechts« zutreffend beschrieben wäre.

Das Grundgesetz hat die Formulierung der Weimarer Reichsverfassung mit wenigen, für die Frage der (Un)Mittelbarkeit der Staatshaftung nicht relevanten

²⁰ *Anschütz*, WRV, 14. Aufl. 1933, Art. 131 Anm. 3 (S. 609).

²¹ Siehe soeben Fn. 18 bzw. 19.

²² Etwa *Anschütz*, WRV, 2. Aufl. 1921, Art. 131 Anm. 1, der seine Ansicht später mit dem merkwürdigen Argument aufgab, dass das Reichsgericht den entgegengesetzten Standpunkt betreten habe, siehe *ders.*, WRV, 14. Aufl. 1933, Art. 131 Anm. 1 (S. 608).

²³ RGZ 102, 391 (393); 103, 429 (430); 104, 291 (292); 105, 334 (335); 106, 34 (36).

²⁴ *Anschütz*, WRV, 14. Aufl. 1933, Art. 131 Anm. 9 (S. 611).

²⁵ *W. Jellinek*, Verwaltungsrecht – Nachtrag, 1950, S. 26; ähnlich bereits *ders.*, Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 1931, S. 324; in der Sache ebenso RGZ 102, 166 (168 ff.); *Poetzsch-Heffter*, WRV, 3. Aufl. 1928, Art. 131 Anm. 4

Änderungen²⁶ übernommen. In Art. 34 GG ist nach wie vor von der »Verantwortlichkeit« die Rede, ohne dass das Verfassungsrecht das Bürgerliche Gesetzbuch erwähnte, und nach wie vor wird auch dieses Tatbestandsmerkmal im Licht einfachen Rechts (und der Verfassungsgeschichte) als die in § 839 BGB bestimmte Verantwortlichkeit gelesen. Nach herkömmlicher Lesart leitet also auch das Grundgesetz die Beamtenhaftung auf den Staat nur über und haftet dieser nach wie vor nur mittelbar.²⁷

c) Kompetenz des Bundesgesetzgebers seit 1994

Der historische Grund für diese Konzeption, dass der Bundesgesetzgeber nicht die Kompetenz habe, die Haftung der Beamten in den Ländern zu regeln, hat sich dabei freilich gleich auf doppelte Weise erledigt. Das Kompetenzargument ist nicht nur überholt, weil es sich nicht an den Verfassungsgeber richtet und daher für das Bonner Grundgesetz genauso wenig wie für die Weimarer Reichsverfassung gilt. Sondern es ist auch überholt, weil der Bundesgesetzgeber die Zuständigkeit, das Staatshaftungsrecht zu regeln, inzwischen sehr wohl inne hat. Weil die Kompetenz, das bürgerliche Recht zu regeln (dem Bund gem. Art. 74 Abs. 1) Nr. 1 GG seit Inkrafttreten der Verfassung im Jahr 1949 gewährt²⁸), das Staatshaftungsrecht weiterhin nicht, jedenfalls nicht umfassend erfasst,²⁹ hatte der verfassungsändernde Gesetzgeber dem Bundesgesetzgeber diese Zuständigkeit im Jahr 1994 eigens, gesondert und ausdrücklich zugewiesen, in Art. 74 Abs. 1 Nr. 25 GG³⁰. Das Kompetenzargument steht der unmittelbaren Staatshaftung seitdem nicht mehr entgegen.

²⁶ Das Grundgesetz begrenzt in Art. 34 Satz 2 den Rückgriff auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit und in Art. 34 Satz 3 das Verbot, den ordentlichen Rechtsweg auszuschließen, auf den Anspruch auf Schadensersatz und den Rückgriff. Der Regelungsvorbehalt aus Abs. 2 entfällt ersatzlos.

²⁷ Zum Streit, ob Art. 34 GG den einfach-rechtlichen Anspruch nur überleitet (Haftungsverlagerungsnorm) oder einen eigenen Anspruch begründet (Haftungsbegründungsnorm), siehe § 16 Fn. 46 und 51 (S. 352 f.).

²⁸ Die Urfassung des Art. 74 hatte nur einen Absatz, siehe Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland v. 23. 05. 1949, BGBl. S. 1 (9); A. Bauer/Jestaedt, Grundgesetz im Wortlaut, 1997, S. 278 ff.

²⁹ BVerfGE 61, 149 (174 ff.); Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG, 11. Aufl. 2011, Art. 74 Rn. 4 mit 71. Die Gesetzgebungskompetenz bejaht hatten zuvor beispielsweise Badura, NJW 1981, S. 1337 (1340 f.), und Bonk, DVBl 1981, S. 801 (804 ff.).

³⁰ Die Gesetzgebungskompetenz für Staatshaftungsrecht wurde eingefügt durch Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 3, 20a, 28, 29, 72, 74, 75, 76, 77, 80, 87, 93, 118a und 125a) v. 27. 10. 1994, BGBl. I S. 3146 (3146) mit Wirkung v. 15. 11. 1994, siehe Art. 2 des genannten Gesetzes, BGBl. I, S. 3146 (3148).

2. Überlegenheit unmittelbarer Staatshaftung

Dass der Gesetzgeber die Staatshaftung nach geltendem Verfassungsrecht als unmittelbare gestalten darf, besagt nicht, dass er sie auch als unmittelbare gestalten soll. Indes steht die Mittelbarkeit der Staatshaftung unter dem Grundgesetz in der Kritik, seit es dessen Art. 34 gibt.³¹ Bereits 1955 schalt *Scheuner* die Eigentümlichkeit, dass die Amtshaftung in Deutschland nicht »als Verantwortlichkeit des Staates für Organhandeln« ausgestaltet wurde, sondern als »deliktische Haftung des Beamten, für den dann durch Sondergesetz der Staat stellvertretend nach außen die Haftung übernahm«, ein »Problem«, weil die »heutige Konstruktion der Haftung über die des einzelnen Organs« die »moderne Anschauung« nicht mehr befriedige, nach der ein Fehler des Beamten ein Fehler »der Staatsorganisation als solche[r]« sei.³²

Die Kritik an der abgeleiteten Staatshaftung war ein Antrieb für die Reformbestrebungen, die 1981 zum Staatshaftungsgesetz führten.³³ Die »Einführung einer unmittelbaren und primären Staatshaftung« galt schon vor drei Dekaden als »überfällig«³⁴. Den Vorwurf wiederholte im Jahr 1989 der ehemalige Vorsitzende des Staatshaftungssenats beim Bundesgerichtshof, *Nüßgens*,³⁵ als er die »Reihe von Schwierigkeiten« der Mittelbarkeit unterstrich und die Unmittelbarkeit der Staatshaftung als »heute allein zeitgemä[ß]« bezeichnete.³⁶ Der ehemalige rheinland-pfälzische Justizminister *Caesar* (FDP) befand 1988, dass an der »Richtigkeit der ... Einführung einer unmittelbaren, primären und ausschließlichen Haftung des Trägers öffentlicher Gewalt ... kein ernsthafter Zweifel bestehen« könne und »die überkommene zivilrechtliche Konstruktion der Amtshaftung« der »grundsätzlich[e] Konstruktionsfehle[r]« sei³⁷. Zuletzt wurde die originäre Staatshaftung als das »dem Rechts- und Sozialstaat einzig adäquate Haftungsregime«³⁸ und die unmittelbare Staatshaftung, die bemerkenswerterweise das Staatshaftungsgesetz der DDR vorsieht, als »konstruktive Fortschritt-

³¹ Nach Art. 34 GG sei unmittelbare Staatshaftung für rechtswidriges Staatshandeln weder ge- noch verboten, siehe BVerfGE 61, 149 (198 f.); *Bonk*, in: Sachs (Hrsg.), GG, 6. Aufl. 2011, Art. 34 Rn. 53.

³² *Scheuner*, DÖV 1955, S. 545 (547 bzw. 549); in der Sache ebenso *Heidenhain*, JZ 1968, S. 487 (491).

³³ *Bender*, VersR 1974, S. 1 (1) (zu StHG 1981-KE).

³⁴ *Dagtolou*, VerwArch 65 (1974), S. 345 (349).

³⁵ Zur Person *Nüßgens* siehe den Nachruf von *Geiß*, NJW 1999, S. 549.

³⁶ *Nüßgens*, in: FS W. Geiger, 1989, S. 456 (474).

³⁷ *Caesar*, Staatshaftungsreform, o.J. (1988), S. 11 bzw. 17 (auch: »dogmatischer Hauptmangel«).

³⁸ *J. Ipsen*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2011, Rn. 1279 (mit der Einschränkung, dass dieses als solches nur gelte); in der Sache ebenso *v. Danwitz*, in: v. Mangoldt/F. Klein/Starck (Hrsg.), GG, Bd. 2, 6. Aufl. 2010, Art. 34 Rn. 157 (originäre Verbandshaftung als ein Grundprinzip einer Neuregelung »Allgemeingut«); *Detterbeck*, VerwArch 85 (1994), S. 159 (188) (»Anachronismus«); *Kluth*, in: H. J. Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht II, 7. Aufl. 2010, § 67 Rn. 1, 8.

lichkeit« bezeichnet³⁹. Das StHG-DDR galt aufgrund des Einigungsvertrags in den neuen Ländern und Berlin als Landesrecht fort.⁴⁰ Allerdings haben Berlin, Sachsen und Sachsen-Anhalt den Anspruch mittlerweile wesentlich verändert oder ganz abgeschafft.⁴¹ Bis heute gilt das StHG-DDR dagegen in Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern und Thüringen. Auch die Bundesregierung sah die »unmittelbare und primäre Verantwortlichkeit für rechtswidriges Staatshandeln« als ein »zentrales Reformziel« künftigen Staatshaftungsrechts.⁴²

Die unmittelbare ist der mittelbaren Staatshaftung in der Tat überlegen. Es stimmt: Wenn jemand in Ausübung eines ihm anvertrauten öffentlichen Amtes einen anderen schädigt, liegt beides vor, Amtswalterunrecht und Staatsunrecht.⁴³ Das geltende Amtshaftungsrecht stellt das Amtswalterunrecht in den Vordergrund, sieht dieses als Auslöser für den Haftungsanspruch und lässt den Staat das Amtswalterunrecht nur übernehmen. In Wahrheit gehört das Staatsunrecht in den Vordergrund, dieses ist der Auslöser für den Haftungsanspruch und für eine Schuldübernahme dann kein Raum mehr. Den Beamten als Privatperson zu verpflichten, ist selbst dann nicht sachgerecht, wenn der Staat diese Schuld anschließend befreiend übernimmt. Denn der Beamte handelt nicht als Privatperson, sondern als Staatsdiener. Staatshaftung ist Haftung des Staates für eigenes Fehlverhalten. Dass der Beamte mit seiner Schädigung des Bürgers auch gegenüber dem Staat eine Amtspflichtverletzung begangen haben mag, ist eine Frage, die in diesem Verhältnis, zwischen Staat und Staatsdiener, zu verarbeiten ist. Der Bürger bleibt insoweit besser außen vor. Sein allfälliges Interesse, dass der Beamte persönlich nicht ungeschoren davon komme, sollte kein Regelungsgegenstand des Amtshaftungsrechts, sondern einer des Dienstrechts sein. Den Geschädigten betrifft die Frage der persönlichen Verantwortung des Amtswalters nicht mehr als alle anderen Staatsbürger auch: Das Interesse daran, dass

³⁹ *Cornils*, LKV 2003, S. 206 (208); in der Sache ebenso *Christoph*, NVwZ 1991, S. 536 (540 f.); *Grzeszick*, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2010, § 48 Rn. 6 (»Funktion des Modells«); *Höfling*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts III, 2009, § 51 Rn. 115; *Kluth*, in: H. J. Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht II, 7. Aufl. 2010, § 73 Rn. 31 (modernes Gesetz); a.A. *H. Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 29 Rn. 43; *Pestalozza*, in: FS v. Arnim, 2004, S. 283 (283) (»ungeliebt[t]«).

⁴⁰ Gem. Art. 9 Abs. 2 in Verbindung mit Anlage II Kapitel III Sachgebiet B Abschnitt III Nr. 1 des Gesetzes zu dem Vertrag v. 31.08.1990 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik über die Herstellung der Einheit Deutschlands – Einigungsvertragsgesetz – und der Vereinbarung v. 18.09.1990, v. 23.09.1990, BGBl. II, S. 885 (1168).

⁴¹ *Cornils*, LKV 2003, S. 206 (206); vgl. Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Fraktion der FDP v. 20.10.2004, BT-Drs. 15/3952, S. 1 (4).

⁴² Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Fraktion der FDP v. 20.10.2004, BT-Drs. 15/3952, S. 1 (2).

⁴³ Vgl. *Bender*, VersR 1974, S. 1 (1).

dieser und jeder andere Amtswalter rechtmäßig handele, ist so gesehen von gleichmäßiger Allgegenwärtigkeit. Dass der Staat hafte (und nicht der Beamte persönlich), liegt schließlich auch ökonomisch nicht nur im Interesse des Staatsdieners selbst und des geschädigten Bürgers, sondern – wie dargelegt – auch im Interesse des Staates.⁴⁴ Daher entspricht es »[h]eutigem Staatsverständnis« nach wie vor, »die Staatshaftung von der persönlichen Eigenverantwortlichkeit des Amtswalters zu lösen und als Haftung für eigenes Unrecht und eigene Pflichtverletzung der öffentlichen Gewalt zu begreifen.«⁴⁵

Soll es also eine Staats- und keine Beamtenhaftung geben, ist jene besser unmittelbar als mittelbar ausgestaltet. Zum Ersten fügt es sich nicht ohne Friktionen, den primären materiellen Anspruch (auf Aufhebung der rechtswidrigen Beeinträchtigung subjektiver Rechte) gegen den Staat und den sekundären materiellen Anspruch (auf Schadensersatz deswegen) gegen den Beamten zu richten. Zum Zweiten verpflichten auch die übrigen Ansprüche des öffentlichen Haftungsrechts den Staat unmittelbar. Zum Dritten erscheint es nachgerade widersprüchlich, eine Haftung für die Verletzung öffentlich-rechtlicher Pflichten privatrechtlich zu konstruieren.⁴⁶ Beruht die Staatshaftung auf Pflichtwidrigkeit, müsste ohne Weiteres erwartet werden, dass »der Staat selbst bzw. die anderen Träger hoheitlicher Gewalt, da allein sie und nicht ihre Organwalter oder Organe in einem Rechtsverhältnis zum Bürger stehen und ihnen gegenüber mit Pflichten belastet sind, auch für eine eventuelle Verletzung dieser Pflichten unmittelbar einzutreten hätten.«⁴⁷

3. Sinnverlust des Verweisungsprivilegs

Dass das geltende Recht die Amtshaftung mittelbar ausgestaltet hat, bewirkt handfeste Verwerfungen. Diese betreffen sowohl die Tatbestands- als auch die Rechtsfolgenseite, genauer: die Verweisungsklausel (dazu an dieser Stelle) bzw. den Geldersatz, der an die Stelle der Naturalrestitution tritt (dazu anschließend unter 4). Die Verweisungsklausel, § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB, begründet den Nachrang der Amtshaftung gegenüber Ersatzansprüchen gegen andere Schuldner: Vermag der Verletzte auf andere Weise Ersatz zu erlangen, entfällt der Amtshaftungsanspruch gegen den Staat. Die auch Subsidiaritätsklausel genannte Vorschrift erfasst ausdrücklich nur den Fall der fahrlässigen Amtspflichtverletzung.

⁴⁴ Siehe dazu oben § 8 IV 2 (S. 119 f.).

⁴⁵ Caesar, Staatshaftungsreform, o.J. (1988), S. 17.

⁴⁶ Vgl. Desens, DÖV 2009, S. 197 (198); Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, 1984, S. 532.

⁴⁷ Rupp, Grundfragen, 2. Aufl. 1991, S. 282.

Das Verweisungsprivileg ist weder zeit- noch sachgerecht. Die Zeitwidrigkeit wird seit langem gerügt. Die Vorschrift wurde 1955 »nicht mehr zeitgemäß«⁴⁸, 1968 »anachronistisches Fiskusprivileg«⁴⁹ und 1989 »antiquiert«⁵⁰ genannt. Bis heute lassen die Vorwürfe nicht nach.⁵¹ Als Sachgrund der Norm gilt vielen die Gewährleistung der »Entschluss-« bzw. »Entscheidungsfreude« des handelnden Beamten.⁵² Der Beweggrund ist so alt wie der Amtshaftungsanspruch selbst. Als dieser Ende des 19. Jahrhunderts beraten wurde, plädierten Regierungsvertreter für eine Einschränkung der Haftung, damit die Beamten nicht das »Gefühl« plage, »jeden Augenblick mit ihrer vollen Habe für ein entschuldbares Versehen in Anspruch genommen werden« zu können.⁵³ Die »stet[e] Sorge, sich haftbar zu machen«, schwäche ihre »Thatkraft« und mindere ihre »Unbefangtheit«.⁵⁴ Reichsgericht⁵⁵ und Bundesgerichtshof⁵⁶ haben ihrer Rechtsprechung diese Zweckbestimmung des § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB zu Grunde gelegt. Sie findet bis heute Verwendung.⁵⁷

Dabei vermag die Wendung von der »Entscheidungsfreude« des Beamten Polemiken zu provozieren. Zunächst ist deshalb dreierlei festzuhalten. Zum Ersten haben die Väter des BGB das Argument längst nicht so unbedarft und

⁴⁸ *Scheuner*, DÖV 1955, S. 545 (549); in der Sache ebenso *Bettermann*, DÖV 1954, S. 299 (304).

⁴⁹ *Isensee*, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, 1968, S. 88 = *ders.*, *dass.*, 2. Aufl. 2001, S. 88; in der Sache ebenso *Bender*, VersR 1974, S. 1 (1) (»überholt[e] Konzeption«); vgl. auch – schon damals um starke Worte nicht verlegen – *E. Schneider*, NJW 1966, S. 1265 (1265) (»Schandfleck«; »legales Abwürgen berechtigter Ansprüche«).

⁵⁰ *Nüßgens*, in: FS W. Geiger, 1989, S. 456 (457, 473); in der Sache ebenso bereits BGHZ 42, 176 (181) aus dem Jahr 1964 sowie *Scheuner*, DÖV 1955, S. 545 (548); *Caesar*, Staatshaftungsreform, o.J. (1988), S. 17.

⁵¹ Vgl. nur *v. Danwitz*, in: v. Mangoldt/F. Klein/Starck (Hrsg.), GG, Bd. 2, 6. Aufl. 2010, Art. 34 Rn. 157 (Aufgabe des Subsidiaritätsprinzips als ein Grundprinzip einer Neuregelung »Allgemeingut«); *J. Ipsen*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2011, Rn. 1282 (»überwiegend verfassungswidrig (geworden)«; dort mit Hervorhebung); *Kanowski*, in: Schmoekel/Rückert/Zimmermann (Hrsg.), Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Bd. III, 2013, §§ 831–839a, 841 Rn. 86 (zitiert nach den Druckfahnen); *U. Stelkens*, DÖV 2008, S. 214 (214).

⁵² Vgl. BGHZ 161, 6 (13) (»Entschlußfreudigkeit«); *Morlok*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts III, 2009, § 52 Rn. 21; *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 79; *Püttner*, Verwaltungslehre, 4. Aufl. 2007, § 19 Rn. 51 ff.

⁵³ *Nieberding*, in: Stenographische Berichte, oben § 6 Fn. 122 (S. 73), S. 2855 (2858 C).

⁵⁴ Bericht der Reichstags-Kommission über den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs und Einführungsgesetzes nebst einer Zusammenstellung der Kommissionsbeschlüsse, Berlin 1896, § 823 Abs. 1 und 2 (S. 109). In der Sache ebenso bereits *O. Mayer*, Sächsisches Archiv für Rechtspflege 8 (1913), S. 1 (8); *ders.*, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. I, 2. Aufl. 1914, S. 195 (»Der Beamte ... muß sich entschließen, meist auch recht rasch entschließen; denn diese Dinge [sc. obrigkeitliche Akte, *bjh*], wollen ihren Gang gehen, besser schlecht als gar nicht«).

⁵⁵ RGZ 74, 250 (252).

⁵⁶ BGHZ 13, 88 (104); BGH, MDR 1959, 107 (108).

⁵⁷ BVerwG, DVBl 2010, S. 1434 (1437); vgl. BGHZ 161, 6 (13).

einseitig verwandt, wie manche Darstellungen den Eindruck erwecken.⁵⁸ Direkt im Anschluss an das Motiv, »unerwünschte Aengstlichkeit in der Amtsführung« des Beamten zu vermeiden, fand das Gegenargument eine Mehrheit, dass »eine übermäßig ängstliche Scheu vor Pflichtverletzungen einer leichtsinnigen Amtsführung noch immer vorzuziehen« sei.⁵⁹ Zum Zweiten lässt die Formulierung an einen Staat denken, der mit seinen eigenen Beamten übertrieben fürsorglich umgehe. Der Eindruck der übertriebenen Fürsorglichkeit stellt sich ein, weil offen bleibt, warum der rechtswidrig handelnde Beamte schutzbedürftiger sein soll als der zufällig und schuldlos geschädigte Bürger bzw. – noch weiter zugespitzt formuliert – warum die Freude, die der Beamte bei seinem rechtswidrigen und schädlichen Handeln empfinden mag, überhaupt schützenswert sein soll. Auch diese Anmutung verliert viel von der Lächerlichkeit, die in der Zuspitzung liegt, wenn man sich vor Augen hält, dass die Entschlussfreude des Beamten nicht um ihrer selbst willen geschützt wurde und wird, sondern – und das zum Dritten – zur Sicherung der Effektivität der Verwaltungstätigkeit und damit letztlich zum Schutz der Funktionsfähigkeit des Staates überhaupt.⁶⁰ Das war schon in den Beratungen zum Bürgerlichen Gesetzbuch erkannt worden, als es hieß, dass die »schwere Haftung«, die den Beamten persönlich treffe, und die »übertrieben[e] Aengstlichkeit in der Amtsführung«, die daraus folgen könne, »weder im Interesse des Dienstes noch im Interesse des auf dem [sic!] Verkehr mit den Beamten angewiesenen Publikums« liege.⁶¹ Das Argument ist denn auch kein – vermeintlich obrigkeitshöriges – typisch deutsches, sondern spielt auch im Common Law eine Rolle: als Ansinnen, dass die »individual officials« ihrer Tätigkeit »without breeding an unhealthy timidity« und ohne »undue anxiety«, also ohne ungesunde Schüchternheit und ungebührliche Ängstlichkeit sollen nachgehen können.⁶²

⁵⁸ Vgl. etwa *Nüßgens*, in: FS W. Geiger, 1989, S. 456 (456) (der seine Darstellung auf die ratio, der Beamte möge »durch eine allzu große Haftungsgefahr nicht ängstlich und unentschlossen gemacht werden«, beschränkt); mit der gebotenen Differenzierung dagegen beispielsweise *Kannowski*, in: Schmoeckel/Rückert/Zimmermann (Hrsg.), Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Bd. III, 2013, §§ 831–839a, 841 Rn. 54 (zitiert nach den Druckfahnen).

⁵⁹ *Mugdan*, Materialien zum BGB, Bd. II, S. 1154 (entspricht Protokolle S. 2897).

⁶⁰ Vgl. bereits *O. Mayer*, Sächsisches Archiv für Rechtspflege 8 (1913), S. 1 (8) (Schutz der »unentbehrliche[n] Entschlußkraft« freilich »um der Staatsgeschäfte selbst willen«); aus heutiger Zeit *BVerwG*, DVBl 2010, S. 1434 (1436 f.); *Bryde*, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), GG, Bd. 2, 4./5. Aufl. 2001, Art. 34 Rn. 37; *v. Danwitz*, in: v. Mangoldt/F. Klein/Starck (Hrsg.), GG, Bd. 2, 6. Aufl. 2010, Art. 34 Rn. 125; *Ehlers*, ZBR 1977, S. 180 (181); *Masing*, in: Umbach/Clemens (Hrsg.), GG, Bd. I, 2002, Art. 34 Rn. 11; krit. *U. Stelkens*, Verwaltungshaftungsrecht, 1998, S. 421 f., und gegenüber dem Funktionsfähigkeitsargument allgemein insb. *Pieroth*, VerwArch 68 (1977), S. 217 (226 ff.).

⁶¹ Bericht des Abg. *Dr. Enneccerus*, oben § 8 Fn. 134 (S. 129), S. 63.

⁶² Siehe *Bermann*, Col. L. Rev. 77 (1977), S. 1175 (1178 ff.) m. w. N. aus der wechselhaften Rechtsprechung U.S.-amerikanischer Gerichte und den Zitaten auf S. 1178 bzw. 1202; in der Sache ebenso *Dari-Mattiacci/Garoupa/Gómez-Pomar*, European Review of Private Law 2010, S. 773 (777); *Davis*, Mich. L. Rev. 55 (1956), S. 201 (233); *Kramer/Sykes*, Supreme Court Review

Heute vermag der Zweck, die persönliche Haftung des Beamten zu begrenzen, um so die Funktionsfähigkeit der Verwaltung zu bewahren, das Verweisungsprivileg keinesfalls mehr zu rechtfertigen. Denn diesen Zweck erfüllt im geltenden Recht schon die befreiende Schuldübernahme durch den Staat.⁶³ Diese erfüllt den genannten Zweck sogar besser, als es die Verweisungsklausel je vermochte, hilft die Schuldübernahme dem Beamten doch auch in Fällen, in denen es keine anderen Ersatzansprüche gibt, auf die § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB den Geschädigten würde verweisen können. Folgerichtig ist für Art. 34 Satz 1 GG anerkannt, dass die Vorschrift nicht nur den Schutz des Geschädigten anstrebt, der einen solventen Schuldner bekommt,⁶⁴ sondern auch und gerade die Entschlussfreudigkeit des Amtswalters zu erhalten und zu stärken sucht.⁶⁵ Damit soll zugleich der Fürsorgepflicht des Dienstherrn Rechnung getragen werden.⁶⁶ Die Entschlussfreudigkeit des Amtswalters hängt in der Tat, seit es die Schuldübernahme des Staates gibt, nicht mehr von der Tragweite der Amtshaftung, sondern – wie ausgeführt – allein von der Regressgefahr ab.⁶⁷ Das ist auch der Grund, warum der Kommissionsentwurf zum StHG 1981 das Ziel, die »Entschlußfreudigkeit des Amtswalters« nicht »unangemessen« zu beeinträchtigen, als eine Frage des Rückgriffs sah.⁶⁸

Die Schuldübernahme des Staates samt eingeschränkter Regressmöglichkeit gibt es freilich nicht erst, seit Art. 34 GG in Kraft trat. Das Landeshaftungsrecht nutzte die Instrumente ab 1909⁶⁹, das Reichshaftungsrecht ab 1910⁷⁰. Doch Konsequenzen aus dem Wegfall des Zwecks⁷¹ zog erst der Bundesgerichtshof, als er den Anwendungsbereich der – auch nach Einschätzung der Richter »anti-

1987, S. 249 (293, 297); E. A. Posner/Sykes, *American Law and Economics Review* 9 (2007), S. 72 (95 f.); Schuck, *Suing Government*, 1983, S. 100; Squires, *JRE* 17 (2009), S. 327 (327 ff.); Wise, *Publ. Admin. Rev.* 45 (1985), S. 746 (747). Das Argument ist auch andernorts geläufig, vgl. beispielsweise für die Schweiz Häfelin/Müller/Uhlmann, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 6. Aufl. 2010, Rn. 2225.

⁶³ Vgl. nur Bartlspenger, *Verkehrssicherungspflicht und öffentliche Sache*, 1970, S. 114 f.; Grzeszick, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), *GG*, 2009, Art. 34 Rn. 21.1; Rupp, *Grundfragen*, 2. Aufl. 1991, S. 285.

⁶⁴ Ossenbühl, *Staatshaftungsrecht*, 5. Aufl. 1998, S. 9; Papier, in: Maunz/Dürig (Begr.), *GG* (Stand: 64. Lieferung, Januar 2012), Art. 34 Rn. 12 (Stand: 54. Lieferung, Januar 2009).

⁶⁵ Bryde, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), *GG*, Bd. 2, 4./5. Aufl. 2001, Art. 34 Rn. 37; Masing, in: Umbach/Clemens (Hrsg.), *GG*, Bd. I, 2002, Art. 34 Rn. 11 m. w. N.; vgl. auch Papier, in: Maunz/Dürig (Begr.), *GG* (Stand: 64. Lieferung, Januar 2012), Art. 34 Rn. 12 (Stand: 54. Lieferung, Januar 2009) (nachrangig).

⁶⁶ Vgl. BGHZ 161, 6 (13); BVerwGE 44, 27 (30 f.); BVerwG, DVBl 2010, S. 1434 (1436); v. Danwitz, in: v. Mangoldt/F. Klein/Starck (Hrsg.), *GG*, 6. Aufl. 2010, Art. 34 Rn. 125; Gurlit, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), *GG*, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 34 Rn. 35; Masing, in: Umbach/Clemens (Hrsg.), *GG*, Bd. I, 2002, Art. 34 Rn. 11.

⁶⁷ Siehe dazu oben § 8 IV 3 a) (S. 120 ff.).

⁶⁸ Vgl. nur das Kommissionsmitglied Bender, *VersR* 1974, S. 1 (7).

⁶⁹ Gem. § 1 Abs. 1 und § 3 Satz 1 PrHG.

⁷⁰ Gem. § 1 Abs. 1 und § 2 Satz 1 RHG, seit 1919 gem. Art. 131 Abs. 1 Satz 1 und 3 WRV.

⁷¹ BGHZ 42, 176 (181); 68, 217 ff.; 75, 134 ff.; 79, 26 ff.

quiert[en]«⁷² – Verweisungsklausel beschränkte. Obwohl das Gericht dabei im Laufe der Zeit so weit ging, dass die »Erosion der Subsidiaritätsklausel« zu konstatieren war,⁷³ ging anderen die Beschränkung noch nicht weit genug. Der seinerzeit selbst zuständig gewesene Bundesrichter *Nüßgens* verlangte im Jahr 1989, »alle« auf die persönliche Haftung des Beamten zugeschnittenen Haftungsbeschränkungen »abzubauen«, und sei es »durch richterrechtliche Rechtsfortbildung«⁷⁴. Im Einklang damit sah der von der CSU verantwortete Gesetzentwurf Bayerns die »Streichung des sog. Verweisungsprivilegs des Staates in § 839 BGB« vor, weil dieses seit der Überleitung der Haftung auf den Staat gem. Art. 34 Satz 1 GG »allgemein als überholt angesehen« werde,⁷⁵ und hob auch das später für verfassungswidrig erklärte StHG 1981, das SPD und FDP eingebracht hatten, die Klausel auf:⁷⁶ Dem geschädigten Bürger könne »nicht zugemutet« werden, zunächst den unter Umständen zeitraubenden und kostspieligen Versuch zu machen, eine in Betracht kommende anderweitige Ersatzmöglichkeit zu realisieren.⁷⁷

Ist der Verweisungsklausel ihr überkommener Daseinsgrund abhanden gekommen,⁷⁸ fragt sich, ob ein neuer Zweck in Sicht ist, den § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB erfüllen könnte. Das scheint nicht der Fall zu sein. Der Zweck der Verweisungsklausel liegt insbesondere nicht in jener Funktion, die der Bundesgerichtshof der Vorschrift zwischenzeitlich zugeschrieben hatte: die Staatskasse von Schadensersatzansprüchen zu entlasten.⁷⁹ Dieser Zweck erklärt zu viel. Nähme man ihn ernst, dürfte es Staatshaftungsansprüche überhaupt nicht geben, auch nicht solche, die dem Verletzten »auf andere Weise Ersatz« verschaffen. Zugleich erklärt der Zweck zu wenig. § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB verweist unterschiedslos auf andere Ersatzansprüche, also auch auf solche gegen private Schädiger. Eine Mehrzahl privater Schädiger haftet gem. § 840 Abs. 1 BGB als Gesamtschuldner, d. h. gem. § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB untereinander zu gleichen Teilen.⁸⁰ Bei einer

⁷² BGHZ 42, 176 (181); weitere Nachweise oben § 10 Fn. 50 (S. 159).

⁷³ *Ossenbühl*, Neuere Entwicklungen im Staatshaftungsrecht, 1984, S. 10; in der Sache ebenso etwa *Czybulka/Jeand'Heur*, JuS 1992, S. 396 (400); *Isensee*, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, 1968, S. 88 = *ders.*, dass., 2. Auf. 2001, S. 88.

⁷⁴ Vgl. *Nüßgens*, in: FS W. Geiger, 1989, S. 456 (474); ebenso *Ossenbühl*, Neuere Entwicklungen im Staatshaftungsrecht, 1984, S. 5.

⁷⁵ Gesetzesantrag des Freistaates Bayern v. 17. 11. 1989, BRat-Drs. 644/89, S. 2 bzw. Anlage S. 8.

⁷⁶ Vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses zum StHG 1981 v. 30. 01. 1981, BT-Drs. 9/130, S. 1.

⁷⁷ *Bender*, VersR 1974, S. 1 (3) (zum StHG 1981-KE).

⁷⁸ *Caesar*, Staatshaftungsreform, o.J. (1988), S. 13, 17; *Kluth*, in: H. J. Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht II, 7. Aufl. 2010, § 67 Rn. 98; *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 79, 440; *Scheuner*, DÖV 1955, S. 545 (548).

⁷⁹ BGHZ 13, 88 (103 ff.); krit. *Nüßgens*, in: FS W. Geiger, 1989, S. 456 (456, 473); anders dann BGHZ 79, 26 (29); zur Finanzlage öffentlicher Haushalte als Argument vgl. noch BVerfGE 117, 372 (382).

⁸⁰ Vgl. auch I 6 § 29 ALR (»einer für alle, und alle für einen«).

Mehrzahl aus teils staatlichen, teils privaten Schuldern dagegen entlässt die Verweisungsklausel den Staat aus dem Haftungskollektiv. § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB wirkt also, weil die Ersatzansprüche gegen private Schädiger nach wie vor verpflichten, zu Lasten dieser privaten Mitschädiger.⁸¹ Die Vorschrift begründet auch insofern ein »Fiskusprivileg«, und auch insofern ist das Fiskusprivileg wieder ein »antiquiertes«⁸²: Für die Besserstellung des mitschädigenden Staates gegenüber mitschädigenden Privaten fehlt ein rechtfertigender Grund. Besser bliebe es daher bei der Regel, dass Mitschädiger den Schaden unisono zu gleichen Teilen zu tragen haben. Die »haftungsrechtliche Gleichbehandlung«, wie sie die Rechtsprechung für das Straßenverkehrsrecht anerkennt⁸³, hat also auch insofern eine Bedeutung. Zusammenfassend ist damit festzuhalten, dass der überkommene Daseinsgrund des Verweisungsprivilegs entfallen ist, ohne dass ein neuer Daseinsgrund die Lücke füllte. § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB ist daher nicht nur eine zeit-, sondern auch eine sachwidrige Bestimmung.⁸⁴

4. Zur Rechtsfolge des Geldersatzes

Wer zum Schadensersatz verpflichtet ist, hat jenen Zustand herzustellen, der bestünde, wäre der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten. Das bestimmt § 249 Abs. 1 BGB. Wer aufgrund einer Amtspflichtverletzung zum Schadensersatz verpflichtet ist, hat daher den Zustand herzustellen, der bestünde, wäre die Amtspflichtverletzung nicht eingetreten, genauer: hätte der Staatsdiener amtspflichtgemäß gehandelt.

Die Beseitigung einer hoheitlichen Handlung verlangt als »actus contrarius« regelmäßig selbst eine hoheitliche Handlung. Nun verpflichtet § 839 BGB den Beamten als Privatperson.⁸⁵ Weil eine Privatperson nicht hoheitlich handeln kann, ist dieser die Herstellung des Zustands, der ohne die Schädigung bestünde, stets unmöglich. Den Fall, dass die Herstellung des verlangten Zustands unmöglich ist, regelt § 251 Abs. 1 BGB. Danach tritt an die Stelle der Naturalrestitution aus § 249 Abs. 1 BGB der Schadensersatz in Geld. Der Amtshaftungsanspruch gewährt deshalb, so folgert die Rechtsprechung, ausnahmslos Schadensersatz in Geld.⁸⁶ Das regelmäßige Wahlrecht des Geschädigten nach § 249 Abs. 2 Satz 1 BGB, entweder Herstellung des Zustands, der bestünde, oder den dazu erforderlichen Geldbetrag zu verlangen, läuft danach für Amtshaftungsansprüche ausnahmslos leer. Die öffentliche Hand entschädigt so zu höheren

⁸¹ Vgl. nur BGHZ 28, 297 (301); 37, 375 (380); 61, 351 (356 f.).

⁸² BGHZ 42, 176 (181); *Scheuner*, DÖV 1955, S. 545 (548).

⁸³ Vgl. BGH, NJW 1977, S. 1238 (1238 f.); NJW 1979, S. 1602 (1602); NJW 1979, S. 2043 (2044).

⁸⁴ *Masing*, in: Umbach/Clemens (Hrsg.), GG, Bd. I, 2002, Art. 34 Rn. 116 (»sachlich ... nicht gerechtfertigt«).

⁸⁵ Oben § 10 Fn. 16 (S. 153).

⁸⁶ BGHZ 34, 99 (104 ff.); 78, 274 ff.; 121, 367 (374); BVerwGE 13, 17 (23 f.).

Kosten, als sie müsste, wenn sie etwa eine amtliche Äußerung, die das Persönlichkeitsrecht verletzt, nicht widerruft⁸⁷ oder Überstunden, die sie unter Verstoß gegen das Arbeitszeitrecht eingefordert hat, nicht durch Freizeit ausgleicht⁸⁸, sondern stattdessen jeweils in Geld den vollen Schadensersatz leistet, wie es die Rechtsprechung verlangt.

Dass die Rechtsfolge der Naturalrestitution beim Amtshaftungsanspruch ausgeschlossen sei, gilt seit jeher als eine »Ungereimthei[t]«. ⁸⁹ Die Rechtsprechung hat ihre Berechtigung, solange der Beamte die Schuld als Privatperson begleicht. Sobald aber der Staat die Schuld übernimmt, entfällt die sachliche Rechtfertigung für den Ausschluss der Naturalrestitution regelmäßig: Niemand ist besser als der Staat in der Lage, hoheitliche Handlungen vorzunehmen. Das Argument, die Schuldübernahme lasse den Schuldinhalt unverändert,⁹⁰ erscheint dagegen als Formalismus. Näher liegt es anzunehmen, dass die Unmöglichkeit entfällt, sobald die Leistung möglich wird. Den Zusammenhang mag man umgekehrte Konfusion nennen. Konfusion bedeutet, dass ein Anspruch erlischt, wenn Schuldner und Gläubiger zusammenfallen. Umgekehrte Konfusion bedeutet dann, dass ein Anspruch wiederauflebt, den der ursprüngliche Schuldner nicht erfüllen konnte, sobald eine Person Schuldner wird, die den Anspruch sehr wohl erfüllen kann.⁹¹

Dass der Amtshaftungsersatz stets auf Schadensersatz in Geld gerichtet sein soll, wird als »anachronistische Konsequenz« mittelbarer Staatshaftung geziehen, und dass das StHG 1981 dem Geschädigten die »freie Wahl« zwischen Wiederherstellungs- und Geldersatzansprüchen eröffnete, entsprechend gelobt⁹². Die Rechtsfolge auf Geldersatz zu beschränken, begründet aber nicht

⁸⁷ Siehe BGHZ 34, 99 (105); vgl. *Doctorow*, Ragtime, 1975, 23. Kap. (S. 162), wo *Coalhouse Walker* ausdrücklich auch »eine Entschuldigung« verlangt, und *Plessen*, Kohlhaas, 1979, S. 98, 154, wo Kohlhaas »eine öffentliche Erklärung zur Wiederherstellung seiner verlorenen Ehre und seines Rufs« fordert, und zwar durch »Rücknahme der ehrenrührigen Beschuldigungen damals in Wellaune«.

⁸⁸ Vgl. EuGH, Slg. 2010, I-12167, Rn. 98 – Fuß; OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 18. 10. 2011 – OVG 4 B 13.11, JurionRS 2011, 33806.

⁸⁹ *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 439, 443 f. (»Hauptmangel«); in der Sache ebenfalls krit. etwa v. *Danwitz*, in: v. Mangoldt/F. Klein/Starck (Hrsg.), GG, Bd. 2, 6. Aufl. 2010, Art. 34 Rn. 149; *Grzeszick*, in: Merten/Papier (Hrsg.), HGR, Bd. III, 2009, § 75 Rn. 75; *J. Ipsen*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2011, Rn. 1291 (»paradox«); wohlgesonnener dagegen *H. Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 26 Rn. 47; *K. Stein*, Die Verantwortlichkeit politischer Akteure, 2009, S. 473; zustimmend *Kluth*, in: H. J. Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht II, 7. Aufl. 2010, § 67 Rn. 128; vgl. auch *Jansen*, JZ 2005, S. 160 (172 f.); *ders.*, in: Schmoeckel/Rückert/Zimmermann (Hrsg.), Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Bd. II/1, 2007, §§ 249–253, 255 Rn. 34 (zur Naturalrestitution als zivilrechtlichem Sonderweg).

⁹⁰ Nachweise bei *Hartmann*, VerwArch 98 (2007), S. 500 (521 f.).

⁹¹ Die Beschränkung auf Naturalrestitution vermeidet außerdem, wer mit einer Mindermeinung Art. 34 GG als Haftungsbegründungsnorm versteht; vgl. zu dieser Ansicht unten § 16 Fn. 51 (S. 353).

⁹² *Bender*, Staatshaftungsrecht, 3. Aufl. 1981, Rn. 105 bzw. 146.

nur eine Zeit-, sondern auch eine Sachwidrigkeit. Das wird deutlich, wenn die Entwicklung des Folgenbeseitigungsanspruchs mit dem Ziel begründet wird, die Beschränkung des Amtshaftungsanspruchs auf den Geldersatz zu überwinden.⁹³

Bei der Frage, ob der Staat die Amtshaftung in natura oder in Geld zu begleichen hat, geht es keineswegs um technizistische Quisquilien. Sogar diesen Umstand veranschaulicht *Kleists* Novelle. *Michael Kohlhaas*, der gleich zu Beginn der Erzählung als jemand charakterisiert wird, der »im Übermaß gerecht«⁹⁴ sei, ging es ausdrücklich darum, die Rappen in ihrem ursprünglichen Zustand »wohlgenähr[t] und gesun[d]«⁹⁵ zurückzuerhalten. Die »geldliche Ersetzung« (»als ob die Pferde tot wären«) reichte ihm gerade nicht.⁹⁴ Der U.S.-amerikanische Kohlhaas, *Coalhouse Walker*, sah die Dinge genauso: Er verlangte die Reparatur seines Ford Model T ausdrücklich als Sachleistung.⁹⁶ Warum wohl? *Kohlhaasens* »Ideal der Gerechtigkeit« entsprach es allein, in den beiden Waagschalen Justitias »nicht nur das gleiche Gewicht, sondern *denselben* Gegenstand« zu haben.⁹⁴ Kohlhaas war es um die vollkommene Rückgängigmachung des geschehenen Unrechts zu tun: »Justice is restoration.«⁹⁷

Die von *Kohlhaas* und *Coalhouse Walker* begehrten Rechtsfolgen teilen eine weitere Gemeinsamkeit. *Kohlhaas* bestand (freilich erfolglos) darauf, dass der Junker seine Pferde »in Person« dickfüttere⁹⁸, und *Coalhouse Walker* verlangte (sogar erfolgreich) die Reparatur seines Ford Model T durch den Feuerwehrhauptmann selbst⁹⁹. Der Amtshaftungsanspruch gewährt ein solches Recht nicht. Die Forderung dürfte weder mit § 267 BGB noch mit Art. 34 Satz 1 GG im Einklang stehen. § 267 BGB gilt auch für Schuldverhältnisse des öffentlichen Rechts.¹⁰⁰ Danach kann regelmäßig auch ein Dritter eine Leistung bewirken; der Schuldner hat nur ausnahmsweise in Person zu leisten.¹⁰¹ Eine höchstpersönliche Leistungspflicht besteht freilich bei einem besonders

⁹³ Vgl. *Lubmann*, Öffentlich-rechtliche Entschädigung rechtspolitisch betrachtet, 1965, S. 85.

⁹⁴ *K.-H. Maurer*, DVjs 75 (2001), S. 123 (128 f.).

⁹⁵ Siehe oben § 1 (S. 3).

⁹⁶ *Doctorow*, *Ragtime*, 1975, insb. 24. Kap. (S. 168), ebenso 23. Kap. (S. 163), 28. Kap. (S. 190); 29. Kap. (S. 199); 36. Kap. (S. 247); vgl. aber auch 23. Kap. (S. 161 f.).

⁹⁷ *Kuhns*, NLH 15 (1983), S. 73 (77).

⁹⁸ Siehe oben § 1 (S. 3 f.).

⁹⁹ *Doctorow*, *Ragtime*, 1975, 37. Kap. (S. 254) bzw. 39. Kap. (»Während die Menge von der Ecke aus zuschaute, nahm Feuerwehrhauptmann Conklin unter Anleitung von zwei Mechanikern den Ford Stück für Stück auseinander und baute vom Chassis aufwärts einen neuen Ford«).

¹⁰⁰ *Krüger*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 2, 6. Aufl. 2012, § 267 Rn. 3; *Schulze*, in: ders. u.a., BGB, 7. Aufl. 2012, § 267 Rn. 1; *Stadler*, in: Jauernig (Hrsg.), BGB, 14. Aufl. 2011, § 267 Rn. 2.

¹⁰¹ Zum Regel-/Ausnahmeverhältnis in dieser Vorschrift siehe *Bittner*, in: J. v. Staudinger, BGB, o. Aufl., 2009, § 267 Rn. 1; *Stadler*, in: Jauernig (Hrsg.), BGB, 14. Aufl. 2011, § 267 Rn. 1 f.

ausgeprägten Vertrauensverhältnis zwischen Schuldner und Gläubiger.¹⁰² Ein solches Vertrauensverhältnis ist aber selbst bei vertraglichen Ansprüchen nicht immer gegeben (die Lehre nennt als Beispiel für höchstpersönliche Pflichten die »künstlerisch[e] oder wissenschaftlich[e] Leistung, bei der der Wert von der Person des Leistenden abhängt«¹⁰³). Bei deliktischen Ansprüchen dürfte es daran regelmäßig fehlen, entstehen diese doch gerade, ohne dass es Vertragspartner geben würde, die einander ausgewählt hätten. Gem. Art. 34 Satz 1 GG ist Schuldner des Amtshaftungsanspruchs weder der Staatsdiener, der die Amtspflichtverletzung begangen, noch der Behördenleiter, in dessen Namen der Amtswalter gehandelt haben möge, sondern die Körperschaft, in deren Dienst der Amtswalter steht. Wer innerhalb dieser Körperschaft den *actus contrarius* zu bewirken hat, richtet sich nach der funktionellen Zuständigkeit innerhalb der Behörde. Diese wiederum folgt aus dem innerbehördlichen Organisationsrecht (Geschäftsverteilungsplan), welches Art. 34 Satz 1 GG unberührt lässt.¹⁰⁴ Es geht eben nicht darum, einen Amtswalter für ein Fehlverhalten büßen zu lassen (das ist eine Frage des Dienstrechts), sondern die Rechtslage (wieder) herzustellen und damit künftigen Rechtsverletzungen vorzubeugen.

III. Drittgerichtetheit

1. Relativierung der Voraussetzung

Die Tatbestandsvoraussetzung der Drittgerichtetheit steht ebenfalls in der Kritik.¹⁰⁵ Die Amtspflicht, deren Verletzung der Amtshaftungsanspruch voraussetzt, muss dem Beamten bzw. Amtswalter »einem Dritten gegenüber« (§ 839 Abs. 1 Satz 1 BGB / Art. 34 Satz 1 GG) obliegen haben. Diese Voraussetzung entstammt dem Bürgerlichen Gesetzbuch.¹⁰⁶ Das Preußische Allgemeine Landrecht kam noch ohne sie aus.¹⁰⁷ Der Gesetzgeber sah die Amtspflicht, die dem Beamten einem Dritten gegenüber obliegt, im Gegensatz zur Amtspflicht, die ihm einem anderen, d. h. dem Staat, gegenüber obliegt.¹⁰⁸ Es geht also um den Unterschied zwischen Innen- und Außenrecht. Rechtsprechung und Lehre fol-

¹⁰² Krüger, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 2, 6. Aufl. 2012, § 267 Rn. 4.

¹⁰³ Krüger, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 2, 6. Aufl. 2012, § 267 Rn. 7.

¹⁰⁴ Dementsprechend ist im Zivilrecht anerkannt, dass Stellvertreter und Erfüllungsgehilfen nicht Dritte im Sinn des § 267 BGB sind: Durch sie bzw. mit ihrer Hilfe leistet der Schuldner selbst, vgl. nur Bittner, in: J. v. Staudinger, BGB, o. Aufl., 2009, § 267 Rn. 5; Schulze, in: ders. u.a., BGB, 7. Aufl. 2012, § 267 Rn. 2.

¹⁰⁵ Der Abschnitt § 10 III gründet auf und entspricht teilweise meiner Darstellung in VerwArch 98 (2007), S. 500 (509 ff.).

¹⁰⁶ Meltz, Beamtenhaftpflicht, 1904, S. 14.

¹⁰⁷ Siehe dessen Zweyter Theil, Zehnter Titel, »Von den Rechten und Pflichten der Diener des Staates«, namentlich §§ 88–91, 127–145; vgl. dazu nur RGZ 78, 241 (249 f.).

¹⁰⁸ Vgl. Mugdan, Materialien zum BGB, Bd. II, S. 459 (entspricht Motive S. 822 f.).

gen: Schon das Reichsgericht ließ entscheidend sein, ob die verletzte Amtspflicht den Amtswalter im Interesse des Einzelnen trifft oder ob sie den inneren Dienst ordnet und damit letztlich »nur« die Allgemeinheit schützt.¹⁰⁹ Auf derselben Linie hält der Bundesgerichtshof eine Amtspflicht für drittgerichtet, wenn sie – nicht notwendig allein, aber zumindest doch auch – den Schutz des Betroffenen vor der infrage stehenden Rechtsverletzung bezweckt.¹¹⁰ Die Definition der Drittgerichtetheit der Amtspflicht entspricht so der Definition des subjektiven öffentlichen Rechts.¹¹¹

Die Tatbestandsvoraussetzung der Drittgerichtetheit stößt auf abstrakte und auf konkrete Kritik. Die Amtspflichten anhand ihrer Drittgerichtetheit zu unterscheiden, wie es § 839 Abs. 1 Satz 1 BGB/Art. 34 Satz 1 GG, Rechtsprechung und Lehre tun, erscheint schon abstrakt durchaus merkwürdig: Sind nicht alle Amtspflichten in einer Weise stets und in anderer nie drittgerichtet? Stets drittgerichtet, weil es der Beamten Grundpflicht ist, dem »ganzen Volk« zu dienen, und sie daher bei der Amtsführung notwendig auf das »Wohl der Allgemeinheit« Bedacht zu nehmen haben?¹¹² Und andererseits nie drittgerichtet, sondern stets nur staatsgerichtet, weil es nicht der Bürger im Außen-, sondern allein der Dienstherr im Innenverhältnis ist, dem die Amtswalter die Erfüllung ihrer Amtspflichten schulden und der allein die Erfüllung einzufordern vermag?¹¹³

Wenn Amtspflichten entweder stets oder aber nie drittgerichtet sind, liegt es fern, sie anhand ihrer Drittgerichtetheit zu unterscheiden: Die Unterscheidung unterscheidet nicht. Das haben auch Rechtsprechung und Lehre erkannt. Diese nehmen an, dass es eine Amtspflicht gibt, rechtmäßig zu entscheiden, und beziehen die Frage nach der Drittgerichtetheit auf das verletzte Recht.¹¹⁴ Diese Auffassung relativiert die Drittgerichtetheit der Amtspflicht, obwohl im Wort-

¹⁰⁹ RGZ 78, 241 (243); 135, 110 (113); 139, 149 (153); 154, 266 (268); ebenso *Anschütz*, WRV, 14. Aufl. 1933, Art. 131 Anm. 10 (S. 611); *Frost*, Haftung, 1916, S. 29; *Meltz*, Beamtenhaftpflicht, 1904, S. 14.

¹¹⁰ BGHZ 56, 40 (45); 84, 292 (299); 134, 268 (276).

¹¹¹ BGH, NJW 1994, S. 1647 (1649); *J. Ipsen*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2011, Rn. 1273; *H. Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 26 Rn. 19; *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 59; *Papier*, in: Maunz/Dürig (Begr.), GG (Stand: 64. Lieferung, Januar 2012), Art. 34 Rn. 191 (Stand: 54. Lieferung, Januar 2009); *Wienhues*, in: Baldus/Grzeszick/Wienhues, Staatshaftungsrecht, 3. Aufl. 2009, Rn. 133; offen gelassen bei *Masing*, Mobilisierung des Bürgers, 1997, S. 147; diff. *Grzeszick*, in: Merten/Papier (Hrsg.), HGR, Bd. III, 2009, § 75 Rn. 13.

¹¹² Die Grundpflicht begründet § 60 Abs. 1 BBG für Bundesbeamte und § 33 Abs. 1 Satz 1, 2 BeamStG für Beamte in den Ländern bundeseinheitlich.

¹¹³ Dazu bereits *O. Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. I, 2. Aufl. 1914, S. 192 (»Die Amtspflicht, die nichts anderes ist als die Dienstpflicht, besteht dem Dienstherrn gegenüber und geht ordentlicherweise den Dritten nichts an«).

¹¹⁴ *Papier*, in: Maunz/Dürig (Begr.), GG (Stand: 64. Lieferung, Januar 2012), Art. 34 Rn. 181 (Stand: 54. Lieferung, Januar 2009); vgl. BGHZ 91, 243 (252) und bereits § 13 RBG v. 13.03.1873, RGBl. S. 61 (63).

laut des Gesetzes vorgegeben, so weit, dass die Amtspflicht »strenggenommen nicht drittschützend ist und daher ehrlicherweise auch in der Auslegung auf dieses Erfordernis verzichtet werden könnte«¹¹⁵. Tatsächlich gibt es sogar Verwaltungsinterna, die als drittschützend angesehen werden. Die Versagung des Einvernehmens der Gemeinde mit einer Baugenehmigung ist kein Verwaltungsakt, weil ihr die Außenwirkung fehlt.¹¹⁶ Trotzdem kann sie zu Amtshaftungsansprüchen führen: weil die Versagung des Einvernehmens auch für den Bauwilligen eine »ausschlaggebende Bedeutung« habe.¹¹⁷ Dem Schutz Dritter soll sogar der offenbar aus anderen Gründen so genannte »objektive Beschleunigungszweck«¹¹⁸ dienen. Selbst die Pflicht, Behörden und Gerichte ausreichend mit personellen und sachlichen Mitteln auszustatten, ist keine Pflicht, die allein den inneren Dienst ordnet und damit letztlich bloß die Allgemeinheit schützt.¹¹⁹ Sogar juristische Personen des öffentlichen Rechts, d. h. vor allem Verwaltungsträger, sollen nach herrschender Meinung Dritte im Sinn des Amtshaftungsrechts sein können,¹²⁰ also als solche nicht »nur« im Interesse der Allgemeinheit, sondern auch im Interesse des Einzelnen tätig sein.

Schützt also jede Norm auch Dritte? Der Bundesgerichtshof hat die Kommunalaufsicht als eine Institution beschrieben, die »grundsätzlich nur dem Interesse des allgemeinen Wohls, nicht aber dem Individualinteresse des Einzelnen« diene.¹²¹ Doch auch dieser Rechtsprechung fehlt die Konsistenz: Wenn die Kommunalaufsicht Rechte betrifft, die der Einzelne nicht selbst durchsetzen kann, dann hat die Versagung des aufsichtsrechtlichen Einschreitens für den

¹¹⁵ *Blankenagel*, DVBl 1981, S. 15 (22; vgl. auch Fn. 76); vgl. auch *H. Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 26 Rn. 20 (»ausdehnende Tendenz«).

¹¹⁶ Vgl. BVerwGE 22, 342 (344 f.); 28, 145 (145).

¹¹⁷ BGHZ 65, 182 (186); 118, 263 ff.; BGH, NVwZ 2006, S. 117 (117). Zur Drittgerichtetheit von Verfahrensvorschriften mit »materielle[r] Relevanz« vgl. *Herdegen*, Haftung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, 1983, S. 63.

¹¹⁸ *Desens*, DÖV 2009, S. 197 (203) (dort ohne Hervorhebung); zum Schutz des Bauwilligen gegen »einen langfristigen Baustopp, obwohl dem Vorhaben die nach dem Gesetz an sich geforderten bauplanungsrechtlichen Gründe gar nicht entgegenstehen«, siehe nur Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Baugesetzbuchs und zur Neuregelung des Rechts der Raumordnung, Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 13/6392 v. 04. 12. 1996, S. 60.

¹¹⁹ BGH, NJW 2007, S. 830 (832); strenger noch BGHZ 111, 272 (273 ff.); a.A. auch *Broß*, StraFo 2009, S. 10 (14 f.); vgl. noch *Terbechte*, DVBl 2007, S. 1134 (1139) (»kopernikanische Wende«).

¹²⁰ Vgl. BGHZ 26, 232 (234); 60, 371 (372); 116, 312 (315); 153, 198 (201 f.); BGH, NVwZ-RR 2012, S. 54 (55); v. *Danwitz*, in: v. Mangoldt/F. Klein/Starck (Hrsg.), 6. Aufl. 2010, Art. 34 Rn. 89; *Kluth*, in: H. J. Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht II, 7. Aufl. 2010, § 67 Rn. 83 (»grundsätzlich anerkannt«); v. *Komorowski*, VerwArch 93 (2002), S. 62 (75 ff.); *Papier*, in: Maunz/Dürig (Begr.), GG (Stand: 64. Lieferung, Januar 2012), Art. 34 Rn. 208 (Stand: 54. Lieferung, Januar 2009). A.A. *U. Stelkens*, DVBl 2003, S. 22 (30); vgl. auch *Hartmann*, Volksgesetzgebung und Grundrechte, 2005, S. 133; *ders.*, VerwArch 98 (2007), S. 500 (Fn. 112).

¹²¹ BGHZ 118, 263 (273 f.); wortgleich zuvor *Wurm*, in: FS Boujong, 1996, S. 687 (697); zustimmend *Oebbecke*, in: Erichsen (Hrsg.), Kommunale Verwaltung im Wandel, 1999, S. 165 (168); vgl. *Desens*, DÖV 2009, S. 197 (199 f.) und zum Drittschutz zu Gunsten der Gemeinden *Brinktrine*, Die Verwaltung 43 (2010), S. 273 (280 ff.).

Betroffenen ebenfalls »ausschlaggebende Bedeutung« im Sinn der Rechtsprechung zum baurechtlichen Einvernehmen der Gemeinde. Ist das richtig, lässt sich auch insoweit sagen, dass der Einzelne mittelbar sehr wohl betroffen ist, jedenfalls nicht weniger als von der Ausstattung der Behörden und Gerichte. Auf dieser »großzügigen« Linie liegt denn auch die relativierende Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur »Wiederbelebung der kommunalaufsichtlichen Amtshaftung«¹²² zu Gunsten der beaufsichtigten Gemeinde.¹²³ Diese Rechtsprechung setzt voraus, dass Kommunalaufsicht doch nicht allein dem öffentlichen Interesse dient.¹²⁴ Nach alledem sind Amtspflichten, die allein im öffentlichen Interesse liegen, wahrhaftig zu suchen. Die Finanzdienstleistungsaufsicht wäre ein Fundstück, doch auch nur, falls die (verfassungs-)rechtlichen Bedenken gegen § 6 Abs. 3 KWG a.F. (entspricht § 4 Abs. 4 FinDAG) fehl gehen.¹²⁵

Vor dem Hintergrund der skizzierten Rechtsprechung hat die Drittgerichtetheit der Amtspflicht nicht mehr die Funktion, bestimmte Amtspflichten von der Amtshaftung freizustellen.¹²⁶ Sondern sie hat nur noch die Funktion, bestimmte Geschädigte als Dritte in den haftungsrechtlichen Schutzbereich einer Rechtspflicht ein- und bestimmte Vierte aus diesem Schutzbereich auszuschließen. In dieser Funktion stimmt die Drittgerichtetheit der verletzten Amtspflicht mit dem Kriterium des Schutzzwecks der Norm überein, das in den Zusammenhang mit Kausalität und Adäquanz gehört. Anhand dieses Kriteriums lässt sich – um das Beispiel der Kommunalaufsicht aufzugreifen – zwanglos die gewünschte Differenzierung begründen, dass die Kommunalaufsicht nur die Gemeinde schütze (nämlich vor dem Versagen ihrer eigenen Organe und damit vor sich selbst), nicht aber Vierte (mit der Folge, dass bei rechtswidrigen Aufsichtsmaßnahmen zwar die Gemeinde, nicht aber diese Vierten Amtshaftungsansprüche geltend machen können)¹²⁷: Auch wenn die Dienstpflichten der Kommunalaufsicht an sich drittschützend sind, weil sie nicht nur die Allgemeinheit, sondern auch bestimmte andere (Dritte) schützen, können nur die Gemeinden und müssen nicht auch alle anderen zu diesen bestimmten anderen, den geschützten Dritten, gehören.

Diese Fragen unter den Auspizien des Schutzzwecks der Norm zu prüfen, ist gegenüber der Prüfung im Rahmen der Drittgerichtetheit vorzugswürdig, weil das Kriterium des Schutzzwecks der Norm über den Amtshaftungsanspruch hinaus Anerkennung findet. Der Schutzzweck der Norm zählt in

¹²² Oebbecke, DVBl 2009, S. 1152 (1155).

¹²³ BGHZ 153, 198 ff.; ebenso zuvor bereits RGZ 118, 94 (98 f.); Oebbecke, DÖV 2001, S. 406 (408); vgl. auch Cromme, DVBl 1996, S. 1230 (1231 ff.) (zu § 1 StHG-DDR).

¹²⁴ Oebbecke, DVBl 2009, S. 1152 (1155 f.) (dort auch zu § 117 ThürKO).

¹²⁵ Siehe oben § 8 Fn. 152 f., 155 (S. 132).

¹²⁶ Zum Legislativunrecht sogleich in § 10 III 3 (S. 172 ff.).

¹²⁷ Vgl. Oebbecke, in: Erichsen (Hrsg.), Kommunale Verwaltung im Wandel, 1999, S. 165 (168).

den »Dunstkreis« der Kausalität und ist daher auch für Anspruchsgrundlagen zu prüfen, welche die Drittgerichtetheit der verletzten Rechtsnorm nicht zur Anspruchsvoraussetzung machen.¹²⁸ Dass die Drittgerichtetheit, anders als der Schutzzweck der Norm, im Wortlaut des § 839 Abs. 1 Satz 1 BGB und des Art. 34 Satz 1 GG vorkommt, ist ausnahmsweise kein starkes Argument, denn jedenfalls der Verfassungsgeber hat diese Wendung ohne Rechtsfolgenbewusstsein normiert. Dass die Voraussetzung eher zufällig Teil des geltenden Rechts geworden ist, wie sogleich in Erinnerung zu rufen ist, stützt die richterliche Relativierung der Drittgerichtetheit.

2. Normierung ohne Rechtsfolgenbewusstsein

Schon die Nationalversammlung, die die Voraussetzung erstmals in den Rang von Verfassungsrecht erhob, hatte nicht diskutiert, was es mit der Drittgerichtetheit der Amtspflicht auf sich habe. Als sich der Parlamentarische Rat konstituierte, fand er disparate Regelungen vor. Der Herrenchiemseentwurf¹²⁹, das einfache Reichsrecht¹³⁰ und die Landesverfassung von Rheinland-Pfalz verlangten keine Drittgerichtetheit, wohl aber die Landesverfassungen in Baden, Bayern, Hessen, Württemberg-Baden, Württemberg-Hohenzollern und dem Saarland¹³¹. Der Parlamentarische Rat debattierte daher zunächst diverse Vorschläge, die ohne die Voraussetzung auskamen.¹³² Schließlich gelangte die Drittgerichtetheit doch noch in den Normtext¹³³, allerdings ohne dass die ansonsten umfangreiche Debatte grundgesetzlicher Staatshaftung die Änderung thematisierte.

Dass die Abgeordneten das Merkmal wohl ohne Klarheit über dessen Rechtsfolgen, vielleicht sogar ohne besondere Regelungsabsicht in die Verfassung aufnahmen, zeigt besonders anschaulich die 6. Sitzung des Zuständigkeitsausschusses vom 30. September 1948. Den Ausgangspunkt der Beratung bildete Art. 120 HChE, der keine Drittgerichtetheit vorsah.¹³⁴ Auf dieser Grund-

¹²⁸ Vgl. *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 57 (»kein Spezifikum des Amtshaftungsanspruchs, sondern ein Wesenselement jeder Staatshaftung«).

¹²⁹ Bericht des Unterausschusses III: Organisationsfragen v. 18.08.1948, zit. nach H.-P. Schneider (Hrsg.), Grundgesetz – Dokumentation, Bd. 10, 1996, Art. 34 Dok. 11, S. 527 (528); Verfassungsausschuss der Ministerpräsidentenkonferenz der westlichen Besatzungszonen, Bericht über den Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee, undat., zit. nach H.-P. Schneider (Hrsg.), a. a. O., Art. 34 Dok. 15, S. 531 (531).

¹³⁰ § 23 des DBG von 1937, Abdruck bei H.-P. Schneider (Hrsg.), a. a. O., Art. 34 Dok. 22, S. 555.

¹³¹ Siehe H.-P. Schneider (Hrsg.), a. a. O., Art. 34 Dok. 2–8, S. 524 ff.

¹³² Siehe H.-P. Schneider (Hrsg.), a. a. O., Art. 34 Dok. 18, S. 537 (538), Dok. 32 (S. 576).

¹³³ Siehe Parlamentarischer Rat, Allgemeiner Redaktionsausschuss, Fassung 1. Lesung der Artikel 1 bis 20 v. 16. 11. 1948, zit. nach H.-P. Schneider (Hrsg.), a. a. O., Art. 34 Dok. 35, S. 577.

¹³⁴ Siehe Vors. *Wagner* (SPD), zit. nach H.-P. Schneider (Hrsg.), a. a. O., Art. 34 Dok. 18, S. 537 (538).

lage diskutierte der Ausschuss die Frage, ob »Bediensteter des Bundes« (und ähnliche Formulierungen) ein »schöner«, »rechtsästhetischer« Ausdruck sei, den »die Beamten wollen« würden, oder ein »schlechte[r]«, allenfalls »erträglich[er]« Begriff.¹³⁵ Am Ende der Diskussion, in der weder die Amtspflicht noch deren Drittgerichtetheit vorkamen, stand plötzlich eine Neufassung, welche die Drittgerichtetheit der Amtspflicht doch wieder enthielt.¹³⁶ Dass das nicht als Begrenzung der Haftung gemeint war, zeigen Formulierungen des Abg. *Dr. Laforet*, der an ein und demselben Tag ohne jedes Problembewusstsein Vorschläge mit und ohne Drittgerichtetheit machte.¹³⁷ Die Gedankenlosigkeit der Abgeordneten überrascht, weil ein Mitglied des Parlamentarischen Rats, *Dr. Menzel*, Stellungnahmen »führende[r] Genossen in der Justiz«, nämlich des Präsidenten des Deutschen Obergerichts für das Vereinigte Wirtschaftsgebiet, *Dr. Herbert Ruscheweyh*, und des Stellvertreters des Justizministers Nordrhein-Westfalens, des Ministerialdirektors *Otto Bleibtreu*, übermittelt hatte, die sich gerade mit dieser Voraussetzung befassten.¹³⁸

Im Anschluss an die Übermittlung der Stellungnahmen beantragte der Ausschuss für Zuständigkeitsabgrenzung unter dem 15. Dezember 1948 einen Art. 27c GG, welcher die Drittgerichtetheit zur Voraussetzung erhob¹³⁹. Ob darin eine Reaktion auf die Einwände *Bleibtreus* und *Ruscheweyhs* gesehen werden kann, erscheint freilich trotz des zeitlichen Zusammenhangs fraglich. In dem ersten Dokument, das nach der Weiterleitung der Stellungnahmen unter dem 1. November 1948 in der Dokumentation *Hans-Peter Schneiders* abgedruckt ist, griff der Vorsitzende jedenfalls nur den Hinweis *Ruscheweyhs* auf, dass in Art. 15a Satz 3 das Wort »und« durch das Wort »oder« ersetzt werden müsse. Über diese Änderung hinaus, die ohne Bezugnahme auf *Ruscheweyh* oder *Menzel* erfolgte, sind keine Äußerungen zu Themen dokumentiert, zu denen sich *Ruscheweyh* und *Bleibtreu* verhalten hatten. Vor allem aber erscheint es als aussagekräftiger Hinweis, dass den Abgeordneten auch später noch unbefangenen Formulierungen mit und ohne Drittgerichtetheit unterlaufen (vgl. etwa

¹³⁵ Siehe Vors. *Wagner* (SPD), Abg. *Reuter* (SPD), Abg. *Dr. v. Brentano* (CDU) und Abg. *Dr. Laforet* (CSU), alle zit. nach H.-P. Schneider (Hrsg.), a. a. O., Art. 34 Dok. 18, S. 537 (539 f.).

¹³⁶ Siehe Parlamentarischer Rat, Zuständigkeitsausschuss, Kurzprot. der 5. und 6. Sitzung v. 29./30. 09. 1948, zit. nach H.-P. Schneider (Hrsg.), a. a. O., Art. 34 Dok. 19, S. 550 (551).

¹³⁷ Mit Drittgerichtetheit Abg. *Dr. Laforet* (CSU), zit. nach H.-P. Schneider (Hrsg.), a. a. O., Art. 34 Dok. 18, S. 537 (542, 544). Ohne Drittgerichtetheit *ders.*, a. a. O., S. 547, 574; außerdem Abg. *Dr. Hoch* (SPD), a. a. O., S. 546, 551, 567 und 574, sowie Vors. *Wagner* (SPD), a. a. O., S. 549. Erneut findet sich die Diskrepanz in den Formulierungen *Dr. Laforets* (CSU), a. a. O., Art. 34 Dok. 22, S. 554 ff., einerseits S. 555, andererseits S. 557.

¹³⁸ *Hartmann*, VerwArch 98 (2007), S. 500 (511 f.); die Korrespondenz aus dem Nachlass *Fritz Hochs* ist unveröffentlicht und daher im Anhang abgedruckt, siehe unten (S. 391 ff.).

¹³⁹ Antrag Parlamentarischer Rat 12.48 – 382, abgedruckt bei H.-P. Schneider (Hrsg.), Grundgesetz – Dokumentation, Bd. 10, 1996, Art. 34 Dok. 53, S. 597 f.

Art. 20a¹⁴⁰ mit Art. 15a¹⁴¹) und dass diese Formulierungen, obwohl sie sich in der Frage der Drittgerichtetheit unterschieden, ausdrücklich als einander entsprechend gelten konnten¹⁴².

Bei den Beratungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs hatte das Merkmal der Amtspflicht, die dem Beamten »einem Dritten gegenüber« obliege, ohnehin eine ganz andere Bedeutung gehabt: Vertreter der Kommission hatten geltend gemacht, dass das BGB wegen dieser Wendung den Ländern weiterhin eine Regelung erlaube, nach der

»der Schaden, der durch die Ausübung der öffentlichen Gewalt dem Einzelnen auferlegt werde, zunächst nur vom Staate allein getragen werden müsse, während die Beamten eventuell nur dem Staate haften. Eine solche, zweifellos in der Kompetenz der einzelnen Bundesstaaten liegende Bestimmung, werde vom Entwurf nicht ausgeschlossen, da derselbe im Absatz 1 nur von der dem Beamten »einem Dritten gegenüber« obliegenden Amtspflicht spreche«¹⁴³.

3. Ausschluss legislativen Unrechts

Die Tatbestandsvoraussetzung der Drittgerichtetheit entfaltet, soweit ersichtlich, für die Rechtsprechung vor allem noch in einer Konstellation nennenswerte Filterwirkung: bei Amtshaftungsansprüchen wegen legislativen Unrechts. Die »für die Gesetzgebung verantwortlichen Amtsträger« nähmen, so der Bundesgerichtshof, bei der Gesetzgebung Aufgaben ausschließlich gegenüber der Allgemeinheit, nicht aber gegenüber bestimmten Einzelpersonen oder Personengruppen wahr.¹⁴⁴ Das folge aus dem Umstand, dass Gesetze »durchweg generelle und abstrakte Regeln« enthielten.¹⁴⁵ Weil Gesetze nicht nur bestimmte

¹⁴⁰ Parlamentarischer Rat, zit. nach H.-P. Schneider (Hrsg.), Grundgesetz – Dokumentation, Bd. 10, 1996, Art. 34 Dok. 35, S. 577; Kurzprot. der 17. Sitzung v. 23. 11. 1948, zit. nach Schneider, a. a. O., Art. 34 Dok. 38, S. 579; Parlamentarischer Rat, zit. nach Schneider, a. a. O., Art. 34 Dok. 53, S. 597.

¹⁴¹ Vors. Dr. Strauss (CDU), zit. nach H.-P. Schneider (Hrsg.), Grundgesetz – Dokumentation, Bd. 10, 1996, Art. 34 Dok. 36, S. 578.

¹⁴² Parlamentarischer Rat, Zuständigkeitsausschuss, StenProt. der 17. Sitzung v. 23. 11. 1948, zit. nach H.-P. Schneider (Hrsg.), Grundgesetz – Dokumentation, Bd. 10, 1996, Art. 34 Dok. 37, S. 579, und Kurzprot., zit. nach Schneider, a. a. O., Art. 34 Dok. 38, S. 579.

¹⁴³ Vgl. den Bericht des Abg. Dr. Enneccerus, oben § 8 Fn. 134 (S. 129), S. 65.

¹⁴⁴ BGHZ 56, 40 (46); im Grundsatz ebenso *Dagtolou*, Ersatzpflicht des Staates bei legislativem Unrecht?, 1963, S. 39. Dagegen hat *Schack* seine ursprünglich andere Ansicht aufgegeben, siehe *ders.*, NJW 1963, 1336 (1338).

¹⁴⁵ BGH, NVwZ 1993, S. 601 (601) (mit dem Prädikat »st. Rspr.«); vgl. auch BGHZ 84, 292 (300); 134, 30 (32). Als Ausnahmen werden Einzelfall- und Maßnahmegesetze sowie Satzungen wie der Bebauungsplan (BGHZ 92, 34 (36)) und die Veränderungssperre (BGHZ 58, 124 (128 f.); 73, 161 (182)) genannt, siehe BGHZ 91, 20 (26 ff.); 142, 259 (263); zusammenfassend H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 26 Rn. 53, § 27 Rn. 91; krit. C. Walter, ZaöRV 1993, S. 882 (903 f.).

Adressaten betreffen, könne dem Gesetzgeber die Amtspflicht, sich rechtmäßig zu verhalten, auch nicht zum Schutz bestimmter Dritter obliegen.¹⁴⁶

Diese Rechtsprechung stößt auf zunehmenden Widerstand in der Lehre. Ich habe an anderer Stelle zu zeigen versucht, dass der Vorwurf, in der »(Nicht)-Haftung für legislatives Unrecht« liege »ein nicht zu rechtfertigendes Leistungsdefizit des Staatshaftungsrechts«¹⁴⁷, so gesehen in gewisser Weise zu weit geht. Denn nach einer bereits als herrschend bezeichneten Ansicht der Lehre¹⁴⁸ gewährt schon das geltende Recht, legt man es nur – anders als die Rechtsprechung – zutreffend aus, Amtshaftung auch gegen Legislativunrecht.¹⁴⁹ Die Kritik der Lehre braucht hier nicht wiederholt zu werden. Es genügen wenige Hinweise. Zum Ersten muss nicht die zu erlassende Rechtsnorm, sondern das dabei zu beachtende höherrangige Recht drittschützend sein.¹⁵⁰ Entscheidend ist, das gibt Art. 34 Satz 1 GG vor, die verletzte Amtspflicht. Die Grundrechte verpflichten den Gesetzgeber, sie selbst zu achten und, in Verbindung mit ihnen, auch nicht gegen sonstiges Verfassungsrecht zu verstoßen. Weil die Grundrechte Paradebeispiel subjektiver Rechte sind,¹⁵¹ ist die von ihnen normierte, soeben beschriebene Amtspflicht, das höherrangige Recht zu wahren, ebenfalls dritt-

¹⁴⁶ BGHZ 56, 40 (46); 87, 321 (335); 102, 350 (367); 108, 224 (227 f.).

¹⁴⁷ Bertelmann, Europäisierung, 2005, S. 33.

¹⁴⁸ Leisner-Egensperger, DÖV 2004, S. 65 (71); Wróblewski, Staatshaftung für legislatives Unrecht, 2005, S. 58, 74 f. m. w. N.; vgl. bereits Herdegen, Haftung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, 1983, S. 61 (in der Literatur »weitgehend ... durchgesetzt«); zurückhaltender dagegen H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 26 Rn. 51.

¹⁴⁹ v. Arnim, Haftung der Bundesrepublik Deutschland für das Investitionshilfegesetz, 1986, S. 44 ff., 46 ff.; Dagtoglou, VerwArch 65 (1974), S. 345 (349 bzw. 354); Ehlers, JZ 1996, S. 776 (783); Erbguth, VVDStRL 61 (2002), S. 221 (239); Fetzer, Haftung für legislatives Unrecht, 1994, S. 49 ff., 119 ff.; Gromitsaris, DÖV 2006, S. 288 (291); Grzeszick, Rechte und Ansprüche, 2002, S. 424 ff., 474 ff., 527; Gurlit, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), GG, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 34 Rn. 27; Hartmann, VerwArch 98 (2007), S. 500 (522); Höfling, VVDStRL 61 (2002), S. 260 (276); Leisner-Egensperger, DÖV 2004, S. 65 (72); Papier, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 5, 5. Aufl. 2009, § 839 Rn. 261; Schenke/Guttenberg, DÖV 1991, S. 945 (949 ff.); Oldiges, Der Staat 15 (1976), S. 381 (389 f.); Schoch, Die Verwaltung 34 (2001), S. 261 (281 f.); Wieland, in: H. Dreier (Hrsg.), GG, Bd. II, 2. Aufl. 2006, Art. 34 Rn. 50 f.; vgl. auch Dietlein, in: Stern, Staatsrecht, Bd. IV/2, 2011, S. 2092 f.; Oppermann/Classen/Nettesheim, Europarecht, 5. Aufl. 2011, § 14 Rn. 16 (Ausklammerung »zweifelhaft geworden«).

Das Bundesverfassungsgericht hat in BVerfG, 2 BvR 2661/06 v. 06.07.2010, Rn. 85, offen gelassen, ob ein dort näher bezeichneter Anspruch auf Entschädigung wegen Legislativunrechts »bereits im bestehenden Staatshaftungssystem angelegt« ist. Auch BVerfG, NVwZ-RR 2007, S. 266 (268), anerkennt grundsätzlich die Möglichkeit, dass Gesetzgebung dritgerichtete Amtspflichten verletzt.

¹⁵⁰ Ehlers, JZ 1996, S. 776 (783); Herdegen, Haftung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, 1983, S. 62; Hermes, Die Verwaltung 31 (1998), S. 371 (394); Schoch, Die Verwaltung 34 (2001), S. 261 (281).

¹⁵¹ Unbestritten, vgl. nur BVerfGE 15, 362 (370); Hartmann, Volksgesetzgebung und Grundrechte, 2005, S. 66; Sachs, in: Stern, Staatsrecht, Bd. III/1, § 65 II 2 (S. 530 ff.) m. w. N.; Scherzberg, Jura 2004, S. 663 (665); rechtsgeschichtlich H. Bauer, DVBl 1986, S. 208 (211) mit dem Zitat »Prototyp« (Bühler).

schützend. Zum Zweiten verwendet die Rechtsprechung das Argument, der Gesetzgeber sei in der Vorhand, durchaus selektiv. Es dient ihr zur Abwehr einer Haftung für Parlamentsunrecht, soll aber die Haftung für rechtswidrige Satzungen (Bebauungsplan) und Rechtsverordnungen gleichwohl nicht beschränken¹⁵² – obwohl das Argument der finanziellen Folgen dort prinzipiell genauso viel wiegt.¹⁵³ Denn es gibt sowohl untergesetzliche Normen mit großer haftungsrechtlicher Tragweite (etwa im technischen Sicherheitsrecht, im Gesundheits- und im Lebensmittelrecht) als auch formell-gesetzliche Normen ohne große haftungsrechtliche Bedeutung (etwa ein verfassungswidriges Gesetz, das nur einer kleinen Gruppe ein ganz geringfügiges Sonderopfer auferlegte).¹⁵⁴ Zum Dritten liegt auch in dem Ausschluss der Haftung für legislatives Unrecht keine eigenständige Funktion des Merkmals der Drittgerichtetheit. Die Rechtsprechung verwehrt die Haftung für legislatives Unrecht auch nach Anspruchsgrundlagen, bei denen die Drittgerichtetheit keine Tatbestandsvoraussetzung ist. So stehe der Legislativhaftung für enteignungsgleiche Eingriffe die Voraussetzung der Unmittelbarkeit der Schädigung entgegen.¹⁵⁵

IV. Voraussetzung des Verschuldens

Die wohl wichtigste Kritik, die gegen den Amtshaftungsanspruch vorgetragen wird, betrifft die Verschuldensvoraussetzung. Dass die Wiedergutmachung hoheitlichen Unrechts vom Verschulden des Amtswalters abhängen soll, gilt einmal mehr schon lange als »antiquier[t]«¹⁵⁶. Die Voraussetzung ist nicht nur als »wesentliche[r]«¹⁵⁷ Mangel der Amtshaftung, sondern sogar für das gesamte Gebiet des Staatshaftungsrechts als einer der »Hauptmängel«¹⁵⁸, als »eigent-

¹⁵² Siehe die Nachweise soeben in Fn. 145 (S. 172) sowie, speziell zu dem Umstand, dass das Argument, der Gesetzgeber sei auch aufgrund der finanziellen Folgen normativer Unrechthaftung in der Vorhand, nicht für untergesetzliche Normen gelte, BGHZ 100, 136 (145 f.), 111, 349 (352 f.).

¹⁵³ *Detterbeck*, JA 1991, S. 7 (9); *W.-R. Schenke*, NJW 1988, S. 857 (860 f.); a.A. wohl *H. Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 26 Rn. 52 f.

¹⁵⁴ *Ossenbühl*, JZ 1987, S. 1027 (1027 f.); *ders.*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 234.

¹⁵⁵ Vgl. *W.-R. Schenke*, NJW 1988, S. 857 (860); *ders.*, NJW 1991, S. 1777 (1789); im Ergebnis ebenso BGHZ 100, 136 (145 f.); 102, 350 (359); *Karpenstein/Johann*, NJW 2010, S. 3405 (3406); krit. dagegen *Detterbeck*, JA 1991, S. 7 (9); zur Forderung, gegen Legislativunrecht Folgenbeseitigungsansprüche zu gewähren, vgl. nur *Lerche*, Übermaß und Verfassungsrecht, 2. Aufl. 1998, S. 169 ff.

¹⁵⁶ *Bender*, Staatshaftungsrecht, 3. Aufl. 1981, Rn. 139; in der Sache ebenso bereits *Bartlperger*, Verkehrssicherungspflicht und öffentliche Sache, 1970, S. 104 (Verschuldenshaftung verfehle »Bedürfniss[e] des heutigen Rechtslebens«); *Heidenhain*, JZ 1968, S. 487 (491).

¹⁵⁷ Gesetzesantrag des Freistaates Bayern v. 17. 11. 1989, BRat-Drs. 644/89, Anlage S. 6; in der Sache ebenso *Grzeszick*, in: Merten/Papier (Hrsg.), HGR, Bd. III, 2009, § 75 Rn. 75.

¹⁵⁸ *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 439 mit 440.

liche[r] Stein des Anstoßes«¹⁵⁹ ausgeflaggt worden.¹⁶⁰ Bei näherem Hinsehen lassen sich zwei Ansätze ausmachen, mit der Verschuldensvoraussetzung fertig zu werden, will man sie nicht gleich als verfassungswidrig aussortieren¹⁶¹. Der eine blickt über den verschuldensabhängigen Amtshaftungsanspruch hinaus und versucht von Verschulden unabhängige Anspruchsgrundlagen daneben zu etablieren. Der andere bewegt sich innerhalb des Amtshaftungsanspruchs und trachtet, die Reichweite der Verschuldensvoraussetzung zu reduzieren.

Die Bemühungen, neben den Amtshaftungsanspruch andere, von Verschulden unabhängige Ansprüche zu stellen¹⁶², blicken auf eine lange Tradition zurück. Zur Vorgeschichte zählt, dass der 9. Deutsche Juristentag bereits 1871, also noch bevor § 839 BGB in Kraft trat, wie berichtet eine »Lösung vom Verschuldensprinzip« forderte.¹⁶³ Nicht lange nach Inkrafttreten des Grundgesetzes galt ein Haftungsregime, das über § 839 BGB in Verbindung mit Art. 34 GG auf das Beamtenverschulden abhob, als »unstabiles Übergangsstadium«¹⁶⁴: »[E]ndlich« sei das »Seil zwischen Art. 34 GG und § 839 BGB« zu Gunsten »objektivierte[r]« Staatshaftung zu kappen.¹⁶⁵ Auf derselben Linie wählten in den 1950er Jahren *Lerche*¹⁶⁶, *Menger*¹⁶⁷ und *Haas*¹⁶⁸ den Folgenbeseitigungsanspruch als Anknüpfungspunkt der Reformüberlegungen; seit Ende der 80er Jahre¹⁶⁹ untersuchen *Grzeszick*¹⁷⁰, *Höfling*¹⁷¹, *Schoch*¹⁷² und andere die Grundrechte auf mögliche haftungsrechtliche Gehalte.

Es ist nicht bei Forderungen und Versuchen geblieben. Der »externe« Ansatz kann auf eine große Zahl von Erfolgen verweisen. Die »Erweiterung« der Ansprüche wegen Enteignung und aus Aufopferung zunächst auf schuldlos rechtswidrige Eingriffe und später auf schuldhaft rechtswidrige Eingriffe gründete

¹⁵⁹ Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses zum StHG 1981 v. 30. 01. 1981, BT-Drs. 9/130, S. 2.

¹⁶⁰ Vgl. *Bender*, VersR 1974, S. 1 (1); v. *Danwitz*, in: v. Mangoldt/F. Klein/Starck (Hrsg.), GG, Bd. 2, 6. Aufl. 2010, Art. 34 Rn. 157 (Aufgabe des Verschuldensprinzips als ein Grundprinzip einer Neuregelung »Allgemeingut«); *Morlok*, Die Verwaltung 25 (1992), S. 371 (382 f., 384); *Seltenreich*, Francovich-Rechtsprechung, 1997, S. 242.

¹⁶¹ So aber *Sobota*, Prinzip Rechtsstaat, 1997, S. 234.

¹⁶² *Scheuner*, DÖV 1955, S. 545 (549) (mit Blick auf die Vorschläge *Lerches*, *Mengers* und *Haasens*).

¹⁶³ Siehe oben § 10 Fn. 5 (S. 151).

¹⁶⁴ *Lubmann*, Öffentlich-rechtliche Entschädigung rechtspolitisch betrachtet, 1965, S. 85 m. w. N.

¹⁶⁵ Vgl. *Rupp*, Grundfragen, 2. Aufl. 1991, S. 304 m. w. N.

¹⁶⁶ *Lerche*, Recht im Amt (RiA) 1(1954), S. 9 ff.; vgl. auch *Scheuner*, DÖV 1955, S. 545 (549).

¹⁶⁷ Siehe oben § 2 Fn. 48 (S. 14).

¹⁶⁸ *Haas*, System der öffentlichrechtlichen Entschädigungspflichten, 1955, S. 59 ff., insb. S. 63 (zum »verfassungskräftige[n] Wiedergutmachungsanspruch« auf Folgenbeseitigung).

¹⁶⁹ So die Datierung bei *Grzeszick*, Die Verwaltung 40 (2007), S. 600 (600).

¹⁷⁰ *Grzeszick*, Rechte und Ansprüche, 2002, S. 340 ff.; *ders.*, in: Merten/Papier (Hrsg.), HGR, Bd. III, 2009, § 75 Rn. 1 ff., 74 ff.

¹⁷¹ *Höfling*, VVDStRL 61 (2002), S. 260 (273).

¹⁷² *Schoch*, Die Verwaltung 34 (2001), S. 261 (279 f.).

»[n]icht zuletzt« in dem Bemühen, die Verschuldensabhängigkeit der Amtshaftung zu überwinden.¹⁷³ Auch die richterrechtliche Entwicklung des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs liegt auf dieser Linie.¹⁷⁴ Der Gesetzgeber selbst zog an diesem Strang. 1981 kannte das verabschiedete Staatshaftungsgesetz eine Staatshaftung für Schäden »aus rechtswidrigen Eingriffen in grundrechtlich geschützte Rechtspositionen«, die »ausnahmslos und unabhängig von Sorgfaltspflichtverstößen« normiert war.¹⁷⁵ Den Abschied vom Verschuldensprinzip, das schon lange als »unhaltba[r]«¹⁷⁶ galt, begründete der Gesetzgeber insoweit mit der »sowohl faktischen als auch rechtlichen Überlegenheit der öffentlichen Gewalt über die ihr unterworfenen Bürger«. ¹⁷⁷ Der Gesetzgeber löste sich auch außerhalb von Grundrechtsverletzungen von der Verschuldensvoraussetzung, als der Einigungsvertrag den – später gerade wegen seiner Verschuldensunabhängigkeit als »konstruktive Fortschrittlichkeit«¹⁷⁸ gepriesenen – Haftungsanspruch gem. § 1 StHG-DDR im Jahr 1990 in das Landesrecht der beigetretenen Länder überführte.¹⁷⁹ Für das gesamte Bundesgebiet ist der Gesetzgeber dem Verschulden als Voraussetzung bereits entkommen, soweit es um überlange Gerichtsverfahren geht: Den vorerst letzten Anbau an das ohnehin verwinkelte Gebäude des Staatshaftungsrechts stellt ein bundesgesetzlich gewährter Entschädigungsanspruch wegen solcher Gerichtsverfahren dar. Dieser Anspruch gem. § 198 Abs. 1 Satz 1 GVG findet seine Rechtfertigung laut Gesetzesbegründung ausdrücklich auch in der »Beschränkung« des Amtshaftungsanspruchs auf »schuldhafte Verzögerungen«¹⁸⁰ und setzt folgerichtig

¹⁷³ *Dagtoglou*, *VerwArch* 65 (1974), S. 345 (346).

¹⁷⁴ *Brugger*, *AöR* 112 (1987), S. 389 (393); *Grzeszick*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), *GG*, 2009, Art. 34 Rn. 48; *ders.*, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 14. Aufl. 2010, § 45 Rn. 140; *Igl/Welti*, *Sozialrecht*, 8. Aufl. 2007, § 76 Rn. 10 (Rechtsprechung habe »Beschränkungen« der allgemeinen Ansprüche, namentlich des Amtshaftungsanspruchs auf Verschulden und des Folgenbeseitigungsanspruchs auf Folgenbeseitigung, »nicht hinnehmen wollen«); a.A. *Bieback*, *DVBl* 1983, S. 159 (164) (»nicht so sehr«, Verschuldensvoraussetzung zu überwinden).

¹⁷⁵ Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses zum StHG 1981 v. 30. 01. 1981, BT-Drs. 9/130, S. 2; vgl. § 1 Abs. 1, § 2 Abs. 1, 2 StHG 1981.

¹⁷⁶ *Dagtoglou*, *VerwArch* 65 (1974), S. 345 (350 bzw. 349).

¹⁷⁷ Bundesminister der Justiz/Bundesminister des Innern (Hrsg.), *Reform des Staatshaftungsrechts* (Kommissionsbericht), 1973, S. 52, vgl. aber auch S. 82 f.

¹⁷⁸ Oben § 10, bei Fn. 39 (S. 156 f.).

¹⁷⁹ Zu Geltungsgrund und -bereich siehe oben § 10, bei Fn. 40 ff. (S. 157).

¹⁸⁰ Gesetzentwurf der Bundesregierung v. 03. 09. 2010, BRat-Drs. 540/10, S. 2, 20; vgl. zum Problem nur EGMR, *NJW* 2006, S. 2389 (Rn. 115 f., 138); EGMR, *NJW* 2010, S. 3355 (Rn. 51, 53 ff.) (jeweils mit dem Befund, dass es an wirksamen Rechtsbehelfen gegen überlange Verfahrensdauer fehle und zur gesetzlichen Einführung einer Untätigkeitsbeschwerde); *M. Breuer*, *Staatshaftung für judikatives Unrecht*, 2011, S. 317 ff.; *Huerkamp/Wielpütz*, *JZ* 2011, S. 139 ff.; sowie weitsichtig bereits *Brüning*, *NJW* 2007, S. 1094 ff. Entschädigung gem. § 198 Abs. 1 Satz 1 GVG hat als eines der ersten Gerichte das OVG Sachsen-Anhalt mit Ur. v. 25. 07. 2012 – 7 KE 1/11, gewährt; vgl. auch BGH, *NJW* 2011, S. 1072 ff.

selbst kein Verschulden voraus¹⁸¹. Der Bundesgerichtshof argumentiert ähnlich: Die Rechtsprechung, die eine verschuldensunabhängige Haftung für Eingriffe in das Eigentum richterrechtlich begründet hat, entspreche »den allgemeinen Gerechtigkeitsvorstellungen«¹⁸².

Den anderen, den »internen« Ansatz, innerhalb des Amtshaftungsanspruchs die Reichweite der Verschuldensvoraussetzung einzuschränken, trieben maßgeblich die Gerichte voran. Die Rechtsprechung weist nicht nur »Objektivierungstendenzen«¹⁸³ auf, sondern verfolgt die »Objektivierung«¹⁸⁴ ohne jene Einschränkung, welche der Bestandteil »-tendenzen« anklingen lassen mag. So wurde die Voraussetzung des Verschuldens als ein »entkräftetes Hindernis« für den Kläger bezeichnet, eben weil diese in der gegenwärtigen Rechtsprechung zur Staatshaftung nur eine »sehr untergeordnete« Rolle spiele,¹⁸⁵ der Begriff der Verschuldenshaftung als »etwas mißverständlich« geziehen, eben weil ein subjektiv vorwerfbares Verhalten nicht erforderlich sei,¹⁸⁶ das Verschuldenserfordernis gar als (lediglich) »nach der *lex scripta* bestehen[d]«¹⁸⁷ behandelt und folgerichtig als besserer Begriff die »Haftung für Rechtswidrigkeit«¹⁸⁸ vorge schlagen und »entsprechend der aktuellen Rechtsprechung«¹⁸⁹ eine reformierte Staatshaftung verschuldensunabhängig auszugestalten gefordert.

Die Relativierungen des Verschuldenserfordernisses innerhalb der Amtshaftung stehen zum einen im Einklang mit dem privaten Haftungsrecht, das die Objektivierung des Fahrlässigkeitsmaßstabs seit langem allgemein verzeich-

¹⁸¹ *Ossenbühl*, DVBl 2012, S. 857 (857) (»auf rein objektive Voraussetzungen zugeschnittene[r] Tatbestand«).

¹⁸² BGHZ 90, 17 (30); vgl. auch *Röder*, Haftungsfunktion, 2002, S. 185.

¹⁸³ *Cornils*, LKV 2003, S. 206 (209) (»längst etabliert[e]«); in der Sache ebenso *Ossenbühl*, NJW 2000, S. 2945 (2949); *Papier*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 5, 5. Aufl. 2009, § 839 Rn. 192.

¹⁸⁴ *Bender*, VersR 1974, S. 1 (1); *Dagtoglou*, VerwArch 65 (1974), S. 345 (346); *Grzeszick*, in: Merten/Papier (Hrsg.), HGR, Bd. III, 2009, § 75 Rn. 14; *Herdegen*, Haftung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, 1983, S. 63; *Höfling*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts III, 2009, § 51 Rn. 113; *J. Ipsen*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2011, Rn. 1279 (dort mit Hervorhebung); *Kannowski*, in: Schmoeckel/Rückert/Zimmermann (Hrsg.), Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Bd. III, 2013, §§ 831–839a, 841 Rn. 87 (»ein ›Verschulden‹ des Staates im Sinne des bürgerlichen Rechts« sei generell »schwer vorstellbar«) (zitiert nach den Druckfahnen); *Kluth*, in: H. J. Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht II, 7. Aufl. 2010, § 67 Rn. 96 f.; *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 72, 440; *Röder*, Haftungsfunktion, 2002, S. 177 f.; vgl. auch *Grzeszick*, in: Merten/Papier (Hrsg.), HGR, Bd. III, 2009, § 75 Rn. 10 f.

¹⁸⁵ *Dagtoglou*, VerwArch 65 (1974), S. 345 (349); vgl. *Bartlsperger*, Verkehrssicherungspflicht und öffentliche Sache, 1970, S. 101 (Annahme eines Verschuldens als »Fiktion«).

¹⁸⁶ *Rebbahn*, Staatshaftung wegen mangelnder Gefahrenabwehr, 1997, Fn. 155 auf S. 172.

¹⁸⁷ *Bender*, Staatshaftungsrecht, 3. Aufl. 1981, Rn. 105 (dort mit Hervorhebungen); vgl. auch Rn. 140.

¹⁸⁸ *Bartlsperger*, Verkehrssicherungspflicht und öffentliche Sache, 1970, S. 101.

¹⁸⁹ Zit. nach *Krings/Hentsch*, ZG 2010, S. 205 (206).

net.¹⁹⁰ Zum anderen gründen sie einmal mehr in der befreienden Schuldübernahme durch den Staat: Auch die Verschuldensvoraussetzung ist nichts anderes als Ausdruck und Folge persönlicher Beamtenhaftung nach § 839 BGB.¹⁹¹ Das Erfordernis sollte (das belegt die Rechtslage im Jahr 1900) dem Schutz des Beamten dienen und nicht dem Schutz des Staates (der damals nicht haftete). Im Rahmen persönlicher Beamtenhaftung hatte das Verschuldensprinzip seinen Sinn, weil es die Schäden, die der Beamte persönlich zu tragen hatte, auf solche begrenzt, deren Eintritt dieser selbst verschuldet hatte. Seit aber der Staat die Amtshaftungsschuld des Beamten übernimmt, schützt das Verschuldenserfordernis nicht mehr den Beamten, der dieses Schutzes nicht mehr bedarf, sondern entlastet die Staatskasse.¹⁹²

Ob sich die entwurzelte Tradition der Verschuldensvoraussetzung, nachdem ihr der Sinn des Beamtenschutzes abhanden gekommen ist, mittels anderer, neuer Gründe rechtfertigen lässt, erscheint zweifelhaft. Die Entlastung der Staatskasse jedenfalls kann kein Grund sein, weil dieser Zweck – wie dargelegt – zugleich zu viel und zu wenig erklärt.¹⁹³ Das »Verschulden eines *Beamten*«, das wusste *Lubmann* schon im Jahr 1965, rechtfertige es ohnehin nicht, »die Gleichheit vor dem *Gesetz* einzuschränken«: Es erscheine nicht »besonders überzeugen[d]«, geschädigte Bürger unterschiedlich zu behandeln, je nachdem, ob der Beamte schuldhaft gehandelt habe.¹⁹⁴ Das Beamtenverschulden dürfe nicht für den Haftungsanspruch des Bürgers gegen den Staat, sondern könne nur für den Rückgriffsanspruch des Staats gegen den Beamten Voraussetzung sein.¹⁹⁵ »Zeitgemäß« ist allein die verschuldensunabhängige Staatshaftung.¹⁹⁶

V. Rechtsschutz

1. Wider die Rechtswegzuweisung an die ordentliche Gerichtsbarkeit

Obwohl das Staatshaftungsrecht nicht zum privaten, sondern zum öffentlichen Recht zählt,¹⁹⁷ sind Amtshaftungsansprüche vor den Zivilgerichten zu verfol-

¹⁹⁰ Vgl. nur *Blaschczok*, Gefährdungshaftung und Risikozuweisung, 1993, S. 7, 93 ff., 391; *Hartmann*, *VerwArch* 98 (2007), S. 500 (517); *Jansen*, Struktur des Haftungsrechts, 2003, S. 118 ff., 445 ff., 545, 557 f., 591 f.; *ders.*, in: *ders.* (Hrsg.), *Development and Making of Legal Doctrine*, 2010, S. 1 (17 ff.).

¹⁹¹ *Dagtoglou*, *VerwArch* 65 (1974), S. 345 (345).

¹⁹² Vgl. *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 440; aber auch *Scheuener*, *DÖV* 1955, S. 545 (549).

¹⁹³ Siehe oben § 10 II 3, bei Fn. 79 (S. 162).

¹⁹⁴ *Lubmann*, Öffentlich-rechtliche Entschädigung rechtspolitisch betrachtet, 1965, S. 210 (mit dem Zitat; Hervorhebungen dort) bzw. S. 84 f. (Fn. 26).

¹⁹⁵ Vgl. *Bender*, *VersR* 1974, S. 1 (7).

¹⁹⁶ *Röder*, Haftungsfunktion, 2002, S. 184.

¹⁹⁷ *BVerfGE* 61, 149 (176).

gen. Das folgt aus § 40 Abs. 2 Satz 1 Hs. 1 Var. 3 VwGO¹⁹⁸, vgl. auch § 3 Abs. 1 RHG, § 71 Abs. 2 Nr. 2 GVG und Art. 34 Satz 3 GG. Die Rechtswegzuweisung an die ordentlichen Gerichte wird ebenfalls schon lange kritisiert.¹⁹⁹ So verlangte *Otto Mayer* bereits 1904, dass die Verwaltungsgerichte »auf alle Fälle das letzte Wort haben« müssen.²⁰⁰ 1954 wurde als »[m]aßvolle[s] Leitbild« formuliert, dass »die öffentlichrechtlichen Elemente möglichst den Verwaltungsgerichten und die zivilrechtlichen möglichst den Zivilgerichten zuzuweisen« sind,²⁰¹ und noch 1981 war zu bedauern, dass das StHG desselben Jahres die »nur historisch erklärbar[e]« Garantie des Zivilrechtswegs nicht abzuschaffen und die »erstrebte Vereinheitlichung des primären und sekundären Rechtsschutzes« nicht zu verwirklichen vermochte.²⁰² 1990 brachte die Freie und Hansestadt Hamburg einen Gesetzesantrag zur Änderung des Grundgesetzes ein, um die Rechtswegspaltung zu schließen.²⁰³ Die Zuweisung an die ordentliche Gerichtsbarkeit verteidigt, soweit ersichtlich, nur noch die ordentliche Gerichtsbarkeit selbst.²⁰⁴

Auch die Rechtswegspaltung lässt sich in der Tat nur historisch erklären:²⁰⁵ Unter der Weimarer Reichsverfassung musste die Verwaltungsgerichtsbarkeit

¹⁹⁸ *Ehlers*, in: Schoch/J.-P. Schneider/Bier (Hrsg.), VwGO (Stand: 23. EL, Januar 2012), § 40 Rn. 541 (Stand: Grundwerk 1996); *Papier*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 5, 5. Aufl. 2009, § 839 Rn. 374; *A. Staudinger*, in: Schulze u.a., BGB, 7. Aufl. 2012, § 839 Rn. 54; *Wittschier*, in: Musielak (Hrsg.), ZPO, 9. Aufl. 2012, § 13 GVG Rn. 19.

¹⁹⁹ Aus den 1950er-Jahren nur *Naumann*, JZ 1951, S. 204 (206 f.); *Ule*, Grundgesetz und Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1950, S. 28 f.; aus den letzten Jahrzehnten nur *Ehlers*, JZ 2003, S. 209 (211); *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 441.

²⁰⁰ *O. Mayer*, Entschädigungspflicht des Staates, 1904, S. 25.

²⁰¹ *Lerche*, RiA 1954, S. 9 (9). Schon zuvor war das Verlangen, die Amtshaftungsklage den Verwaltungsgerichten zuzuweisen, nicht neu, siehe *Schelcher*, Justiz und Verwaltung, 1919, S. 213 ff., insb. 216 f., *Ule*, Grundgesetz und Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1950, S. 29, und *Naumann*, JZ 1951, S. 204 (206 f.).

²⁰² *Bender*, VersR 1974, S. 1 (3), bzw. *ders.*, Staatshaftungsrecht, 3. Aufl. 1981, Rn. 114, 143.

²⁰³ Gesetzesantrag v. 17. 09. 1990, BRat-Drs. 632/90, S. 1 f.; vgl. auch *v. Danwitz*, in: v. Mangoldt/F. Klein/Starck (Hrsg.), GG, Bd. 2, 6. Aufl. 2010, Art. 34 Rn. 157 (Konzentration der gerichtlichen Zuständigkeiten als ein Grundprinzip einer Neuregelung »Allgemeingut«).

²⁰⁴ Dafür etwa der ehemalige Bundesrichter *Wurm*, in: J. v. Staudinger, BGB, 14. Aufl. 2007, § 839 Rn. 26, und der Vorsitzende Richter am OLG *Itzel*, MDR 2010, S. 426 (Fn. 97) unter Verweis auf »wohl alle OLG-Präsidenten«. Dagegen sieht der Bund deutscher Verwaltungsrichter und Verwaltungsrichterrinnen eine »seit langem überfällig[e] Neuordnung des Systems der Rechtswegzuweisungen« (siehe die Stellungnahme zum Referentenentwurf, online unter www.bdvr.de/aaa_Dateien/ueberlange_Gerichtsverfahren.pdf, S. 4, Abfrage: 29. 06. 2010). Dass das Bundesverwaltungsgericht aus Art. 33 Abs. 2 GG einen Schadensersatzanspruch wegen schuldhafter beamtengerichtlicher Amtspflichtverletzungen folgert, der »unabhängig vom Schadensersatzanspruch aus Amtshaftung (§ 839 Abs. 1 Satz 1 BGB, Art. 34 Satz 1 GG)« besteht, mag auch daran liegen, dass jener Anspruch anders als dieser »im Verwaltungsrechtsweg« geltend gemacht wird, vgl. jeweils BVerwGE 136, 140 (Rn. 13).

²⁰⁵ *Czybulka/Jeand'Heur*, JuS 1992, S. 396 (401); *Gärditz*, Die Verwaltung 43 (2010), S. 310 (316); *Hain*, VerwArch 95 (2004), S. 498 (514); *Papier*, in: Maunz/Dürig (Begr.), GG (Stand: 64. Lieferung, Januar 2012), Art. 34 Rn. 306 (Stand: 54. Lieferung, Januar 2009); *Sodan*, in: *ders./Ziekow* (Hrsg.), VwGO, 3. Aufl. 2010, § 40 Rn. 502.

noch ohne unabhängige Richter auskommen. Zwar erfasste die Garantie des Art. 102 WRV »[d]ie Richter« unterschiedslos. Aber Art. 104 WRV gewährte nur denen der ordentlichen Gerichtsbarkeit die konkreten Ausprägungen der richterlichen Unabhängigkeit, nämlich die Ernennung auf Lebenszeit sowie den Schutz vor Amtsenthebung und Versetzung.²⁰⁶ Die Verwaltungsgerichte glichen damals eher Verwaltungsbehörden; dort waren sie, von der letzten Instanz abgesehen, organisatorisch auch angesiedelt.²⁰⁷ Zu Zeiten also, als der einzige Weg zu einem unabhängigen Richter zu den ordentlichen Gerichten führte, lag es im Sinn sowohl des Bürgers als auch des Staats, öffentlich-rechtliche Ansprüche auf diesen Weg zu verweisen, vgl. Art. 131 Abs. 1 und Art. 153 Abs. 2 vs. Art. 129 Abs. 1 WRV.²⁰⁸

Das geltende Recht stattet alle Richter mit voller Unabhängigkeit aus, gleichgültig welcher Gerichtsbarkeit sie zugeordnet sind, vgl. § 25 DRiG, § 1 GVG, § 1 VwGO, § 1 SGG, § 1 FGO, Art. 97 Abs. 1 GG. Die Eltern des Grundgesetzes waren es, die insbesondere die Verwaltungs- insofern der ordentlichen Gerichtsbarkeit gleichgestellt haben. Die »Loslösung der Verwaltungsgerichtsbarkeit aus der Verwaltung«²⁰⁹, ihre Trennung von den Verwaltungsbehörden²¹⁰ und die Aufwertung der Verwaltungsgerichte zu einer rechtsstaatlich gesehen (gegenüber den Zivilgerichten) gleichwertigen Gerichtsbarkeit hat die überkommene »Unvollkommenheit«²¹¹ der Verwaltungsgerichtsbarkeit behoben und den überlieferten Grund der Rechtswegspaltung beseitigt.

Vor diesem Hintergrund wäre es schon damals konsequent gewesen, mit den Notlösungen der Weimarer Verfassung zu brechen (»Systemwidrigkeit«²¹², »unhaltba[r]«²¹³, »beklagenswer[t]«²¹⁴) und die öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten der Verwaltungsgerichtsbarkeit ausnahmslos zuzuweisen. Immerhin hat das Grundgesetz die vermögensrechtlichen Ansprüche der Beamten gegen den Staat, die Art. 129 Abs. 1 Satz 4 WRV noch der ordentlichen Gerichtsbarkeit zuordnete²¹⁵, folge- und auch sonst richtigerweise bei den Verwaltungsgerichten angesiedelt. Ansonsten aber hat die Verfassung die traditionelle Zuständigkeit

²⁰⁶ *Anschütz*, WRV, 14. Aufl. 1933, Art. 102 Anm. 8 (S. 479) bzw. Art. 104 Anm. 1 (S. 482 f.); vgl. auch *W. Jellinek*, in: VVDStRL 2 (1925), S. 8 (28 f.).

²⁰⁷ Exemplarisch etwa *Baumbach/Lauterbach*, ZPO, 19. Aufl. 1950, § 13 GVG, Anm. 3 C sowie vor § 12 GVG, Anm. 1 C; anders seit der 20. Aufl. 1951, § 13 GVG, Anm. 3 C.

²⁰⁸ *Naumann*, JZ 1951, S. 204 (204 ff.); *Ule*, Grundgesetz und Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1950, S. 15.

²⁰⁹ *Ule*, Grundgesetz und Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1950, S. 9.

²¹⁰ Vgl. § 1 VwGO, § 1 SGG, § 1 FGO, welche die Trennung der Verwaltungsgerichte von den Verwaltungsbehörden jeweils eigens vorschreiben.

²¹¹ *Naumann*, JZ 1951, S. 204 (204); in der Sache ebenso *Ule*, Grundgesetz und Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1950, S. 28.

²¹² *Ule*, Grundgesetz und Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1950, S. 28.

²¹³ *Naumann*, JZ 1951, S. 204 (204) (zur Fiskuslehre).

²¹⁴ *Ule*, Grundgesetz und Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1950, S. 29.

²¹⁵ Zur Rechtswegzuweisung vgl. *Anschütz*, WRV, 14. Aufl. 1933, Art. 129 Anm. 5 (S. 595 f.).

ordentlicher Gerichte aufrechterhalten: für Ansprüche aus Amtspflichtverletzungen in Art. 34 Satz 3 GG entsprechend Art. 131 Abs. 1 Satz 3 WRV²¹⁶ und für Streitigkeiten wegen der Höhe der Enteignungsentschädigung in Art. 14 Abs. 3 Satz 4 entsprechend Art. 153 Abs. 2 Satz 3 WRV²¹⁷. Die Reservezuständigkeit der ordentlichen Gerichte gem. Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG kennt kein Weimarer Vorbild. Auf dem Sekundärrechtsweg haben dann ebenso regelmäßig die ordentlichen Gerichte die Schadensfolgen derselben Maßnahme zu überprüfen. Das gilt für Rechtsstreitigkeiten über Amtshaftung, Enteignungsentschädigung und vermögensrechtliche Ansprüche aus Aufopferung für das gemeine Wohl gem. § 40 Abs. 2 Satz 1 VwGO. Doch spätestens seitdem die ersten Erfahrungen mit der wirklich unabhängigen Verwaltungsgerichtsbarkeit vorliegen, brauchen die ordentlichen Gerichte nicht mehr als »eine Art Legalitätsreserve« eingesetzt zu werden.²¹⁸ Die Verwaltungs- judiziert in der Sache nicht schlechter als die ordentliche Gerichtsbarkeit, nur schneller müsste sie noch werden.

Die Rechtswegspaltung ist damit nicht nur »überholt«²¹⁹, also zeitwidrig, sondern dem Rechtsschutz auch inhaltlich »abträglich«²²⁰, also sachwidrig²²¹. Auf dem Primärrechtsweg sind regelmäßig die Verwaltungsgerichte aufgerufen, die Rechtmäßigkeit der staatlichen Maßnahme zu beurteilen, vgl. § 40 Abs. 1 Satz 1 vs. Abs. 2 Satz 1 VwGO. Die Zuweisung des Sekundärrechtsschutzes an die Verwaltungsgerichte wäre daher folgerichtig und sachgerecht.²²² Die Verwaltungsgerichte sind wegen ihrer juristischen Spezialisierung auf das öffentliche Recht vertrauter mit den Tat- und Rechtsfragen, die zu erörtern sind, als es die ordentlichen Gerichte sein können. Die Verwaltungsgerichte entscheiden auch sonst sekundärrechtlich, zum Beispiel über den Folgenbeseitigungsanspruch²²³ oder über ausgleichspflichtige Inhalts- und Schrankenbestimmungen gem. § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO, vgl. § 40 Abs. 2 Satz 1 Hs. 2 VwGO. Der Bürger steht heute – im glatten Gegensatz zur historischen Begründung der Rechtswegspaltung – vor den Zivilgerichten sogar schlechter dar, weil den Amtshaftungsprozess die zivilprozessrechtlichen Verfahrensmaximen regieren²²⁴, namentlich der Beibringungsgrundsatz.²²⁵

²¹⁶ Zur Rechtswegzuweisung vgl. *Anschütz*, WRV, 14. Aufl. 1933, Art. 131 Anm. 12 (S. 612).

²¹⁷ Zur Rechtswegzuweisung vgl. *Anschütz*, WRV, 14. Aufl. 1933, Art. 153 Anm. 12 (S. 718).

²¹⁸ *Czybulka/Jeand'Heur*, JuS 1992, S. 396 (401).

²¹⁹ *Kloepfer*, Verfassungsrecht II, 2010, § 72 Rn. 133 (zu Art. 14 Abs. 3 Satz 4 GG).

²²⁰ *Bender*, VersR 1974, S. 1 (9).

²²¹ *Masing*, in: *Umbach/Clemens* (Hrsg.), GG, Bd. I, 2002, Art. 34 Rn. 17 (»[s]achlich überholt«).

²²² Vgl. nur *Ehlers*, JZ 2003, S. 209 (211); *Gärditz*, Die Verwaltung 43 (2010), S. 310 (317); *Renkert*, zit. nach *Krings/Hentsch*, ZG 2010, S. 205 (206).

²²³ *H. Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 30 Rn. 19; *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 441.

²²⁴ *Gärditz*, Die Verwaltung 43 (2010), S. 310 (316).

²²⁵ Vgl. *Röder*, Haftungsfunktion, 2002, S. 105 f.

Die Rechtswegspaltung ist schließlich ökonomisch misslich. Sie »verteuert und erschwert« den Rechtsschutz und führt, so heißt es jedenfalls, in »einen Irrgarten der Inkonsequenz, in dem nicht nur der Unwissende steckenbleiben« könne.²²⁶ Die Nachteile für »die Effektivität ... des Rechtsschutzes, für die Einheitlichkeit der richterlichen Beurteilung ... sowie für die erwünschte Gleichmäßigkeit der verfahrensmäßigen Behandlung ... liegen auf der Hand«, die »Dringlichkeit einer Neuregelung im Rahmen einer Reform des Staatshaftungsrechts« ist »nicht zu übersehen«.²²⁷ Schon bei der Beratung des StHG 1981 hieß es, dass für die Vereinheitlichung des Rechtswegs »die schlichte Vernunft« spreche.²²⁸

Gleichwohl sind Art. 14 Abs. 3 Satz 4, Art. 19 Abs. 4 Satz 2 und Art. 34 Satz 3 GG geltendes Recht. Die verfassungsrechtliche Zuweisung dürfte »hinzunehme[n]«²²⁹ sein, nachdem die Diskussionen in der Föderalismuskommission²³⁰ zu keiner Verfassungsänderung geführt haben.²³¹ Es bleibt zu erörtern, welche Möglichkeiten dem Gesetzgeber und dem Rechtsanwender verbleiben, um gegen die Rechtswegspaltung anzugehen.²³² Die Bundesregierung hat die Rechtswegzuweisung bereits im Januar 2009 zur Überprüfung vorgemerkt,²³³ und die Konferenz der Justizminister in Bund und Ländern hat kurz darauf eine Grundgesetzänderung ins Auge gefasst, nach der das Entschädigungsrecht (einschließlich der Enteignungsentschädigung) generell und das Amtshaftungsrecht regelmäßig der Verwaltungsgerichtsbarkeit zufiele.²³⁴ Die Spitzenvertreter der deutschen Verwaltungsgerichtsbarkeit haben das Vorhaben begrüßt.²³⁵

²²⁶ *Dagtoglou*, *VerwArch* 65 (1974), S. 345 (346).

²²⁷ *Bender*, *VersR* 1974, S. 1 (9).

²²⁸ *Dagtoglou*, *VerwArch* 65 (1974), S. 345 (349).

²²⁹ *Czybulka/Jeand'Heur*, *JuS* 1992, S. 396 (401); vgl. auch *Rennert*, zit. nach *Krings/Hentsch*, *ZG* 2010, S. 205 (206); aber auch *Masing*, in: *Umbach/Clemens* (Hrsg.), *GG*, Bd. I, 2002, Art. 34 Rn. 20.

²³⁰ Antwort der Bundesregierung, Drs. 16/11554 v. 05. 01. 2008, S. 2.

²³¹ Im Ergebnis ebenso *Dagtoglou*, *VerwArch* 65 (1974), S. 345 (356); *Ehlers*, *JZ* 2003, S. 209 (211); *Pfab*, *Staatshaftung in Deutschland*, 1996, S. 88 f., 189, 194.

²³² Siehe dazu unten § 16 (S. 347 ff.).

²³³ Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage der Fraktion der FDP, BT-Drs. 16/11554 v. 05. 01. 2009, S. 2.

²³⁴ Beschluss der 79. Justizministerkonferenz am 11./12. 06. 2008 in Celle, online: http://www.mj.niedersachsen.de/live/live/.php?navigation_id=3808&article_id=10365&_psmand=13 (Abfrage: 05. 09. 2011): »Ausgehend von dem Grundsatz, dass Streitigkeiten in Angelegenheiten des öffentlichen Rechts den allgemeinen oder besonderen Verwaltungsgerichten und privatrechtliche Streitigkeiten den ordentlichen Gerichten zugewiesen werden sollten, befürworten die Justizministerinnen und Justizminister das Vorhaben, a) Streitigkeiten im Sinne des Artikels 19 Abs. 4 Satz 2 GG, im Entschädigungsrecht (einschließlich solchen des Artikels 14 Abs. 3 Satz 4 GG) sowie im Recht der Baulandsachen der allgemeinen Verwaltungsgerichtsbarkeit zuzuweisen und Streitigkeiten im Sinne des Artikels 34 GG grundsätzlich derjenigen Gerichtsbarkeit zuzuweisen, der auch die Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der dem geltend gemachten Anspruch zugrunde liegenden Ausübung vollziehender Gewalt obliegt.« Zum Vorläufer, dem gescheiterten Entwurf eines Gesetzes zur Öffnung des Bundesrechts für die Zusammenführung von Gerichten der Verwaltungs-, Sozial- und Finanzgerichtsbarkeit

2. Gegen die Subsidiarität von Sekundär- zu Primärrechtsschutz?

Nicht jede Kritik, die gegen den Amtshaftungsanspruch vorgetragen wurde, überzeugt. So ist beispielsweise auch mit Blick auf die Subsidiarität des Sekundärrechtsschutzes gefragt worden, ob die schuldbefreiende Übernahme der Beamtenschuld durch den Staat der Vorschrift des § 839 Abs. 3 BGB die *ratio legis* genommen hat.²³⁶ Während früher auch der Vorrang des Primärrechtsschutzes den mit seinem Privatvermögen haftenden Beamten privilegierte, entlastet die Vorschrift heute die Staatskasse, obwohl diese nach Art. 34 Satz 1 GG doch »grundsätzlich« haften soll. Doch auch früher lag der Sinn der Vorschrift nicht darin, den Beamten zu schonen. Sondern der Zweck der Norm war, den Geschädigten zur Schadensminimierung anzuhelfen. Das ist ein allgemeiner Rechtsgedanke, der auch allgemein zum Ausdruck kommt, in § 254 BGB. Der Vorrang des Primärrechtsschutzes soll erreichen, dass »Schäden möglichst weitgehend verhindert und zugleich möglichst vollständig ausgeglichen werden«²³⁷. Diesen Zweck verfolgt § 839 Abs. 3 BGB unabhängig davon, wer es ist, der für den Schaden gerade stehen muss. Die *ratio legis* greift damit unabhängig von und also auch noch nach der befreienden Schuldübernahme durch den Staat.²³⁸ Der ökonomisch und damit gesamtgesellschaftlich gesehen sinnvolle Gedanke, dass die Haftungspflicht entfällt, wenn und weil sich der Verletzte »durch die zu Gebote stehenden Rechtsmittel selbst« hätte helfen können²³⁹, sich »den vollständigen Rechtsschutz durch Mitwirkung« auf dem Primärrechtsweg also erst »verdienen« müsse,²⁴⁰ ist – wenn man so sagen darf – bekannt und bewährt. Der Nassauskiesungsbeschluss hatte den Vorrang des Primärrechtsschutzes eigens gestärkt, indem er dem Grundsatz »dulde und liquidiere« eine Absage erteilte²⁴¹, und auch der unionale Haftungsanspruch gegen die Mitgliedstaaten stützt diesen Gedanken²⁴². Die Subsidiarität von Sekundär- gegenüber Primärrechtsschutz hat ihren Sinn also trotz der Schuldübernahme durch den Staat behalten.

in den Ländern (Zusammenführungsgesetz) siehe den Gesetzesantrag der Länder Baden-Württemberg und Sachsen, BR-Drs. 544/04 v. 02.07.2004 sowie Wittreck, DVBl 2005, S. 211 (213 ff.); ders., Verwaltung der Dritten Gewalt, 2006, S. 485 ff.

²³⁵ Pressemitteilung des Oberverwaltungsgerichts Nordrhein-Westfalens v. 10.10.2008, online unter http://www.ovg.nrw.de/presse/pressemitteilungen/01_archiv/2008/31_081010/index.php (Abfrage: 20.10.2010).

²³⁶ Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 92 m. w. N.; Papier, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 5, 5. Aufl. 2009, § 839 Rn. 330.

²³⁷ Lubmann, Öffentlich-rechtliche Entschädigung rechtspolitisch betrachtet, 1965, S. 248.

²³⁸ Im Ergebnis ebenso Scheuener, DÖV 1955, S. 545 (549).

²³⁹ Zachariä, Zeitschr. f. Staatsw. 19 (1863), S. 582 (602 f.).

²⁴⁰ Lubmann, Öffentlich-rechtliche Entschädigung rechtspolitisch betrachtet, 1965, S. 248.

²⁴¹ BVerfGE 58, 300 (324); vgl. auch BVerfGE 100, 226 (246); D. Birk, JA 1983, S. 219 (221) (»der Struktur der Freiheitsrechte« entsprechend); Ehlers, VVDStRL 51 (1992), S. 211 (213); ders., in: ders./Schoch (Hrsg.), Rechtsschutz im Öffentlichen Recht, 2009, § 10 Rn. 24. Nunmehr heiße es, so pointiert Wolfgang/Tervooren, ZfZ 2004, S. 82 (85): »Wer sich nicht wehrt, lebt verkehrt«.

²⁴² Siehe unten § 14 II 6 a) (S. 282 ff.) mit Nachweisen in Fn. 215 ff. (S. 284 f.).

§ 11 Kritik der Aufopferungs- und Folgenbeseitigungsansprüche

I. Kritik der Aufopferungsansprüche

1. *Tatbestand: Schutzlücken*

Während der Amtshaftungsanspruch wegen seines Tatbestands in der Kritik steht, wird der Aufopferungsanspruch vor allem wegen seiner Rechtsfolge angegriffen. Ihren Tatbestand müssen die Entschädigungsansprüche, soweit ersichtlich, lediglich gegen den Vorwurf verteidigen, dass er zu eng gefasst sei. Die Rechtsprechung gewährt Entschädigung wegen (aufopferungsgleichen) Eingriffs in die Rechte des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG, namentlich Leben, körperliche Unversehrtheit und Fortbewegungsfreiheit¹, sowie wegen (enteignungsgleichen) Eingriffs in das Recht des Art. 14 Abs. 1 GG, nämlich Eigentum.² Den übrigen Grundrechten (und den sonstigen subjektiven öffentlichen Rechten) bleibt der Entschädigungsschutz dagegen verwehrt: Die stetigen Forderungen der Literatur, etwa auch »schuldlos rechtswidrige Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts oder der Berufsfreiheit«³ mit Entschädigungsansprüchen zu sanktionieren, haben die Gerichte ebenso stetig abgelehnt.⁴ So gesehen besteht also nach wie vor eine »Schutzgutdivergenz«⁵ zwischen dem insoweit umfassenden Amtshaftungsanspruch einerseits und den insoweit beschränkten Ansprüchen wegen Aufopferung und aufopferungsgleichen Eingriffs andererseits: »[N]ur als Folge der traditionellen Verknüpfung« des aufopferungsgleichen mit dem enteignungsgleichen Eingriff ist erklärbar, dass sich der aufopferungsgleiche Eingriff auf bestimmte geschützte Rechte beschränkt.⁶ Diese Abhandlung folgt der Lehre.⁷

¹ Nachweise oben § 6 Fn. 104 (S. 70).

² *Caesar*, Staatshaftungsreform, o.J. (1988), S. 20.

³ *Bender*, VersR 1974, S. 1 (2).

⁴ Siehe die Nachweise aus Literatur und Rechtsprechung oben in § 6 Fn. 105 ff. (S. 70 f.).

⁵ *Erbguth*, VVDStRL 61 (2002), S. 221 (239).

⁶ *Caesar*, Staatshaftungsreform, o.J. (1988), S. 20.

⁷ Zu den Positionen von Rechtsprechung und Lehre vgl. die Nachweise oben § 6 Fn. 105 ff. (S. 70 f.).

2. Rechtsfolge: Entschädigung statt Schadensersatz

a) Schadensersatz

Aufopferungsansprüche sind Entschädigungsansprüche. Die Rechtsfolge der Entschädigung unterscheidet sich konzeptionell von der Rechtsfolge des Schadensersatzes, den der Amtshaftungsanspruch gem. § 839 Abs. 1 Satz 1 BGB ausdrücklich gewährt (vgl. auch den »Anspruch auf Schadensersatz« gem. Art. 34 Satz 3 GG).⁸ Was es bedeutet, den »Schaden ... ersetzen« zu müssen (§ 839 Abs. 1 Satz 1 BGB), regelt das Allgemeine Schuldrecht in §§ 249 ff. BGB. Das ist das sog. Schadensrecht.⁹ Das Rechtsfolgenrecht erfasst nicht nur § 839 BGB, sondern alle Schadensersatzansprüche, also auch solche aus öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnissen gem. §§ 280 ff. BGB analog, des Beamtenrechts und des StHG-DDR.¹⁰

Alle Ansprüche auf Schadensersatz sind – wie bereits beschrieben – gem. § 249 Abs. 1 BGB darauf gerichtet, den Zustand herzustellen, der bestünde, wäre der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten. Im Fall einer Amtspflichtverletzung ist das jener Zustand, der bestünde, hätte der Amtswalter nicht amtspflichtwidrig, sondern – das ist bei pflichtwidrigen Handlungen allgemein hinzuzudenken¹¹ – amtspflichtgemäß gehandelt.¹² Diese Rechtsfolge heißt allgemein Naturalrestitution. Doch ist der Begriff ungenau, und zwar mit Blick auf beide seiner Bestandteile. Für den bestimmenden Bestandteil des Begriffs, für »-restitution«, gilt das allgemein: Restitution bedeutet Wiederherstellung. Doch der Zustand ist mitnichten notwendig wieder-¹³, sondern schlicht herzustellen¹⁴. Herstellung und Wiederherstellung werden oft vermengt. Wiederherstellung passt in der Tat (aber auch nur) zum *status quo ante*.¹⁵ Diesen Zustand gab

⁸ Vgl. nur BGH, NJW 2008, S. 515 (516); *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 265, 302.

⁹ Vgl. oben § 2 Fn. 12 (S. 8).

¹⁰ Vgl. BVerwG, NVwZ 2001, S. 1408 (1408); BGH, JZ 2006, S. 794 (795); *Grüneberg*, in: Palandt (Begr.), BGB, 71. Aufl. 2012, Rn. 6 vor § 249.

¹¹ Vgl. nur BGH, NJW 2000, S. 664 (667); NJW 2000, S. 734 (736) (jeweils zur Amtspflichtverletzung des Notars); NJW 2001, S. 673 (674) (zur Pflichtverletzung des Rechtsanwalts).

¹² BGHZ 147, 381 (392); BGH, NJW 2003, S. 3049 (3051). Schon im Alten Testament heißt es »Auge um Auge, Zahn um Zahn« (zum Beispiel im 3. Buch Mose, 24.20). Das wird meist auf das strafrechtliche Talionsprinzip bezogen. Doch lässt sich das Zitat auch als Formulierung der Naturalrestitution verstehen, immerhin folgt a. a. O.: »Also daß, wer ein Vieh erschlägt, der soll's bezahlen« (3. Buch Mose, 24.20).

¹³ So aber beispielsweise BGH, NJW 2009, S. 603 (604); NJW 2010, S. 1357 (1359); *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 265 (richtig dagegen S. 302); *Wurmnest*, Grundzüge, 2003, S. 96.

¹⁴ Vgl. nur BGH, NJW 1975, S. 2061 (2061); NJW 1985, S. 793 (793); NJW-RR 1986, S. 874 (875); NJW 2010, S. 2121 (2121); *Grüneberg*, in: Palandt (Begr.), BGB, 71. Aufl. 2012, § 249 Rn. 2.

¹⁵ Die Bezeichnung des Wiederherstellungsanspruchs beschreibt daher besser noch den Folgenbeseitigungsanspruch, doch auch das nur unter Inkaufnahme von Ungenauigkeiten, siehe zu beidem unten unter § 11 II (S. 196 ff.).

es bereits. Wiederherstellung passt dagegen nicht zum Schadensersatz als dem Zustand, der ohne das schädigende Ereignis bestanden hätte. Diesen Zustand gab es noch nicht, er ist unreal, hat eben nicht, sondern hätte nur bestanden. Dieser Zustand kann nicht wieder-, sondern nur hergestellt werden. Dass es nicht darauf ankommt, dass der Zustand, der bestünde, schon einmal bestanden hat, sagt der Wortlaut des § 249 Abs. 1 BGB ausdrücklich, präzise und sogar doppelt (»herstellen«, nicht wiederherstellen, außerdem per Irrealis »bestehen würde«). Es folgt auch aus der Systematik, genauer: aus dem Vergleich der § 249 Abs. 1, §§ 250, 251 BGB (»herstellen«, »Herstellung«)¹⁶ etwa mit § 258 Satz 1 BGB (»in den vorigen Stand zu setzen«) oder mit § 951 Abs. 1 Satz 2 BGB (»Die Wiederherstellung des früheren Zustands kann nicht verlangt werden«)¹⁷. Dass es die Wiederherstellung des Zustandes, der vorher war, streng genommen nicht geben kann – auch das veranschaulicht *Michael Kohlhaas*.¹⁸ Die Ursache liegt im Lauf der Zeit.¹⁹ Selbst wenn der Geschädigte so gestellt wird, wie er ohne Schädigung stünde, ändert das nichts daran, dass die Schädigung ab dem Zeitpunkt, indem sie eintrat, bis zum Zeitpunkt der Wiederherstellung bestanden hat. Der Bestandteil »Natural-« dagegen ist nur bei der Amtshaftung ungenau: Weil die Rechtsprechung die Herstellung des Zustands, der bestünde, für unmöglich hält,²⁰ weil die verpflichtete Privatperson als solche keine hoheitlichen Handlungen vorzunehmen vermag, kann die Amtshaftung nicht auf eine Leistung in »Naturalien«, »in natura«, gerichtet sein, sondern gewährt nach dieser Rechtsauffassung gem. § 251 Abs. 1 Alt. 1 BGB stets eine Leistung in Geld, »in pecunia« sozusagen.²¹ Die Rechtsfolge der Amtshaftung, wie die Rechtsprechung sie sieht, lässt sich daher treffender als mit »Naturalrestitution« mit dem Begriff der Pekunialkompensation kennzeichnen.²²

Naturalrestitution und Pekunialkompensation fallen nur ausnahmsweise in eins, nämlich immer dann, wenn zwei Voraussetzungen vorliegen: erstens muss der Zustand, der »bestünde«, bereits bestanden haben (dann ist die Herstellung zugleich Wiederherstellung), und zweitens muss der Zustand, der bestanden hat, gerade in einem Geldgewinn bestanden haben (dann ist die Natural- zugleich eine Pekunialleistung).²³ Im Fall von Vermögensschäden (sog. materielle Schäden) gilt also allgemein, dass der Schadensersatz schon nach § 249 Abs. 1 BGB

¹⁶ Vgl. auch § 94 Abs. 2, § 194 Abs. 2, § 631 Abs. 1, 2, § 864 Abs. 2, § 917 Abs. 1 Satz 1, § 1145 Abs. 1 Satz 2, § 1353 Abs. 2 BGB (jeweils »Herstellung«).

¹⁷ Vgl. auch § 536a Abs. 2 Nr. 2, § 554a Abs. 2 Satz 1, § 919 Abs. 1, § 1039 Abs. 1 Satz 3, Abs. 2, § 1046 Abs. 2 Satz 1, §§ 1130, 2133 BGB (jeweils »Wiederherstellung«).

¹⁸ *Kubns*, NLH 15 (1983), S. 73 (85).

¹⁹ Vgl. nur *Bumke*, JuS 2005, S. 22 (24).

²⁰ Siehe oben § 10 II 4 (S. 163 ff.).

²¹ Genauer zum Begriff *pecunia* etwa *Wittreck*, Geld, 2002, S. 349 f.

²² Vgl. *Jansen/Rademacher*, in: *Koziol/Wilcox* (Hrsg.), *Punitive Damages*, 2009, S. 75 (78) (»pecuniary compensation«).

²³ Vgl. BVerwGE 69, 366 (371); *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 302 Fn. 5.

auf Geld gerichtet und der Rückgriff auf § 251 Abs. 1 BGB weder erforderlich noch zulässig ist: Die Herstellung des Zustands, der bestünde, ist in diesem Fall sehr wohl möglich, so dass es an der Voraussetzung des § 251 Abs. 1 Alt. 1 BGB fehlt. Die Vermögensschäden, die zu ersetzen sind, erfassen gem. § 252 Satz 1 BGB insbesondere den entgangenen Gewinn. Wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist (sog. immaterieller Schaden, vgl. die amtliche Überschrift des § 253 BGB),²⁴ ist die »Entschädigung in Geld« (sog. Schmerzensgeld, vgl. § 253 Abs. 1 BGB) dagegen nur in den durch das Gesetz gesondert bestimmten Fällen geschuldet.²⁵ Zu diesen Fällen zählt gem. § 253 Abs. 2 BGB die Verletzung des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit und der sexuellen Selbstbestimmung. Nicht ersetzt werden müssen dagegen Schäden, seien sie materieller oder immaterieller Art, sofern diese auch bei pflichtgemäßem Verhalten entstanden wären.²⁶ Das versteht sich: Diese Einbußen existierten auch in jenem Zustand, der bestünde, wäre der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten.

Blickt man über die finanziellen Folgen hinaus, ist es selbst in jenen Fällen, in denen die Schädigung finanzieller Art war, schwierig, die Situation herzustellen, die bestünde, wenn es die Schädigung nicht gegeben hätte. Zwar lässt sich in diesen Fällen die Einbuße, die in der Schädigung lag, ausgleichen, so dass die finanzielle Situation nicht nur gleichwertig, sondern gleich ist: Der Kontoauszug zeigt denselben Betrag, den er zeigen würde, hätte das Finanzamt von der Einzugsermächtigung keinen rechtswidrigen Gebrauch gemacht. Auch die Überziehungszinsen, die die Bank berechnete, hat der Staat ausgeglichen. Doch selbst in diesem Fall ist die gleiche nicht dieselbe Situation. Was unausgeglichen bleibt (und was sich mit einer Geldzahlung auch kaum ausgleichen lässt), ist der Umstand, dass es die rechtswidrige Abbuchung gegeben hat, einschließlich der Reaktionen, die das beim Geschädigten ausgelöst hat. Dieser mag sich fragen: Ist die Abbuchung wirklich rechtswidrig? Was, wenn sie doch rechtmäßig war? Woher soll ich das Geld für die Nachzahlung nehmen? Beauftrage ich einen Steuerberater oder einen Rechtsanwalt mit der Sache? Welchen? Wenn der Berater meint, ich wäre im Recht, soll ich dann auf jeden Fall klagen? Wie groß ist die Gefahr, dass er sich irrt? Und wenn er meint, ich wäre im Unrecht, soll ich nicht vielleicht trotzdem klagen? Wie groß ist die Chance, dass er sich irrt? Wenn sich der Berater irren kann, wie soll ich die Wahrscheinlichkeit ermes- sen, den Prozess zu gewinnen? Wie war das noch mit den Gerichten und der

²⁴ Zu materiellen Schäden (Vermögensschäden) und immateriellen Schäden (Nichtvermö- gensschäden) siehe nur *H.-B. Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivil- rechts, 4. Aufl. 2005, S. 152; *Wurmnest*, Grundzüge, 2003, S. 194 ff., insb. S. 196.

²⁵ Das ist das zweite Argument für den Entschädigungsanspruch wegen überlanger Gerichtsverfahren, vgl. oben § 10 Fn. 180 (S. 176), Gesetzentwurf der Bundesregierung v. 03. 09. 2010, BR-Drs. 540/10, S. 2, 20 (»Ausklammerung von Nichtvermögensschäden«), und die Mitteilung der Redaktion in ZAP 2010, S. 356 f.

²⁶ Vgl. *H.-B. Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 4. Aufl. 2005, S. 174.

hohen See? Heißt es nicht, Recht haben, Recht bekommen und Recht durchsetzen sei dreierlei? Was, wenn ich den Prozess verliere? Dann hätte ich doch außer der Nachzahlung auch noch die Gerichts- und Anwaltskosten zu tragen. Und selbst, wenn ich gewinne: Was mich der Prozess an Nerven kosten wird!

Auch bei nüchterner Betrachtung gilt: Den meisten Menschen ist es unangenehm, in einen Gerichtsprozess verwickelt zu sein.²⁷ Selbst im Erfolgsfall deckt der Schadensersatzanspruch zudem nie sämtliche wirtschaftliche Einbußen ab²⁸. Den eigenen Zeitaufwand bekommt der Geschädigte grundsätzlich nicht ersetzt.²⁹ Außerdem gilt als entgangen nach § 252 Satz 2 BGB nur jener Gewinn, »welcher nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder nach den besonderen Umständen [...] mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte.« Ungewöhnliche und unwahrscheinliche Gewinne werden also auch dann nicht ersetzt, wenn sie nach den besonderen Umständen möglich gewesen wären.

b) Entschädigung

Die Rechtsfolge der Entschädigung regeln verschiedene Gesetze speziell.³⁰ Der allgemeine Aufopferungsanspruch dagegen, selbst ungeschrieben, entnimmt auch seine Rechtsfolge dem ungeschriebenen Recht. Dabei ist bereits umstritten, auf welche Rechtsgrundlage sich der Aufopferungsanspruch stützen lässt. Genannt werden der allgemeine Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG)³¹, Gewohnheits-³² (im Rang von Verfassungs-³³) und Richterrecht³⁴ sowie ein allgemeiner Rechtsgrundsatz³⁵ oder schlicht das »Rechtsprinzip«³⁶. Die Rechtsprechung verweist regelmäßig auf §§ 74 f. der Einleitung des Allgemeinen Landrechts für

²⁷ Nach einer Umfrage des Instituts für Demoskopie Allensbach ist es 61 Prozent der Deutschen ziemlich oder sehr unangenehm und nur 12 Prozent gar nicht unangenehm, selbst in einen Gerichtsprozess verwickelt zu sein, vgl. »Keine Lust auf Klagen«, in: FAS Nr. 49 v. 12. 12. 2010, S. 35.

²⁸ Engel, in: *Homo oeconomicus* 11 (1994), S. 143 (146); vgl. auch Wagner, AcP 206 (2006), S. 352 (459 ff.) m. w. N.

²⁹ H. Lange/Schiemann, Schadensersatz, 3. Aufl. 2003, § 6 XIV 2 (S. 381 ff.) m. w. N.

³⁰ Zur Enteignungsentschädigung vgl. die Nachweise aus den Enteignungsgesetzen oben § 8, bei Fn. 176 (S. 136).

³¹ Dürig, in: Maunz/Dürig (Begr.), GG (Stand: 64. Lieferung, Januar 2012), Art. 3 Abs. 1, Rn. 58 (Stand: Dezember 1973); Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 130; vgl. Baldus, in: ders./Grzeszick/Wienhues, Staatshaftungsrecht, 3. Aufl. 2009, Rn. 317.

³² Baldus, in: ders./Grzeszick/Wienhues, Staatshaftungsrecht, 3. Aufl. 2009, Rn. 317; Karpenstein/Johann, NJW 2010, S. 3405 (3406); H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 28 Rn. 1.

³³ H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 28 Rn. 1; vgl. H. J. Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht I, 9. Aufl. 1974, § 61 I b (S. 535).

³⁴ BGHZ 91, 20 (28); Kluth, zit. nach Krings/Hentsch, ZG 2010, S. 205 (206); Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 131.

³⁵ RGZ 102, 390 (391); 113, 301 (306); vgl. auch F. Klein, in: v. Mangoldt/F. Klein, Bonner Grundgesetz, Bd. I, 2. Aufl. 1957, Art. 14 Anm. VI 3 (S. 436) (»ungeschriebener Rechtsgrundsatz ... als verwaltungsrechtliche Generalklausel«).

³⁶ H. J. Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht I, 9. Aufl. 1974, § 61 I b (S. 535).

die Preußischen Staaten von 1794, sei es »in ihrer richterrechtlichen Ausprägung« (Bundesverwaltungsgericht)³⁷, sei es »als Gewohnheitsrecht« (Bundesgerichtshof)³⁸. Die genannten Vorschriften lauteten:

§ 74. Einzelne Rechte und Vortheile der Mitglieder des Staats müssen den Rechten und Pflichten zur Beförderung des gemeinschaftlichen Wohls, wenn zwischen beyden ein wirklicher Widerspruch (Collision) eintritt, nachstehn.

§ 75. Dagegen ist der Staat denjenigen, welcher seine besonderen Rechte und Vortheile dem Wohle des gemeinen Wesens aufzuopfern genöthigt wird, zu entschädigen gehalten.

Weil das Preußische Allgemeine Landrecht nicht mehr gilt, seit es im Jahr 1900 durch das Bürgerliche Gesetzbuch abgelöst wurde,³⁹ kann es schon deshalb weder unmittelbar noch analog angewendet werden, ganz abgesehen davon, dass die Staatshaftung in einem demokratischen Rechtsstaat eine andere Bedeutung haben dürfte als in einer konstitutionellen Monarchie. Ohne Dekorum betrachtet, meint der merkwürdige⁴⁰ Rechtsgrund der Rechtsprechung in Wahrheit schlicht Richterrecht (so für das Bundesverwaltungsgericht) bzw. schlicht Gewohnheitsrecht (so für den Bundesgerichtshof). Zu prüfen bliebe freilich, ob die Voraussetzungen für die Setzung von Richterrecht bzw. für die Annahme von Gewohnheitsrecht jeweils vorliegen. Dass die Gerichte auf das Allgemeine Landrecht Bezug nehmen, obwohl dieses aus einer vergangenen Epoche stammt, stimmt skeptisch: Sollte die Inbezugnahme den Aufopferungsanspruch etwa gerade dort legitimieren, wo die Voraussetzungen für die Setzung von Richterrecht bzw. für die Annahme von Gewohnheitsrecht nicht erfüllt sind?

Obwohl der Rechtsgrund des Aufopferungsanspruchs umstritten blieb, besteht über die Rechtsfolge weitgehend Einigkeit. Entschädigung ist der »Ausgleich für die auferlegte Vermögenseinbuße«⁴¹. Sie soll die Lastengleichheit aller Bürger, die durch das Sonderopfer des Einzelnen gestört worden ist, wiederherstellen.⁴² Die Entschädigung ist danach, anders als der Schadensersatz, »ihrem

³⁷ BVerwG, Urt. v. 16.03.2006 – 4 A 1073.04, BeckRS 2006, 23922, Rn. 418; ebenso BGHZ 90, 17 (29 ff.); 91, 20 (26 ff.); vgl. BVerfGK 7, 303 (310) (der dort »zum Ausdruck kommende« Aufopferungsgedanke).

³⁸ BGHZ 6, 270 (275); 9, 83 (85 f.); 13, 88 (91); dagegen *Scherzberg*, DVBl 1991, S. 84 (88); vgl. auch *F. Klein*, in: v. Mangoldt/F. Klein, Bonner Grundgesetz, Bd. I, 2. Aufl. 1957, Art. 14 Anm. VI 3 (S. 436) (§§ 74 f. der Einleitung zum Preußischen Allgemeinen Landrecht als »ungeschriebene[r] Rechtsgrundsatz mit ... bundesverfassungsrechtlicher Geltung«).

³⁹ Vgl. *Hain*, VerwArch 95 (2004), S. 498 (511 Fn. 63) (Einl. §§ 74, 75 ALR »jedenfalls mit dem Alliierten Kontrollratsbeschluss Nr. 46 vom 25.2.1947 außer Kraft«); einige Vorschriften des Allgemeinen Landrechts gelten landesrechtlich fort, vgl. nur § 48 Nr. 9 des Hessischen Nachbarrechtsgesetzes v. 24.09.1962 (GVBl I S. 417), zuletzt geändert durch Gesetz v. 10.12.2009 (GVBl. I S. 631).

⁴⁰ Vgl. *Lepsius*, in: Schulze-Fielitz (Hrsg.), Staatsrechtslehre als Wissenschaft, in: Die Verwaltung, Beiheft 7, 2007, S. 319 (338) (»Kuriosum«); krit. auch *Ehlers*, VVDStRL 51 (1992), S. 211 (243).

⁴¹ BGHZ 6, 270 (295).

⁴² *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 207, 265 f.

Wesen nach nicht darauf gerichtet, den Eingriff ungeschehen zu machen«. Sie möchte nicht den hypothetischen Zustand herstellen, der ohne die Schädigung bestünde, sondern ihr genügt es, den konkret erlittenen Schaden durch Geldzahlung auszugleichen. Der Anspruchsinhalt wird daher auch als Kompensation bezeichnet.⁴³ Das hat Folgen für den Umfang der Entschädigung: Diese ist »an dem Verkehrswert der entzogenen Substanz und nicht an einer hypothetischen Vermögensentwicklung auszurichten«⁴⁴. Die Rechtsprechung schließt so entgangenen Gewinn⁴⁵ (als hypothetische Vermögensentwicklung) und Schmerzensgeld⁴⁶ (nach Gesundung kein »Substanzschaden«) als Rechtsfolgen des Ersatzanspruchs aus.⁴⁷ Inhaltlich ist der Aufopferungsanspruch, weil es gerade um den Ausgleich von Vermögenseinbußen geht, von vornherein auf eine Leistung in Geld gerichtet. Diese Art des Schadensausgleichs ist ebenfalls als »wenig befriedigend« bezeichnet worden.⁴⁸

c) Vergleich der Rechtsfolgen

Im Fall des *Michael Kohlhaas* wäre es, da allein rechtmäßig, am besten gewesen, der Junker hätte weder die Vorlage des Passierscheins noch die Inpfandgabe der beiden Rappen verlangt noch hätte er die Pferde als Zugvieh auf den Feldern eingesetzt. Doch ist all das passiert, und nichts davon lässt sich ungeschehen machen. Kommen Abwehr- und Unterlassungsansprüche zu spät, bleiben nur noch Ersatzansprüche. Der Schadensersatzanspruch gem. §§ 249 ff. BGB ist im Fall auf die Herstellung jenes Zustands gerichtet, der ohne Inpfandnahme und Feldeinsatz der Tiere bestanden hätte. Die Pferde wären »dickzufüttern«, bis sie wieder jene »wohlgenährten und gesunden« Tiere sind, die sie vor Inpfandnahme und Feldeinsatz waren.⁴⁹ Akzeptiert man den geplanten Viehverkauf in Dresden als hinreichend wahrscheinlich im Sinn von § 252 Satz 2 BGB, wäre Kohlhaas mit dreißig Goldgülden auszustatten, die er für die beiden Pferde bekommen hätte. Der erforderliche Schadensersatz ist nach alledem also auf drei Weisen zu bewerkstelligen: Entweder bekommt Kohlhaas die beiden Pferde wohlgenährt und gesund zurück, oder er nimmt die abgehärmten Mähren, wie sie sind, und verlangt gem. § 249 Abs. 2 Satz 1 BGB außerdem den zum »Dickfüttern« erforderlichen Geldbetrag, oder er erhält gleich den Verkaufspreis, den er in Dresden wahrscheinlich erzielt hätte, aber nicht die Pferde.

⁴³ Vgl. *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 219.

⁴⁴ BGH, NJW 1972, S. 1574 (1575); NJW 1975, 1966 (1967); NVwZ-RR 2000, S. 744 (745); vgl. auch BGHZ 57, 359 (368 f.); 59, 250 (258).

⁴⁵ BGH, NJW 1977, S. 1817 (1817) (»[a]uch der ausgebliebene Gewinn ... als Ausdruck des Substanzverlustes ... eingriffsbedingter Nachteil«); in der Sache ebenso BGH, NJW 1972, S. 243 (246).

⁴⁶ BGHZ 20, 61; 22, 43 (44); 45, 46 (77).

⁴⁷ Vgl. nur *Grzeszick*, in: Merten/Papier (Hrsg.), HGR, Bd. III, 2009, § 75 Rn. 57 m. w. N.

⁴⁸ *Heidenhain*, JZ 1968, S. 487 (493).

⁴⁹ Zu den Forderungen *Kohlhaasens* siehe oben § 1 (S. 3 ff.).

Der Entschädigungsanspruch dagegen hat einen anderen Inhalt. Er zielt bloß auf einen Ausgleich für die erfahrene Vermögenseinbuße. Diese beläuft sich auf den Wert der Pferde im Zeitpunkt der Inpfandnahme abzüglich des Restwerts, den die Pferde als Zugvieh für den Feldeinsatz noch haben mögen. Entgangenen Gewinn könnte Kohlhaas keinesfalls verlangen. Die Pferde bekäme er zurück, wie sie sind, freilich nicht als Teil des Entschädigungsanspruchs wegen aufopferungsgleichen Eingriffs, sondern – der Junker hat die Tiere ohne Rechtsgrund in seinem Besitz – aufgrund eines öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruchs. Der Anspruch ist das Pendant zum zivilrechtlichen Bereicherungsanspruch. Seine Rechtsgrundlage ist umstritten. Gehandelt werden §§ 812 BGB direkt⁵⁰ oder analog⁵¹, Art. 20 Abs. 3 GG bzw. die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung⁵², der Folgenbeseitigungsanspruch⁵³, eine Analogie zu Spezialbestimmungen⁵⁴, ein entsprechender allgemeiner Grundsatz des Verwaltungsrechts⁵⁵, des öffentlichen Rechts⁵⁶ und des Rechts überhaupt⁵⁷ sowie das Gewohnheits-⁵⁸ und das Richterrecht⁵⁹. Obwohl die Rechtsgrundlage umstritten ist, herrscht Einigkeit über die Rechtsfolgen. Der Anspruch ist auf die Herausgabe des ohne Rechtsgrund Erlangten gerichtet, einschließlich der gezogenen Nutzungen.⁶⁰

Das Beispiel *Kohlhaasens* veranschaulicht, dass sich die konzeptionellen Unterschiede zwischen dem Substanzverlustausgleich, auf den die Entschädigung zielt, und der Herstellung des Zustands, der ohne die Schädigung bestünde, vor allem in zwei Punkten auswirken: Nur der Schadensersatz, nicht die Entschädigung gleichen zum einen auch entgangene Gewinne und zum anderen auch bestimmte Nichtvermögensschäden aus. In den Worten des Bundesgerichtshofs am Beispiel der Entschädigung wegen enteignungsgleichen Eingriffs:

⁵⁰ BVerwG, NJW 1980, S. 2538 (2538); a.A. BSGE 38, 46 (47).

⁵¹ BVerwG, NJW 1958, S. 154 (156); BSG, NZS 2007, S. 653 (654, 656).

⁵² BVerwGE 48, 279 (286); BSG, Urt. v. 28. 10. 2008 – B 8 S. 23/07 R, BeckRS 2009, 52434, Abschnitt II.10., Rn. 27; OVG Nordrhein-Westfalen, NWVBl. 1996, S. 155 (155); DVBl 2008, S. 720 (721); H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 29 Rn. 21.

⁵³ Morlok, Die Verwaltung 25 (1992), S. 371 (386 ff.).

⁵⁴ Lassar, Der Erstattungsanspruch im Verwaltungs- und Finanzrecht, 1921, S. 225.

⁵⁵ BVerwGE 20, 295 (297); 48, 279 (286); BSG, Urt. v. 28. 10. 2008 – B 8 S. 23/07 R, BeckRS 2009, 52434, Abschnitt II.10., Rn. 27; OVG Nordrhein-Westfalen, NWVBl. 1996, S. 155 (155).

⁵⁶ BVerwGE 71, 85 (88); BSGE 16, 151 (153); 38, 46 (47); 97, 125 (Rn. 9); BSG, Urt. v. 24. 01. 2008 – B 3 KR 6/07 R, BeckRS 2009, 50895, Rn. 27; vgl. auch BSG, Urt. v. 28. 10. 2008 – B 8 S. 23/07 R, BeckRS 2009, 52434, Abschnitt II.10., Rn. 27 (»eigenständiges Rechtsinstitut des öffentlichen Rechts«).

⁵⁷ BSGE 29, 6 (7).

⁵⁸ BVerwGE 25, 72 (76); OVG Nordrhein-Westfalen, NWVBl 2008, S. 109 (110); OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 29. 12. 2006 – OVG 8 S 42.06, BeckRS 2007, 20982, Abschnitt 1. a).

⁵⁹ Vgl. BSG, Urt. v. 05. 08. 1999 – B 3 KR 5/98 R, Abschnitt II.4.

⁶⁰ Vgl. BVerwGE 71, 48 (55).

»Entschädigung ist ... keine Schadensersatzleistung. Sie umfasst nur diejenigen Schäden, welche infolge des enteignenden Eingriffs an dem Objekt selbst eintreten, also nur den eigentlichen ›Substanzverlust‹. Einen Ersatz des weitergehenden wirtschaftlichen Schadens, welcher sich als Folge des hoheitlichen Eingriffs etwa eingestellt hat, insbesondere also einen Ersatz des entgangenen Gewinns oder der deswegen entgangenen besonderen Nutzungen kann der Eigentümer dagegen in der Regel nicht verlangen.«⁶¹

Während der Schadensersatz bestimmte Nichtvermögensschäden ausgleicht, kann der Entschädigungsanspruch aus aufopferungsgleichem Eingriff nach der Rechtsprechung damit »niemals« auf Ersatz eines Nichtvermögensschadens gerichtet sein.⁶² Die Entschädigung erfasst nur den Vermögensschaden⁶³, nicht aber immaterielle Schäden, insbesondere kein Schmerzensgeld.⁶⁴ Diese Schäden bleiben ohne Ausgleich.⁶⁵ Das erscheint »unbefriedigend«⁶⁶ und ist dementsprechend kritisiert worden, etwa im Vergleich mit dem allgemeinen Deliktsrecht, das seit der Entscheidung im Herrenreiterfall einen Schmerzensgeldanspruch auch bei Eingriffen in das Allgemeine Persönlichkeitsrecht gewährt,⁶⁷ und mit Blick auf die Funktion des Schmerzensgelds, das nicht nur Genugtuung verschaffen, sondern auch einen Ausgleich herbeiführen will⁶⁸.

Der Bundesgerichtshof stützt seine Rechtsauffassung auf Argumente aus dem Jahr 1956. Diese sind heute überholt. Die Berufung auf §§ 74 f. der Einleitung des Allgemeinen Landrechts für die Preußischen Staaten vermochte von Anfang an nicht zu überzeugen, weil diese Vorschriften schon damals nicht mehr galten. Die Berufung auf § 253 BGB a. F., der den allgemeinen Grundsatz zum Ausdruck bringe, dass »unsere gegenwärtige Rechtsordnung« von dem Gedanken beherrscht sei, dass ein Ausgleich in Geld nur für vermögensrechtliche (materielle) Einbußen verlangt werden könne, war schon mit der Rechtsprechung im Herrenreiterfall zweifelhaft geworden.⁶⁹ Heute spricht die angeführte Regelung sogar für die Zahlung von Schmerzensgeld: Nachdem die Schadensrechtsreform § 253 BGB um einen zweiten Absatz erweitert hat, ist das Schmerzensgeld, anders als früher, nicht mehr Ausnahme, sondern zwingender Bestandteil eines jeden Schadensersatzanspruchs wegen einer Verletzung des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit oder der sexuellen Selbstbestimmung.⁷⁰ Auch das dritte Argument, das der Bundesgerichtshof aufgegeben hat, ist hinfällig geworden.

⁶¹ BGHZ 37, 269 (273 f.); in der Sache ebenso BGHZ 59, 250, (258); BGH, NJW 2008, S. 515 (516).

⁶² Bender, VersR 1974, S. 1 (2).

⁶³ BGHZ 45, 290 (295).

⁶⁴ BGHZ 20, 61 (68); 22, 43 (48); 45, 46 (77).

⁶⁵ Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 441.

⁶⁶ Bender, VersR 1974, S. 1 (2).

⁶⁷ BGHZ 26, 349 ff.; 35, 363 ff.; billigend BVerfGE 34, 269 ff.

⁶⁸ Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 139 f.

⁶⁹ Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 140.

⁷⁰ In Kraft seit dem 01. 08. 2002 aufgrund des Zweiten Gesetzes zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften v. 19. 07. 2002, BGBl. I S. 2674 (2675). Dass es Schmerzensgeld

Die These, dass die Genugtuung, die Schmerzensgeld gewähre, nur bei schuldhaften unerlaubten Handlungen gerechtfertigt sei, ist spätestens überholt, seit die Schadenrechtsreform das Schmerzensgeld auch als Rechtsfolge einer Gefährdungshaftung anerkennt, und zwar in § 11 Satz 2 StVG n.F. Dass nach »heutigen Gerechtigkeitsvorstellungen« auch bei aufopferungsgleichem Eingriff der immaterielle Schaden zu ersetzen sei, belegen schließlich die Reformarbeiten zum Staatshaftungsrecht aus den 1970er Jahren. § 7 StHG 1981 ist folgerichtig ausgefallen.

Schon dass es umfänglicher Ausführungen bedarf, um den konzeptionellen Unterschied zwischen Schadensersatz und Entschädigung anschaulich zu machen, legt nahe, dass die beiden Rechtsfolgen erhebliche Gemeinsamkeiten aufweisen müssen. In der Tat: Das geltende Recht verwendet die Begriffe bisweilen synonym, vgl. nur die bereits erwähnte »Entschädigung in Geld« gem. § 253 Abs. 1 BGB als Teil des Schadensersatzes.⁷¹ Konkret betreffen die Gemeinsamkeiten zum einen Teil Konzeptionelles. Dabei sind erstens beide Ansprüche inhaltlich stets auf Geldersatz und nie auf die Vornahme der rechtmäßigen Amtshandlung gerichtet.⁷² Zweitens wirkt sich ein Mitverschulden des Geschädigten in beiden Konstellationen anspruchsmindernd aus, beim Amtshaftungsanspruch gem. § 254 BGB,⁷³ beim Aufopferungsanspruch gem. § 254 BGB analog⁷⁴ – und das, obwohl der Aufopferungsanspruch kein Schädigerverschulden verlangt, so dass der Ausdruck des Mitverschuldens in diesem Zusammenhang nur metaphorisch verstanden werden kann. Drittens greifen beide Anspruchsgrundlagen erst, wenn der Primärrechtsschutz erfolglos geblieben ist⁷⁵. Viertens gilt in beiden Konstellationen das Gebot der Vorteilsausgleichung: Erwachsen aus der schädigenden Handlung auch Vorteile, mindern diese die Ansprüche auf Schadensersatz und Entschädigung gleichermaßen. Das Gebot der Vorteilsausgleichung trägt im Schadensrecht die spiegelbildlich formulierte Bezeichnung Bereicherungsverbot.⁷⁶

auch bei Gefährdungshaftungen geben solle, war überhaupt erst der Anlass für diese Reform, siehe *Jansen*, JZ 2002, S. 964 (964 f., 969).

⁷¹ Einzelheiten und weitere Nachweise aus dem geltenden Recht unten § 12 II 1 (S. 210 ff.).

⁷² Siehe für den Amtshaftungsanspruch oben § 10 II 4 (S. 163 ff.) und für den Aufopferungsanspruch oben bei Fn. 48 (S. 190).

⁷³ Vgl. nur BGHZ 108, 224 (230).

⁷⁴ BGHZ 45, 290 (294 ff.); 63, 209 (214); ebenso *Gromitsaris*, Rechtsgrund und Haftungsauslösung im Staatshaftungsrecht, 2006, S. 254; *Schenke*, NJW 1991, S. 1777 (1778 f.) (für den enteignungsgleichen Eingriff).

⁷⁵ Für den Amtshaftungsanspruch § 839 Abs. 3 BGB; für den Aufopferungsanspruch *H. Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 28 Rn. 4.

⁷⁶ Zum schadensersatzrechtlichen Bereicherungsverbot siehe nur oben § 6 Fn. 43 (S. 57). Zum Gebot der Vorteilsausgleichung bei Aufopferungsansprüchen siehe *H. Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 28 Rn. 16 mit § 27 Rn. 71.

Zum anderen Teil haben Gemeinsamkeiten eher die Bedeutung von Ausführungsbestimmungen, so fünftens die Verjährung von jeweils drei Jahren. Für den Amtshaftungsanspruch folgt die Frist aus §§ 195, 199 Abs. 1 BGB.⁷⁷ Für den Aufopferungsanspruch ist die Frist umstritten. Früher galt die Regelverjährungsfrist von 30 Jahren gem. § 195 BGB a.F.⁷⁸ Was nach neuem Schuldrecht gilt, ist nach wie vor ungeklärt.⁷⁹ Nach der wohl herrschenden Meinung beträgt die Verjährungsfrist auch hier drei Jahre gem. §§ 195, 199 Abs. 1 BGB analog.⁸⁰ Diese Frist ist zugleich für enteignungsgleiche Eingriffe anerkannt.⁸¹ Sowohl bei Amtshaftungs- als auch bei Aufopferungsansprüchen können die Gerichte schließlich sechstens die Höhe des Schadensausgleichs schätzen, jeweils gem. § 287 ZPO.⁸²

Entschädigung und Schadensersatz kommen in Einzelfällen zu einem Schadensausgleich in derselben Höhe. Das gilt immer dann, wenn der Zustand, der bestünde, mit dem Zustand, der bestand, übereinstimmt. Das ist etwa der Fall, wenn auch im Zustand, der bestünde, keine Vermögenssteigerungen zu verzeichnen gewesen wären, etwa weil es keinen Gewinn gibt, der dem Geschädigten entgangen ist.⁸³ Den Schadensersatz zu übertreffen, vermag die Entschädigung dagegen nicht. Wenn also umgekehrt der Zustand, der bestünde, hinter dem Zustand, der bestand, zurückbleibt, etwa weil ein Wertverlust auch ohne die Amtspflichtwidrigkeit eingetreten wäre, entfällt insoweit der Schadensersatzanspruch (»den daraus entstehenden Schaden«, § 839 Abs. 1 Satz 1 BGB, sog. haftungsausfüllende Kausalität⁸⁴).⁸⁵ Dasselbe gilt aber auch für den Entschädigungsanspruch. Als Ergebnis des Vergleichs ist nach alledem festzuhalten, dass die Rechtsfolge der Entschädigung einer Aufopferung hinter der

⁷⁷ BGH, NVwZ 2007, S. 362 (Rn. 19); gebilligt in EuGH, Slg. 2009, I-2119, Rn. 32 – Danske Slagterier; ebenso *Armbrüster/Kämmerer*, NJW 2009, S. 3601 (3603 f.); *Jarass/Beljin*, Casebook, 2003, S. 81; vgl. auch *Berg*, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 340 AEUV Rn. 97 (»dürfte ... zuzustimmen sein«).

⁷⁸ BGHZ 117, 287 (294).

⁷⁹ *Baldus*, in: ders./Grzeszick/Wienhues, Staatshaftungsrecht, 2. Aufl. 2007, Rn. 336; *ders.*, a. a. O., 3. Aufl. 2009, Rn. 336.

⁸⁰ Vgl. *H. Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Aufl. 2009, § 28 Rn. 16 i.V.m. § 27 Rn. 72a; vgl. aber auch *ders.*, *das.*, 18. Aufl. 2011, § 27 Rn. 72a i.V.m. § 3 Rn. 46 m. w. N.; a.A. *Heselhaus*, DVBl 2004, S. 411 (417) (Verjährung im Staatshaftungsrecht entsprechend dem Rechtsgedanken des § 54 BGSg).

⁸¹ BGH, NVwZ 2007, S. 362 (Rn. 19) – *Danske Slagterier*; a.A. *Heselhaus*, DVBl 2004, S. 411 (417) (Verjährung im Staatshaftungsrecht entsprechend dem Rechtsgedanken des § 54 BGSg).

⁸² Vgl. BGHZ 29, 95 (99 f.); 29, 217 (219); BGH, NJW 1962, S. 1441 (1443); *Foerste*, in: Musielak (Hrsg.), ZPO, 9. Aufl. 2012, § 287 Rn. 2; *Prütting*, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 3. Aufl. 2008, § 287 Rn. 5; *Saenger*, in: *ders.* (Hrsg.), ZPO, 4. Aufl. 2011, § 287 Rn. 2, 9.

⁸³ Vgl. BGHZ 7, 331 (334); 22, 43 (50).

⁸⁴ Statt aller *Teichmann*, in: Jauernig (Hrsg.), BGB, 14. Aufl. 2011, Vorbemerkung zu §§ 249 ff., Rn. 24.

⁸⁵ Siehe oben § 11, bei Fn. 26 (S. 187).

des Schadensersatzes wegen einer Amtspflichtverletzung konzeptionell regelmäßig zurückbleibt⁸⁶, während die Praxis die beiden Ersatzleistungen zunehmend angeglichen hat⁸⁷.

d) Bewertung

Eine staatliche Schadensersatzleistung, die auf rechtswidriges Staatshandeln folgt, macht dieses – so gut es geht – rückgängig, indem sie den Zustand herstellt, der ohne das schädigende Ereignis bestünde. Diese Rückgängigmachung ist die bestmögliche, weil die Uhr nicht zurückzudrehen und das rechtswidrige Staatshandeln nicht ungeschehen zu machen ist.⁸⁸ Sieht man den Sinn des Haftungsrechts in Kompensation und Prävention rechtswidrigen Staatshandelns,⁸⁹ erfüllt die Rechtsfolge des Schadensersatzes diese Funktion am besten. Sie kompensiert, ohne darüber hinauszugehen, und erfüllt in diesem Rahmen auch den Sekundärzweck der Prävention ohne Abstriche.⁹⁰ Der Entschädigungsanspruch dagegen ist, weil und soweit er hinter dem Schadensersatzanspruch zurückbleibt, schlechter geeignet, die genannten Zwecke zu erfüllen.

3. Ahistorizitäten

Dass die Gerichte sich zur Begründung der Ansprüche wegen Aufopferung und damit auch wegen aufopferungsgleichen Eingriffs auf das Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten berufen, erscheint nicht nur deshalb merkwürdig, weil dieses Recht, längst außer Kraft getreten⁹¹, aus versunkener Zeit herrührt.⁹² Hinzu kommt, dass die Gerichte bei der Auswahl der Versatzstücke, die sie in ihre Rechtsprechung übernehmen, eklektizistisch vorgehen. Das Haftungsregime des Preußischen Allgemeinen Landrechts unterscheidet sich vom geltenden Recht in mannigfaltigen Aspekten. Das gilt insbesondere für das Haftungs- und Schadensrecht. Mit Blick auf den Aufopferungsanspruch sticht dessen Schutzbereich ins Auge. Die von der Literatur kritisierte Schutzgutdivergenz zwischen dem insoweit umfassenden Amtshaftungsanspruch einerseits und den insoweit beschränkten Ansprüchen wegen Aufopferung und aufopferungsgleichem Eingriff andererseits⁹³ lässt sich jedenfalls nicht mit dem angeblichen Geltungsgrund des Anspruchs begründen. Im Gegenteil: §§ 74 f. der Einleitung des Allgemeinen Landrechts für die Preußischen Staaten schützen die »Rechte

⁸⁶ Vgl. BGHZ 13, 88 (97 f.); 65, 182 (188); 136, 182 (186); 170, 260 (274).

⁸⁷ Vgl. *Schenke*, NJW 1988, S. 857 (861).

⁸⁸ Vgl. aber *Kirchhof*, Bestimmtheit und Offenheit der Rechtssprache, 1987, S. 15.

⁸⁹ Siehe oben § 6 I 2 c) (S. 57 ff.).

⁹⁰ Zu den Haftungszwecken siehe oben § 6 I 2 c) (S. 57 ff.).

⁹¹ Siehe oben § 11 Fn. 39 (S. 189).

⁹² Siehe oben § 11 I 2 b) (S. 188 ff.).

⁹³ Siehe oben § 11 Fn. 4 f. (S. 184).

und Vortheile« der Einzelnen umfassend.⁹⁴ Will man das Allgemeine Landrecht überhaupt heranziehen, dann besser als Argument dafür, die Aufopferungsansprüche umfassend zu gewähren.

Sowohl eine Zeit- als auch eine Sachwidrigkeit des Aufopferungsanspruchs liegt schließlich darin, dass Zivilgerichte gem. Art. 14 Abs. 3 Satz 3 GG über Enteignungsentschädigungen⁹⁵ und gem. § 40 Abs. 2 Satz 1 Hs. 1 Var. 1 VwGO über Ansprüche wegen Aufopferung (einschließlich aufopferungsgleichen Eingriffs)⁹⁶ sowie wegen enteignender⁹⁷ und enteignungsgleicher Eingriffe⁹⁸ entscheiden. Die Verwaltungsgerichte sind dagegen gem. § 40 Abs. 1, 2 Satz 1 Hs. 2 VwGO zuständig für Ansprüche wegen ausgleichspflichtiger Inhalts- und Schrankenbestimmungen im Sinn von Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG. Die Rechtswegspaltung ist aus den genannten Gründen misslich, doch steht sie, soweit die Zuweisung an die ordentlichen Gerichte auf Verfassungsrecht gründet, nicht zur Disposition des einfachen Gesetzgebers – »[l]eider«, wie es bereits 1951 hieß.⁹⁹

II. Kritik der Folgenbeseitigungsansprüche

Die Kritik gilt vornehmlich der Rechtsfolge des Folgenbeseitigungsanspruchs. Nach dieser ist der Anspruch immerhin benannt. Seinen Namen trägt er, weil der Anspruch auf die Beseitigung der unmittelbaren Folgen eines rechtswidri-

⁹⁴ Vgl. Röder, Haftungsfunktion, 2002, S. 29 (mit Verweis auf die restriktive Auslegung durch die Preußische Kabinettsordre, siehe dazu den Nachweis oben § 6 Fn. 134, S. 75).

⁹⁵ Vgl. Detterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht, 10. Aufl. 2012, Rn. 1132; Grzeszick, in: Baldus/Grzeszick/Wienhues, Staatshaftungsrecht, 3. Aufl. 2009, Rn. 397 ff.; H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 27 Rn. 114; Papier, in: Maunz/Dürig (Begr.), GG (Stand: 64. Lieferung, Januar 2012), Art. 14 Rn. 644 ff. (Stand: 59. Lieferung, Juli 2010); zur Frage, ob die Entschädigungspflicht auch dem Grunde nach erfasst ist, siehe E. Reimer, in: Posser/H. A. Wolff, VwGO, 2008, § 40 Rn. 146 ff. m. w. N.

⁹⁶ Baldus, in: ders./Grzeszick/Wienhues, Staatshaftungsrecht, 3. Aufl. 2009, Rn. 337; Detterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht, 10. Aufl. 2012, Rn. 1199; H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 28 Rn. 16; Papier, in: Maunz/Dürig (Begr.), GG (Stand: 64. Lieferung, Januar 2012), Art. 14 Rn. 680 (Stand: 59. Lieferung, Juli 2010). – Die Rechtsprechung behandelt Ansprüche wegen aufopferungsgleichen Eingriffs als Unterfall des Aufopferungsanspruchs, siehe Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 133 f. m. w. N.

⁹⁷ BGHZ 91, 20 (28); Detterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht, 10. Aufl. 2012, Rn. 1175 mit 1160; Grzeszick, in: Baldus/Grzeszick/Wienhues, Staatshaftungsrecht, 3. Aufl. 2009, Rn. 472; Papier, in: Maunz/Dürig (Begr.), GG (Stand: 64. Lieferung, Januar 2012), Art. 14 Rn. 723 (Stand: 59. Lieferung, Juli 2010); vgl. auch H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 27 Rn. 117 (mit Differenzierungen).

⁹⁸ BGHZ 90, 17 (31); Detterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht, 10. Aufl. 2012, Rn. 1160; Grzeszick, in: Baldus/Grzeszick/Wienhues, Staatshaftungsrecht, 3. Aufl. 2009, Rn. 448; H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 27 Rn. 116; Papier, in: Maunz/Dürig (Begr.), GG (Stand: 64. Lieferung, Januar 2012), Art. 14 Rn. 723 (Stand: 59. Lieferung, Juli 2010); E. Reimer, in: Posser/H. A. Wolff, VwGO, 2008, § 40 Rn. 153b, 168.

⁹⁹ Naumann, JZ 1951, S. 204 (207); vgl. oben § 10 V 1 (S. 178 ff.).

gen und rechtsgrundlosen hoheitlichen Handelns zielt.¹⁰⁰ Will man den Folgenbeseitigungsanspruch mit dem Schadensersatzanspruch vergleichen, ließe sich in Anlehnung an § 249 Abs. 1 BGB und unter Inkaufnahme einer Ungenauigkeit formulieren: Folgenbeseitigung ist die »Wiederherstellung« des Zustands, der bestanden hat, bevor der zum Ersatz verpflichtende Umstand eingetreten ist (*status quo ante*).¹⁰¹ Ungenau ist die Formulierung, weil der Folgenbeseitigungsanspruch in Wahrheit nicht alle, sondern nur die unmittelbaren Folgen staatlichen Handelns erfasst. Die Situation wiederherzustellen, die vor dem zum Ersatz verpflichtenden Umstand bestand, gelingt dem Folgenbeseitigungsanspruch also nur dann, wenn es keine mittelbaren Folgen gibt. Von Wiederherstellung lässt sich damit beim Folgenbeseitigungsanspruch immerhin eher noch als beim Schadensersatzanspruch,¹⁰² aber doch auch hier nicht ganz ohne Brüche sprechen. Diese Abhandlung bevorzugt denn auch die Ausdrücke Folgenbeseitigung und Folgenbeseitigungsanspruch gegenüber den ebenfalls verbreiteten Begriffen der Wiederherstellung und des Wiederherstellungsanspruchs, zumal »Wiederherstellung« – wenn auch ungenauerweise¹⁰³ – im Zusammenhang mit Schadensersatzansprüchen verbreitet Verwendung findet.

Zu unterscheiden sind also drei Arten der Ersatzleistung: Schadensersatz, Entschädigung und Folgenbeseitigung. Im Vergleich von Folgenbeseitigungs- und Entschädigungsanspruch fallen ebenfalls Gemeinsamkeiten ins Auge. Beide orientieren sich nicht hypothetisch an der Zukunft, sondern realistisch an der Vergangenheit,¹⁰⁴ beide gewähren weder einen Ausgleich für entgangenen Gewinn noch ein Schmerzensgeld.¹⁰⁵ Der wichtigste Unterschied liegt im Modus des Ausgleichs: Während Entschädigungsansprüche stets auf Geld gerichtet sind, gewähren Folgenbeseitigungsansprüche stets Folgenbeseitigung in Naturalien. Baut die Stadt eine Mauer irrtümlich auf das Grundstück eines Bürgers, bekommt der Bürger keine Geldzahlung als Überbaurente (vgl. § 912 Abs. 2 Satz 1 BGB), sondern muss die Stadt die Mauer abreißen. An die Stelle

¹⁰⁰ Vgl. Baldus, in: ders./Grzeszick/Wienhues, Staatshaftungsrecht, 3. Aufl. 2009, Rn. 31 (»unmittelbar (final)«; dort mit Hervorhebung) und Schack, MDR 1968, S. 186 (189). Eine krit. Analyse der Begriffe Beseitigung, Folgenbeseitigung und Vollzugsfolgenbeseitigung bietet Enders, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts III, 2009, § 53 Rn. 47 ff., 71.

¹⁰¹ Vgl. BVerwGE 69, 366 (371); 94, 100 (109); VGH Kassel, NVwZ-RR 2011, S. 442 (443); Bumke, JuS 2005, S. 22 (24); H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 30 Rn. 1, 14; a.A. M. Redeker, DÖV 1987, S. 194 (198) (»umfassender Wiederherstellungsanspruch«).

¹⁰² Vgl. Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 219 (»Restitutionsanspruch«).

¹⁰³ Siehe oben § 11 I 2 a) (S. 185 ff.).

¹⁰⁴ H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 30 Rn. 2.

¹⁰⁵ Vgl. Baldus, in: ders./Grzeszick/Wienhues, Staatshaftungsrecht, 3. Aufl. 2009, Rn. 20 f., 35 f.

der Wiederherstellung des früheren Zustands kann freilich die Herstellung eines gleichwertigen Zustands treten.¹⁰⁶

Die Unterscheidung zwischen Natural- und Pekunialleistung wird auch hier nur in Ausnahmefällen obsolet. Die eine, anerkannte Ausnahme besteht für den Fall, dass die Folgen, die zu beseitigen sind, in einer Minderung des Geldes liegen. Die Folgenbeseitigung liegt dann spiegelbildlich in der Mehrung des Geldes. Die andere, bestrittene Ausnahme besteht für den Fall, dass die Folgenbeseitigung in Naturalien zu leisten der öffentlichen Hand (rechtlich oder tatsächlich) unmöglich oder unzumutbar ist. Die herrschende Meinung hält hier die Naturalfolgenbeseitigung hoch. Ist diese unmöglich, entfällt der Anspruch ersatzlos. Dagegen gewährt eine im Vordringen befindliche Meinung statt unzumutbarer Naturalfolgenbeseitigung Ersatz in Geld (sog. Folgenentschädigungsanspruch).¹⁰⁷

Art und Umfang der drei Ersatzansprüche fasst die folgende Übersicht zusammen:

Art des Schadensausgleichs	Umfang des Schadensausgleichs	Beispiel <i>Inpfandnahme und Feldarbeit der Rappen des Koblhaas</i>
Folgenbeseitigung	status quo ante in natura	Dickfüttern
Entschädigung	status quo ante in Geld	Geldzahlung (Wert bei Inpfandnahme abzgl. Wert abgehärmter Mähren heute)
Schadensersatz	status quo ante in natura oder in Geld zzgl. hypothetischer Fortentwicklung	Dickfüttern (in natura oder Geldwert) und Nutzungsausfall ¹⁰⁸ zzgl. entgangenen Gewinns (etwa aus Verkauf in Dresden oder aus zwischenzeitlicher Vermietung der Pferde)

Abbildung 1: Art und Umfang der drei Ersatzansprüche

Die Beschreibung der Ersatzansprüche, wie sie diese Übersicht festhält, steht weitgehend im Einklang mit der Zusammenfassung *Ossenbühls*, wonach Folgenbeseitigung ein »aliud gegenüber dem Entschädigungsanspruch und ein minus gegenüber dem in § 249 Satz 1 BGB angesprochenen Anspruch auf Naturalrestitution« sei.¹⁰⁹ Ein Unterschied besteht freilich insofern, als dass nach

¹⁰⁶ *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 302, insb. Fn. 8; a.A. VGH BW, VBIBW 1990, S. 102 (102).

¹⁰⁷ Nachweise pro und contra oben § 6 Fn. 115 (S. 71 f.).

¹⁰⁸ Vgl. *Ebert*, in: Erman, BGB, Bd. I, 13. Aufl. 2011, § 249 Rn. 1.

¹⁰⁹ *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 302.

hiesiger Auffassung die Folgenbeseitigung auch gegenüber dem Anspruch auf Schadensersatz kein *aliud*, sondern ein *minus* darstellt.

Die Kritik an den Folgenbeseitigungsansprüchen richtet sich gegen die Begrenzung auf unmittelbare Folgen. Warum die Folgenbeseitigung überhaupt nur diese erfassen soll und welche Folgen damit genau gemeint sind, erscheint unklar.¹¹⁰ Unmittelbarkeit sei ein »Verlegenheitsbegriff«, ein »Gehäuse«, das »alle mehr oder weniger plausiblen Zurechnungskriterien und Zurechnungserwägungen« beherberge.¹¹¹ Wenn man den Zweck des öffentlichen Haftungsrechts – mit dieser Abhandlung – im Rechtsschutz betroffener Bürger als Instrument zur Durchsetzung staatlichen Rechts mittels Kompensation und Prävention sieht, dann will die Begrenzung auf unmittelbare Folgen nicht einleuchten: Auch mittelbare Folgen können das geltende Recht verletzen, so dass auch insoweit Bedarf für Ausgleich und Vorbeugung besteht.

III. Kritik des Verhältnisses der Ansprüche zueinander

Die Sachwidrigkeit des geltenden Staatshaftungsrechts, namentlich dessen innere Unabgestimmtheit, äußert sich vor allem in den Reibungspunkten zwischen den verschiedenen Anspruchsgrundlagen. Reibung entsteht dabei namentlich zwischen verschuldensab- und -unabhängigen sowie zwischen rechtmäßigkeits- und -widrigkeitsvoraussetzenden Tatbeständen. Im geltenden Recht sind es die Schadensersatzansprüche, welche die weitreichendste Rechtsfolge gewähren, vor den Entschädigungs- und Folgenbeseitigungsansprüchen. Die Abstufung zwischen verschieden weit reichenden Rechtsfolgen ist nur stimmig, wenn jene Rechtsfolgen, die weiter reichen, an Tatbestandsvoraussetzungen anknüpfen, die strenger sind. Es passt so gesehen zusammen, dass der (weiter reichende) Schadensersatzanspruch nach § 839 Abs. 1 Satz 1 BGB Verschulden verlangt, während die weniger weit reichende Aufopferungsent-schädigung ohne diese Voraussetzung auskommt. Dagegen passt insoweit nicht zusammen, dass es (weit reichende) Ansprüche auf Schadensersatz gibt, die kein Verschulden verlangen, etwa gem. § 1 StHG-DDR oder aufgrund der meisten Polizei- und Ordnungsgesetze¹¹².

Außerdem bedarf es der Erklärung, wenn die Rechtsfolgen rechtswidrigen Handelns, welches das Haftungsrecht überwiegend verlangt, nicht weiter rei-

¹¹⁰ Vgl. Baldus, in: ders./Grzeszick/Wienhues, Staatshaftungsrecht, 3. Aufl. 2009, Rn. 31 ff.

¹¹¹ Ossenbübl, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 251 (zum enteignungsgleichen Eingriff); vgl. auch ders., a. a. O., S. 209, 249, 250, 302, 440; Bender, VersR 1974, S. 1 (2) (»nach Inhalt und Tragweite derart unscharf, daß darunter die Rechtssicherheit leidet«); Nipperdey, NJW 1967, S. 1985 (1990) (Begriff allgemein »nur Ausdruck der dogmatischen und sachlichen Verlegenheit, (noch) nicht ganz präzise angeben zu können, was überhaupt gemeint« sei).

¹¹² Z.B. in Nordrhein-Westfalen gem. § 67 PolG, § 39 Abs. 1 lit. b) OBG; vgl. Pieroth/Schlink/Kniesel, Polizei- und Ordnungsrecht, 6. Aufl. 2010, § 26 Rn. 20 m. w. N.

chen als die Rechtsfolgen rechtmäßigen Handelns, welches das Haftungsrecht bisweilen genügen lässt (z. B. beim Aufopferungsanspruch und der Enteignungsentschädigung). Die Unstimmigkeit ist umso bemerkenswerter, wenn man sich für diese Fälle rechtswidrigen Handelns die Haftungs begründung vor Augen führt: Weil dem Geschädigten bei rechtswidrigem Staatshandeln »erst recht« ein Ausgleichsanspruch zustehen soll, haftet der Schädiger nicht nur für den (rechtmäßigen) enteignenden, sondern »erst recht« für den (rechtswidrigen) enteignungsgleichen Eingriff,¹¹³ nicht nur für die (rechtmäßige) Aufopferung, sondern »erst recht« für den (rechtswidrigen) aufopferungsgleichen Eingriff¹¹⁴. Der Erst-Recht-Schluss setzt jeweils voraus, dass rechtmäßige und rechtswidrige Schädigungen in einem Stufenverhältnis stehen: Wenn der Schädiger rechtmäßige Schädigungen ausgleichen muss, dann umso mehr rechtswidrige Schädigungen. Stehen rechtmäßige und rechtswidrige Schädigungen aber in einem Stufenverhältnis, erfasst der Erst-Recht-Schluss nicht nur das Ob des Ausgleichs, sondern auch dessen Höhe. Wo bereits rechtmäßiges Handeln die Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt, muss (unter sonst gleichen Bedingungen) die Haftungsfolge rechtswidrigen grundsätzlich weiter reichen als die rechtmäßigen Staatshandelns.¹¹⁵

Die Dissonanzen im Grundsätzlichen erklingen bis in die Einzelfragen hinein. Es erscheint wenig einleuchtend, warum der Staat Amtshaftungsansprüche verzinsen muss¹¹⁶, nicht aber Erstattungsansprüche. Die Verzinsung von Erstattungsansprüchen entfalle, so das Argument, weil der Fiskus die zu erstattenden Beträge nicht gewinnbringend anlege, sondern für die Allgemeinheit verwende.¹¹⁷ Dieses Argument begegnet mindestens zwei Zweifeln. Zum einen wäre zu begründen, warum Rücksicht auf den Schädiger zu nehmen ist und nicht auf den Geschädigten, der ohne Rechtsgrund Geld zu zahlen hatte, das er seinerseits hätte anlegen oder zur Schuldentilgung verwenden können. Zum anderen erscheint es als Fehlanreiz, den Staat dafür zu belohnen, dass er möglicher Ansprüche harrt, ohne dafür Rücklagen zu bilden. Akzeptiert man das Argument gleichwohl, vermag es die Ungleichbehandlung der beiden Ansprüche noch immer nicht zu rechtfertigen: Legt der Staat Geld nicht gewinnbringend an, sondern verwendet es für die Allgemeinheit, gilt das unabhängig davon,

¹¹³ Vgl. nur BGHZ 6, 270 (290) (»mindestens in dem gleichen Maße«); BGH, NJW 1954, S. 1361 (1361); *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 217 m. w. N.; *Schmidt-Kammerer*, NJW 1990, S. 2515 (2516); *Röder*, Haftungsfunktion, 2002, S. 32 ff.

¹¹⁴ Vgl. nur *Papier*, in: Maunz/Dürig (Begr.), GG (Stand: 64. Lieferung, Januar 2012), Art. 14 Rn. 544 (Stand: 59. Lieferung, Juli 2010) m. w. N.; vgl. auch BGH, NJW 1954, S. 1361 (1361).

¹¹⁵ Vgl. für den enteignungsgleichen Eingriff *Ehlers*, JZ 1996, S. 776 (783).

¹¹⁶ Vgl. BVerwG, NJW 1973, 1854 (1854); BGH, NJW 1993, S. 3061 (3062).

¹¹⁷ BVerwG, NJW 1973, 1854 (1854 f.); vgl. *Wienhues*, in: Baldus/Grzeszick/Wienhues, Staatshaftungsrecht, 3. Aufl. 2009, Rn. 508; *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 332 und 432 m. w. N. in Fn. 32.

ob der Staat das Geld, das er verwendet, später aufgrund von Amtshaftungsansprüchen oder aufgrund von Erstattungsansprüchen wird auszahlen müssen.

Schließlich leidet das geltende Staatshaftungsrecht auch als Rechtsgebiet an der Rechtswegspaltung, die oben bereits mit Blick auf Amtshaftung und Aufopferung beschrieben wurde.¹¹⁸ Die (allgemeinen und besonderen) Verwaltungsgerichte entscheiden danach im öffentlichen Haftungsrecht regelmäßig nur über die Folgenbeseitigung, vgl. § 40 Abs. 2 VwGO¹¹⁹, und über die öffentlich-rechtliche Erstattung, welche der Bürger vom Staat verlangt¹²⁰. Die Rechtswegspaltung ist damit eine doppelte: zwischen Primär- und Sekundärrechtsschutz einerseits und innerhalb der diversen sekundärrechtlichen Ausgleichsansprüche andererseits. Sie begründet, seitdem die beschriebenen Gründe für die Zuweisung an die Zivilgerichte weggefallen sind, sowohl eine Sach- als auch eine Zeitwidrigkeit.¹²¹

IV. Ursachenforschung

Im Laufe der Jahre hat sich allein im Allgemeinen Verwaltungsrecht, je nach Zählweise, ein gutes Dutzend verschiedener Anspruchsgrundlagen versammelt. Diese sind verteilt über die Normenpyramide (Verfassungs- und Fachrecht), die Rechtsgebiete (aus den Privatrechtskodifikationen §§ 839, 249 ff. BGB, aus dem öffentlichen Recht Art. 34 GG) und die Rechtsquellen (Europa-, Bundes- und Landesrecht) verschiedener Gesetzgeber (Gesetzes-, Gewohnheits- und Richterrecht) verschiedener Epochen (bis zurück zum Preußischen Allgemeinen Landrecht von 1794). Obwohl der Anachronismus- und der Chaosvorwurf also auf gesicherten Tatsachen beruhen, sind es nicht diese Tatsachen allein, die den Vorwurf zu rechtfertigen vermögen: Das hohe Alter mancher Anspruchsgrundlagen und die Vielzahl derselben als solche liefern noch kein Argument gegen das geltende Haftungsrecht. Hinzu kommen muss, dass eine alte Anspruchsgrundlage nicht (mehr) in die Zeit passt (der Vorwurf lautet denn auch, dass das Haftungsrecht nicht mehr zeitgemäß sei) bzw. dass es mehr Haftungsgrundlagen gibt als zweckmäßig (der Vorwurf lautet denn auch, dass das Haftungsrecht nicht mehr sachgerecht sei).

Woran liegt es, dass das Haftungsrecht antiquiert und überkomplex geworden ist? Eine Erklärung, die Beachtung fand, zielt auf den Charakter des Haftungsrechts als Richterrecht. Es war ausgerechnet der Gesetzgeber, der diesen Vorwurf erhoben hat:

¹¹⁸ Vgl. die Nachweise oben § 10 V I (S. 178 ff., insb. Fn. 198) bzw. § 11 I 3 (S. 195 ff.).

¹¹⁹ Siehe oben § 10 Fn. 223 (S. 181).

¹²⁰ *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 435.

¹²¹ Vgl. oben § 10 V 1 (S. 178 ff.).

»Das geltende Staatshaftungsrecht ist unübersichtlich, da es in wichtigen Bereichen nur gewohnheitsrechtlich oder richterrechtlich entwickelt wurde. Es entspricht nicht mehr dem modernen Verfassungsverständnis. Der Schutz des Bürgers vor den Folgen fehlerhaft ausgeübter Staatsgewalt erscheint daher nicht mehr angemessen gewährleistet.«¹²²

Die Literatur hat sekundiert,¹²³ und doch erscheint die Erklärung als unzureichend. Zutreffend ist freilich, dass sich das Richterrecht, weil es Fall für Fall voranschreitet, weniger an den großen Linien, an allgemeinen begrifflichen Überlegungen ausrichten kann, sondern an Einzelfragen ausrichten muss.¹²⁴ Das bekennen die Richter auch selbst. Unter der Überschrift »Rechtsentwicklung in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes« erläutert *Nüßgens* abstrahierend, wie der Bundesgerichtshof bei haftungsrechtlicher Rechtsfortbildung vorgehe. *Nüßgens*, Honorarprofessor in Bonn, war Vorsitzender des III. Zivilsenats beim Bundesgerichtshof, des sog. »Fiskussenats«, und hat in dieser Funktion an »[z]ahlreiche[n] Grundsatzentscheidungen« mitgewirkt. Seine Worte verdienen auch deshalb Gehör, weil er seine richterliche Tätigkeit wissenschaftlich begleitet hat, wobei sein Augenmerk »stets auch auf die Möglichkeiten und Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung« gerichtet gewesen sei.¹²⁵ Er beschreibt es als »weithin üblich bei einer richterlichen Rechtsfortbildung«, nicht »Gründen allgemeiner Reichweite« zu folgen, sondern »verschiedene Ansätze« zu wählen und »in Stufen und differenzierend nach Fallgruppen« vorzugehen.¹²⁶ Unter der Überschrift »Grundsätzliche/allgemeine Begründung – Differenzierung nach Fallgruppen« erklärt *Nüßgens*, warum:

»Bei einer *Rechtsfortbildung durch die Rechtsprechung* ist meist ein schrittweises Vorgehen angebracht und üblich. Man stellt bestimmte Fallgruppen heraus, bei denen vom Ergebnis und von der ratio her am ehesten eine Fortentwicklung geboten erscheint. Man vermeidet, jedenfalls zunächst, eine totale Änderung. Zudem darf nicht übersehen werden, daß im Spruchkörper eine Mehrheit für eine Fortentwicklung erforderlich ist. Besonders bei einem Verständnis, das zu § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB jahrzehntelang gegen Kritik

¹²² Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses zum StHG 1981 v. 30. 01. 1981, BT-Drs. 9/130, S. 1; vgl. auch Richter am Bundesverwaltungsgericht *Rennert* mit dem Hinweis, dass sich die Anspruchsgrundlagen »aus unterschiedlichen historischen Wurzeln vor allem richterrechtlich herausgebildet« hätten und »daher kein in sich stimmiges System« darstellen, so *Krings/Hentsch*, ZG 2010, S. 205 (205) (dort ohne Hervorhebung).

¹²³ Vgl. *Baldus*, in: ders./Grzeszick/Wienhues, Staatshaftungsrecht, 3. Aufl. 2009, Rn. 5; *Bender*, Staatshaftungsrecht, 3. Aufl. 1981, Rn. 152; *R. Breuer*, VVDStRL 61 (2002), S. 430 (433); *Kahl*, Die Verwaltung 42 (2009), S. 463 (488); *ders.*, EPL 16 (2010), S. 105 (110); *Kluth*, in: H. J. Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht II, 7. Aufl. 2010, § 66 Rn. 4; *Masing*, in: Umbach/Clemens (Hrsg.), GG, Bd. I, 2002, Art. 34 Rn. 22; *K. Redeker*, Handelsblatt Nr. 222 v. 17. 11. 2009, S. 15; *Röder*, Haftungsfunktion, 2002, S. 16; positiver dagegen *Tomuschat*, in: FS Everling, Bd. II, 1995, S. 1585 (1608) (»Struktur und Festigkeit« des nationalen Amtshaftungsrechts als »Ergebnis richterlichen Wirkens«). Im Common Law ist umgekehrt die Einschätzung verbreitet, dass das Richterrecht dem Parlamentsrecht überlegen sei, vgl. nur *Buchanan*, Va. L. Rev. 60 (1974), S. 483 (488) m. w. N.

¹²⁴ *Heidenhain*, JZ 1968, S. 487 (492).

¹²⁵ *Geiß*, NJW 1999, S. 549.

¹²⁶ *Nüßgens*, in: FS W. Geiger, 1989, S. 456 (459 f.).

verteidigt worden ist, ist eine Änderung des Verständnisses im voraus mit großen Schwierigkeiten behaftet. Erfahrungsgemäß wird sich eher eine Mehrheit finden für eine Änderung in einem *Teilbereich*, um – vielleicht – langsam fortschreitend, so, wie das Fallmaterial anfällt, weitere Bereiche zu der anstehenden Frage einer Prüfung zu unterziehen. Hierbei spielt auch die Frage der Kompetenz eine besondere Rolle, die bei Fortentwicklung in Teilbereichen eher bejaht wird als bei »großen Schritten.«¹²⁷

Obwohl *Nüßgens* die fallweise Rechtsfortbildung nicht nur – deskriptiv – als »üblich«, sondern auch – normativ – als »angebracht« bezeichnet hat, stellt er am Ende seines Beitrags die Vorteile heraus, wenn es gelänge, »die Begründung auf eine allgemeine Grundlinie zurückzuführen und so die Grenzziehung zwischen den verschiedenen Fallgruppen materiell zu begründen.«¹²⁸

Trotz dieser Entstehungsbedingungen ist Richterrecht nicht zwingend unübersichtlich. Das gilt auch dort, wo Richterrecht neben Gewohnheitsrecht tritt. Umgekehrt ist Parlamentsrecht nicht zwingend übersichtlich. Die Art der Rechtsquelle bestimmt die (Un-)Übersichtlichkeit einer Regelung also nicht. Entscheidend sind vielmehr die Regelung selbst und ihr Umfeld. Es kommt darauf an, ob der Anwendungsbereich der Regelung, d. h. das Verhältnis dieser zu anderen Normen, klar festgelegt ist.

Die Literatur hat denn auch ein anderes als Hauptdefizit geltenden Staatshaftungsrechts ausgemacht: dass »zur Feinabstimmung« ein »übergeordnetes Strukturelement« fehle.¹²⁹ »Einig war und ist man sich«, dass die Normen und Rechtsinstitute des geltenden Staatshaftungsrechts »von teilweise disparaten rechtspolitischen Zielsetzungen getragen sind«¹³⁰. Doch auch diese Erklärung erscheint zweifelhaft. Wie gezeigt, lässt sich das Ziel des Haftungsrechts, wenn auch recht abstrakt, doch formulieren als Kompensation samt Prävention rechtswidrigen Staatshandelns. Unabhängig davon ist jedenfalls zuzugeben, dass ein übergeordnetes Strukturelement auf einem niedrigeren Abstraktionsniveau zu suchen förderlich sein dürfte.

Wenn es eine gemeinsame Ursache für die beschriebenen Sach- und Zeitwidrigkeiten gibt, liegt sie nach alledem wohl eher in der Überkommenheit des Rechts. Die Läufe der Zeit haben Regelungen, die einst ihren Sinn hatten, diesen Sinn genommen, ohne dass ein anderer Sinn die frei gewordene Stelle ausgefüllt hätte: Die Zeitwidrigkeiten haben Sachwidrigkeiten bewirkt. Diese Abhandlung möchte daher, nachdem sie die Dissonanzen des geltenden Rechts beschrieben hat, nun die Konvergenzen herauschälen, um auf dieser Grundlage eine – wie berichtet als fehlend bemängelte – übergeordnete Struktur des Haftungsrechts vorzuschlagen.

¹²⁷ *Nüßgens*, in: FS W. Geiger, 1989, S. 456 (471) (Hervorhebungen dort).

¹²⁸ *Nüßgens*, in: FS W. Geiger, 1989, S. 456 (471 bzw. 474). Vgl. auch BAG, Urt. v. 20. 02. 1975 – 3 AZR 514/73, AP BGB § 242 Ruhegehalt-Unverfallbarkeit Nr. 8, sub III. 2.

¹²⁹ *Brocke*, Europäisierung, 2002, S. 256; *Seltenreich*, Francovich-Rechtsprechung, 1997, S. 241 m. w. N.

¹³⁰ *Bertelmann*, Europäisierung, 2005, S. 46.

Zweites Kapitel. Rekonstruktion öffentlichen Haftungsrechts

§ 12 Konvergenzen innerhalb des nationalen Staatshaftungsrechts

I. Konvergenzen Gefährdungshaftung

Gefährdungshaftung ist kein eindeutiger Begriff. Die einen, namentlich Zivilrechtler, sagen, Gefährdungs- sei verschuldensunabhängige Haftung.¹ Die anderen, namentlich Öffentlich-Rechtler, halten für entscheidend, dass die Haftung »allein« auf rechtmäßiger Gefährdung gründe.² Wieder andere meinen, Gefährdungshaftung sei die »rechtswidrigkeits- und verschuldensunabhängige Schadensersatzpflicht« (Kombinationsthese).³ Mit Blick auf den Begriff der *strict liability*, der häufig als Übersetzung von Gefährdungshaftung Verwendung findet⁴, bestehen dieselben Divergenzen.⁵ Vor diesem Hintergrund erscheint zweifelhaft, ob der Begriff der Gefährdungshaftung tatsächlich, wie zu lesen

¹ Kötz/Wagner, Deliktsrecht, 11. Aufl. 2010, Rn. 492; H.-B. Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 4. Aufl. 2005, S. 149; Wurmnest, in: Magnus/Wurmnest, Casebook, 2002, S. 151; ebenso der Zivilrechtsgesetzgeber, siehe Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften v. 19. 12. 1975, BR-Drucks. 777/75, S. 1 (7), und aus der Reihe der Öffentlich-Rechtler Bettermann, DÖV 1954, S. 299 (304); Jaenicke, VVDStRL 20 (1963), S. 135 (135, 137); Lubmann, Öffentlich-rechtliche Entschädigung rechtspolitisch betrachtet, 1965, S. 139.

² BVerfGE 128, 1 (72); Lubmann, Öffentlich-rechtliche Entschädigung rechtspolitisch betrachtet, 1965, S. 74; Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 1, 590; Osterloh, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts III, 2009, § 55 Rn. 60; Rupp, Grundfragen, 2. Aufl. 1991, S. 281; ebenso BGHZ 155, 99 (103 f.).

³ Diederichsen/Wagner, VersR 1993, S. 641–652 (643); Kluth, in: H. J. Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht II, 7. Aufl. 2010, § 69 Rn. 1; Wagner, JZ 1991, S. 175 (175); a.A. Sodan, in: ders./Ziekow (Hrsg.), VwGO, 3. Aufl. 2010, § 40 Rn. 570 (auch rechtmäßiges Verhalten).

⁴ Vgl. nur Jansen/Rademacher, in: Koziol/Wilcox, Punitive Damages, 2009, S. 75 (78); in der Sache ebenso Kramer/Sykes, Supreme Court Review 1987, S. 249 (283).

⁵ Vgl. Jans/de Lange/Prechal/Widdershoven, Europeanisation, 2007, S. 329; Coleman, Ind. L. J. 67 (1991/92), S. 349 (349) und Koziol/Schulze, in: dies. (Hrsg.), Tort Law of the European Community, 2008, Rn. 23/16 (Haftung ohne Verschulden) mit van den Bergh/H.-B. Schäfer, JITE 156 (2000), S. 382 (388 Fn. 13) (Rechtmäßigkeitshaftung).

steht, »seit langem zum gesicherten Bestand dogmatischer Grundbegriffe« gehört.⁶

Der das Spezifikum beschreibende und damit den Begriff prägende Bestandteil des Ausdrucks »Gefährdungshaftung«, die Gefährdung, spricht jedenfalls nicht dafür, das Kennzeichen der Gefährdungshaftung in der Rechtmäßig- bzw. -widrigkeit zu sehen. Denn es kann rechtmäßige und rechtswidrige Gefährdungen geben, und auch aus rechtmäßigen Gefährdungen können rechtswidrige Schädigungen erwachsen. Der Wortbestandteil der Gefährdung spricht freilich genauso wenig dafür, das Kennzeichen der Gefährdungshaftung in der Verschuldensab- bzw. -unabhängigkeit zu suchen. Die Gefährdung selbst erfolgt, weil damit die gefährliche Handlung gemeint ist, in aller Regel vorsätzlich. Immerhin lässt sich über den Erfolg der Handlung, die Schädigung, sagen, dass dieser sicher nicht notwendig und wohl auch nicht typischerweise schuldhaft erfolgt. Diese Abhandlung meint mit Gefährdungshaftung die herkömmlich so genannte Haftung ohne Verschulden, genauer: eine Haftung, die Verschulden nicht zur Tatbestandsvoraussetzung erhebt. Einer solchen Haftung ist es gleichgültig, ob der Schädiger (auch noch) schuldhaft handelt. Gefährdungs- sei also verschuldensunabhängige Haftung.

Aufopferungs- und Folgenbeseitigungsanspruch verlangen von vornherein kein Verschulden. Der Amtshaftungsanspruch erfährt eine Objektivierung der Verschuldensvoraussetzung.⁷ Diese Entwicklung ist bereits im Wortlaut des Anspruchs angelegt. § 839 Abs. 1 Satz 1 BGB lässt es genügen, dass der Beamte die Amtspflicht fahrlässig verletzt. Fahrlässig handelt gem. § 276 Abs. 2 BGB, wer die »im Verkehr erforderliche« Sorgfalt außer Acht lässt. Welche Sorgfalt der »Verkehr« erfordert, hängt nicht von den persönlichen Fähigkeiten des gerade Handelnden ab, ist also kein subjektives, sondern ein objektives Kriterium.⁸ Dementsprechend lautet die Überschrift des § 276 BGB seit dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz mit Wirkung vom 1. Januar 2002 »Verantwortlichkeit des Schuldners«.⁹ Die Objektivierung des Sorgfaltsmaßstabs der Fahrlässigkeit, in Rechtsprechung¹⁰ und Lehre¹¹ seit Jahrzehnten zu beobachten, ist mittlerweile so weit vorangeschritten, dass das Verschuldenserfordernis im Sinn persönlicher Vorwerfbarkeit als aufgegeben bezeichnet werden muss.

⁶ *Osterlob*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts III, 2009, § 55 Rn. 60; wie hier *Jansen*, ZEuP 2005, S. 732 (733) (kein »homogenes Phänomen«).

⁷ Siehe oben § 10 IV (S. 174 ff.).

⁸ Vgl. nur BGH, NJW 1961, S. 600 (600) (»nach objektiven Maßstäben zu bestimmende« Sorgfalt); *Rupp*, Grundfragen, 2. Aufl. 1991, S. 306; *Hartmann*, VerwArch 98 (2007), S. 500 (517) m. w. N.

⁹ Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts v. 26. 11. 2001, BGBl. I S. 3138 (3142).

¹⁰ Vgl. nur BGHZ 51, 91 (103 ff.); 92, 143 (150 f.); 104, 323 (332 ff.).

¹¹ *Brocke*, Europäisierung, 2002, S. 78, 123; *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 76 f.; *Papier*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 5, 5. Aufl. 2009, § 839 Rn. 292 f.

So sehen die Dinge jedenfalls neuere zivilrechtliche und öffentlich-rechtliche Abhandlungen. Für das Zivilrecht wird diese Entwicklung am Beispiel der Rechtsprechung zu den sog. Waschmaschinen-Fällen verdeutlicht.¹² Die Waschmaschinennutzer haften danach, wenn Wasser ausläuft, weil es sorgfaltswidrig sei, die Maschine während des Betriebs nicht überwacht zu haben. Dabei laufen die Maschinen heutzutage regelmäßig, oft und lange, ganz ohne dass Wasser austritt. Der Schadenseintritt ist also ausgesprochen unwahrscheinlich, und die Schadensfolgen wiegen – je nach Standort der Maschine – nicht sonderlich schwer. Dass der Waschmaschinenbetreiber haftet, lässt sich angesichts dieser »Gefährdungslage« kaum mit dem Vorwurf begründen, er habe sorglos gehandelt, weil er es versäumt habe, der Waschmaschine beim Waschen zuzusehen. Es fehlt an einem Fehlverhalten des Betreibers. Vielmehr handelt es sich bei der Haftung um eine (im Ergebnis überzeugende) Risikozuweisung, um eine – wenn wir ehrlich sind – der Sache nach verschuldensunabhängige Haftung gem. § 823 Abs. 1, § 276 Abs. 2 BGB.

Auch das öffentliche Haftungsrecht bewegt sich in Richtung einer Gefährdungshaftung, wohl noch über das im Zivilrecht zu beobachtende Maß hinaus¹³. Es scheint, dass die Haftung für schuldlos-rechtswidrige Eingriffe seit dem Bestehen der Staatshaftung an Boden gewinnt.¹⁴ Der Anspruch wegen enteignungsgleichen Eingriffs, ein »Tatbestand der Gefährdungshaftung«, ist derart ausgeweitet worden, dass er bereits als »Superanspruchsgrundlage« für Eigentumsverletzungen durch die öffentliche Hand bezeichnet wurde.¹⁵ Das Verschuldenserfordernis des Amtshaftungsanspruchs hat die Rechtsprechung jedenfalls in den letzten Jahrzehnten gen objektive Staatshaftung relativiert.¹⁶ Schon 1965 hieß es, dass die Gerichte das Verschuldenserfordernis »bis zur Fiktion überdehnt« hätten,¹⁷ und 1974 stand zu lesen, dass die Rechtsprechung die Amtshaftung »längst nicht mehr so verschuldensabhängig« verstand, wie es »die Rechtsgrundlagen« vorsähen¹⁸. Wenn der Bundesgerichtshof die Einführung der Gefährdungshaftung mit dem Argument ablehnt, dafür sei der Gesetzgeber zuständig¹⁹, und die Lehre gegen eine solche verschuldensunabhängige Haf-

¹² Jansen, AcP 202 (2002), S. 517 (527 ff.) mit Verweis auf OLG Hamm, MDR 1984, S. 668 (668); OLG Karlsruhe, VersR 1992, S. 114 (114).

¹³ Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 440.

¹⁴ Vgl. R. Reinhardt, Gutachten für den 41. DJT, Bd. I, Halbbd. 1, S. 233 (269 f.).

¹⁵ Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 218.

¹⁶ Bender, Staatshaftungsrecht, 2. Aufl. 1974, Rn. 590 bzw. 593; ders., dass., 3. Aufl. 1981, Rn. 105, 333 f.; Bermann, Col. L. Rev. 77 (1977), S. 1175 (1210 f.); Hartmann, VerwArch 98 (2007), S. 500 (517 f.); Lochte-Handjery, JuS 2001, S. 1186 (1189); Morlok, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts III, 2009, § 54 Rn. 125.

¹⁷ Lubmann, Öffentlich-rechtliche Entschädigung rechtspolitisch betrachtet, 1965, S. 83, 127.

¹⁸ Dagtoglou, VerwArch 65 (1974), S. 345 (346).

¹⁹ BGHZ 54, 332 (336 f.); 55, 229 (234).

tung vorträgt, die Fälle ließen sich über die anerkannten Haftungstatbestände, insbesondere über die Aufopferung sowie über den enteignenden und den enteignungsgleichen Eingriff erfassen²⁰, wird deutlich, dass Bundesgerichtshof und Lehre die Gefährdungshaftung der Sache nach (wenn nicht »anerkennen«²¹, dann aber jedenfalls) aufgeschlossen würdigen. Die Belege ließen sich mehren.

Die Objektivierung erfolgte auf verschlungenen Wegen. Die Rechtsfigur des »pflichtgetreuen Durchschnittsbeamten« nimmt dem Staat den Einwand, der konkret Schädigende sei zu mehr nicht fähig gewesen.²² Der Gedanke des Organisationsverschuldens befreit den Kläger davon, den konkret Schädigenden individualisieren zu müssen.²³ Verschuldensvermutungen²⁴ und Beweislastumkehrungen²⁵ treten hinzu. All das hat dazu geführt, dass nach Gerichtsaktenauswertungen nur jede zehnte aller Staatshaftungsklagen am Verschulden scheitert.²⁶

Auf derselben Linie liegen Bemühungen aus der Lehre, einen allgemeinen Wiedergutmachungsanspruch zu etablieren oder den Grundrechten Haftungsfolgen zu entnehmen. Den allgemeinen Wiedergutmachungsanspruch haben *Lerche*²⁷, *Menger*²⁸ und *Haas*²⁹ »postuliert«³⁰, ohne dass sich dieser Anspruch hätte durchsetzen können³¹. Die Bemühungen, den Haftungsanspruch aus den Grundrechten abzuleiten, gründen auf den genannten Vorarbeiten, namentlich

²⁰ *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 372 ff. m. w. N.

²¹ *C. Walter*, *ZaöRV* 1993, S. 882 (900).

²² Vgl. nur RGZ 156, 34 (51); BGHZ 18, 366 (371); BGH, *NJW* 1996, S. 2422 (2424) (insoweit in BGHZ 132, 181 (188 f.) nicht abgedruckt; BGHZ 139, 200 (203)).

²³ RGZ 100, 102 (103); BGH, *NJW* 1964, S. 41 (44); *DVBl* 1978, S. 146 (147); *DVBl* 1989, S. 1094 (1096); *Grzeszick*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), GG, 2009, Art. 34 Rn. 19.1; *Papier*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 5, 5. Aufl. 2009, § 839 Rn. 293. Die Frage klingt bei *Kohlhaas* an, als *Luther* sagt, dass der Landesherr von der Klage Kohlhaasens nichts wisse und dass, wenn Staatsdiener hinter dessen Rücken Prozesse unterschlagen, niemand anders als Gott den Landesherrn »wegen der Wahl solcher Diener zur Rechenschaft ziehen« dürfe, siehe *v. Kleist*, *Kohlhaas* (1810), *SW III*, 1990, S. 78 = *GW III*, 1955, S. 45 f. = *ders.*, *Hamburger Lesehefte* 2011, S. 35.

²⁴ RGZ 125, 85 (87); BGHZ 22, 258 (267); BGH, *NJW-RR* 1990, S. 1500 (1500 f.).

²⁵ Vgl. BGHZ 22, 258 (267); BGH, *NJW* 1995, S. 2344 (2345).

²⁶ Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), *Zur Reform des Staatshaftungsrechts. Rechtstatistische Erkenntnisse*, 1976, S. 34; *Lochte-Handjery*, *JuS* 2001, S. 1186 (1189) (10,4%); Bundesminister der Justiz/Bundesminister des Innern (Hrsg.), *Reform des Staatshaftungsrechts (Kommissionsbericht)*, 1973, S. 153 (12,5% im Jahr 1955; 4,7% im Jahr 1960; 1,96% im Jahr 1965; jeweils bezogen auf die Urteile des Staatshaftungssenats des Bundesgerichtshofs und dem Hinweis, bei den erstinstanzlichen Gerichten sei die Situation »ähnlich«); Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), *Zur Reform des Staatshaftungsrechts. Zusammenfassung*, 1977, S. 6 (14,1%).

²⁷ *Lerche*, *RiA* 1954, S. 9 (10); vgl. auch *Scheuner*, *DÖV* 1955, S. 545 (549).

²⁸ *Menger*, in: *GS W. Jellinek*, 1955, S. 347 (355 ff.).

²⁹ *Haas*, *System der öffentlichrechtlichen Entschädigungspflichten*, 1955, S. 59 ff.

³⁰ *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 312.

³¹ Dagegen etwa *BVerwGE* 28, 155 (165 f.); *BVerwG*, *DVBl* 1979, 852 (854 f.); *BVerwGE* 69, 366 (370 f.); *Höfling*, *VVDStRL* 61 (2002), S. 260 (271) in und bei Fn. 62; weitere Nachweise bei *Schoch*, *VerwArch* 79 (1988), S. 1 (23 f.); krit. *Luhmann*, *Öffentlich-rechtliche Entschädigung rechtspolitisch betrachtet*, 1965, S. 91 ff.; dafür *Fiedler*, *NVwZ* 1986, S. 969 (977); *Haas*, *System der öffentlichrechtlichen Entschädigungspflichten*, 1955, S. 59 ff.; *Haaseisen*, *DVBl* 1973,

auf dem genannten Vorschlag *Mengers* aus dem Jahr 1955, sowie auf einem Vorschlag *Weyreuthers*³² aus dem Jahr 1968. *Ossenbühl* leitet den Folgenbeseitigungsanspruch in seinem Lehrbuch seit jeher »in erster Linie« aus den Freiheitsgrundrechten ab³³. Seit der 4. Auflage 1991 behandelt er den Anspruch ausdrücklich als Unterfall (genauer: als »wichtigste Variante«) des »grundrechtlichen Schutzanspruchs« auf »Unterlassung, Beseitigung und Herstellung«.³⁴ Bei den Beratungen des Staatshaftungsgesetzes 1981 war die Anknüpfung an die Grundrechte ebenfalls Thema: Der Staat hafte »für Schäden aus rechtswidrigen Eingriffen in grundrechtlich geschützte Rechtspositionen des Bürgers ausnahmslos und unabhängig von Sorgfaltsverstößen«³⁵. Die gründlichste Untersuchung dieser Herleitung ist das Verdienst *Grzeszicks*.³⁶ Die neuere Lehre entnimmt den Grundrechten danach nicht nur den Anspruch, ungerechtfertigte Eingriffe zu unterlassen, sondern auch, diese Eingriffe – sind sie gleichwohl geschehen – rückgängig zu machen. Es handelt sich um einen dreifach gestuften Grundrechtsanspruch: bei drohender Verletzung gerichtet auf Unterlassen (Prävention), bei andauernder Verletzung gerichtet auf (Folgen-)Beseitigung (Restitution), und bei gescheiterter Beseitigung gerichtet auf Schadensersatz oder Entschädigung (Kompensation).³⁷ Im Zusammenhang mit der Frage, wie sich der grundrechtliche Haftungsanspruch zum einfachen Staatshaftungsrecht, namentlich zum Verschuldenserfordernis aus § 839 BGB, verhält, liegt es nahe, auch den grundrechtlichen Haftungsanspruch verschuldensunabhängig zu verstehen: Auch als Eingriffsabwehrrecht setzt der Grundrechtsanspruch kein Verschulden voraus.³⁸ *Weyreuther* verzichtet für seinen Anspruch denn auch ausdrücklich auf diese Voraussetzung.³⁹

Dass der Sache nach das Verschulden praktisch keine Rolle mehr spielt, hat auch einen ökonomischen Grund für sich. Der Mensch scheut das Risiko,

S. 739 ff.; wohlwollend auch *Grzeszick*, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2010, § 44 Rn. 117 f.

³² *Weyreuther*, Gutachten zum 47. DJT, 1968, Bd. I, S. B 1 (146 f.).

³³ *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 1. Aufl. 1976, S. 196; 2. Aufl. 1978, S. 196; 3. Aufl. 1983, S. 198.

³⁴ Vgl. *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 4. Aufl. 1991, S. 240 f., 5. Aufl. 1998, S. 285 f.

³⁵ Siehe oben § 10 Fn. 175 (S. 176).

³⁶ *Grzeszick*, Rechte und Ansprüche, 2002; zu Einzelheiten und Vorläufern unten § 15 III 4 b) (S. 334 ff.), insb. Fn. 193 (S. 335); vgl. auch *dens.*, in: Merten/Papier (Hrsg.), HGR, Bd. III, 2009, § 75 Rn. 1 ff., 74 ff.

³⁷ *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 286; vgl. *Gerhardt*, in: Schoch/J.-P. Schneider/Bier (Hrsg.), VwGO (Stand: 23. EL, Januar 2012), Rn. 5 vor § 113 (Stand: Grundwerk 1996); krit. *Grzeszick*, in: Merten/Papier (Hrsg.), HGR, Bd. III, 2009, § 75 Rn. 97 f.

³⁸ Vgl. *Grzeszick*, in: Merten/Papier (Hrsg.), HGR, Bd. III, 2009, § 75 Rn. 1 (»Die Verletzung eines Grundrechts ist prinzipiell hinreichender Grund für die Entstehung eines Haftungsanspruchs des Bürgers gegen den Staat«).

³⁹ *Weyreuther*, Gutachten zum 47. DJT, 1968, Bd. I, S. B 1 (146 ff.).

er ist risikoavers.⁴⁰ Das gilt für Richterinnen und Richter besonders.⁴¹ Wenn Gerichte also nachträglich Sorgfaltsstandards festlegen, fallen zwei Probleme in eins: Über den Sorgfaltsstandard entscheiden überdurchschnittlich risikoscheue Menschen im Nachhinein, d. h. mit dem Problem des Rückschaufehlers (*hindsight bias*) konfrontiert.⁴²

II. Konvergenz gen Schadensersatz

1. Schadensersatz und Entschädigung

Das Grundgesetz legt die Differenzierung zwischen Schadensersatz und Entschädigung, der die staatshaftungsrechtliche Dogmatik so große theoretische Bedeutung beimisst, seinem Wortlaut nach nahe. Das Verfassungsrecht nennt einerseits den »Anspruch auf Schadensersatz« im Amtshaftungsrecht des Art. 34 Satz 3 GG (wenn auch nur beiläufig im Rahmen der Rechtswegklausel) und andererseits »Art und Ausmaß der Entschädigung« im Aufopferungs- bzw. genauer im Enteignungsrecht des Art. 14 Abs. 3 Satz 2 bis 4 GG. Doch auch dieses Nebeneinander ließe es zu, Schadensersatz als »Art der Entschädigung« zu betrachten. Im einfachen Recht ist die Konvergenz von Schadensersatz und Entschädigung deutlich angelegt. Das zeigt der Blick auf das Schadensrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Wenn unter der amtlichen Überschrift »Schadensersatz in Geld« (§ 251 BGB) das Gebot formuliert wird, »in Geld (zu) entschädigen« (§ 251 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 BGB), liegt darin begrifflich die Gleichsetzung von Schadensersatz und Entschädigung. Dementsprechend gewährt § 253 Abs. 1 und 2 BGB für »Schäden«, die nicht Vermögensschäden sind, eine »Entschädigung in Geld«, vgl. außerdem den »Ersatz in Geld« gem. § 250 Satz 2 BGB. Außerhalb des Schadensrechts nimmt das Bürgerliche Gesetzbuch weitere Gleichsetzungen vor. Das zeigen Formulierungen wie »Schaden ... ersetzen ... (Vorfalligkeitsentschädigung)«, »kann ... Entschädigung ... verlangen ... Geltendmachung ... weiteren Schadens ... nicht ausgeschlossen«⁴⁴ oder »... kann ... angemessene Entschädigung in Geld verlangen« unter der

⁴⁰ Vgl. Engel, in: ders./Englerth/Lüdemann/Spiecker gen. Döhmann (Hrsg.), Recht und Verhalten, 2007, S. 362 (366); Kötz/Wagner, Deliktsrecht, 11. Aufl. 2010, Rn. 90; N. Petersen/Towfigh, in: Towfigh/N. Petersen, Ökonomische Methoden im Recht, 2010, S. 1 (18 f.); Wagner, in: Van Boom/Faure (Hrsg.), Shifts in Compensation, 2007, S. 87 (87 f.).

⁴¹ Kötz/Wagner, Deliktsrecht, 11. Aufl. 2010, Rn. 84; im Ergebnis ebenso M. Schneider/Sadowski, Die Verwaltung 37 (2004), S. 377 (387 f.); zw. dagegen Oebbecke, ZVersWiss 96 (2007), S. 81 (93).

⁴² Vgl. nur Engel, in: ders./Englerth/Lüdemann/Spiecker gen. Döhmann (Hrsg.), Recht und Verhalten, 2007, S. 363 (382); Englerth, in: Towfigh/N. Petersen, Ökonomische Methoden im Recht, 2010, S. 165 (181 f.).

⁴³ § 490 Abs. 2 Satz 3 BGB.

⁴⁴ Jeweils § 546a Abs. 1, 2, § 584b Satz 1, 2 und § 597 Satz 1, 2 BGB.

amtlichen Überschrift »Schadensersatz«⁴⁵. Auf derselben Linie liegen schließlich Belege aus der Rechtsprechung. Die zitierte Passage (»Entschädigung ist ... keine Schadensersatzleistung ... «)⁴⁶ setzt fort wie folgt:

»Ebenso bleiben rechtlich nicht gesicherte Chancen, Aussichten oder wirtschaftliche Interessen außer Betracht [...]. Etwas anderes gilt nur, wenn die Chancen oder Aussichten im Zeitpunkt der Enteignung unmittelbar und so sicher bevorstehen, dass sie sich bereits als wertbildende Faktoren des genommenen Rechts auswirkten, der allgemeine Grundstücksverkehr ihnen also schon Rechnung trug.«⁴⁷

Damit ist die Unterscheidung zwischen Entschädigung und Schadensersatz, was den entgangenen Gewinn betrifft, nicht nur theoretisch minimalisiert, sondern auch praktisch exekutiert. Denn als entgangen gilt schadensrechtlich der Gewinn, »welcher nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen, mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte« (§ 252 Satz 2 BGB). Der Unterschied, den die Rechtsprechung so betont, schmilzt danach zusammen auf Feinheiten der Beurteilungswahrscheinlichkeit und der Marktreaktion. Was die Beurteilungswahrscheinlichkeit betrifft, muss der Gewinn beim Schadensersatz »mit Wahrscheinlichkeit« und bei der Entschädigung »so sicher« entgangen sein. Der schon theoretisch feinsinnige Unterschied wird praktisch vollkommen unerheblich, sobald die Parteien darüber streiten, ob ein Schaden überhaupt entstanden sei und wie hoch sich der Schaden belaufe. Für diesen Fall erlaubt § 287 Abs. 1 Satz 1 ZPO dem Zivilgericht, unter Würdigung aller Umstände »nach freier Überzeugung« zu entscheiden. Was die tatsächliche Basis des Wahrscheinlichkeitsurteils angeht, kommt es für den Schadensersatz auf die »Vorkehrungen« an, die der Geschädigte getroffen hat, und bei der Entschädigung auf die Reaktion des Marktes, der »schon Rechnung« getragen haben muss. Weil der Geschädigte seine Vorkehrungen zur Gewinnerzielung mit Blick auf den Markt trifft, auf dem er seinen Gewinn erzielen möchte, und weil es ebendiese Vorkehrungen sind, denen der Markt Rechnung trägt, handelt es sich um dieselbe Medaille, von verschiedenen Seiten betrachtet. Die tatsächliche Basis, aufgrund der das Gericht sein Wahrscheinlichkeitsurteil zu treffen hat, ist identisch.

Die Verschiebung der Entschädigung in Richtung Schadensersatz, welche die Rechtsprechung vornimmt, indem sie Folgeschäden einbezieht,⁴⁸ insbesondere entgangene Gewinne als Ertragsfähigkeit des Unternehmens zu dessen Substanz rechnet und selbst vorübergehende Eingriffe als Ertragsverluste zu Substanz-

⁴⁵ § 651f BGB.

⁴⁶ Siehe oben § 11 Fn. 61 (S. 192).

⁴⁷ BGH, NJW 2008, S. 515 (516) m. w. N.

⁴⁸ *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 266.

minderungen zählt,⁴⁹ entspricht internationalen Entwicklungen⁵⁰, und sie kann sich auf die Ökonomik berufen. Denn diese berechnet den Wert einer Unternehmung »richtigerweise«⁵¹ nicht auf der Grundlage der Anschaffungswerte (Substanzwert), sondern nach der Summe der (erwarteten) zukünftigen Nettoerträge (Ertragswert).⁵²

Die Konvergenz von Schadensersatz und Entschädigung ist keine neue Entwicklung. *Lubmann* hat sie bereits im Jahr 1965 beschrieben: Die Rechtsprechung beginne, den Unterschied »niederzufeilen«: Wenn der Sinn der Entschädigung im Ausgleich einer Ungleichbehandlung liege, könne der Ausgleich nur in der Entschädigung für alle Folgen des Eingriffs bestehen, weil nur so die Gleichheit wiederhergestellt werde, und das heiße praktisch: im Schadensersatz. Im Ergebnis und trotz Art. 14 Abs. 3 Satz 3 GG werde sehr wohl »auch bei der Enteignung oder enteignungsgleiche[m] Eingriff Schadensersatz« gewährt.⁵³ Der Befund gilt bis heute, vielleicht sogar heute umso mehr. Dass Aufopferung und Amtshaftung auf verschiedenen Ebenen lägen, weil der Entschädigungsanspruch im Verursacher-, der Schadensersatzanspruch aber im Verschuldensprinzip wurzele, wird jedenfalls umso fragwürdiger, je mehr der Schadensersatzanspruch in Richtung Gefährdungshaftung konvergiert.⁵⁴ Es wundert also nicht, dass die Konsequenzen, die früher aus den verschiedenen Wurzeln für die Verjährung gezogen wurden, heute überholt sind.⁵⁵

2. Schadensersatz und Folgenbeseitigung

Die Herstellung des *status quo ante*, die der Folgenbeseitigungsanspruch gewährt, ist prinzipiell etwas anderes als die Herstellung des Zustands, der ohne die Rechtsverletzung bestünde. Daher ist als Regel anerkannt, dass das Schadensrecht auf den Folgenbeseitigungsanspruch keine Anwendung finde.⁵⁶ Freilich sind zahlreiche Ausnahmen zu dieser Regel akzeptiert: für die Frage des

⁴⁹ Siehe oben § 11 Fn. 44 f. (S. 190).

⁵⁰ *O. Dörr*, in: Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG, 2006, Kap. 33 Rn. 5 (zur Rechtsprechung des EGMR).

⁵¹ *Mathis*, Effizienz statt Gerechtigkeit?, 3. Aufl. 2009, S. 32.

⁵² Genauer *Geigant u.a.*, Lexikon der Volkswirtschaft, 7. Aufl. 2000, S. 250, Stichwort »Ertragswert«.

⁵³ *Lubmann*, Öffentlich-rechtliche Entschädigung rechtspolitisch betrachtet, 1965, S. 49 f. (m. w. N.).

⁵⁴ Siehe zur Frage der Verwurzelung *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 142 (referierend), und zur Konvergenz oben § 12 I (S. 205 ff.).

⁵⁵ Siehe zu den ehemaligen Konsequenzen *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 143, und zu deren Überholung soeben § 12 Fn. 77–80 (S. 194).

⁵⁶ *Oetker*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 2, 6. Aufl. 2012, § 249 Rn. 7; *Schiemann*, in: J. v. Staudinger, BGB, 14. Aufl. 2005, vor § 249 Rn. 22; vgl. *Hain*, VerwArch 95 (2004), S. 498 (502 ff.) (zu Analogien und Bezugnahmen).

Mitverschuldens⁵⁷ genauso wie für den Grundsatz der Naturalrestitution, auch wenn sich letzterer auf die Wiederherstellung des *status quo ante* beschränke.⁵⁸ Zu lesen steht daher ebenso, dass in gewissen Grenzen auch in Gestalt des Folgenbeseitigungsanspruchs »Naturalrestitution« verlangt werden könne.⁵⁹ Der prinzipielle Unterschied verliert so an praktischer Bedeutung. Zwei Beispiele mögen die Konvergenz verdeutlichen: zum einen die Haftungsfolgen fehlerhafter Auskunft und Beratung, namentlich der sozialrechtliche Herstellungsanspruch⁶⁰, zum anderen die sog. Folgenentschädigung. Im Fall einer fehlerhaften Beratung folgt aus der allgemeinen Regel, nach der die Folgenbeseitigung in der Herstellung des *status quo ante* liege, dass jener Zustand herzustellen ist, der vor der fehlerhaften Beratung bestand. Die Folgenbeseitigung liegt dann im Widerruf der Falschinformation und in der Rückgängigmachung der auf dieser Grundlage getroffenen Dispositionen. Einen Schritt weiter geht bereits, wer die Kundgabe der zutreffenden Auskunft einschließt, weil dann ein rechtmäßiges Alternativverhalten hinzugedacht wird.⁶¹ Doch selbst dieser Schritt geht der Rechtsprechung nicht weit genug: Vielmehr sei der Bürger so zu stellen, wie er stünde, wenn der Staat nicht fehlerhaft, sondern zutreffend beraten hätte.⁶² Insbesondere sollen Anträge, deren Antragsfrist in der Zwischenzeit ablief, als gestellt gelten.⁶³ Diese Rechtsfolge mag man »Folgenbeseitigung im weiteren Sinn« nennen, doch sie gewährt nicht nur in der Sache, sondern bis in die Formulierung hinein nichts anderes als Schadensersatz.⁶⁴ Vor diesem Hintergrund

⁵⁷ Vgl. BVerwG, DVBl 1971, S. 858 (860 f.); insoweit in NJW 1972, S. 269 ff. nicht abgedruckt; BVerwG, NJW 1989, S. 2484 (2485); Engelhardt, in: Obermayer/Fritz (Hrsg.), VwVfG, 3. Aufl. 1999, § 25 Rn. 81; Oetker, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 2, 6. Aufl. 2012, § 249 Rn. 7, § 254 Rn. 27.

⁵⁸ Vgl. BVerwGE 69, 366 (371); Oetker, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 2, 6. Aufl. 2012, § 249 Rn. 7; Papier, in: Maunz/Dürig (Begr.), GG (Stand: 64. Lieferung, Januar 2012), Art. 34 Rn. 63 (Stand: 54. Lieferung, Januar 2009).

⁵⁹ BVerwGE 69, 366 (371) (unter Verweis auf § 249 Satz 1 BGB); Papier, in: Maunz/Dürig (Begr.), GG (Stand: 64. Lieferung, Januar 2012), Art. 34 Rn. 63 (Stand: 54. Lieferung, Januar 2009); vgl. auch J. Ipsen, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2011, Rn. 1348 (Folgenbeseitigungsanspruch könne sich der Naturalrestitution »durchaus ... annähern«).

⁶⁰ Siehe dazu nur BVerfGE 78, 165 (177 f.); BSGE 41, 126 (126 f.); 49, 76 (77); 51, 89 (92); 61, 175 (178 f.); 62, 179 (182); 63, 112 (114 f.); 71, 17 (22 f.); 83, 30 (34); BVerwG, NJW 1997, S. 2966 (2969); BGHZ 103, 242 (245); Ebsen, DVBl 1987, S. 389 (389 ff.); Hase, SGB 2001, S. 593 ff.; Schmidt-De Caluwe, Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch, 1992; Wallerath, DÖV 1987, S. 505 ff., ders., DÖV 1994, S. 757 ff.

⁶¹ Kallerhoff, in: P. Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, 7. Aufl. 2008, § 25 Rn. 16

⁶² Vgl. in anderem Zusammenhang BVerwGE 9, 89 (92 f.); 16, 156 (159 f.); 25, 183 (184 f.); BVerwG, NVwZ 1994, S. 575 (575 ff.); NJW 1997, S. 2966 (2969); Bieback, SGB 1990, S. 517 (518 f.); F. O. Kopp/Ramsauer, VwVfG, 12. Aufl. 2011, § 25 Rn. 25; Ziekow, VwVfG, 2. Aufl. 2010, § 25 Rn. 13.

⁶³ BVerwGE 9, 89 (93); 16, 156 (159 f.); BVerwG, NVwZ 1994, S. 575 (576); Engelhardt, in: Obermayer/Fritz (Hrsg.), VwVfG, 3. Aufl. 1999, § 25 Rn. 77 (mit der Aussage, dass der Herstellungsanspruch zwar auf Naturalrestitution, aber nicht auf Schadensersatz gerichtet sei).

⁶⁴ Vgl. BVerwGE 9, 89 (93) (»Antrag als [rechtzeitig] gestellt anzusehen«); BVerwGE 16, 156 (159) (»tatsächlicher Antragstellung gleichzuachten«; Antrag müsse »unterstellt« werden);

wundert es nicht, dass sich die Rechtsprechung aufgefordert sieht, die Folgenbeseitigung dem Schadensersatz völlig anzugleichen.⁶⁵

Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch wird aus verschiedenen Rechtsquellen geschöpft. Die einen nennen Richterrecht⁶⁶, die anderen Gewohnheitsrecht⁶⁷, wieder andere den Folgenbeseitigungsanspruch⁶⁸ und noch andere die »verfassungsrechtliche Schutzpflichten-Dogmatik«⁶⁹. Die dem Namen nach nächstliegende Rechtsquelle, das Sozialrecht, kommt dagegen nicht vor.⁷⁰ Das ist auch deshalb bemerkenswert, weil der Anspruch nur für das Sozialrecht anerkannt ist.⁷¹ Eine Übernahme in das Allgemeine Verwaltungsrecht lehnte das Bundesverwaltungsgericht ab,⁷² trotz der genannten – allgemeinen – Rechtsgrundlagen und trotz der von diesem Gericht ansonsten anerkannten, soeben beschriebenen und gerade für diese Fälle einschlägigen »Folgenbeseitigung im weiteren Sinn«.

Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch setzt voraus, dass ein Sozialleistungsträger eine ihm auf Grund des Gesetzes oder eines Sozialrechtsverhältnisses obliegende Pflicht, insbesondere zur Auskunft und Beratung, verletzt

BVerwG, NVwZ 1994, 575 (576) (Behörde könne sich auf »Nichteinhaltung der Frist« nicht berufen); BGH, NVwZ 1985, S. 938 (939) (Fristwahrung werde »fingiert«); weitere Beispiele bei Engelhardt, in: Obermayer/Fritz (Hrsg.), VwVfG, 3. Aufl. 1999, § 25 Rn. 80.

⁶⁵ J. Ipsen, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2011, Rn. 1348.

⁶⁶ BSGE 63, 112 (114); 99, 180 (Rn. 20); 104, 245 (Rn. 41); BSG, Urt. v. 16. 12. 2004 – B 9 VJ 2/03 R, BeckRS 2005, 40299 (Abschnitt II.); BSG, Urt. v. 20. 10. 2010 – B 13 R 90/09 R, BeckRS 2011, 66454, Rn. 29; BVerwG, NJW 1997, S. 2966 (2966 f.); BGHZ 103, 242 (246); Baldus, in: ders./Grzeszick/Wienhues, Staatshaftungsrecht, 3. Aufl. 2009, Rn. 75; Bieback, DVBl 1983, S. 159 (160); Ebsen, DVBl 1987, S. 389 (389 f.); Grzeszick, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2010, § 44 Rn. 137, 140; Hase, SGB 2001, S. 593 (593); Ossenbühl, NJW 2000, S. 2945 (2948); Pietzner/Müller, VerwArch 85 (1994), S. 603 (603 f.); Schmidt-De Caluwe, Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch, 1992, S. 85 ff., 90, 94 ff.; Igl/Welti, Sozialrecht, 8. Aufl. 2007, § 76 Rn. 10.

⁶⁷ H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 30 Rn. 23.

⁶⁸ Siehe die Hinweise bei Grzeszick, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2010, § 45 Rn. 138; H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 30 Rn. 23; zweifelnd bereits BSGE 41, 126 (127); vgl. auch BSGE 49, 76 (80) (»Weiterentwicklung des Folgenbeseitigungsanspruchs«).

⁶⁹ Hain, VerwArch 95 (2004), S. 498 (512).

⁷⁰ Vgl. aber die Hinweise bei Ebsen, DVBl 1987, S. 389 (395) (Herleitung aus dem SGB); H. Maurer, a. a. O. (Nebenpflicht des sozialrechtlichen Leistungsverhältnisses).

⁷¹ Vgl. zu den Anspruchsvoraussetzungen nur BSGE 96, 44 (Rn. 28) (»sozialrechtlicher Nachteil«); BSGE 96, 161 (Rn. 22) (»sozialrechtlicher Nachteil oder Schaden«); BSGE 104, 108 (Rn. 36) (»Schaden auf dem Gebiet des Sozialrechts«); es sind soziale Entschädigungsansprüche, über welche die Sozialgerichtsbarkeit gem. § 51 Abs. 1 Nr. 6 SGG entscheidet.

⁷² BVerwGE 79, 192 (194); offen gelassen in BVerwGE 105, 288, (298 f.); vgl. auch H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 30 Rn. 24 (Ausdehnung diskutabel); Pietzner/Müller, VerwArch 85 (1994), S. 603 (621) (kein Bedürfnis für eine Ausdehnung). – Wie problematisch die auf eine Gerichtsbarkeit begrenzte Geltung eines Anspruchs ist, zeigt sich besonders, wenn eine Zuständigkeit von dieser auf eine andere Gerichtsbarkeit übergeht; vgl. exemplarisch OVG Rheinland-Pfalz, NVwZ 1985, S. 509 (510) (gegen die Übertragung in das Sozialhilferecht).

hat, dass dem Betroffenen aus der Pflichtverletzung ein Nachteil erwachsen ist und dass dieser Nachteil durch eine zulässige Amtshandlung beseitigt werden kann.⁷³ Ist das der Fall, hat der Betroffene einen Anspruch auf Herstellung des Zustands, der »ohne die Pflichtverletzung bestehen würde«.⁷⁴ Die Formulierung sowie der Umstand, dass der sozialrechtliche Herstellungsanspruch »als Institut des Verwaltungsrechts eine Lücke im Schadensersatzrecht schließen«⁷⁵ soll und daher auch nicht »sozialrechtlicher Wiederherstellungsanspruch« heißt, zeigen, dass der Anspruch keine Folgenbeseitigung, sondern verschuldensunabhängig Schadensersatz gewährt.⁷⁶ Auf der Rechtsfolgenseite bleibt es dabei beim gesetzlichen Regelfall der Naturalrestitution gem. § 249 Abs. 1 BGB.⁷⁷ Auf Schadensersatz in Geld kann der Anspruch dagegen nie gerichtet sein: Naturalrestitution bleibt stets möglich (vgl. § 251 BGB), weil der sozialrechtliche Herstellungsanspruch tatbestandlich gerade voraussetzt, dass der Nachteil durch eine zulässige Amtshandlung beseitigt werden kann⁷⁸. Die nach alledem zu konstatierende Konvergenz zwischen Schadensersatz und Entschädigung steht auf den Schultern eines Riesen⁷⁹: Es war der Erfinder des Folgenbeseitigungsanspruchs, *Otto Bachof*, selbst, der in seiner Habilitationsschrift die »Naturalrestitution« gem. »§ 249 BGB« zur Rechtsfolge »seines« Anspruchs machte.⁸⁰

⁷³ BSG, Urt. v. 16. 12. 2004 – B 9 VJ 2/03 R, BeckRS 2005, 40299 (Abschnitt II.); vgl. auch BSGE 92, 241 (Rn. 24).

⁷⁴ BSG, Urt. v. 20. 10. 2010 – B 13 R 90/09 R, BeckRS 2011, 66454, Rn. 29 (mit dem Prädikat »st. Rspr.«); in der Sache ebenso beispielsweise BSGE 51, 89 (92); 62, 179 (182); 65, 21 (26); *Bieback*, DVBl 1983, S. 159 (160) (»Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn die Verwaltung rechtmäßig gehandelt hätte«).

⁷⁵ BSGE 55, 261 (263); vgl. auch *Schmidt-De Caluwe*, Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch, 1992, S. 77 m. w. N.

⁷⁶ Ebenso BSG, Urt. v. 16. 12. 2004 – B 9 VJ 2/03 R, BeckRS 2005, 40299 (Abschnitt II. a.E.) und BVerwG, NJW 1997, S. 2966 (2967) (Ausgleich des »Schadens« bzw. »Naturalrestitution«); vgl. auch BSGE 63, 112 (114) (»auf Herstellung (oder Wiederherstellung)« gerichtet); vgl. aber auch *Engelhardt*, in: Obermayer/Fritz (Hrsg.), VwVfG, 3. Aufl. 1999, § 25 Rn. 77 (»Naturalrestitution – nicht Schadensersatz«; dort mit Hervorhebung); *Schmidt-De Caluwe*, Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch, 1992, S. 147 f.; zur Verschuldensunabhängigkeit vgl. nur BSGE 49, 76 (77 ff.) m. w. N.

⁷⁷ Gegen die Pekunialrestitution der Rechtsprechung oben § 10 II 4 (S. 163 ff.).

⁷⁸ Siehe soeben bei Fn. 73 (S. 214 f.); vgl. auch BSGE 55, 261 (263) und BVerwG, NJW 1997, S. 2966 (2967) (jeweils »keine« – von beiden Gerichten als »verkappte« bezeichnete – »Verurteilung zum Schadensersatz in Geld«).

⁷⁹ Zur Entstehung des berühmten Bilds vgl. nur *Leuker*, Mittellateinisches Jahrbuch 32 (1997) S. 71 ff. m. w. N. in Fn. 2.

⁸⁰ *Bachof*, Verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung, 1951 = 2. Aufl. 1968, S. 129; vgl. auch *Bettermann*, DÖV 1955, S. 528 (529, 531) (Folgenbeseitigungs- als »Schadensersatzanspruch«) und dazu wiederum *Bachof*, a. a. O., im Vorwort zur 2. Aufl. 1968, S. XIV f.

§ 13 Fluchtpunkt unionsrechtlicher Staatshaftung

I. Inhalt und Kritik unionsrechtlicher Staatshaftung

Im Fluchtpunkt der konvergierenden Ansprüche nationalen Haftungsrechts liegt seit 1991 der europäische Haftungsanspruch gegen die Mitgliedstaaten. Diesen Anspruch hat der Europäische Gerichtshof in einer – hier stimmt der Ausdruck – »grundlegenden«¹ Entscheidung, dem »berühmt gewordenen«² Urteil *Francovich*, kreiert³, in *Brasserie du pêcheur und Factortame* konkretisiert⁴, in *Dillenkofer*⁵ konsolidiert⁶, in *Köbler*⁷ arrondiert⁸ und in *Traghetti del*

¹ *Arndt/Fischer/Fetzer*, Europarecht, 10. Aufl. 2010, Rn. 202; *Hailbronner/Jochum*, Europarecht I, 2005, Rn. 759, 784; *Tietjen*, System des gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsrechts, 2010, S. 30; vgl. *Hummer/Vedder*, Europarecht in Fällen, 4. Aufl. 2005, S. VII mit S. 188 (»leading cas[e]«); *dies./Lorenzmeier*, dass., 5. Aufl. 2012, S. VII mit S. 218 (»Hauptf[a]ll«).

² *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 495; *ders.*, NJW 2000, S. 2945 (2953); in der Sache ebenso *Herdegen/Rensmann*, ZHR 161 (1997), S. 522 (523); *Schoch*, Jura 2002, S. 837 (837); vgl. auch *Eilmansberger*, Rechtsfolgen und subjektives Recht im Gemeinschaftsrecht, 1997, S. 26 (»eines der, wenn nicht das meistkommentierte EuGH-Urteil überhaupt«); *Hobe*, Europarecht, 7. Aufl. 2012, Rn. 217 (»[b]ahnbrechend«); *Jans/de Lange/Prechal/Widdershoven*, Europeanisation, 2007, S. 325; *Tomuschat*, in: FS Everling, Bd. II, 1995, S. 1585 (1585) (»Meilenstein der Rechtsentwicklung«); *Wurmnest*, in: Magnus/Wurmnest, Casebook, 2002, S. 48, 56.

³ EuGH, Slg. 1991, I-5357 – *Francovich*; vgl. nur GA *Trstenjak*, Slg. 2009, I-2119, Rn. 52 – *Danske Slagterier*; v. *Danwitz*, JZ 1994, S. 335 (338); *Friedrich Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Bd. II, 2. Aufl. 2007, Rn. 143; *Ossenbühl*, NJW 2000, S. 2945 (2948); *Pestalozza*, in: FS v. Arnim, 2004, S. 283 (284); *Streinz*, in: Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VII, 1992, § 182 Rn. 16; *Tietjen*, System des gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsrechts, 2010, S. 29 (»Grundstein«), S. 138 (»neues ... [R]echt geschaffen«).

⁴ EuGH, Slg. 1996, I-1029 – *Brasserie du pêcheur*; vgl. nur *O. Dörr*, in: Sodan/Ziekow (Hrsg.), VwGO, 3. Aufl. 2010, EVR Rn. 259 (»konturiert«); *Hatje*, EuR 1997, S. 297 ff.; *Hermes*, Die Verwaltung 31 (1998), S. 371 (372 ff.); *Streinz*, EuZW 1996, S. 201 (201) (»präzisiert«); *Streinz/Leible*, ZIP 1996, S. 1931 (1931, 1939).

⁵ EuGH, Slg. 1996, I-4845 – *Dillenkofer*; vgl. nur *Wurmnest*, in: Magnus/Wurmnest, Casebook, 2002, S. 58.

⁶ Vgl. *Herdegen/Rensmann*, ZHR 161 (1997), S. 522 (525).

⁷ EuGH, Slg. 2003, I-10239 – *Köbler*; vgl. nur *Wegener*, EuR 2004, S. 84 (86) (»abgewoge[n]«) einerseits und *Gundel*, EWS 2004, S. 8 (16) (»zwiespältig«) andererseits.

⁸ *Gundel*, EWS 2004, S. 8 (16) (»Perfektionierung«); *Kluth*, DVBl 2004, S. 393 (393); *ders.*, in: H. J. Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht II, 7. Aufl. 2010, § 70 Rn. 1; vgl. auch *Epiney*, NVwZ 2004, S. 1067 (1067 f.) (Fortführung).

Mediterraneo (TDM)⁹ finalisiert¹⁰. Seitdem der Vertrag von Lissabon die Europäische Union an die Stelle der Europäischen Gemeinschaft hat treten lassen, vgl. Art. 1 Abs. 3 Satz 3 EUV, erscheint es vorzugswürdig, den einst gemeinschaftsrechtlich geschaffenen Haftungsanspruch einen unionsrechtlichen, kurz: einen unionalen zu nennen. Um zu begründen, inwiefern dieser Anspruch den Fluchtpunkt nationaler Haftungsdogmatik bildet, soll der Anspruch zunächst inhaltlich beschrieben werden. Anschließend ist die Kritik nachzuzeichnen, die gegen den Anspruch erhoben wurde. Es folgen Ausführungen, inwieweit die unionsrechtliche Haftungsdogmatik – ihrer Begründung und ihrem Inhalt nach – auf das nationale Haftungsrecht übertragen werden kann. Schließlich versucht diese Abhandlung zu zeigen, dass in der Übertragung ein Fortschritt läge.

Der unionsrechtliche Haftungsanspruch gegen die Mitgliedstaaten, also der unionale Staatshaftungsanspruch, besteht nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs unter drei Voraussetzungen:

»Die unionsrechtliche Norm, gegen die verstoßen worden ist, bezweckt die Verleihung von Rechten an die Geschädigten, der Verstoß gegen diese Norm ist hinreichend qualifiziert, und zwischen diesem Verstoß und dem dem Geschädigten entstandenen Schaden besteht ein unmittelbarer Kausalzusammenhang«¹¹.

Das Unionsrecht garantiert damit die, wie es heißt, »Kernvoraussetzungen«¹² des Haftungsanspruchs; andere Autoren sprechen von einem »Mindesthaftungsstandard«¹³, weil diese Voraussetzungen »erforderlich und ausreichend« sind, um die Haftung zu begründen¹⁴, oder von einem »Rumpftatbestand«¹⁵.

⁹ EuGH, Slg. 2006, I-5177 – Traghetti del Mediterraneo.

¹⁰ Vgl. *Stettner*, in: Dausen (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts (Stand: 30. Ergänzungslieferung, Februar 2012), A.IV Rn. 76 (Stand: 24. Ergänzungslieferung 2009) (»Schlussstein« zusammen mit Köbler), und *Tietjen*, System des gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsrechts, 2010, mit der Darstellung des titelgebenden Systems auf S. 118 ff.; vgl. aber auch *Grosche*, Rechtsfortbildung, 2011, S. 315 (»weiter ausgeformt«).

¹¹ EuGH, Slg. 2010, I-12167, Rn. 48 – Fuß; vgl. auch EuGH, Slg. 2007, I-1081, Rn. 69 – Robins u.a.; *O. Dörr*, in: Sodan/Ziekow (Hrsg.), VwGO, 3. Aufl. 2010, EVR Rn. 261 ff., *Jarass/Beljin*, Casebook, 2003, S. 75 f., *Bieber/Epiney/Haag*, Europäische Union, 9. Aufl. 2011, § 2 Rn. 69–74 (jeweils fünf Merkmale), *Rebhahn*, in: Koziol/Schulze (Hrsg.), Tort Law of the European Community, 2008, Rn. 9/10 (S. 182) (sieben), jeweils ohne Unterschied in der Sache.

¹² *Halterm*, Europarecht, 2. Aufl. 2007, Rn. 834; vgl. *Hatje*, EuR 1997, S. 297 (304) (»Haftungskern«).

¹³ *Jarass/Beljin*, Casebook, 2003, S. 76; in der Sache ebenso *Ehlers*, JZ 1996, S. 776 (777); *Kluth*, in: H. J. Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht II, 7. Aufl. 2010, § 70 Rn. 5; *Rebhahn*, in: Koziol/Schulze (Hrsg.), Tort Law of the European Community, 2008, Rn. 9/8.

¹⁴ EuGH, Slg. 1996, I-1029 Rn. 66 – Brasserie du pêcheur; vgl. bereits EuGH, Slg. 1991, I-5357 Rn. 41 – Francovich.

¹⁵ *Baldus*, in: ders./Grzeszick/Wienhues, Staatshaftungsrecht, 3. Aufl. 2009, Rn. 560; *Kluth*, in: H. J. Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht II, 7. Aufl. 2010, § 70 Rn. 5; *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 515.

Eine Unionsnorm bezweckt die Verleihung von Rechten an den Geschädigten, wenn sie »darauf abzielt, einem hinreichend bestimmten Personenkreis ein Recht einzuräumen, dessen Inhalt sich anhand der verletzten Norm ermitteln lässt«¹⁶. Ob der Verstoß gegen die Norm hinreichend qualifiziert (»sufficentement grave«, »suffisamment caractérisée«, ein »sufficiently serious breach«¹⁷) ist, hänge von einer »Gesamtbetrachtung«¹⁸ ab, die »alle Gesichtspunkte des Einzelfalls«¹⁹ zu berücksichtigen habe, »insbesondere«²⁰ das Maß an Klarheit und Genauigkeit der verletzten Vorschrift²¹, den Umfang des Ermessens-²² bzw. Gestaltungsspielraums²³, den die Vorschrift einräumt, allfälliges Verschulden²⁴ (einschließlich der Entschuldigbarkeit eines Rechtsirrtums²⁵ und der Frage, ob die Union zur Rechtswidrigkeit beitrug²⁶) sowie, bei legislativem Unrecht, der Offenkundigkeit und Erheblichkeit des Verstoßes²⁷. Die genannten Kriterien werden auch insgesamt unter dem Oberbegriff der Offenkundigkeit und Erheb-

¹⁶ GA *Trstenjak*, Slg. 2009, I-2119, Rn. 57 – Danske Slagterier; vgl. EuGH, Slg. 1991, I-5357, Rn. 40 – Francovich; EuGH, Slg. 1996, I-4845, Rn. 33 – Dillenkofer; auch *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 340 AEUV, Rn. 55.

¹⁷ GA *Tesouro*, Slg. 1996, I-1029, Rn. 72 – Brasserie du pêcheur; vgl. *Jans/de Lange/Prechal/Widdershoven*, Europeanisation, 2007, S. 331 (»key condition«).

¹⁸ v. *Bogdandy/Jacob*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Recht der Europäischen Union (Stand: 47. Ergänzungslieferung, April 2012), Art. 340 AEUV, Rn. 161 (Stand: 45. Ergänzungslieferung, August 2011) (dort hervorgehoben); *Böhm*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach (Hrsg.), Europarecht, 2. Aufl. 2010, § 12 Rn. 126.

¹⁹ EuGH, Slg. 2003, I-10239, Rn. 54 – Köbler; EuGH, Slg. 2006, I-5177, Rn. 32 – Traghetti del Mediterraneo; BGH, NJW 2009, S. 2534 (2536); in der Sache ebenso EuGH, Slg. 2000, I-5123 Rn. 42 – Haim; EuGH, Slg. 2001, I-5063, Rn. 39 – Larsy; EuGH, Slg. 2006, I-7409, Rn. 65 – N.

²⁰ EuGH, Slg. 2007, I-1081, Rn. 70 – Robins u.a.; BGH, NJW 2009, S. 2534 (2536); in der Sache ebenso EuGH, Slg. 1996, I-1029, Rn. 56 – Brasserie du pêcheur; EuGH, Slg. 2003, I-10239, Rn. 55 – Köbler (»u.a.«).

²¹ EuGH, Slg. 1996, I-1029, Rn. 56 – Brasserie du pêcheur; EuGH, Slg. 1996, I-5063, Rn. 50 – Denkavit; EuGH, Slg. 2001, I-5063, Rn. 39 – Larsy; EuGH, Slg. 2003, I-10239, Rn. 55 – Köbler; EuGH, Slg. 2007, I-1081, Rn. 77 – Robins u.a.; EuGH, Slg. 2010, I-12167, Rn. 51 – Fuß; BGH, NJW 2009, S. 2534 (2536).

²² EuGH, Slg. 1996, I-1029, Rn. 56 – Brasserie du pêcheur; EuGH, Slg. 1996, I-4845, Rn. 25 – Dillenkofer; EuGH, Slg. 2007, I-1081, Rn. 70 ff. – Robins u.a.; EuGH, Slg. 2010, I-12167, Rn. 51 – Fuß; krit. GA *Léger*, Slg. I-10243, Rn. 134 ff., insb. Rn. 138.

²³ EuGH, Slg. 1996, I-2553, Rn. 28 – Hedley Lomas; EuGH, Slg. 2007, I-2157, Rn. 118 – Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation; BGH, NJW 2009, S. 2534 (2536).

²⁴ BGH, NJW 2009, S. 2534 (2536).

²⁵ EuGH, Slg. 1996, I-1029, Rn. 56 – Brasserie du pêcheur; EuGH, Slg. 2001, I-5063, Rn. 39 – Larsy; EuGH, Slg. 2003, I-10239, Rn. 55 – Köbler; EuGH, Slg. 2007, I-1081, Rn. 77 – Robins u.a.; BGH, NJW 2009, S. 2534 (2536).

²⁶ EuGH, Slg. 1996, I-1029, Rn. 56 – Brasserie du pêcheur; EuGH, Slg. 2001, I-5063, Rn. 39 – Larsy; EuGH, Slg. 2003, I-10239, Rn. 55 – Köbler; EuGH, Slg. 2007, I-1081, Rn. 77 – Robins u.a.; BGH, NJW 2009, S. 2534 (2536).

²⁷ EuGH, Slg. 1978, 1209, Rn. 6 – HNL; EuGH, Slg. 1996, I-1029, Rn. 55 – Brasserie du pêcheur; EuGH, Slg. 1996, I-4845, Rn. 25 – Dillenkofer; EuGH, Slg. 1996, I-5063, Rn. 50 – Denkavit; EuGH, Slg. 1998, I-1531, Rn. 109 – Norbrook Laboratories; EuGH, Slg. 2001, I-493, Rn. 39 – Stockholm Lindöpark; Slg. 2007, I-2157, Rn. 119 – Test Claimants in the Thin

lichkeit zusammengefasst.²⁸ Kausalität liegt vor, wenn der Schaden ohne den Rechtsverstoß entfiel.²⁹ Welche Verschärfung die Voraussetzung der Unmittelbarkeit für die Kausalität mit sich bringt, ist umstritten.³⁰ Nach einer Ansicht entspricht die Voraussetzung der Adäquanz,³¹ also der objektiven Vorhersehbarkeit des Schadenseintritts³², nach anderer Ansicht ist die Unmittelbarkeit in Anlehnung an Art. 340 Abs. 2 AEUV (ex-Art. 288 Abs. 2 EGV, exex-Art. 215 Abs. 2 EWG) zu bestimmen³³.

Liegen die Voraussetzungen vor, erhält der Geschädigte »angemessen[en]«³⁴ Schadensersatz.³⁵ Das Unionsrecht überlässt die nähere Ausgestaltung dem nationalen Recht.³⁶ Dieses unterliegt seinerseits unionsrechtlichen Grenzen:

Cap Group Litigation; BGH, NJW 2009, S. 2534 (2536); ob darin ein eigener Haftungsmaßstab liegt, ist umstritten, vgl. *Haratsch*, JZ 2006, S. 1176 (1176) m. w. N.

²⁸ So EuGH, Slg. 1996, I-1029, Rn. 55 – Brasserie du pêcheur; EuGH, Slg. 2000, I-5291, Rn. 43 – Bergaderm (»entscheidende[s] Kriterium«); EuGH, Slg. 2001, I-5063, Rn. 38 – Larsy; BGHZ 134, 30 (38); *Böhm*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach (Hrsg.), Europarecht, 2. Aufl. 2010, § 12 Rn. 124 f.; *Hailbronner/Jochum*, Europarecht I, 2005, Rn. 795, 798 (S. 252); *Jarass/Beljin*, Casebook, 2003, S. 298; *Zuleeg/Kadelbach*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach (Hrsg.), Europarecht, 2. Aufl. 2010, § 8 Rn. 65.

²⁹ Vgl. EuGH, Slg. 1992, I-2457, Rn. 47 – Compagnia italiana alcool; *GA van Gerven*, Slg. 1992, I-359, Rn. 34 – Finsider; *Detterbeck*, in: Detterbeck/Windthorst/Sproll, Staatshaftungsrecht, 2000, § 5 Rn. 37; *Schoißwohl*, Staatshaftung wegen Gemeinschaftsrechtsverletzung, 2002, S. 452.

³⁰ Zur Voraussetzung der Unmittelbarkeit vgl. EuGH, Slg. 1996, I-1029 (Rn. 51, 65) – Brasserie du pêcheur; EuGH, Slg. 2006, I-11753, Rn. 218 – Test Claimants in the FII Group Litigation; EuGH, Slg. 2007, I-2157, Rn. 122 – Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation; *GA van Gerven*, Slg. 1992, I-359, Rn. 34 – Finsider.

³¹ *GA Dutheillet de Lamothe*, Slg. 1971, 341 (347 f.) – Lütticke (»etwas ander[e]« Bezeichnung »der adäquaten Verursachung«); *Arndt/K. Fischer/Fetzer*, Europarecht, 10. Aufl. 2010, Rn. 387; *Detterbeck*, in: Detterbeck/Windthorst/Sproll, Staatshaftungsrecht, 2000, § 5 Rn. 37, § 6 Rn. 46; *Frenz*, Handbuch Europarecht, Bd. 5, 2011, Rn. 2108; *Herdegen/Rensmann*, ZHR 161 (1997), S. 522 (552); *Jarass*, Grundfragen, 1994, S. 120; *Schweitzer/Hummer*, Europarecht, 5. Aufl. 1996, Rn. 617; *Schweitzer/Hummer/Obwexer*, Europarecht, 2007, Rn. 929 (die beiden letzten Fundstellen jeweils mit der Einschränkung »wohl« zur Haftung der Europäischen Gemeinschaft); siehe auch BGHZ 134, 30 (40) (»vergleichbar«).

³² *Detterbeck*, in: Detterbeck/Windthorst/Sproll, Staatshaftungsrecht, 2000, § 5 Rn. 37; *Gromitsaris*, SächsVBl 2001, S. 157 (160); *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 508.

³³ *Jochum*, in: Hailbronner/Wilms, EU, Loseblatt (Stand: 20. Ergänzungslieferung, Januar 2010), Art. 288 EGV Rn. 43 (Stand: 11. Ergänzungslieferung, Februar 2006) (»weitgehend«); vgl. dazu *Grzeszick*, in: CMLR 48 (2011), S. 907 (916 ff.); *ders.*, in: FS W.-R. Schenke, 2011, S. 739 (750 ff.).

³⁴ EuGH, Slg. 1996, I-1029, Rn. 82, 90 – Brasserie du pêcheur; EuGH, Slg. 1997, I-4006, Rn. 48 – Bonifaci; EuGH, Slg. 1997, I-4062, Rn. 36 – Maso.

³⁵ In der Literatur ist umstritten, ob unter diesen Voraussetzungen Naturalrestitution gewährt werden muss, so *Detterbeck*, AöR 125 (2000), S. 202 (247), oder eine Entschädigung in Geld ausreicht, so *Jarass*, Grundfragen, 1994, S. 121 f. Der Europäische Gerichtshof hat zu der Frage bisher lediglich entschieden, dass Schäden durch die Nichtumsetzung einer Richtlinie auch durch eine rückwirkende Umsetzung beseitigt werden können, vgl. EuGH, Slg. 1997, I-4006, Rn. 51 – Bonifaci.

³⁶ EuGH, Slg. 1991, I-5357, Rn. 42 f. – Francovich; EuGH, Slg. 1996, I-1029 Rn. 67, 83 – Brasserie du pêcheur; EuGH, Slg. 1997, I-4025, Rn. 27 – Palmisani.

Es darf die unionsrechtlich begründete Haftung nicht unterlaufen. Das sichert die – allgemeine, d. h. auch außerhalb des Haftungsrechts geltende – »Doppelschranke«³⁷ aus Äquivalenz- und – wichtiger noch³⁸ – Effektivitätsprinzip. Das Äquivalenzprinzip verlangt, dass Fälle unionsrechtlicher Staatshaftung von der Rechtsfolge her nicht ungünstiger behandelt werden dürfen als (nationale) Fälle ohne Gemeinschaftsbezug (Grundsatz der Gleichwertigkeit; Verbot der Diskriminierung), und garantiert so ein gleiches Niveau. Das Effektivitätsprinzip gebietet, dass eine Entschädigung zu erlangen nicht praktisch unmöglich oder auch nur übermäßig erschwert werden darf (Verbot der Vereitelung), und garantiert so ein hinreichendes Niveau.³⁹ Die Doppelschranke gilt entsprechend für die Verjährung und den Rechtsweg, die ebenfalls das nationale Recht bestimmt.

Die Lehre hat den unionsrechtlichen Haftungsanspruch gegen die Mitgliedstaaten – anders als andere Rechtsfortbildungen des Europäischen Gerichtshofs⁴⁰ – auch hierzulande von Anfang an begrüßt.⁴¹ Vereinzelt⁴² Kritik, die früher insbesondere *Ossenbühl* und seine Schüler äußerten, bezog sich vor allem auf die Zuständigkeit des Europäischen Gerichtshofs: Die freie richterrechtliche Rechtsschöpfung sei durch die Verträge nicht gedeckt. Weil das Gemeinschaftsrecht keine Haftung der Mitgliedstaaten für die Verletzung von Europarecht anordne,⁴³ habe die EG ihre Verbands- und der Europäische Gerichtshof seine

³⁷ v. *Danwitz*, DVBl 1997, S. 1 (7).

³⁸ *Jans/de Lange/Prechal/Widdershoven*, Europeanisation, 2007, S. 43 f.

³⁹ EuGH, Slg. 1996, I-1029, Rn. 90 – *Brasserie du pêcheur*; EuGH, Slg. 2006, I-11753, Rn. 203 – *Test Claimants in the FII Group Litigation*; EuGH, Slg. 2007, I-2157, Rn. 123 – *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*; EuGH, Slg. 2010, I-12167, Rn. 62 – Fuß.

⁴⁰ Die Kritik an der Entscheidung zur Altersdiskriminierung war so fulminant, dass Tageszeitungen »Mangold« (EuGH, Slg. 2005, I-9981) »beispielhaft im schlechten Sinn« für die »freihändigen Urteile« der Luxemburger Richter nannten, siehe *R. Müller*, FAZ Nr. 198 v. 27. 08. 2010, S. 2. Das Bundesverfassungsgericht hat die Rechtsprechung dagegen innerhalb jener »Fehlertoleranz« verortet, auf die der EuGH »Anspruch« habe, vgl. BVerfG, NJW 2010, S. 3422 (Rn. 66).

⁴¹ Für den »weit überwiegende[n]« (so *Brocke*, Europäisierung, 2002, S. 30) Teil der Lehre, welche die Rechtsfortbildung als zulässig betrachtet, siehe nur *Böhm*, JZ 1997, S. 53 (55); *Detterbeck*, VerwArch 85 (1994), S. 159 (183 f.); *Diehr*, Staatshaftungsanspruch, 1997, S. 56 f.; *Ehlers*, JZ 1996, S. 776 (777); *Hatje*, EuR 1997, S. 297 (301 f.); *Hermes*, Die Verwaltung 31 (1998), S. 371 (371) (»Selbstverständlichkeit«); *Hobe*, RIW 2000, S. 389 (389); *Koziol/Schulze*, in: dies. (Hrsg.), Tort Law of the European Community, 2008, Rn. 23/6 (unionale Staatshaftung als »comprehensive system of tort law«); *Lorz*, JR 2001, S. 413 (413); *Schulze/C. Walter*, in: dies. (Hrsg.), 50 Jahre Römische Verträge, 2008, S. 1 (14); *Tomuschat*, in: FS Everling, Bd. II, 1995, S. 1585 (1586) m. w. N.; *Zuleeg*, in: VVDStRL 53 (1994), S. 154 (182 f.); vgl. auch *v. Bogdandy*, AöR 122 (1997), S. 268 (271) (Rechtspraxis »überzeugt«); *Grzeszick*, in: *Baldus/Grzeszick/Wienhues*, Staatshaftungsrecht, 3. Aufl. 2009, Rn. 285 (»in der Literatur ganz überwiegend Zustimmung gefunden«); *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, 5. Aufl. 2011, § 14 Rn. 23 (»stimmig[e] Lösung«; dort hervorgehoben).

⁴² So die Qualifikation bei *Wurmnest*, in: *Magnus/Wurmnest*, Casebook, 2002, S. 59.

⁴³ Vgl. EuGH, Slg. 1996, I-1029, Rn. 27 – *Brasserie du pêcheur*; zur Einordnung als Richterrecht vgl. nur *Trstenjak*, Slg. 2009, I-2119, Rn. 52 – *Danske Slagterier*; *Detterbeck*, in:

Organkompetenz überschritten. Die Rechtsfortbildung sei unzulässig, allein die Mitgliedstaaten als »Herren der Verträge«⁴⁴ könnten den Anspruch im Wege der Vertragsänderung schaffen.⁴⁵

Der Europäische Gerichtshof hat den Einwand zurückgewiesen mit dem Argument, es gehöre gem. Art. 19 Abs. 1 Satz 2 EUV (ex-Art. 220 Abs. 1 EGV, exex-Art. 164 EWG) zu seinen Aufgaben, »die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung des Vertrags zu sichern«. In Erfüllung dieser Aufgabe habe der Gerichtshof über die Existenz der Haftungsansprüche gegen die Mitgliedstaaten entschieden, und zwar

»[s]oweit der Vertrag keine Vorschriften enthält, die die Folgen von Verstößen der Mitgliedstaaten gegen das Gemeinschaftsrecht ausdrücklich und genau regeln, ... nach den allgemein anerkannten Auslegungsmethoden ..., insbesondere indem er auf die Grundprinzipien der Gemeinschaftsrechtsordnung und gegebenenfalls auf allgemeine Grundsätze, die den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten gemeinsam sind,«

zurückgegriffen habe.⁴⁶ Dass der EuGH (hier und auch sonst) nicht zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung unterscheidet,⁴⁷ entspricht nicht nur französischer Tradition⁴⁸, sondern auch Stimmen hiesiger Lehre⁴⁹.

ders./Windthorst/Sproll, Staatshaftungsrecht, 2000, § 6 Rn. 23; *Hailbronner/Jochum*, Europarecht I, 2005, Rn. 759, 783; *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 494; *Schoch*, JZ 1995, S. 109 (118).

⁴⁴ Begriff zum Beispiel bei BVerfGE 75, 223 (242) (»Herren der Gemeinschaftsverträge«).

⁴⁵ *Ossenbühl*, DVBl 1992, S. 993 (995). Aus dem Kreis seiner Schüler ebenfalls krit. etwa *Cornils*, Der gemeinschaftsrechtliche Staatshaftungsanspruch, 1995, S. 139 ff., 317 f.; *v. Danwitz*, JZ 1994, S. 335 (340 f.) (keinesfalls »Beispiel geglückter richterlicher Rechtsfortbildung«); *ders.*, DVBl 1997, S. 1 (2 f., 6 f.); außerdem krit. gegenüber der Rechtsfortbildung beispielsweise die Bundesregierung, in: EuGH, Slg. 1996, I-1029 Rn. 24 – Brasserie du pêcheur; *Hailbronner*, JZ 1992, S. 284 (287, 289) (»[g]ewag[ter] ... Sprung« bzw. »nicht ganz ohne Vorbehalte«); *Pfab*, Staatshaftung in Deutschland, 1996, S. 123; vgl. auch *Schoch*, JZ 1995, S. 109 (118); *ders.*, in: FS Maurer, 2001, S. 759 (760, 772); *Wieland*, in: H. Dreier (Hrsg.), GG, Bd. II, 2. Aufl. 2006, Art. 34 Rn. 29 (»durchaus zweifelhaft«).

Für die Kompetenzmäßigkeit namentlich *Bertelmann*, Europäisierung, 2005, S. 79; *Greb*, Der einheitliche gemeinschaftsrechtliche Staatshaftungsanspruch, 2002, S. 71, 184; *Grzeszick*, EuR 1998, S. 417 (433 f.) (mit diff. Begründung); *Schoißwohl*, Staatshaftung wegen Gemeinschaftsrechtsverletzung, 2002, S. 85, 479 f.; *Streinz*, EuZW 1996, S. 201 (202); *Wehlau*, Rechtsprechung des Gerichtshofs, 1996, S. 116, 138 f.; *Zuleeg/Kadelbach*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach (Hrsg.), Europarecht, 2. Aufl. 2010, § 8 Rn. 65 (implizit).

⁴⁶ EuGH, Slg. 1996, I-1029, Rn. 27 – Brasserie du pêcheur.

⁴⁷ Vgl. *Schulze/Seif*, in: dies. (Hrsg.), Richterrecht und Rechtsfortbildung, 2003, S. 1 (3 f.); *K. Walter*, Rechtsfortbildung durch den EuGH, 2009, S. 55; krit. etwa *Hillgruber*, in: v. Danwitz u.a. (Hrsg.), Auf dem Wege zu einer Europäischen Staatlichkeit, 1993, S. 31 (39 ff.); *Schoch*, JZ 1995, S. 109 (116).

⁴⁸ *Martin-Ehlers*, EuR 1996, S. 376 (394); *Schulze*, in: ders. (Hrsg.), Auslegung, 1999, S. 9 (11 f.); *K. Walter*, Rechtsfortbildung durch den EuGH, 2009, S. 55; vgl. *Nettesheim*, AöR 119 (1994), S. 261 (265 f., 282).

⁴⁹ Auslegung und Rechtsfortbildung setzen gleich bzw. halten für ununterscheidbar *Pie-roth/Aubel*, JZ 2003, S. 504 (505, 510) (in anderem Zusammenhang); *Schulze-Fielitz*, in: H. Dreier (Hrsg.), GG, Bd. I, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 102; die »herrschend[e] Theorie« – so die Einordnung *Jestaedts*, in: Erbguth/Masing (Hrsg.), Bedeutung der Rechtsprechung, 2005,

Dass das Unionsrecht mit dem Vertragsverletzungsverfahren gem. Art. 260 Abs. 2 UAbs. 2 AEUV (ex-Art. 228 Abs. 2 UAbs. 2 EGV) seit dem Vertrag von Maastricht⁵⁰ ein Mittel kennt, die Mitgliedstaaten mittels der Verhängung von Pauschalbeträgen und Zwangsgeldern für die Missachtung europäischen Rechts zu sanktionieren (noch nicht gem. exex-Art. 189 EWG), ist als Ausdruck dafür gewertet worden, dass der richterrechtlich geschaffene Haftungsanspruch, der teilweise demselben Ziel dient, dem Willen der Mitgliedstaaten widerspreche.⁵¹ Doch seit Verkündung des Urteils in den Rechtssachen *Francovich* hatten die »Herren der Verträge« wiederholt Gelegenheit, die eigene mitgliedstaatliche Haftung auszuschließen,⁵² als Erstes im Vertrag von Maastricht, dessen Verhandlungen erst drei Monate nach der Verkündung des Urteils in den Rechtssachen *Francovich* beendet wurden,⁵³ und als Letztes im Vertrag von Lissabon.⁵⁴

Die beschriebene Kritik kann diese Abhandlung nicht schrecken. Zum einen ist sie weitgehend verstummt⁵⁵ – *Herzog* und *Gerken* haben ihre *ultra vires*-Philippika beispielsweise gerade nicht gegen unionales Haftungsrecht gerichtet⁵⁶ –, jedenfalls aber folgenlos geblieben⁵⁷ und selbst von *Ossenbühl* als dem

S. 25 (46) m. w. N. und Kritik – unterscheidet dagegen, siehe etwa *Diwiel*, Kontrollbefugnisse des Bundesverfassungsgerichts, 2000, S. 187 f.; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 187 (verschiedene Stufen desselben Verfahrens); *Nettesheim*, AÖR 119 (1994), S. 261 (263 f., 266); *Pieroth/Hartmann*, ZIP 2010, S. 753 (758) (in wieder anderem Zusammenhang); *Schoch*, JZ 1995, S. 109 (116).

⁵⁰ Vgl. nur *Träbert*, Sanktionen der Europäischen Union gegen ihre Mitgliedstaaten, 2010, S. 27 ff., 52 ff., 93 f., 222 f.

⁵¹ *Dänzer-Vanotti*, RIW 1992, S. 733 (740); *ders.*, in: FS Everling, 1995, Bd. I, S. 205 (220).

⁵² *Böhm*, JZ 1997, S. 53 (55); *Gellermann*, EuR 1994, S. 342 (352); *Hermes*, Die Verwaltung 31 (1998), S. 371 (391).

⁵³ *Bertelmann*, Europäisierung, 2005, S. 78.

⁵⁴ Vgl. auch BGH, EuZW 2009, S. 865 (Rn. 36) – Danske Slagterier.

⁵⁵ Siehe nur *v. Bogdandy/Jacob*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Recht der Europäischen Union (Stand: 47. Ergänzungslieferung, April 2012), Art. 340 AEUV, Rn. 150 (Stand: 45. Ergänzungslieferung, August 2011) (»von den nationalen Gerichten akzeptiert, so dass weitere Überlegungen sich an dieser Stelle erübrigen«; Kompetenz des Gerichtshofs in »praktischer Hinsicht« weniger »das drängendste Problem«; dort mit Hervorhebungen); *Frenz*, Handbuch Europarecht, Bd. 5, 2011, Rn. 2021 (»heute im Grundsatz allgemein akzeptiert«); *Hidien*, Die gemeinschaftsrechtliche Staatshaftung, 1999, S. 12; *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), 4. Aufl. 2011, Art. 340 AEUV, Rn. 36 (Existenz »mittlerweile außer Streit«); *Tietjen*, System des gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsrechts, 2010, S. 136; *Wurmnest*, in: Magnus/Wurmnest, Casebook, 2002, S. 58; insgesamt versöhnlich auch *v. Danwitz*, Europäisches Verwaltungsrecht, 2008, S. 605 f. (»Grundsatzfrage nach der Legitimation« dürfte »heute in einem gewandelten Lichte erscheinen«), und wohl auch *Ossenbühl*, NJW 2000, S. 2945 (2952 f.).

⁵⁶ *Herzog/Gerken*, FAZ Nr. 210 v. 08. 09. 2008, S. 8 = *dies.*, DRiZ 2009, S. 141 (143 f.).

⁵⁷ Zur »umfassenden Akzeptanz« der *Francovich*-Rechtsprechung in den Mitgliedstaaten siehe nur *v. Bogdandy/Jacob*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Recht der Europäischen Union (Stand: 47. Ergänzungslieferung, April 2012), Art. 340 AEUV, Rn. 150 (Stand: 45. Ergänzungslieferung, August 2011); *Detterbeck*, in: *ders./Windthorst/Sproll*, Staatshaftungsrecht, 2000, § 6 Rn. 17; *Haltern*, Europarecht, 2. Aufl. 2007, Rn. 854; *Herdegen/Rensmann*, ZHR 161 (1997), S. 522 (533); *Kluth*, in: H. J. Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht II, 7. Aufl. 2010, § 70 Rn. 2 (»unverrückbarer Bestandteil«).

»ersten Kritiker« als überholt bezeichnet worden⁵⁸. Die nationale Rechtsprechung lag von Anfang an auf der Linie des Europäischen Gerichtshofs.⁵⁹ Daher trifft die Aussage zu, dass der unionale Staatshaftungsanspruch »allgemein anerkannt«⁶⁰ und »umfassend akzeptiert«⁶¹ sei, sogar von gewohnheitsrechtlicher Geltung ist die Rede⁶². Zum anderen und vor allem geht der Vorschlag dieser Abhandlung gerade dahin, dass die national zuständigen Organe den neuen Anspruch aus eigenen Stücken in nationales Recht übernehmen mögen. Auf die Kompetenzgrenzen der Union kommt es dabei nicht an. Die beschriebene Kritik würde diese Abhandlung also selbst dann nicht treffen, falls sie zuträfe. Zugespitzt formuliert: Selbst wenn es die unionsrechtliche Haftungsdogmatik nicht hätte geben dürfen, erschiene es vorzugswürdig, dass nationale Haftungsrecht nach den genannten Kriterien zu dogmatisieren. Dass die Mitgliedstaaten sich freiwillig an dem vom Europäischen Gerichtshof geschaffenen Anspruch orientieren mögen, selbst wenn dessen Entscheidung als ausbrechender Rechtsakt⁶³ unverbindlich wäre, ist unbestritten.

Inhaltliche Kritik am europäischen Anspruch lässt sich nur leise vernehmen.⁶⁴ Zum einen wird allgemein eingewendet, dass die »Begründungs- und Rechtfertigungsversuche«, soweit sie auf das »Wesen der mit dem [...] -Vertrag geschaffenen Rechtsordnung«⁶⁵, genauer: auf das »System der Verträge«⁶⁶ abstellen,⁶⁷

⁵⁸ *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 497; ebenso *Brocke*, Europäisierung, 2002, S. 33, 259 (beide: »überlebt«); vgl. auch *Cornils*, Der gemeinschaftsrechtliche Staatshaftungsanspruch, 1995, S. 327 f. (zur Frage »Kompetenz kraft Akzeptanz?«).

⁵⁹ BGHZ 134, 30 (36 ff.) – Brasserie du pêcheur, geht auf die *ultra-vires*-Kritik mit keinem Wort ein; vgl. dazu *Brocke*, Europäisierung, 2002, S. 226; *Hatje*, EuR 1997, S. 297 (301 f.); allgemein *Kluth*, in: H. J. Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht II, 7. Aufl. 2010, § 70 Rn. 2 (»Gefolgschaft vor allem der nationalen Gerichte«).

⁶⁰ *Böhm*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach (Hrsg.), Europarecht, 2. Aufl. 2010, § 12 Rn. 2.

⁶¹ *Haltern*, Europarecht, 2. Aufl. 2007, Rn. 854; a.A. wohl *Detterbeck*, in: ders./Windthorst/Sproll, Staatshaftungsrecht, 2000, § 6 Rn. 53 (»Dauerthema«).

⁶² *Hailbronner/Jochum*, Europarecht I, 2005, Rn. 788; vgl. *Cornils*, Der gemeinschaftsrechtliche Staatshaftungsanspruch, 1995, S. 327 f.

⁶³ Vgl. zu den Einzelheiten nur BVerfGE 123, 267 (353 f.) m. w. N.; BVerfG, NJW 2010, S. 3422 (Rn. 55).

⁶⁴ Vgl. aber *Cornils*, Der gemeinschaftsrechtliche Staatshaftungsanspruch, 1995, S. 111 ff.; v. *Danwitz*, Verwaltungsrechtliches System und Europäische Integration, 1996, S. 311 ff., insb. S. 313 ff.; *ders.*, DVBl 1997, S. 1 (10); für die herrschende Meinung dagegen etwa *Hidien*, Die gemeinschaftsrechtliche Staatshaftung, 1999, S. 78 (Anspruch erscheine in einem »dogmatisch relativ günstigen Licht«).

⁶⁵ EuGH, Slg. 1991, I-5357, Rn. 35 – Francovich; EuGH, Slg. 1996, I-1029, Rn. 31 – Brasserie du pêcheur; EuGH, Slg. 2003, I-10239, Rn. 30 – Köbler; EuGH, Slg. 2009, I-2119, Rn. 19 – Danske Slagterier.

⁶⁶ EuGH, Slg. 2010, I-635, Rn. 29 – Transportes Urbanos; EuGH, Slg. 2010, I-12167, Rn. 45 – Fuß.

⁶⁷ EuGH, Slg. 1991, I-5357, Rn. 39 – Francovich; EuGH, Slg. 1996, I-1029 ff., Rn. 20 – Brasserie du pêcheur; EuGH, Slg. 2003, I-10290, Rn. 33 – Köbler.

sehr im Prinzipiellen verblieben seien.⁶⁸ Zum anderen wird besonders kritisiert, dass das Merkmal des qualifizierten Verstoßes nicht abschließend definiert sei⁶⁹ und die Voraussetzung der Unmittelbarkeit ein typisches Verlegenheitskriterium darstelle⁷⁰. Die konkrete Kritik erscheint mir in Teilen berechtigt. Doch sie erreicht nicht die Wurzel des Anspruchs, sondern betrifft Modalitäten der Ausgestaltung. Rechtswissenschaft und Rechtsprechung sind aufgerufen, der Kritik Rechnung tragend, die Anspruchsvoraussetzungen zu präzisieren.

Die allgemeine Kritik, dass die Begründung sehr im Prinzipiellen verblieben sei, muss keinen Nachteil beschreiben. Jedenfalls ist es nicht per se fehlerhaft, eine prinzipienfeste Begründung (»principled reasoning«) zu versuchen, die an Grundsätzliches anknüpft und rückkoppelt. Die Geltungsgründe, die der Gerichtshof bemüht, sind gewiss insoweit recht abstrakte, als es um den *effet utile* und die Unionstreue geht. Der Blick auf den Haftungsanspruch gegen die Union erscheint dagegen schon wesentlich konkreter. Alle Geltungsgründe sind solche des geltenden Rechts und so jedenfalls Geltungsgründen wie dem Allgemeinen Landrecht für die Preußischen Staaten überlegen, und sie sind auch noch konkreter als die Geltungsgründe des Richter- und Gewohnheitsrechts, mit dem die Rechtsprechung die Bezugnahme auf das Allgemeine Landrecht zu retten versucht⁷¹.

Dass die Begründung des Europäischen Gerichtshofs eine prinzipielle ist, lässt sich sogar als Vorteil begreifen. Das Unionsrecht gewinnt generell eine gewisse Abstraktheit aus dem Zwang, eine Vielzahl einzelner Rechtsordnungen in Teilen integrieren zu müssen, und aus der Notwendigkeit, von den historisch gewachsenen Besonderheiten und Eigentümlichkeiten der nationalen Rechtsordnungen abzusehen. Es ist diese Abstraktheit, die bestenfalls »das Wesentliche im Sinne des Unverzichtbaren an einzelnen rechtlichen Instituten herausarbeitet«⁷², und es ist diese Notwendigkeit, die den Import unionsrechtlicher Dogmatik als Gewinn jedenfalls in diesem Zusammenhang erscheinen lässt: Das nationale Staatshaftungsrecht kennt entschieden zu viele historisch gewachsene Besonderheiten und Eigentümlichkeiten. Diesen Zeitwidrigkeiten weiterhin zu folgen, erscheint nicht länger als sachgerecht.

⁶⁸ v. *Danwitz*, JZ 1994, S. 335 (338) (»Maßstabslosigkeit und Direktionsschwäche«); *ders.*, Verwaltungsrechtliches System und Europäische Integration, 1996, S. 315 (»merkwürdig allgemein«); *Höfling*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts III, 2009, § 51 Rn. 54; *Schoch*, in: FS Maurer, 2001, S. 759 (763) (»Wesen« des EG-Vertrags« keine »juristisch ernst zu nehmende Begründung«); diff. dagegen *Haltern*, Europarecht, 2. Aufl. 2007, Rn. 843 f.; vgl. auch *Zuleeg*, in: VVDStRL 53 (1994), S. 154 (182 f.). Zur Einordnung des Anspruchs als Richterrecht siehe die Nachweise oben § 13 Fn. 43 (S. 220).

⁶⁹ Vgl. *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 507 (»Vielzahl heterogener Entscheidungskriterien«).

⁷⁰ Vgl. dazu allgemein die Nachweise in § 11 Fn. 111 (S. 199).

⁷¹ Oben § 11 Fn. 37 f. (S. 188 f.).

⁷² *Morlok*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts III, 2009, § 54 Rn. 8.

II. Übereinstimmung in Geltungsgründen und Haftungszwecken

1. Übertragbarkeit der Geltungsgründe

a) *Effet utile*

Konkret folgerte der Europäische Gerichtshof den unionalen Haftungsanspruch gegen die Mitgliedstaaten aus drei Gründen. Alle drei gelten der Sache nach auch nach deutschem (Verfassungs-)Recht. Als ersten Grund nennt der Gerichtshof das Gebot der »volle[n] Wirksamkeit der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen«⁷³. Das Gebot steht im Zusammenhang mit dem in Anlehnung an das Völkerrecht formulierten Grundsatz des *effet utile*, zu Deutsch: der praktischen Wirksamkeit dieser Bestimmungen.⁷⁴ Der Grundsatz ist das »guiding principle«⁷⁵, das »alles beherrschend[e] Prinzip«⁷⁶, die »wesentlich[e]« Begründung⁷⁷ oder auch schlicht die »Rechtsgrundlage«⁷⁸ des unionalen Staatshaftungsanspruchs. Der Gerichtshof folgert das Haftungserfordernis folgendermaßen aus dem Wirksamkeitsgebot:

»Nach ständiger Rechtsprechung müssen die nationalen Gerichte, die im Rahmen ihrer Zuständigkeit die Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts anzuwenden haben, die volle Wirkung dieser Bestimmungen gewährleisten und die Rechte schützen, die das Gemeinschaftsrecht dem Einzelnen verleiht ... Die volle Wirksamkeit der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen wäre beeinträchtigt und der Schutz der durch sie begründeten Rechte gemindert, wenn der Einzelne nicht die Möglichkeit hätte, für den Fall eine Entschädigung zu erlangen, daß seine Rechte durch einen Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht verletzt werden, der einem Mitgliedstaat zuzurechnen ist.«⁷⁹

Beide Gebote, das der vollen Wirksamkeit des Rechts und insbesondere das der Effektivität gerichtlichen Rechtsschutzes, gelten nicht nur im Unions-, sondern kraft Grundgesetz auch im deutschen Recht. Es gibt, wenn man so will, auch in Deutschland den Grundsatz der vollen Wirksamkeit des (Bundes-, Landes- und Unions-)Rechts. Der Grundsatz wurzelt hierzulande in Art. 20 Abs. 3 GG. Hält die Staatsgewalt dessen Rechtsbindung ein, entfalten Recht und Gesetz ihre

⁷³ EuGH, Slg. 1991, I-5357, Rn. 32 f. – Francovich; zustimmend etwa *Seltenreich*, Francovich-Rechtsprechung, 1997, S. 63; *Skouris*, in: Schulze/C. Walter (Hrsg.), 50 Jahre Römische Verträge, 2008, S. 17 (21); krit. beispielsweise v. *Danwitz*, JZ 1994, S. 335 (339); *Eilmansberger*, Rechtsfolgen und subjektives Recht im Gemeinschaftsrecht, 1997, S. 46 ff.; *Hidien*, Die gemeinschaftsrechtliche Staatshaftung, 1999, S. 14; *Ossenbühl*, DVBl 1992, S. 993 (995).

⁷⁴ Vgl. *Frenz*, Handbuch Europarecht, Bd. 5, 2011, Rn. 419; *Halterm*, Europarecht, 2. Aufl. 2007, Rn. 829; *Herdegen*, Europarecht, 14. Aufl. 2012, § 8 Rn. 47, 74; *Streinz*, Europarecht, 9. Aufl. 2012, Rn. 486, und allgemein *T. Stein*, in: FS Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, 1986, S. 619 (621, 625 f.).

⁷⁵ v. *Danwitz*, DVBl 1997, S. 1 (6); ebenso *Wurmnest*, in: Magnus/Wurmnest, Casebook, 2002, S. 56.

⁷⁶ *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 499, vgl. auch S. 494, 498, 518.

⁷⁷ *C. Dörr*, WM 2010, S. 961 (961).

⁷⁸ *Frenz*, Handbuch Europarecht, Bd. 5, 2011, Rn. 2029 a.E.

⁷⁹ EuGH, Slg. 1991, I-5357, Rn. 32 f. – Francovich.

volle Wirksamkeit. Ist es dagegen zu einem Verstoß gekommen, gebietet Art. 20 Abs. 3 GG wenigstens, so ließe sich argumentieren, die nach Recht und Gesetz gebotene Lage so gut wie möglich (wieder-)herzustellen, indem die Staatsgewalt den Schaden ersetzt.

Dass die Begründung des Gerichtshofs auf das deutsche Recht übertragbar ist,⁸⁰ lässt sich auch formal veranschaulichen. Ersetzt man im Zitat die Begriffe »Gemeinschaftsrecht« durch »geltendes Recht« und »Mitgliedstaat« durch »Staat« (und ergänzt die normativen Grundlagen des Grundgesetzes), erhält man eine für das deutsche Recht gültige Aussage (Ersetzungen und Ergänzungen kursiv):

»Nach ständiger Rechtsprechung zu Art. 19 Abs. 4 und Art. 20 Abs. 3 GG müssen die nationalen Gerichte, die im Rahmen ihrer Zuständigkeit die Bestimmungen des *geltenden Rechts* anzuwenden haben, die volle Wirkung dieser Bestimmungen gewährleisten und die Rechte schützen, die das *geltende Recht* dem Einzelnen verleiht ... Die volle Wirksamkeit *dieser* Bestimmungen wäre beeinträchtigt und der Schutz der durch sie begründeten Rechte gemindert, wenn der Einzelne nicht die Möglichkeit hätte, für den Fall eine Entschädigung zu erlangen, daß seine Rechte durch einen Verstoß gegen das *geltende Recht* verletzt werden, der *dem Staat* zuzurechnen ist.«

b) Unionstreue

Der Europäische Gerichtshof beruft sich zweitens auf den Grundsatz der Gemeinschaftstreue, der heutzutage treffender Grundsatz der Unionstreue zu nennen ist. Dieser ist in Art. 4 Abs. 3 UAbs. 1 EUV (ex-Art. 10 EGV; ex-Art. 5 EWG) als »Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit«⁸¹ mindestens teilweise niedergelegt und begründet u.a. eine gegenseitige »allgemeine Kooperationspflicht«⁸² zwischen der Union und den Mitgliedstaaten. Unionstreue meint, ins Konkrete gewendet, die Pflicht der Mitgliedstaaten, das Unionsrecht zu wahren (vgl. Art. 4 Abs. 3 UAbs. 2 EUV: »Erfüllung der Verpflichtungen«), bei Verstößen dagegen effektiven Rechtsschutz zu gewährleisten und der Union auch sonst die Erfüllung ihrer Aufgaben zu erleichtern.⁸³ Damit trägt

⁸⁰ Vgl. *Morlok*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts III, 2009, § 52 Rn. 6; zur Rechtswidrigkeitsverantwortung des Staates oben § 6 I 3 a) (S. 60).

⁸¹ Vgl. bereits *Jarass*, Grundfragen, 1994, S. 6; *ders.*, AöR 121 (1996), S. 173 (195 f.) (jeweils »Gemeinschaftsloyalität« und »Pflicht zur loyalen Zusammenarbeit«) und zur Vagheit des Begriffs der Loyalität nur BVerfGE 102, 370 (395) (in anderem Zusammenhang).

⁸² Vgl. *Halterm*, Europarecht, 2. Aufl. 2007, Rn. 843; vgl. auch *Marauhn*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach (Hrsg.), Europarecht, 2. Aufl. 2010, § 7 Rn. 13 ff.

⁸³ Vgl. EuGH, Slg. 1991, I-5357, Rn. 36 – *Francovich*; *v. Danwitz*, DVBl 1997, S. 1 (5); *Frenz*, Handbuch Europarecht, Bd. 5, 2011, Rn. 2035; *Marauhn*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach (Hrsg.), Europarecht, 2. Aufl. 2010, § 7 Rn. 19 f.; *Martin-Ehlers*, EuR 1996, S. 376 (384); *Streinz*, in: *ders.* (Hrsg.), EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 4 EUV Rn. 34; zur Unionstreue als Rechtstreue vgl. außerdem EuGH, Slg. 1997, I-7411, Rn. 45, 50 – *Inter-Environnement Wallonie*;

der zweite Geltungsgrund in unserem Zusammenhang gegenüber dem ersten nicht viel Neues bei: Es geht wieder um den Schutz des Rechts.⁸⁴

Sieht man die Unionstreue gleichwohl als eigenständig tragfähigen Grund,⁸⁵ gilt das Gebot in der Bundesrepublik auf vergleichbare Weise. Nicht ohne Grund ist die unionsrechtliche Gemeinschaftstreue hierzulande auch als »Bundestreue« erfasst worden⁸⁶ und hat das Bundesverfassungsgericht die Gesetzgebungszuständigkeiten von Bund und Ländern namentlich im Staatshaftungsrecht auch mit Blick auf die Bundestreue gegeneinander abgegrenzt⁸⁷. Die Bundestreue hiesigen Rechts ist zwar weniger präsent, was an der längeren Tradition des Bundesstaats Deutschland liegen dürfte, und wird auch seltener praktisch, was die in der Bundesrepublik vertrauensvollere Zusammenarbeit zwischen Bund und Ländern belegt (im Vergleich zum Verhältnis von Reich und Ländern unter der Weimarer Reichsverfassung). Aber an der Geltung des Gebots ändert das nichts. Die Bundes- und die korrespondierende Ländertreue verlangen ebenfalls zum einen, dass jedes Land das Bundesrecht und der Bund das Landesrecht wahre, und zum anderen, dass die eine der anderen Ebene die Erfüllung ihrer Aufgaben erleichtere.⁸⁸ Der Grundsatz der Bundes- bzw. Landestreue gründet insoweit ebenfalls in Art. 20 Abs. 3 GG, weil die Norm nicht zwischen Bundes- und Landesrecht differenziert und so die staatlichen Organe auch, soweit anwendbar, an das Recht der anderen Gebietskörperschaften bindet. Verstößt die Staatsgewalt einer Gebietskörperschaft gegen das Recht einer anderen Gebietskörperschaft, spricht Art. 20 Abs. 3 GG also auch insoweit dafür, die nach Recht und Gesetz gebotene Lage so gut wie möglich (wieder-)herzustellen, indem die Staatsgewalt den Schaden ersetzt.

Arndt/Fischer/Fetzer, Europarecht, 10. Aufl. 2010, Rn. 179 (am Beispiel der Vorwirkung von Richtlinien).

⁸⁴ Vgl. auch *Böhm*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach (Hrsg.), Europarecht, 2. Aufl. 2010, § 12 Rn. 85; *Jarass*, Grundfragen, 1994, S. 7; *Kabl*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 4 EUV, Rn. 35; *Marauhn*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach (Hrsg.), Europarecht, 2. Aufl. 2010, § 7 Rn. 32; *Saenger*, JuS 1997, S. 865 (868).

⁸⁵ Vgl. *Kotzur*, in: Geiger/Khan/Kotzur, EUV/AEUV, 10. Aufl. 2010, Art. 340 AEUV Rn. 1 (»insbesondere ... das Loyalitätsgebot ... als Rechtsgrundlage«).

⁸⁶ *H. Bauer*, Bundestreue, 1992, S. 14, 206, 210 ff. (eine »der wohl markantesten Parallelen«); *v. Danwitz*, Verwaltungsrechtliches System und Europäische Integration, 1996, S. 314; *Schulze*, ZNR 16 (1994), S. 297 (318); vgl. *Hidien*, Die gemeinschaftsrechtliche Staatshaftung, 1999, S. 13; *Lecheler*, in: Europa-Archiv 1968, S. 403 (409 f.) (»europäische Bundestreue«). Nachweise kritischer Stimmen und eine eigene Differenzierung bei *Kabl*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 4 EUV, Rn. 30 ff. Falls die Bundestreue sogar stärker noch als die Unionstreue binde, so *Marauhn*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach (Hrsg.), Europarecht, 2. Aufl. 2010, § 7 Rn. 3, gilt das Gesagte erst Recht.

⁸⁷ BVerfGE 61, 149 (204 f.).

⁸⁸ Vgl. BVerfGE 8, 122 (140); 92, 203 (234 f.); *K. Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts, 20. Aufl. 1995, Rn. 270; *Isensee*, in: ders./P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI, 3. Aufl. 2008, § 126 Rn. 167; *Piero*, in: Jarass/Piero, GG, 11. Aufl. 2011, Art. 20 Rn. 20 f.; *Sachs*, in: ders. (Hrsg.), GG, 5. Aufl. 2009, Art. 20 Rn. 70.

c) Haftung nach mitgliedstaatlichen Grundsätzen

Im Nachgang zu seinem Urteil in Sachen *Francovich* hat der Europäische Gerichtshof drittens mit dem geschriebenen Haftungsanspruch gegen die Union gem. Art. 340 Abs. 2 AEUV (ex-Art. 288 Abs. 2 EGV, exex-Art. 215 Abs. 2 EWG) bzw. (für den Bereich der Atomgemeinschaft) gem. Art. 188 Abs. 2 EAG eine weitere, eine »neue dogmatische Grundlage«⁸⁹ ergänzt: Der Schutz des Unionsrechts dürfe nicht unterschiedlich sein, je nachdem, ob ein Mitgliedstaat oder die Union es verletze⁹⁰ (sog. Kohärenzpostulat⁹¹). Den Haftungsgleichklang hatte Generalanwalt *Mischo* schon in Sachen *Francovich* gefordert⁹². Die Literatur ist sofort,⁹³ der Europäische Gerichtshof jedenfalls ausdrücklich erst später gefolgt, in *Brasserie du pêcheur und Factortame*⁹⁴. Das Argument, dass der Schutz der Unionsrechte nicht unterschiedlich sein dürfe, je nachdem, wer es verletzt habe, zeigt, dass auch den dritten Geltungsgrund letztlich derselbe Boden nährt wie die ersten beiden Geltungsgründe: der Schutz des Rechts.

Hinzu kommt: Wenn der EuGH den (richterrechtlich entwickelten) unionsrechtlichen Haftungsanspruch gegen die Mitgliedstaaten mit der Parallele zum (in Art. 340 Abs. 2 AEUV gewährten) unionsrechtlichen Haftungsanspruch gegen die Union begründet, um Kohärenz herzustellen, liegt es nahe, auch die mitgliedstaatlichen Haftungsansprüche gegen die Mitgliedstaaten selbst zu den beiden unionsrechtlichen Haftungsansprüchen (den ungeschriebenen gegen die Mitgliedstaaten und den geschriebenen gegen die Union) parallel zu denken. Denn der (unionsrechtliche) Haftungsanspruch gegen die Union

⁸⁹ *Halterm*, Europarecht, 2. Aufl. 2007, Rn. 844; in der Sache ebenso *Martin-Ehlers*, EuR 1996, S. 376 (384).

⁹⁰ EuGH, Slg. 1996, I-1029 Rn. 42 – *Brasserie du pêcheur*; ebenso EuGH, Slg. 2000, I-5291, Rn. 41 – *Bergaderm* (»nicht ohne besonderen Grund«); zustimmend etwa *Arndt/K. Fischer/Fetzer*, Europarecht, 10. Aufl. 2010, Rn. 370; *v. Bogdandy/Jacob*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Recht der Europäischen Union (Stand: 47. Ergänzungslieferung, April 2012), Art. 340 AEUV, Rn. 5 f., 147 (Stand: 45. Ergänzungslieferung, August 2011); *Böhm*, in: *Schulze/Zuleeg/Kadelbach* (Hrsg.), Europarecht, 2. Aufl. 2010, § 12 Rn. 3; *Grzeszick*, in: *CMLR* 48 (2011), S. 907 (923); *ders.*, in: *FS W.-R. Schenke*, 2011, S. 739 (756 f.); *Ruffert*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 340 AEUV, Rn. 1 mit 25; vgl. auch *v. Danwitz*, Europäisches Verwaltungsrecht, 2008, S. 600, und umfassend *Aalto*, Public Liability in EU Law, 2011, S. 81 ff.

⁹¹ Vgl. nur GA *Mischo*, Slg. 1991, I-5357 Rn. 70 f. – *Francovich*; GA *Léger*, Slg. 2003, I-10243 Rn. 128 – *Köbler*; *Böhm*, JZ 1997, S. 53 (55); *dies.*, in: *Schulze/Zuleeg/Kadelbach* (Hrsg.), Europarecht, 2. Aufl. 2010, § 12 Rn. 161; *O. Dörr/Chr. Lenz*, Europäischer Verwaltungsschutz, 2006, Rn. 231; *Halterm*, Europarecht, 2. Aufl. 2007, Rn. 845 f.; *Jarass/Beljin*, Casebook, 2003, S. 74; *Streinz*, EuZW 1996, S. 201 (203).

⁹² Vgl. GA *Mischo*, Slg. 1991, I-5357 Rn. 70 f. – *Francovich*; vgl. auch GA *Tesauero*, Slg. 1996, I-1029, Rn. 66, 62 – *Brasserie*; vgl. aber auch GA *Léger*, Slg. 1996, I-2553 Rn. 128 ff., 138 ff. – *Hedley Lomas*.

⁹³ *Caranta*, CMLR 1995, S. 703 (724 ff.); *Jarass*, Grundfragen, 1994, S. 115; *Prieß*, NVwZ 1993, S. 118 (121); *Ward*, ELJ 1995, S. 205 (215 f.).

⁹⁴ EuGH, Slg. 1996, I-1029, Rn. 41 – *Brasserie du pêcheur*; vgl. auch EuGH, Slg. 2000, I-5291, Rn. 41 – *Bergaderm*.

folgt gem. Art. 340 Abs. 2 AEUV samt Vorläufervorschriften aus »allgemeinen Rechtsgrundsätzen«, die »den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten gemeinsam sind«. ⁹⁵ Das legt die Existenz eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes nationaler Staatshaftung nahe, den auch die Bundesrepublik Deutschland schon kennen könnte.

Zugegeben: Weniger umständlich als der Umweg über Art. 340 Abs. 2 AEUV samt Vorläufervorschriften ist die direkte Anfrage an die deutsche Rechtsordnung, inwiefern sie den beschriebenen allgemeinen Rechtsgrundsatz denn tatsächlich kenne, zumal der Umweg über die europäische Ebene Verschiebungen bewirken kann: Es mag allgemeine Rechtsgrundsätze geben, die nicht alle, sondern nur einige Mitgliedstaaten kennen – und damit vielleicht Deutschland gerade nicht. Zu zwingenden Ergebnissen führt das übertragene Argument aus Art. 340 Abs. 2 AEUV also keineswegs. Das Argument bleibt trotzdem hilfreich, bringt es doch den Gedanken der Kohärenz der Haftungssysteme ⁹⁶, um den es dieser Abhandlung geht, besonders klar zum Ausdruck. Die Rechtsfamilienähnlichkeit ist kein Zufall, sondern wächst aus verwandten Rechtsgrundlagen und gründet in gemeinsamen Rechtstraditionen. Den Gleichklang der Haftungssysteme, zu dem die Vereinheitlichung der Unionshaftung nach Art. 340 Abs. 2 AEUV mit der Staatshaftung der Mitglieder nach Unionsrecht geführt hat, anerkennt die Literatur nicht nur, sondern sie lobt ihn ausdrücklich als einen »Vorteil« ⁹⁷.

Dass sich die drei Argumente, die der Europäische Gerichtshof für den unionsrechtlichen Haftungsanspruch gegen die Mitgliedstaaten angeführt hat, auf das deutsche Recht übertragen lassen, soll nicht heißen, dass das Grundgesetz selbst die vorzuschlagende Dogmatik vorschreibe. Dazu steckt zu viel Richterrecht im unionalen Staatshaftungsrecht. Diese Abhandlung begnügt sich daher mit der These, dass das Grundgesetz dieser Dogmatik nicht entgegensteht. Die Übertragbarkeit der Argumente veranschaulicht lediglich, dass nationales und unionales Staatshaftungsrecht kompatibel sind. Die Vergleichbarkeit soll im Folgenden näher untersucht werden. Konkret wird es dabei um die Frage gehen, inwiefern sich die oben für das nationale Staatshaftungsrecht herausgearbeiteten Zwecke des Rechtsschutzes betroffener Bürger zur Durchsetzung staatlichen Rechts im Wege der Kompensation samt Prävention ⁹⁸ im unionalen Staatshaftungsrecht wiederfinden lassen.

⁹⁵ Vgl. dazu nur *Jacoby*, Allgemeine Rechtsgrundsätze, 1996, S. 210 ff., und *Schwarze*, DVBl 2011, S. 721 (723 f.).

⁹⁶ Siehe soeben Fn. 91 (S. 228).

⁹⁷ v. *Danwitz*, Europäisches Verwaltungsrecht, 2008, S. 600 (aus der Sicht des Unionsbürgers); in der Sache ebenso *Wurmnest*, Grundzüge, 2003, S. 89.

⁹⁸ Siehe oben § 6 I 2 (S. 51 ff.) und 3 d) (S. 69 ff.).

2. Übereinstimmung der Haftungszwecke

a) Rechtsschutz als Sekundärrechtsschutz

Dass der Gesichtspunkt des Rechtsschutzes das Leitmotiv europäischer Staatshaftung darstellt⁹⁹, wie der Blick auf die Geltungsgründe hat erkennen lassen, vermag für eine Union, die sich als Rechtsgemeinschaft versteht¹⁰⁰, kaum zu überraschen. Der Europäische Gerichtshof rückte den Aspekt von Anbeginn in den Vordergrund. Bereits im ersten Satz des entscheidenden Leitsatzes des *Francovich*-Urteils heißt es:

»Die volle Wirksamkeit der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen wäre beeinträchtigt und der Schutz der durch sie begründeten Rechte gemindert, wenn der einzelne nicht die Möglichkeit hätte, für den Fall eine Entschädigung zu erlangen, daß seine Rechte durch einen Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht verletzt werden, der einem Mitgliedsstaat zuzurechnen ist.«¹⁰¹

In der angeschlossenen Begründung der Entscheidung leuchtet der Rechtsschutz als Haftungszweck hinter jedem Geltungsgrund auf, den der Gerichtshof anführt. Den ersten Geltungsgrund des Haftungsanspruchs, die praktische Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts (*effet utile*), bezieht der Europäische Gerichtshof ausdrücklich auf den Schutz der »Rechte ... , die das Gemeinschaftsrecht dem einzelnen verleiht«¹⁰². Den zweiten Geltungsgrund, die Gemeinschaftstreue, erscheint im haftungsrechtlichen Zusammenhang gerade als Pflicht, das Gemeinschaftsrecht zu wahren. Den dritten Geltungsgrund, den Gleichklang der unionsrechtlichen Haftung der Mitgliedsstaaten einerseits und der Unionshaftung andererseits, führt der Europäische Gerichtshof gleichfalls auf den Gesichtspunkt des Rechtsschutzes zurück, wenn es heißt: »Der Schutz der Rechte, die der Einzelne aus dem Gemeinschaftsrecht herleitet, kann ... nicht unterschiedlich sein, je nachdem, ob die Stelle, die den Schaden verursacht hat, nationalen oder Gemeinschaftscharakter hat.«¹⁰³ Zusammenfassend lässt sich die Rechtsfortbildung des Europäischen Gerichtshofs in Sachen *Francovich* als Ausdruck des Bemühens beschreiben, das Recht zu schützen.¹⁰⁴ Der

⁹⁹ Vgl. nur *M. Breuer*, Staatshaftung für judikatives Unrecht, 2011, S. 389 f.; *Jarass*, Grundfragen, 1994, S. 125; *Kadelbach*, Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, 1999, S. 162, 397 f.

¹⁰⁰ EuGH, Slg. 1986, 1339, Rn. 23 – Les Verts; Slg. 1991, I-6079, Rn. 21 – EWR I, Slg. 1993, I-1093, Rn. 8 – Weber; *O. Dörr*, in: *Sodan/Ziekow* (Hrsg.), *VwGO*, 3. Aufl. 2010, EVR Rn. 1; *ders./Mager*, *AöR* 125 (2000), S. 386 (387); grundlegend *Hallstein*, Die Europäische Gemeinschaft, 1973, S. 31 ff.

¹⁰¹ EuGH, Slg. 1991, I-5357, Leitsatz 3 (S. 5358) und Rn. 33 – *Francovich*.

¹⁰² EuGH, Slg. 1991, I-5357, Rn. 32 – *Francovich*.

¹⁰³ EuGH, Slg. 1996, I-1029, Rn. 42 – *Brasserie du pêcheur* (dort ohne Hervorhebung); Nachweise zustimmender Rechtsprechung und Literatur oben Fn. 90 (S. 228).

¹⁰⁴ Vgl. nur *GA Tesauo*, Slg. 1996, I-1029, Rn. 17 – *Brasserie du pêcheur*; *van Gerven*, *ICLQ* 45 (1996), S. 507 (516); *Hermes*, Die Verwaltung 31 (1998), S. 371 (371); *Wurmnest*, Grundzüge, 2003, S. 43; vgl. auch *Calliess*, in: *Erbguth/Masing* (Hrsg.), Bedeutung der Recht-

Schutz der Rechte des Unionsbürgers erfolgt im Zusammenhang des unionalen Haftungsanspruchs dezidiert, um das objektive Unionsrecht gegen den Mitgliedstaat durchzusetzen.¹⁰⁵ In ihrem »letzten« Haftungszweck stimmen das unionale und das nationale Staatshaftungsrecht damit überein.¹⁰⁶ Das ist keine neue Erkenntnis, im Gegenteil: *Masings* zitierte Wendung von der Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts¹⁰⁷ entstand gerade mit Blick auf Europa.¹⁰⁸ Dass der »letzte« Zweck unionalen Haftungsrechts der Rechtsschutz ist, hat dafür aber in Europa einen besonderen, weithin sichtbaren Ausdruck erfahren: Dass es den Europäischen Gerichtshof als ein nicht nur den Mitgliedstaaten, sondern auch dem betroffenen Einzelnen zugängliches Gericht überhaupt gibt, liegt historisch auch daran, dass die (Vor-)Entwürfe des Vertrags über die Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl eine Amtshaftung der Europäischen Gemeinschaft vorsahen.¹⁰⁹

b) Prävention und Kompensation

Der unionsrechtliche Haftungsanspruch ist ausdrücklich als Anreiz für den Staat geschaffen worden, das Recht zu wahren. In dessen Geburtsstunde gipfelte der Schlussantrag des Generalanwalts *Mischo* in dem Satz:

»Schließlich hat der hier vorgeschlagene Weg den großen Vorteil, einen *starken Anreiz* dafür zu bilden, daß die Mitgliedstaaten die Richtlinien innerhalb der vorgeschriebenen Frist umsetzen«¹¹⁰.

Gleich bei nächster Gelegenheit, in Sachen *Brasserie du pêcheur*, betonte Generalanwalt *Tesauro* die »spürbare[n] Folgen« für den Mitgliedstaat. Er sah in dem Anspruch »am Ende ein Mittel zur Verhängung von Sanktionen«, um den »Schutz der Rechte der einzelnen effektiv« zu gestalten und so die »Effektivität des Systems« insgesamt zu verbessern.¹¹¹ Die Lehre folgt.¹¹² Sie betont, dass

sprechung, 2005, S. 155 (166) (Schließung einer bestimmten »Gerechtigkeitslücke«) und *Frenz*, Handbuch Europarecht, Bd. 5, 2011, Rn. 2029 f. (Geltungszweck vs. Rechtsgrundlage).

¹⁰⁵ GA *Tesauro*, Slg. 1996, I-1029, Rn. 17 – *Brasserie du pêcheur*.

¹⁰⁶ Zum Rechtsschutz des Bürgers zur Durchsetzung des Rechts als Zweck des nationalen Staatshaftungsrechts siehe oben § 6 I 3 d) (S. 69 f.).

¹⁰⁷ Oben § 6 Fn. 97 (S. 68).

¹⁰⁸ *Masings* Schrift »Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts«, 1997, nimmt, wie schon der Untertitel ausweist, gerade »[e]uropäische Impulse« auf.

¹⁰⁹ Vgl. *Jacoby*, Allgemeine Rechtsgrundsätze, 1997, S. 225 ff.; *Schulze*, in: Assmann/Brüggemeier/Sethe (Hrsg.), Unterschiedliche Rechtskulturen – Konvergenz des Rechtsdenkens, 2001, S. 9 (25 f.), beide m. w. N.

¹¹⁰ GA *Mischo*, Slg. 1991, I-5357, Rn. 92 – *Francovich* (dort ohne Hervorhebung).

¹¹¹ GA *Tesauro*, Slg. 1996, I-1029, Rn. 12, 17, 26 – *Brasserie du pêcheur*; vgl. *Streinz*, EuZW 1993, S. 599 (604) (>vom EuGH ersichtlich beabsichtigte[r] Sanktionscharakter«; dort mit Hervorhebung).

¹¹² Vgl. *van den Bergh/H.-B. Schäfer*, ELR 23 (1998), S. 552 (567); *dies.*, JITE 156 (2000), S. 382 (394); *v. Danwitz*, Verwaltungsrechtliches System und Europäische Integration, 1996, S. 314; *ders.*, DVBl 1997, S. 1 (3); *ders.*, Europäisches Verwaltungsrecht, 2008, S. 599 f.; *Man-*

der Europäische Gerichtshof den unionsrechtlichen Haftungsanspruch als Präventionsinstrument geschaffen habe¹¹³, sowohl als »Strafsanktion« gegen den Staat wie als »Anreiz« und »Belohnung« für den Bürger, das Staatshandeln zu kontrollieren.¹¹⁴ Öffentliches Haftungsrecht verfolge auch einen »edukatorischen« Zweck.¹¹⁵ Der Europäische Gerichtshof habe die »Abschreckungsfunktion« nicht nur »anerkannt«, sondern »aktiv genutzt und für die Erreichung der Ziele des Gemeinschaftsrechts mobilisiert«, nach dem Motto: »Verhaltenssteuerung durch vollen Schadensausgleich«.¹¹⁶

Das unionale Haftungsrecht hat den Präventionsaspekt bisweilen sogar stärker noch als das nationale Haftungsrecht betont. Das zeigt das Beispiel des Strafschadensersatzes. Nach nationalem Haftungsrecht begrenzt die Höhe des Schadens die Höhe des Ersatzanspruchs. Das gilt im privaten wie im öffentlichen Haftungsrecht.¹¹⁷ Das Unionsrecht ist großzügiger. Der Europäische Gerichtshof hat in der Rechtssache *Brasserie du pêcheur* den Strafschadensersatz zugelassen.¹¹⁸ Das Argument dafür liefert namentlich der erste Geltungsgrund des Haftungsanspruchs, der Grundsatz des *effet utile*.¹¹⁹ Einer der Kläger hatte Schadensersatz »mit Strafzweck« für verfassungswidriges Verhalten der öffentlichen Gewalt (*exemplary damages for unconstitutional behavior*) beantragt.¹²⁰ Nun sind *exemplary damages* und *punitive damages* nicht dasselbe.¹²¹ Sie haben aber

gold, Gemeinschaftsrecht und deutsches Recht, 2011, S. 135; *Masing*, Mobilisierung des Bürgers, 1997, S. 48 f., 225; *ders.*, in: Umbach/Clemens (Hrsg.), GG, Bd. I, 2002, Art. 34 Rn. 52; *ders.*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts I, 2. Aufl. 2012, § 7 Rn. 36, 68 f., 93, 112 ff.; *Morlok*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts III, 2009, § 52 Rn. 20; *Friedrich Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Bd. II, 2. Aufl. 2007, Rn. 147 (»Druckmitte[!]«); *Musil*, EuR 1998, S. 705 (705); *Ossenbühl*, DVBl 1992, S. 993 (995); *van Roosebeke*, State Liability, 2007, S. 157; *U. Stelkens*, DÖV 2006, S. 770 (772); *Wurmnest*, Grundzüge, 2003, S. 52; *Zuleeg*, JZ 1994, S. 1 (6); vgl. auch *v. Danwitz*, Europäisches Verwaltungsrecht, 2008, S. 599 f.; *Ehlermann*, in: FS Pescatore, 1987, S. 205 (220 f., 225 f.). A.A. *Jansen*, ZEuP 2004, S. 441 (442).

¹¹³ *Masing*, in: Umbach/Clemens (Hrsg.), GG, Bd. I, 2002, Art. 34 Rn. 52; *Meltzer*, ICON 4 (2006), S. 39 (83); *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 495; *Wurmnest*, Grundzüge, 2003, S. 98 f.

¹¹⁴ *Masing*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts I, 2. Aufl. 2012, § 7 Rn. 93 (S. 485); in der Sache ebenso *Haltern*, Europarecht, 2. Aufl. 2007, Rn. 788 ff.

¹¹⁵ *Saenger*, JuS 1997, S. 865 (872); vgl. auch *Sachs*, in: Maltepe Universität (Hrsg.), Transparenz als Demokratisierungsprozess in der Verwaltung, 2008, S. 141 (148) (in anderem Zusammenhang).

¹¹⁶ *Wagner*, AcP 206 (2006), S. 352 (421) m. w. N.

¹¹⁷ Zum schadensersatzrechtlichen Bereicherungsverbot siehe oben § 6 Fn. 43 (S. 57).

¹¹⁸ EuGH, Slg. 1996, I-1029, Rn. 87 – *Brasserie du pêcheur* i.V.m. GA *Tesouro*, Slg. 1996, I-1029, Rn. 6 – *Brasserie du pêcheur*.

¹¹⁹ Siehe oben § 13 II 1 a) (S. 225 f.); dagegen gerade aus ökonomischer Perspektive diff. E. A. *Posner/Sykes*, American Law and Economics Review 9 (2007), S. 72 (84 f., 101, 117 f.).

¹²⁰ GA *Tesouro*, Slg. 1996, I-1029, Rn. 6 – *Brasserie du pêcheur*; vgl. EuGH, Slg. 1996, I-1029, Rn. 13 – *Brasserie du pêcheur*.

¹²¹ Zu den Begriffen siehe oben § 6 Fn. 42 (S. 57).

gemein, dass der Kompensationsgedanke weder die eine noch die andere Rechtsfolge zu erklären vermag: Liegt der Zweck des Schadensersatzes allein im Schadensausgleich, ist für *exemplary* und *punitive damages* kein Raum.

Dass der Europäische Gerichtshof Strafschadensersatz zugelassen hat, bedeutet indes nicht, dass das Unionsrecht Strafschadensersatz verlangt. Im Gegenteil: Dass der Schadensersatz einen Strafzweck verfolge, ist gerade keine Anforderung, die das Unionsrecht an die Rechtsfolge des gemeinschaftsrechtlichen Anspruchs stellt. Es bleibt damit unionsrechtlich bei den Anforderungen der Doppelschranke aus Äquivalenz- und Effektivitätsprinzip¹²²: Wenn ein Mitgliedstaat nationale Staatshaftungsansprüche auch zu Strafzwecken gewährt, muss sich dieser Strafzweck auf unionale Staatshaftungsansprüche gegen diesen Mitgliedstaat gleichermaßen auswirken.¹²³

Im Unionsrecht gewinnt, nachdem der Präventionsgedanke ursprünglich der dominierende Haftungszweck gewesen ist, der Kompensationsgedanke zunehmend an Bedeutung. Heute, so heißt es, »beherrscht« der Ausgleichsgedanke die unionsrechtliche Haftung gar.¹²⁴ Gelegentlich einer neueren Entscheidung hat der Europäische Gerichtshof die Kompensation sogar als den einzigen Zweck des unionalen Staatshaftungsanspruchs beschrieben: »Zunächst«, lässt das Gericht wissen, sei »hervorzuheben, dass die im Gemeinschaftsrecht begründete Haftung eines Mitgliedstaats nicht der Abschreckung oder als Sanktion dient, sondern auf den Ersatz der Schäden gerichtet ist, die Einzelnen durch Verstöße der Mitgliedstaaten gegen Gemeinschaftsrecht entstehen«.¹²⁵

Ich teile die Einschätzung des Gerichtshofs, dass der unionale Staatshaftungsanspruch der Kompensation dient. Im Gegensatz zum Gerichtshof halte ich die Prävention aber weiterhin für einen Haftungszweck. Der Gerichtshof hat seine Aussage ohne Begründung, ohne Belege und ohne Berücksichtigung der vorhergehenden, gegenläufigen Rechtsprechung getroffen. Eine beiläufige Bemerkung dieser Art erscheint mir ungeeignet, den oben belegten Befund zu erschüttern. Ich folge ihr daher nur soweit, als dass ich nicht (mehr) die Prävention, sondern (nun) die Kompensation als den Primärzweck unionaler Staatshaftung ansehe. Die Prävention bleibt für mich aber Sekundärzweck.

Die Prävention bleibt Sekundärzweck, obwohl der Europäischen Union mittlerweile bessere Instrumente als früher zur Verfügung stehen, die Mitgliedstaaten zur Wahrung europäischen Rechts anzuhalten. Auch das zeigt der Fall

¹²² Dazu oben § 13 Fn. 37 ff. (S. 220).

¹²³ GA *Tesouro*, Slg. 1996, I-1029, Rn. 122 – *Brasserie du pêcheur*; a.A. *Jansen*, JZ 2005, S. 160 (163). – Für sekundärrechtliche Schadensersatzansprüche eines Verbrauchers gegen ein Unternehmen hat die Europäische Kommission den Strafzweck ausdrücklich abgelehnt, siehe Grünbuch über kollektive Rechtsdurchsetzungsverfahren vom 27. 11. 2008, KOM(2008) 794, S. 8.

¹²⁴ *Wurmnest*, Grundzüge, 2003, S. 95; ihm folgend *Jansen*, JZ 2005, S. 160 (162 f.); a.A. *Meltzer*, ICON 4 (2006), S. 39 (83).

¹²⁵ EuGH, Slg. 2007, I-2749, Rn. 88 – AGM-COS.MET.

Francovich. Zu jener Zeit ging es um eine Richtlinie, die weder fristgemäß umgesetzt noch unmittelbar anzuwenden war. Damals hatte die Europäische Gemeinschaft noch keine wirksame Möglichkeit, den Mitgliedstaat zur Umsetzung der Richtlinie anzuhalten. Zwar gab es auch schon damals das Vertragsverletzungsverfahren, vgl. Art. 258 ff. AEUV, ex-Art. 226 ff. EGV, exex-Art. 169 ff. EWG.¹²⁶ Im Fall *Francovich* hatte der Europäische Gerichtshof denn auch schon zuvor festgestellt gehabt, dass eine Vertragsverletzung vorlag.¹²⁷ Doch endeten Vertragsverletzungsverfahren seinerzeit lediglich mit einem Feststellungsurteil, das als solches nicht vollstreckt werden konnte und nach wie vor nicht vollstreckt werden kann, vgl. exex-Art. 171 EWG vs. Art. 228 Abs. 2 UAbs. 3 EGV und Art. 260 Abs. 2 UAbs. 2 AEUV.¹²⁸ Darin lag überhaupt erst der Grund, warum der Europäische Gerichtshof die unmittelbare Anwendbarkeit von – umsetzungsbedürftigem – Sekundärrecht erfunden hatte. Nur half dieses Mittel im Fall *Francovich* nichts, weil es an einer Voraussetzung unmittelbarer Anwendbarkeit fehlte: Die Richtlinie bestimmte nicht, wer Schuldner des dort vorgesehenen Zahlungsanspruchs war.¹²⁹ Mit anderen Worten:

»Nachdem der italienische Staat trotz mehrfacher Vertragsverletzungsverfahren die in Rede stehende Richtlinie nicht umgesetzt hatte, waren in diesem Stadium des Verfahrens die Sanktionsdefizite des Vertragsverletzungsverfahrens so deutlich zutage getreten, daß der EuGH gezwungen war, entweder vor der Willkür des italienischen Staates zu kapitulieren oder einen gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruch zu kreieren.«¹³⁰

Dass der Europäische Gerichtshof den unionalen Haftungsanspruch gegen die Mitgliedstaaten schuf, lässt sich daher als »Teil eines umfassenderen Effektivierungs-Programms« lesen, das den Mitgliedstaaten zunehmend den »Anreiz« geben sollte, das Gemeinschaftsrecht zu wahren.¹³¹

Inzwischen vermag der Europäische Gerichtshof einen Mitgliedstaat sehr wohl zur Zahlung eines Pauschalbetrags oder eines Zwangsgelds zu verurteilen (vgl. Art. 260 Abs. 2 AEUV; ex-Art. 228 Abs. 2 EGV, exex-Art. 171 Abs. 2 EWG).¹³² Diese Möglichkeit wurde eingeführt, nachdem die Verurteilung im Vertragsverletzungsverfahren die Mitgliedstaaten zunehmend kalt gelassen hatte.¹³³ Die Zahlungspflicht erfüllt ausdrücklich Sanktions- (mit Blick

¹²⁶ Vgl. nur W. Cremer, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 258 AEUV, Rn. 3.

¹²⁷ EuGH, Slg. 1989, I-143, Rn. 1, 38 – Kommission/Italien.

¹²⁸ Vgl. Streinz, Europarecht, 9. Aufl. 2012, Rn. 627 sowie beispielhaft EuGH, Slg. 1989, I-143, Rn. 38, nach Rn. 39 – Kommission/Italien.

¹²⁹ EuGH, Slg. 1991, I-5357, Rn. 26 – *Francovich*.

¹³⁰ Ossenbübl, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 496.

¹³¹ Haltern, Europarecht, 2. Aufl. 2007, Rn. 856.

¹³² Vgl. EuGH, Slg. 2000, I-5047, Rn. 79 ff. – Kommission/Griechenland; EuGH, Slg. 2003, I-14141, Rn. 40 ff. – Kommission/Spanien; Haratsch/Koenig/Pechstein, Europarecht, 8. Aufl. 2012, Rn. 502; Streinz, Europarecht, 9. Aufl. 2012, Rn. 627.

¹³³ Vgl. W. Cremer, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 260 AEUV, Rn. 9 f.; Streinz, Europarecht, 9. Aufl. 2012, Rn. 627. Zum Streit, ob die Verurteilung zur Zahlung eines

auf den Pauschalbetrag) bzw. Präventions- und Steuerungsfunktionen (mit Blick auf das Zwangsgeld).¹³⁴ Daher soll das Zwangsgeld auch in einer Höhe bestimmt werden, die eine Verhaltensänderung erwarten lässt.¹³⁵ Während für die Verurteilung zur Zahlung ursprünglich ein Folgeverfahren erforderlich war, ermöglicht der Vertrag von Lissabon die Verhängung bereits im Ausgangsverfahren gem. Art. 260 Abs. 3 AEUV.

Der unionsrechtliche Staatshaftungsanspruch ist aufgrund dieser Zahlungspflichten weder entfallen noch entbehrlich geworden.¹³⁶ Schon dessen Herleitung zeigt, dass der Haftungsanspruch nicht bloß ein »Lückenfüller« ist:¹³⁷ Der Anspruch war von vornherein nicht auf Rechte aus (unmittelbar unanwendbaren) Richtlinien oder auf Konstellationen beschränkt, in denen es an anderweitigen Rechtsschutz- oder Sanktionsmöglichkeiten fehlt. Vor allem aber können geschädigte Einzelne (seien es natürliche, seien es juristische Personen) selbst nur den Haftungsanspruch durchsetzen; Vertragsverletzungsverfahren samt Zahlungspflichten sind dagegen gem. Art. 258 Abs. 2 AEUV (ex-Art. 226 Abs. 2 EGV, ex-Art. 169 Abs. 1 EWG), Art. 259 Abs. 1, 2 AEUV (ex-Art. 227 Abs. 1, 2 EGV, ex-Art. 170 Abs. 1, 2 EWG) bei der Europäischen Kommission und den Mitgliedstaaten monopolisiert.¹³⁸ Dass es (sowohl den Grundsatz der unmittelbaren Anwendbarkeit als auch) den unionalen Staatshaftungsanspruch weiterhin gibt, ist daher gerade kein Anachronismus, wie er oben Teilen des nationalen Haftungsrechts vorgeworfen wurde, sondern trotz der Möglichkeit von Zwangsgeldern nach wie vor sachgerecht. Dass auch das unionale Haftungsrecht die Zwecke der Kompensation samt Prävention verfolgt, bestätigt schließlich ein weiteres Mal, dass die Begrenzung des Themas auf Unrecht sinnvoll ist. Generalanwalt *Tesouro* jedenfalls glaubte nicht, dass »man den Umstand außer acht lassen« könne, dass »die Haftung für rechtswidrige

Pauschalbetrags oder Zwangsgelds gem. Art. 244 in Verbindung mit Art. 256 Abs. 2 EGV vollstreckt werden kann, vgl. die Nachweise bei *Streinz*, a. a. O., Rn. 422 Fn. 161.

¹³⁴ EuGH, Slg. 2005, I-6263, Rn. 81 ff. – Kommission/Frankreich; Mitteilung der Kommission: Anwendung von Artikel 228 EG-Vertrag, ohne Datum, SEK(2005)1658, Rn. 6, 8 (»abschreckende Wirkung«; dort mit Hervorhebung); *Arndt/K. Fischer/Fetzer*, Europarecht, 10. Aufl. 2010, Rn. 264; *Classen*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach (Hrsg.), Europarecht, 2. Aufl. 2010, § 4 Rn. 59; *W. Cremer*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 260 AEUV, Rn. 13 (»Abschreckungswirkung«); *Magiera*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach (Hrsg.), Europarecht, 2. Aufl. 2010, § 13 Rn. 72.

¹³⁵ EuGH, Slg. 2005, I-6263, Rn. 91 – Kommission/Frankreich; vgl. EuGH, Slg. 2006, I-6885, Rn. 45 – Kommission/Italien.

¹³⁶ Vgl. nur *Böhm*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach (Hrsg.), Europarecht, 2. Aufl. 2010, § 12 Rn. 140.

¹³⁷ EuGH, Slg. 1996, I-1029, Rn. 19 ff. – Brasserie du pêcheur; *Haltern*, Europarecht, 2. Aufl. 2007, Rn. 839 (mit dem Zitat); so hatten Mitgliedstaaten argumentiert, vgl. EuGH, a. a. O., Rn. 18 – Brasserie du pêcheur.

¹³⁸ Vgl. nur *Arndt/K. Fischer/Fetzer*, Europarecht, 10. Aufl. 2010, Rn. 251, 254; *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, 8. Aufl. 2012, Rn. 486; *Streinz*, Europarecht, 9. Aufl. 2012, Rn. 622.

Akte und die Entschädigung für rechtmäßige Akte zwei völlig verschiedene Rechtsfiguren sind«¹³⁹.

3. Ergebnis

Die Gründe, aus denen der Gerichtshof den unionsrechtlichen Haftungsanspruch ableitet, gelten auch im deutschen Recht: Die Wirksamkeit des Rechts ist nicht nur ein Gebot des *effet utile*, der Gemeinschaftstreue (Art. 4 Abs. 3 EUV, ex-Art. 10 EGV, exex-Art. 5 EWG) und des Gleichklangs der unionalen Haftungsregime untereinander (vgl. Art. 340 Abs. 2 AEUV, ex-Art. 288 Abs. 2 EGV, exex-Art. 215 Abs. 2 EWG). Sondern es ist auch ein Gebot des Rechtsstaats (Art. 20 Abs. 3 GG), der – wenn man so will – Bundestreue und des Gleichklangs der nationalen und unionalen Haftungsregime. Die Zwecke des unionalen sind die Zwecke des deutschen Staatshaftungsrechts. Sie liegen in beiden Fällen in Kompensation vor Prävention.

Die Parallelen zwischen Geltungsgründen und Haftungszwecken legen nahe, dass auch die Bereichsdogmatiken unionalen und nationalen Staatshaftungsrechts Übereinstimmungen aufweisen müssen. Diese Annahme soll folgend für zentrale Bereichsdogmatiken überprüft werden. Das Augenmerk gilt dreierlei: erstens dem unionalen Individual- und dem nationalen Drittschutz, zweitens dem qualifizierten Verstoß unionalen und der Verschuldensvoraussetzung nationalen Rechts sowie drittens den Rechtsfolgen der Entschädigung und des Schadensersatzes.

III. Übertragbarkeit zentraler Bereichsdogmatiken

1. Individualschutz und Schutznormlehre

Die unionsrechtliche Voraussetzung, dass die Rechtsnorm »individualschützend« sei, formuliert nach einer verbreiteten Einschätzung geringere Anforderungen als die hiesige Schutznormlehre.¹⁴⁰ Das zeige die Konfrontation subjektiver Rechte einerseits mit Rechtsreflexen und andererseits mit Interessen. Nach herkömmlicher Lesart erfasst der unionale Haftungsanspruch sowohl Rechte

¹³⁹ GA *Tesauro*, Slg. 1996, I-1029, Rn. 95 – *Brasserie du pêcheur*.

¹⁴⁰ *Cornils*, *Der gemeinschaftsrechtliche Staatshaftungsanspruch*, 1995, S. 125; *Ehlers*, *Europäisierung des Verwaltungsprozeßrechts*, 1999, S. 58; *ders.*, DVBl 2004, S. 1441 (1445 f.); *Grzeszick*, in: *Baldus/Grzeszick/Wienhues, Staatshaftungsrecht*, 3. Aufl. 2009, Rn. 291; *Jarass*, DVBl 1995, S. 954 (955); *Kluth*, in: *H. J. Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht II*, 7. Aufl. 2010, § 70 Rn. 41; *Nettesheim*, WM 2006, S. 457 (460); *Ruffert*, in: *Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV*, 4. Aufl. 2011, Art. 340 AEUV, Rn. 55; *Wurmnest*, *Grundzüge*, 2003, S. 50 f. vs. S. 130, 143; vgl. auch *G. Kirchhof*, AöR 135 (2010), S. 29 (50) und *Jarass/Beljin*, *Casebook*, 2003, S. 78.

als auch Interessen, und er erfasst sie auch dann, wenn der Schutz des Einzelnen nicht intendiert ist, sondern bloß »reflexartige« Folge des Schutzes der Allgemeinheit.¹⁴¹ Im Gegensatz dazu versammelt das subjektive Recht deutscher Dogmatik nur Rechte, keine Interessen (und zwar auch dann nicht, wenn sie rechtlich geschützt sind), und dies auch nur, wenn der Schutz Einzelner gerade intendiert ist.

Die Rechtsvergleichung lehrt im Anschluss an *Platons* Höhlengleichnis, dass nicht die Begriffe maßgebend sind, sondern das Begriffene. Es erscheint fraglich, ob der Gegensatz zwischen europäischem Individualschutz und deutschem Drittschutz jemals so schneidig war, wie es die trennscharfen Definitionen deutscher Dogmatik nahe legen.¹⁴² Zwar trifft zu, dass es Generalanwalt *Mischo* in Sachen *Francovich* in einer Fußnote hatte genügen lassen wollen, dass »bloße ›Interessen‹ auf dem Spiel« stünden, und ausdrücklich nicht verlangen mochte, dass das »subjektive Rechte der geschädigten Person« seien.¹⁴³ Doch übernahm der Gerichtshof die Wendung nicht¹⁴⁴ und formulierte Generalanwalt *Tesauro* vielleicht deshalb schon bei nächster Gelegenheit, in *Brasserie du pêcheur und Factortame*, bereits deutlich zurückhaltender: Es sei davon auszugehen, dass sich der Gerichtshof »allgemein auf alle durch das Gemeinschaftsrecht geschützten individuellen Rechtspositionen beziehen« wolle, und doch »offenkundig, daß die verletzte Vorschrift, damit der einzelne einen Entschädigungsanspruch geltend machen kann, so beschaffen sein muß, daß sie ihm eine subjektive Rechtsposition verleiht«¹⁴⁵. Abgesehen davon, dass hier jedenfalls aus deutscher Sicht die Klagebefugnis des Prozessrechts (also ob der Einzelne einen Anspruch »geltend machen kann«) mit den Tatbestandsvoraussetzungen des materiellen Rechts (also ob der Anspruch besteht) vermengt werden: Mit dem Ausdruck »Rechtspositionen« entfernt sich der Generalanwalt deutlich vom »Interesse«, das doch genügen sollte, und nähert sich dem »Recht«, das sicher genügt – wenn »Rechtspositionen« nicht sogar einen Ausschnitt von »Recht« beschreibt oder (als rechtlich geschützte individuelle Rechtsposition) ein Synonym zum subjektiven Recht darstellt. Vor diesem Hintergrund wundert es nicht, dass die Generalanwältin *Trstenjak* zuletzt, in *Danske Slagterier*, den Individualschutz des Gemeinschaftsrechts ausdrücklich mit dem Drittschutz deutscher

¹⁴¹ *Schweitzer/Hummer/Obwexer*, Europarecht, 2007, Rn. 917 (zur Haftung der EG); *Wurmnest*, Grundzüge, 2003, S. 130; vgl. aber den Nachweis oben § 13 Fn. 16 (S. 218) (»darauf abzielt«).

¹⁴² Vgl. *O. Dörr*, Rechtsschutzauftrag, 2003, S. 189 (zur »dogmatischen Nähe«); *Ehlers*, JZ 1996, S. 776 (778); *ders.*, Europäisierung des Verwaltungsprozessrechts, 1999, S. 56 f. (zur Übereinstimmung im normativen Ansatz); *Grzeszick*, EuR 1998, S. 417 (424 f., 426 ff.); *Nettesheim*, DÖV 1992, S. 999 (1002) (in der Sache entsprechend); *Ruffert*, DVBl 1998, S. 69 (71); vgl. aber auch *v. Danwitz*, DÖV 1996, S. 481 (484 f.).

¹⁴³ GA *Mischo*, Slg. 1991, I-5357/5398, Rn. 77 Fn. 25.

¹⁴⁴ Vgl. EuGH, Slg. 1991, I-5357, Rn. 40 – *Francovich* (»Verleihung von Rechten an einzelne«).

¹⁴⁵ GA *Tesauro*, Slg. 1996, I-1029, Rn. 56, 75 – *Brasserie du pêcheur*.

Prägung gleichsetzt, und das auch noch unter Berufung auf deutsche Stimmen.¹⁴⁶ Ein hierzulande zuständiger Bundesrichter verweist ebenfalls auf die Parallele zwischen der unionsrechtlichen Voraussetzung einer Rechtsnorm, die dem Einzelnen Rechte zu verleihen bezweckt, und der bürgerlich-rechtlichen Voraussetzung der Drittgerichtetheit der verletzten Amtspflicht.¹⁴⁷ Die Literatur verlangt ohnehin immer wieder ein »gemeinschaftsrechtliche[s] subjektive[s] Rech[t]«¹⁴⁸. Kein Wunder: Die Fälle, in denen der Europäische Gerichtshof das Individualinteresse verneint, klingen vertraut. So schütze das Begründungserfordernis für Verordnungen keine Individualinteressen¹⁴⁹ und dienen Kompetenzbestimmungen allein der Wahrung des institutionellen Gleichgewichts¹⁵⁰.

Der Blick nach Luxemburg verdeutlicht, dass sich der unionsrechtliche Individualschutz auf den nationalrechtlichen Drittschutz zubewegt. Der Blick nach Karlsruhe hatte offenbart, dass die hiesige Amtshaftungsrechtsprechung die Voraussetzungen der Drittgerichtetheit relativiert (zuletzt im Grundbuch-Fall und im Zusammenhang mit der Amtshaftung der Kommunalaufsicht).¹⁵¹ Die Gesamtschau belegt folgerichtig die Konvergenz unionalen Individual- und nationalen Drittschutzes. Die konvergierenden Konzepte möge der unbelastete Oberbegriff »Bürgerschutz« zusammenfassen.¹⁵²

2. Qualifizierter Verstoß und Verschulden

Eine Konvergenz nationalen und unionalen Haftungsrechts besteht auch mit Blick auf die Voraussetzungen des Verschuldens und des qualifizierten Verstoßes. Dass die Amtshaftungsrechtsprechung die Verschuldenshaftung objektiviert hat und daher das nationale Haftungsrecht insgesamt gen Gefährdungshaftung konvergiert, wurde bereits berichtet.¹⁵³ Noch aus steht eine genauere Analyse des qualifizierten Verstoßes. Die Voraussetzung stammt aus dem Urteil in Sachen *Zuckerfabrik Schöppenstedt*¹⁵⁴. Die Entscheidung betraf den parallelen Haftungsanspruch des Unionsrechts, die (sog. außervertragliche) Haftung

¹⁴⁶ GA *Trstenjak*, Slg. 2009, I-2119, Rn. 72 – Danske Slagterier (mit Verweis auf *R. Alexy, Beljin, Maurer* und *Nettesheim*).

¹⁴⁷ *C. Dörr*, WM 2010, S. 961 (962, 964) (offenbar nicht nur für sich sprechend, siehe S. 967: »Der Senat ist ... dankbar ...«).

¹⁴⁸ *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 340 AEUV, vor Rn. 54, Rn. 55; ebenso etwa *Böhm*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach (Hrsg.), Europarecht, 2. Aufl. 2010, § 12 Rn. 120; *Jarass*, Grundfragen, 1994, S. 119; vgl. auch *Eblers*, DVBl 2004, S. 1441 (1445).

¹⁴⁹ Vgl. EuGH, Slg. 1982, 2885, Rn. 14 – Kind.

¹⁵⁰ Vgl. EuGH, Slg. 1992, I-1937, Rn. 20 – Vreugdenhil.

¹⁵¹ Zur Relativierung der Voraussetzung oben § 10 III 1 (S. 166 ff.).

¹⁵² Zu den Einzelheiten siehe unten § 14 II 2 b) (S. 253 ff.); Begriff bereits bei *Vogel*, DVBl 1978, S. 657 (662) (»Verletzung ... bürgerschützender Normen«).

¹⁵³ Siehe oben § 10 IV (S. 174 ff.) bzw. § 12 I (S. 205 ff.).

¹⁵⁴ EuGH, Slg. 1971, 975, Rn. 11 – Zuckerfabrik Schöppenstedt; vgl. auch EuGH, Slg. 1975, 533, Rn. 16 – CNTA; EuGH, Slg. 1978, 1209, Rn. 4 – HNL; vgl. zur Entwicklung *Herdegen*,

der Europäischen Gemeinschaft gem. ex-*Art.* 215 Abs. 2 EWG (ex-*Art.* 288 Abs. 2 EGV, heute *Art.* 340 Abs. 2 AEUV).¹⁵⁵ Dass die Haftung der Union (einschränkend) verlangt, dass die Union qualifiziert verstoßen habe, begründete der Gerichtshof mit dem Gedanken, dass die Union bei »schwieriger Entscheidungsfindung«¹⁵⁶ (genauer: bei einem »Rechtsetzungsakt«, der »wirtschaftspolitische Entscheidungen einschließt«¹⁵⁷) nicht durch mögliche Haftungsklagen behindert werden möge. Der Sprung aus dem Tatbestand europäischer Unions- in den unionaler (Mitglied-)Staatshaftung gelang dem Merkmal des qualifizierten Verstoßes nicht schon im grundlegenden *Francovich*-Urteil. Der Europäische Gerichtshof erklärte das Merkmal erst zur Tatbestandsvoraussetzung, als er den Bogen von der europäischen (Mitglied-)Staats- zur europäischen Unionshaftung schlug, im Urteil *Brasserie du pêcheur*. Das ist folgerichtig, weil das Gericht die Mitgliedstaatshaftung in *Francovich* noch ohne Parallele zur Unionshaftung begründet hatte.¹⁵⁵

Inhaltlich hängt die Qualifikation eines Verstoßes (wie nun näher auszuführen ist) »insbesondere« von drei bzw. vier Kriterien ab: erstens der Klarheit und Genauigkeit der verletzten Vorschrift, zweitens des Umfangs des Ermessens- bzw. Gestaltungsspielraums, den diese Vorschrift einräumt, drittens des Verschuldens sowie bei legislativem und judikativem Unrecht viertens der Offenkundigkeit des Verstoßes. Innerhalb des Kriteriums des Verschuldens kommt es insbesondere auf die Entschuldbarkeit eines allfälligen Rechtsirrtums an und auf die Frage, ob die Union zum rechtswidrigen Handeln des Mitgliedstaates beitrug. Weil diese Kriterien Teil einer »Gesamtschau« sein sollen, die »alle Gesichtspunkte des Einzelfalls« berücksichtigt, lässt sich die unionale Staatshaftung mit der herrschenden Meinung als verschuldensunabhängig einordnen.¹⁵⁸

Haftung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, 1983, S. 124 ff.; *ders.*, NVwZ 1984, S. 344 (345 ff.).

¹⁵⁵ Zur Parallele siehe oben § 13 II 1 c) (S. 228 f.).

¹⁵⁶ *Wurmnest*, Grundzüge, 2003, S. 23.

¹⁵⁷ EuGH, Slg. 1971, 975, Leitsatz 3 und Rn. 11 – Zuckerfabrik Schöppenstedt; in der Sache ebenso auch EuGH, Slg. 1975, 533, Rn. 16 – CNTA; EuGH, Slg. 1978, 1209, Rn. 4 – HNL.

¹⁵⁸ Vgl. EuGH Slg. 1996, I-1029, Rn. 75 ff., 80 – *Brasserie du pêcheur*; EuGH, Slg. 2010, I-12167, Rn. 65 ff. – Fuß; GA *Tesouro*, Slg. 1996, I-1029, Rn. 88 – *Brasserie du pêcheur*; *Böhm*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach (Hrsg.), *Europarecht*, 2. Aufl. 2010, § 12 Rn. 151; v. *Bogdandy/Jacob*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, *Recht der Europäischen Union* (Stand: 47. Ergänzungslieferung, April 2012), Art. 340 AEUV, Rn. 183 (Stand: 45. Ergänzungslieferung, August 2011); O. *Dörr*, in: Sodan/Ziekow (Hrsg.), *VwGO*, 3. Aufl. 2010, EVR Rn. 264; *Hailbronner/Jochum*, *Europarecht I*, 2005, Rn. 798 (S. 253); *Höfling*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts III*, 2009, § 51 Rn. 58 Fn. 245; *Morlok*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts III*, 2009, § 54 Rn. 8; *Nettesheim*, WM 2006, S. 457 (461); *Rebhahn*, in: Koziol/Schulze (Hrsg.), *Tort Law of the European Community*, 2008, Rn. 9/7, vgl. aber auch Rn. 9/100; *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 4. Aufl. 2011, Art. 340 AEUV, Rn. 68; *Wagner*, AcP 206 (2006), S. 352 (419); *Zuleeg/Kadelbach*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach (Hrsg.), *Europarecht*, 2. Aufl. 2010, § 8 Rn. 65; anderer Ansicht, soweit ersichtlich, nur *Detterbeck*, *VerwArch* 85 (1994), S. 159 (189, 200 f.), seit *Gilsdorf/Oliver*, in: v. der Gro-

Verschulden ist ein Gesichtspunkt unter mehreren, die jeweils für sich, jedenfalls aber ohne Verschulden, den Verstoß qualifizieren können. Verschulden ist damit keine notwendige Tatbestandsvoraussetzung.

Die Einordnung als verschuldensunabhängiger Anspruch trifft freilich nur zu, wenn – was die herrschende Meinung selten eigens erörtert – Verschuldensunabhängigkeit bedeutet, dass Verschulden keine notwendige Tatbestandsvoraussetzung darstellt, es also einen Anspruch geben kann, obwohl dem handelnden Staat kein Verschuldensvorwurf zu machen ist. Die Einordnung wäre dagegen unzutreffend, genügte es für Verschuldensabhängigkeit, dass es auf das Verschulden *auch* ankommt. Denn es kann Fälle geben, in denen (erst) das Verschulden den unionalen Haftungsanspruch auslöst, will sagen: in denen – bei sonst gleichem Sachverhalt – allein das Hinzutreten des Verschuldensmoments den Tatbestand begründet. In einem solchen Fall ist das Verschulden ohne Zweifel das entscheidende Sachverhaltselement.

Diese Unterscheidung von zwei Arten der Verschuldensabhängigkeit – zum einen in jenem Sinn, dass Verschulden notwendige Tatbestandsvoraussetzung ist, zum anderen in diesem Sinn, dass Verschulden entscheidendes Sachverhaltselement sein kann – führt erst das Unionsrecht vor Augen: Unionale Staatshaftung ist in jenem Sinn unabhängig, in diesem Sinn dagegen abhängig von Verschulden. Der Amtshaftungsanspruch ist nämlich in beiderlei Sinn abhängig von Verschulden: Dieses ist als notwendige Tatbestandsvoraussetzung (nicht nur möglicherweise, sondern stets ein) entscheidendes Sachverhaltselement.

Den Begriff der Verschuldensabhängigkeit versteht die herrschende Meinung zu recht in dem Sinn, dass er Verschulden als notwendige Tatbestandsvoraussetzung verlangt. Es leuchtet ein, den Anspruch nach rechtlichen Tatbestandsvoraussetzungen und nicht nach tatsächlichen Sachverhaltselementen einzuordnen, auch wenn die beiden Kriterien, weil die Tatbestandsvoraussetzungen aus den Sachverhaltselementen gewonnen wurden und daher auf diese verweisen, näher zusammenhängen, als es die begriffliche Unterscheidung vermuten lässt. Jedenfalls wäre es widersinnig, einen Anspruch nach solchen tatsächlichen Sachverhaltselementen einzuordnen, die entscheidend nur sein können, aber nicht notwendig entscheidend sind. Denn anderenfalls änderte sich die Einordnung einer Anspruchsgrundlage in Abhängigkeit der jeweiligen Sachverhaltskonstellation.

Ist der unionale Staatshaftungsanspruch in diesem Sinn verschuldensunabhängig, verlangt die Frage nach der Übertragbarkeit der unionalen Bereichsdogmatik zum qualifizierten Verstoß einen Vergleich mit der Voraussetzung des Verschuldens nach deutschem Staatshaftungsrecht. Der Vergleich zeigt, dass wir hierzulande teils strenger, teils großzügiger verfahren. Im deutschen Staatshaf-

eben/Thiesing/Ehlermann, Kommentar zum EWG-Vertrag, Bd. IV, 4. Aufl. 1991, Art. 215 Rn. 44 (Verschuldensunabhängigkeit »fraglich«), überholt ist durch *Gilsdorf/Niejahr*, in: v. der Groeben/Schwarze, Kommentar zum EUV, Bd. IV, 6. Aufl. 2004, Art. 288 EG Rn. 48 f.; vgl. auch *Wurmnest*, Grundzüge, 2003, S. 157 (»objektiviert[e] Verschuldenshaftung«).

tungsrecht erhebt nur der Amtshaftungsanspruch, nicht aber der Aufopferungs- oder der Folgenbeseitigungsanspruch staatliches Verschulden zur Tatbestandsvoraussetzung. Nur gegenüber dem Amtshaftungsanspruch legt die Einordnung des unionalen Staatshaftungsanspruchs als verschuldensunabhängig also einen kategorialen Unterschied nahe. Doch auch dieser Unterschied erscheint bei Licht besehen als überzeichnet. In vielen Fällen führen Amtshaftungs- und unionaler Staatshaftungsanspruch, was das Verschulden betrifft, zum selben Ergebnis: Verstößt die Staatsgewalt gegen eine Vorschrift, die sowohl klar und genau formuliert ist als auch Ermessen- und Gestaltungsspielräume verwehrt, ist dieser Verstoß – wenn nicht stets, dann aber jedenfalls regelmäßig – sorgfaltswidrig, d. h. fahrlässig, und damit schuldhaft.¹⁵⁹ Der Haftungsanspruch bestünde sowohl nach unioalem als auch nach nationalem Recht. Verstößt die Staatsgewalt dagegen gegen eine Vorschrift, die sowohl unklar und ungenau formuliert ist als auch – noch dazu – Ermessen- oder Gestaltungsspielräume einräumt, begründet dieser Verstoß – wenn nicht stets, dann aber jedenfalls regelmäßig – keine Sorgfaltspflichtwidrigkeit. Der Haftungsanspruch bestünde weder nach unioalem noch nach nationalem Recht. Mit anderen Worten: Fälle, in denen es am Verschulden fehlt, aber trotzdem ein qualifizierter Verstoß vorliegt, sind schwierig zu finden. Der umgekehrte Fall, dass Verschulden vorliegt, aber kein qualifizierter Verstoß, dürfte sogar noch seltener vorliegen, stellt Verschulden doch ein starkes Argument für die Qualifikation des Verstoßes dar.¹⁶⁰

3. *Schadensersatz und Entschädigung*

Im unionalen Haftungsrecht finden die Begriffe der Entschädigung und des Schadensersatzes weitgehend synonym Verwendung. Das mag am Vorbild des Französischen liegen, das für den Europäischen Gerichtshof als Arbeitssprache besondere Bedeutung besitzt¹⁶¹. Die französische Rechtssprache übersetzt nicht nur Entschädigung, sondern auch Schadensersatz mit »dédommagement«, und nicht nur Schadensersatz, sondern auch Entschädigung mit »réparation«. Beide, Schadensersatz wie Entschädigung, heißen außerdem übereinstimmend jeweils noch »dommages-intérêts«, »indemnité«, »indemnisation« und »com-

¹⁵⁹ Vgl. *Ehlers*, JZ 1996, S. 776 (778) (zu Legislativunrecht).

¹⁶⁰ Zur Konvergenz vgl. nur *Böhm*, JZ 1997, S. 53 (59) (von »der Sache her« wohl »keine Unterschiede«); *Herdegen/Rensmann*, ZHR 161 (1997), S. 522 (542, 552); *Jarass*, Grundfragen, 1994, S. 117 f.; *Pfab*, Staatshaftung in Deutschland, 1996, S. 144 f.

¹⁶¹ So die »Hinweise für die Prozessvertreter der Verfahrensbeteiligten für das schriftliche und das mündliche Verfahren vor dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften« unter A. 3., zit. nach *Dausen* (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts (Stand: 30. Ergänzungslieferung, Februar 2012), P.IV, Anhang A, Rn. 96 (Stand: 16. Ergänzungslieferung); ebenso *Hirsch*, ZGR 2002, S. 1 (4 ff.); *Kokott/Henze*, AnwBl. 2007, S. 309 (312); zum Einfluss der französischen Rechtskultur vgl. nur *Halter*, Europarecht, 2. Aufl. 2007, Rn. 306; zur Regelung der Verfahrenssprache nur *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, 8. Aufl. 2012, Rn. 482.

pensation«¹⁶². Auch die englische Rechtssprache unterscheidet nicht zwischen Entschädigung und Schadensersatz, sondern nennt beide »compensation«. ¹⁶³ Entschädigungs- und Schadensersatzanspruch heißen dementsprechend beide »compensation claim«¹⁶⁴. Im Deutschen sind die Begriffe Schadensersatz und Entschädigung ebenfalls Synonyme. Das gilt jedenfalls außerhalb juristischer Fachsprache.¹⁶⁵ Die Synonymität überrascht keineswegs, schließlich bewirkt der Ersatz des Schadens nichts weniger als eine (weitgehende) Entschädigung. Die Austauschbarkeit der Begriffe in unionaler Terminologie passt trefflich zur konstatierten Konvergenz, wie sie diese Abhandlung oben für das deutsche Staatshaftungsrecht sowohl in der Sache als auch für die Terminologie des Gesetzes zu entfalten versucht hat.¹⁶⁶

Dass die Begriffe Schadensersatz und Entschädigung im unionalen Haftungsrecht Synonyme sind, folgt insbesondere aus der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs. Dabei ist klar, dass die Rechtsfolge unionaler Staatshaftung nach nationalem Recht zu bestimmen ist.¹⁶⁷ Genauso klar ist, dass das Unionsrecht auch für die Rechtsfolge eine »Mindestgarantie«¹⁶⁸ gibt. Diese Mindestgarantie dürfte über das Äquivalenz- und Effektivitätsprinzip¹⁶⁹ hinausgehen. Jedenfalls hat der Gerichtshof immer wieder von »Entschädigung« gehandelt.¹⁷⁰ Dass das im Sinn der deutschen Dogmatik gemeint war, dürfte jedoch selbst aus der These, dass der Richter den Schaden »ex aequo et bono« bemessen könne¹⁷¹, nicht herauszulesen sein. Denn zugleich handelt der Gerichtshof immer wieder von »Schadensersatz«¹⁷²: Der Staat habe den »entstandenen Scha-

¹⁶² Vgl. *Doucet/Fleck*, Wörterbuch Recht und Wirtschaft, Teil II: Deutsch-Französisch, 7. Aufl. 2012, Stichwörter »Entschädigung« (S. 266) und »Schadensersatz« (S. 807).

¹⁶³ Siehe *Lundmark*, Talking Law Dictionary, 2005, Stichwort »Entschädigung« (S. 352) und Stichwort »Schadensersatz« (S. 479); *Romain/Byrd/Thielecke*, Wörterbuch der Rechts- und Wirtschaftssprache II, 4. Aufl. 2002, Stichwort »Entschädigung« (S. 270) und Stichwort »Schadensersatz« (S. 713) (mit dem Zusatz »for damages«).

¹⁶⁴ Siehe *Romain/Byrd/Thielecke*, a. a. O., Stichwort »Entschädigungsanspruch« (S. 270) und Stichwort »Schadensersatzanspruch« (S. 713).

¹⁶⁵ So erläutert Duden, Deutsches Universalwörterbuch, 7. Aufl. 2011, S. 522, etwa das Stichwort »entschädigen« mit »für einen Schaden ... Ersatz geben« und mit »einen Schaden ... ausgleichen«. Zur synonymen Verwendung innerhalb juristischer Fachsprache siehe § 11 I 2 c) (S. 190 ff.), insb. Fn. 71 (S. 193), und § 12 II 1 (S. 210 ff.).

¹⁶⁶ Siehe oben § 11 I 2 c) (S. 190 ff.).

¹⁶⁷ EuGH, Slg. 1991, I-5357, Rn. 42 – *Francovich*; EuGH, Slg. 1996, I-1029, Rn. 83 – *Brasserie du pêcheur* EuGH, Slg. 2006, I-11753, Rn. 203 – *Test Claimants in the FII Group Litigation*; EuGH, Slg. 2007, I-2157, Rn. 123 – *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*.

¹⁶⁸ *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 505.

¹⁶⁹ Dazu oben § 13 Fn. 37 ff. (S. 220).

¹⁷⁰ EuGH, Slg. 1996, I-1029, Rn. 83 – *Brasserie du pêcheur*; EuGH, Slg. 2003, I-10239, Rn. 33, 57 – *Köbler*.

¹⁷¹ GA *Mischo*, Slg. 1991, I-5357, Rn. 7, 80 – *Francovich*.

¹⁷² EuGH, Slg. 2003, I-10239, Rn. 39 – *Köbler* (»Ersatz des entstandenen Schadens«); GA *Tesouro*, Slg. 1996, I-1029, Rn. 109 – *Brasserie du pêcheur*; vgl. auch *Bertelmann*, Europäisierung, 2005, S. 216; *Gellermann*, in: *Streinz* (Hrsg.), EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 340 AEUV Rn. 59; *Streinz*, VVDStRL 61 (2002), S. 300 (350 f.).

den entsprechen[d]«¹⁷³ zu ersetzen, einschließlich entgangenen Gewinns¹⁷⁴ und wohl auch einschließlich allfälliger »Folgeschäden«¹⁷⁵. Er schulde die »Wiederherstellung der Vermögenssituation des Geschädigten«¹⁷⁶; Geschädigte erhielten, was »ihnen zugestanden hätt[e],« wenn dem Staat keine Rechtsverletzung unterlaufen »wäre.«¹⁷⁷ Schließlich hat der Europäische Gerichtshof sogar Aussagen getroffen, die an die Folgenbeseitigung denken lassen: Dem Grundsatz der Gemeinschaftstreue (Art. 4 Abs. 3 EUV, ex-Art. 10 EGV, ex-Art. 5 EWG) entnimmt das Gericht die Verpflichtung, »die rechtswidrigen Folgen« eines Verstoßes gegen das Unionsrecht »zu beheben.«¹⁷⁸

Vor diesem Hintergrund dürfte auch die »weitgehend ungeklärte«¹⁷⁹ Frage, ob der Mitgliedstaat nach unionalem Haftungsrecht Naturalrestitution oder Entschädigung in Geld schulde, differenziert zu beantworten sein: Das unionsrechtliche Minimum erfüllt bereits der Geldersatz. Im Fall Deutschlands ist die Haftungsschuld freilich nach §§ 249 ff. BGB zu berechnen. Das gilt aufgrund nationalen Rechts,¹⁸⁰ und es gilt aufgrund unionalen Rechts, weil die Wahl eines anderen Haftungsfolgenrechts (wohl nicht gegen das Effektivitäts-, jedenfalls aber) gegen das Äquivalenzprinzip verstoßen würde.¹⁸¹ Weil der Bundesgerichtshof im Fall der Amtshaftung (trotz bzw. wegen, jedenfalls aber) unter Berufung auf §§ 249 ff. BGB stets nur Geldersatz gewährt¹⁸², verstößt Deutschland, wenn es unionale Staatshaftungsansprüche stets nur mit Geldersatz befriedigt, keinesfalls gegen das Äquivalenzprinzip (und wohl auch nicht gegen das Effektivitätsprinzip).

Die herrschende Lehre ist hier strenger: Sie lässt den Geldersatz nicht genügen, sondern sieht die Möglichkeit, Naturalrestitution zu verlangen, als zwingende Rechtsfolge unionaler Staatshaftung: Naturalrestitution dürfe nicht ausgeschlossen werden (auch wenn die Rechtsprechung das für nationale Amtshaftungsfälle anders hält).¹⁸³ Noch »unionaler« dächte und noch weitergehend

¹⁷³ GA *Tesouro*, Slg. 1996, I-1029, Rn. 109 – Brasserie du pêcheur; vgl. auch EuGH, Slg. 1996, I-1029, Rn. 82 – Brasserie du pêcheur (»dem erlittenen Schaden angemessen«).

¹⁷⁴ EuGH, Slg. 1996, I-1029, Rn. 87 – Brasserie du pêcheur; GA *Tesouro*, Slg. 1996, I-1029, Rn. 111 – Brasserie du pêcheur.

¹⁷⁵ EuGH, Slg. 2006, I-11753, Rn. 205, 207 f. – Test Claimants in the FII Group Litigation; EuGH, Slg. 2007, I-2157, Rn. 123 – Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation.

¹⁷⁶ GA *Tesouro*, Slg. 1996, I-1029, Rn. 109 – Brasserie du pêcheur.

¹⁷⁷ EuGH, Slg. 1997, I-3969, Rn. 51 – Bonifaci; EuGH, Slg. 1997, I-4051, Rn. 39 – Maso.

¹⁷⁸ EuGH, Slg. 1991, I-5357, Rn. 36 – Francovich.

¹⁷⁹ *Arndt/K. Fischer/Fetzer*, Europarecht, 10. Aufl. 2010, Rn. 390; vgl. auch *Gellermann*, in: EUV/AEU, 2. Aufl. 2012, Art. 340 AEU, Rn. 59 (»nicht abschließend geklärt«).

¹⁸⁰ *Bertelmann*, Europäisierung, 2005, S. 215; *Lembach*, Grundlagen und Ausgestaltung gemeinschaftsrechtlicher Staatshaftung, 2003, S. 225.

¹⁸¹ Zu Äquivalenz- und Effektivitätsprinzip oben § 13 Fn. 37 ff. (S. 220).

¹⁸² Siehe oben § 10 II 4 (S. 163 ff.).

¹⁸³ *Arndt/K. Fischer/Fetzer*, Europarecht, 10. Aufl. 2010, Rn. 390; *Detterbeck*, in: ders./Windthorst/Sproll, Staatshaftungsrecht, 2000, § 6 Rn. 72; *H. Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 31 Rn. 16; *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEU,

»harmonisierte«, wer – anders als diese Abhandlung – verträte, dass das Effektivitätsprinzip die Naturalrestitution geböte, weil nur diese Rechtsfolge den Haftungsanspruch nicht leer laufen ließe.

IV. Integralität unionsrechtlicher Haftungsdogmatik

Auf den ersten Blick mag die Empfehlung, ausgerechnet das Unionsrecht als dogmatisches Vorbild zu verwenden, verwundern. Denn die deutsche Dogmatik dürfte in den allermeisten Rechtsgebieten in der Tat weitaus differenzierter ausgebildet und weitaus leistungsfähiger ausgefallen sein als die unionale.¹⁸⁴ Doch Differenzierung begründet nicht als solche einen Vorsprung an dogmatischer Leistungsfähigkeit, sondern nur bei Sachangemessenheit, und im Staatshaftungsrecht besteht nach weit verbreiteter, auch hier geteilter Ansicht gerade eine Überdifferenzierung nationalen und daher – und sei es ausnahmsweise – sehr wohl eine dogmatische Überlegenheit unionalen Rechts.

Eine unional inspirierte Dogmatik nationalen Haftungsrechts erscheint sowohl möglich als auch nötig, jedenfalls nicht zufällig. Möglich ist eine solche Dogmatik zum einen, weil das Unionsrecht die Voraussetzungen seines Staatshaftungsanspruchs mit dem nötigen Maß an Bestimmtheit und zugleich mit dem nötigen Maß an Offenheit formuliert. Die Voraussetzungen sind hinreichend genau, so dass der Haftungsanspruch unmittelbar anwendbar wäre¹⁸⁵, und zugleich abstrakt genug, um die nationalen Haftungsgrundlagen trotz deren Disparität wenn nicht vollständig, dann aber doch weitgehend zu erfassen.

Nötig ist eine solche Dogmatik, weil sie den beschriebenen Defiziten des nationalen Haftungsrechts zwar nicht vollständig, aber doch weitgehend abhülfe. Die unionale Staatshaftungsdogmatik vereinfacht¹⁸⁶, sie ist übersichtlich und

4. Aufl. 2011, Art. 340 AEUV, Rn. 72 (unter bestimmten Bedingungen im Einzelfall); a.A. *Gellermann*, in: EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 340 AEUV Rn. 59; *Jarass*, Grundfragen, 1994, S. 121 f.; *ders./Beljin*, Casebook, 2003, S. 80; *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 521; *Schweitzer/Hummer*, Europarecht, 5. Aufl. 1996, Rn. 619 (zur Haftung der EG); vgl. auch *v. Bogdandy/Jacob*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Recht der Europäischen Union (Stand: 47. Ergänzungslieferung, April 2012), Art. 340 AEUV, Rn. 167 (Stand: 45. Ergänzungslieferung, August 2011).

¹⁸⁴ Vgl. *Hillgruber*, in: v. Danwitz u.a. (Hrsg.), Auf dem Wege zu einer Europäischen Staatlichkeit, 1993, S. 31 (39 ff.); *Jansen*, ZEuP 2004, S. 441 (441); *Kübling/Lieth*, EuR 2003, S. 371 (376 ff., 383 ff., 388 f.).

¹⁸⁵ Vgl. nur *Ehlers*, JZ 1996, S. 776 (777 f.); *Greb*, Der einheitliche gemeinschaftsrechtliche Staatshaftungsanspruch, 2002, S. 71; *Jarass*, Grundfragen, 1994, S. 114; *Kadelbach*, Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, 1999, S. 180; *Schoißwohl*, Staatshaftung wegen Gemeinschaftsrechtsverletzung, 2002, S. 124; vgl. auch *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, 5. Aufl. 2011, § 14 Rn. 14 (»klare Konturen«; dort hervorgehoben).

¹⁸⁶ Zu dem »Rationalisierungsgewinn (in des Wortes doppelter Bedeutung)« der Vereinfachung sowie der Überlegenheit einfacherer Dogmatik siehe nur *Morlok*, Die Verwaltung 25 (1992), S. 371 (374 bzw. 399).

konsistent, »anschlussfähig« und weltoffen (in dem Sinn, dass sie an unionsrechtliche und damit an internationale Entwicklungen anschließt), und sie ist zeitgemäß (nämlich in dem Sinn modern, dass es sich um das aktuellste Konzept einer Haftung handelt, das im deutschen Rechtsraum gilt¹⁸⁷) und sachgerecht zugleich. Die »neue Haftungsdogmatik« wäre die geforderte Modifikation der »aus heutigem Staatsverständnis schlechthin nicht mehr nachvollziehbare[n] Konzeption der persönlichen Beamtenhaftung« zur »heute allein zeitgemäßen unmittelbaren Staatshaftung«¹⁸⁸.

Jedenfalls nicht zufällig ist eine solche Dogmatik insofern, als dass schon *Lubmann* darauf hinwies, dass das geltende Staatshaftungsrecht »Lücken und Anspruchsüberschneidungen nicht begründen, Analogien nicht überzeugend abwehren« könne, »wenn im Grunde mit allen Anspruchsformen dieselbe soziale Funktion erfüllt« werde.¹⁸⁹ Das bedeutet umgekehrt: Eben weil es im Haftungsrecht stets und nur um Kompensation samt Prävention geht, ist es gerechtfertigt, das Haftungsrecht aus einer einheitlichen Anspruchsgrundlage (Einheitsanspruch), jedenfalls aus einer übergreifenden Struktur (Einheitsdogmatik) heraus zu entwerfen. Auch anderen Autoren gilt das unionale Staatshaftungsrecht als Anlass und Chance einer längst überfälligen Reform des deutschen Staatshaftungsrechts.¹⁹⁰ Gerade den richterrechtlich entwickelten Staatshaftungsanspruch des Unionsrechts als Vorbild zu empfehlen, liegt vielleicht auch deshalb nahe, weil das nationale Staatshaftungsrecht längst selbst den Charakter von *case law*¹⁹¹ angenommen hat, dessen Tatbestandsmerkmale »zu Topoi [verschwimmen]«, die sich dann ihrerseits als die »Kristallisationspunkte« eines »ausgeprägten judiziellen Fallrechts« erweisen¹⁹². Die Gefahr, in »Gerichtspositivismus«¹⁹³ zu verfallen, ist deshalb auch besonders groß. Ein Musterbeispiel lieferte ausgerechnet der Altmeister des Staatshaftungsrechts, *Ossenbühl*, als er den Nassauskiesungsbeschluss¹⁹⁴ genetisch auslegte, indem er den Äußerungen des Berichterstatters in der Fachzeitschrift »Agrarrecht« die

¹⁸⁷ Vgl. in anderem Zusammenhang *Ehlers*, DVBl 2004, S. 1441 (1451).

¹⁸⁸ Vgl. in anderem Zusammenhang *Ossenbühl*, Neuere Entwicklungen im Staatshaftungsrecht, 1984, S. 5.

¹⁸⁹ *Lubmann*, Öffentlich-rechtliche Entschädigung rechtspolitisch betrachtet, 1965, S. 29.

¹⁹⁰ v. *Danwitz*, Europäisches Verwaltungsrecht, 2008, S. 606; *Kischel*, EuR 2005, S. 441 (460); *Kluth*, DVBl 2004, S. 393 (402 f.); *H. Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 31 Rn. 18; *U. Stelkens*, DÖV 2006, S. 770 ff.; vgl. auch *Pestalozza*, in: FS v. Arnim, 2004, S. 283 (284) (»Belebung und Beunruhigung«).

¹⁹¹ *Dietlein*, in: *Stern*, Staatsrecht, Bd. IV/2, 2011, S. 2007; *Kluth*, in: H. J. Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht II, 7. Aufl. 2010, § 66 Rn. 4; *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. V, 3; *ders.*, NJW 2000, S. 2945 (2948); vgl. auch *Karpenstein/Johann*, NJW 2010, S. 3405 (3406) (»Staatshaftungsrecht ist Richterrecht«).

¹⁹² *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 438.

¹⁹³ In Anlehnung an *Schlink*, Der Staat 28 (1989), S. 161 (163) (»Bundesverfassungsgerichtspositivismus«).

¹⁹⁴ BVerfGE 58, 300 ff.

»Absicht des BVerfG« entnahm und daraus Folgerungen für die Reichweite des Entschädigungsanspruchs zog.¹⁹⁵

Die neue Haftungsdogmatik, die diese Abhandlung vorschlägt, ist in einem doppelten Sinn unional: zum einen, weil sie sich unionsrechtlich hat inspirieren lassen, und zum anderen, weil sie das nationale und das unionsrechtliche Staatshaftungsrecht vereint – wenn nicht zu einer übereinstimmenden Dogmatik, dann jedenfalls unter einem einheitlichen dogmatischen Dach. Die Einheitslösung verlangt freilich, will sie kein neues Haftungsrecht erfinden, sondern das bestehende Haftungsrecht (einschließlich einiger in der Lehre geforderten Modifikationen) getreulich abbilden, bisweilen Binnendifferenzierungen. Welche, möge der folgende Abschnitt verdeutlichen.

¹⁹⁵ *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 223 (Zitat dort mit Hervorhebungen); das letzte Beispiel in dieser Richtung bei *Karpenstein/Johann*, NJW 2010, S. 3405 (3407).

§ 14 Unionsrechtlich inspirierte Dogmatik nationalen Haftungsrechts

I. Überblick

Der unionsrechtliche Haftungsanspruch lässt sich zu einer Dogmatik verallgemeinern, die das nationale Haftungsrecht weitgehend erfasst. Das ist im Folgenden darzulegen, Merkmal für Merkmal. Die Darstellung beschränkt sich auf Amtshaftungs-, Aufopferungs- und Folgenbeseitigungsansprüche, weil die anderen Haftungsansprüche Ausprägungen dieser Prototypen darstellen.¹ Welche Merkmale dabei notwendig zu erörtern sind, verdeutlicht bereits eine begriffliche Ableitung. Das Haftungsrecht befasst sich mit dem Ersatz von Schäden. Notwendig ist also zunächst, dass es einen Schädiger und dessen Schädigung, einen Geschädigten und dessen Schaden gibt. Dass eine Schädigung gerade eine des Schädigers ist, setzt einen Zurechnungszusammenhang zwischen Schädigung und Schädiger voraus. Diesen Zusammenhang begründet die Handlung, die der Schädiger vornimmt (bzw. unterlässt) und die zur Schädigung führt. Dass ein Schaden gerade einer des Geschädigten ist, setzt einen Zurechnungszusammenhang zwischen Schaden und Geschädigtem voraus. Diesen Zusammenhang begründet die Rechtsordnung, welche die beeinträchtigten Rechte zu solchen des Geschädigten macht. Schließlich stehen auch Schädigung und Schaden nicht beziehungslos nebeneinander oder in einem nur zeitlichen Zusammenhang, sondern sind gerade als Ursache und Wirkung miteinander verbunden. Das ist die Voraussetzung der Kausalität.²

Dass diese Ableitung den Begriff des Schadens in den Mittelpunkt stellt, darf nicht verschütten, dass es nur Schäden an bestimmten Positionen sein können, die eine Haftung auslösen. Denkbar wären etwa Haftungen für die Beeinträchtigung auch von Interessen, nur von Rechten oder nur von bestimmten Rechten. Alle diese Einschränkungen lassen sich als eine Frage der Schädigung beschreiben. Dies zu Grunde gelegt, kennt eine Dogmatik der Haftungsvoraussetzungen vier notwendige Elemente: erstens den Schädiger, zweitens die Schädigung

¹ Siehe oben § 6 I 4 a) (S. 70 ff.).

² *Jansen*, in: Basedow/Hopt/Zimmermann (Hrsg.), Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts I, 2009, S. 305 (307); zu Sonderfällen (»Haftung ohne Kausalität?«) *ders.*, in: Schmoeckel/Rückert/Zimmermann (Hrsg.), Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Bd. II/1, 2007, §§ 249–253, 255 Rn. 82 ff.

(verletztes Recht und Schädigungshandlung, ggf. einschließlich der Frage nach dem Verschulden), drittens den Schaden (Schädigungserfolg) und viertens den Zurechnungszusammenhang der Kausalität.

Diese Voraussetzungen sind anspruchsbegründende Merkmale. Die Beweislast trifft insoweit den Geschädigten. Hinzu kommen anspruchsausschließende Merkmale. Die Beweislast trifft insoweit den Schädiger; die Merkmale sind daher negativ zu formulieren. Die haftungsausschließenden Tatbestandsvoraussetzungen sind erstens kein Versäumnis vorrangigen Primärrechtsschutzes, zweitens keine Mitverantwortung (insb. Mitverschulden) des Geschädigten und drittens keine Verjährung.

Welche Bedeutung der Beweislastverteilung praktisch zukommt, hängt auch davon ab, ob der Prozess vor den Verwaltungsgerichten (einschließlich der Finanz- und Sozialgerichte), die den Sachverhalt von Amts wegen erforschen (Untersuchungsgrundsatz, vgl. nur § 86 Abs. 1 VwGO)³, oder den Zivilgerichten, die dem Beibringungsgrundsatz folgen⁴, rechtshängig ist. Auch im Amtsermittlungsverfahren ist die Einordnung nach der Beweislast opportun, weil auch in diesem Verfahren die Erweislichkeit einer Tatsache offen bleiben kann (etwa weil sich der einzige Zeuge nicht zu erinnern vermag). In Fällen des *non liquet* muss die Nichterweislichkeit der Tatsache zu Lasten des einen oder des anderen Beteiligten gehen. Zu wessen Lasten sie geht, entscheidet im Amtsermittlungsverfahren die objektive Beweislast.

Die genannten Voraussetzungen sind teilrechts- und rechtsordnungsübergreifend als wesentliche Elemente des Haftungsanspruchs anerkannt.⁵ Die Elemente bilden nicht nur im deutschen (öffentlichen und privaten) Recht, sondern auch in den Rechtsordnungen anderer Mitgliedstaaten das »Gerippe« jeder außervertraglichen Haftung. Es ist insofern also schon jetzt »ein erheblicher Bestand einheitlicher Grundvorstellungen« zu verzeichnen.⁶

Weitere Bausteine der Darstellung sind, außerhalb von Tatbestand und Rechtsfolge, die Fragen nach dem Verhältnis zu anderen Ansprüchen (Konkurrenzen) und dem Rechtsweg einschließlich des richtigen Beklagten. Die Fragen nach den Konkurrenzen und dem richtigen Beklagten ließen sich auch als materiell-rechtliche Tatbestandsvoraussetzung formulieren, als Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Anspruchsgrundlage bzw. als Frage nach dem Anspruchsschuldner. Diese Abhandlung verfährt anders, weil sich die Konkurrenzen unabhängig vom Fall bestimmen lassen, so dass unter diesen Prüfungspunkt nicht subsumiert zu werden braucht, und weil das Gericht

³ Vgl. nur *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, 8. Aufl. 2011, § 35 Rn. 21 ff.; *W.-R. Schenke*, Verwaltungsprozessrecht, 13. Aufl. 2012, Rn. 20 ff.; *Württemberg*, Verwaltungsprozessrecht, 3. Aufl. 2011, Rn. 16, 567.

⁴ Vgl. nur *Saenger*, in: ders. (Hrsg.), ZPO, 4. Aufl. 2011, Einführung Rn. 66 ff. m. w. N.

⁵ Vgl. die Klassifikation bei *Magnus/Wurmnest*, in: dies., Casebook, 2002, S. 5 (5).

⁶ *Magnus/Wurmnest*, in: dies., Casebook, 2002, S. 5 (5).

den richtigen Anspruchsschuldner nicht, jedenfalls nicht entscheidungstragend, bestimmt (und auch nicht zu bestimmen braucht), sondern sich damit begnügt (und auch damit begnügen soll) zu entscheiden, ob die jeweils verklagte Person die Erfüllung des eingeklagten Anspruchs schuldet.

Folgendes Prüfungsschema fasst das bislang Gesagte zusammen:

- I. Tatbestand
 1. Schädiger
 2. Schädigung
 - a) Verletztes Recht und dessen bürgerschützender Charakter
 - b) Schädigungshandlung und qualifizierter Verstoß
 3. Schaden (Schädigungserfolg)
 4. Zurechnungszusammenhang
Kausalität zwischen Schädigungshandlung und -erfolg, d. h. zwischen Schädigung und Schaden; Schutzzweck der Norm
 5. kein Versäumnis vorrangigen Primärrechtsschutzes
 6. keine Mitverantwortung des Geschädigten
 7. keine Verjährung
- II. Rechtsfolge
- III. Konkurrenzen
- IV. Richtiger Beklagter (Anspruchsschuldner)
- V. Rechtsweg

Abbildung 2: Grundgerüst des Haftungsanspruchs

II. Tatbestand

1. Schädiger

Die Einheitsdogmatik verlangt, dass es der Staat ist, der gehandelt habe. Unionales und nationales Staatshaftungsrecht enthalten diese Voraussetzung übereinstimmend. Der unionale Haftungsanspruch gegen den Mitgliedstaat erfasst dabei dessen Staatsgewalt in allen drei Gestalten⁷: als Legislative⁸, als Exekutive⁹ und als Judikative¹⁰. Im nationalen Staatshaftungsrecht gelten sowohl der

⁷ EuGH, Slg. 2003, I-10239, Rn. 32 – Köbler, vgl. auch EuGH, Slg. 1996, I-1029, Rn. 32 – Brasserie du pêcheur; EuGH, Slg. 1996, I-1631, Rn. 38 – British Telecommunications; EuGH, Slg. 2001, I-5063, Rn. 35 – Larsy; Arndt/K. Fischer/Fetzer, Europarecht, 10. Aufl. 2010, Rn. 372; Jarass/Beljin, Casebook, 2003, S. 75; Skouris, in: Schulze/C. Walter (Hrsg.), 50 Jahre Römische Verträge, 2008, S. 17 (21).

⁸ EuGH, Slg. 1991, I-5357, Rn. 44 mit Rn. 4 – Francovich; EuGH, Slg. 1996, I-1029, Rn. 7 f., 37 ff., insb. 50 f. – Brasserie du pêcheur.

⁹ EuGH, Slg. 1996, I-2553, Rn. 6 f., 24 f. – Hedley Lomas; EuGH, Slg. 2007, I-2749, Rn. 75 ff. – AGM-COS.MET (Äußerung eines Beamten).

¹⁰ EuGH, Slg. 2003, I-10239, Rn. 32 ff. – Köbler.

Aufopferungs- als auch der Folgenbeseitigungsanspruch ohne Weiteres jedem hoheitlichen Eingriff und damit allen drei Gliederungen der Staatsgewalt.¹¹ Für die Amtshaftung gilt Nämliches, doch bedarf die Einbeziehung der Judikative und der Legislative der Erläuterung. Als Schädiger erfasst Art. 34 Satz 1 GG jeden »jemand«, sofern dieser nur »in Ausübung eines ihm anvertrauten öffentlichen Amtes« gehandelt hat.¹² Im selben Sinn ist auch der Begriff des Beamten in § 839 Abs. 1 S. 1 BGB zu verstehen. Ein öffentliches Amt übt nicht nur die Exekutive aus, sondern auch die Judikative. Das folgt aus § 839 Abs. 2 BGB. Danach haften auch solche – dort so genannte – »Beamte«, die ihre Amtspflicht »bei dem Urteil in einer Rechtssache« verletzen. Die Judikative ist also tauglicher Schädiger im Amtshaftungsrecht.

Legislativunrecht löst nach herrschender Meinung nur ausnahmsweise Amtshaftungsansprüche aus. Doch ist der Anknüpfungspunkt dieser Auffassung nicht etwa eine Eingrenzung der erfassten Schädiger im Sinn einer (teleologischen) Reduktion des Amtsträgerbegriffs. Im Gegenteil: Die Ansicht, dass das Gesetz als Ausdruck der »höchsten Staatsgewalt (Souveränität)« keinen gerichtlich durchsetzbaren Schadensersatzanspruch des Einzelnen auslösen könne¹³, gilt jedenfalls seit Inkrafttreten des Grundgesetzes als »hoffnungslos veraltet«¹⁴. Dementsprechend anerkennen Rechtsprechung und Lehre seitdem, dass Parlamentsabgeordnete Amtswalter im Sinn des § 839 Abs. 1 BGB sind.¹⁵ Die Legislative ist also ebenfalls tauglicher Schädiger im Amtshaftungsrecht. Dass die Haftung für Legislativunrecht gleichwohl regelmäßig ausscheide, begründet

¹¹ Für den Aufopferungsanspruch vgl. nur BGHZ 9, 83 (91); *Baldus*, in: ders./Grzeszick/Wienhues, Staatshaftungsrecht, 3. Aufl. 2009, Rn. 321; *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 135 f.; für den Folgenbeseitigungsanspruch *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 309 f. Zum Begriff der Gewaltengliederung vgl. nur *Möllers*, Gewaltengliederung, 2005, S. 15 ff., insb. S. 17.

¹² Siehe zur Abgrenzung »in Ausübung« vs. »bei Gelegenheit« als literarisches Beispiel *Kleists* »Der zerbrochene Krug«, wo der Dorfrichter *Adam* die Protagonistin *Eve* in deren Schlafzimmer aufsucht, sexuell nötigt und den Krug zerbricht.

¹³ RGZ 130, 319 (321).

¹⁴ *Scheuner*, in: *R. Reinhardt/Scheuner*, Verfassungsschutz des Eigentums, 1954, S. 63 (91 Fn. 64); ebenso *Bender*, VersR 1974, S. 1 (6).

¹⁵ BGHZ 11, 192 (197 f.); 87, 321 (335); BGH, NVwZ 1986, 504 (505); BGHZ 110, 1 (8); *Dietlein*, in: *Stern*, Staatsrecht, Bd. IV/2, 2011, S. 2038; *Hartmann*, VerwArch 98 (2007), S. 500 (507); *J. Ipsen*, NdsVBl. 2006, 321 (321); *Masing*, in: *Umbach/Clemens* (Hrsg.), Grundgesetz, Bd. I, 2002, Art. 34 Rn. 72; *Papier*, in: *Maunz/Dürig* (Begr.), GG (Stand: 64. Lieferung, Januar 2012), Art. 34 Rn. 108 (Stand: 54. Lieferung, Januar 2009); *Sodan/Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht, 5. Aufl. 2012, § 86 Rn. 7; *Wieland*, in: *H. Dreier* (Hrsg.), GG, Bd. II, 2. Aufl. 2006, Art. 34 Rn. 38.

A.A. RG JW 1928, S. 1036 (1038); *Bettermann*, in: ders./Nipperdey/Scheuner (Hrsg.), Grundrechte, Bd. III/2, 1. Aufl. 1959 = 2. Aufl. 1972, S. 779 (836); *Luhmann*, Öffentlich-rechtliche Entschädigung rechtspolitisch betrachtet, 1965, S. 127; *Scheuing*, in: *FS Bachof*, 1984, S. 343 (356); *Stern*, Staatsrecht, Bd. I, 2. Aufl. 1984, § 11 V 5.

die herrschende Meinung denn auch mit einer anderen Voraussetzung: dem Tatbestandsmerkmal des Drittschutzes.¹⁶

Dass alle drei Gewalten für rechtswidriges Staatshandeln und dadurch bewirkte Schäden haften können, stellt die traditionelle Zuordnung des Staatshaftungsrechts als Teil des Allgemeinen Verwaltungsrechts in Frage. Der Begriff des öffentlichen Haftungsrechts, den diese Abhandlung bevorzugt,¹⁷ und die damit angedeutete Zuordnung zum öffentlichen Recht insgesamt schließt bereits begrifflich die unstreitig erfassten Bereiche judikativen und legislativen Unrechts ein (nur bei Legislativunrecht besteht über die Reichweite im Einzelnen Dissens).

2. Verletztes Recht

a) Recht und Rechtsquelle

Die Einheitsdogmatik verlangt, dass es ein Recht ist, das die Staatsgewalt verletzt hat. Diese Voraussetzung enthalten unionales und nationales Staatshaftungsrecht ebenfalls übereinstimmend. Das Unionsrecht gewährt den Haftungsanspruch gegen die Mitgliedstaaten nur bei der Verletzung von Unionsrecht. Eine Dogmatik nationalen Rechts dagegen kann, auch wenn sie unionsrechtlich inspiriert ist, die unionsrechtliche Herkunft der verletzten Norm nicht verlangen, sondern muss (wenn nicht stattdessen, dann jedenfalls außerdem) nationales Recht erfassen. In dieser Weiterung liegt gerade die Übertragung der unionalen Dogmatik auf das nationale Recht. Spiegelbildlich formuliert: Dass die unionsrechtliche Dogmatik das nationale Haftungsrecht nur inspiriert, nicht präskribiert, gründet in und folgt aus genau diesem Merkmal: Weil der unionsrechtliche Haftungsanspruch nur die Verletzung von Unionsrecht erfasst, gilt er für die Verletzung nationalen Rechts gerade nicht.

Der Amtshaftungsanspruch macht in § 839 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht das Recht oder bestimmte Rechtsgüter (vgl. § 823 Abs. 1 BGB) zum Gegenstand seines Schutzbereichs, sondern knüpft die Haftungsfolge an die Verletzung einer Amtspflicht. Doch trifft jeden Amtswalter aufgrund von Art. 20 Abs. 3 GG die Amtspflicht, rechtmäßig zu handeln. Daher begründet jede Rechtsverletzung zugleich eine Amtspflichtverletzung.¹⁸ Auf dieser Ebene der Prüfung ist also auch das objektive Recht geschützt; weil die Amtspflichtverletzung aber eine

¹⁶ Siehe dazu allgemein oben § 10 III 3 (S. 172 ff.) und zu den Folgen sogleich unter 2 b) (S. 253 ff.).

¹⁷ Siehe oben § 2 (S. 7 ff.); vgl. auch *Dietlein*, in: *Stern*, Staatsrecht, Bd. IV/2, 2011, S. 2010 (Schnittpunkt von Staats- und Verwaltungsrecht).

¹⁸ BGHZ 91, 243 (252); vgl. bereits § 13 RBG v. 13.03.1873, RGBl. S. 61 (63); *Dagtolou*, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), *Bonner Kommentar zum GG* (Stand: 159. Aktualisierung, Dezember 2012), Art. 34 Rn. 143 (Stand: Zweitbearbeitung, September 1970); *Ossenbühl*, *Staatshaftungsrecht*, 5. Aufl. 1998, S. 43 Fn. 204; *diff. ders.*, a. a. O., S. 55 ff.

drittschützende sein muss und die Zurechnung unter dem Stichwort »Schutzzweck der Norm« verlangt, dass der Geschädigte in den Schutzbereich der verletzen Vorschrift fällt, sind im Ergebnis doch nur subjektive Rechte haftungsbewehrt.¹⁹ Der Folgenbeseitigungsanspruch setzt ausdrücklich den Eingriff in ein (subjektives) Recht voraus.²⁰ Der Aufopferungsanspruch ist demgegenüber enger gefasst. Er verlangt nach der Rechtsprechung die Verletzung bestimmter vermögens- und nichtvermögenswerter Rechte. Diese Abhandlung folgt insoweit der Kritik der Lehre und sieht im Rahmen des Aufopferungsanspruchs jedes subjektiv-öffentliche Recht als geschützt an.²¹

Neben geschützten Rechten ist oft von geschützten Rechtsgütern die Rede. Die Übung stammt aus dem Zivilrecht, genauer aus der Dogmatik zu § 823 Abs. 1 BGB. Der Begriff der Rechtsgüter meint dort das Leben, den Körper, die Gesundheit und die Freiheit. Er steht im Gegensatz zu den Rechten, von denen die Vorschrift das Eigentum ausdrücklich benennt und die übrigen Rechte als sonstige unbenannt lässt.²² Der Begriff soll ausdrücken, dass die genannten Rechtsgüter in gewisser Weise vorrechtliche sind, es sie also auch ohne Rechtsordnung gäbe.²³ Rechtsgüter hat nicht die Rechtsordnung geschaffen, sondern vorgefunden und zum Gut, zum Objekt, zum Bezugspunkt ihrer selbst, des – öffentlich-rechtlich gesprochen – objektiven Rechts gemacht. Kurzum: Es geht um die Unterscheidung zwischen Gütern, die die Rechtsordnung vorfindet und zu ihrem Gegenstand macht (Rechtsgüter), einerseits und Rechten, die die Rechtsordnung erst erschafft, andererseits.

Der Wortlaut des § 823 Abs. 1 BGB ließe es freilich auch zu, die Qualifikation als Recht, welche die Wendung »sonstiges Recht« vornimmt, auf die gesamte Aufzählung (einschließlich Leben, Körper, Gesundheit) zu beziehen. Jedenfalls im öffentlichen Recht erscheint der Begriff des Rechtsguts wohl insoweit als entbehrlich, als dass es entsprechendes (objektives) Recht und entsprechende (subjektive) Rechte gibt: Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG schützt das Leben und die körperliche Unversehrtheit und damit die »Rechtsgüter« Leben, Körper und Gesundheit im Sinn von § 823 Abs. 1 BGB. Die in Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG geschützte Freiheit der Person als Fortbewegungsfreiheit entspricht insoweit der in § 823

¹⁹ Zur Rechtsprechung, welche die Drittgerichtetheit der Amtspflicht auf das verletzte Recht bezieht, siehe § 10 III 1 (S. 166 ff.), bei Fn. 114 (S. 167).

²⁰ BVerwGE 82, 76 (95); 94, 100 (104); 105, 288 (297); *H. Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 30 Rn. 7; vgl. auch *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 307 f.

²¹ Zur Rechtsprechung und der Kritik der Lehre siehe oben § 6 I 4 a) (S. 70 ff.).

²² *A. Staudinger*, in: Schulze u.a., BGB, 7. Aufl. 2012, § 823 Rn. 3; vgl. *Teichmann*, in: Jauernig (Hrsg.), BGB, 14. Aufl. 2011, § 823 Rn. 12; ungenau *Sprau*, in: Palandt (Begr.), BGB, 71. Aufl. 2012, § 823 Rn. 2 (Überschrift 2) mit Rn. 7 und 11 (Rechte).

²³ Vgl. zur Begriffsverwendung im Strafrecht referierend *Appel*, Verfassung und Strafe, 1998, S. 342 (dem Strafrecht »vorausliegende[r] Maßstab«) und kritisierend *ders.*, a. a. O., S. 356, 381 ff.

Abs. 1 BGB genannten Freiheit.²⁴ Im Unionsrecht ist der Begriff des Rechtsguts ohnehin nicht in dieser Weise gebräuchlich. Diese Abhandlung verzichtet ebenfalls darauf, neben den geschützten Rechten die durch Rechte geschützten Rechtsgüter eigens anzusprechen.

b) Bürgerschützender Charakter des Rechts

aa) Inhalt

Die Einheitsdogmatik verlangt, dass das verletzte ein bürgerschützendes Recht ist. Ist die Konvergenz des Individualschutzes im unionalen und des Drittschutzes im nationalen Haftungsrecht zutreffend beschrieben,²⁵ dann erfasst die unional inspirierte Haftungsdogmatik des Einheitsanspruchs nicht nur die individualschützenden Normen des Unionsrechts, sondern auch die drittschützenden Rechtsnormen des Amtshaftungsanspruchs und die subjektiven öffentlichen Rechte des Folgenbeseitigungsanspruchs. Als unbelasteten Oberbegriff für den Individualschutz europäischer und den Drittschutz nationaler Herkunft hatte diese Abhandlung »Bürgerschutz« vorgeschlagen.²⁵ Dementsprechend würde die unionsrechtlich inspirierte Haftungsdogmatik die Verletzung einer bürgerschützenden Rechtsnorm verlangen und damit zwanglos die individualschützenden Normen des Unionsrechts, die drittschützenden Rechtsnormen des Amtshaftungsrechts und die subjektiven öffentlichen Rechte des Folgenbeseitigungsanspruchs erfassen.

Der Aufopferungsanspruch fügt sich dagegen weniger bruchlos unter das Merkmal der bürgerschützenden Rechtsnorm, wenn man den Anspruch, wie die Rechtsprechung ihn versteht, zu Grunde legt. Denn dann sind – wie berichtet – nur bestimmte subjektive öffentliche Rechte geschützt (nämlich Leib, Leben, Ehre und Fortbewegungsfreiheit, nicht aber Berufs- und Gewerbefreiheit oder das Allgemeine Persönlichkeitsrecht)²⁶. Wer diese Rechtsprechung für überzeugend hält, muss innerhalb der unionsrechtlich inspirierten Haftungsdogmatik an dieser Stelle unterscheiden und in Aufopferungsfällen danach fragen, ob eines der aufgezählten subjektiven öffentlichen Rechte betroffen ist. Wer dagegen der geläufigen Kritik der Lehre an den Schutzlücken folgt und – wie diese Abhandlung – den Aufopferungsanspruch subjektive öffentliche Rechte unterschiedslos erfassen lässt, vermeidet diese Differenzierung.²⁷

²⁴ Für das Grundgesetz siehe nur BVerfGE 94, 166 (1998); *Hartmann*, in: *Pieroth* (Hrsg.), *Hausarbeit im Staatsrecht*, 2. Aufl. 2011, S. 26; *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, 11. Aufl. 2011, Art. 2 Rn. 112; *Pieroth/Schlink*, *Grundrechte*, 27. Aufl. 2011, Rn. 442; für das Bürgerliche Gesetzbuch siehe *Sprau*, in: *Palandt* (Begr.), BGB, 71. Aufl. 2012, § 823 Rn. 6; *Teichmann*, in: *Jauernig* (Hrsg.), BGB, 14. Aufl. 2011, § 823 Rn. 5; *Wagner*, in: *Münchener Kommentar zum BGB*, Bd. 5, 5. Aufl. 2009, § 823 Rn. 99.

²⁵ Dazu oben § 13 III 1 (S. 236 ff.), bei Fn. 152 (S. 238).

²⁶ Siehe die Nachweise oben § 11 I 1 (S. 184 ff.), insb. in Fn. 1, 4.

²⁷ Siehe oben § 11 I 1 (S. 184 ff.), insb. in Fn. 3 ff.

Dass im nationalen und im unionalen Haftungsrecht nicht jede Rechtsverletzung Haftungsfolgen zeitigt, mag verwundern. Namentlich Ökonomen suchen den Rechtsschutz dadurch zu verbessern, dass sie den (unionsrechtlichen) Haftungsanspruch ausweiten. Er soll (jedenfalls für den Fall der Nichtumsetzung von Richtlinien) auch von solchen Individuen geltend gemacht werden können, die persönlich nicht betroffen sind, sogar »directives not granting rights to individuals« erfassen und als Rechtsfolge auch Strafschadensersatz gewähren.²⁸ Obwohl all das den anerkannten Haftungszweck des Rechtsschutzes stärken mag, bleibt genauso richtig, dass der Gesetzgeber, der ein Recht einräumt, zugleich festschreiben kann, dass Verletzungen dieses Rechts ohne Haftungsfolgen bleiben sollen. Das gilt jedenfalls in den Fällen, in denen der Gesetzgeber ein Recht als rein objektives ausgestalten darf. In diesen Fällen kann nämlich die Rechtswidrigkeit nicht auf dem Primärrechtsweg bekämpft werden. Wenn es aber zulässig ist, dass die (primäre) Rechtswidrigkeit bestehen bleibt, dann muss es ebenso zulässig sein, dass keine (sekundären) Rechtswidrigkeitsfolgen eintreten, d. h. dass der Ersatzanspruch entfällt. Darüber hinaus darf der Gesetzgeber den Ersatzanspruch wohl noch in weiteren Konstellationen ausschließen. Immer dann, wenn er ein Recht überhaupt nicht einzuräumen bräuchte, dürfte es ihm *a maiore ad minus* sehr wohl möglich sein, anstelle eines Vollrechts bloß ein Teilrecht einzuräumen: ein nur primär-, aber nicht sekundärrechtlich geschütztes Recht. Anderenfalls würde der Gesetzgeber, der Haftungsfolgen scheut, weder Voll- noch Teilrecht gewähren. Einen solchen fehlerhaften Anreiz sollte eine freiheitliche und rechtsstaatliche Demokratie nicht setzen müssen.

Schließlich mag sich hören lassen, die Freistellung von Haftungsfolgen mit der besonderen Gefahrgeneigtheit einer Tätigkeit zu begründen. Eine Tätigkeit ist in diesem Sinn besonders gefahrgeneigt, wenn die Haftungsfolgen rechtswidrigen Handelns so lähmend wären, dass notwendige Handlungen aus Angst vor den Haftungsfolgen ganz unterblieben. Notwendige Handlungen würden so gesehen von der Haftung freigestellt, um sie überhaupt erst zu ermöglichen. Es gibt in der Tat Bereiche, in denen die öffentliche Hand handeln (können) muss, obwohl potentiell große Schäden drohen. Beispiele mögen die Atomaufsicht, die Banken- und Versicherungsaufsicht und andere Bereiche liefern, in denen die Finanzrelevanz der Aufsichtsmaßnahmen die potentiellen Haftungsfolgen in die Höhe treibt. Entlang dieser Linie hat der Europäische Gerichtshof für das Banken- und Versicherungsaufsichtsrecht entschieden, dass die Vorschriften, die der Aufsichtsbehörde ihre Aufgabe übertragen, keine individualschützenden Rechte begründen.²⁹ Ebenso sehen das britische *House of Lords*³⁰

²⁸ Van Roosebeke, State Liability, 2007, S. 237, vgl. auch S. 238 ff. und zusammenfassend S. 244 f.

²⁹ EuGH, Slg. 2004, I-9425, Rn. 32, 47, 49 ff. – Peter Paul.

³⁰ House of Lords, Urt. v. 18. 05. 2000, 2 WLR 1220 – Three Rivers D.C. v. Bank of England; vgl. Jans/de Lange/Prechal/Widdershoven, Europeanisation, 2007, S. 341 f.

und der deutsche Gesetzgeber (in § 6 Abs. 3 KWG a.F., entspricht § 4 Abs. 4 FinDAG) die Dinge.³¹ Weil der Staat für eine (rechtswidrige und schädigende) Unterlassung, sofern eine Pflicht zum Handeln besteht, genauso haftet wie für ein (rechtswidriges und schädigendes) Tun, kann das Nichthandeln, rational betrachtet, genauso lähmend sein wie das Handeln. Die Haftungsfreistellungen müssen dann, um wirksam zu sein, Tun wie Unterlassen erfassen.

In jenen Bereichen, in denen der Gesetzgeber keine Haftungsfreistellung angeordnet hat, findet die Entscheidungsfreude rechtswidrig schädigender Amtswalter nach der hier vertretenen Ansicht Berücksichtigung nur im Rahmen jener Vertretbarkeitsspielräume, die das Recht lässt. Die Frage zählt danach sekundärrechtlich nicht zum Prüfungspunkt des Bürgerschutzes eines Rechts, sondern zur Qualifikation des Verstoßes. Diese Zuordnung vermeidet es auch, auf die »Schadensgeneignetheit« einer Tätigkeit abzustellen (ein Kriterium, welches das Bundesarbeitsgericht in anderem Zusammenhang aufgegeben hat³²) oder auf die Schadensträchtigkeit, d. h. die potentiellen Entschädigungssummen. Diese politischen Leitgedanken erscheinen als juristische Kriterien nicht geeignet zu sein, weil sie selbst keine subsumtionsfähigen Grenzen ziehen, ab welchem Gefährdungsgrad eine Tätigkeit ausreichend schadensgeneigt und welche Haftungssumme (im Vergleich zu welcher Bezugsgröße) hoch genug ist, um die Haftung auszuschließen. Dass es um viel Geld geht, erlaubt der Verwaltung nicht, aus Sorglosigkeit grob rechtsfehlerhaft zu handeln, und stellt sie in diesen Fällen auch nicht von den Haftungsfolgen frei. Vereinfacht gesprochen: Die Verwaltung soll auch und gerade dann, wenn viel auf dem Spiel steht, so rechtmäßig wie möglich handeln.

Zusammenfassend verlangt die Voraussetzung des bürgerschützenden Rechts auch im Rahmen der unionsrechtlich inspirierten Einheitsdogmatik den bekannten Dreischritt³³: Für das verletzte Recht ist jeweils festzustellen, ob es Einzelnen ein – im oben beschriebenen (weiten) Sinn – subjektives Recht verleiht, ob der Geschädigte zu diesen Einzelnen, dem geschützten Personenkreis, gehört³⁴ und ob das Recht gerade die in Rede stehende Tätigkeit schützt.³⁵

³¹ Siehe dazu oben § 8 IV 4 (S. 130 ff.), bei Fn. 154 (S. 132).

³² Zur Rechtsprechung und ihrer Erstreckung über die schadensträchtige gefahrgeneigte Arbeit hinaus auf alle betrieblich veranlassten Tätigkeiten des Arbeitnehmers siehe oben § 8 Fn. 127 f. (S. 127).

³³ Vgl. *H. Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 26 Rn. 19; *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 58; *Schoch*, Jura 1988, S. 585 (590); *Wienhues*, in: *Baldus/Grzeszick/Wienhues*, Staatshaftungsrecht, 3. Aufl. 2009, Rn. 132.

³⁴ BGH, Urt. v. 04.06.2009 – III ZR 144/05, Abschnitt II. 3. b), Rn. 20.

³⁵ Wer für den Zurechnungszusammenhang zwischen Schädigungshandlung und Schädigungserfolg das Kriterium des Schutzzwecks der Norm anerkennt, kann diese Frage auch unter diesem Prüfungspunkt erörtern, siehe dazu unten § 14 II 5 b) (S. 280 ff.).

bb) Insbesondere legislatives Unrecht und Bürgerschutz

Die Europäische Union selbst haftet seit jeher für legislatives Unrecht. Der Europäische Gerichtshof hat diese Haftung dem Grunde nach bereits im Jahr 1971, so heißt es in fallrechtlicher (aber auch nur im Rahmen von Richterrecht folgerichtiger) Begrifflichkeit, »zugelassen«^{36,37}. Als der Europäische Gerichtshof begann, den unionalen Haftungsanspruch gegen die Mitgliedstaaten auch mit dem Haftungsanspruch gegen die Europäische Union zu begründen,³⁸ war es folgerichtig, dass die Mitgliedstaaten – auch insofern parallel zur Union – für legislatives Unrecht ebenfalls haften müssen. Als Generalanwalt *Tesouro* die Einstandspflicht des Staates auch für Handlungen des Gesetzgebers begründete, rückte er die Ausnahmeregelung für Legislativunrecht, wie sie die Gerichte der Bundesrepublik im Ergebnis bis heute für richtig halten, in einen gestrigen, monarchischen Zusammenhang:

»Es trifft zu, daß das Nichtbestehen der Staatshaftung für Handlungen des Gesetzgebers in der Vergangenheit ein verbreiteter Gedanke war. Er fand seine Daseinsberechtigung in der Auffassung, daß sich der Souverän nicht rechtswidrig verhalten könne, oder, in der moderneren und demokratischeren Version, in der Souveränität des Parlaments. Mit anderen Worten, der Gesetzgeber wäre als höchster Ausdruck der souveränen Macht und auch in Anbetracht der demokratischen Legitimität, die er genießt, grundsätzlich den allgemeinen Haftungsregeln entzogen.«³⁹

Freilich behaupten auch die deutschen Gerichte keine generelle Haftungsfreistellung des Gesetzgebers aufgrund parlamentarischer Souveränität⁴⁰, sondern anerkennen ausdrücklich, dass die Abgeordneten Amtswalter im Sinn des Amtshaftungsanspruchs sind.⁴¹ Gleichwohl scheidet die Staatshaftung für Legislativunrecht nach hiesiger Rechtsprechung grundsätzlich aus. Die dogmatische Verortung des immer gleichen Ergebnisses wechselt dabei freilich von Anspruchsgrundlage zu Anspruchsgrundlage. Im Amtshaftungsrecht folgern die Gerichte die Haftungsfreistellung wie berichtet aus der fehlenden Drittgerichtetheit der Amtspflicht⁴². Im Aufopferungsrecht sollen Ansprüche wegen legislativen Unrechts mangels Unmittelbarkeit entfallen.⁴³ Dabei gewährten §§ 74 f. der Einleitung des Allgemeinen Landrechts für die Preußischen Staaten nach ursprünglichem Verständnis auch für legislatives Unrecht Entschädigung. So hatten jedenfalls die Gerichte Preußens entschieden, bis der König

³⁶ *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 561 bei Fn. 3 (mit Blick auf Schadensersatzklagen gegen normatives Handeln der EG).

³⁷ EuGH, Slg. 1971, 975, Rn. 11 – Zuckerfabrik Schöppenstedt.

³⁸ Vgl. oben § 13 II 1 c) (S. 228 ff.).

³⁹ GA *Tesouro*, Slg. 1996, I-1029, Rn. 36 – Brasserie du pêcheur.

⁴⁰ Vgl. zur *sovereign immunity* aber beispielsweise *Spitzer*, So. Cal. L. Rev. 50 (1977), S. 515 ff.

⁴¹ Siehe oben § 14 II 1 (S. 249 ff.), Fn. 15 (S. 250).

⁴² Siehe oben § 10 III 3 (S. 172 ff.).

⁴³ Nachweise oben § 10 Fn. 155 (S. 174).

von Preußen dieser Rechtsprechung mittels der »Kabinettsordre betreffend die genauere Beobachtung der Grenzen zwischen landeshoheitlichen und fiskalischen Rechtsverhältnissen« (Entschädigungs-Edikt) vom 4. Dezember 1831 ein Ende bereitete.⁴⁴ Bei Staatseingriffen im Verwaltungswege greife der allgemeine Entschädigungsanspruch aus § 75 des Allgemeinen Landrechts ein. Bei Staatseingriffen unmittelbar durch Gesetz existiere ein Entschädigungsanspruch dagegen keineswegs aufgrund dieser Bestimmungen, sondern nur dann, wenn das eingreifende Gesetz selbst den Anspruch ausdrücklich gewähre.⁴⁵

Unionale und nationale Gerichte erklären also übereinstimmend der Lehre von der Haftungsimmunität aufgrund von Parlamentsouveränität eine Absage. Gleichwohl berücksichtigen unionales und nationales Staatshaftungsrecht beide sehr wohl die Besonderheiten gesetzgeberischen Handelns. Der nationale Haftungsanspruch tut dies, indem er die Haftung für legislatives Unrecht nur ausnahmsweise zulässt⁴⁶, der unionale, indem er Besonderheiten der Gesetzgebung bei der Prüfung der Qualifikation eines Verstoßes einfließen lässt,⁴⁷ um die Mitgliedstaaten so vor der »Gefahr einer unüberschaubaren Haftung« zu bewahren⁴⁸. Darauf ist zurückzukommen.⁴⁹

Dass unionales und nationales Staatshaftungsrecht die Besonderheiten gesetzgeberischen Handelns auf unterschiedlichen Wegen berücksichtigen, führt nach dem Vorgabenmodell zu Brüchen, falls die Bundesrepublik Deutschland aufgrund unionaler Staatshaftung für die Verletzung von Unionsrecht haftet. Das Vorgabenmodell⁵⁰ geht davon aus, dass die unionale Staatshaftung die nationale Staatshaftung für unionsbezogene Sachverhalte nur modifiziere.⁵¹ Doch die

⁴⁴ Preußische Gesetzes-Sammlung 1831, S. 255; zit. nach E. R. Huber (Hrsg.), Dokumente zur Deutschen Verfassungsgeschichte, Bd. 1, 1961, Dok.-Nr. 24, S. 73 (74).

⁴⁵ E. R. Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte, Bd. 2, 2. Aufl. 1960, S. 19 mit Fn. 12; Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 127; zur Kabinettsordre bereits Anschütz, Ersatzanspruch aus Vermögensbeschädigungen, 1896, S. 67 (84) (Anwendungsbereich durch die »Deklaration« von 1831 eine erhebliche Einschränkung hinsichtlich des Entschädigungsprinzips erlitten«).

⁴⁶ Siehe dazu oben § 10 III 3 (S. 172 ff.).

⁴⁷ Siehe dazu unten § 14 II 3 c) aa) (S. 269 ff.).

⁴⁸ GA *Trstenjak*, Slg. 2009, I-2119, Rn. 83 – Danske Slagterier; vgl. auch GA *Tesouro*, Slg. 1996, I-1029, Rn. 12 – Brasserie du pêcheur.

⁴⁹ Siehe dazu unten § 14 II 3 c) aa) (S. 269 ff.).

⁵⁰ Vgl. Bertelmann, Europäisierung, 2005, S. 55 ff.; Greb, Der einheitliche gemeinschaftsrechtliche Staatshaftungsanspruch, 2002, S. 98.

⁵¹ Arndt/K. Fischer/Fetzer, Europarecht, 10. Aufl. 2010, Rn. 389; O. Dörr, Rechtsschutzauftrag, 2003, S. 217 (aus »Gründen der ... Kohärenz des in Deutschland geltenden Haftungssystems ... integrieren«); ders., in: Sodan/Ziekow (Hrsg.), VwGO, 3. Aufl. 2010, EVR Rn. 260; Frenz, Handbuch Europarecht, Bd. 5, 2011, Rn. 2046; Gundel, DVBl 2001, S. 95 (101); Grzeszick, EuR 1998, S. 417 (433 f.); Kadelbach, Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, 1999, S. 398 ff., 403; Lorz, JR 2001, S. 413 (413); H. Maurer, in: FS Boujong, 1996, S. 591 (598 f.); Nettesheim, DÖV 1992, S. 999 (1000); Oppermann/Classen/Nettesheim, Europarecht, 5. Aufl. 2011, § 14 Rn. 13; Papier, in: Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VIII, 3. Aufl. 2010, § 180 Rn. 92 ff., 96; Schoch, Die Verwaltung, Beiheft 2, 1999, S. 135

Modifikation des Amtshaftungsanspruchs, die danach geboten ist, erklärt das Tatbestandsmerkmal der Drittgerichtetheit einer Amtspflicht nach § 839 BGB in Verbindung mit Art. 34 GG schlicht für unanwendbar auf unionsrechtliche Sachverhalte.⁵² Darin liegt ein Bruch, weil es ansonsten gesicherter methodischer Erkenntnis entspricht, die Auslegung konform zu höherrangigem Recht nur innerhalb zweier Grenzen durchzuführen: weder gegen den erklärten Willen des Gesetzgebers noch gegen den Wortlaut des geschriebenen Rechts.⁵³ Den Bruch mit dem Wortlaut vermeidet, wer – wie es diese Abhandlung tut – die Haftung für Legislativunrecht ohnehin im Einklang mit der Voraussetzung der Drittgerichtetheit sieht⁵⁴. Gleiches gilt nach der – von der herrschenden Meinung vertretenen⁵⁵ – sog. Trennungsthese⁵⁶. Danach handelt es sich bei dem unionsrechtlichen Haftungsanspruch ohnehin um einen Anspruch eigener Art, der selbstständig neben dem nationalen Haftungsrecht steht.⁵⁷

(142); *Streinz*, VVDStRL 61 (2002), S. 300 (349 f.); diff. *Herdegen/Rensmann*, ZHR 161 (1997), S. 522 (551); *Kluth*, in: H. J. Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht II, 7. Aufl. 2010, § 70 Rn. 5.

⁵² Vgl. *Bertelmann*, Europäisierung, 2005, S. 210 f.; *Hobe*, RIW 2000, S. 389 (390).

⁵³ Vgl. zur verfassungskonformen Auslegung nur *Friedrich Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Bd. I, 10. Aufl. 2009, Rn. 100 ff., *Looschelders/Roth*, Juristische Methodik, 1996, S. 177 ff.; *K. F. Röhl/H. C. Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. 2008, S. 623 ff.; *Wank*, Auslegung von Gesetzen, 5. Aufl. 2011, S. 57 ff. Zum Wortsinn als Grenze der Auslegung überhaupt siehe unten § 16 Fn. 92 (S. 359).

⁵⁴ Siehe oben § 10 III 3 (S. 172 ff.).

⁵⁵ So die Einordnung bei *v. Danwitz*, Europäisches Verwaltungsrecht, 2008, S. 603.

⁵⁶ Begriff der dualistischen bzw. der Trennungslösung bei *Brenner/P. M. Huber*, DVBl 1999, S. 764 (773); *Gundel*, DVBl 2001, S. 95 (101); *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 526; *Säuberlich*, EuR 2004, S. 954 (954); *Schoch*, Jura 2002, S. 837 (840).

⁵⁷ BGHZ 134, 30 (36); 146, 153 (159); BGH, NJW 1997, S. 123 (124); BGH, NVwZ 2001, S. 465 (468); BGH, NJW 2004, S. 1241 (1243); BGH, NJW 2005, S. 742 (742 f. vs. 743 ff.); *Antoni*, in: Hömig (Hrsg.), GG, 9. Aufl. 2010, Art. 34 Rn. 2; *v. Bogdandy/Jacob*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Recht der Europäischen Union (Stand: 47. Ergänzungslieferung, April 2012), Art. 340 AEUV, Rn. 144 (Stand: 45. Ergänzungslieferung, August 2011); *Classen*, JZ 2001, S. 458 (459); *v. Danwitz*, DVBl 1997, S. 1 (6); *Detterbeck*, VerwArch 85 (1994), S. 159 (184, 187 f.); *ders.*, in: *ders./Windthorst/Sproll*, Staatshaftungsrecht, 2000, § 6 Rn. 17; *ders.*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 10. Aufl. 2012, Rn. 1310 f.; *H. G. Fischer*, Europarecht, 3. Aufl. 2001, § 7 Rn. 64; *Gellermann*, in: *Streinz* (Hrsg.), EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 340 AEUV Rn. 41; *Greb*, Der einheitliche gemeinschaftsrechtliche Staatshaftungsanspruch, 2002, S. 124 ff., 143; *Hatje*, EuR 1997, S. 297 (303 f.); *Hermes*, Die Verwaltung 31 (1998), S. 371 (399); *Kischel*, EuR 2005, S. 441 (461); *Schweitzer/Hummer/Obwexer*, Europarecht, 2007, Rn. 941; *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 526; *Ruffert*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 340 AEUV, Rn. 70; *U. Stelkens*, DÖV 2006, S. 770 (777); *Tomuschat*, in: FS Everling, Bd. II, 1995, S. 1585 (1598); zweifelnd *Brenner/P. M. Huber*, DVBl 1999, S. 764 (773 f.).

3. Schädigungshandlung

a) Qualifizierter Verstoß

Die Einheitsdogmatik verlangt, dass die Rechtsverletzung eine qualifizierte ist. Die haftungsrechtliche Karriere des Merkmals »hinreichend qualifizierter Verstoß« begann mit der berichteten Verspätung: Erst die Entscheidung *Brasserie du pêcheur* stellte die mitgliedstaatliche Haftung unter diese Voraussetzung, um auf diese Weise die Haftung der Mitgliedstaaten mit der der Union zu harmonisieren.⁵⁸ Die Konvergenzen des nationalen Haftungsrechts gen qualifizierten Verstoß waren oben als wichtige Bereichsdogmatik Gegenstand dieser Abhandlung.⁵⁸ Zweierlei bleibt nachzutragen: zum einen, dass das Merkmal im deutschen Recht sogar über das Haftungsrecht hinaus Einfluss gewonnen hat. Erst jüngst hat das Bundesverfassungsgericht in Sachen *Honeywell* entschieden, dass eine ultra-vires-Kontrolle ausbrechender Rechtsakte nur in Betracht komme, wenn der Kompetenzverstoß der europäischen Organe »hinreichend qualifiziert« sei. Dabei hat das Gericht ausdrücklich auf das unionale Haftungsrecht verwiesen.⁵⁹ Es erwägt einen Haftungsanspruch, falls ein Bürger auf ein vom Europäischen Gerichtshof rückwirkend für unanwendbar erklärtes Gesetz betätigt vertraut hat. Wenn das Bundesverfassungsgericht diesen Anspruch unter Verweis auf das unionsrechtliche Haftungsrecht als möglich anerkennt, aber zugleich offen lässt, ob der Anspruch »bereits im bestehenden Staatshaftungssystem angelegt« sei⁶⁰, bedeutet das zweierlei: Auch Karlsruhe sieht im unionalen eine Inspirationsquelle für das nationale Staatshaftungsrecht, und auch Karlsruhe akzeptiert die Inspirationen dieser Quelle »über das bestehende Staatshaftungssystem« hinaus.

Zum anderen bedarf das Merkmal des qualifizierten Verstoßes, wie auch immer es im nationalen Haftungsrecht Bedeutung gewinne, der näheren Analyse. Das Merkmal lässt sich in seine beiden Bestandteile, die Verletzung und deren hinreichende Qualifikation, aufspalten. Dabei ist der Zusatz »hinreichend« – streng genommen – entbehrlich. Es genügt, von einer qualifizierten Verletzung zu sprechen. Denn für jedes Tatbestandsmerkmal gilt, dass es vorliegen muss. Wir sprechen auch nicht davon, dass die Verletzung des Rechts eine hinreichende sein muss oder der Schaden ein hinreichender. Immerhin macht das Adjektiv darauf aufmerksam, dass sich die Erfüllung eines Merkmals bei binärer Codierung (ja oder nein, z.B. Hoheitlichkeit eines Eingriffs) in gewisser Weise anders darstellt als bei gradueller (mehr oder weniger, z.B. Verschulden). Doch auch bei graduellen Merkmalen muss es einen Punkt auf der Skala geben, ab dem das Merkmal vorliegt. Dieser »Umschlagsort« führt auch gra-

⁵⁸ Siehe oben § 13 III 2 (S. 238 ff.).

⁵⁹ BVerfG, NJW 2010, S. 3422 (Leitsatz 1 a) und Rn. 61).

⁶⁰ BVerfG, NJW 2010, S. 3422 (3427 Rn. 86).

duelle Merkmale auf jene binäre Struktur zurück, auf die das Recht und seine disziplinbegründende Unterscheidung von Rechtmäßig- und Rechtswidrigkeit bauen⁶¹. So lässt sich beispielsweise das Verschulden, dessen Skala von allerleichtester, leichtester, leichter, bewusster und grober Fahrlässigkeit bis zu den verschiedenen Arten des Vorsatzes einschließlich der Absicht reiche, auch binär darstellen, aufgeteilt in die beiden Bereiche »Merkmal liegt vor« und »Merkmal liegt nicht vor«. Weil es aus juristischer Sicht jedenfalls auf Tatbestandsebene allein auf diese binäre Struktur ankommt, handelt diese Abhandlung nicht von der hinreichenden, sondern schlicht von der Qualifikation der Verletzung.

Der Europäische Gerichtshof hat entschieden, dass ein Verstoß gegen das Unionsrecht jedenfalls dann in diesem Sinn qualifiziert ist, wenn die fragliche Entscheidung die einschlägige Rechtsprechung des Gerichtshofs verkennt.⁶² Dass ein Verstoß immer dann in diesem Sinn qualifiziert ist, wenn die fragliche Entscheidung die einschlägige Rechtsprechung »offenkundig« verkennt, setzt voraus, dass die einschlägige Rechtsprechung für die fragliche Entscheidung überhaupt von Bedeutung ist. Es gilt daher auch nur insoweit. Dass eine einschlägige Rechtsprechung für eine Entscheidung von Bedeutung ist, erscheint selbst in Fällen der Exekutive nur insoweit selbstverständlich, als die Bedeutung einer Rechtsprechung nicht mit der Bindung an diese Rechtsprechung verwechselt wird.⁶³ Für die Judikative besteht nach hiesigem Verständnis – im Gegensatz zum Fallrecht angelsächsischer Prägung⁶⁴ und für ein Gesetzesrecht folgerichtig – keinerlei Bindung an die Rechtsprechung, wenn man von Sonderfällen innerprozessualer Bindungswirkung wie der Zurückverweisung im selben Verfahren⁶⁵ oder der Gesetzeskraft bundesverfassungsgerichtlicher Entscheidungen gem. § 31 Abs. 2 BVerfGG absieht. Richterrecht ist kein »Gesetz« im Sinn der Art. 20 Abs. 3, Art. 97 Abs. 1 GG.⁶⁶ Im Grundsatz darf also jedes Gericht ohne Weiteres von der Rechtsprechung anderer, auch höherer, Gerichte

⁶¹ Siehe oben § 2 Fn. 10 (S. 8).

⁶² EuGH, Slg. 1996, I-1029, Rn. 57 – *Brasserie du pêcheur* (mit der Einschränkung »gefestigte[r]« einschlägiger Rechtsprechung); EuGH, Slg. 2003, I-10239, Rn. 56 – *Köbler* (ohne diese Einschränkung); vgl. in anderem Zusammenhang bereits *Davis*, Mich. L.R. 55 (1956), S. 201 (216) (kein Grund, »[to] be immune from liability for a clear violation of a clear rule«).

⁶³ Zur gewaltenübergreifenden Bindungswirkung, die es nur in Sonderfällen gibt, siehe *Pieroth/Hartmann*, Die Verwaltung 41 (2008), S. 463 ff.; zustimmend BPatG, Beschl. v. 06. 05. 2009 – 29 W (pat) 19/05, DVBl 2010, S. 400.

⁶⁴ Zu *stare decisis* vgl. nur *Lundmark*, in: Schulze/Seif (Hrsg.), Richterrecht und Rechtsfortbildung, 2003, S. 161 ff. m. w. N.

⁶⁵ Vgl. nur § 126 Abs. 5 FGO; § 170 Abs. 5 SGG; § 130 Abs. 3 VwGO; § 144 Abs. 6 VwGO; § 318 ZPO; § 563 Abs. 2 ZPO; § 577 Abs. 4 ZPO.

⁶⁶ BVerfGE 84, 212 (227); *Desens*, Bindung der Finanzverwaltung an die Rechtsprechung, 2011, S. 236 f.; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, 11. Aufl. 2011, Art. 20 Rn. 38; *Ohlenburg*, Haftung, 2000, S. 142; *Sommermann*, in: v. Mangoldt/F. Klein/Starck (Hrsg.), GG, Bd. 2, 6. Aufl. 2010, Art. 20 Rn. 286 m. w. N.

abweichen.⁶⁷ Der Gesetzgeber unterliegt, wieder abgesehen von § 31 BVerfGG, im demokratischen Rechtsstaat des Grundgesetzes erst recht keinen Bindungen an die Rechtsprechung.⁶⁸

Die beschriebene Bindungslosigkeit der drei Gewalten bringt, jeweils soweit sie reicht, zugleich die Verantwortung einer jeden Gewalt mit sich, die Rechtslage selbst zu klären. Der Rechtsstaat muss kein Rechtswegestaat sein, damit bei dieser Klärung die Selbstverständlichkeit Platz greift, dass der Rechtsanwender die einschlägige Rechtsprechung nicht leichtfertig beiseiteschiebt. Dass ein Rechtsanwender, der gegen die einschlägige Rechtsprechung entscheidet, auf dem Primärrechtsweg die Aufhebung seiner Entscheidung und auf dem Sekundärrechtsweg die Haftung für seine Entscheidung befürchten muss, führt denn auch keineswegs eine »Bindung durch die Hintertür« ein. Bestünde eine Bindung, dürften und würden die Gerichte sowohl auf dem Primär- wie auf dem Sekundärrechtsweg die Rechtslage nicht neu prüfen, sondern hätten und würden schlicht auf die vorangegangene, bindende Entscheidung verweisen. Doch so liegen die Dinge gerade nicht: Eben weil keine Bindung besteht, müssten und würden die Gerichte die Rechtslage sehr wohl neu prüfen. Diese Prüfung erfolgt aus juristischer Sicht nicht nur theoretisch ergebnisoffen (dass die Gerichte ihrerseits nicht an die Rechtsprechung gebunden sind, wurde bereits ausgeführt). Sondern auch praktisch besteht die Chance auf eine Änderung der Rechtsprechung nicht nur dann, wenn die Zusammensetzung des Spruchkörpers gewechselt hat.

In einem Fall, in dem der Mitgliedstaat nicht vor normativen Entscheidungen steht und nur über keinen oder einen nur sehr eingeschränkten Ermessensspielraum verfügt, kann bereits eine einfache Verletzung des Unionsrechts die Qualifikation des Verstoßes begründen.⁶⁹ So können die Dinge etwa liegen, falls das Unionsrecht dem nationalen Gesetzgeber in einem vom Unionsrecht determinierten Bereich Ergebnis-, Verhaltens- oder Unterlassungspflichten auferlegt.⁷⁰ Der Gerichtshof hat dieses weite Verständnis der Staatshaftung mehrfach ange-

⁶⁷ BVerfGE 78, 123 (126); 87, 273 (278); 98, 17 (48); *Detterbeck*, in: Sachs (Hrsg.), GG, 6. Aufl. 2011, Art. 97 Rn. 15; *Piero*th, in: Jarass/Pieroth, GG, 11. Aufl. 2011, Art. 97 Rn. 7; a.A. *K. Redeker*, NJW 1972, S. 409 (411); vgl. auch *Esser*, Grundsatz und Norm, 4. Aufl. 1990, S. 139, 275.

⁶⁸ Vgl. *Hartmann*, in: Pieroth/Silberkuhl (Hrsg.), Verfassungsbeschwerde, 2008, § 95 Rn. 9 f.: Während der Erste Senat den Gesetzgeber für befugt hält, ein verworfenes Gesetz inhaltsgleich noch einmal zu erlassen, siehe BVerfGE 77, 84 (103 f.), meint der Zweite Senat, dass § 31 Abs. 1 BVerfGG ein gesetzliches Normwiederholungsverbot enthält, siehe BVerfGE 1, 14 (15, 37). Dem Ersten Senat folgen *Kischel*, AöR 131 (2006), S. 219 (237) (in engen Grenzen) und *Schlaich/Korio*th, Das Bundesverfassungsgericht, 9. Aufl. 2012, Rn. 484 (in der »Tendenz ... zu begrüßen«), dem Zweiten *Detterbeck*, AöR 116 (1991), S. 391 (418) (mit Differenzierungen) und *Sachs*, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl. 2010, Rn. 605.

⁶⁹ EuGH, Slg. 1996, I-2553, Rn. 28 – *Hedley Lomas*; GA *Bot*, Slg. 2008, I-7681, Rn. 119 – *Synthon BV*.

⁷⁰ GA *Bot*, Slg. 2008, I-7681, Rn. 119 – *Synthon BV*.

wandt, etwa auf die Nichtumsetzung einer Richtlinie⁷¹ und auf eine Umsetzung, die den zeitlichen Anwendungsbereich einer Richtlinie verkannte⁷². Die Rechtsprechung zeigt, dass das Ermessen, das vor Haftungsfolgen geschützt wird,⁷³ nicht im Sinne des hiesigen Fachbegriffs zu verstehen ist. Vielmehr sind die Spielräume des Rechtsanwenders unabhängig davon gemeint, ob sie auf der Tatbestands- oder der Rechtsfolgenseite bestehen.

b) Insbesondere Verschuldens- und Gefährdungshaftung

aa) Juristische Aspekte

Der Ausgangspunkt der Gefährdungshaftung, die Gefährdung, lässt sich kaum als Kennzeichen der Staatshaftung begreifen. Damit scheidet zugleich der bis heute gültige Zurechnungsgrund der Gefährdungshaftung, ein besonderes Schadensrisiko⁷⁴, als Charakteristikum der Staatshaftung aus. Es gibt staatliches Handeln, das als gefährlich gelten kann (etwa die polizeiliche Gefahrenabwehr), aber es gibt auch staatliches Handeln, das jedenfalls nach herkömmlichem Verständnis nicht als gefährlich einzuordnen ist, etwa die Herausgabe von Pressemitteilungen vom Schreibtisch aus. Weil der Staat nicht per se gefährlich handelt, erscheint eine flächendeckende Gefährdungshaftung des Staates wenig sinnvoll zu sein. Vielmehr bleibt dem Verschuldensprinzip sehr wohl ein Anwendungsbereich.⁷⁵ Diesen Anwendungsbereich kennzeichnet – nach hiesiger Auffassung – der qualifizierte Verstoß.

Die vorgeschlagene Haftung für qualifizierte Verstöße kann man Gefährdungshaftung nennen, weil die vorgeschlagene eine verschuldensunabhängige Haftung ist.⁷⁶ Sonderlich treffend wäre die Bezeichnung aber nicht. Denn der Vorschlag verlangt nicht, dass das haftungsauslösende staatliche Verhalten gefährlich sei. Auch gewährt er, was bei Gefährdungshaftung nicht immer der Fall ist, Schadensersatz einschließlich des Ersatzes entgangenen Gewinns und ohne Begrenzung auf eine Höchstsumme.⁷⁷

Für eine Verwendung des Begriffs der Gefährdungshaftung spricht immerhin, dass andere Gründe, die für die Gefährdungshaftung als verschuldensunabhängige Haftung angeführt werden, regelmäßig auch für die Staatshaftung gelten. Diese Parallelität lässt sich zum einen formal belegen. Die Einführung verschul-

⁷¹ EuGH, Slg. 1991, I-5357, Rn. 46 – Francovich; EuGH, Slg. 1996, I-4845, Rn. 26 – Dillenkofer.

⁷² EuGH, Slg. 1999, I-3499, Rn. 51 – Rechberger.

⁷³ Siehe oben § 13 Fn. 22 (S. 218) mit den Nachweisen.

⁷⁴ Kötz/Wagner, Deliktsrecht, 11. Aufl. 2010, Rn. 492.

⁷⁵ Morlok, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts III, 2009, § 52 Rn. 71.

⁷⁶ Vgl. Schweitzer/Hummer, Europarecht, 5. Aufl. 1996, Rn. 618 (zur Haftung der Europäischen Gemeinschaften).

⁷⁷ Vgl. Dagoglou, VerwArch 65 (1974), S. 345 (351).

densunabhängiger Haftungstatbestände erfolgt nämlich nicht notwendig aufgrund einer besonderen Gefährlichkeit der Aktivität. Rechtspolitisch liegt der Haftung vielmehr auch die Überlegung zu Grunde, dass

»bei den heutigen, durch die technische Entwicklung entscheidend beeinflussten Lebensverhältnissen bestimmte Tätigkeiten und Einrichtungen zwar unentbehrlich sind und daher zugelassen werden müssen, obgleich die davon ausgehende Gefährdung trotz Anwendung der erforderlichen Sorgfalt nicht gänzlich beherrscht und Schädigungen Dritter nicht immer vermieden werden können. Wer im Bewußtsein dieser Risiken eine solche Gefahrenquelle eröffnet, muß auch bereit sein, den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen, ohne daß es darauf ankommen darf, ob im Einzelfall ein Verschulden nachweisbar ist. Dies ist dem Unternehmer eines solchen Betriebes um so eher zuzumuten, als er am ehesten in der Lage ist, die Risiken zu beurteilen und für etwaige Schadensfälle – insbesondere durch Versicherungen – vorzusorgen.«⁷⁸

Die Begründung ließe sich ohne Weiteres auf eine verschuldensunabhängige Haftung für staatliche Tätigkeiten übertragen. Sie lautete dann (Ersetzungen und Ergänzungen kursiv), dass

»*staatliche* Tätigkeiten und Einrichtungen zwar unentbehrlich sind und daher zugelassen werden müssen, obgleich die davon ausgehende Gefährdung trotz Anwendung der erforderlichen Sorgfalt nicht gänzlich beherrscht und Schädigungen *der Bürger* nicht immer vermieden werden können. Wer im Bewusstsein dieser Risiken eine solche Gefahrenquelle eröffnet, muss auch bereit sein, den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen, ohne dass es darauf ankommen darf, ob im Einzelfall ein Verschulden nachweisbar ist. Dies ist *dem Staat* umso eher zuzumuten, als er am ehesten in der Lage ist, die Risiken zu beurteilen und für etwaige Schadensfälle – insbesondere durch Versicherungen *oder versicherungsähnliche Umlagen auf die Steuerzahler* – vorzusorgen.«

Zum anderen besteht die Parallelität in der Sache. Das zeigt der Blick auf die vielen Gründe, die zivilrechtlich für die Gefährdungshaftung überhaupt im Gespräch sind. Diese Gründe können regelmäßig auch im Verhältnis von Staat und Bürger gelten. Zu den Gründen verschuldensunabhängiger Haftung zählt,

1. dass derjenige haften möge, der von dem Betrieb der Anlage profitiert⁷⁹ (Konnexitätsprinzip). Die Nachteile einer Gefahr müssen denjenigen treffen, der die Vorteile aus der Gefährdung zieht; Freiheit und Verantwortung, Nutzen und Haftung gehören zusammen. Dieser Grund gilt auch im Staatshaftungsrecht, weil der Staat für die Bürger in ihrer Gesamtheit handelt;

⁷⁸ Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften v. 19.12.1975, BR-Drucks. 777/75, S. 1 (7).

⁷⁹ Vgl. bereits v. *Gierke*, Die soziale Aufgabe des Privatrechts (1889), 2. Aufl. 1948, S. 26, O. *Mayer*, Sächsisches Archiv für Rechtspflege 8 (1913), S. 1 (3 f.), und außerdem bloß *Esser*, Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung, 2. Aufl. 1969, S. 100; *Jansen*, Binnenmarkt, Privatrecht und europäische Identität, 2004, S. 35 m. w. N.; *Larenz*, JuS 1965, S. 373 (374); *Wagner*, JZ 1991, S. 175 (176); aber auch *Blaschczok*, Gefährdungshaftung und Risikozuweisung, 1993, S. 60 ff., 356 ff., und *H.-B. Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 4. Aufl. 2005, S. 206 f. (mit Kritik).

- daher sollten auch die Bürger in ihrer Gesamtheit für die Schädigungen, die der Staat verursacht, aufkommen.⁸⁰
2. dass derjenige haften möge, der die Gefahr geschaffen hat und beherrschen konnte⁸¹ (Sach- und Betriebsbedingtheit der Gefahr, Beherrschbarkeit des Risikos; teilweise auch *cheapest cost avoider*). Dieser Grund gilt im Staatshaftungsrecht, weil der Staat es war, der die Staatsorganisation geschaffen hat, und er es ist, der sie beherrschen kann.⁸²
 3. dass derjenige haften möge, der sich gegen Schädigungen am besten versichern kann⁸³ (Versicherbarkeit des Risikos; *cheapest insurer*⁸⁴). Dieser Grund gilt im Staatshaftungsrecht, weil der Schadensersatz, den der Staat leistet, auf die Bürger als Steuerzahler umverteilt wird.⁸⁰
 4. dass derjenige haften möge, der den Schaden am besten tragen kann⁸⁵ (Leistungsstärke; *superior risk bearer*). Dieser Grund gilt, wenn er denn überhaupt gilt, im Staatshaftungsrecht mindestens gleichermaßen,⁸⁶ auch weil der Bürger auf den Staat angewiesen ist, ihm nicht ausweichen kann⁸⁷.
 5. dass das Handeln des Schädigers prinzipiell im Allgemeininteresse liegt und daher auch prinzipiell erlaubt ist⁸⁸. Dass das Handeln nicht verboten werden soll, bedeutet aber nicht, dass Schädigungen beim Geschädigten verbleiben müssten. Im Gegenteil: Dann würde der Schaden zufällig verteilt, dabei ist eine planerische Verteilung auf die »viele[n] Schultern«⁸⁹ der Allgemeinheit vorzugswürdig, weil in deren Interesse die Tätigkeit gerade liegt und die Verteilung außerdem die sog. »Pulverisierung des Schadens«⁹⁰ zur Folge

⁸⁰ Gegen diese Parallele allerdings O. Mayer, Sächsisches Archiv für Rechtspflege 8 (1913), S. 1 (10 f.); zur Umverteilung der Haftungskosten auf die Bürger als Steuerzahler (Staat als »Assekuranzanstalt«) siehe oben § 8 Fn. 32 f. (S. 109).

⁸¹ Esser, Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung, 2. Aufl. 1969, S. 99 ff. (»im Rahmen des übernommenen Wagnisses«); Kötz/Wagner, Deliktsrecht, 11. Aufl. 2010, Rn. 25, 492; Larenz, JuS 1965, S. 373 (374); vgl. BGH, NJW 1995, S. 3385 (3386); Bäuerle, Vertragsfreiheit und Grundgesetz, 2001, S. 399; Blaschczok, Gefährdungshaftung und Risikozuweisung, 1993, S. 56 ff., 65 ff., 352 ff., 359 f.; Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 365 f.

⁸² Vgl. fragend und krit. Henke, VVDStRL 28 (1970), S. 149 (176 f.).

⁸³ Zur Versicherbarkeit des Risikos vgl. nur Jansen, Binnenmarkt, Privatrecht und europäische Identität, 2004, S. 35 m. w. N.; ders., in: ders. (Hrsg.), Development and Making of Legal Doctrine, 2010, S. 96 (99 f.); vgl. außerdem BGH, NJW 1995, S. 3385 (3386); Blaschczok, Gefährdungshaftung und Risikozuweisung, 1993, S. 68 f., 360 f.; Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 365 f.

⁸⁴ Siehe oben § 8 III 1 (S. 106 f.) und 2 (S. 108 ff.).

⁸⁵ Vgl. Blaschczok, Gefährdungshaftung und Risikozuweisung, 1993, S. 68 f., 360 f.; Jansen, Struktur des Haftungsrechts, 2003, S. 481; Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 365 f.

⁸⁶ Siehe oben § 8 III (S. 106 ff.).

⁸⁷ Siehe oben § 7 Fn. 32 (S. 87).

⁸⁸ Blaschczok, Gefährdungshaftung und Risikozuweisung, 1993, S. 46 ff., 349 ff.

⁸⁹ Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 366; vgl. bereits Henke, VVDStRL 28 (1970), S. 149 (176) (»Sozialisierung des Schicksals«).

⁹⁰ Mertens, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 5, 3. Aufl. 1997, vor §§ 823–853, Rn. 19.

hat. Dieser Grund gilt im Staatshaftungsrecht erst recht, weil das staatliche Handeln nicht zufällig, sondern wesensmäßig und notwendig im Interesse der Bürger liegt⁹¹, und weil die Pulverisierung denkbar weit reicht, indem sie jeden Leistungsfähigen (im Sinn des Steuerrechts) erfasst.

bb) Ökonomische Aspekte

Für die Übernahme der unionalen Voraussetzung des qualifizierten Verstoßes in die nationale Dogmatik öffentlichen Haftungsrechts sprechen außerdem ökonomische Argumente. Einige davon sind soeben bereits im juristischen Kontext erörtert worden. Es gibt weitere, denn die Frage, ob Verschuldens- oder Gefährdungshaftung vorzugswürdig sei, erörtert die Ökonomie auch allein aus ihrer eigenen Perspektive recht ausführlich.⁹² Die Erörterung kann und braucht an dieser Stelle nicht im Einzelnen nachgezeichnet zu werden. Denn es gibt bereits eine Aufbereitung, welche die ökonomische Diskussion über Gefährdungs- und Verschuldenshaftung an die rechtliche Rezeptionsreife heranführt.⁹³ Daher genügen an dieser Stelle wenige schlaglichtartige Bemerkungen.

Die ökonomischen Überlegungen finden ihren Ausgangspunkt in der Gegenüberstellung verschuldensab- und -unabhängiger Haftung. Eine Haftung, die kein Verschulden voraussetzt, setzt den Anreiz, die Verursachung rechtswidriger Schädigungen zu vermeiden. Eine Haftung, die das Verschulden doch verlangt, setzt den Anreiz, ebendieses Verschulden rechtswidriger Schädigungen zu vermeiden. Unverschuldete rechtswidrige Schädigungen treffen dann nicht den Schädiger, sondern den Geschädigten. Beide Anreize haben gemeinsam, dass sie nur insoweit wirken sollen, wie die Schadensvermeidung gegenüber der Schadenstragung Kostenvorteile verspricht.⁹⁴ Die Verschuldenshaftung steht deshalb vor dem Problem, dass sie – will sie Fehlanreize vermeiden – den Sorgfaltsstandard des Verschuldens gerade so wählen muss, dass der Schadensvermeidungsaufwand die zu erwartenden Schäden nicht überschreitet.⁹⁵ Den Gerichten, die

⁹¹ Siehe oben § 7 II 1 (S. 82 ff.).

⁹² Vgl. nur *Adams*, Ökonomische Analyse der Gefährdungs- und Verschuldenshaftung, 1985; *Blaschczok*, Gefährdungshaftung und Risiko zuweisung, 1993; *Cooter/Ulen*, Law & Economics, 6. Aufl. 2012, S. 201 ff.; *Landes/R. A. Posner*, Economic Structure of Tort Law, 1987, S. 54 ff.; *R. A. Posner*, Economic Analysis of Law, 8. Aufl. 2011, S. 226 ff.; *Weigel*, Rechtsökonomik, 2003, S. 64 ff.; *H.-B. Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 4. Aufl. 2005, S. 157 ff., insb. 207.

⁹³ *H.-B. Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 4. Aufl. 2005, S. 157–220; vgl. auch *Kötz/Wagner*, Deliktsrecht, 11. Aufl. 2010, Rn. 501 ff.

⁹⁴ Siehe oben § 8 II (S. 103 ff.); vgl. speziell für den vorliegenden Zusammenhang noch *H.-B. Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 4. Aufl. 2005, S. 207, 228; *Wagner*, VersR 1991, S. 249 (250) m. w. N.

⁹⁵ Vgl. nur *Cooter/Ulen*, Law & Economics, 6. Aufl. 2012, S. 205 ff.; *Mathis*, Effizienz statt Gerechtigkeit?, 3. Aufl. 2009, S. 96; *H.-B. Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 4. Aufl. 2005, S. 339; *Schweizer*, Int'l Rev. L. & Econ. 25 (2005), S. 209 (210). Das gilt jedenfalls für die Grenzkosten und den Grenzertrag.

den Sorgfaltsstandard in der Praxis zu bestimmen haben, falle es schwer, diese Vorgaben umzusetzen.⁹⁶ Das liege auch an dem sog. Rückschaufehler (*hindsight bias*).⁹⁷ Danach ist es nur menschlich, einen Sorgfaltsverstoß allein deshalb anzunehmen, weil es zu einem Schaden kam. Warum ausgerechnet dieser Befund für eine Gefährdungshaftung sprechen soll, leuchtet freilich nicht ohne Weiteres ein: Bejahen die Gerichte das Verschulden immer dann, wenn es zu einem Schaden gekommen ist, bewirken sie unter den Auspizien der Verschuldens- der Sache nach gerade eine Gefährdungshaftung.

Diese Abhandlung braucht die ökonomischen Anwendungsbereiche von Verschuldens- und Gefährdungshaftung nicht generell zu bestimmen. Für das hier verfolgte Erkenntnisinteresse genügt die Begründung, warum die Voraussetzung des qualifizierten Verstoßes auch ökonomisch sinnvoll ist. Bei *Schäfer/Ott* heißt es in diesem Zusammenhang:

»Wenn die Gefährdungshaftung ihre allokativen Funktion erfüllen soll, so reicht es für ihre Begründung nicht aus, dass der Schädiger objektiv die Ursache gesetzt hat. Die Schädlichkeit oder potentielle Schädlichkeit seiner Handlungsweise muss ihm vielmehr zu dem Zeitpunkt, an dem er die Schädigung verursacht hat, erkennbar gewesen sein. Wenn der Schädiger dagegen einen Schaden verursacht hat, diesen jedoch nicht vorhersehen konnte, wird er auch die Schadenskosten nicht in den Preis einberechnen und überwälzen. Die spezifischen allokativen Wirkungen der Gefährdungshaftung – die Senkung des Aktivitätsniveaus – treten dann nicht ein. Insofern kommt es für die Konstituierung der Gefährdungshaftung nicht nur auf die ex post-Verursachung, sondern auch auf die ex ante-Erkennbarkeit des Schadens an. Ein Autofahrer kann z.B. wissen, dass er mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit einen Unfall verursacht, auch wenn er alle Sorgfaltspflichten beachtet. Eine Verhaltenssteuerung des Schädigers wird aber dann nicht ausgelöst, wenn die Möglichkeit bzw. Wahrscheinlichkeit eines Schadens überhaupt nicht erkannt werden konnte und damit die Haftung – weder das Sorgfaltsniveau noch das Aktivitätsniveau – nicht beeinflusst werden kann.«⁹⁸

Nachdem der Regulierung des Aktivitätsniveaus im öffentlichen anders als im zivilen Haftungsrecht keine ausschlaggebende Bedeutung zukommen kann⁹⁹, bleibt allein die Steuerung jener Sorgfalt übrig, die der Staat auf die Rechtmäßigkeit seines Handelns verwendet. Die Haftung in diesem Zusammenhang an die Vorhersehbarkeit der Rechtsverletzung zu knüpfen, erscheint effizient. Falls eine Rechtsverletzung nicht vorhersehbar ist, der Schädiger aber trotzdem haftet, beeinflusst diese Haftung sein Verhalten nicht. Denn der Schädiger kann eine unvorhersehbare Rechtsverletzung definitionsgemäß nicht vermeiden. Umgekehrt gilt: Falls eine Rechtsverletzung vorhersehbar ist, der Schädiger aber trotzdem nicht haftet, nimmt ihm das den Anreiz, die Rechtsverletzung zu verhin-

⁹⁶ *van den Bergh/H.-B. Schäfer*, JITE 156 (2000), S. 382 (384).

⁹⁷ Siehe oben § 12 Fn. 42 (S. 210).

⁹⁸ *H.-B. Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 4. Aufl. 2005, S. 214.

⁹⁹ Siehe oben § 8 II (S. 103 ff.).

dern.¹⁰⁰ Diese Erkenntnis gilt speziell für den qualifizierten Verstoß bei der unionalen Haftung der Mitgliedstaaten:

»There is no point in holding Member States liable for unclarity and thus bona fide misinterpretation of law since this cannot be deterred. These misinterpretations will take place also when acting in good faith.«¹⁰¹

Auch aus ökonomischer Sicht ist die Voraussetzung des qualifizierten Verstoßes also zu begrüßen.¹⁰²

cc) Historische und systematische Aspekte

Dem Staat den typischen Einwand des Nichtverschuldens – »Da konnte ich doch nichts dafür«¹⁰³ – im Grundsatz zu nehmen, erfüllt eine alte Forderung. Für die Verschuldensunabhängigkeit der Staatshaftung stritten schon früh der Leipziger Professor *Götz* auf dem 6. Deutschen Juristentag im Jahr 1867¹⁰⁴ und kein Geringerer als *Otto Mayer* bereits in der 1. Auflage seines Deutschen Verwaltungsrechts aus dem Jahr 1896¹⁰⁵. Die Rechtsgeschichte kennt denn auch ungezählte Beispiele, in denen der Staat für schuldlos begangene Schädigungen der Staatsdiener haftet. Ausdrücklich normiert war eine solche Haftung – erstaunlicher-, jedenfalls aber beispielhafterweise – für Amtstätigkeiten »im Zustande der Bewußtlosigkeit oder in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustande krankhafter Störung der Geistestätigkeit«¹⁰⁶. Aus dem Recht der »alten« Bundesrepublik ist der nie in Kraft getretene StHG-E 1973 zu nennen. Dieser Entwurf sah die Staatshaftung ausdrücklich als verschuldensunabhängig vor,¹⁰⁷ freilich ohne Einschränkungen von der Art, wie sie

¹⁰⁰ Vgl. nur *Blume/Rubinfeld*, Col. L. Rev. 72 (1984), S. 569 (610).

¹⁰¹ *Van Roesebeke*, State Liability, 2007, S. 125. Ein Beispiel, in dem die Qualifikation der Verletzung entfiel, weil der Mitgliedstaat zwar rechtswidrig gehandelt hatte, seine unrichtige Auslegung aber von nahezu allen Mitgliedstaaten geteilt wurde und keine einschlägige Rechtsprechung des EuGH existierte, liefert EuGH, Slg. 1996, I-5063, Rn. 51 f. – Denkvit.

¹⁰² Vgl. *van den Bergh/H.-B. Schäfer*, ELR 1998, S. 552 ff.; *Wurmnest*, Grundzüge, 2003, S. 52 Fn. 195; außerdem *Jansen*, in: Basedow/Hopt/Zimmermann (Hrsg.), Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts I, 2009, S. 305 (308) (»gleitende[r] Übergang« zwischen Verschuldens- und Gefährdungshaftung auch »aus ökonomischer Perspektive« sinnvoll); einen solchen Übergang ermöglicht das Kriterium des qualifizierten Verstoßes ebenso.

¹⁰³ Vgl. *Isensee*, in: Schmidinger (Hrsg.), Gerechtigkeit heute, 2000, S. 253 (260).

¹⁰⁴ Verhandlungen des 6. DJT (1867), Bd. 3, 1868, S. 74 (74 f.).

¹⁰⁵ *O. Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. II, 1. Aufl. 1896, S. 350; 3. Aufl. 1924, S. 302; weitere Befürworter der Ansicht bei *Gebre*, Entwicklung der Amtshaftung, 1958, S. 96 f., vgl. aber auch S. 108 f.

¹⁰⁶ Vgl. nur § 1 Abs. 2 des (Preußischen) Gesetzes über die Haftung des Staates und anderer Verbände für Amtspflichtverletzungen von Beamten bei Ausübung der öffentlichen Gewalt v. 01.08.1909, Preußische Gesetzsammlung S. 691 (691); ebenso § 1 Abs. 2 des Gesetzes über die Haftung des Reichs für seine Beamten v. 22.05.1910, RGBl. S. 798 (798) (unterschiedlich nur die Beugung »Zustand« statt »Zustande«); weitere Beispiele bei *Gebre*, Entwicklung der Amtshaftung, 1958, S. 100 f.

¹⁰⁷ Vgl. § 1 Abs. 1 des Entwurfs der Staatshaftungskommission, abgedruckt bei *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 628 (629).

das Kriterium des qualifizierten Verstoßes mit sich bringt. Dagegen behielt der StHG-E 1981 das Verschuldenserfordernis bewusst bei. Das geschah – entgegen dem Kommissions- und entgegen dem Referentenentwurf – aufgrund der schon damals als »angespann[t]« empfundenen »haushaltspolitische[n] Situation«. Es galt, einer »uferlosen Ausdehnung der Staatshaftung« vorzubeugen.¹⁰⁸ Einer uferlosen Ausdehnung der Staatshaftung erteilt auch der hier unterbreitete Vorschlag eine Absage, indem er aus der unionalen Dogmatik das Merkmal des qualifizierten Verstoßes übernimmt.¹⁰⁹

Aus dem geltenden Recht wurde bereits berichtet, dass das Verschuldenserfordernis der Amtshaftung eine weitgehende Objektivierung erfahren hat.¹¹⁰ Die übrigen Prototypen hiesigen Staatshaftungsrechts gewähren Haftungsansprüche von vornherein verschuldensunabhängig. Das gilt für Folgenbeseitigungs-¹¹¹ wie für Aufopferungsansprüche¹¹². Namentlich der – gleichfalls verschuldensunabhängige – Anspruch wegen enteignungsgleichen Eingriffs ist sogar als ein Auffangtatbestand bezeichnet worden, der »in eine allgemeine Gefährdungshaftung« hineinwache¹¹³. Die neuen Länder sehen eine verschuldensunabhängige (unmittelbare) Staatshaftung teilweise landesrechtlich vor, im Anschluss an das Staatshaftungsgesetz der DDR.¹¹⁴ Schließlich kennt das Grundgesetz eine verschuldensunabhängige Haftung im Verhältnis von Bund und Ländern. Das gilt seit der Föderalismusreform 2006 gem. Art. 104a Abs. 6 Satz 3 GG (»verursacht«, nicht verschuldet) und gem. Art. 109 Abs. 5 Satz 3 GG.

¹⁰⁸ Vgl. *Bender*, Staatshaftungsrecht, 3. Aufl. 1981, Rn. 139 bzw. Bundesminister der Justiz/Bundesminister des Innern (Hrsg.), Reform des Staatshaftungsrechts (Kommissionsbericht), 1973, S. 52; außerdem *Lubmann*, Öffentlich-rechtliche Entschädigung rechtspolitisch betrachtet, 1965, S. 14 f., 76, und bereits die »Angstklausel« (*Haverkate*, ZRP 1977, S. 33 (34)) des § 2 Abs. 3 Satz 1 StHG-Referentenentwurf 1976, abgedruckt bei *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 636 (637).

¹⁰⁹ Zur Eignung der Voraussetzung, diesen Zweck zu erfüllen, vgl. nur *Jarass*, Grundfragen, 1994, S. 125, 127, 131.

¹¹⁰ Siehe oben § 10 IV (S. 174 ff.).

¹¹¹ *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 442.

¹¹² RGZ 140, 276 (283); BGHZ 9, 83 (89 f.); 45, 46 (77).

¹¹³ *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 249; vgl. auch *Schmitt-Kammler*, in: FS Ernst Wolf, 1985, S. 595 (597) (Entwicklung der Ansprüche aus enteignendem und enteignungsgleichem Eingriff »mehr und mehr zu konturenlosen Auffangtatbeständen«) und *C. Walter*, ZaöRV 1993, S. 882 (900 mit 903 f.) (für eine dogmatische Überlegenheit französischer öffentlich-rechtlicher Gefährdungshaftung).

¹¹⁴ Zu Geltungsgrund und -bereich des StHG-DDR siehe oben § 10 Fn. 40 ff. (S. 157); Mecklenburg-Vorpommern prüft entsprechend, siehe Pressemitteilung des Finanzministeriums Nr. 035/2008 v. 05. 08. 2008, zitiert nach Jurion, Beitrag Nr. 144272 v. 07. 08. 2008.

c) Insbesondere legislatives Unrecht und qualifizierter Verstoß

aa) Juristische Aspekte

Dass der nationale und der unionale Staatshaftungsanspruch die Besonderheiten gesetzgeberischen Handelns beide berücksichtigen, war bereits vermerkt worden.¹¹⁵ Wir hatten insbesondere gesehen, auf welche Weise der nationale Haftungsanspruch das bewerkstelligt, nämlich indem er die Haftung für legislatives Unrecht mangels Drittgerichtetheit schon im Grundsatz nur als Ausnahme zulässt.¹¹⁶ Nun ist näher zu betrachten, auf welche Weise der unionale Haftungsanspruch das Problem angeht.

Die Voraussetzung des qualifizierten Verstoßes, so der Europäische Gerichtshof, kenne für Fälle gesetzgeberischen Handelns ein besonderes Kriterium, das nur in diesen Fällen eine Rolle spiele und die übrigen Kriterien verdränge: das Kriterium des offenkundigen und erheblichen Verstoßes.¹¹⁷ Gesetzgeberisches Handeln sei deshalb besonders, weil

»die gesetzgebende Gewalt selbst dann, wenn ihre Handlungen richterlicher Kontrolle unterworfen sind, bei ihrer Willensbildung nicht jedesmal durch die Möglichkeit von Schadensersatzklagen behindert werden darf, wenn sie Anlaß hat, im Allgemeininteresse Rechtsnormen zu erlassen, welche die Interessen der Einzelnen [sic!] berühren können.«¹¹⁸

Die Begründung ist bemerkenswert. Sie zeigt, dass nationaler wie unionaler Staatshaftungsanspruch beide entscheidend auf dasselbe Argument abstellen: dass der Gesetzgeber im Allgemeininteresse handle. Unterschiedlich fällt nur die dogmatische Verortung aus: Während der Europäische Gerichtshof an den qualifizierten Verstoß anknüpft (und nicht etwa an den Individualschutz), verwendet der Bundesgerichtshof das Argument im Zusammenhang mit dem Drittschutz der Norm (und nicht etwa beim Verschulden)¹¹⁹. Die Ergebnisse, die die Gerichte mittels des Allgemeininteresses begründen, stimmen ebenfalls weitgehend überein: Beider Gerichte Linie gilt als »außerordentlich restriktive Rechtsprechung«¹²⁰. Diese Übereinstimmung ist auch deshalb der Rede

¹¹⁵ Siehe oben § 14 II 2 b) bb) (S. 256 ff.).

¹¹⁶ Siehe oben § 10 III 3 (S. 172 ff.).

¹¹⁷ Siehe oben § 13 Fn. 27 (S. 218).

¹¹⁸ EuGH, Slg. 1978, 1209, Rn. 5 – HNL; bis in Formulierungen hinein ebenso EuGH, Slg. 1996, I-1029, Rn. 45 – Brasserie du pêcheur und EuGH, Slg. 2008, I-6513, Rn. 174 – FIAMM; vgl. GA Tesouro, Slg. 1996, I-1029, Rn. 64 f. – Brasserie du pêcheur; BGH, NJW 2009, S. 2534 (2536) m. w. N.

¹¹⁹ Siehe oben § 10 III 3 (S. 172 ff.).

¹²⁰ So zum unionalen Haftungsanspruch gegen die Mitgliedstaaten *Herdegen*, Europarecht, 14. Aufl. 2012, § 9 Rn. 37; in der Sache ebenso zum parallel konturierten Haftungsanspruch gegen die Union *Grzeszick*, in: CMLR 48 (2011), S. 907 (907) (»not often successful«); *ders.*, in: FS W.-R. Schenke, 2011, S. 739 (740) (»nicht allzu häufig erfolgreich«). Für die nationale Rechtsprechung, die die Legislativhaftung schon im Grundsatz verneint, siehe oben § 10 III 3 (S. 172 ff.), gilt das ebenfalls.

wert, weil die Gerichte von – in der Theorie – entgegengesetzten Ausgangspositionen her argumentieren: national besteht eine Legislativhaftung schon im Grundsatz nicht, unional dagegen sehr wohl. Wer beide Rechtsprechungen für richtig hält, kann die Konvergenz in Reichweite, Wirkkraft und Argumentation konstatieren und sich der nächsten Voraussetzung unional inspirierter Haftung zuwenden. Wer dagegen – wie diese Abhandlung – mit der Lehre die Haftung für Legislativunrecht auch in Deutschland grundsätzlich akzeptiert¹²¹, kann zusätzlich die Konvergenz im theoretischen Ausgangspunkt festhalten.

All das setzt freilich voraus, dass die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zutrifft. Indes erscheint die zitierte Begründung durchaus zweifelhaft. Erstens ist es nicht, jedenfalls nicht primär, die »Möglichkeit von Schadensersatzklagen«, die die staatliche Tätigkeit »behindert«. Sondern es ist jedenfalls primär das materielle Recht, das die staatliche Tätigkeit steuert; die Anreize des (sekundären) Schadensersatzrechts treten nur hinzu. »Behinderungen« gibt es, um einen Moment in dieser Begrifflichkeit zu verweilen, also entgegen der prozessrechtlichen Redeweise von »Schadensersatzklagen« auch dann, wenn es keinen Kläger gäbe, allein aufgrund materiellen Rechts. Daher genügt es auch keineswegs, dass der Staat nur Schadensersatzansprüche vermeidet, etwa indem er Sorge trägt, nicht schuldhaft oder qualifiziert das Recht zu verletzen. Sondern zuallererst hat der Staat die Rechtsverletzung überhaupt zu verhindern.

Zweitens verwundert begrifflich, wie die Grenzen, die das höherrangige Recht dem Gesetzgeber zieht, überhaupt als »Behinderung« gesehen werden können: Das Recht greift doch nicht, wie beim Bürger, in eine (vorgefundene) natürliche oder (nachträglich gewährte) rechtliche Freiheit ein, sondern es konstituiert den Staat und dessen Gestaltungsspielräume überhaupt erst. Rechtliche Grenzen treten dann nicht von außen (rechtfertigungsbedürftig) hinzu, sondern bestehen von vornherein und sind gegenüber den Kompetenzzuweisungen selbst auch nicht niederrangig oder minderwertig. Das gilt, selbst wenn man den Unterschied zwischen Staat und Bürger einmal außer Acht lässt: Es ist geradezu das Wesen von Rechtsvorschriften, jedenfalls von Haftungsansprüchen, den Verpflichteten mittels Ersatzansprüchen zu beschränken. Dementsprechend lässt die Einschränkung, welche in der Wendung »nicht jedesmal«¹¹⁸ liegt, die entscheidende Frage unbeantwortet, in welchen Fällen Schadensersatzklagen die legislative Tätigkeit (je nach Ausgangspunkt: ausnahmsweise nicht oder ausnahmsweise doch) »behindern« dürfen.

Drittens gilt: Die Begründung des Europäischen Gerichtshofs arbeitet kein Spezifikum gesetzgeberischer Tätigkeit heraus, sondern erfasst die Staatsgewalt unterschiedslos. Nimmt man sie ernst, erfasst die Begründung die vollziehende und die rechtsprechende Gewalt genauso. Kein Wunder, ist die Staatsgewalt doch in jeder Ausprägung auf das Gemeinwohl und damit auf die Interessen der

¹²¹ Siehe oben § 10 III 3 (S. 172 ff.).

Menschen, auf das Allgemeininteresse verpflichtet.¹²² Der Austauschtest veranschaulicht einmal mehr die Beliebigkeit der Begründung. Ein »restriktiver Haftungsmaßstab« der, sagen wir, Exekutive ließe sich mit derselben Evidenz begründen. Verwaltungshandeln wäre dann deshalb besonders, weil (Änderungen kursiv)

»die Wahrnehmung *verwaltungsbehördlicher* Tätigkeit, insbesondere bei wirtschaftspolitischen Entscheidungen, nicht jedes Mal durch die Möglichkeit von Schadensersatzklagen behindert werden darf, wenn Allgemeininteressen den Erlass von Maßnahmen gebieten, die die Interessen des Einzelnen beeinträchtigen können.«

Der Sinn, welcher der Begründung entnommen wird, nämlich der Schutz der »Entscheidungsfreude« des Gesetzgebers¹²³, zeigt ebenfalls, dass sich die Begründung auf die übrigen Gewalten übertragen lässt: Akzeptiert man das Argument prinzipiell,¹²⁴ ist nicht ersichtlich, warum die Entscheidungsfreude des Verwaltungsbeamten oder gar des Richters, dessen Dienstaufgabe gerade in der Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten liegt,¹²⁵ weniger schutzbedürftig sein soll als die des Abgeordneten.

Viertens und letztens ist die Begründung zu abstrakt ausgefallen. Es ist keineswegs so, dass die Interessen des Einzelnen notwendig, regelmäßig oder auch nur typischerweise hinter den Interessen der Allgemeinheit zurückstehen müssten. Zur Ablehnung dieser Zuspitzung bedarf es keiner Polemik gegen die Formel »Du bist nichts, dein Volk ist alles«.¹²⁶ Es genügt festzuhalten, dass der Rechtsstaat und insbesondere dessen Grundrechtsdogmatik eine ausgewogene Systematik von Gründen und Gegengründen, von Begründungs- und Rechtfertigungslasten kennt, nach der Eingriffe in die grundrechtlich geschützten Interessen Einzelner zu Gunsten der Allgemeinheit zuzulassen oder abzulehnen sind. Dabei liegt es keineswegs im Allgemeininteresse, dass die Staatsgewalt den Einzelnen rechtswidrig schädigt.

Nach alledem gelingt es der Begründung des Europäischen Gerichtshofs nicht zu zeigen, warum gerade für gesetzgeberisches Handeln besonders weitreichende Haftungsfreistellungen gelten müssten. Kein Wunder: Eine Sonderdogmatik der Legislativhaftung erscheint überhaupt überflüssig, vermögen doch bereits die allgemeinen Kriterien des qualifizierten Verstoßes die Besonderheiten gesetzgeberischen Handelns sachgerecht zu erfassen. Diese Kriterien wirken sich nämlich für gesetzgeberisches Handeln regelmäßig besonders haftungsbe-

¹²² Siehe oben § 7 II 1 (S. 82 ff.).

¹²³ *Ehlers*, JZ 1996, S. 776 (779); *Frenz/Götzkes*, DVBl 2009, S. 1052 (1053).

¹²⁴ Diff. oben § 10 II 3 (S. 159 f.).

¹²⁵ Zu Entschlusskraft und Entscheidungsfreude, die nach den einschlägigen Verwaltungsvorschriften regelmäßig zu den Kriterien für dienstliche Beurteilungen der Beamten und Richter zählen, siehe nur beispielhaft aus der Rechtsprechung BGH, NJW 1980, S. 2714 (2715); NJW-RR 2000, S. 1227 (1227).

¹²⁶ Zu diesem Grundsatz nationalsozialistischer Rassenideologie vgl. nur *Frotscher/Pieroth*, Verfassungsgeschichte, 11. Aufl. 2012, Rn. 646 m. w. N.

grenzend aus. Der Gesetzgeber genießt von allen drei Gewalten den größten Spielraum, ist er doch nur der Verfassung (und sonstigem höherrangigem Recht wie dem Unionsrecht) unterworfen. Für die Behörden und Gerichte tritt das gesamte sog. einfache Recht, das Fachrecht, anwendungsvorrangig¹²⁷ hinzu. Klare und genaue Vorschriften, auf welche die Qualifikation der Verletzung insbesondere abstellt¹²⁸, gibt es im Verfassungsrecht – knapp und allgemein, »kurz und dunkel«¹²⁹ gehalten – weniger oft als im umfangreichen und detaillierten einfachen Recht. Dementsprechend ist auch der »Ermessens- bzw. Gestaltungsspielraum«, auf den die Qualifikation der Verletzung ebenfalls insbesondere abstellt,¹³⁰ regelmäßig größer, wenn nicht die Verwaltung oder die Gerichte handeln, sondern der Gesetzgeber agiert: Während der Gesetzgeber den Behörden und Gerichten Zwecke vorgeben kann, müssen Behörden und Gerichte die vom Gesetzgeber vorgegebenen Zwecke umsetzen.¹³¹ In dem Maß, in dem der Gesetzgeber die beschriebenen größeren Spielräume genießt, entlässt ihn das Staatshaftungsrecht schon nach den allgemeinen Kriterien aus der Haftungsfolgenverantwortung seines Handelns.

Dass gerade die Voraussetzung des qualifizierten Verstoßes die Reichweite der Legislativhaftung wirksam begrenzt, ist kein Zufall. Die Voraussetzung, dass ein Verstoß gegen höherrangiges Recht »hinreichend qualifiziert« zu sein habe, hat die Entscheidung *Zuckerfabrik Schöppenstedt* gerade zu diesem Zweck eingeführt.¹³² Wenn der Bundesgerichtshof den Haftungsanspruch bei legislativem Unrecht ablehnt, auch um die »politische Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers« zu wahren und vor uferlosen Haftungsfolgen zu schützen,¹³³ dann zeigt die »außerordentlich restriktive«¹³⁴ Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, dass dieses Ziel auch ohne generellen Ausschluss der Legislativhaftung

¹²⁷ Zum Anwendungsvorrang des einfachen Rechts vgl. nur OVG Nordrhein-Westfalen, DVBl 1999, S. 1372 (1273); *H. Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 4 Rn. 58, § 8 Rn. 11; *Wahl/Schütz*, in: Schoch/J.-P. Schneider/Bier (Hrsg.), VwGO (Stand: 23. EL, Januar 2012), § 42 Abs. 2, Rn. 57 ff. (Stand: Grundwerk 1996); ebenso im Unions- für das Sekundär- gegenüber dem Primärrecht, vgl. nur *Arndt/Fischer/Fetzer*, Europarecht, 10. Aufl. 2010, Rn. 421 f.; *Funke*, DÖV 2007, S. 733 ff.

¹²⁸ Siehe oben § 13 Fn. 20 f. (S. 218).

¹²⁹ *Frotscher/Pieroth*, Verfassungsgeschichte, 11. Aufl. 2012, Rn. 89, nennen *Sieyès*, Die Union 2001, S. 49 (50), nennt *Napoléon* (»courte et obscure«), jeweils ohne Nachweis; in der Sache siehe nur *Funke/Hartmann*, in: Behler u.a., Perspektiven, 2011, S. 73 (75); *Görisch*, RuP 2006, S. 86 (90).

¹³⁰ Siehe oben § 13 Fn. 20, 22 f. (S. 218).

¹³¹ Siehe zum Vorrang des Rechts oben § 4 (S. 25 ff.) und zu den verbleibenden Spielräumen der Rechtsanwender am Beispiel der Ökonomie oben § 5 (S. 33 ff.).

¹³² Siehe oben § 13 III 2 (S. 238 ff.).

¹³³ So die Deutung bei *Ehlers*, JZ 1996, S. 776 (783).

¹³⁴ Siehe oben § 14 Fn. 120 (S. 269).

erreicht werden kann, indem die Haftung auf qualifizierte Verstöße beschränkt bleibt.¹³⁵

bb) Ökonomische Aspekte

Welche Kosten eine verschuldensunabhängige Haftung bzw. eine Haftung für Legislativunrecht verursacht, lässt sich nur schwer beziffern. Die vorgelegten Studien¹³⁶ sind auf den hier unterbreiteten Vorschlag kaum übertragbar, auch wenn die unionsrechtlich inspirierte Haftung verschuldensunabhängig ist¹³⁷. Denn die Studien konnten die einschränkende Haftungsvoraussetzung des qualifizierten Verstoßes nicht berücksichtigen. Unabhängig davon ist die Sorge vor uferlosen Haftungsfolgen heute kein guter Grund mehr, Legislativunrecht weiterhin von der Haftung auszunehmen. Denn mittlerweile kann auch dieses Unrecht vor den Verwaltungsgerichten bekämpft werden, insbesondere mit der Feststellungsklage gem. § 40 Abs. 1, § 43 VwGO¹³⁸. Diesen Rechtsweg zu erschöpfen, ist haftungsrechtlich eine Voraussetzung für Schadensersatzansprüche.¹³⁹ Der Vorrang des Primärrechtsschutzes gilt dabei nicht nur als die »wichtigste«, sondern auch als eine »grundsätzlich ausreichende« Schranke gegen »uferlos[e] Staatshaftung.« Das hat *Lubmann* schon 1965 festgestellt.¹⁴⁰

cc) Historische Aspekte

Akzeptiert man, dass der Bürger auch deshalb einen Anspruch auf Staatshaftung hat, weil er der Staatsgewalt unausweichlich ausgeliefert und unterworfen ist¹⁴¹,

¹³⁵ *Ehlers*, JZ 1996, S. 776 (783); vgl. *Kadelbach*, Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, 1999, S. 174 f.

¹³⁶ Vgl. Bundesminister der Justiz/Bundesminister des Innern (Hrsg.), Reform des Staatshaftungsrechts (Kommissionsbericht), 1973, S. 153 f.; Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Zur Reform des Staatshaftungsrechts. Rechtstatsächliche Erkenntnisse, 1976; dass. (Hrsg.), Zur Reform des Staatshaftungsrechts. Zusammenfassung, 1977; *Pflüger*, Zur Reform des Staatshaftungsrechts. Rechtstatsächliche Untersuchungen (3 Bände), 1999; *dies.*, Zur Reform des Staatshaftungsrechts. Finanzieller Mehrbedarf – Prognose, 2000; zusammenfassend *dies.*, BADK-Information 2001, S. 87 ff.

¹³⁷ Genauer oben § 13 III 2 (S. 238 ff.); vgl. auch Bundesminister der Justiz/Bundesminister des Innern (Hrsg.), Reform des Staatshaftungsrechts (Kommissionsbericht), 1973, S. 53 f. (ohne finanzielle Bedenken gegen Beseitigung der Verschuldensvoraussetzung, da diese ohnehin weitgehend bedeutungslos sei). Im Jahr 2004 hat die Bundesregierung die jüngsten, soeben in Fn. 136 genannten Studien von Infratest (Burke) auf das Jahr 2000 hochgerechnet und für eine verschuldensunabhängige Staatshaftung ohne Verweisungsprivileg nach § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB Mehrkosten von über 1 Mrd. DM errechnet, siehe Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Fraktion der FDP v. 20. 10. 2004, BT-Drs. 15/3952, S. 1 (3), und *Pflüger*, BADK-Information 2001, S. 87 (94).

¹³⁸ Vgl. *Hartmann*, in: Pieroth/Silberkuhl (Hrsg.), Verfassungsbeschwerde, 2008, § 90 BVerfGG, Rn. 220, 223 m. w. N.; schon zuvor gegen die Uferlosigkeit *Haverkate*, NJW 1973, S. 441 (443).

¹³⁹ Genauer unten § 14 II 6 a) (S. 282 ff.).

¹⁴⁰ *Lubmann*, Öffentlich-rechtliche Entschädigung rechtspolitisch betrachtet, 1965, S. 14 f., 76, 95 ff.; in der Sache ebenso etwa *Ehlers*, JZ 1996, S. 776 (779, 783).

¹⁴¹ Zur Unausweichlichkeit des Staates siehe oben § 7 Fn. 32 (S. 87).

dann streitet schließlich noch eine geschichtliche Beobachtung für die Legislativhaftung. Das Subordinationsverhältnis gilt seit jeher als ein Spezifikum öffentlichen Haftungsrechts.¹⁴² Obwohl eine Haftung für normatives Unrecht damals nicht in Rede stand, enthält die Entstehungsgeschichte des § 839 BGB doch einige Hinweise auf den tieferen Grund der Amtshaftung. Die Abgeordneten formulierten als Kernfrage: Wie weit haftet der Staat für Schäden, die den Bürgern »durch die Ausübung der öffentlichen Gewalt« entstehen¹⁴³, durch einen »Eingriff des Beamten in ihre Angelegenheiten«¹⁴⁴? Diese Frage spricht einen Geltungsgrund der Staatshaftung an, der schon damals Tradition hatte: die Subordination des Bürgers unter die Staatsgewalt¹⁴⁵. Diesen Geltungsgrund nahm die zeitgenössische Literatur auf: Dass »der Beamte als Vertreter der Hoheitsrechte des Staates« handle, ihm »aus der Staatsgewalt abzuleitende [...]« Dienste aufgegeben sind und er »befehlend in den Rechtskreis seiner Untertanen« eingreife, sei entscheidend und begründe, warum es überhaupt eine Beamtenhaftung geben müsse.¹⁴⁶

Unter der Weimarer Reichsverfassung begegnete der Topos der Subordination auf höherer Ebene wieder. Erstmals fand im geschriebenen Recht seinen Niederschlag, dass der die Haftung auslösende Beamte »in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt« gehandelt haben musste. Im Übrigen entspricht Art. 131 Abs. 1 Satz 1 WRV tatbestandlich den objektiven Anforderungen des § 839 Abs. 1 Satz 1 BGB. Dagegen war die Rechtsfolge neu: Dem Geschädigten haftete nun allein der Staat (dem der Rückgriff gegen den Beamten vorbehalten blieb). Der Systemwechsel von der Beamten(eigen)- zur Staatshaftung gründete in der Überlegung, dass ein Staat, der »die Beamten mit obrigkeitlichen Befugnissen ausstattet und solche durch sie ausüben lässt«, für die hierbei vorkommenden »Verfehlungen« einstehen müsse¹⁴⁷, und verlieh so dem Subordinationsargument, das bis dahin nur einfach-rechtliche Bedeutung erlangt hatte, verfassungsrechtliches Gewicht. In diese Zeit fielen auch entscheidende Weiterungen des Anspruchs, die schließlich sogar die Begrenzung auf Statusbe-

¹⁴² Zum Subordinationsverhältnis vgl. nur *Hartmann*, *VerwArch* 98 (2007), S. 500 (501 ff.); dort auch ausführlich zu den im Folgenden zusammengefassten Belegen aus der Geschichte der Amtshaftung.

¹⁴³ Bericht des Abg. *Dr. Enneccerus*, oben § 8 Fn. 134 (S. 129), § 823 Absatz 1 und 2 (S. 112).

¹⁴⁴ *Mugdan* (Hrsg.), *Materialien*, Bd. II, 1899, Protokolle S. 2897 (S. 1154 f.); fast wortgleich Bericht des Abg. *Dr. Enneccerus*, oben § 8 Fn. 134 (S. 129), § 823 Absatz 1 und 2, S. 110.

¹⁴⁵ Vorläufer: Preußisches Geheimes Ober-Tribunal, ohne Datum, in: *Central-Blatt für preußische Juristen*, 1837, Sp. 303 (307); *Pfeiffer*, *Practische Ausführungen*, Bd. 2, 1828, S. 361 ff., insb. S. 369; *Sundheim*, *Practische Rechtsfragen*, 1827, S. 1 (4); *Zachariä*, *Zeitschr. f. Staatsw.* 19 (1863), S. 582 (630 ff.).

¹⁴⁶ Zitate von *Delius*, *Beamtenhaftpflichtgesetz*, 2. Aufl. 1909, S. 24, 162 bzw. *Frost*, *Die Haftung des Staates*, 1916, S. 29.

¹⁴⁷ *RGZ* 105, 334 (335); ebenso *Brand*, in: *Nipperdey* (Hrsg.), *Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung*, Bd. 2, 1930, S. 210 (274).

amate aufhoben.¹⁴⁸ Nicht mehr der Status des Handelnden, sondern die Subordination des Bürgers war das entscheidende Kriterium.

Bei den Beratungen des Grundgesetzes trachtete der Parlamentarische Rat danach, die Amtshaftung nach Weimarer Vorbild zu formen¹⁴⁹, gemäß »der gültigen Rechtsprechung«, wie es hieß¹⁵⁰. Doch die konkrete Frage, wie das Reichsgericht die Haftung für legislatives Parlamentsunrecht beurteilt hatte, behandelten die Abgeordneten nicht. Die Eltern des Grundgesetzes übernahmen die Weiterungen der reichsgerichtlichen Rechtsprechung zum Beamtenbegriff: Sie wollten gleichfalls jede Ausübung der öffentlichen Gewalt erfassen¹⁵¹. »Ausübung öffentlicher Gewalt« lag vor, »wenn mit zwingender Kraft die Staatsmacht dahinter steht«¹⁵². Das vertraute Subordinationsargument »des Bürgers zur Staatsgewalt«¹⁵³ begegnet hier erneut. Dazu passt, dass der Staatshaftungsanspruch parteiübergreifend als ein Fundament des Rechtsstaates galt.¹⁵⁴ Zusammenfassend spricht daher wohl mehr dafür, als Ergebnis der Genese festzuhalten, dass haftungsrechtlich die Staatsgewalt ausnahmslos erfasst sein sollte.¹⁵⁵

Die verschiedenen Gesetzgeber formulierten, das sei zusammenfassend festgehalten, über die Jahrzehnte hinweg konstant dieselbe Einsicht als den tieferen

¹⁴⁸ Einzelheiten bei *Hartmann*, *VerwArch* 98 (2007), S. 500 (503).

¹⁴⁹ So billigte der Grundsatzausschuss zunächst folgende Fassung: »Die Grundsätze des Art. 131 der Weimarer Reichsverfassung gelten fort«, siehe Kurzprotokoll der 28. Sitzung v. 03. 12. 1948, zit. nach H.-P. Schneider (Hrsg.), *Grundgesetz – Dokumentation*, Bd. 10, 1996, Art. 34 Dok. 45 (S. 588), und *JöR N.F.* 1 (1951), 328; ebenso etwa Vors. *Dr. v. Mangoldt* (CDU), 28. Sitzung des Ausschusses für Grundsatzfragen v. 03. 12. 1948, in: *Der Parlamentarische Rat 1948–1949*, Bd. 5/II, 1993, S. 789 (791 ff.) = H.-P. Schneider (Hrsg.), *Grundgesetz – Dokumentation*, Bd. 10, 1996, Dok. Nr. 42, S. 458 (459 f.); Abg. *Dr. Heuss* (FDP), in: *Der Parlamentarische Rat*, a. a. O., S. 794.

¹⁵⁰ Siehe Parlamentarischer Rat, Interfraktionelle Besprechung v. 28. 04. 1949, abgedruckt in: H.-P. Schneider (Hrsg.), *Grundgesetz – Dokumentation*, Bd. 10, 1996, Art. 34 Dok. 78 (S. 609).

¹⁵¹ Abg. *Dr. Hoch* (SPD), zit. nach H.-P. Schneider (Hrsg.), *Grundgesetz – Dokumentation*, Bd. 10, 1996, Art. 34 Dok. 18, S. 537 (544 f.); *ders.*, in: Parlamentarischer Rat, Zuständigkeitsausschuss, Kurzprotokoll der 8. Sitzung v. 06. 10. 1948, zitiert nach Schneider, a. a. O., Art. 34 Dok. 23, S. 564 (565); Vors. *Dr. v. Mangoldt*, 28. Sitzung des Ausschusses für Grundsatzfragen v. 03. 12. 1948, in: *Der Parlamentarische Rat 1948–1949*, Bd. 5/II, 1993, S. 789 (792); *ders.*, *JöR N.F.* 1 (1951), 328; Abg. *Dr. Laforet* (CSU), in: Parlamentarischer Rat, Plenum, Schriftlicher Bericht zum Entwurf des Grundgesetzes, erstattet von den Berichterstattern des Hauptausschusses, zit. nach Schneider, a. a. O., Art. 34 Dok. 88, S. 615 (616).

¹⁵² Vors. *Dr. v. Mangoldt* (CDU), 28. Sitzung des Ausschusses für Grundsatzfragen v. 03. 12. 1948, in: *Der Parlamentarische Rat 1948–1949*, Bd. 5/II, 1993, S. 789 (797).

¹⁵³ Abg. *Dr. Hoch* (SPD), in: Parlamentarischer Rat, Bd. 3, S. 326; ebenso Vors. *Wagner* (SPD), zit. nach H.-P. Schneider (Hrsg.), *Grundgesetz – Dokumentation*, Bd. 10, 1996, Art. 34 Dok. 18, S. 537 (548); Abg. *Dr. Reif* (FDP), zit. nach Schneider, a. a. O., Art. 34 Dok. 23, S. 564 (566).

¹⁵⁴ Vgl. nur Vors. *Dr. Laforet* (CSU), Abg. *Dr. Hoch* (SPD) und Abg. *Dr. Reif* (FDP), zit. nach H.-P. Schneider (Hrsg.), *Grundgesetz – Dokumentation*, Bd. 10, 1996, Art. 34 Dok. 18, S. 537 (544 ff.).

¹⁵⁵ Näher *Hartmann*, *VerwArch* 98 (2007), S. 500 (505 f.).

Grund ihrer jeweiligen Amtshaftungskonzeption: dass der Bürger auf öffentliche Gewalt treffe (§ 839 BGB), dass er mit obrigkeitlichen Befugnissen ausgestatteten Beamten gegenüberstehe (Art. 131 WRV), dass die Staatsmacht mit zwingender Kraft agiere (Art. 34 GG), kurz: dass der Bürger der Staatsgewalt im Subordinationsverhältnis begegne. Obwohl der Kontext dieser Begründung jeweils nur exekutives und judikatives Unrecht erfasste, lag der Geltungsgrund selbst doch außerhalb dieses Rahmens: Subordiniert begegnet der Bürger auch rechtsetzender Staatsgewalt. Seit es Amtshaftung gibt, streitet das Subordinationsverhältnis – konsequent zu Ende gedacht – auch dafür, Legislativunrecht zu erfassen.

4. Schädigungserfolg (Schaden)

Die Einheitsdogmatik verlangt, dass ein Schaden eingetreten ist. Diese Voraussetzung, der Erfolg, lässt sich spannungsfrei übertragen, handelt es sich dabei doch um eine notwendige Voraussetzung des Haftungsanspruchs.¹⁵⁶ Das Unionsrecht verlangt den Schaden, ohne Vorgaben zu machen, was genau darunter zu verstehen sei: Das richte sich nach nationalem Recht, wobei die allgemeinen Prinzipien der Äquivalenz und der Effektivität auch hier die Grenzen setzten.¹⁵⁷

Weil das Unionsrecht auf das nationale Recht verweist, ist die Übertragung der Voraussetzung möglich, ohne dass es zu inhaltlichen Friktionen kommen kann, wie sie mit Blick auf die ersten beiden Voraussetzungen anzusprechen waren. Stattdessen wirft der Verweis ein methodisches Problem auf: Wie kann das europäische Recht der nationalen Haftungsdogmatik Vorbild sein, wenn jenes auf diese verweist? Wie kann, zugespitzt gefragt, das nationale Haftungsrecht sich selbst Vorbild sein?

Die Frage ist nicht zu-, sondern überspitzt gefasst. Der unionsrechtliche Haftungsanspruch weist auch dort, wo das Unionsrecht ohne Vorgaben auskommt, keine Leerstellen auf. Im Gegenteil: Die Rechtsprechung hat die Leerstellen ausgefüllt. Insbesondere der Bundesgerichtshof hat entschieden, was ein Schaden im Sinn des unionsrechtlichen Haftungsanspruchs gegen die Mitgliedstaaten ist. Dabei kann offen bleiben, ob der unionsrechtliche Haftungsanspruch der Trennungsthese entsprechend ein Anspruch eigener Art ist, der selbstständig neben dem nationalen Haftungsrecht steht, oder ob nach dem Vorgabenmodell das Unionsrecht das nationale Recht für unionsbezogene Sachverhalte nur modifi-

¹⁵⁶ Siehe oben § 14 I (S. 247 ff.); vgl. zu symbolischem (exemplarischem) Schadensersatz und zu sog. *punitive damages* oben § 6 I 2 c) (S. 57 ff.) und § 13 II 2 b) (S. 231 ff.), insb. bei Fn. 120 ff. (S. 232 f.).

¹⁵⁷ EuGH, Slg. 1991, I-5357, Rn. 42 f. – Francovich; vgl. auch *Arndt/K. Fischer/Fetzer*, Europarecht, 10. Aufl. 2010, Rn. 385 (»in Anlehnung« an Art. 340 Abs. 2 AEUV zu konkretisieren). Zu Äquivalenz- und Effektivitätsprinzip oben § 13 Fn. 37 ff. (S. 220).

ziere.¹⁵⁸ Denn die Voraussetzung des Schadens hat nach beiden Ansichten einen konkreten Inhalt, der sich zum nationalen Haftungsrecht, wie es sonst gilt, in Bezug setzen lässt. Das nationale Haftungsrecht verweist also nicht auf sich selbst, sondern auf einen externen Bezugspunkt.

Schaden im Sinn des unionalen Haftungsanspruchs ist »jede Einbuße am Vermögen oder einem sonstigen rechtlich geschützten Gut«¹⁵⁹. Die Einbuße ist nach der bekannten Differenzhypothese zu berechnen.¹⁶⁰ Es geht um die »rechtswidrige[n] Folgen«¹⁶¹ der Handlung. Das nationale Recht verlangt nicht nur für den Amtshaftungsanspruch einen Schaden (nämlich gem. § 839 Abs. 1 Satz 1 BGB »den daraus entstehenden Schaden«; vgl. auch den »Anspruch auf Schadensersatz« gem. Art. 34 Abs. 1 Satz 3 GG), der auf dieselbe Weise definiert und zu berechnen ist. Auch der Aufopferungsanspruch setzt die Beeinträchtigung eines Rechts voraus,¹⁶² und der Folgenbeseitigungsanspruch verlangt einen andauernden rechtswidrigen Zustand.¹⁶³ Der Unterschied zwischen einem rechtswidrigen Zustand und einem Schaden dürfte allein in der Benennung liegen: Der Schaden ist die negative Differenz zweier Situationen, und in dieser negativen Differenz liegt gerade der rechtswidrige Zustand.

5. Zurechnungszusammenhang

a) Kausalität: *Conditio sine qua non*, *Adäquanz* und *Unmittelbarkeit*

Die Einheitsdogmatik verlangt, dass die Handlung der Rechtsverletzung ursächlich für den Erfolg, d. h. für die Schädigung, war. Kausalität ist die »klassische«¹⁶⁴, die »kanonisch[e]«¹⁶⁵ Voraussetzung deliktischer Haftung. Die Rechtsfigur zählt zur Allgemeinen Rechtslehre.¹⁶⁶ Im öffentlichen gilt daher kein anderer Kausalitätsbegriff als im zivilen Haftungsrecht. Den klassischen Begriff der

¹⁵⁸ Zu Vorgaben- und Trennungsthese oben § 14 II 2 b) bb) (S. 256 ff.) a.E., bei Fn. 50 bzw. 56 (S. 257 f.).

¹⁵⁹ Arndt/K. Fischer/Fetzer, *Europarecht*, 10. Aufl. 2010, Rn. 386. Zu den Begriffen Recht und Rechtsgut siehe oben § 14 II 2 a) (S. 251 ff.).

¹⁶⁰ Arndt/K. Fischer/Fetzer, *Europarecht*, 10. Aufl. 2010, Rn. 386; Schweitzer/Hummer, *Europarecht*, 5. Aufl. 1996, Rn. 614 (zur Haftung der Europäischen Gemeinschaften); zivilrechtsgeschichtlich zuletzt Jansen, in: ders. (Hrsg.), *Development and Making of Legal Doctrine*, 2010, S. 96 ff. m. w. N.; vgl. auch Mäsch, *Chance und Schaden*, 2004, S. 237 ff.

¹⁶¹ Siehe oben § 13 III 3 (S. 241 ff.) mit Nachweis in Fn. 178 (S. 243).

¹⁶² Vgl. Ossenbühl, *Staatshaftungsrecht*, 5. Aufl. 1998, S. 136; Wolffgang/Tervooren, *ZfZ* 2004, S. 82 (84); wobei die Rechtswidrigkeit einer Beeinträchtigung stets ein Sonderopfer begründet, vgl. BGHZ 32, 208 (211 f.); 58, 124 (127).

¹⁶³ BVerwGE 94, 100 (119).

¹⁶⁴ Grzeszick, in: CMLR 48 (2011), S. 907 (916); ders., in: FS W.-R. Schenke, 2011, S. 739 (750).

¹⁶⁵ GA Tesauro, Slg. 1996, I-1029 (1098, Rn. 56, bzw. 1116, Rn. 97).

¹⁶⁶ Vgl. allgemein zur Kausalität im Recht nur Joerden, *Logik im Recht*, 2. Aufl. 2010, S. 79 ff., 253 ff., insb. S. 255 ff. und Mäsch, *Chance und Schaden*, 2004, S. 13 (»universell anerkannt«).

Kausalität beschreibt die *conditio-sine-qua-non*-Formel, die »Bedingung, ohne die nicht«. Kausal ist danach jede Bedingung, ohne die der Erfolg nicht eingetreten wäre. Der Ursachenzusammenhang entfällt mit anderen Worten, falls ohne die Handlung auch der Erfolg entfiel. Diesen Zusammenhang verlangen alle Haftungsansprüche als notwendige Bedingung, der unionsrechtliche Haftungsanspruch gegen die Mitgliedstaaten¹⁶⁷ genauso wie der Amtshaftungsanspruch¹⁶⁸, der Folgenbeseitigungsanspruch¹⁶⁹ und der Aufopferungsanspruch¹⁷⁰. Ebenfalls stößt durchweg auf Anerkennung, dass die *conditio sine qua non* keine hinreichende sein kann. Eine in diesem Sinn »reine« Verursachungshaftung kann es nicht geben, weil Kausalität, so verstanden, uferlos ist: »Ereignisse haben zu viele, zu weitläufige Ursachen, als daß man darauf allein eine Haftung gründen könnte. Kausalität ist Verweisung ins Unendliche.«¹⁷¹ Auch diese Unendlichkeit veranschaulicht ein literarisches Beispiel zur haftungsausfüllenden Kausalität. Auf die Frage *Luthers*, welche Positionen *Kohlhaasens* Klage auf Schadensersatz umfasse, antwortet dieser: »Haus und Hof, und den Wohlstand, den ich besessen, fordere ich nicht zurück; so wenig als die Kosten des Begräbnisses meiner Frau«¹⁷². All diese Schäden wären Kohlhaas, die Rechtsverletzung des Junkers hinweggedacht, nicht entstanden. Kausalität liegt vor, und doch bekäme Kohlhaas diese Schäden, würde er dafür Ersatz verlangen, nach geltendem Recht nicht ersetzt. Die Haftungsansprüche verlangen nämlich übereinstimmend (auch für die haftungsbegründende Kausalität), dass weitere Zurechnungsgründe hinzutreten. Das nationale Recht fordert adäquate Kausalität¹⁷³, das Unionsrecht unmittelbare¹⁷⁴. Eine adäquate Bedingung für einen Erfolg setzt eine Handlung, wenn sie – so der Bundesgerichtshof – »die objektive Möglichkeit eines Erfolgs von der Art des eingetretenen generell in

¹⁶⁷ Siehe oben § 13 I (S. 216 ff.) mit Nachweisen in Fn. 29 (S. 219).

¹⁶⁸ Vgl. BGH, Urt. v. 18.10.1951 – III ZR 129/50; OVG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 25.02.2010 – 6 A 432/09; *Dietlein*, in: *Stern*, Staatsrecht, Bd. IV/2, 2011, S. 2062; *Papier*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 5, 5. Aufl. 2009, § 839 Rn. 276.

¹⁶⁹ BVerwGE 69, 366 (372); *Baldus*, in: ders./Grzeszick/Wienhues, Staatshaftungsrecht, 3. Aufl. 2009, Rn. 41.

¹⁷⁰ *H. Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 28 Rn. 9 (»durch«).

¹⁷¹ *Lubmann*, Öffentlich-rechtliche Entschädigung rechtspolitisch betrachtet, 1965, S. 77. Zu *Thomas von Aquins* »Daher ist Gott die Ursache der Verfehlung« vgl. nur *Joerden*, Logik im Recht, 2. Aufl. 2010, S. 259.

¹⁷² *v. Kleist*, Kohlhaas (1810), GW III, 1955, S. 46 = SW III, 1990, S. 79 = *ders.*, dass., Hamburger Lesehefte 2011, S. 35; *Luther* hatte *Hans Kohlhaase* zunächst geschrieben und diesen später sogar empfangen, siehe *Bollert*, in: Der Neue Pitaval N.F. 9 (1874), S. 1 (34 ff., 54 f.); *Burkhardt*, Der historische Hans Kohlhaase, 1864, S. 30 f., 50 f.; vgl. aber auch *Neheimer*, Der Mann, der Michael Kohlhaas wurde, 1976, S. 34 f., 43, 52 ff., 123 ff.

¹⁷³ Vgl. nur *Dietlein*, in: *Stern*, Staatsrecht, Bd. IV/2, 2011, S. 2062; *H. Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 26 Rn. 26 m. w. N.

¹⁷⁴ EuGH, Slg. 1996, I-1029, Rn. 51, 65 – *Brasserie du pêcheur*; EuGH, Slg. 1996, I-2553, Rn. 30 – *Hedley Lomas*; EuGH, Slg. 1996, I-5063, Rn. 48 – *Denkavit*; EuGH, Slg. 2006, I-11753, Rn. 218 – *Test Claimants in the FII Group Litigation*; EuGH, Slg. 2007, I-2157, Rn. 122 – *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*.

nicht unerheblicher Weise erhöht« habe.¹⁷⁵ Die Voraussetzung der Adäquanz als Vorhersehbarkeit lässt sich ökonomisch mit der Steuerungsfunktion des Haftungsrechts erklären: Weil sich inadäquate Folgen nicht beherrschen lassen, würde eine Haftung dafür das Verhalten des Handelnden nicht steuern können.¹⁷⁶ Das Unionsrecht verlange demgegenüber, dass – so der Europäische Gerichtshof – sich der Schaden mit »hinreichender Unmittelbarkeit« aus dem rechtswidrigen Handeln ergebe.¹⁷⁷ Dabei erscheint die »hinreichend unmittelbare« Folge im Vergleich zur »nicht unerheblichen« Erhöhung der Möglichkeit als positive Formulierung der doppelten Verneinung. Dementsprechend setzt die herrschende Meinung unmittelbare und adäquate Kausalität gleich.¹⁷⁸

Das Kriterium der Unmittelbarkeit erscheint freilich (allgemein und also auch hier) als ein Verlegenheitsbegriff.¹⁷⁹ Denn ein weiteres Glied, das dazwischen tritt, lässt sich in jeder Kausalkette finden.¹⁸⁰ Daher lässt sich jeder Schaden mit Blick auf jede Handlung als nur mittelbar kausal bezeichnen. Ein Beispiel aus dem Strafrecht¹⁸¹ mag das verdeutlichen. Es ließe sich bestreiten, dass die Äußerung eines Beleidigers für die Ehrverletzung des Beleidigten unmittelbar kausal gewesen sei. Denn zwischen die Äußerung des Beleidigers und die Ehrverletzung des Beleidigten träten, so wäre zu argumentieren, zahlreiche weitere Ursachen: Der Schall ist in die Gehörgänge des Beleidigten geraten, hat dort das Trommelfell in Schwingungen versetzt, wurde im Gehirn verarbeitet usw. Das Beispiel zeigt, dass es irrelevante Ursachen gibt, also Ursachen, die – obwohl es sie gibt – nichts daran ändern, dass andere, in der Kausalkette »davor« liegende Ursachen als haftungsbegründend anzusehen sind. Das Kriterium der Unmittelbarkeit vermag die Glieder einer Kausalkette daher nicht in relevante (seien sie haftungsbegründend, haftungsausfüllend oder schadensersatzausschließend) und irrelevante zu unterteilen. Im Gegenteil: Diese Unterteilung verlangt, und das haben die Merkmale der Unmittelbarkeit und der Adäquanz gemein, eine

¹⁷⁵ BGHZ 3, 261 ff.

¹⁷⁶ Vgl. H.-B. Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 4. Aufl. 2005, S. 264.

¹⁷⁷ EuGH, Slg. 1979, 3091, Rn. 21 – Dumortier frères.

¹⁷⁸ Vgl. GA Dutheillet de Lamothe, Slg. 1971, 325 (347 f.) – Lütticke; BGHZ 134, 30 (40); Arndt/K. Fischer/Fetzer, Europarecht, 10. Aufl. 2010, Rn. 387; Beljin, Staatshaftung, 2000, S. 63; Bertelmann, Europäisierung, 2005, S. 185 f.; Brocke, Europäisierung, 2002, S. 125 f.; Detterbeck, in: ders./Windthorst/Sproll, Staatshaftungsrecht, 2000, § 6 Rn. 46; Herdegen/Rensmann, ZHR 161 (1997), S. 522 (552); Hobe, Europarecht, 7. Aufl. 2012, Rn. 230; Jarass, Grundfragen, 1994, S. 120; ders., NJW 1994, S. 881 (883); Schoißwohl, Staatshaftung wegen Gemeinschaftsrechtsverletzung, 2002, S. 451 ff.

¹⁷⁹ Nachweise oben in § 11 Fn. 111.

¹⁸⁰ Vgl. Grzeszick, in: CMLR 48 (2011), S. 907 (916 f.); ders., in: FS W.-R. Schenke, 2011, S. 739 (751).

¹⁸¹ Ich verdanke es Herrn Professor Dr. Friedrich Dencker, Münster.

wertende Zurechnung¹⁸². Diese Zurechnung dürfte wohl am besten aufgrund des Schutzzwecks der Norm vorzunehmen sein. Dieses Kriterium kennt sowohl das deutsche wie das Unionsrecht.¹⁸³

b) Schutzzweck der Norm

Der Schutzzweck der Norm macht ernst mit der Funktion des Sekundärrechtsschutzes als Rechtsschutzinstrument. Das aus dem Deliktsrecht bekannte Kriterium der Risikoabgrenzung und Schadenszurechnung¹⁸⁴ ist nicht auf den Amtshaftungsanspruch begrenzt, sondern erfasst auch Aufopferungs-¹⁸⁵ und Folgenbeseitigungsansprüche¹⁸⁶. Nämliches gilt für den unionsrechtlichen Anspruch gegen die Mitgliedstaaten, der nicht ohne Grund ein individualschützendes Recht verlangt, das der Mitgliedstaat verletzt haben muss:

»Eine sachlich begründete Eingrenzung des zu ersetzenden Schadens folgt aus der Reichweite und dem Schutzzweck der verletzten Norm. Der Geschädigte kann nicht mehr verlangen, als er gehabt hätte, wenn die verletzte Norm ordnungsgemäß angewendet worden wäre.«¹⁸⁷

Nach der Lehre vom Schutzzweck der Norm sind nur solche Schäden zu ersetzen, die durch den Schutzbereich der verletzten Rechtspflicht erfasst werden.¹⁸⁸ Genauer gesagt sind nur solche Folgen einer Schädigung ersatzfähig, die in den Bereich der Gefahren fallen, um derentwillen die Rechtsnorm erlassen wurde.¹⁸⁹ Das Kriterium, so heißt es, beschreibe die Abgrenzung zum »allgemeinen Risik[o], das jeden Staatsbürger« treffe¹⁸⁹. Doch der Begriff des »allgemeinen Risikos« bzw. – wie es noch häufiger und trotz der engeren Formulierung ohne erkennbaren Unterschied in der Sache heißt – des »allgemeinen Lebensrisikos« taugt nicht dazu, die Reichweite eines Haftungsanspruchs zu bestimmen. Der Begriff verrät nicht selbst, welche (Lebens-)Risiken in diesem Sinn allgemein sind (und daher ersatzlos bleiben), bzw. umgekehrt, welche besonders sind (und daher Haftungsfolgen zeitigen). Im Gegenteil: Der Sammelbegriff

¹⁸² *Detterbeck*, in: ders./Windthorst/Sproll, Staatshaftungsrecht, 2000, § 6 Rn. 46; *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 508; *Grzeszick*, in: Baldus/Grzeszick/Wienhues, Staatshaftungsrecht, 3. Aufl. 2009, Rn. 300.

¹⁸³ Siehe nur *Arndt/K. Fischer/Fetzer*, Europarecht, 10. Aufl. 2010, Rn. 387; *Brocke*, Europäisierung, 2002, S. 149; *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 521 f.; krit. *Itzel*, MDR 2010, S. 426 (426) (»Kristallkugel des Haftungsrechts«).

¹⁸⁴ Nachweise bei *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 50 Fn. 258.

¹⁸⁵ BGHZ 65, 196 ff.; *H. Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 28 Rn. 13; speziell zum Anspruch wegen enteignungsgleichen Eingriffs *Wolffgang/Tervooren*, ZfZ 2004, S. 82 (84).

¹⁸⁶ BVerwGE 69, 366 (372 f.).

¹⁸⁷ *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 521 f.; in der Sache ebenso *Ehlers*, Europäisierung des Verwaltungsprozessrechts, 1999, S. 57; *Grzeszick*, EuR 1998, S. 417 (428 f., 430); *Jarass/Beljin*, Casebook, 2003, S. 79.

¹⁸⁸ BGH, NJW 1986, S. 2952 (2954); NJW 1990, S. 2615 (2616) (am Beispiel der Amtspflicht).

¹⁸⁹ BGHZ 27, 137 (137, 141).

vereint schlicht alle Konstellationen, in denen kein Haftungsanspruch vorliegt. Seine Synonyme lauten, so gesehen, »Zufall« und »Unglück«. ¹⁹⁰ Ist das richtig, lässt sich das allgemeine Lebensrisiko bei jedem Tatbestandsmerkmal des Haftungsrechts als Gegenbegriff ins Spiel bringen, also nicht nur, aber immerhin auch beim Schutzzweck der Norm. Das allgemeine Lebensrisiko – so lässt sich dann festhalten – soll der Bürger im freiheitlichen Staat des Grundgesetzes nicht sozialisieren können, nicht auf die Steuerzahler abwälzen dürfen, sondern selber tragen müssen.

Die Lehre vom Schutzzweck der Norm enthält alle Haftungsbegrenzungen, die herkömmlich im Rahmen des Drittschutzes des verletzten Rechts geprüft werden ¹⁹¹ und die diese Abhandlung unter dem Oberbegriff des »bürgerschützenden Charakters« erörtert ¹⁹². Die Prüfung, ob der Geschädigte persönlich und seine Handlung sachlich in den Schutzbereich der Norm fallen, setzt voraus, dass die Norm überhaupt drittschützend ist, d. h. dass sie nicht nur im Interesse der Allgemeinheit, sondern zumindest auch im Interesse (irgendwelcher) Einzelner erlassen wurde. Wer der Lehre vom Schutzzweck der Norm folgt, braucht die Voraussetzungen des Drittschutzes bzw. des Bürgerschutzes daher streng genommen nicht vorab eigenständig zu prüfen, auch wenn die vorgezogene Erörterung problematische Fälle abzuschichten und daher der Übersichtlichkeit zu dienen vermag.

Der dargelegte Zusammenhang hat dogmatische Gründe: Über den Drittschutz einer Norm entscheidet die *Schutznormlehre*. Sie ist Teil der Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht und besagt, dass ein objektiver Rechtssatz ein subjektives Recht gewährt, wenn er »zugunsten bestimmter Personen oder Personenkreise, zur Befriedigung ihrer Individualinteressen und nicht nur im Interesse der Allgemeinheit erlassen« bzw. bestimmt ist. ¹⁹³ Über den Schutzzweck der Norm entscheidet die *Schutzzwecklehre*. Sie ist Teil der Lehre des nationalen wie des unionalen Haftungsrechts und besagt, dass Schäden dem Schädiger nur insoweit zurechenbar sind, als die verletzte Norm nach ihrem Sinn und Zweck den Eintritt gerade dieser Schäden verhindern wollte. ¹⁹⁴ Die *Schutznormlehre* geht in der *Schutzzwecklehre* auf, weil die *Schutzzwecklehre* verlangt, dass der

¹⁹⁰ Vgl. in anderem Zusammenhang *Jansen*, AcP 202 (2002), S. 517 (540 ff., 544 ff.). *Luther* hatte *Hans Kohlbase* dementsprechend aufgefordert: »Setzet euch zufrieden, Gott zu Ehren, und lasset euch Euren [sic!] Schaden von Gott zugefüget sein und verbeißets um seinetwillen, so werdet ihr sehen, er wird wiederum euch segnen und eure Arbeit reichlich belohnen, daß euch lieb sei eure Geduld . . .«, zit. nach *Burkhardt*, *Der historische Hans Kohlbase*, 1864, S. 31, praktisch wortgleich bei *Bollert*, in: *Der Neue Pitaval N.F.* 9 (1874), S. 1 (37).

¹⁹¹ Siehe dazu oben § 13 III 1 (S. 236 ff.).

¹⁹² Siehe dazu oben § 14 II 2 b) (S. 253 ff.).

¹⁹³ *Bühler*, *Die subjektiven öffentlichen Rechte*, 1914, S. 21, vgl. auch S. 224; dazu *H. Bauer*, *Geschichtliche Grundlagen*, 1986, S. 80 m. w. N. in Fn. 82; für eine Erweiterung *ders.*, DVBl 1986, S. 208 (217 ff.); *ders.*, DVBl 1986, S. 667 (668); krit. dagegen *Bleckmann*, DVBl 1986, S. 666 (666 f.).

¹⁹⁴ Vgl. nur BGHZ 27, 137 (140); *Wurmnest*, *Grundzüge*, 2003, S. 161.

Geschädigte persönlich und sachlich in den »Schutzbereich« der Norm fällt. Das setzt voraus, dass die Norm überhaupt drittschützend ist.

Die Lehre vom Schutzzweck der Norm ist dem unionalen Kriterium der Unmittelbarkeit überlegen. Dem Kriterium der Unmittelbarkeit fehlen nach dem Gesagten Kriterien, um in einer Kausalkette aus – theoretisch – unbegrenzt vielen Gliedern die haftungsrelevanten und -irrelevanten Anknüpfungspunkte zu scheiden.¹⁹⁵ Das Kriterium des Schutzzwecks der Norm erscheint dagegen nicht strukturell und damit stets, sondern bloß in Einzelfällen als zweifelhaft. Denn welchen Schutzzweck eine Norm verfolgt, lässt sich oft genug mittels herkömmlicher Auslegung nach Wortlaut, Genese, Historie und Systematik eindeutig bestimmen.¹⁹⁶

Dass nur solche Schäden ersetzt werden, die im Schutzzweck der Norm liegen, leuchtet ein. Öffentliches Haftungsrecht dient rechtsstaatlichem Rechtsschutz.¹⁹⁷ Wäre die verletzte Norm von vornherein rechtmäßig angewandt worden, hätte der betroffene Bürger auch nur genau jene Vorteile bekommen, welche die Norm gewährt, d. h. die in ihrem Schutzzweck liegen. Der Schutzzweck der Norm erklärt damit zugleich, warum das Haftungsrecht nur subjektive Rechte schützt, obwohl der Geltungsanspruch des Rechts das objektive Recht insgesamt erfasst, also auch insoweit, als es keine subjektiv-rechtliche Ausprägung erfahren hat: Dass ein Rechtssatz, der (aus verfassungsmäßigen Gründen) nicht subjektiv-rechtlich bewehrt ist, eingehalten werde, kann der Bürger auch auf der Primärebene nicht durchsetzen. Der Sekundärrechtsschutz ist, daher der Name, auf den Primärrechtsschutz bezogen und kann dementsprechend auch nicht weiter reichen als dieser. Das ist folgend näher zu erläutern.

6. Subsidiarität

a) Vorrang des Primärrechtsschutzes

Die Einheitsdogmatik verlangt, dass der Geschädigte zunächst sein Recht auf dem Primärrechtsweg durchzusetzen versucht hat. Dieser Zusammenhang wird auch unter den Schlagwörtern der Subsidiarität des Sekundärrechts¹⁹⁸ und des Verweisungsprivilegs¹⁹⁹ diskutiert. Mir erscheint demgegenüber der »Vorrang des Primärrechtsschutzes« als vorzugswürdiger Begriff: vorzugswürdig gegenüber Subsidiarität, weil der Haftungsanspruch nicht nur gegenüber dem Pri-

¹⁹⁵ Siehe oben § 14 II 5 a) (S. 279).

¹⁹⁶ Zur Kritik an der teleologischen Auslegung siehe oben § 5 II 2 b) (S. 45 f.). Zur Überlegenheit der Normzweckerwägungen gegenüber der Adäquanztheorie siehe nur *Jansen*, in: Lorenz (Hrsg.), *Karlsruher Forum* 2007, S. 131 (132).

¹⁹⁷ Siehe oben § 6 I 3 d) (S. 69 f.).

¹⁹⁸ Vgl. nur *Erbguth*, *VVDStRL* 61 (2002), S. 221 (227, 258, Leitsatz 2); *Kadelbach*, *Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß*, 1999, S. 178.

¹⁹⁹ *BGHZ* 120, 124 (126).

märrechtsschutz, sondern auch sonst nachrangig sein kann (etwa gegenüber anderweitigen Ersatzansprüchen²⁰⁰), und vorzugswürdig gegenüber dem Verweisungsprivileg, weil dieser Begriff gewissermaßen wertend »Partei« ergreift. Er ist aus Sicht des Staates formuliert, wie sein zweiter Teil erkennen lässt: Aus Sicht des Bürgers ist die Verwiesenheit auf den Primärrechtsweg keine Begünstigung, sondern eine Belastung.

Dass der Geschädigte versucht haben muss, seinen Primäranspruch gerichtlich durchzusetzen, normiert das Amtshaftungsrecht ausdrücklich in § 839 Abs. 3 BGB. Danach entfällt die Ersatzpflicht, wenn der Verletzte es vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, den Schaden durch den Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden. Die Vorschrift greift nach der Rechtsprechung freilich nicht »wenn«, sondern nur »soweit« der Verletzte es unterlassen hat, den Schaden durch ihren Gebrauch abzuwenden.²⁰¹ Auch außerhalb dieses Anspruchs gilt Nämliches: Ein entsprechendes Versäumnis kann als »Verschulden gegen sich selbst« über § 254 BGB in Ansatz gebracht werden²⁰² und ist seit der Absage an die gemeinrechtliche²⁰³ Möglichkeit des »dulde und liquidiere«²⁰⁴, wie sie der Nassauskiesungsbeschluss²⁰⁵ ausgesprochen hat, auch sonst anerkannt²⁰⁶. Der Vorrang des Primärrechtsschutzes gilt daher sowohl für den Aufopferungs-²⁰⁷ wie für den Folgenbeseitigungsanspruch²⁰⁸.

Dass der Anwendungsbereich so weit reicht, verwundert nicht. Denn der Vorrang des Primärrechtsschutzes ist Ausdruck genereller Rechtsgrundsätze.²⁰⁹ Das zeigt zum Ersten die erwähnte Anknüpfung an § 254 BGB. Namentlich der

²⁰⁰ Siehe sogleich unter b) (S. 290 f.).

²⁰¹ BGH, NJW 1986, S. 1924; Einzelheiten und a.A. bei *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 93.

²⁰² Vgl. nur *Lubmann*, Öffentlich-rechtliche Entschädigung rechtspolitisch betrachtet, 1965, S. 86 m. w. N.

²⁰³ *Erbguth*, VVDStRL 61 (2002), S. 221 (229).

²⁰⁴ Diesen Satz hat *O. Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. I, 3. Aufl. 1924, S. 53 Fn. 27 m. w. N., etabliert.

²⁰⁵ BVerfGE 58, 300 (324).

²⁰⁶ *Bender*, Staatshaftungsrecht, 2. Aufl. 1974, Rn. 671; *ders.*, dass., 3. Aufl. 1981, Rn. 621 (Sonderfall der Schadensmitverursachung); *Gromitsaris*, Rechtsgrund und Haftungsauslösung im Staatshaftungsrecht, 2006, S. 254.

²⁰⁷ *Erbguth*, VVDStRL 61 (2002), S. 221 (229) (Subsidiarität des Sekundärrechtsschutzes); *H. Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 28 Rn. 4; ebenso speziell zum entgegungsgleichen Eingriff BGHZ 90, 17 (31); 92, 34 (50 f.) (analog § 254 BGB); *W.-R. Schenke*, NJW 1988, S. 857 (860); *Scherzberg*, DVBl 1991, S. 84 (90); *Wolffgang/Tervooren*, ZfZ 2004, S. 82 (84 f.).

²⁰⁸ BVerwG, NVwZ 1987, S. 788 (788) (aufgrund der Unanfechtbarkeit des Verwaltungsakts); *Erbguth*, VVDStRL 61 (2002), S. 221 (229) (Subsidiarität des Sekundärrechtsschutzes); *Lubmann*, Öffentlich-rechtliche Entschädigung rechtspolitisch betrachtet, 1965, S. 86; *Papier*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 5, 5. Aufl. 2009, § 839 Rn. 330.

²⁰⁹ Vgl. *Erbguth*, VVDStRL 61, S. 221 (229) (»§ 839 Abs. 3 BGB als Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes«); *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 93 (»allgemeiner und unverlierbarer Rechtsgedanke«).

Bundesgerichtshof sieht in § 839 Abs. 3 BGB eine besondere Ausprägung allgemeinen Schuldrechts: Es sei nicht erlaubt, »den Schaden entstehen und größer werden zu lassen, um ihn schließlich, gewissermaßen als Lohn für die eigene Untätigkeit, dem Beamten oder dem Staat in Rechnung zu stellen.«²¹⁰ Zum Zweiten dürfte es gegen den alten Rechtsgrundsatz des *venire contra factum proprium* und damit gegen § 242 BGB²¹¹ verstoßen, eine geduldete Rechtsverletzung zu liquidieren: Wer eine Rechtsverletzung erst hinnimmt, um sie dann doch anzugreifen, setzt sich in Widerspruch zu vorherigem Verhalten. Zum Dritten gilt der Grundsatz sogar über §§ 242, 254 BGB hinaus. So hat das Bundesverfassungsgericht im besonderen Zusammenhang des erwähnten Nassauskiesungsbeschlusses eine allgemeine Formulierung gewählt:

»Wer von den ihm durch das Grundgesetz eingeräumten Möglichkeiten, sein Recht auf Herstellung des verfassungsmäßigen Zustandes zu wahren, keinen Gebrauch macht, kann wegen eines etwaigen, von ihm selbst herbeigeführten Rechtsverlustes nicht anschließend von der öffentlichen Hand Geldersatz verlangen.«²¹²

Diese Argumentation zur Subsidiarität der Ansprüche aus enteignungsgleichem Eingriff hat seitdem in das allgemeine Staatshaftungsrecht Eingang gefunden.²¹³ Es heißt, der Grundsatz wurzele im Grundgesetz selbst.²¹⁴

Das unionale Staatshaftungsrecht anerkennt den Vorrang des Primärrechtsschutzes ebenfalls.²¹⁵ Der Europäische Gerichtshof hat es als einen unionsrechtlichen Grundsatz bezeichnet, dass der Geschädigte sich in angemessener Form

²¹⁰ BGHZ 56, 57 (63); siehe auch BGHZ 113, 17 ff.

²¹¹ Zum Grundsatz *venire contra factum proprium* als Teil des § 242 BGB vgl. nur BGHZ 44, 367 (371); 47, 184 (189).

²¹² BVerfGE 58, 300 (324) (im Zusammenhang mit Enteignungen).

²¹³ *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 93.

²¹⁴ *Morlok*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts III, 2009, § 52 Rn. 9 (ohne Begründung); in der Sache ebenso *Kloepfer*, Verfassungsrecht II, 2010, § 72 Rn. 135, *J. Ipsen*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2011, Rn. 1240 (»unter dem Grundgesetz«), und für den grundrechtlichen Ersatzanspruch *Röder*, Haftungsfunktion, 2002, S. 297 f. (prinzipieller Vorrang abwehrrechtlicher Maßnahmen) m. w. N.

²¹⁵ EuGH, Slg. 1996, I-1029 (Rn. 84) – *Brasserie du pêcheur*; EuGH, Slg. 2009, I-2119, Rn. 64, 69 – *Danske Slagterier*; GA *Tesouro*, Slg. 1996, I-1029 (1116, Rn. 97) (dort als Frage der Kausalität); GA *Trstenjak*, Slg. 2009, I-2119, Rn. 124 f., 127 – *Danske Slagterier*; BGHZ 156, 294 (297 f.); BGH, NVwZ 2007, S. 362 (Rn. 49) – *Danske Slagterier*; BGHZ 181, 199 (Rn. 23) – *Danske Slagterier*; *Beljin*, Staatshaftung, 2000, S. 66; *v. Bogdandy/Jacob*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Recht der Europäischen Union (Stand: 47. Ergänzungslieferung, April 2012), Art. 340 AEUV, Rn. 145, 185 (Stand: 45. Ergänzungslieferung, August 2011); *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 10. Aufl. 2012, Rn. 1315 (S. 516); *Jarass*, Grundfragen, 1994, S. 128 f.; *ders.*, NJW 1994, S. 881 (885 f.); *Kadelbach*, Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, 1999, S. 178 f.; *Wegener*, EuR 2004, S. 84 (87); zu den Parallelen auch *Ehlers*, in: Ehlers/Schoch (Hrsg.), Rechtsschutz im Öffentlichen Recht, 2009, § 8 Rn. 24; a.A. *Bertelmann*, Europäisierung, 2005, S. 172.

darum bemühen muss, den Schaden zu begrenzen²¹⁶. Daraus folge insbesondere die Obliegenheit, von den zur Verfügung stehenden Rechtsschutzmöglichkeiten Gebrauch zu machen.²¹⁷ Das gilt, sofern die Beschreitung des Primärrechtswegs – wie es regelmäßig der Fall ist – dem Geschädigten zugemutet werden kann²¹⁸ und die Rechtsmittelversäumung für den Schaden (hypothetisch) kausal gewesen ist²¹⁹. Ihre Umsetzung in das deutsche Recht findet die unionale Rechtsprechung in der Anwendung des § 839 Abs. 3 BGB auch auf Staatshaftungsansprüche nach Unionsrecht.²²⁰

Den Primärrechtsweg erschöpft zu haben, ist aus guten Gründen übereinstimmend Voraussetzung für den Sekundärrechtsschutz. Freilich vermögen nicht alle Gründe, die für den Vorrang des Primärrechtsschutzes vorgetragen werden, restlos zu überzeugen. Keinesfalls genügt der Hinweis, Art. 19 Abs. 4 GG und die Anfechtungsklage hätten an die Stelle des »dulde« ein »wehre dich« gesetzt (»Es klingt pathetisch: Aus dem Untertanen ist der Bürger geworden«).²²¹ Denn die Einräumung von Rechten begründet eben das, ein Recht, aber nicht die Pflicht, das Recht auch auszuüben oder zu verteidigen. Im Gegenteil: Eine Ausübungspflicht gibt es bei Kompetenzen (des Staates), während es gerade Kennzeichen subjektiver öffentlicher Rechte (des Bürgers) ist, dass er sein Recht brachliegen lassen mag.²²²

Genauso wenig überzeugt das Gebot »juristische[r] Vernunft«, private Entschädigungsansprüche gegen den Staat nicht »uferlo[s]« zu gewähren: An ohnehin eingerichtete Rechtsschutzmöglichkeiten anzuknüpfen, erscheine sinnvoll,

²¹⁶ EuGH, Slg. 1996, I-1029, Rn. 84 f. – Brasserie du pêcheur; EuGH, Slg. 1996, I-4845, Rn. 72 – Dillenkofer; EuGH, Slg. 2010, I-12167, Rn. 76 – Fuß.

²¹⁷ EuGH, Slg. 1996, I-1029, Rn. 84 – Brasserie du pêcheur; EuGH, Slg. 2007, I-2157, Rn. 122 – Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation; EuGH, Slg. 2010, I-12167, Rn. 75 – Fuß; Grzeszick, EuR 1998, S. 417 (430 f.); Hermes, Die Verwaltung 31 (1998), S. 371 (400); Streinz, EuZW 1993, S. 599 (603); a.A. Rehbahn, in: Koziol/Schulze (Hrsg.), Tort Law of the European Community, 2008, Rn. 9/8; vgl. auch OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 18. 10. 2011 – OVG 4 B 13.11, JurionRS 2011, 33806 (zum Antrag bei der Behörde).

²¹⁸ EuGH, Slg. 2009, I-2119, Rn. 64, 69 – Danske Slagterier; EuGH, Slg. 2010, I-12167, Rn. 77 – Fuß; GA Trstenjak, Slg. 2009, I-2119, Rn. 127 – Danske Slagterier; BGHZ 120, 124 (126).

²¹⁹ Vgl. BGH, NJW 1986, S. 1924 (1924 f.); NJW 2003, S. 1308 (1313), insoweit in BGHZ 154, 54 ff. nicht abgedruckt; H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 26 Rn. 32; krit. Wißmann, NJW 2003, S. 3455 (3457).

²²⁰ EuGH, Slg. 2009, I-2119, Rn. 64, 69 – Danske Slagterier; GA Trstenjak, Slg. 2009, I-2119, Rn. 124 f. – Danske Slagterier; BGH, NJW 2004, S. 1241 (1242); BGHZ 156, 294 (297 f.); BGH, NVwZ 2007, S. 362 (Rn. 49) – Danske Slagterier; BGH, EuZW 2009, S. 865 (Rn. 23) – Danske Slagterier; Arndt/K. Fischer/Fetzer, Europarecht, 10. Aufl. 2010, Rn. 392 (§ 839 Abs. 3 BGB; in der Voraufgabe, S. 197, noch mit dem Zusatz »analog«); v. Danwitz, Verwaltungsrechtliches System und Europäische Integration, 1996, S. 315; Jarass, Grundfragen, 1994, S. 128 f.; ders., NJW 1994, S. 881 (885 f.); a.A. Beljin, Staatshaftung, 2000, S. 67.

²²¹ Haas, System der öffentlichrechtlichen Entschädigungspflichten, 1955, S. 60, der auch insoweit zu weit geht, als er a. a. O. von der »Pflicht des Bürgers, sich zu wehren«, spricht.

²²² Vgl. Oebbecke, Weisungs- und unterrichtungsfreie Räume in der Verwaltung, 1986, S. 196; Nachweise bei Hartmann, AöR 134 (2009), S. 1 ff.

und unter die Voraussetzung, ob der Betroffene von seinen Rechtsbehelfen Gebrauch gemacht habe, lasse sich »leicht und eindeutig« subsumieren.²²³ Diesen Gesichtspunkten fehlt das spezifische Erklärungspotential: Dass private Entschädigungsansprüche gegen den Staat nicht uferlos zu gewähren sind, rechtfertigt nicht nur diese, sondern jede Einschränkung. Dass die Voraussetzung leicht und eindeutig subsumierbar sei, ist teilweise zweifelhaft (es ist bisweilen streitig, welches Rechtsmittel unter die Vorschrift fällt²²⁴, und es kann unklar sein, ob dessen Einlegung zumutbar gewesen wäre und inwieweit diese Abhilfe verschafft hätte²²⁵). Im Übrigen rechtfertigt das Kriterium, nimmt man es ernst, weniger die Geltung der Voraussetzung, zunächst den Primärrechtsweg zu beschreiten, als deren Verabschiedung: Noch leichter und noch eindeutiger ließe sich unter Haftungsansprüche subsumieren, wenn diese dem Geschädigten zustünden, ohne dass es auf den Primärrechtsweg überhaupt ankäme.

Lubmann begründet den Vorrang des Primärrechtsschutzes außerdem mit der Beobachtung, dass der Betroffene die Voraussetzung als »gerecht« erfahre: Sie mache die Entschädigung nicht von einer näheren Charakterisierung des Staatshandelns als »schuldhaft, gefährlich, grob fehlerhaft o.ä.« abhängig, also nicht von Umständen, auf die der Geschädigte »keinen Einfluß« habe und die auch »mit der Empfindlichkeit der Schädigung nichts zu tun« hätten, sondern sei »von seinen«, des Geschädigten, »eigenen Verhaltensmöglichkeiten her entworfen.«²²⁶ Doch es erscheint nicht selbstverständlich, sondern begründungsbedürftig, warum ein Haftungsanspruch gerechterweise besser auf Umstände abstellen sollte, die innerhalb des Einflussbereichs des Geschädigten liegen. Immerhin verlangt das zivile Haftungsrecht regelmäßig ein Verschulden des Schädigers als Voraussetzung für Schadensersatz, ohne dass diese Kautel als ungerecht kritisiert würde.

Entscheidend scheint daher noch ein anderer Aspekt zu sein: dass der Betroffene den – wie *Lubmann* es fasst – »direkten und wirksameren Weg zuerst« benutze.²²⁶ Entscheidend ist dabei freilich nicht, dass der Primärrechtsweg der direkte, sondern dass dieser der wirksamere Weg ist. Die überlegene Wirksamkeit des Primär- begründet die Zweitrangigkeit des Sekundärrechtsschutzes. Zweitrangigkeit meint hier also nicht die Nachrangigkeit in der Abfolge der Rechtsschutzwege, sondern die Zweitklassigkeit im Ergebnis: Schadensersatz zu gewähren ist nur »second best«, bloß zweite Wahl.²²⁷ Hat schon der

²²³ *Lubmann*, Öffentlich-rechtliche Entschädigung rechtspolitisch betrachtet, 1965, S. 76 bzw. 87.

²²⁴ Dazu *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 94 f.

²²⁵ Zum Gebot der Rechtsmittelklarheit und zu Verstößen dagegen vgl. nur BVerfGE 107, 396 (416 f.); speziell zur »90-II-93-I-Falle« siehe nur *Lübbe-Wolff*, EuGRZ 2004, S. 669 (673); *dies.*, AnwBl. 2005, S. 509 (513 f.) und ihr folgend *Hartmann*, JuS 2007, S. 657 ff.

²²⁶ *Lubmann*, Öffentlich-rechtliche Entschädigung rechtspolitisch betrachtet, 1965, S. 87.

²²⁷ Zur Unvermeidlichkeit rechtswidrigen Staatshandelns siehe oben § 6 I 3 c) (S. 63 ff.), insb. bei Fn. 73, 75 (S. 64) (»Kirchentür«-Argument).

Primärrechtsschutz Erfolg, stehen sowohl die öffentliche Hand als auch der Bürger besser da als bei allein erfolgreichem Sekundärrechtsschutz. Die öffentliche Hand profitiert, weil ihr Rechtsfehler (gerade noch rechtzeitig) korrigiert wurde, so dass sie ihrer Rechtsbindung (letztlich doch noch) genügt. Der Bürger profitiert, weil er (nun endlich doch) so behandelt wird, wie es ihm zusteht, nämlich rechtmäßig. Mit anderen Worten: Erfolgreicher Primär- ist besser als erfolgreicher Sekundärrechtsschutz, weil nur die erste Alternative die Rechtswidrigkeit aufhebt, während die zweite Alternative daran nichts ändert.

Dass der Bürger die Last tragen muss, zunächst den Primärrechtsweg zu beschreiten, verlangt nicht zu viel.²²⁸ Hierzulande bildet es – normativ wie empirisch – die Ausnahme, dass die Staatsgewalt rechtswidrig handelt. Normativ ist die Staatsgewalt an Recht und Gesetz gebunden. Das folgt generell aus Art. 20 Abs. 3 GG, und es folgt speziell aus Art. 1 Abs. 3 GG für die Grundrechte, speziell aus Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG für die Länder, speziell aus Art. 97 Abs. 1 GG für die Gerichte und speziell aus Art. 103 Abs. 2 GG für die Strafgerichte. Diese Rechtsbindungen haben zahlreiche Absicherungen erfahren. Zu nennen sind auf der ersten Ebene die gesteigerte Verpflichtung der Angestellten im öffentlichen Dienst und die weiter gesteigerte Verpflichtung der Beamten, etwa durch das zu beeidende, jedenfalls zu bekräftigende Versprechen, die Gesetze zu wahren.²²⁹ Der gesteigerten Verpflichtung entsprechen disziplinarrechtliche Sanktionsmöglichkeiten.²³⁰ Auf der nächsten, der zweiten Ebene tritt die Recht- und Zweckmäßigkeitkontrolle innerhalb der Behörde hinzu, geschehe sie von Amts wegen, geschehe sie – soweit statthaft – auf Antrag (vgl. den Widerspruch gem. § 68 VwGO und sein Pendant, den Einspruch gem. § 347 AO). Auf der wieder nächsten, der dritten Ebene ist die externe Zweck- und Rechtmäßigkeitkontrolle zu nennen. Die Rechtmäßigkeitkontrolle obliegt der Rechtsaufsicht, die Zweckmäßigkeitkontrolle den übergeordneten Behörden. Zu den externen Kontrolleuren zählen außerdem staatliche Einrichtungen wie die Rechnungshöfe, deren Kontrollmaßstäbe die Rechtmäßigkeit und Wirtschaftlichkeit sind,²³¹ und der Ombudsmann sowie private Institutionen wie die freie Presse im Schutz der Pressefreiheit gem. Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG und der mündige Bürger im Schutz der Meinungs- und

²²⁸ Zur »Prozeßverantwortung des Einzelnen« siehe nur *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig (Begr.), GG (Stand: 64. Lieferung, Januar 2012), Art. 19 Abs. 4, Rn. 8 (Stand: 42. Lieferung, Februar 2003); *Wolffgang/Tervooren*, *ZfZ* 2004, S. 82 (85); nur im Ergebnis zustimmend *Scherzberg*, *DVB1* 1991, S. 84 (89 f.); krit. auch *Erbguth*, *VVDStRL* 61 (2002), S. 221 (231 ff., 237 f.).

²²⁹ Zu den Rechtsquellen für den sog. Amtseid siehe § 7 Fn. 77 (S. 97).

²³⁰ Zu den positiven und negativen Sanktionsmöglichkeiten des Dienstrechts siehe oben § 8 IV 3 b) (S. 122 ff.).

²³¹ Zur Rechnungsprüfung als Rechtsschutzinstrument vgl. nur *D. Birk*, *DVB1* 1983, S. 865 (870 f., 872 f.); *Oebbecke*, in: *Lhotta/Oebbecke/Reh* (Hrsg.), *Deutsche und europäische Verfassungsgeschichte*, 1997, S. 35 (43).

Versammlungsfreiheit gem. Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG bzw. Art. 8 Abs. 1 GG. Auf der wieder nächsten, der vierten Ebene gewähren unabhängige Gerichte effektiven Rechtsschutz. Erfasst sind nicht nur Exekutiv-, sondern auch Legislativ- und, im Wege ordentlicher und außerordentlicher Rechtsbehelfe, sogar Judikativakte selbst. Der Rechtsweg führt dabei regelmäßig durch drei Instanzen, die Verfassungsgerichte nicht mitgerechnet. Insbesondere bleibt niemand, dessen Klage Aussicht auf Erfolg hat, von den Rechtsschutzmöglichkeiten ausgeschlossen: Die Prozesskostenhilfe, die es nach allen Prozessordnungen gibt, erfasst sowohl Gerichts- als auch Anwaltskosten,²³² und überhaupt dürfen die Verfahrenskosten nicht in einer Weise festgesetzt werden, die dem Betroffenen die Anrufung des Gerichts praktisch unmöglich macht²³³.

Empirisch gilt Nämliches. Die Gerichtspraxis zeigt, dass Klagen gegen die Staatsgewalt überwiegend erfolglos sind: Drei Viertel der Verfahren gewinnt die öffentliche Hand bereits in erster Instanz vollständig.²³⁴ Die allgemeinen Verwaltungsgerichte entscheiden 73 Prozent der Hauptverfahren auf ganzer Linie zu Gunsten der Behörde,²³⁵ vor den Sozialgerichten gewinnt das Amt in 77,6 vom Hundert der Verfahren vollumfänglich²³⁶, und die Finanzgerichte geben dem Fiskus sogar in 80 Prozent aller Klagen ohne Abstriche Recht²³⁷. Einerseits fehlen hier noch die Fälle, in denen der Bürger eine belastende Maßnahme der Staatsgewalt klaglos akzeptiert, weil er sie ohne Weiteres für rechtmäßig hält. Diese Fälle stützen die Annahme, dass der Staat regelmäßig rechtmäßig handelt. Andererseits fehlen aber auch die Fälle, in denen das Gericht die Behörde dazu bewegt, den streitgegenständlichen Verwaltungsakt gem. § 48 (L)VwVfG zurückzunehmen. Diese Fälle bilden Ausnahmen zu der Annahme, dass der Staat regelmäßig rechtmäßig handelt. Schließlich wäre noch die Verfassungsbeschwerde zu nennen. Deren auf niedrigem Niveau noch sinkende Erfolgs-

²³² Vgl. dazu *Coalhouse*, dessen Vertretung drei weiße und ein schwarzer Anwalt ablehnten und der zwei Beschwerden auf eigene »Faust« versuchte.

²³³ BVerfGE 11, 139 (143); 54, 39 (41); 85, 337 (347); BVerfG, NZA 2011, S. 354 (355, Rn. 22).

²³⁴ Die folgenden Angaben beziehen sich beispielhaft auf das letzte erfasste Jahr, 2009. Einige Erledigungsarten wie Zurücknahme, Hauptsacheerledigung, Anerkenntnis und Vergleich bleiben außen vor, obwohl die Mehrzahl der Verfahren auf diese Weise endet, weil die Statistik für diese Fälle nicht offenbart, wer obsiegt.

²³⁵ Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Rechtspflege: Verwaltungsgerichte 2009, Fachserie 10, Reihe 2.4, Wiesbaden 2010, S. 20, lfd. Nrn. 6, 7 und 9: Von den 34.713 Verfahren obsiegte die Behörde in 25.460 Fällen (73,34 %) und unterlag in 6.822 Fällen (19,65 %); in 2.431 Verfahren (7,0 %) gab es Teilerfolge des Bürgers.

²³⁶ Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Rechtspflege: Sozialgerichte 2009, Fachserie 10, Reihe 2.7, Wiesbaden 2010, S. 20, lfd. Nr. 46–48 (genauer: 77,6 %; in 15,4 % der Verfahren obsiegen Versicherte oder Leistungsberechtigte; in 7,0 % der Fälle gab es Teilerfolge).

²³⁷ Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Rechtspflege: Finanzgerichte 2009, Fachserie 10, Reihe 2.5, Wiesbaden 2010, S. 20, lfd. Nr. 42–45; Stattgaben betrafen 10,7 %, teilweise Stattgaben 9,3 % der durch Urteil oder Gerichtsbescheid erledigten Verfahren.

quote (vor dem Bundesverfassungsgericht in den letzten Jahren kontinuierlich unter 2 %²³⁸) gilt manchen ebenfalls als Ausdruck dafür, dass die Staatsgewalt regelmäßig rechtmäßig handelt.²³⁹

Die Rechtsgeschichte kannte die überlegene Wirksamkeit des Primärrechtsschutzes schon lange, bevor das Bundesverfassungsgericht die Praxis des »dulde und liquidiere« 1981 im Nassauskiesungsbeschluss²⁴⁰ verabschiedete. Bereits die Beratungen zum Bürgerlichen Gesetzbuch hatten die Subsidiarität des Sekundärrechtsschutzes behandelt. Dass Schadensersatz ausscheide, wenn der Verletzte es vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen habe, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwehren, sei Ausdruck der »allgemeine[n] Regel«, dass »der Beschädigte nur dann keinen Schadensersatzanspruch habe, wenn ihn selbst bezüglich der Nichtabwendung des Schadens ein Verschulden treffe«²⁴¹. Es sei das »Nächstliegende und Natürlichste«, dass, wer sich durch eine amtliche Verfügung geschädigt glaube, »Abhülfe durch Einlegung des gesetzlich geordneten Rechtsmittels suche«, und der Instanzenzug »gerade dazu da, diese Abhülfe in der einfachsten, sichersten und schnellsten Weise zu erzielen.« Für die Haftung des Beamten sei maßgeblich »die Rücksicht auf das Interesse derjenigen, die gezwungen seien, sich die Einwirkung des Beamten auf ihre Angelegenheiten gefallen zu lassen.« Es entspreche »nicht der Gerechtigkeit, dem Verletzten den Schaden aufzubürden, auch wenn ihm keinerlei Verschulden hinsichtlich der Nichtabwendung zur Last falle.« Der Kommissionsentwurf zum StHG 1981 sah das genauso:

»Der schadenverhütende gerichtliche Rechtsschutz soll den Vorrang vor dem schadenausgleichenden gerichtlichen Rechtsschutz haben. Zugleich soll dadurch der Behörde, die einen Verwaltungsakt erläßt, die Gewissheit verschafft werden, daß sie diesen Verwaltungsakt jedenfalls dann vollziehen darf, ohne mit Wiedergutmachungsansprüchen rechnen zu müssen«²⁴².

Der Gedanke, den Geschädigten vorrangig auf den Primärrechtsschutz zu verweisen, wird wohl tatsächlich nicht als ungerecht empfunden. Es dürfte kein Zufall sein, dass *Michael Kohlhaas*, *Taras Barabola* und *Coalhouse Walker* allesamt zunächst den Rechtsweg beschreiten und ihr Verfahren einstweilen ver-

²³⁸ In diesem Jahrtausend ist die Erfolgsquote im Mittel auf 2,03 % gesunken. Der Berechnung liegen die Erfolgsquoten der Jahre 2000–2011 zu Grunde (2000: 1,56 %; 2001: 1,95 %; 2002: 2,25 %; 2003: 1,80 %; 2004: 2,19 %; 2005: 2,77 %; 2006: 2,31 %; 2007: 2,45 %; 2008: 1,90 %; 2009: 1,88 %; 2010: 1,71 %; 2011: 1,62 %), vgl. <http://www.bundesverfassungsgericht.de/organisation/gb2011/A-IV-2.html> (Abfrage: 03. 01. 2013).

²³⁹ Vgl. *Benda*, in: ders./E. Klein, *Verfassungsprozeßrecht*, 2. Aufl. 2001, Rn. 425; *O. Klein*, in: *Benda/E. Klein/O. Klein, Verfassungsprozessrecht*, 3. Aufl. 2011, Rn. 440.

²⁴⁰ BVerfGE 58, 300 (324).

²⁴¹ Vgl. den Bericht des Abg. *Dr. Enneccerus*, oben § 8 Fn. 134 (S. 129), S. 63 f. mit diesem und den folgenden drei Zitaten.

²⁴² *Bender*, *VersR* 1974, S. 1 (6).

trauensvoll und zuversichtlich betreiben.²⁴³ *Plessen* thematisiert den Nachrang von Selbsthilfe gegenüber staatlichem Rechtsschutz in ihrer literarischen Bearbeitung so:

»Als er sich vor kurzem in Frankfurt aufgehalten hatte, war er in die Universität gegangen. Kohlhaas hatte sie seit seiner unbeholfenen Schwarzhörerversuche zum ersten Mal wieder betreten, sich bei den Juristen in den Saal gesetzt und in einem dicken Buch, das man ihm auf seine Bitte hin vorgelegt hatte, geblättert, bis er die Stelle gefunden hatte, die er suchte. Sie betraf das Ritual und die Anwendungsbedingungen des Fehderechts. Da hatte er gelesen, daß er zur Selbsthilfe – zum Schutze eines Rechtes – greifen könne, falls er durch die Gerichte Hilfe nicht zu erlangen vermochte. Der Fall lag vor. Eine offene Ankündigung, *diffidatio* hieß sie, mußte vorausgegangen sein, und zwar drei Tage vor dem Beginn der Fehde, und bei der Fehde zu verschonen waren: Geistliche, Wöchnerinnen, Schwerkranke, Pilger, Kaufleute und Fuhrleute mit ihren Waren und Frachtgütern, jeder Bauer außer Haus mit seinem Ackergerät, jeder Bauer, der bei der Feldarbeit war, insbesondere aber Kirchen und Friedhöfe; im übrigen sollte, nach den Kirchengesetzen und bei Vermeidung von Kirchenstrafen, jede Fehde vier Tage in der Woche ruhen: von Mittwoch bis Montag früh. Was die *diffidatio* der Fehde im einzelnen betraf, so war sie in Briefform vorzubringen, dem sogenannten Absage- oder Fehdebrief, und dieser Brief hatte, vervielfältigt, verschiedenen Orten im Lande zugestellt zu werden.«²⁴⁴

b) Vorrang anderweitiger Ersatzansprüche?

Das nationale Staatshaftungsrecht gestaltet den Amtshaftungsanspruch regelmäßig nicht nur (auf vorgelagerter Ebene) gegenüber dem Primärrechtsschutz, sondern auch (auf derselben Ebene) gegenüber anderen Ansprüchen des Sekundärrechtsschutzes als nachrangig aus. So entfällt der Amtshaftungsanspruch gem. § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB, wenn »der Verletzte ... auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag«, sofern dem Beamten nicht mehr als Fahrlässigkeit zur Last fällt. Ebenfalls nachrangig ist der Aufopferungsanspruch.²⁴⁵ Die Nachrangigkeit des Amtshaftungsanspruchs gegenüber anderen Haftungsansprüchen sollte ursprünglich den finanzschwachen Beamten schützen.²⁴⁶ Dieser Zweck des § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB ist mit der Haftungsübernahme durch den Staat

²⁴³ *Franzos*, Ein Kampf ums Recht, 2. Aufl. 1955, S. 173, lässt *Taras Barabola* sagen: »Aber zu dem, was ich vorhatte, gewann ich erst das Recht, sobald mein Gesuch verworfen war.«; *Hans Kohlhaase*, das historische Vorbild, »versuchte zunächst die friedlichen Wege«, obwohl damals »die Zeit [war], in der man trotz Gerichts-, Landes- und Reichssatzungen sein Recht mit Gewalt zu verfolgen bemüht war«, siehe *Burkhardt*, Der historische Hans Kohlhaase, 1864, S. 20; vgl. auch *Bollert*, in: Der Neue Pitaval N.F. 9 (1874), S. 1 (32 ff.); *Neheimer*, Der Mann, der Michael Kohlhaas wurde, 1976, S. 19 ff., 27, 46 ff., 57, 65.

²⁴⁴ *Plessen*, Kohlhaas, S. 116 f.; vgl. auch *Bollert*, in: Der Neue Pitaval N.F. 9 (1874), S. 1 (8 ff., 52 f.).

²⁴⁵ Vgl. BGHZ 20, 81 (83); 28, 297 (301); 45, 58 (80 ff.); krit. *H. Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 28 Rn. 6; a.A. *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 142.

²⁴⁶ *Bettermann*, in: ders./Nipperdey/Scheuner (Hrsg.), Grundrechte, Bd. III/2, 1. Aufl. 1959 = 2. Aufl. 1972, S. 779 (837).

entfallen. Das Schrifttum fordert daher seitdem, nicht den Staat von der Vorrangigkeit anderweitiger Ersatzansprüche profitieren zu lassen, sondern die Vorrangigkeit auf die – wenigen – verbleibenden Fälle zu begrenzen, in denen der Beamte den Schadensersatz doch persönlich schuldet.²⁴⁷ Das sind etwa Fälle, in denen der Beamte einer Ausländerbehörde Amtspflichten gegenüber einem Ausländer verletzt, für den die Gegenseitigkeit nicht gem. § 7 RBHG verbürgt ist.²⁴⁸ Ob § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB auch den unionalen Haftungsanspruch gegen die Mitgliedstaaten beschränkt, hat der Bundesgerichtshof noch nicht entschieden.²⁴⁹ Nach herrschender Lehre erfasst die Vorschrift unionale Staatshaftungsansprüche nicht.²⁵⁰

c) Richterspruchprivileg

Im nationalen Staatshaftungsrecht beschränkt § 839 Abs. 2 Satz 1 BGB Haftungsansprüche gegen Judikativunrecht. In diesen Fällen besteht eine Schadensersatzpflicht nur, wenn die Pflichtverletzung des Gerichts in einer Straftat besteht. Dieses sog. Richterspruchprivileg²⁵¹ findet eine Einschränkung im geschriebenen Recht. Es gilt gem. § 839 Abs. 2 Satz 2 BGB nicht, wenn die Pflichtverletzung in der »Verweigerung oder Verzögerung der Ausübung des Amtes« liegt. Das ist Ausdruck des Justizverweigerungsverbots.²⁵² Die deutschen Gerichte haben das Richterspruchprivileg auf die unionale Staatshaftung übertragen. Seit dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs in Sachen *Traghetti del Mediterraneo (TDM)*²⁵³ streiten die Gelehrten, ob das weiterhin geschehen kann. Ein Teil der Literatur verlangt für Sachverhalte mit grenzüberschreitendem Bezug, das Richterspruchprivileg gem. § 839 Abs. 2 Satz 1 BGB unangewandt zu lassen.²⁵⁴

²⁴⁷ *Bettermann*, DÖV 1954, S. 299 (304); *Marschall v. Bieberstein*, in: FS Reimer Schmidt, 1976, S. 771 (775); *Papier*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 5, 5. Aufl. 2009, § 839 Rn. 303.

²⁴⁸ *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 87, 99 f.; weitere Fallgruppen a. a. O., S. 97 ff.

²⁴⁹ Vgl. *C. Dörr*, DVBl 2006, S. 598 (603).

²⁵⁰ *Bertelmann*, Europäisierung, 2005, S. 212; *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 10. Aufl. 2012, Rn. 1315 (S. 515); *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 518 i.V.m. S. 525 f.; a.A. *Herdegen/Rensmann*, ZHR 161 (1997), S. 522 (553); *Hermes*, Die Verwaltung 31 (1998), S. 371 (399); *H. Maurer*, in: FS Boujong, 1996, S. 591 (605); *Pfab*, Staatshaftung in Deutschland, 1996, S. 148 (»nicht per se ausgeschlossen«).

²⁵¹ Zum Begriff vgl. nur *J. Ipsen*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2011, Rn. 1290 (in Abgrenzung zum Richterprivileg) und *H. Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 26 Rn. 33, 50 (in Abgrenzung zum Spruchrichterprivileg); zu Bedenken gegen die wertende Parteinahme, die in der Bezeichnung als Privileg liegt, siehe oben § 14 II 6 a) (S. 283, nach Fn. 200).

²⁵² Vgl. nur BVerwGE 60, 162 (192).

²⁵³ EuGH, Slg. 2006, I-5177 – *Traghetti del Mediterraneo*.

²⁵⁴ *Lindner*, BayVBl 2006, S. 696 (697); ebenso bereits zuvor *Bertelmann*, Europäisierung, 2005, S. 214; *Beljin*, Staatshaftung, 2000, S. 67, 85; *Frenz*, DVBl 2003, S. 1522 (1523); wei-

7. Mitverantwortung des Geschädigten

Die Einheitsdogmatik berücksichtigt die Mitverantwortung des Geschädigten anspruchsmindernd. Im nationalen Staatshaftungsrecht mindert das Mitverschulden des Geschädigten den Schadensersatzanspruch. Ein besonderer Fall dieses Mitverschuldens wurde oben bereits behandelt: das Versäumnis des Geschädigten, die Schädigung auf dem Primärrechtsweg abzuwenden, vgl. § 839 Abs. 3 BGB.²⁵⁵ Daneben sind weitere Formen des Mitverschuldens denkbar. Für diese Fälle mindert § 254 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 Alt. 2 BGB den Schadensersatzanspruch. Nach dieser Vorschrift hängen, falls bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt hat, die Verpflichtung zum Ersatz sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen ab. Insbesondere kommt es darauf an, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teil verursacht worden ist. Dies gilt auch dann, wenn der Beschädigte es unterlassen hat, den Schaden abzuwenden oder zu mindern. Der Geschädigte muss dabei jene Sorgfalt an den Tag legen, die ein »ordentlicher und verständiger Mensch zur Vermeidung eigenen Schadens anzuwenden pflegt.«²⁵⁶

§ 839 Abs. 3 BGB ist aus dieser Sicht gerade keine Spezialregelung, die den Rückgriff auf § 254 BGB sperren würde.²⁵⁷ Vielmehr sind beide Vorschriften nebeneinander anwendbar. Das hat zur Konsequenz, dass § 839 Abs. 3 BGB nur noch ein deklaratorischer Gehalt zukommt. Denkt man sich die Vorschrift fort, bleibt das Ergebnis unverändert: Das Versäumnis des Geschädigten, die Schädigung auf dem Primärrechtsweg abzuwenden, würde den Schadensersatzanspruch weiterhin mindern, nur würde diese Minderung nun aus § 254 Abs. 2 Satz 1 Alt. 2 BGB folgen. Dass das Ergebnis unverändert bleibt, liefert ein gewichtiges Argument gegen diese Auslegung (das sich freilich gegen jede Auslegung vorbringen lässt, die eine Vorschrift auf einen deklaratorischen Gehalt reduziert): Sie macht die Vorschrift überflüssig. Das Argument ist von Gewicht, weil es sowohl systematischen als auch genetischen Charakter hat. Die Systematik des Gesetzes spricht gegen die deklaratorische Auslegung, weil es der überflüssigen Vorschrift im Zusammenhang mit der anderen Vorschrift nicht bedurft hätte, und die Genese des Gesetzes spricht dagegen, weil der

tere Nachweise bei *Ruffert*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), *EUV/AEUV*, Art. 340 AEUV, Rn. 51; a.A. *H. G. Fischer*, *Europarecht*, 3. Aufl. 2002, § 7 Rn. 87; *Hermes*, *Die Verwaltung* 31 (1998), S. 371 (399); *Nettesheim*, *DÖV* 1992, S. 999 (1003) (Begrenzung auf Vorsatz gemeinschaftsrechtlich geboten); *Ossenbühl*, *Staatshaftungsrecht*, 5. Aufl. 1998, S. 514, 519; diff. *Detterbeck*, in: *ders./Windthorst/Sproll*, *Staatshaftungsrecht*, 2000, § 6 Rn. 66 ff.; *ders.*, *AöR* 125 (2000), S. 202 (244 f.); *Haratsch*, *JZ* 2006, 1176 (1177); *Herdegen/Rensmann*, *ZHR* 161 (1997), S. 522 (554 f.); unklar *Gromitsaris*, *SächsVBl* 2001, S. 157 (162).

²⁵⁵ Siehe oben § 14 II 6 a) (S. 282 ff.).

²⁵⁶ *BGHZ* 9, 316 (318); *BGH*, *VersR* 1979, S. 532 (532); *NJW* 1987, S. 2664 (2666).

²⁵⁷ *BGHZ* 108, 224 (230); *Grzeszick*, in: *Epping/Hillgruber* (Hrsg.), *GG*, 2009, Art. 34 Rn. 29; *H. Maurer*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 18. Aufl. 2011, § 26 Rn. 32.

Gesetzgeber regelmäßig keinen Grund gehabt haben kann, eine überflüssige Vorschrift zu verabschieden. Die Auslegung ist trotzdem zutreffend, weil recht eigentlich erst sie die Bedeutung des Haftungsrechts als Sekundärrechtsschutz festschreibt: Haftungsrecht ist Sekundärrechtsschutz, weil Schadensersatz das rechtswidrige Staatshandeln nicht aus der Welt zu schaffen vermag und daher für alle Beteiligten nur zweite Wahl darstellt.²⁵⁸

Dass Rechtsprechung und Lehre § 839 Abs. 3 BGB deklaratorisch auslegen, obwohl Systematik und Genese jedenfalls nicht ohne Weiteres für diese Auslegung sprechen, ist die eine Stärkung, die der Befund der Konvergenz erfährt. Die andere Stärkung folgt aus dem Umstand, dass der Einwand des Mit-»Verschuldens« nach der Rechtsprechung auch für verschuldensunabhängige Anspruchsgrundlagen gelten soll. Das ist bemerkenswert, weil ein Mitverschulden des Geschädigten begrifflich das Verschulden des Schädigers voraussetzt. Streng begrifflich ist das Mitverschulden also auf verschuldensabhängige Ansprüche und damit in unserem Zusammenhang auf den Amtshaftungsanspruch beschränkt.²⁵⁹ Dieser Befund begründet, warum § 254 BGB auf Folgenbeseitigungs-²⁶⁰ und Aufopferungsansprüche²⁶¹ nicht direkt (sondern nur analog bzw. als allgemeiner Rechtsgedanke) anzuwenden ist und warum oberbegrifflich statt von Mit-»Verschulden«²⁶² in der Tat besser von »Mitverantwortung« die Rede ist.²⁶³

Der Europäische Gerichtshof überlässt es dem nationalen Recht zu entscheiden, welche Bedeutung der Mitverantwortung des Geschädigten für dessen unionalen Staatshaftungsanspruch zukommt.²⁶⁴ Dabei entspricht es dem Unionsrecht durchaus, ein Verschulden des Geschädigten anspruchsmindernd zu berücksichtigen. Dass sich der Geschädigte in angemessener Form darum bemühen müsse, den Schaden zu begrenzen, ist als Grundsatz der Schadensbegrenzungsobliegenheit Teil des Unionsrechts.²⁶⁵ Dementsprechend findet hierzulande im Ergebnis Anerkennung, dass § 254 BGB auch den unionalen

²⁵⁸ Siehe dazu erneut oben § 14 II 6 a) (S. 282 ff.).

²⁵⁹ Krit. gegenüber der Anwendung des § 254 BGB auf verschuldensunabhängige Ansprüche etwa *Schoch*, Jura 1990, S. 140 (150); *Schenke*, JuS 1990, S. 370 (373 ff.).

²⁶⁰ BVerwGE 82, 24 (24, 27); *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 10. Aufl. 2012, Rn. 1219; *H. Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 30 Rn. 18; *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 323.

²⁶¹ BGHZ 45, 290 (294 ff.); *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 10. Aufl. 2012, Rn. 1194; *Gromitsaris*, Rechtsgrund und Haftungsauslösung im Staatshaftungsrecht, 2006, S. 254; *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 141, 266.

²⁶² Vgl. nur BVerwG, NJW 1989, S. 2484 (2485) (»Mitverschulden«).

²⁶³ Vgl. nur BVerwG, NJW 1989, S. 2484 (2485); *Hain*, VerwArch 95 (2004), S. 498 (502) (»Mitverantwortung«) bzw. BVerwG, NJW 1989, S. 2484 (2485); *Axer*, DVBl 2001, S. 1322 (1331 f.); *Jansen*, in: Schmoeckel/Rückert/Zimmermann (Hrsg.), Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Bd. II/1, 2007, §§ 254 Rn. 1 ff.; *Looschelders*, Mitverantwortlichkeit des Geschädigten, 1999 (jeweils »Mitverantwortlichkeit«).

²⁶⁴ EuGH, Slg. 1996, I-1029, Rn. 83 – *Brasserie du pêcheur*.

²⁶⁵ Nachweise soeben in § 14 Fn. 216 (S. 284 f.).

Haftungsanspruch gegen die Mitgliedstaaten beschränkt. Umstritten ist nur, ob die Vorschrift direkt²⁶⁶, analog²⁶⁷ oder als (allgemeiner) Rechtsgedanke²⁶⁸ gilt.

Dass sowohl das nationale als auch das unionale Recht das Verschulden des Geschädigten bei jedem Haftungsanspruch mindernd berücksichtigen, vermag nicht weiter zu verwundern. Die Konvergenz hat einen dogmatischen Grund: Mit-»Verschulden« lässt sich nicht nur als eigenständige Voraussetzung formulieren, sondern auch als Frage der Kausalität.²⁶⁹ Dementsprechend macht § 254 Abs. 1 BGB den Schadensersatz dem Grunde und der Höhe nach »insbesondere« davon abhängig, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teil »verursacht« worden war. Statt von »Mitverantwortung« ließe sich deshalb auch von »Mitverursachung« sprechen. Mindert ein Verursachungsbeitrag des Geschädigten den Verursachungsbeitrag des Schädigers, ist diese Minderung für alle Haftungsansprüche relevant, weil alle Haftungsansprüche notwendig die Kausalität zwischen Schädigungshandlung und Schädigungserfolg (Schaden) voraussetzen.²⁷⁰

Dass die Mitverantwortung des Geschädigten dessen Haftungsanspruch mindert, lässt sich nicht zuletzt ökonomisch begründen. Diese Begründung soll hier nur im Ergebnis wiedergegeben werden. Aus ökonomischer Sicht liefert namentlich die sorgfaltsunabhängige Haftung dem Schädiger nur dann den richtigen Anreiz für effizientes Verhalten, wenn sie eine Mitverantwortung des Geschädigten anspruchsmindernd berücksichtigt.²⁷¹ Ließe dessen Mitverantwortung den Ersatzanspruch ungeschmälert, bestünde das Risiko, dass der Geschädigte (hier: der Bürger) sein eigenes Interesse an Schadensprävention nicht mit jenem Eifer verfolgte, den er sonst an den Tag legte, sondern mit der Staatshaftung als Schadensversicherung im Rücken der Gefahr (*moral hazard*) erläge, fortan auf Kosten der Allgemeinheit eigene Angelegenheiten sorglos zu betreiben.²⁷²

8. Verjährung

Nach der Einheitsdogmatik verjährt der Haftungsanspruch gem. §§ 195, 199 Abs. 1 und 2 BGB regelmäßig binnen dreier Jahre. Die Frist beginnt – vereinfacht

²⁶⁶ Streinz, VVDStRL 61 (1992), S. 300 (352).

²⁶⁷ BGHZ 156, 294 (298); Grzeszick, in: Baldus/Grzeszick/Wienhues, Staatshaftungsrecht, 3. Aufl. 2009, Rn. 305.

²⁶⁸ BGH, NJW 2004, S. 1241 (1242).

²⁶⁹ Vgl. EuGH, Slg. 1982, 3057, Rn. 24 – Oleifici Mediterranei/EWG (Unterbrechung des Kausalzusammenhangs); GA Tesouro, Slg. 1996, I-1029, Rn. 97; vgl. Hidien, Die gemeinschaftsrechtliche Staatshaftung, 1999, S. 61.

²⁷⁰ Siehe dazu oben § 14 I (S. 247 ff.).

²⁷¹ Adams, Ökonomische Analyse der Gefährdungs- und Verschuldenshaftung, 1985, S. 77; Blaschczok, Gefährdungshaftung und Risikozuweisung, 1993, S. 165.

²⁷² Rehbahn, Staatshaftung wegen mangelnder Gefahrenabwehr, 1997, S. 179, 183.

chend formuliert – mit Kenntnis bzw. Kennenmüssen, und sie endet spätestens nach 30 Jahren.²⁷³ Dieses Verjährungsrecht gilt seit der Schuldrechtsreform für den Amtshaftungs- und für den Aufopferungsanspruch²⁷⁴. Dass die Obergrenze auch den Aufopferungsanspruch erfasst, ist dabei nur für die herrschende Meinung erklärungsbedürftig. Danach gewährt der Aufopferungsanspruch keinen Schadensersatz, sondern das *aliud* der Entschädigung.²⁷⁵ Die Obergrenze für »[a]ndere« als Schadensersatzansprüche senkt § 199 Abs. 4 BGB aber auf zehn Jahre. Der Folgenbeseitigungsanspruch unterliegt jedenfalls der Verwirkung.²⁷⁶

Das Unionsrecht überlässt die Regelung der Verjährung des Haftungsanspruchs gegen die Mitgliedstaaten dem nationalen Recht.²⁷⁷ Danach gilt das beschriebene Verjährungsregime gem. §§ 195, 199 Abs. 1, 2 BGB ebenfalls.²⁷⁸ Die Verjährungsfrist von drei Jahren wahrt die allgemeinen Grenzen des Äquivalenz- und des Effektivitätsprinzips.²⁷⁹ Der Europäische Gerichtshof billigte einst sogar eine einjährige Verjährungsfrist²⁸⁰, wie sie gem. § 4 Abs. 1 StHG-DDR gilt.

²⁷³ BGH, NJW 2007, S. 362 (Rn. 19) – Danske Slagterier; BGHZ 181, 199 (Rn. 38 f.) – Danske Slagterier; *Guckelberger*, Verjährung im Öffentlichen Recht, 2004, S. 723 f.; *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 341 AEUV, Rn. 75; ebenso für § 852 Abs. 1 BGB a.F. *H. Maurer*, in: FS Boujong, 1996, S. 591 (606); *Streinz/Leible*, ZIP 1996, S. 1931 (1938).

²⁷⁴ *H. Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 28 Rn. 16; a.A. *Heselhaus*, DVBl 2004, S. 411 (417) (Verjährung im Staatshaftungsrecht entsprechend dem Rechtsgedanken des § 54 BGG); abwartend *Baldus*, in: Baldus/Grzeszick/Wienhues, Staatshaftungsrecht, 1. Aufl. 2005, Rn. 259, 2. Aufl. 2007, Rn. 336, 3. Aufl. 2009, Rn. 336; zum alten Recht vgl. BGHZ 117, 287 (294) (regelmäßige Verjährungsfrist, damals 30 Jahre).

²⁷⁵ Zur theoretischen Unterscheidung § 11 I 2 (S. 185 ff.), zur praktischen Konvergenz § 12 II 1 (S. 210 ff.).

²⁷⁶ OVG Hamburg, NJW 1978, S. 658 (660); *H. Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 30 Rn. 14.

²⁷⁷ GA *Mischo*, Slg. 1991, I-5357 (5398 Rn. 78); GA *Trstenjak*, Slg. 2009, I-2119, Rn. 88 – Danske Slagterier; *Guckelberger*, EuR 2011, S. 75 (76, 79); *Kischel*, EuR 2005, S. 441 (450); *Pestalozza*, in: FS v. Arnim, 2004, S. 283 (291).

²⁷⁸ BGH, NJW 2007, S. 362 (Rn. 19) – Danske Slagterier; BGHZ 181, 199 (Rn. 40) – Danske Slagterier; vgl. EuGH, Slg. 2010, I-12167, Rn. 32 – Danske Slagterier; ebenso *Arndt/K. Fischer/Fetzer*, Europarecht, 10. Aufl. 2010, Rn. 393; *Dietlein*, in: *Stern*, Staatsrecht, Bd. IV/2, 2011, S. 2111; *O. Dörr*, in: *Sodan/Ziekow* (Hrsg.), VwGO, 3. Aufl. 2010, EVR Rn. 269; *Streinz*, EuZW 1993, S. 599 (603). Teile der Lehre hatten zuvor eine Verjährung von fünf Jahren gem. Art. 46 UAbs. 1 Satz 1 Protokoll (Nr. 3) über die Satzung des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH-Satzung) = Art. 43 a.F. EuGH-Satzung befürwortet, so etwa *Detterbeck*, VerwArch 85 (1994), S. 159 (190 f.); *ders.*, in: *ders./Windthorst/Sproll*, Staatshaftungsrecht, 2000, § 6 Rn. 79; *S. Kopp*, DÖV 1994, S. 201 (206); *Prieß*, NVwZ 1993, S. 118 (124); vgl. auch *Berg*, in: *Schwarze* (Hrsg.), EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 340 AEUV Rn. 97; wieder a.A. *Heselhaus*, DVBl 2004, S. 411 (417) m. w. N. (Verjährung im Staatshaftungsrecht entsprechend dem Rechtsgedanken des § 54 BGG a.F.); unklar *Gromitsaris*, SächsVBl 2001, S. 157 (162 f., bei Fn. 70 vs. in Fn. 70).

²⁷⁹ GA *Trstenjak*, Slg. 2009, I-2119, Rn. 93 f. – Danske Slagterier; zu Äquivalenz- und Effektivitätsprinzip oben § 13 Fn. 37 ff. (S. 220).

²⁸⁰ EuGH, Slg. 1997, I-4025, Rn. 28 f. – Palmisani.

III. Rechtsfolge

1. Schadensersatz

Nach der Einheitsdogmatik ist der Staatshaftungsanspruch auf Schadensersatz gerichtet. Das in der Einleitung angesprochene Kohlhaas-Syndrom, eine bis zur Entsetzlichkeit übersteigerte Rechtschaffenheit²⁸¹, hat einen wahren Kern, der auf Grund und Folge zugleich verweist. Es ist Unrecht geschehen, und das soll – so heißt es nicht ohne Grund – wieder »gut« gemacht werden. »Gut« ist eine der Herkunft nach moralische Kategorie, die das Recht in unserem Zusammenhang zu einer juristischen gemacht und kontextsensibel konturiert hat. Derselbe Zusammenhang lässt sich, näher am Haftungsrecht formuliert, wie folgt beschreiben: Es hat eine rechtswidrige Schädigung gegeben, die eine »Ent-Schädigung« zur Folge haben soll. Dieser Begriff ist insofern treffender als Schadensersatz. Dass diese Schrift gleichwohl von Schadensersatz handelt, ist nicht nur der vertrauten hiesigen Begrifflichkeit geschuldet, nach der die Rechtsfolge »Entschädigung« weniger oder anderes verlange als die Rechtsfolge »Schadensersatz«. Hinzu kommt, dass der Begriff des Schadens-Ersatzes ausdrückt, dass die Schädigung typischerweise nicht ungeschehen gemacht werden kann: Auch das Recht vermag die Zeit nicht zurückzudrehen, sondern muss sich damit begnügen, in der Folge den Schaden auszugleichen, eben zu ersetzen.

Der Europäische Gerichtshof bezeichnet die Rechtsfolge des unionalen Haftungsanspruchs gegen die Mitgliedstaaten nur beiläufig als Schadensersatz²⁸², aber herausgehoben regelmäßig als Entschädigung^{283, 284}. Doch das bedeutet nicht, dass der unionsrechtliche Ersatzanspruch auf Entschädigung im Sinn der deutschen Dogmatik gerichtet wäre.²⁸⁵ Zwar verweist der unionsrechtliche Haftungsanspruch gegen die Mitgliedstaaten, was die Rechtsfolge betrifft, im Ausgangspunkt auf die Haftungsfolgen nationalen Rechts: Der Gerichtshof hat es ausdrücklich den Mitgliedstaaten überlassen, den Umfang der Entschädigung

²⁸¹ Siehe oben § 1 (S. 3 ff.).

²⁸² »Ersatz des ... Schadens« oder »... der Schäden« etwa in EuGH, Slg. 1991, I-5357, Rn. 37 – Francovich; EuGH Slg. 1996, I-1029, Rn. 17, 35, 36 – Brasserie du pêcheur; EuGH, Slg. 2003, I-10239 Rn. 36 – Köbler.

²⁸³ »Entschädigung« etwa bei der Einführung des Haftungsanspruchs, vgl. das aus EuGH, Slg. 1991, I-5357, Rn. 33 – Francovich wörtlich übernommene Zitat oben § 13 Fn. 79 (S. 225); dieselbe Wortwahl etwa in EuGH Slg. 1996, I-1029, Rn. 20 – Brasserie du pêcheur; EuGH, Slg. 2003, I-10239 Rn. 33 – Köbler.

²⁸⁴ So jedenfalls die deutschen Fassungen, vgl. die Nachweise soeben Fn. 282 vs. Fn. 283. Die englische Fassung differenziert ebenfalls zwischen *reparation* und *redress*, vgl. EuGH, Slg. 2003, I-10239 Rn. 36 vs. 33 – Köbler (»redress« bzw. »reparation«), die französische dagegen handelt übereinstimmend von *réparation*, vgl. a. a. O. (»réparation du préjudice« vs. »réparation«).

²⁸⁵ Brocke, Europäisierung, 2002, S. 149; Detterbeck, in: ders./Windthorst/Sproll, Staatshaftungsrecht, 2000, § 6 Rn. 71.

zu bestimmen.²⁸⁶ Dem Verbot unionsrechtlicher Diskriminierungen, das das Äquivalenzprinzip aufstellt,²⁸⁷ würde dabei schon genügt, wenn Schadensersatz nur in Amtshaftungsfällen, d. h. namentlich bei Verschulden, anfele. In den Aufopferungskonstellationen genügte dem Äquivalenzprinzip dann die Entschädigung und in Folgenbeseitigungskonstellationen die Folgenbeseitigung. Dem Gebot des Effektivitätsprinzips²⁸⁷ dagegen, dass der Ersatz ein angemessenes Niveau erreiche, wird wohl nur der volle Ersatz des Schadens genügen. Ist das richtig, gilt auch nach Unionsrecht der Grundsatz der Totalreparation.²⁸⁸ Mit den Worten des Generalanwalts *Tesouro*:

»Die Effektivität des gerichtlichen Rechtsschutzes im Fall des Verstoßes gegen die Vorschrift, die eine subjektive Rechtsposition einräumt, zu gewährleisten, bedeutet die inhaltliche Wiederherstellung des durch den Verstoß gegen die Vorschrift beeinträchtigten Rechts.«²⁸⁹

Der Europäische Gerichtshof hat dem Effektivitätsprinzip insbesondere entnommen, dass der Ersatz für entgangenen Gewinn nicht vollständig ausgeschlossen werden darf.²⁹⁰ Es geht also auch unionsrechtlich um die Herstellung des Zustands, der ohne das schädigende Ereignis bestanden hätte, d. h. – nationalrechtlich gewendet – um Schadensersatz im Sinn von §§ 249, 252 BGB. Ein Schadensersatz, der auf den Vertrauensschaden begrenzt wäre, verletzte danach das Effektivitätsprinzip.²⁹¹ Dagegen genügte es dem Effektivitätsprinzip ausdrücklich, Schadensersatz als Naturalrestitution zu gewähren.²⁹² Das legt die Frage nahe, ob Pekunialkompensation auch ausreicht.²⁹³ Wäre die Frage zu verneinen, spräche auch dieser Gesichtspunkt dafür, die oben bereits kritisierte These von der Unmöglichkeit der Naturalrestitution aufzugeben.²⁹⁴

Im Unionsrecht verpflichtet zum einen Art. 340 Abs. 2 AEUV die Union, den durch deren »Organe oder Bediensteten ... verursachten Schaden« zu ersetzen. Es ist anerkannt, dass diese Rechtsfolge verlangt, den Schaden voll zu ersetzen.²⁹⁵ Dementsprechend geht es auch beim unionalen Staatshaftungsanspruch darum, dass die Mitgliedstaaten »verursachtes Unrecht wieder gut

²⁸⁶ EuGH Slg. 1996, I-1029, Rn. 83 – *Brasserie du pêcheur*.

²⁸⁷ Dazu oben § 13 Fn. 37 ff. (S. 220).

²⁸⁸ *Wurmnest*, Grundzüge, 2003, S. 233.

²⁸⁹ GA *Tesouro*, Slg. 1996, I-1029 (1087 f., Rn. 34).

²⁹⁰ EuGH Slg. 1996, I-1029, Rn. 86 f. – *Brasserie du pêcheur*.

²⁹¹ Vgl. EuGH, Slg. 1993, I-4367, Rn. 26, 30, 34 – *Marshall* (im Arbeitsrecht).

²⁹² EuGH, Slg. 2010, I-12167, Rn. 98 – *Fuß*; *Detterbeck*, in: ders./Windthorst/Sproll, Staatshaftungsrecht, 2000, § 6 Rn. 72; vgl. auch § 5 Rn. 38; *Hobe*, Europarecht, 7. Aufl. 2012, Rn. 232; *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 521.

²⁹³ Vgl. aber *Jarass*, Grundfragen, 1994, S. 121 f. (Naturalrestitution ausgeschlossen, d. h. Pekunialkompensation sogar geboten).

²⁹⁴ Siehe oben § 11 I 2 a) (S. 185 ff.).

²⁹⁵ *Wurmnest*, Grundzüge, 2003, S. 95.

[...] machen«²⁹⁶, also um die »inhaltliche *Wiederherstellung* des durch den Verstoß gegen die Vorschrift beeinträchtigten Rechts.«²⁹⁷ Zum anderen gibt es im System der außervertraglichen Haftung der Union eine Art Folgenbeseitigungsanspruch. Hat eine Nichtigkeitsklage Erfolg, muss jene Stelle, der das für nichtig erklärte Handeln zur Last fiel, die »sich aus dem Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union ergebenden Maßnahmen« ergreifen. Das bestimmt Art. 266 AEUV (ex-Art. 233 EGV, exex-Art. 176 EWG). Die aufzugebenden Maßnahmen umfassen die Beseitigung der Folgen des angegriffenen Handelns.²⁹⁸ Die Klage auf Schadensersatz gem. Art. 268, 340 Abs. 2 AEUV (ex-Art. 235, 288 Abs. 2 EGV, exex-Art. 178, 215 Abs. 2 EWG) ist nach Ansicht der Lehre daneben möglich.²⁹⁹ Der EuGH hat zu dieser Frage noch keine Stellung bezogen.

2. Verbleibende Entschädigungsansprüche?

Der hier vorgeschlagene unional inspirierte Haftungsanspruch ist auf Schadensersatz gerichtet. Darin stimmt er mit seinem Vorbild, dem unionsrechtlichen Haftungsanspruch gegen die Mitgliedstaaten, genauso überein wie mit seinem Hauptanwendungsfall, dem Amtshaftungsanspruch nationalen Rechts. Die Aufopferungs- und Folgenbeseitigungsansprüche erfasst die Einheitsdogmatik, soweit deren Rechtsfolgen der Sache nach zum Schadensersatz konvergieren sind.³⁰⁰ Was aber gilt für die Rechtsfolgen von Aufopferungs- und Folgenbeseitigungsansprüchen, soweit sie nicht konvergieren?

Soweit in diesen Fällen der Gesetzgeber keine Konvergenz herstellt und die Rechtsprechung keine Konvergenz herstellen kann, etwa weil es eine entgegengesetzte gesetzliche Regelung gibt, bleibt nur eine Binnendifferenzierung. Zum einen kann dazu der Anwendungsbereich der (geschriebenen oder ungeschriebenen) Spezialregelung insgesamt aus der Rechtsfolge des unional inspirierten Haftungsanspruchs auf Schadensersatz ausgenommen werden. Zum anderen mag die Möglichkeit bestehen darzulegen, warum die allgemeine Rechtsfolge »Schadensersatz« in dieser besonderen Konstellation ausnahmsweise doch nur zur »Entschädigung« führt.³⁰¹ Der Grund wäre derselbe, der das Weniger der Entschädigung auch sonst rechtfertigt, etwa dass sich bei Bemessung der Ent-

²⁹⁶ Vgl. GA *Mischo*, Slg. 1991, I-5357, Rn. 41 – Francovich; vgl. auch oben § 13 II 1 c) (S. 228 ff., insb. Fn. 90 ff.).

²⁹⁷ GA *Tesouro*, Slg. 1996, I-1029, Rn. 34 – Brasserie du pêcheur (dort ohne Hervorhebung).

²⁹⁸ Vgl. EuGH, Slg. 1980, 665 (678 f.) – Könecke.

²⁹⁹ *Ehlers*, in: Ehlers/Schoch (Hrsg.), Rechtsschutz im Öffentlichen Recht, 2009, § 8 Rn. 65, § 10 Rn. 24.

³⁰⁰ Dazu oben § 11 I 2 (S. 185 ff.), § 12 II 1 (S. 210 ff.).

³⁰¹ Vgl. BVerfGK 7, 120 (121).

schädigungshöhe die Sozialpflichtigkeit des Eigentums aktualisiert.³⁰² Dieses Weniger lässt sich auch schadensrechtlich darstellen, wie das Beispiel der Enteignung zeigt: Der Eigentümer wäre dann so zu stellen, wie er stünde, wenn es die Enteignung nicht gegeben hätte. Das ist die Formulierung der Rechtsfolge Schadensersatz. Die Begrenzung auf Entschädigung ergibt sich, auf diesem Ausgangspunkt aufbauend, aus folgender Überlegung: Auch ohne die Enteignung wäre das Eigentum (wieder bzw. weiterhin) mit der Möglichkeit der Enteignung belastet (gewesen). Diese Möglichkeit hat eine Eintrittswahrscheinlichkeit von p und führt, wenn sie eintritt, zu einer Minderung des Grundstückswerts um m , daher ist der Wert des Eigentums um $p \times m$ zu reduzieren.

Voraussetzung für diese Reduzierung ist, dass der Wert des Eigentums, der reduziert wird, die Möglichkeit der Enteignung (noch) nicht selbst berücksichtigt. Wenn der Wert des Eigentums mit seinem Marktpreis angesetzt wird, steht hinter der Berechnung also die Annahme, dass der Markt die Möglichkeit der Enteignung (noch) nicht eingepreist hat. Diese Annahme dürfte zutreffend sein, jedenfalls entspricht sie der Intuition. Nach der Verfügbarkeitsheuristik (*availability bias*) übersieht der Markt die Möglichkeit der Enteignung, weil Enteignungen selten sind. Nach der Verlustaversion wird die Möglichkeit einer Enteignung überhaupt ausgeblendet. Weiter sind Schätzungen im Mikrobereich besonders ungenau.³⁰³ Schließlich kommen Informationsasymmetrien hinzu: Die Wahrscheinlichkeit einer Enteignung lässt sich kaum bestimmen, weil sie von ungewissen Umständen abhängt: Welche Prioritäten wird die Gemeinde verfolgen, wenn nach der Wahl Bürgermeister und Ratsmehrheit gewechselt haben werden? Welcher Investor verlangt für welche Grundstücke aus welchen Gründen eine privatnützige Enteignung? Gibt es dafür im Rat eine Mehrheit?

3. Totalreparation, Bereicherungsverbot und Strafschadensersatz

Der schadensrechtliche Grundsatz der Totalreparation begrenzt den Schadensersatzanspruch nach unten: Der Geschädigte bekommt nicht weniger als seinen Schaden ersetzt. Die Kehrseite des Grundsatzes ist das schadensrechtliche Bereicherungsverbot. Es begrenzt den Ersatzanspruch nach oben: Der Geschädigte bekommt nicht mehr als seinen Schaden ersetzt. Das Bereicherungsverbot hat der Europäische Gerichtshof für die außervertragliche Haftung der Gemeinschaft der Sache nach anerkannt.³⁰⁴ Für die Haftung der Mitgliedstaaten folgt das Bereicherungsverbot aus dem Kohärenzgrundsatz bzw. aus

³⁰² Vgl. *D. Birk*, JA 1983, S. 219 (221); *Schlink*, in: Albert/Luhmann/Maihofer/Weinberger (Hrsg.), *Rechtstheorie als Grundlagenwissenschaft der Rechtswissenschaft*, 1972, S. 322 (339).

³⁰³ Vgl. *Glöckner/Towfigh*, JZ 2010, S. 1027 (1028) mit Verweis auf Tversky/Kahneman; allgemein einführend in »den richtigen Umgang mit Zahlen und Risiken« – so der Untertitel – *Gigerenzer*, *Das Einmaleins der Skepsis*, 8. Aufl. 2011.

³⁰⁴ Vgl. EuGH, Slg. 1979, 3017, Rn. 15 – DGV.

nationalem Recht.³⁰⁵ Soweit danach ein Bereicherungsverbot nicht besteht, lässt der unionsrechtliche Haftungsanspruch Strafschadensersatz zu, obwohl dieser – naturgemäß – den tatsächlichen Schaden übersteigt.³⁰⁶

Die hier vorzuschlagende unionsrechtlich inspirierte Haftungsdogmatik erlaubt dagegen keinen Strafschadensersatz. Insoweit fehlt es nicht nur an der Voraussetzung haftungsausfüllender Kausalität. Sondern es fehlt insoweit schon an einem Schaden. Das wird deutlich, wenn der Geschädigte zunächst jenen Teil des Anspruchs geltend machte, der herkömmlich auf den Ersatz tatsächlich entstandener Schäden gerichtet ist (Schadens-Schadensersatz) und nicht auf darüber hinausgehende Zahlungen (Straf-Schadensersatz). Denn sobald der Schadens-Schadensersatz beglichen ist, ließe sich sagen, ist nicht bloß der ursprüngliche Schadens-Schadensersatzanspruch durch Erfüllung untergegangen, sondern es entfallen schon die Tatbestandsvoraussetzungen selbst, genauer: die Voraussetzung des Schadens. Darin liegt ein Unterschied zu, sagen wir, einem Anspruch auf Zahlung eines Kaufpreises. Wird der Kaufpreis beglichen, liegen die Voraussetzungen für »Anspruch entstanden?« weiter vor. Der Kaufvertrag ist nach wie vor ein geschlossener. Erst auf der nächsten Prüfungsebene (»Anspruch erloschen?«) tritt die Erfüllung auf den Plan.³⁰⁷ Der Schadensersatzanspruch hat dagegen schon zur Entstehungsvoraussetzung, dass ein negatives Vermögenssaldo vorliegt. Daran fehlt es aber, sobald die Schädigung des Vermögens, die durch die schädigende Handlung eingetreten ist, durch Zahlung des Schadens-Schadensersatzes ausgeglichen wurde. In Fällen erfüllter Schadens-Schadensersatzansprüche scheitert die (erneute) Geltendmachung des Anspruchs (sei es auf Schadens-Schadensersatz, sei es auf Straf-Schadensersatz) also nicht erst und nicht nur auf der Ebene »Anspruch untergegangen?« (wie beim erfüllten Kaufpreisanspruch oder der erfüllten Gebührenforderung), sondern schon davor, auf der Ebene »Anspruch entstanden?«.

IV. Anspruchsschuldner und Passivlegitimation

Die Einheitsdogmatik verpflichtet jene Körperschaft, der die Verletzung zuzurechnen ist. Im nationalen Haftungsrecht ist in den Einzelheiten umstritten, wen genau Art. 34 Satz 1 GG zum Anspruchsschuldner macht. Es konkurrieren

³⁰⁵ *Wurmnest*, Grundzüge, 2003, S. 234; zum Bereicherungsverbot nach nationalem Recht siehe oben § 6 Fn. 43 (S. 57).

³⁰⁶ *Jansen*, Struktur des Haftungsrechts, 2003, S. 163.

³⁰⁷ Zum Aufbau vgl. nur *Medicus/J. Petersen*, Grundwissen zum Bürgerlichen Recht, 9. Aufl. 2011, Rn. 48.

ren die Anstellungs-³⁰⁸, die Funktions-³⁰⁹ und die Anvertrauens-³¹⁰ Theorie. Folgebeseitigung schuldet derjenige Hoheitsträger, der im Zeitpunkt der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung rechtlich in der Lage ist, den geschuldeten *status quo ante* wiederherzustellen.³¹¹ Der Aufopferungsanspruch verpflichtet den begünstigten Hoheitsträger. Das ist derjenige Hoheitsträger, dessen Aufgabe wahrgenommen worden oder dem die Vorteile des Eingriffs zugeflossen sind, also nicht notwendig derjenige, der den Eingriff vorgenommen hat.³¹²

Der unionale Staatshaftungsanspruch ist demgegenüber hierzulande als »Paradigmenwechsel« bezeichnet worden, weil er »erstmalig« eine unmittelbare Staatshaftung begründet habe, einen originären Anspruch gegen den Staat.³¹³ Welche staatliche Stelle Haftungsschuldner sei, überlässt das Unionsrecht den Mitgliedstaaten zur Entscheidung.³¹⁴ Es ist danach zulässig, dass eine dezentrale öffentlich-rechtliche Körperschaft den Schaden zu ersetzen hat.³¹⁵ Der Bundesgerichtshof bestimmt den Schuldner unionaler Staatshaftung nach denselben Grundsätzen wie den der Amtshaftung.³¹⁶

V. Rechtsweg

Der Einheitsanspruch ist teils vor den ordentlichen, teils vor den Verwaltungsgerichten geltend zu machen. Die Aufteilung entspricht der Rechtswegspaltung nationalen Rechts. Danach entscheidet die ordentliche Gerichtsbarkeit gem. Art. 34 Satz 3 GG, § 40 Abs. 2 Satz 2 VwGO über Amtshaftungsansprüche.³¹⁷

³⁰⁸ BGHZ 108, 230 (232); ebenso *W. Jellinek*, Verwaltungsrecht – Nachtrag, 1950, S. 321; vgl. auch *H. Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 26 Rn. 41 (mit dem Prädikat »h.L.«).

³⁰⁹ Vgl. *v. Danwitz*, in: v. Mangoldt/F. Klein/Starck (Hrsg.), GG, Bd. 2, 6. Aufl. 2010, Art. 34 Rn. 121 m. w. N. (referierend).

³¹⁰ BGHZ 99, 326 (330); 150, 172 (179); BGH, DVBl 2000, S. 1290 (1291); NJW 2002, S. 1793 (1795); *C. Dörr*, DVBl 2006, S. 598 (604); *H. Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 26 Rn. 42.

³¹¹ Vgl. BVerwG, NJW 1985, S. 1481 (1481); *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 324.

³¹² Nachweise und Kritik oben § 8 Fn. 171 f. (S. 135).

³¹³ *Höfling*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts III, 2009, § 51 Rn. 91; vgl. auch *Morlok*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts III, 2009, § 54 Rn. 8; *Schoch*, in: FS Maurer, 2001, S. 759 (775) (»Paradigmenwechsel«).

³¹⁴ Vgl. *Gundel*, DVBl 2001, S. 95 (97); *Lageard*, in: C. O. Lenz/Borchardt (Hrsg.), EUV, Art. 340 AEUV, Rn. 57.

³¹⁵ EuGH, Slg. 1999, I-3122, Rn. 64 – Konle; EuGH, Slg. 2000, I-5123, Rn. 25 ff., 29 ff. – Haim; EuGH, Slg. 2010, I-12167, Rn. 61 – Fuß; *Böhm*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach (Hrsg.), Europarecht, 2. Aufl. 2010, § 12 Rn. 130.

³¹⁶ BGHZ 161, 224 (236); vgl. *C. Dörr*, DVBl 2006, S. 598 (603 f.); *O. Dörr*, in: Sodan/Ziekow (Hrsg.), VwGO, 3. Aufl. 2010, EVR Rn. 269.

³¹⁷ Siehe oben § 10 V 1 (S. 178 ff.).

Der Rechtsweg beginnt gem. § 71 Abs. 2 Nr. 2 GVG streitwertunabhängig beim Landgericht.³¹⁸ Die Zivilgerichte entscheiden außerdem über Aufopferungsansprüche.³¹⁹ Bei den Verwaltungsgerichten beginnt der Sekundärrechtsweg dagegen gem. § 40 Abs. 2 VwGO für Folgenbeseitigungsansprüche.³²⁰

Auf welchem Rechtsweg unionale Haftungsansprüche gegen die Mitgliedstaaten geltend gemacht werden können, bestimmen die Mitgliedstaaten selbst.³²¹ Das Unionsrecht folgt insoweit dem Prinzip nationaler Verfahrenautonomie.³²² Das hiesige Recht hat den unionalen Haftungsanspruch gegen die Mitgliedstaaten den ordentlichen Gerichten zugewiesen. Das folgt aus Art. 34 Satz 3 GG, § 40 Abs. 2 Satz 1 Hs. 1 Var. 3 VwGO.³²³ Begehrt ein Bürger Staatshaftung, weil ein Mitgliedstaat ihn in seinem Unionsrecht verletzt habe, hat das nationale Gericht die vom Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften entwickelten Leitlinien zu beachten.³²⁴ Der hier unterbreitete Vorschlag, das nationale am unionalen Haftungsrecht auszurichten, würde den Gerichten also keine neue Dogmatik ansinnen, sondern erweiterte lediglich den Anwendungsbereich einer dort bereits bekannten, vorhandenen und vertrauten Dogmatik. Die Transaktionskosten, die die Umstellung verursachte, wären damit so niedrig wie möglich. Dass die Einheitsdogmatik die nicht länger als zeit- und sachgemäß empfundene Rechtswegspaltung durch interpretatorische Bemühungen wohl nicht überwinden kann, war oben Gegenstand der Darstellung.³²⁵

VI. Regress

Die Einheitsdogmatik trifft keine Aussagen über den staatlichen Regress. Nach nationalem Haftungsrecht besteht die Möglichkeit, dass der Staat, der den geschädigten Bürger entschädigt hat, den handelnden Beamten in Regress nimmt. Der Rückgriffsanspruch, den Art. 34 Satz 3 GG ausdrücklich anerkennt,

³¹⁸ Rathmann, in: Saenger (Hrsg.), ZPO, 4. Aufl. 2011, § 71 GVG Rn. 4; Wittschier, in: Musielak (Hrsg.), ZPO, 9. Aufl. 2012, § 71 GVG Rn. 7; Zimmermann, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 3. Aufl. 2008, § 71 GVG Rn. 7.

³¹⁹ Nachweise oben § 11 Fn. 96 (S. 196).

³²⁰ Detterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht, 10. Aufl. 2012, Rn. 1227; H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 30 Rn. 19.

³²¹ EuGH, Slg. 1991, I-5357, Rn. 42 – Francovich.

³²² Vgl. nur Haltern, Europarecht, 2. Aufl. 2007, Rn. 796.

³²³ Detterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht, 10. Aufl. 2012, Rn. 1315 (S. 517); O. Dörr, in: Sodan/Ziekow (Hrsg.), VwGO, 3. Aufl. 2010, EVR Rn. 269; im Ergebnis ebenso H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 31 Rn. 17 (wohl irrtümlich mit Verweis auf Satz 2 des § 40 Abs. 2 VwGO).

³²⁴ EuGH, Slg. 1999, I-3122, Rn. 58 – Konle; EuGH, Slg. 2000, I-5148, Rn. 44 – Haim; BGHZ 181, 199 (Rn. 13).

³²⁵ Siehe oben § 10 V 1 (S. 178 ff.).

zählt thematisch zum Recht des öffentlichen Dienstes³²⁶. Dort regeln ihn beispielsweise § 75 BBG, § 24 SG, § 34 ZDG. Dementsprechend überlässt es auch das Unionsrecht dem nationalen Recht, den Regress des haftenden Mitgliedsstaates bei dessen eigenen Beamten vorzusehen. Das Unionsrecht selbst regelt nur den Regress der Union bei deren eigenen Beamten als Frage des Bedienstetenstatuts, vgl. Art. 340 Abs. 4 AEUV (ex-Art. 288 Abs. 4 EGV, exex-Art. 215 Abs. 3 EWG).³²⁷ Der Rückgriff ist Teil des öffentlichen Dienstrechts. Das ist der Grund, warum die Einheitsdogmatik des Haftungsrechts keine Aussagen zum Regress trifft. Der Rückgriffsanspruch liegt außerhalb des Untersuchungsgegenstands dieser Abhandlung.

VII. Zwischenergebnis

1. Tabellarische Zusammenfassung

	Einheitsanspruch	Unionale Staatshaftung	Amts haftung	Aufopferung	Folgenbeseitigung
I. 1. Recht	<i>bürger-schützende Rechtsnorm</i>	<i>individual-schützende Unionsrechtsnorm</i>	<i>dritt-schützende Rechtsnorm</i>	<i>bestimmtes immaterielles Recht</i>	<i>subjektives öffentliches Recht</i>
I. 2. Handlung	<i>qualifizierter Verstoß</i>	<i>hinreichend qualifizierter Verstoß</i>	<i>verschuldeter Verstoß (vorsätzlich oder fahrlässig)</i>	<i>Verstoß zum Wohl der Allgemeinheit (hoheitlicher Eingriff)</i>	<i>Verstoß</i>
I. 3. Erfolg	<i>Schaden</i>	<i>Schaden Einzelheiten nach nationalem Recht</i>	<i>Schaden</i>	<i>Sonderopfer in Gestalt eines Vermögensschadens</i>	<i>rechts-widriger andauernder Zustand</i>
I. 4. Kausalität	<i>Kausalität</i>	<i>Kausalität (Unmittelbarkeit oder Adäquanz)</i>	<i>Kausalität (Adäquanz)</i>	<i>Kausalität (Zurechenbarkeit; Verwirklichung besonderer Gefahr)</i>	<i>Kausalität (Zurechenbarkeit nach Eingriffsdogmatik)</i>

³²⁶ Vgl. nur *Gierke*, Gutachten, in: Verhandlungen des 28. DJT, 1905, Bd. 1, S. 102 (141).

³²⁷ *Wurmnest*, Grundzüge, 2003, S. 99 m. w. N. in Fn. 53.

	Einheitsanspruch	Unionale Staatshaftung	Amts-haftung	Auf-opferung	Folgen-beseitigung
I. 5. Mitverant- wortung des Geschä- digten	<i>Schadens- begrenzung durch Ge- schädigten</i> insb. auf Primär- rechtsweg	<i>Schadensbe- grenzung durch Ge- schädigten</i> insb. auf Primär- rechtsweg	<i>Schadensbe- grenzung durch Ge- schädigten</i> gem. § 254 BGB insb. auf Primär- rechtsweg, § 839 Abs. 3 BGB	<i>Schadensbe- grenzung durch Ge- schädigten</i> gem. § 254 BGB analog insb. auf Primär- rechtsweg	<i>Schadensbe- grenzung durch Ge- schädigten</i> § 254 BGB analog oder allg. Rechtsge- danke
II. Rechtsfolge	<i>Schadens- ersatz</i>	<i>Schadens- ersatz</i> Mindest- garantie; Einzelhei- ten nach nationalem Recht	<i>Schadens- ersatz</i> BGH: nur Geld, keine Naturalre- stitution	<i>Ent- schädigung</i>	<i>Wieder- herstellung</i> (Beseitigung unmittel- barer Folgen)
III. Schuldner	<i>Staat oder Körper- schaft</i>	<i>Staat oder Körper- schaft</i> wie Art. 34 GG	<i>Staat oder Körper- schaft</i> Art. 34 GG	<i>Staat oder Körper- schaft,</i> die ein- greift oder begünstigt wurde	<i>Staat oder Körper- schaft,</i> die wieder- herstellen kann
IV. 1. Verjährung	<i>§§ 195, 199 BGB</i>	<i>nach natio- nalem Recht</i> BGH: §§ 195, 199 BGB	<i>§§ 195, 199 BGB</i>	<i>§§ 195, 199 BGB</i> (streitig)	jedenfalls <i>Verwirkung</i>
IV. 2. Rechtsweg	<i>ordentliche bzw. Verwaltungs- gerichte</i>	<i>nach natio- nalem Recht</i> → ordent- liche Ge- richte, Art. 34 Satz 3 GG, § 40 II 2 VwGO	<i>ordentliche Gerichte</i> Art. 34 Satz 3 GG	<i>ordentliche Gerichte</i> § 17 VVG	<i>Verwaltungs- gerichte</i> § 40 II VwGO

Abbildung 3: Unional inspiriertes Staatshaftungsrecht

2. Leitsätze unional inspirierter Haftungsdogmatik

Die Konturen des unionsrechtlich inspirierten Haftungsanspruchs lassen sich zu Aussagen zusammenfassen, wie sie der Gesetzgeber (als Gesetz) oder ein Gericht (in Leitsätzen) formulieren könnte.³²⁸

1. Verletzt ein Organ oder ein Bediensteter des Staates in Ausübung seiner Amtstätigkeit das Recht eines Bürgers qualifiziert, hat der Staat dem Bürger den dadurch verursachten Schaden zu ersetzen.
2. Eine Verletzung ist qualifiziert, soweit das verletzte Recht klar und genau formuliert ist, die Rechtsnorm Ermessen nicht einräumt oder staatliches Verschulden vorlag. Es kommt auf eine Gesamtschau dieser Kriterien an.
3. Die Verletzung verursacht den Schaden, wenn sie nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Schaden entfele, und die Rechtsnorm den Bürger gerade vor Schäden dieser Art zu schützen bestimmt ist.
4. Der Geschädigte ist so zu stellen, wie er stünde, wenn der Staat das Recht nicht verletzt hätte. Hat der Geschädigte es unterlassen, den Schaden abzuwenden oder zu mindern, verringert sich sein Anspruch entsprechend. Der Anspruch verjährt nach allgemeinen Regeln.
5. Den Schadensersatz schuldet jene Körperschaft, der die Verletzung zuzurechnen ist.

3. Abgleich mit der überkommenen Rechtslage

Der unional inspirierte Haftungsanspruch bildet das Haftungsrecht der Rechtsprechung weitgehend und das Haftungsrecht der Literatur nahezu vollständig ab. Verglichen mit dem nationalen Haftungsrecht, wie es die Rechtsprechung konturiert hat, sticht vor allem die Parallelität zur Amtshaftung ins Auge. Die Übereinstimmung erfasst alle Merkmale von Tatbestand und Rechtsfolge. Das gilt für das verletzte Recht, wenn man mit neueren Tendenzen in deutscher und europäischer Rechtsprechung die Konvergenz von Drittschutz und Individualschutz anerkennt, und für das Verschulden im Amtshaftungsanspruch, wenn man akzeptiert, dass die Rechtsprechung Amtshaftung der Sache nach bereits heute verschuldensunabhängig gewährt. Folgt man dem, verlieren Aufopferungs- und Folgenbeseitigungsanspruch für die Unrechtsentschädigung weitgehend an Bedeutung. In gleichem Maß sinkt die Überzeugungskraft des Einwands, dass insbesondere der Folgenbeseitigungsanspruch Merkmale kennt, die sich in den unionsrechtlich inspirierten Haftungsanspruch kaum oder gar nicht einfügen.

³²⁸ Zur Frage, inwieweit der Gesetzgeber tätig werden müsste, siehe unten § 16 (S. 347 ff.).

§ 15 Vor- und Nachteile des unterbreiteten Vorschlags

I. Maßstab

Wer sich von der herkömmlichen Dogmatik abwenden will, darf sich nicht damit begnügen zu zeigen, dass eine andere Dogmatik genauso gut wäre. Die neue Dogmatik muss besser sein. Das folgt aus der Stabilitätsfunktion des Rechts und dessen Aufgabe, Rechtssicherheit durch Vorhersehbarkeit der Entscheidungen zu schaffen. Die Gründe für die Neuerung der Dogmatik müssen daher auch nicht bloß besser sein, sondern sie müssen mindestens so viel besser sein, dass die erreichte Verbesserung das enttäuschte Vertrauen der Rechtsgemeinschaft in die bestehenden Regeln zuzüglich weiterer Umstellungskosten überwiegt. Die Argumentationslast, dass die neue Dogmatik mindestens so viel besser ist, trägt derjenige, der die geltende Dogmatik ersetzen will.¹

II. Europäisierung und Ökonomisierung als Inspirationen der Dogmatik

1. Europäisierung

a) Phänomenologie

Europäisierung schillert. Das gilt jedenfalls für den seit den 1980er Jahren gebräuchlichen² Begriff.³ Zuweilen ist namentlich die Europäisierung des Ver-

¹ Vgl. nur *Oebbecke*, StWStP 8 (1997), S. 461 (465); *Rüthers/C. Fischer/A. Birk*, Rechts-
theorie, 6. Aufl. 2011, Rn. 324.

² *Wahl*, JZ 2012, S. 861 (862).

³ Begriff etwa bei *Brenner/P. M. Huber*, DVBl 1999, S. 764 (764); *dies.*, DVBl 2004, S. 863 ff.; *Jans/de Lange/Prechal/Widdershoven*, Europeanisation, 2007; *Kreuzer/Scheuing/Sieber* (Hrsg.), Europäisierung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen, 1997; *Ladeur* (Hrsg.), Europeanisation of Administrative Law, 2002; *Nowak*, DVBl 2012, S. 793 ff., 857 ff.; *Regeling*, in: *dies.* (Hrsg.), Europäisierung des Rechts, 1996, S. 1 (1 f.); *Ruffert*, Die Verwaltung 36 (2003), S. 293 (293 ff.); *dies.*, in: *Hoffmann-Riem*, Offene Rechtswissenschaft, 2010, S. 1397 (1398); *Schmidt-Aßmann*, in: FS Lerche, 1993, S. 513 (513); *J.-P. Schneider*, in: *Ruffert* (Hrsg.), The Transformation of Administrative Law in Europe, 2007, S. 309 ff. (»Regulation and Europeanisation as Key Patterns of Change in Administrative Law«); *Schoch*, JZ 1995, S. 109 (109 ff.); *dies.*, DVBl 1997, S. 289 (289 ff.); *dies.*, Die Verwaltung, Beiheft 2 (1999),

fassungsrechts gemeint⁴, wie sie die Öffnung Deutschlands gen Europa gem. Art. 23 GG bewirkt⁵, oder auch die »Mutation des Nationalstaats vom klassischen souveränen Einzelstaat zum Mitgliedstaat«⁶. Ist von der Europäisierung des Staatshaftungsrechts die Rede, gilt diese herkömmlich zumeist der Umsetzung des unionsrechtlichen Haftungsanspruchs gegen die Mitgliedstaaten in nationales Recht.

In dieser Abhandlung meint Europäisierung, *Schmidt-Aßmann* folgend, allgemein den »Prozeß fortschreitender Beeinflussung, Wandlung und Überformung eines Rechtsgebietes durch die Rechtsmassen europäischen Rechts und das in ihnen wirksame Rechtsdenken«⁷. Die Supranationalität der Europäischen Union bringt es mit sich, dass es Sachgebiete gibt, die sowohl das Unions- wie das nationale Recht regeln. Auf diesen Sachgebieten entsteht ein Austausch von nationalem und unionalem Recht, der sich auf vielfältigen Wirkungspfaden

S. 135 (135 ff.); *ders.*, in: FS Maurer, 2001, S. 759 (759 ff.); *R. Schröder*, Verwaltungsrechtsdogmatik im Wandel, 2007, S. 123 ff.; *Siegel*, Europäisierung des Öffentlichen Rechts, 2012; *Wahl*, Verfassungsstaat, Europäisierung, Internationalisierung, 2003; *ders.*, Herausforderungen und Antworten, 2006, S. 94 ff.; *ders.*, Der Staat 47 (2008), S. 495 ff.; krit. *Kabl*, Die Verwaltung 42 (2009), S. 463 (466) (»unspezifisches Schlagwort und bestenfalls deskriptiver Sammelbegriff«); diff. *Mangold*, Gemeinschaftsrecht und deutsches Recht, 2011, S. 23 ff.; *Sommermann*, in: Schwarze (Hrsg.), Bestand und Perspektiven des Europäischen Verwaltungsrechts, 2008, S. 181 (181 f.).

⁴ Vgl. zur Europäisierung des (deutschen) Verfassungsrechts allgemein nicht nur die in dieser Weise benannten Beiträge von *H. Bauer*, JBl. 2000, S. 750 ff., *Bieber*, in: Kreuzer/Scheuing/Sieber (Hrsg.), Europäisierung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen, 1997, S. 71 ff., *E. Klein*, in: FS Stern I, 1997, S. 1301 ff., und *Scheuing*, in: Kreuzer/Scheuing/Sieber (Hrsg.), a. a. O., S. 87 ff., sondern auch *v. Bogdandy*, Der Staat 39 (2000), S. 163 (164 ff.); *H. Dreier*, DÖV 2002, S. 537 ff.; *Häberle*, EuGRZ 1991, S. 261 (262 ff.); *Kokott*, VVDStRL 63 (2004), S. 7 (11 ff.); Schwarze (Hrsg.), Verfassungsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit im Zeichen Europas, 1998; *Siegel*, Europäisierung des Öffentlichen Rechts, 2012, Rn. 94 ff.; *Vesting*, VVDStRL 63 (2004), S. 41 (47 ff.); *Wahl*, Verfassungsstaat, Europäisierung, Internationalisierung, 2003.

⁵ Vgl. *v. Bogdandy*, Der Staat 2000, S. 163 (165 ff.); *Möllers*, Grundgesetz, 2009, S. 88 f.; *R. Schröder*, Verwaltungsrechtsdogmatik im Wandel, 2007, S. 123 ff., insb. S. 132.

⁶ *Schuppert*, Der Staat 38 (1999), S. 325 (336) (dort hervorgehoben); vgl. *Wahl*, Herausforderungen und Antworten, 2006, S. 95.

⁷ *Schmidt-Aßmann*, in: FS Lerche, 1993, S. 513 (513); in der Sache ebenso *ders.*, Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. 2004, 1. Kap., Rn. 50; zustimmend *Regeling*, in: *ders.* (Hrsg.), Europäisierung des Rechts, 1996, S. 1 (2), *Siegel*, Europäisierung des Öffentlichen Rechts, 2012, Rn. 69 (mit Differenzierungen in Rn. 70 ff.); in der Sache ebenso *H. Bauer/Pleyer*, in: H. Bauer/R. Breuer/Degenhart/Oldiges (Hrsg.), 100 Jahre Allgemeines Baugesetz Sachsen, 2000, S. 603 (604); *Brenner/P. M. Huber*, DVBl 1999, S. 764 (764); *Burgi*, VVDStRL 62 (2003), S. 405 (415); *Greb*, Der einheitliche gemeinschaftsrechtliche Staatshaftungsanspruch, 2002, S. 145; *Reiner Schmidt*, VerwArch 91 (2000), S. 149 (161); *Sommermann*, DVBl 1996, S. 889 (891); *ders.*, in: Schwarze (Hrsg.), Bestand und Perspektiven des Europäischen Verwaltungsrechts, 2008, S. 181 (182).

und Intensitätsstufen vollzieht.⁸ Europäisierung meint deshalb weder nur die (erzwungene oder freiwillige) Rezeption des Rechts⁹, noch leugnet der Begriff die Janusköpfigkeit dieses »komplexen und vielbeschriebenen Wandlungs- und Anpassungsprozesses«¹⁰: Nicht nur beeinflusst das Unionsrecht das Recht der Mitgliedstaaten¹¹, sondern das Recht der Mitgliedstaaten beeinflusst umgekehrt und wechselwirkend auch das Unionsrecht¹².

Europäisierung beschreibt ein derart fundamentales Phänomen, dass sie den Beginn einer »zweite[n] Phase des Öffentlichen Rechts« in Deutschland markiert.¹³ Sie ist schon lange, mittlerweile fast flächendeckend, festzustellen.¹⁴ Europäisierung existiert im Verfassungsrecht¹⁵, im Privatrecht¹⁶, namentlich im

⁸ *Schmidt-Aßmann*, DVBl 1993, S. 924 ff., nachgedruckt in: *ders.*, Aufgaben und Perspektiven verwaltungsrechtlicher Forschung, 2006, S. 384 ff.; vgl. auch *Hartmann*, ERA Forum 12 (2012), S. 613 (613 f.).

⁹ *Burgi*, JZ 2010, S. 105 (106); *Kabl*, Die Verwaltung 42 (2009), S. 463 (466); *Schwarze*, in: *ders.* (Hrsg.), Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, 1996, S. 123 (209 f.).

¹⁰ *Voßkuhle*, JuS 2004, S. 2 (4).

¹¹ Vgl. nur *Jarass*, Grundfragen der innerstaatlichen Bedeutung des EG-Rechts, 1994; *Säuberlich*, EuR 2004, S. 954 ff.

¹² *Bachof*, VVDStRL 30 (1972), S. 193 (236); *Ehlers*, DVBl 2004, S. 1441 (1451); *Frowein*, in: *Schulze/C. Walter* (Hrsg.), 50 Jahre Römische Verträge, 2008, S. 43 (44); *Giegerich*, Europäische Verfassung und deutsche Verfassung, 2003 (auch zur Wechselseitigkeit der Rezeption); *Hartmann*, ERA Forum 12 (2012), S. 613 (613 f.); *Kabl*, Die Verwaltung 42 (2009), S. 463 (470); *ders.*, EPL 16 (2010), S. 105 (121); *E. Klein*, in: *Starck* (Hrsg.), Rechtsvereinheitlichung, 1992, S. 117 (141 f.); *Kotzur*, in: *FS Häberle*, 2004, S. 291 ff.; *Neidhardt*, Nationale Rechtsinstitute als Bausteine europäischen Verwaltungsrechts, 2008; *Rengeling*, in: *VVDStRL 53* (1994), S. 202 (207 ff.); *Schmidt-Aßmann*, in: *FS Lerche*, 1993, S. 513 (513); *ders.*, DVBl 1993, S. 924 ff.; *Schoch*, Die Verwaltung, Beiheft 2 (1999), S. 135 (136); *Schwarze*, in: *ders.* (Hrsg.), Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, 1996, S. 123 (209 f.); *ders.*, in: *ders.* (Hrsg.), Bestand und Perspektiven des europäischen Verwaltungsrechts, 2008, S. 11 (26 ff.); *Starck*, JZ 2010, S. 1170 (1170); *Wahl*, Herausforderungen und Antworten, 2006, S. 101 ff.; *ders.*, in: *Trute/Groß/H. C. Röhl/Möllers* (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 2008, S. 869 (875); *Zuleeg*, in: *VVDStRL 53* (1994), S. 154 (169 ff.).

¹³ *Wahl*, in: *ders.*, Verfassungsstaat, Europäisierung, Internationalisierung, 2003, S. 411 (422 ff.); *ders.*, Herausforderungen und Antworten, 2006, S. 96; *ders.*, Der Staat 47 (2008), S. 495 ff.; in der Sache ebenso *Di Fabio*, Recht offener Staaten, 1998, S. 132 ff., insb. S. 139 ff.; *Voßkuhle*, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts I, 2. Aufl. 2012, § 1 Rn. 13 (S. 17).

¹⁴ *Bachof*, VVDStRL 30 (1972), S. 193 (236 f.); *Brenner/P. M. Huber*, DVBl 1999, S. 764 (770); *v. Bogdandy*, JZ 2011, S. 1 (2); *R. Schröder*, Verwaltungsrechtsdogmatik im Wandel, 2007, S. 133; *Schulze*, ZNR 16 (1994), S. 297 (315).

¹⁵ Siehe Nachweise soeben in diesem § 15 Fn. 4 (S. 306 f.).

¹⁶ Vgl. nur *Eidenmüller/Faust/Grigoleit/Jansen/Wagner/Zimmermann*, JZ 2008, S. 529 ff. = *dies.*, Oxf. J. Leg. Stud. 28 (2008), S. 659 ff.; *Hallstein*, RabelsZ 28 (1964), S. 211 ff.; *R. Michael/Jansen*, in: *Jansen/R. Michael* (Hrsg.), Beyond the State, 2008, S. 69 (87 ff.); *Schulze*, in: *FS Deutscher Richterbund*, 2009, S. 223 (228 ff.); *ders./Schulte-Nölke*, in: *dies.* (Hrsg.), Schuldrechtsreform, 2001, S. 3 (5 ff.); *Zimmermann*, Europäisierung des Privatrechts, 2006, S. 11 ff.

zivilen Vertrags¹⁷, Haftungs¹⁸ und Arbeitsrecht¹⁹, im Allgemeinen Verwaltungsrecht²⁰, namentlich im öffentlichen Haftungs²¹ und im Verwaltungsorganisationsrecht²², im Besonderen Verwaltungsrecht, namentlich im Umwelt²³, Bau- und Planungsrecht²⁴, im Informations-, Telekommunikations- und Medi-

¹⁷ *Grundmann*, Europäisches Schuldvertragsrecht, 1999, insb. S. 107 ff.; *Jansen*, in: Micklitz/Cafaggi (Hrsg.), *European Private Law*, 2010, S. 147 (147 f.); *Kötz/Flessner*, Europäisches Vertragsrecht I, 1996, S. XI und passim; *Riesenhuber*, Europäisches Vertragsrecht, 2. Aufl. 2006, Rn. 1 mit 30.

¹⁸ Vgl. nur *v. Bar*, Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Bd. I, 1996, Bd. II, 1999; *Jansen*, ZEuP 2001, S. 30 (49 ff., 64 f.); *Koziol*, JBl. 2001, S. 29 ff.; *Koziol/Schulze* (Hrsg.), *Tort Law of the European Community*, 2008; *Wurmnest*, Grundzüge eines europäischen Haftungsrechts, 2003; *Zimmermann*, Europäisierung des Privatrechts, 2006, S. 24 ff., 40 ff.

¹⁹ *R. Birk*, in: *Kreuzer/Scheuing/Sieber* (Hrsg.), Europäisierung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen, 1997, S. 55 ff.; *Jansen/Rademacher*, in: *Koziol/Wilcox* (Hrsg.), *Punitive Damages*, 2009, S. 75 (85).

²⁰ Vgl. nur *Classen*, in: *Kreuzer/Scheuing/Sieber* (Hrsg.), Europäisierung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen, 1997, S. 107 ff.; *ders.*, *Die Verwaltung* 31 (1998), S. 307 ff.; *v. Danwitz*, *Verwaltungsrechtliches System und Europäische Integration*, 1996, S. 194 ff., 395 ff., 467 ff., 494 ff.; *Eblers*, DVBl 1991, S. 605 (608 ff.); *Engel*, *Die Verwaltung* 25 (1992), S. 437 ff.; *Englisch*, *Die Verwaltung* 41 (2008), S. 99 ff.; *Kadelbach*, *Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß*, 1999, S. 296 ff.; *Kabl*, *Die Verwaltung*, Beiheft 10 (2010), S. 39 (73 ff.); *ders.*, NVwZ 2011, S. 449 (450 ff., 454 ff.); *Ladewig*, EuR 1995, S. 227 ff.; *ders.*, in: *Trute/Groß/H. C. Röhl/Möllers* (Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 2008, S. 795 (796 ff.); *Schoch*, JZ 1995, S. 109 ff.; *ders.*, *Die Verwaltung*, Beiheft 2 (1999), S. 135 (137 ff.); *Schmidt-Aßmann*, in: *FS Lerche*, 1993, S. 513 ff.; *ders.*, DVBl 1993, S. 924 ff.; *Schwarze*, in: *ders.* (Hrsg.), *Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß*, 1996, S. 789 (805 ff.); *Sommermann*, DVBl 1996, S. 889 (891 f.); *Zuleeg*, in: *VVDStRL* 53 (1994), S. 154 (155); außerdem *Bogumil/Jann*, *Verwaltung und Verwaltungswissenschaften*, 2. Aufl. 2009, S. 276 ff.; krit. insb. *R. Breuer*, *Die Verwaltung* 36 (2003), S. 271 (283 ff.).

²¹ Vgl. die Nachweise sogleich unter § 15 II 1 b) (S. 312 ff.), insb. Fn. 45 ff.

²² *v. Danwitz*, *Verwaltungsrechtliches System und Europäische Integration*, 1996, S. 194 ff.; *Rengeling*, in: *VVDStRL* 53 (1994), S. 202 (211 f.); *Schmidt-Aßmann*, *Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, 2. Aufl. 2004, 1. Kap., Rn. 61; *R. Schröder*, *Verwaltungsrechtsdogmatik im Wandel*, 2007, S. 140 ff.; *Schwarze*, in: *ders.* (Hrsg.), *Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß*, 1996, S. 123 (148 ff.); *ders.*, in: *ders.* (Hrsg.), *Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß*, 1996, S. 789 (801 ff.); *Sommermann*, in: *Schwarze* (Hrsg.), *Bestand und Perspektiven des Europäischen Verwaltungsrechts*, 2008, S. 181 (188 ff.).

²³ Vgl. nur *Durner*, in: *Möllers/Voßkuhle/C. Walter* (Hrsg.), *Internationales Verwaltungsrecht*, 2007, S. 121 (132 ff.); *Jarass*, UPR 2000, S. 241 ff.; *Kabl*, *Umweltprinzip und Gemeinschaftsrecht*, 1993, S. 9; *Kloepfer*, *Umweltrecht*, 3. Aufl. 2004, § 9 Rn. 118; *Kloepfer*, NVwZ 2002, S. 645 ff.; *Rossi*, in: *Möllers/Voßkuhle/C. Walter* (Hrsg.), *Internationales Verwaltungsrecht*, 2007, S. 165 (169 ff.); *Schwarze*, in: *ders.* (Hrsg.), *Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß*, 1996, S. 123 (139 ff., 168 ff.); *C. Walter*, EuR 2005, S. 302 (302, 317, 322 ff.) sowie die Beiträge in *Erbguth* (Hrsg.), *Europäisierung des nationalen Umweltrechts*, 2001, zur Europäisierung des Abfallrechts (*Versteyl*), des Energierechts (*Brandt*), des Wasserrechts (*R. Breuer*), des Immissionsschutzrechts (*Jarass*) und des Naturschutzrechts (*Ramsauer*); krit. etwa *R. Breuer*, NVwZ 1997, S. 833 (845); *ders.*, NVwZ 2004, S. 520 (526 f.).

²⁴ *H. Bauer*, in: *Erbguth* (Hrsg.), *Europäisierung des nationalen Umweltrechts*, 2001, S. 43 (44 ff.); *ders./Pleyer*, in: *H. Bauer/R. Breuer/Degenhart/Oldiges* (Hrsg.), *100 Jahre Allgemeines Baugesetz Sachsen*, 2000, S. 603 ff.; *Jarass*, DVBl 2000, S. 945 ff.; *Pietzcker*, in: *Jarass* (Hrsg.), *Europäisierung der Raumplanung*, 2005, S. 59 ff.; *Wahl*, in: *FS Blümel*, 1999, S. 617 ff.

enrecht²⁵, im Polizei- und Ordnungsrecht²⁶, im Beamten²⁷, im Kommunal²⁸, im öffentlichen Wirtschafts²⁹, im Verwaltungsprozess³⁰ und im Zivilprozessrecht³¹, von Steuer³², Sozial³³ und Strafrecht³⁴ ganz zu schweigen. Dieser »Europäisierung des Rechts«³⁵ entspricht die Europäisierung der Rechtswissenschaft³⁶. Vor diesem Hintergrund verwundert es nicht, dass bisweilen von

²⁵ Vgl. nur *Hoeren*, in: Rutgers Computer & Technology Law Journal 29 (2003), S. 1 ff.; *Holznapel*, Rundfunkrecht in Europa, 1996; *ders.*, Rechtstheorie 34 (2003), S. 307 ff.; *ders./Grünwald*, in: Kloepfer (Hrsg.), Kommunikation – Technik – Recht, 2002, S. 259 ff.; *Jarass*, EuR 1986, S. 75 ff.

²⁶ *Möstl*, Die Verwaltung 41 (2008), S. 309 (324 ff.); *Pieroth/Schlink/Kniesel*, Polizei- und Ordnungsrecht, 6. Aufl. 2010, § 1 Rn. 35; *Württemberg/Heckmann*, Polizeirecht, 6. Aufl. 2005, Rn. 47 ff.

²⁷ *Schwarze*, in: *ders.* (Hrsg.), Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, 1996, S. 123 (137 ff.).

²⁸ Vgl. nur *Hobe/Biehl/Schroeter*, Europarechtliche Einflüsse auf das Recht der deutschen kommunalen Selbstverwaltung, 2004, S. 23 ff.; *Schmahl*, DÖV 1999, S. 852 ff.; *Schoch*, in: Henneke (Hrsg.), Kommunen und Europa, 1999, S. 11 ff.

²⁹ Vgl. nur *v. Bogdandy*, JZ 2011, S. 1 (2); *Brenner*, Gestaltungsauftrag, 1996, S. 53; *Hatje*, Die gemeinschaftsrechtliche Steuerung der Wirtschaftsverwaltung, 1998, S. 93 ff.; *Reiner Schmidt*, in: *ders.* (Hrsg.), Öffentliches Wirtschaftsrecht – Besonderer Teil 1, 1995, S. V ff., *ders.*, in: *ders.* (Hrsg.), Öffentliches Wirtschaftsrecht – Besonderer Teil 2, 1996, S. V ff.; *Siegel*, Europäisierung des Öffentlichen Rechts, 2012, Rn. 362 ff.

³⁰ *O. Dörr*, Der europäisierte Rechtsschutzauftrag deutscher Gerichte, 2003, S. 59 ff.; *ders./Chr. Lenz*, Europäischer Verwaltungsrechtsschutz, 2006, Rn. 401 ff.; *Ehlers*, Europäisierung des Verwaltungsprozeßrechts, 1999; *ders.*, Jura 2007, S. 505 (506); *Jarass*, DVBl 1995, S. 954 (954 ff.); *Kokott*, Die Verwaltung 31 (1998), S. 335 ff.; *Schulze-Fielitz*, in: H. Dreier (Hrsg.), GG, Bd. I, 2. Aufl. 2004, Art. 19 IV Rn. 17 ff., 25 ff.; *Schwarze*, in: *ders.* (Hrsg.), Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, 1996, S. 123 (175 ff.); *ders.*, in: *ders.* (Hrsg.), Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, 1996, S. 789 (811 ff.); *Sodan*, in: *ders./Ziekow* (Hrsg.), VwGO, 3. Aufl. 2010, § 40 Rn. 122; *Wittreck*, Verwaltung der Dritten Gewalt, 2006, S. 23 f.

³¹ Zuletzt *Heinze*, JZ 2011, S. 709 ff.

³² Vgl. nur *Englisch*, IStR 2009, S. 37 ff.; *Geisenberger*, Einfluß des Europarechts auf steuerliches Verfahrensrecht, 2010, S. 29 ff.; *Jochum*, Steuerrecht I, 2010, Rn. 646 ff.; *E. Klein*, in: Lehner (Hrsg.), Steuerrecht im Europäischen Binnenmarkt, 1996, S. 7 (9 ff.); *Wernsmann*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, Europarecht, 2. Aufl. 2010, § 30 Rn. 12 ff., 61 ff.

³³ Vgl. nur *Fuchs*, in: *ders.* (Hrsg.), Europäisches Sozialrecht, 5. Aufl. 2010, Einführung Rn. 4 ff.; *Kingreen*, Sozialstaatsprinzip, 2003, S. 459 ff.; *ders.*, in: Roth (Hrsg.), Europäisierung des Rechts, 2010, S. 89 ff.; *Steinmeyer*, in: FS Bundessozialgericht, 2004, S. 855 ff.; *ders.*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach (Hrsg.), Europarecht, 2. Aufl. 2010, § 40 Rn. 1 ff., 23 ff.

³⁴ Vgl. nur *Nelles*, ZStW 109 (1997), S. 727 ff.; *dies./Tinkl/Lauchstädt*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach (Hrsg.), Europarecht, 2. Aufl. 2010, § 42 Rn. 9 ff.; *Tiedemann*, NJW 1993, S. 23 ff.; *ders.*, in: Kreuzer/Scheuing/Sieber (Hrsg.), Europäisierung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen, 1997, S. 133 ff.; vgl. auch *Sieber*, ZStW 122 (2009), S. 1 ff.

³⁵ *Grzeszick*, in: Die Verwaltung, Beiheft 10 (2010), S. 95 (95); in der Sache ebenso *Kahl*, EPL 16 (2010), S. 105 (110) (»progressing ... Europeanization ... of law«); *Ossenbühl*, NJW 2000, S. 2945 (2952); *Schmidt-Aßmann*, in: FS Lerche, 1993, S. 513 (513); *Wahl*, Herausforderungen und Antworten, 2006, S. 95 f.

³⁶ Vgl. nur *v. Bogdandy*, JZ 2011, S. 1 (3 ff.); *Coing*, NJW 1990, S. 937 ff.; *Ruffert*, Die Verwaltung 36 (2003), S. 293 ff.; *Schulze*, in: *ders.* (Hrsg.), Auslegung, 1999, S. 9 (20 f., 23 f.); *Zimmermann*, NJW 2010, S. 3343 (3344, 3350).

einem »Europäisierungssog« die Rede ist.³⁷ Doch auch wenn zuzugeben ist, dass die Europäisierung dem hoch systematisierten und weit ausdifferenzierten deutschen Verwaltungsrecht erhebliche Anpassungsleistungen abverlangt, besteht kein Grund für »Überfremdungssorgen oder Verfallsszenarien«³⁸. Im Gegenteil: Europäisierung begründet »auch die Chance für eine produktive Weiterentwicklung des nationalen Rechts im Lichte der Innovationsimpulse des EG-Rechts und im Dienste des europäischen Einigungsprozesses«³⁹. Sie eröffnet jedenfalls dort, wo die Mitgliedstaaten zur Umsetzung europäischer Vorgaben nicht verpflichtet sind, den Wettbewerb um die bessere Lösung. Vor diesem Hintergrund darf sich, wer den – kaum umkehrbaren⁴⁰ – Prozess der Europäisierung nicht nur passiv erdulden, sondern aktiv begleiten will, weder von »Angstgeföhle[n] und Abwehrreaktionen« noch von »milde[r] Euphorie« leiten lassen⁴¹, sondern muss »vor allem bereit sein, das Selbstverständliche und Vorgegebene der eigenen Rechtsordnung in Frage zu stellen: An die Stelle einer national introvertierten Norm- und Rechtsprechungsexegese tritt ein problemorientierter grenzüberschreitender Austausch von rechtlichen Argumenten, Lösungsansätzen und Erfahrungen.«⁴²

³⁷ *H. Bauer*, in: FS Steinberger, 2002, S. 1061 ff.; in der Sache ebenso etwa *E. Klein*, in: FS Stern I, 1997, S. 1301 (1314); *Morlok*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts III, 2009, § 54 Rn. 8.

³⁸ *Kabl*, Die Verwaltung 42 (2009), S. 463 (475); in der Sache ebenso *Schmidt-Aßmann*, in: *ders.*, Aufgaben und Perspektiven verwaltungsrechtlicher Forschung, 2006, S. V (VI) (keine »Verfallsszenarien und Niedergangssorgen«); *Voßkuhle*, NJW-Editorial Heft 21/2009, S. III; vgl. auch *Schwarze*, DVBl 1996, S. 881 (885 ff.).

³⁹ *Kabl*, Die Verwaltung 42 (2009), S. 463 (475); in der Sache ebenso bereits *Bachof*, VVD-StRL 30 (1972), S. 193 (236 f.); sowie *Brenner*, Gestaltungsauftrag, 1996, S. 395 (»Forderung nach einer Angleichung des Rechts in Europa dringlicher als je zuvor«); *Schoch*, Die Verwaltung, Beiheft 2, 1999, S. 135 (143 f.) (mit Beispielen für »innovative Fortentwicklungen«, die das deutsche Verwaltungsrecht »unzweifelhaft« über das Europarecht erfahren habe).

⁴⁰ Weitergehend *Schulze*, in: FS Deutscher Richterbund, 2009, S. 223 (223, 230) (»nicht umkehrbar«) (zur Europäisierung des Privatrechts); vgl. aber auch BVerfGE 123, 267 (350) (zum Austritt aus der Europäischen Union als einem »auf dem Prinzip der umkehrbaren Selbstbindung beruhenden Staatenverbund«).

⁴¹ Vgl. die Gegenüberstellung bei *Pietzcker*, in: Jarass (Hrsg.), Europäisierung der Raumplanung, 2005, S. 59 (59).

⁴² *Voßkuhle*, JuS 2004, S. 2 (5); in der Sache ebenso *Jansen*, ZEuP 2001, S. 30 (53); *Kabl*, Umweltprinzip und Gemeinschaftsrecht, 1993, S. 9; *Streinz*, EuZW 1993, S. 599 (605) (»judizielle[r] Dialog«); »Dialog der Gerichte« etwa auch bei BVerfG, NJW 2011, S. 1931 (1935); *Hatje*, EuR 1997, S. 297 (299); »(Verfahrenskenn-)Zahlen« zum »Europäischen Verfassungsgerichtsverbund« bei *Jestaedt*, JZ 2011, S. 872 ff.

b) Europäisierung des Haftungsrechts

Dass das Europarecht Hoffnung⁴³ und Chance⁴⁴, Leitbild⁴⁵ und Impulsgeber⁴⁶ für das hiesige Staatshaftungsrecht sei, ist vereinzelt bereits vorgeschlagen worden,⁴⁷ ohne dass der Vorschlag bislang näher ausgearbeitet worden wäre⁴⁸. In der Tat liefert die *Francovich*-Rechtsprechung ein Paradebeispiel für die Europäisierung des Allgemeinen Verwaltungsrechts, ja des Verwaltungsrechts allgemein, und sie fügt sich zur Europäisierung des zivilen Haftungsrechts⁴⁹. Der Gesetzgeber formte einzelne Regelungen des Haftungsrechts ausdrücklich nach europäischem Vorbild.⁵⁰ Das Bundesverfassungsgericht entschied jüngst, dass eine ultra-vires-Kontrolle ausbrechender Rechtsakte nur in Betracht komme, wenn der Kompetenzverstoß europäischer Organe »hinreichend qualifiziert« sei, und verwies in diesem Zusammenhang ausdrücklich auf das unionale Haftungsrecht,⁵¹ das es so als Inspirationsquelle für das nationale Staatshaftungsrecht nutzte, und sei es über das hierzulande bereits bestehende Staatshaftungssystem hinaus⁵². Der Bundesgerichtshof bekannte erst vor Kurzem, dass ein Gleichlauf der Folgen von Verstößen gegen nationales und Unionsrecht »wün-

⁴³ *Gurlit*, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), GG, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 34 Rn. 44.

⁴⁴ *Grzeszick*, EuR 1998, S. 417 (434).

⁴⁵ *Streinz*, VVDStRL 61 (2002), S. 300 (327) (»Vorgabe oder Leitbild?«).

⁴⁶ Vgl. *Erbguth*, VVDStRL 61 (2002), S. 221 (239); *Kischel*, EuR 2005, S. 441 (460 f.); *H. Maurer*, in: FS Boujong, 1996, S. 591 (612); *ders.*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 31 Rn. 18; *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, 5. Aufl. 2011, § 14 Rn. 23 (»wichtige Impulse«); *Schoch*, Die Verwaltung 34 (2001), S. 261 (273, 275); *ders.*, FS Maurer, 2001, S. 759 (775); *ders.*, Jura 2002, S. 837 (841).

⁴⁷ Vgl. außerdem *R. Breuer*, VVDStRL 61 (2002), S. 430 (433); *van Gerven*, EPL 1996, S. 81 (97 f.); *Gurlit*, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), GG, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 34 Rn. 7 (»Veränderungsdruck«); *Hain*, VerwArch 95 (2004), S. 498 (499, 514) (»heilsamer Innovationsdruck«); *Hidien*, Die gemeinschaftsrechtliche Staatshaftung, 1999, S. 78; *Jarass*, Grundfragen, 1994, S. 131; *Kluth*, DVBl 2004, S. 393 (402 f.); *ders.*, zit. nach *Krings/Hentsch*, ZG 2010, S. 205 (206); *Koziol/Schulze*, in: dies. (Hrsg.), Tort Law of the European Community, 2008, Rn. 23/4; sowie referierend *v. Danwitz*, Europäisches Verwaltungsrecht, 2008, S. 606.

⁴⁸ Vgl. *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, 5. Aufl. 2011, § 14 Rn. 23 (»bislang nicht aufgegriffen«).

⁴⁹ Siehe oben § 15 Fn. 18 (S. 309).

⁵⁰ So hat etwa das deutsche Recht den Schmerzensgeldanspruch aus seiner Bindung an die verschuldensabhängige Haftung nach § 847 a.F. des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) befreit und als Teil des Allgemeinen Schuldrechts gem. § 253 Abs. 2 BGB n.F. auf Fälle der Gefährdungshaftung erstreckt. Das geschah ausdrücklich, um die hiesige Rechtslage an das Recht der europäischen Nachbarn anzupassen, siehe Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften v. 07.12.2001, BT-Drs. 14/7752, S. 6, 15 mit Verweis auf *C. v. Bar*, Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Bd. II: Schaden und Schadensersatz, Haftung für und ohne eigenes Fehlverhalten, Kausalität und Verteidigungsgründe, München 1999, Rn. 366; vgl. auch *Kannowski*, in: Schmoeckel/Rückert/Zimmermann (Hrsg.), Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Bd. III, 2013, §§ 831–839a, 841 Rn. 96, bei Fn. 568 (zitiert nach den Druckfahnen).

⁵¹ BVerfG, NJW 2010, S. 3422 (Leitsatz 1 a) und Rn. 61).

⁵² Vgl. BVerfG, NJW 2010, S. 3422 (3427 Rn. 86) (offen lassend, ob der Anspruch »bereits im bestehenden Staatshaftungssystem angelegt« sei).

schenswer[t]« wäre.⁵³ Den Wunsch scheint sich das Gericht allerdings eher dadurch erfüllen zu wollen, dass es den unionsrechtlichen Haftungsanspruch – wo und wie auch immer möglich – an den nationalen Regelungen des Amtshaftungsanspruchs ausrichtet.⁵⁴ Ein Mitglied des Staatshaftungssenats resümiert die Rechtsprechung zum Richterspruchprivileg jedenfalls mit der Einschätzung, dass es dem Senat »wichtiger« erschienen sei, »Ungereimtheiten« bei der Auslegung des Begriffs »Urteil einer Rechtssache« zu bereinigen, als »den gesamten Inhalt des § 839 Abs. 2 BGB mit Rücksicht auf die Rechtsprechung des EuGH in Frage zu stellen.«⁵⁵

Demgegenüber streiten Stimmen der Lehre dafür, dem Europarecht stärkeren Einfluss auf das deutsche Staatshaftungsrecht zuzugestehen.⁵⁶ Hierzu lande schöpften »nach *Francovich*« zahlreiche Stimmen die Hoffnung, dass der unionsrechtliche Haftungsanspruch gegen die Mitgliedstaaten die überfällige Reform des deutschen Haftungsrechts würde herbeiführen können.⁵⁷ Maurer beendet sein »Allgemeines Verwaltungsrecht« bis heute mit dem dringlichen Wunsch, dass das Unionsrecht einen »kräftige[n] Schub in Richtung modernes Staatshaftungsrecht« auslösen möge.⁵⁸ Insbesondere die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs soll, so eine in der Literatur geäußerte Hoffnung, die Reform des Staatshaftungsrechts in Deutschland vorantreiben.⁵⁹ Als die Staatsrechtslehrer auf ihrer Tagung im Jahr 2001 den Primär- und Sekundärrechtsschutz im Öffentlichen Recht erörterten, haben sie das Europarecht in zahlreichen Wortmeldungen einbezogen: Eine Antwort auf die Frage »Vorgabe oder Leitbild?«⁶⁰ lautete, dass das europäische Unionsrecht »maßstabsbildend« und »richtungsweisend« auf die Fortbildung nationalen Haftungsrechts dränge: Die »Parallelisierung des unionalen und nationalen Staatshaftungsrechts« sei

⁵³ BGH, NVwZ 2007, S. 362 (Rn. 31) – Danske Slagterier; EuZW 2009, S. 865 (Rn. 36) – Danske Slagterier.

⁵⁴ So jedenfalls BGH, NVwZ 2007, S. 362 (Rn. 49) mit Blick auf § 839 Abs. 3 BGB.

⁵⁵ C. Dörr, DVBl 2006, S. 598 (600); vgl. auch Hain, VerwArch 95 (2004), S. 498 (498 f.) (mit der Beobachtung, der BGH habe sich gegenüber den Einwirkungen des Gemeinschaftsrechts »bisweilen bemerkenswert resistent« gezeigt, und w.N.).

⁵⁶ Brenner/P. M. Huber, DVBl 1999, S. 764 (774); Ehlers, VVDStRL 51 (1992), S. 211 (243); ders., JZ 1995, S. 776 (783); P. M. Huber, in: FS Maurer, 2001, S. 1165 (1171 f.); Morlok, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts III, 2009, § 54 Rn. 8; Schoch, Die Verwaltung 34 (2001), S. 261 (273, 275); ders., FS Maurer, 2001, S. 759 (775); international ebenso van Gerven, ICLQ 45 (1996), S. 507 (539).

⁵⁷ Vgl. Buschhaus, JA 1992, S. 142 (150) (mit der Aufforderung, der Gesetzgeber möge »schnell handeln«); Henrichs, Haftung der EG-Mitgliedstaaten, 1995, S. 154 f.; H. Maurer, in: FS Boujong, 1996, S. 591 (612); Schwarze, in: ders. (Hrsg.), Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, 1996, S. 123 (192 f.).

⁵⁸ H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2002 bis 18. Aufl. 2011, jeweils § 31 Rn. 18, ebenso seit *Brasserie du pêcheur*, also von der 11. Aufl. 1997 bis zur 13. Aufl. 2000, jeweils § 28 Rn. 56; vgl. auch dens., VVDStRL 61 (2002), S. 435 (437); ebenso Kluth, DVBl 2004, S. 393 (402) (»Zeitpunkt ... überaus günstig«).

⁵⁹ Ehlers, JZ 1996, S. 776 (783).

⁶⁰ Streinz, VVDStRL 61 (2002), S. 361 (Thesen 31 ff.).

durch eine Weiterentwicklung des nationalen Haftungsrechts zu erreichen.⁶¹ Für das Zivilrecht wurde andernorts festgestellt, dass sich dieses Rechtsgebiet schon jetzt »[a]uf dem Weg zu einem einheitlichen gemeinschaftsrechtlichen Haftungstatbestand« befinde: Die »Rechtsprechung des EuGH zur privaten Durchsetzung des EG-Rechts« habe mittlerweile »eine Dichte erreicht«, welche ebendiese »Frage nach Verallgemeinerung« aufwerfe.⁶²

Dass das europäische Recht eher selten für seine dogmatische Prägnanz gepriesen und für seine »– innere oder äußere – Systemgerechtigkeit«⁶³ gelobt wird, widerspricht diesem Ansatz nicht. Denn im Fall des Staatshaftungsrechts verhält es sich – und sei es ausnahmsweise – gerade anders herum: Das nationale Staatshaftungsrecht, zeit- und sachwidrig, verfehlt die Systemgerechtigkeit, sei sie innere, sei sie äußere, seit langem. Der Rückgriff gerade auf das europäische Recht entspricht dem auf Kohärenz zielenden Postulat, die überfällige »Verzahnung«⁶⁴ nationalen und unionalen Haftungsrechts zu bewerkstelligen, und sucht, den vom Unionsrecht ausgehenden Modernisierungsschub zu nutzen, um die Krise des deutschen Staatshaftungsrechts zu überwinden.⁶⁵ Die wachsende europäische Rechtskultur gilt nicht ohne Grund als »bestes Beispiel« der Konvergenz nationaler Rechtskulturen und in diesem Zusammenhang ausgerechnet der Rechtsschutz als deren »Kristallisationspunkt«.⁶⁶

Dass die Europäisierung dem nationalen »teilweise »überdogmatisierte[n]« Verwaltungsrecht »Einbußen«⁶⁷, jedenfalls aber Veränderungen beschert, wäre vor diesem Hintergrund mit *Schoch* »nicht nur unvermeidlich, sondern in vielen Bereichen sogar erwünscht«⁶⁷. Dabei verkennt diese Abhandlung keineswegs, dass das deutsche Staatshaftungsrecht Errungenschaften birgt, die zu bewahren dem nationalen Recht wichtig sein muss (und die zu übernehmen dem Unionsrecht ausgesprochen gut zu Gesicht stünde). Es geht dieser Abhandlung also keinesfalls darum, »alles Internationale und Überstaatliche unkritisch zu übernehmen«⁶⁸. Der Abgrenzung, inwieweit hiesige Errungenschaften bewahrt werden sollen, gilt der folgende Abschnitt.

⁶¹ *Höfling*, VVDStRL 61 (2002), S. 260 (263, vgl. auch 274 f. und 281).

⁶² *Wagner*, AcP 206 (2006), S. 352 (418).

⁶³ *Jansen*, ZEuP 2004, S. 441 (441).

⁶⁴ *Lorz*, JR 2001, S. 413 (413).

⁶⁵ Siehe die Nachweise oben in diesem § 15, Fn. 43–47 (S. 312).

⁶⁶ *Mankowski*, JZ 2009, S. 321 (331); vgl. auch *Sommermann*, in: FS Merten, 2007, S. 443 ff. (zum Recht auf effektiven Rechtsschutz als einem solchen »Kristallisationspunkt«).

⁶⁷ *Schoch*, DVBl 1997, S. 289 (297).

⁶⁸ *Di Fabio*, Kultur der Freiheit, 2005, S. 47.

c) Grenzen

Dass die Europäisierung nationalen Rechts nicht grenzenlos zu begrüßen ist, versteht sich.⁶⁹ Unions- und nationales Recht bilden getrennte Rechtsordnungen. Darin sind sich der Europäische Gerichtshof⁷⁰, das Bundesverfassungsgericht⁷¹ und die Lehre⁷² einig. Trotz der Trennung der Rechtsordnungen gewinnt das unionale zunehmend Einfluss auf das nationale Recht. Mit anderen Worten: Die hiesige Rechtsordnung verliert an Bedeutung – und mit ihr jene Akteure, die die hiesige Rechtsordnung gestalten. Der Bedeutungsverlust betrifft daher vor allem die Gesetzgeber in Bund, Ländern und Gemeinden – seien es repräsentative, seien es Volksgesetzgeber, seien es Geber formeller, seien es Geber nur materieller Gesetze. Dem Bedeutungsverlust der Gesetzgeber entspricht ein Bedeutungsverlust der Wahlen und Abstimmungen zu Lasten der Bürgerinnen und Bürger. Der Bedeutungsverlust, den die hiesige Rechtsordnung erfährt, übersteigt dabei den Bedeutungsverlust, mit dem es die Akteure der hiesigen Rechtsordnung zu tun bekommen, weil die Akteure jedenfalls teilweise (durchaus unterschiedliche⁷³) Mitsprachemöglichkeiten auf Unionsebene gewinnen, etwa auf nationaler Ebene gem. Art. 23 GG oder unionsweit aufgrund der Subsidiaritätsrüge, die mit dem Vertrag von Lissabon eingeführt wurde.

Die Kritik am wachsenden Einfluss Europas richtet sich insbesondere dagegen, dass die Europäische Union bzw. der Europäische Gerichtshof den Mitgliedstaaten fremdes Recht zum einen ohne Rücksicht auf mitgliedstaatliche Traditionen und zum anderen im Wege der Kompetenzanmaßung aufzwingt.⁷⁴ Der Vorwurf hat einen rechtlichen Teil, die Kompetenzanmaßungskritik, und einen rechtspolitischen, das Traditionsargument. Die Kompetenzanmaßung kann gegen die Europäischen Verträge und das Grundgesetz verstoßen. Die Europäischen Verträge begrenzen den Bereich, in dem die Union den Mitgliedstaaten Vorgaben machen darf, insbesondere durch den »Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung« gem. Art. 5 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 EUV⁷⁵

⁶⁹ Zu grundgesetzlichen Grenzen vgl. nur BVerfGE 123, 267 ff.; *Haack*, Verlust der Staatlichkeit, 2007; *Schorckopf*, Grundgesetz und Überstaatlichkeit, 2007; eine »kritische Analyse richterlicher Rechtsschöpfung« (so der Untertitel) bieten allgemein G. H. Roth/Hilpold (Hrsg.), *Der EuGH und die Souveränität der Mitgliedstaaten*, 2008.

⁷⁰ Vgl. nur EuGH, Slg. 1962, 97 (110) – Bosch; EuGH, Slg. 1964, 1251 (1270) – Costa/ENEL.

⁷¹ Vgl. nur BVerfGE 22, 293 (296); 37, 271 (277 f.).

⁷² Vgl. nur *Nettesheim*, AöR 119 (1994), S. 261 (267 f.).

⁷³ Zur Exekutivlastigkeit der Zugewinne vgl. nur C. *Walter*, DVBl 2000, S. 1 (8 f.).

⁷⁴ Vgl. exemplarisch *Herzog/Gerken*, FAZ Nr. 210 v. 08.09.2008, S. 8 = *dies.*, DRiZ 2009, S. 141 ff.; zum »gouvernement des juges« referierend *Schulze/Seif*, in: *dies.* (Hrsg.), *Richterrecht und Rechtsfortbildung*, 2003, S. 1 (5) m. w. N.; vgl. aber auch *Di Fabio*, FAZ Nr. 245 v. 21.10.2010, S. 6 (»[f]riedliche Koexistenz«).

⁷⁵ Vgl. nur EuGH, Gutachten 2/94 v. 28.03.1996, Slg. 1996, I-1759 Rn. 30 – Beitritt EMRK; BVerfGE 123, 267 (364, 381 ff.) – Lissabon; BVerfG, NJW 2010, S. 3422 (Rn. 55) – Honeywell; *Calliess*, in: *dies./Ruffert* (Hrsg.), *EUV/AEUV, Art. 5 EUV*, Rn. 6 ff.; *Görisch*, Demo-

und das traditionsreiche Subsidiaritätsprinzip gem. Art. 5 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3 EUV (vgl. auch Art. 23 Abs. 1 Satz 1, Abs. 1a GG)⁷⁶. Danach darf auf höherer Ebene nur geregelt werden, was auf niedrigerer Ebene nicht geregelt werden kann. Weil das Staatshaftungsrecht für Sachverhalte ohne Unionsbezug auf Ebene der Mitgliedstaaten geregelt werden kann, vgl. Art. 74 Abs. 1 Nr. 25 GG, verbietet das Subsidiaritätsprinzip der Europäischen Union, das mitgliedstaatliche Staatshaftungsrecht über Sachverhalte mit Unionsbezug hinaus zu regeln.

Der Vorwurf indes, die Europäisierung greife schon jetzt weiter, als es gut und recht wäre, verfehlte den Ansatz dieser Abhandlung selbst dort, wo er zutrifft. Niemand stellt in Frage, dass die Europäische Union den Mitgliedstaaten allenfalls insoweit Vorgaben für das nationale Staatshaftungsrecht machen darf, wie es Unionsrecht ist, das der Mitgliedstaat verletzt.⁷⁷ Selbst wenn der unionale Staatshaftungsanspruch nicht selbstständig neben das nationale Staatshaftungsrecht tritt, wie die Trennungsthese meint, sondern das nationale Staatshaftungsrecht modifiziert, wovon das Vorgabenmodell ausgeht,⁷⁸ gilt diese Modifikation allein für Fälle, in denen der Mitgliedstaat Unionsrecht verletzt. Außerhalb dieses Anwendungsbereichs lässt das Unionsrecht das nationale Staatshaftungsrecht jedenfalls unberührt. Insbesondere ändert das Unionsrecht nichts daran, dass es die nationale Rechtsordnung ist, die allein und ausschließlich bestimmt, ob und inwieweit die Staatsgewalt für die allfällige Verletzung nationalen Rechts haftet.

Mit all dem ist diese Abhandlung einverstanden. Ihre These lautet weder, dass das Unionsrecht oder der Europäische Gerichtshof die Europäisierung des deutschen Staatshaftungsrecht vorschrieben (oder auch nur vorschreiben sollten). Noch lautet ihre These, dass das nationale Recht Deutschland verpflichte, den unionalen Haftungsanspruch für Sachverhalte ohne Unionsbezug zu übernehmen. Im Gegenteil: Es gibt keine Europäisierungspflicht in diesem Sinn.

kratische Verwaltung, 2009, S. 45; *Hailbronner/Jochum*, Europarecht I, 2005, Rn. 487; vgl. auch *Jarass*, AöR 121 (1996), S. 173 (174) (»Prinzip der begrenzten Kompetenzzuweisung«) m. w. N. und *Nettesheim*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Recht der Europäischen Union (Stand: 47. Ergänzungslieferung, April 2012), Art. 249 EGV, Rn. 60 (Stand: 20. Ergänzungslieferung, August 2002). Schreibweise mit dem (an sich überflüssigen und daher nur erläuternden) Zusatz »begrenzten« in Klammern beispielsweise bei *Vedder*, in: *Volkmar Götz/Martínez Soria* (Hrsg.), *Kompetenzverteilung*, 2002, S. 9 (10).

⁷⁶ Vgl. nur BVerfGE 123, 267 (383 f.) – Lissabon; *Jarass*, EuGRZ 1994, S. 209 (210 ff.); *Kabl*, AöR 118 (1993), S. 414 ff.; *Lecheler*, Subsidiaritätsprinzip, 1993, S. 66 f.; *Pieper*, Subsidiarität, 1994, S. 292.

⁷⁷ Zur unionsrechtlichen Herkunft des verletzten Rechts vgl. nur *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 10. Aufl. 2012, Rn. 1315 (S. 514); *Grzeszick*, in: *Baldus/Grzeszick/Wienhues*, Staatshaftungsrecht, 3. Aufl. 2009, Rn. 288; *H. Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 31 Rn. 10.

⁷⁸ Zu Vorgabenmodell und Trennungsthese siehe oben § 14 II 2 b) bb) (S. 256 ff.) a.E., bei Fn. 50 bzw. 56 (S. 257 f.).

Mein Vorschlag ist viel bescheidener. Er legt der Bundesrepublik das unionale Staatshaftungsrecht lediglich als Vorbild ans Herz, als unionales Muster nationaler Staatshaftungsdogmatik. Es geht um die freiwillige Orientierung an unionalen Inspirationsquellen, nicht um europarechtliche Vorgaben, und selbst diese Orientierung erfolge nur partiell, in einem eng begrenzten Bereich deutschen Rechts, den unbestritten zahlreiche Verkrustungen und Verwerfungen beuteln. Dass die Dogmatik, die ich vorschlage, unionsrechtlich »inspiriert« ist, soll gerade ausdrücken, dass die Dogmatik nicht (unionsrechtlich oder bundesrechtlich) vorgegeben ist.

Diese Abhandlung behauptet damit nicht, dass das Unionsrecht das nationale Staatshaftungsrecht ohne Unionsbezug geregelt hätte, regeln sollte oder auch nur regeln dürfte. Das Unionsrecht ist keine Vorgabe, sondern Leitbild, auf dass es »richtungsgebundene Assoziations- und Initialkräfte« freisetze.⁷⁹ Die Mitgliedstaaten, namentlich der Gesetzgeber und die Gerichte, sollen dem Unionsrecht nicht folgen, weil das Unionsrecht Gefolgschaft verlangt, sondern sie mögen die unionsrechtlich inspirierte Haftungsdogmatik aus eigenen, aus freien Stücken übernehmen, weil diese zweckmäßig ist, jedenfalls zweckmäßiger als das geltende Staatshaftungsrecht. Diese freiwillige ist – im Gegensatz zur zwingend vorgegebenen unions- bzw. »europarechtskonformen« – die unions- bzw. »europarechtsorientierte« Auslegung.⁸⁰

Die Europäisierung, die diese Abhandlung vorschlägt, wahrt – eben weil der hier vorgeschlagene Staatshaftungsanspruch nicht kraft unionsrechtlicher Vorgabe gilt, sondern aufgrund »autonomen Nachvollzugs« durch Gesetzgebung und Richterrecht freiwillig übernommen würde – insbesondere das Subsidiaritätsgebot. Auch eine »Beeinträchtigung der Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten«, die mit Effizienz und Kohärenz allein nicht zu begründen wäre,⁸¹ entfällt, weil niemand behauptet, dass das Unionsrecht (rechtsverbindliche) Vorgaben machte, sondern die These allein ist, dass das Unionsrecht (insoweit unverbindliche) Vorschläge enthält. Der Vorschlag freiwilliger Rezeption des Europarechts braucht die Kritik an aufgezwungenen europarechtlichen Lösungen, an politischen Übergriffen europäischer Gerichte generell nicht auf sich zu beziehen. Er genügt dem »Leitmotiv« einer Europäisierung, das die Leitbegriffe »Demokratie und Subsidiarität« bündelt.⁸²

Dass das Unionsrecht nur Vorbild und nicht Vorgabe nationaler Staatshaftung sei, bedeutet zugleich, dass das hiesige Recht den *acquis communautaire*

⁷⁹ Voßkuhle, AöR 119 (1994), S. 35 (54); ihm folgend Volkmann, AöR 134 (2009), S. 157 (189).

⁸⁰ Kahl, Die Verwaltung 42 (2009), S. 463 (469, 474) (dort ohne Hervorhebungen); zur unionsrechtskonformen Auslegung vgl. nur Frenz, Europarecht, 2011, Rn. 150 f.; Haratsch/Koenig/Pechstein, Europarecht, 8. Aufl. 2012, Rn. 188 ff.; Jarass/Beljin, JZ 2003, S. 768 (774 ff.).

⁸¹ Dazu Streinz, VVDStRL 61 (2002), S. 300 (359, These 24).

⁸² Lübke-Wolff, in: Schulze/C. Walter (Hrsg.), 50 Jahre Römische Verträge, 2008, S. 37 (42).

für seinen Anwendungsbereich nach Belieben modifizieren darf. Der Gleichlauf der Rechtsentwicklung ist, auch wenn er viele Vorteile birgt, schließlich weder für diese noch für alle Zeiten vorgegeben. Soweit das unionale Vorbild nicht (mehr) überzeugt, kann das neue Staatshaftungsrecht Deutschlands auch fortan (wieder) eigene Wege gehen. Dass die Übernahme unionaler Dogmatik in nationales Recht im Fall der Staatshaftungsansprüche eine freiwillige ist, beantwortet ebenso die Frage, wie unionales und nationales Haftungsrecht in Zukunft zu synchronisieren wären: jeweils wieder durch freiwillige Übernahme. Für jede Rechtsprechungskonkretisierung und für jede Rechtsprechungsänderung, die der Europäische Gerichtshof im Unionshaftungsrecht vornehmen möge, greift derselbe Mechanismus, wie er für die Einführung unionaler Haftungsdogmatik in nationales Haftungsrecht gilt. Das bedeutet zusammengefasst: Im Rahmen ihrer Zuständigkeit müssen die Gerichte und müssen die Gesetzgeber – jeweils beraten durch die Rechtswissenschaft – entscheiden, ob sie die Konkretisierung bzw. die Änderung übernehmen möchten.⁸³ Um die beschriebenen Vorteile der Konvergenz zu bewahren, sind Rechtsetzer und Rechtsanwender dabei gut beraten, im Zweifel zu folgen.⁸⁴

Der Vorwurf, dass die europäische Lösung deutsche Traditionen übergehe,⁸⁵ verfängt in diesem Zusammenhang ebenso wenig. Im Einklang mit der allgemeinen Meinung hält diese Abhandlung das deutsche Staatshaftungsrecht weder in allen seinen Traditionslinien noch mit sämtlichen aktuellen Besonderheiten für erhaltenswert, sondern regt Anpassungen an. Im Kern indes bildet der unterbreitete Vorschlag das geltende deutsche Staatshaftungsrecht ab, wie es sich nach Gesetz und Rechtsprechung darstellt, ist insofern also bloß *restatement*. Weil der hier vorgeschlagene Ansatz auf die nationalen Traditionen also in großem Umfang Rücksicht nimmt, wäre er auf andere Mitgliedstaaten auch nicht ohne Weiteres übertragbar, sondern erst nach einer Analyse, ob das dortige Staatshaftungsrecht ebenfalls derart defizitär dasteht wie das hiesige, inwieweit eine unionale Orientierung die dortigen bewahrenswerten Traditionen tatsächlich bewahrt und vor allem, ob es bereits Übereinstimmungen gibt. Erst wenn sich die dortige Staatsgewalt zur freiwilligen Übernahme unionaler Haftungsdogmatik entschließt, führt die vertikale Europäisierung (soll heißen: die Angleichung nationalen Rechts an das Unionsrecht) zu horizontaler Europäisierung (soll heißen: zur Angleichung nationaler Rechte untereinander, kurz: zu Harmonisierung⁸⁶).

⁸³ Zu den Einzelheiten siehe unten § 16 (S. 347 ff.).

⁸⁴ Vgl. *Schulze*, in: ders. (Hrsg.), *Auslegung*, 1999, S. 9 (18 f.)

⁸⁵ Vgl. *Reiner Schmidt*, *VerwArch* 91 (2000), S. 149 (162).

⁸⁶ Vgl. *Herdegen/Rensmann*, *ZHR* 161 (1997), S. 522 (555); *H. Maurer*, in: *FS Boujong*, 1996, S. 591 (610 f.).

d) Vorteile und Beispiele freiwilliger Europäisierung

Dass sich Rechtsordnungen gegenseitig befruchten, gilt seit jeher.⁸⁷ Die Einwirkung über verpflichtende Vorgaben höherrangigen Rechts ausklammernd, lassen sich zwei Formen der Befruchtung unterscheiden: Nimmt das eine Recht die Einflüsse des anderen bewusst und gewollt auf, ist von der freiwilligen Annahme fremden Rechts, von »voluntary adoption«⁸⁸ (»freiwillig[er] Rezeption«⁸⁹) die Rede. Wirkt das andere Recht dagegen auf das eine ein, ohne dass die Einwirkung erkannt oder befürwortet würde, ist der Begriff der Übersprungswirkung (»spill over effect«) gebräuchlich.⁹⁰ Die freiwillige Rezeption fremden Rechts liegt überall dort nahe, wo die Übernahme das eigene Recht verbessert. Während es gesonderten Aufwand bedeutet, zwei Regelwerke parallel zu unterhalten, befördert die Übernahme des parallelen Regelwerks die Rechtseinheit, die Rechtsklarheit und die Rechtsgleichheit.⁹¹

Zahlreiche haftungs- wie außerhaftungsrechtliche Beispiele bebildern die freiwillige Rezeption europäischen Rechts hierzulande und anderenorts.⁹² Aus dem hiesigen Haftungs- bzw. Schadensrecht ist zunächst das Schmerzensgeld zu nennen. Der Gesetzgeber hat es aus seiner Bindung an die verschuldensabhängige

⁸⁷ Zum Rechtsexport und sog. *legal transplants* siehe nur *Mankowski*, JZ 2009, 321 (329); *Pieroth*, NJW 1989, S. 1333 ff.; *ders.*, St. Louis U. Pub. L. Rev. 9 (1990), S. 311 ff.; *ders.*, HMRG 10 (1997), S. 242 ff.; *ders.*, Cités 13 (2003), S. 57 (64 ff.); *ders.*, AnwBl 2010, S. 8 ff.

⁸⁸ *Hartmann*, ERA Forum 12 (2012), S. 613 (613, 620 f.); *Jans/de Lange/Prechal/Widdershoven*, Europeanisation, 2007, S. 8, 124, 369.

⁸⁹ *Kabl*, Die Verwaltung 42 (2009), S. 463 (466); *Schwarze*, in: *ders.* (Hrsg.), Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, 1996, S. 123 (209 f.); *ders.*, in: *ders.* (Hrsg.), Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, 1996, S. 789 (822 ff., 825 f.); *Wahl*, in: *ders.*, Verfassungsstaat, Europäisierung, Internationalisierung, 2003, S. 411 (423); in der Sache ebenso *Herdegen*, Europarecht, 14. Aufl. 2012, § 4 Rn. 17 (freiwillige Übernahme bzw. autonomer Nachvollzug am Beispiel der Schweiz); *Schulze*, in: *ders.* (Hrsg.), Auslegung, 1999, S. 9 (17 f.).

⁹⁰ Vgl. nur *Aalto*, Public Liability in EU Law, 2011, S. 20; *Badura*, VVDStRL 53 (1994), S. 242 (244); *Bertelmann*, Europäisierung, 2005, S. 232; *Brocke*, Europäisierung, 2002, S. 251; *Burgi*, JZ 2010, S. 105 (108); *Craig*, in: *Trute/Groß/H. C. Röhl/Möllers* (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 2008, S. 699 (727); *Ladeur*, EuR 1995, S. 227 (228 f.) (»überwirkende[r] Veränderungs-effekt«); *Herdegen*, Europarecht, 14. Aufl. 2012, § 1 Rn. 14; *Neidhardt*, Nationale Rechtsinstitute als Bausteine europäischen Verwaltungsrechts, 2008, S. 16 f.; *Reiner Schmidt*, VerwArch 91 (2000), S. 149 (162); *Schoch*, in: *Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem* (Hrsg.), Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts, 1999, S. 279 (306); *Sommermann*, in: *FS Merten*, 2007, S. 443 (457); *Sommermann*, in: *Schwarze* (Hrsg.), Bestand und Perspektiven des Europäischen Verwaltungsrechts, 2008, S. 181 (195 f.); andere Begrifflichkeit bei *Ehlers*, DVBl 2004, S. 1441 (1451).

⁹¹ *Jans/de Lange/Prechal/Widdershoven*, Europeanisation, 2007, S. 8; vgl. auch *Ehlers*, DVBl 2004, S. 1441 (1451); *Schulze/Schulte-Nölke*, in: *dies.* (Hrsg.), Schuldrechtsreform, 2001, S. 3 (6); weitergehend *v. Bogdandy*, JZ 2011, S. 1 (3 f.) (»Die Dogmatik des deutschen Rechts als einer Teilrechtsordnung dieses Rechtsraums [sc. des europäischen, *bjb*] ist notwendigerweise im größeren Kontext neu auszurichten« bzw. »Es wird immer mehr zum Standard guter rechtswissenschaftlicher Forschung, selbst eine rein innerstaatliche Fragestellung in einer europäischen Perspektive und aus fremden Lehren schöpfend neu zu entfalten«).

⁹² Dies und das Folgende bereits bei *Hartmann*, ERA Forum 12 (2012), S. 613 (620 f.).

Haftung nach § 847 BGB a.F. befreit und als Teil des Allgemeinen Schuldrechts (§ 253 Abs. 2 BGB n.F.) auf Fälle der Gefährdungshaftung erstreckt. Das geschah ausdrücklich, um die hiesige Rechtslage an die europäischen Nachbarrechtsordnungen anzupassen.⁹³ Das Staatshaftungsrecht des Auslands kennt freiwillige Rezeptionen des Unionsrechts nach Literaturberichten mit Blick auf legislatives Unrecht und den Ersatz des »pure economic loss«; es bestehe eine Tendenz »towards convergence«.⁹⁴ Estland hat sein gesamtes Haftungsrecht nach europäischem Vorbild geformt, noch bevor es Mitglied der Europäischen Union geworden war⁹⁵, und in Polen hat der Verfassungsgerichtshof sein Urteil, dass die Staatshaftung von Verfassung wegen verschuldensunabhängig sein müsse, auch mit Blick auf eine entsprechende allgemeine Tendenz im Staatshaftungsrecht begründet, welche die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs beispielhaft belege⁹⁶.

Ausgerechnet eine europäische Leitentscheidung des Staatshaftungsrechts, das Urteil *Brasserie du pêcheur und Factortame*, liefert außerdem ein auch außerhalb des öffentlichen Haftungsrechts berühmtes Beispiel freiwilliger Rezeption. Die eine der in diesem Verfahren verbundenen Rechtssachen, nämlich *Brasserie du pêcheur*, fand ihren Fortgang vor dem Bundesgerichtshof,⁹⁷ die andere, *Factortame*, im Vereinigten Königreich. Der Europäische Gerichtshof hatte vorgegeben, dass es vor Gericht »interim relief proceedings« geben müsse, ein Verfahren einstweiligen Rechtsschutzes, falls die Auslegung von Unionsrecht in Frage stand. Das hat im Vereinigten Königreich zunächst Bestürzung hervorgerufen, schließlich entsprach es einer alten Regel des *common law*, dass es gegen die Krone keine »interim relief proceedings« geben könne. Es war diese Regel, die der Europäische Gerichtshof in Sachen *Factortame* für Sachverhalte mit Unionsbezug außer Kraft gesetzt hatte.⁹⁸ Nicht nur, dass die britischen Gerichte dieses Urteil des Europäischen Gerichtshof für Fälle mit Unionsbezug akzeptierten. Sondern sie bezogen den Gedanken freiwillig darüber hinaus auf

⁹³ Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften v. 07. 12. 2001, BT-Drs. 14/7752, S. 6, 15 mit Verweis auf *v. Bar*, Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Bd. II, 1999, Rn. 366; vgl. auch *H.-B. Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 4. Aufl. 2005, S. 370; weitere Beispiele bei *Schulze*, in: FS Deutscher Richterbund, 2009, S. 223 (229 f.) (Verbraucherwiderruf; Kartellrecht) und bei *dems./Schulte-Nölke*, in: dies. (Hrsg.), Schuldrechtsreform, 2001, S. 3 (6) (Überweisungsrichtlinie).

⁹⁴ *van Gerven*, ICLQ 45 (1996), S. 507 (542).

⁹⁵ Vgl. *Carmen Schmidt*, in: O. Dörr (Hrsg.), Staatshaftung in Europa, 2013, sub A.III. m. w. N. (im Erscheinen).

⁹⁶ Vgl. *Milej*, in: O. Dörr (Hrsg.), Staatshaftung in Europa, 2013, sub A.II.2. m. w. N., vgl. auch sub B.II.2. (im Erscheinen).

⁹⁷ BGH, NJW 1997, S. 123 ff.

⁹⁸ *Jans/de Lange/Prechal/Widdershoven*, Europeanisation, 2007, S. 275.

rein nationale Fälle.⁹⁹ Dieselben Folgen zeitigte *Brasserie du pêcheur und Factortame* in Dänemark.¹⁰⁰ Weitere Beispiele freiwilliger Rezeptionen betreffen das Verhältnismäßigkeitsprinzip, das Konzept indirekter Diskriminierung und den Vertrauensschutz.¹⁰¹ In Deutschland gab es die Forderung nach freiwilliger Rezeption unionalen Rechts jüngst sogar für das Verfassungsprozessrecht.¹⁰² Im Staatshaftungsrecht empfehlen Literaturstimmen den unionsrechtlichen Haftungsanspruch den Deutschen als Vorbild für die Legislativ- und Engländern wie Franzosen ausdrücklich als Vorbild für die Judikativhaftung.¹⁰³

»Voluntary adoption« durch die Gerichte, die Rezeption von Rechtsprechung durch Rechtsprechung, lässt sich als Form justizieller Kooperation beschreiben. Die freiwillige Rezeption wäre so gesehen verfahrensmäßiger Ausdruck und bedeutender Anwendungsfall des viel zitierten und oft verlangten Kooperationsverhältnisses nationaler und europäischer Gerichte.¹⁰⁴ Diese Kooperation fordert die Rechtswissenschaft allgemein und grundsätzlich. Eine diskursive Struktur, die neben den hiesigen Akteuren auch die Gerichte der europäischen Ebene, namentlich den Gerichtshof der Europäischen Union, einbindet, erhöht die Chancen, dass sich im Wettbewerb der Rechtsideen die bessere Lösung durchsetzt.¹⁰⁵ Namentlich für das Staatshaftungsrecht lobte einer der zuständigen Bundesrichter die gemeinsamen Anstrengungen der nationalen und unionalen Gerichte, freilich in einer Weise, welche eine ironische Lesart nicht ausschließt. Der Europäische Gerichtshof sei »im Rahmen des Kooperationsverhältnisses mit den nationalen Gerichten« nicht etwa schlicht darum bemüht,

⁹⁹ House of Lords, Urt. v. 27. 07. 1993, 1. A.C. 377 – M. v. Home Office (*interim injunction* gegen die Krone auch in Fällen ohne Gemeinschaftsbezug); vgl. dazu nur *Sommermann*, in: FS Merten, 2007, S. 443 (456 f.).

¹⁰⁰ *Jans/de Lange/Prechal/Widdershoven*, Europeanisation, 2007, S. 276.

¹⁰¹ *Jans/de Lange/Prechal/Widdershoven*, Europeanisation, 2007, S. 141 f., 186 f.; zur Europäisierung speziell des Verhältnismäßigkeitsprinzips außerdem *Craig*, in: Trute/Groß/H.C. Röhl/Möllers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 2008, S. 699 (727 ff.); *Ruffert*, in: ders. (Hrsg.), Transformation of Administrative Law in Europe, 2007, S. 3 (44 f.).

¹⁰² *Kenntner*, NJW 2005, S. 785 (788 f.).

¹⁰³ *van Gerven*, ICLQ 45 (1996), S. 507 (539) m. w. N.

¹⁰⁴ Vorschläge des Gerichtshofes zur Europäischen Union, in: Bulletin der Europäischen Gemeinschaften, Beilage 9/75: Berichte über die Europäische Union, S. 17 (21); BVerfGE 89, 155 (175) – Maastricht; BVerfG, NVwZ 2007, S. 942 (945); BVerfG, NJW 2011, S. 1931 (1935) (»Dialog der Gerichte«); *Aalto*, Public Liability in EU Law, 2011, S. 19 (»judicial dialogues«; dort hervorgehoben); *v. Danwitz*, JZ 2004, S. 301 (301); *van Gerven*, EPL 1996, S. 81 (97) (»joint venture«); *Hatje*, EuR 1997, S. 297 (299) (»Dialog der Gerichte«); *Schoch*, JZ 1995, S. 109 (118); *Wegener*, EuR 2002, S. 785 (785) (»nichts von so großer Bedeutung« für den Rechtsschutz »wie die Kooperation von nationaler und gemeinschaftlicher Gerichtsbarkeit«); krit. gegenüber dem »vom Bundesverfassungsgericht einseitig postulierte[n]« Kooperationsverhältnis *Kloepfer*, Verfassungsrecht II, 2010, § 47 Rn. 38, vgl. aber die Vorschläge des Gerichtshofes, a. a. O.; speziell zur »kooperative[n] Entwicklung eines funktionierenden Systems effektiven Rechtsschutzes« im Haftungsrecht durch EuGH und BGH *v. Bogdandy*, AöR 122 (1997), S. 268 (271); für eine Übertragung auf die Legislative *Barroso*, FAZ Nr. 262 v. 10. 11. 2011, S. 7.

¹⁰⁵ Vgl. BVerfGE 82, 30 (38 f.); *Volkmann*, AöR 134 (2009), S. 157 (187).

sondern sogar »in beispielhafter Weise« darum bemüht, »in der Sache hilfreiche Hinweise zu geben«. Daher sei der »Senat«, berichtet der Bundesrichter in seinem Aufsatz, »dem Gerichtshof dankbar, dass er die insoweit gestellten Fragen beantwortet« habe.¹⁰⁶

2. Ökonomisierung, Europäisierung und Dogmatisierung im Brennglas

Es ist die Voraussetzung des qualifizierten Verstoßes, welche den Untertitel dieser Abhandlung in besonderer Weise sinnfällig macht. Die Voraussetzung entstammt dem europäischen Recht¹⁰⁷, sie ist ökonomisch zu begründen¹⁰⁸ und sie bereichert, folgt man dem Vorschlag dieser Abhandlung, zugleich die Dogmatik nationalen Staatshaftungsrechts. Dieser Zusammenhang ist kein Zufall, und er gilt nicht nur für die Voraussetzung des qualifizierten Verstoßes, sondern für den gesamten Vorschlag, den diese Abhandlung unterbreitet. *Michael Kohlhaas* sah sich seinerzeit noch selbst der ethischen »Pflicht verfallen«, das Unrecht zu bekämpfen.¹⁰⁹ Der »Kampf um's Recht« konnte ein solches Pflichtbewusstsein schon nicht mehr voraussetzen. Im Gegenteil: *Rudolf von Jhering* appellierte, eine solche Einstellung zu pflegen – selbstverständlich auch unter Berufung auf ebenjenen *Kohlhaas*.¹¹⁰ Heute genügt ein Appell wohl nicht mehr. Das Recht sollte sich nicht mit einer Hoffnung auf den Kampfesmut der Bürger begnügen, sondern besser Anreize setzen. Das öffentliche Haftungsrecht ist so gesehen gerade in seiner europäisierten Imprägnierung, wie sie diese Abhandlung anstrebt, ein Instrument zur Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts.

Dass das Vorbild des unionsrechtlichen Anspruchs den ökonomischen Gesichtspunkt, einen Anreiz zu schaffen, fördert, stellt keinen Zufall dar. Denn das Unionsrecht steht seit jeher ökonomischen Gesichtspunkten aufgeschlossen gegenüber: Die Europäischen Gemeinschaften entstanden damals unter »primär ökonomische[r] Zwecksetzung«, sie sind ökonomisch »fundiert«¹¹¹. Das ist die »Wirtschaftsgegründetheit der Europäischen Gemeinschaft«¹¹². Dem entspricht es, dass das Europarecht ökonomischen Argumenten bis heute offener begegnet als das nationale Recht. So anerkennen die Verträge den »Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb« (Art. 119 Abs. 1 AEUV),

¹⁰⁶ C. Dörr, WM 2010, S. 961 (965); vgl. auch a. a. O., S. 967.

¹⁰⁷ Siehe oben § 13 I (S. 216 ff.).

¹⁰⁸ Siehe oben insb. § 14 II 3 b) bb) (S. 265 ff.) und beispielhaft § 14 II 3 c) bb) (S. 273).

¹⁰⁹ Vgl. v. *Kleist*, *Kohlhaas* (1810), SW III, 1990, S. 26 = GW III, 1955, S. 14 = *ders.*, dass., Hamburger Lesehefte 2011, S. 9.

¹¹⁰ *Jhering*, *Kampf um's Recht*, 17. Aufl. 1910, S. 61 f.

¹¹¹ *Schoch*, JZ 1995, S. 109 (118) bzw. *Jochum/Petersson*, in: *dies./W. M. Schröder/Ullrich*, *Legitimationsgrundlagen einer europäischen Verfassung*, 2007, S. 151 (151); vgl. auch *Huber/Streinzi/Bungenberg*, *WiVerw* 2010, S. 1 (1).

¹¹² *Masing*, *Mobilisierung des Bürgers*, 1997, S. 52; vgl. auch *Streinzi*, *Europarecht*, 9. Aufl. 2012, Rn. 10.

»wodurch ein effizienter Einsatz der Ressourcen gefördert« werde (Art. 120 Satz 2, Art. 127 Abs. 1 Satz 3 AEUV), so ist der das Unionsrecht prägende¹¹³ Grundsatz des *effet utile* als Effizienz-¹¹⁴ bzw. Effektivitätsgebot¹¹⁵ bezeichnet worden, und so verleiht das gerade im Unionsrecht wichtige Subsidiaritätsprinzip Effizienzkriterien Ausdruck¹¹⁶. So gibt es unionsrechtlich einen – man möchte sagen: *even* – »more economic approach« im Kartellrecht¹¹⁷, und so existieren ausdrückliche Hinweise auf die Zulässigkeit, wenn nicht gar besondere Angemessenheit rechtsökonomischer Argumente¹¹⁸. Nicht zuletzt war so namentlich der unionale Staatshaftungsanspruch von Anfang an auch ökonomisch konzipiert – und hat so von Anfang an auch ökonomisch funktioniert.¹¹⁹ Nach alledem gilt: »Die Europäisierung forciert die Ökonomisierung.«¹²⁰

III. Probersteine

1. Wider die Zeitwidrigkeiten

Die unmittelbare und verschuldensunabhängige Staatshaftung für schädigende Folgen rechtswidrigen Staatshandelns gilt als fortschrittlich.¹²¹ Doch Modernität ist kein Wert an sich. Entscheidend ist vielmehr, ob die neue die bessere – und das heißt in diesem Zusammenhang: die sachgerechtere – Lösung ist.¹²²

2. Wider die Sachwidrigkeiten

a) Integralität nationalen Haftungsrechts

Eine Rekonstruktion des Staatshaftungsrechts, wie sie diese Abhandlung vorschlägt, sucht letztlich dem Ziel jeder Dogmatik zu dienen, nämlich »das dogmatische Geflecht als ein aus möglichst klar umrissenen Bausteinen zusammengesetztes Gefüge abzubilden, das innere Widerspruchsfreiheit aufweist und eine

¹¹³ Vgl. nur *Jarass*, AöR 121 (1996), S. 173 (180).

¹¹⁴ Vgl. nur *Jarass*, Grundfragen, 1994, S. 8; *Saenger*, JuS 1997, S. 865 (868).

¹¹⁵ *Jarass*, AöR 121 (1996), S. 173 (180); *Kluth*, in: H. J. Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht II, 7. Aufl. 2010, § 70 Rn. 3; *Pernice/Mayer*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Recht der Europäischen Union (Stand: 47. Ergänzungslieferung, April 2012), Art. 220 EGV, Rn. 46 (Stand: 20. Ergänzungslieferung, August 2002).

¹¹⁶ *Kahl*, AöR 118 (1993), S. 414 (428); *Lecheler*, Subsidiaritätsprinzip, 1993, S. 61; *Wittreck*, in: Metzlers Lexikon Philosophie, 3. Aufl. 2008, Stichwort: Subsidiaritätsprinzip (S. 590).

¹¹⁷ Vgl. dazu nur zuletzt *Frenz/Ehlenz*, EuR 2010, S. 490 ff.; *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm, UWG, 30. Aufl. 2012, Einleitung Rn. 1.15a.

¹¹⁸ *J.-P. Schneider*, Die Verwaltung 34 (2001), S. 317 (343).

¹¹⁹ Oben § 13 II 2 b) (S. 231 ff.).

¹²⁰ *Oebbecke*, VVDStRL 62 (2003), S. 366 (381) m. w. N. (im Zusammenhang mit Privatisierungen).

¹²¹ Vgl. *Badura*, Staatsrecht, 5. Aufl. 2012, Rn. D 68 (S. 388).

¹²² Genauer oben § 15 I (S. 306).

möglichst weitreichende Erklärungskraft besitzt (Kohärenz des Gefüges).¹²³ Die Konzeption, wie sie mir vorschwebt, mag sich dabei gegen den Vorwurf verteidigen müssen, ich machte das nationale Haftungsrecht »passend«, auf dass es sich gut in den unionsrechtlichen Rahmen einfüge. Diesen Vorwurf hoffe ich parieren zu können. Zunächst und ganz grundsätzlich gilt, dass die Motive des Autors für den wissenschaftlichen Wert seiner Arbeit irrelevant sind – in der sachthematischen Terminologie dieser Abhandlung: dass es um Erfolgsrecht, nicht um Handlungsrecht geht. Wo diese Abhandlung von der überkommenen Rechtsprechung abweicht, vermag sie sich auf Literaturkritik zu stützen, die es lange vor dieser Abhandlung gab und die sich ihrerseits auf andere – von der Übertragung der Dogmatik unabhängige und von der Lehre seit jeher vorge-tragene – Sachgründe berufen kann. Was meinen eigenen Standpunkt betrifft, kann ich auf Vorfestlegungen verweisen: Meine Abhandlung zum Legislativun-recht stammt aus dem Jahr 2007.¹²⁴ Schließlich lehne ich bisweilen Literaturmei-nungen ab, obwohl sie, wenn sie zuträfen, dem Vorschlag einer unionsrechtlich inspirierten Haftungsdogmatik in die Karten spielten.¹²⁵

Mein Vorschlag zielt auf die »Übernahme des anderswo Bewährten«, das seinen Zweck gut erfüllt.¹²⁶ Das anderswo Bewährte ist vorliegend vornehm-lich, aber nicht ausschließlich das Unionsrecht. An manchen Stellen stimmen unionales und nationales Recht überein. An anderen Stellen weist der »Rumpf-tatbestand«¹²⁷ des Unionsrechts Leerstellen auf, die der Bundesgerichtshof aufgefüllt hat.¹²⁸ An diesen Stellen ist das anderswo Bewährte Teil des nationa-len Staatshaftungsrechts. Die Übernahme verbesserte die Systemgerechtigkeit des neuen Haftungsrechts, vereinfachte das Rechtsgebiet und diene so der Rechtssicherheit (dazu b). Die neue Staatshaftungsdogmatik hülfe der Inländer-diskriminierung ab (dazu c) und beförderte die Anschlussfähigkeit nationalen Haftungsrechts (dazu d).

b) Rechtssicherheit dank »Neuer Übersichtlich-« und Einheitlichkeit

Die Verbesserungen sind überfällig. Das Staatshaftungsrecht ist zu einer »Mate-rie mit esoterischem Charakter« verkommen, »in der sich auch Spezialisten nur noch mit Mühe zurechtfinden können«, auf dem Weg »zur ›Geheimwissen-schaft‹«, ¹²⁹ eine Disziplin, mit der sich auch vielseitig interessierte Staatsrechts-

¹²³ Bumke, Grundrechtsvorbehalt, 1998, S. 30; Haltern, Europarecht, 2. Aufl. 2007, Rn. 11.

¹²⁴ Hartmann, VerwArch 98 (2007), S. 500 ff.

¹²⁵ Zur Hinnahe der misslichen Rechtswegspaltung *de lege lata* siehe oben § 10 V 1 (S. 178 ff.), insb. bei Fn. 229–231 (S. 182).

¹²⁶ Vgl. in anderem Zusammenhang Oebbecke, StWStP 8 (1997), S. 461 (477).

¹²⁷ Oben § 13 Fn. 15 (S. 217).

¹²⁸ Oben § 14 II 4 (S. 276 f.), zwischen Fn. 157 (S. 276) und Fn. 158 (S. 277).

¹²⁹ Zitate bei Ossenbühl, Neuere Entwicklungen im Staatshaftungsrecht, 1984, S. 5; in der Sache ebenso v. Danwitz, in: v. Mangoldt/F. Klein/Starck (Hrsg.), GG, Bd. 2, 6. Aufl. 2010, Art. 34 Rn. 149; vgl. auch Röder, Haftungsfunktion, 2002, S. 16.

lehrer »freiwillig nie und nimmer beschäftigt«¹³⁰ (genauer: freiwillig sich nie und nimmer zu beschäftigen begonnen¹³¹) hätten. Dass das öffentliche Haftungsrecht selbst für Spezialisten kaum noch zu überschauen ist, beschreibt einen Missstand weit über rechtsästhetische Fragen hinaus, weil die rechtsstaatlich verwobenen Anspruchsgrundlagen dieses Rechtsgebiets die bezeichneten wichtigen Funktionen für Staat und Bürger erfüllen: Das öffentliche Haftungsrecht nimmt die Rechtsschutzverantwortung des Staates ernst, stabilisiert die Rechtsschutzerwartungen des Bürgers und dient so der Durchsetzung staatlichen Rechts.¹³² Eine Vereinheitlichung und Harmonisierung der Institute öffentlichen Haftungsrechts und die damit verbundene Vereinfachung läge daher im Interesse sowohl der Rechtsklarheit als auch der Rechtssicherheit.¹³³ Sie verbesserte die Vorhersehbarkeit staatlicher Entscheidungen¹³⁴ und würde damit alle »praktischen Vorteile«, die die Einheitlichkeit eines Rechtsregimes aufweist¹³⁵, auf der Habenseite verbuchen. Der Vorschlag bündelt weite Teile des geltenden Staatshaftungsrechts zu einem einzigen, unionsrechtlich inspirierten Haftungsanspruch. Weil das öffentliche Haftungsrecht in dieser Dogmatik mit einem Einheitsanspruch auskommt, darf auch von einer Generalklausel die Rede sein.¹³⁶ Dabei muss freilich stets deutlich bleiben, dass der Kernanspruch bisweilen der Binnendifferenzierung bedarf. Das ist immer dann der Fall, wenn das geschriebene Recht für einzelne Merkmale ein abweichendes Verständnis vorschreibt. Die subkutane Auffächerung ändert aber nichts daran, dass der Haftungsanspruch ein einheitlicher ist.¹³⁷

¹³⁰ So *Höfling*, VVDStRL 61 (2002), S. 462 (465) am Ende der Aussprache.

¹³¹ *Höfling* hat sich mit dem Thema – man möchte annehmen: freiwillig – ausgiebig wiederbeschäftigt, siehe *dens.*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts III, 2009, § 51 (S. 945–1009).

¹³² Siehe dazu oben unter § 6 I 3 (S. 60 ff.).

¹³³ Vgl. Bundesrat, in: Stellungnahme (zum Entwurf eines Staatshaftungsgesetzes), abgedruckt als Anlage 2 zur BT-Drs. 8/2079 v. 05.09.1978, S. 86 (86); *Bachof*, VVDStRL 30 (1972), S. 193 (236 f.); *Caesar*, Staatshaftungsreform, o.J. (1988), S. 20; *Hain*, VerwArch 95 (2004), S. 498 (514) (mit Blick auf Legislativhaftung); *Masing*, in: Umbach/Clemens (Hrsg.), GG, Bd. I, 2002, Art. 34 Rn. 49; *H. Maurer*, in: FS Boujong, 1996, S. 591 (610 f.) (»Spaltung des Staatshaftungsrechts« in gemeinschaftsrechtliche und innerstaatliche Fälle »auf die Dauer wohl nicht durchzuhalten«); *Tomuschat*, in: FS Everling, Bd. II, 1995, S. 1585 (1598 f., 1609); vgl. auch *Brenner*, Gestaltungsauftrag, 1996, S. 225 ff., und *Sommermann*, in: Schwarze (Hrsg.), Bestand und Perspektiven des Europäischen Verwaltungsrechts, 2008, S. 181 (195).

¹³⁴ Vgl. dazu oben unter § 8 IV 1 (S. 115 ff.).

¹³⁵ Vgl. *Oebbecke*, StWStP 8 (1997), S. 461 (477).

¹³⁶ In anderem Zusammenhang befürwortend etwa *Dagtolglou*, VerwArch 65 (1974), S. 345 (351); *Sproll*, in: Detterbeck/Windthorst/Sproll, Staatshaftungsrecht, 2000, § 18 Rn. 26 (für einen »einheitlichen Anspruch auf Bewältigung öffentlich-rechtlicher Unrechtslasten«).

¹³⁷ Vgl. *Ruffert*, in: Callies/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 340 AEUV, Rn. 41 (in anderem Zusammenhang).

Das Haftungsrecht über eine Generalklausel zu erfassen, ist nicht ohne Beispiel. So verfahren etwa Frankreich und Österreich.¹³⁸ Die Umstellung wäre freilich (weniger in der Sache, aber sehr wohl) in der Regelungstechnik mehr als eine bloß punktuelle. Das liegt nahe, ist den skizzierten Mängeln des geltenden Staatshaftungsrechts mit einer bloß punktuellen Korrektur ohnehin nicht abzu- helfen.¹³⁹ Wenn man sieht, wie lange das öffentliche Haftungsrecht schon der Unordnung verfallen ist, wäre eine »neue Übersichtlichkeit«¹⁴⁰, die sich aus dem Einheitsanspruch und seiner Anbindung an das Unionsrecht ergibt, keinesfalls wenig. Das gilt jedenfalls, wenn es zu den Aufgaben der Dogmatik zählt, den Rechtsanwender zu entlasten und die normativen Aussagen eines Rechtsgebiets ordnungsbildend und handlungsleitend zum Ausdruck zu bringen.¹⁴¹ Der Einheitsanspruch genüge der Forderung nach der Allgemeinheit der Gesetze,¹⁴² und er schliege insoweit den Bogen zu einer historischen Wurzel des Haftungsrechts: Was sich über das Preußische Allgemeine Landrecht, das im Staatshaftungsrecht bis heute eine Rolle spielt, sagen ließ, gilt ebenso für das heute geltende Staatshaftungsrecht: »Angesichts der ... herrschenden großen Unübersichtlichkeit des aus verschiedenartigsten Quellen gespeisten Rechts verlangten Verstand und Ratio ... nach einer Kodifikation, d. h. der Zusammenfassung des gesamten Rechts in einem einzigen Gesetzeswerk.«¹⁴³

c) Beseitigung der Inländerdiskriminierung

Der unionsrechtlich inspirierte Staatshaftungsanspruch begegnete außerdem der Inländerdiskriminierung, die dort entsteht, wo das nationale gegenüber dem unionalen Haftungsrecht zurückbleibt.¹⁴⁴ Inländerdiskriminierung ist rechtmäßig, aber ungerecht. Sie ist rechtmäßig, weil sie mit nationalem und Unionsrecht im Einklang steht. Das deutsche Verfassungsrecht, namentlich der Gleichheitssatz, verpflichtet den deutschen Gesetzgeber nicht, den nationalen Standard an

¹³⁸ Vgl. Art. 1382, 1383 Code Civile, § 1295 f. ABGB; zu Frankreich C. Walter, ZaöRV 1993, S. 882 ff., zu Österreich Koziol, Grundfragen des Schadensersatzrechts, 2010, Rn. 5/98.

¹³⁹ Bender, VersR 1974, S. 1 (3).

¹⁴⁰ Der Begriff der »Neuen Unübersichtlichkeit« entstammt dem gleichnamigen Buch von Habermas, Erstauflage 1985; siehe dazu knapp R. Voigt, Den Staat denken, 2. Aufl. 2009, S. 157 f.

¹⁴¹ Brohm, VVDStRL 30 (1972), S. 245 (247); Thoma, in: ders., Rechtsstaat – Demokratie – Grundrechte, 2008, S. 1 (25); Volkmann, AöR 134 (2009), S. 157 (186).

¹⁴² Unter diesem Gesichtspunkt gegen »Übernormierung« zuletzt G. Kirchhof, Allgemeinheit des Gesetzes, 2009, namentlich S. 489 ff. (zum europäischen Einfluss).

¹⁴³ Frotsher/Pieroth, Verfassungsgeschichte, 11. Aufl. 2012, Rn. 146.

¹⁴⁴ Vgl. Buschhaus, JA 1992, S. 142 (149 f.); Hidien, Die gemeinschaftsrechtliche Staatshaftung, 1999, S. 78 (»Zwei-Klassen-Rechte«); Jans/de Lange/Prechal/Widdershoven, Europeanisation, 2007, S. 8.

den des Unionsrechts anzupassen¹⁴⁵ (um etwa eine Haftung für verfassungswidriges Legislativunrecht zu ermöglichen), weil es ein anderer Hoheitsträger war, der das Unionsrecht gesetzt hat¹⁴⁶. Das Unionsrecht verpflichtet weder die Bundesrepublik Deutschland, für Verstöße gegen nationales Recht Staatshaftung zu gewähren,¹⁴⁷ noch verbietet es die Diskriminierung eigener Staatsangehöriger (vgl. Art. 18 AEUV, ex-Art. 12 EGV, exex-Art. 6 EWG)¹⁴⁸.

Die Inländerdiskriminierung ist, obwohl rechtmäßig, doch ungerecht, weil sie die »eigenen« Staatsangehörigen, die diesen Staat tragen, finanzieren und mitbestimmen, schlechter behandelt als die Angehörigen anderer Staaten.¹⁴⁹ Gerade wegen der Inländerdiskriminierung als einer »unhappy situation« traf das *House of Lords* die oben wiedergegebene Entscheidung in Sachen *Home Office*.¹⁵⁰ Gerade wegen der Inländerdiskriminierung spricht es gegen die Zweckmäßigkeit nationalen Haftungsrechts, dass es hierzulande grundsätzlich keine Haftung für legislatives Unrecht gibt.¹⁵¹ Gerade wegen der Ungerechtigkeit der Inländerdiskriminierung wird für das Allgemeine Verwaltungsrecht generell bezweifelt, ob sich längerfristig in vergleichbaren Sachverhalten unterschiedliche Regeln überhaupt durchhalten lassen.¹⁵² Das gilt, auch wenn das Bedürfnis, Inländerdiskriminierung zu vermeiden, vorliegend deutlich weniger wiegt als sonst. Wir haben es in unserem Zusammenhang nämlich nicht mit einem klassischen Fall dieser Art zu tun. Im klassischen Fall der Inländerdiskriminierung

¹⁴⁵ *Fastenrath*, JZ 1987, S. 170 (175); *Häde*, BayVBl 1992, S. 449 (456); *Schoch*, JZ 1995, S. 109 (117); *E. Stein*, in: Alternativkommentar GG, Art. 3 Abs. 1 Rn. 83; *Streinz*, Jura 1995, S. 6 (10 f.); a.A. BVerwGE 126, 149 (165); BGH, RIW 1985, S. 588 (589); BGH, DB 1991, S. 2483 (2485); *Osterloh*, in: Sachs (Hrsg.), GG, 6. Aufl. 2011, Art. 3 Rn. 71; diff. danach, ob die Rechtfertigung der Ungleichbehandlung gelingt, etwa *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, 11. Aufl. 2011, Art. 3 Rn. 74; *Starck*, in: v. Mangoldt/F. Klein/Starck (Hrsg.), GG, Bd. 1, 6. Aufl. 2010, Art. 3 Rn. 233; vgl. auch *Herdegen*, Europarecht, 14. Aufl. 2012, § 6 Rn. 24 (mit der »Rücksicht auf unionsrechtliche Forderungen im Interesse des Binnenmarktes« als Rechtfertigungsgrund).

¹⁴⁶ Vgl. *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, 11. Aufl. 2011, Art. 3 Rn. 74, und *Kadelbach*, Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, 1999, S. 265 f.; a.A. *Epiney*, Umgekehrte Diskriminierung, 1995, S. 429 ff.; *Heun*, in: H. Dreier (Hrsg.), GG, Bd. I, 2. Aufl. 2004, Art. 3 Rn. 11; in diese Richtung auch *Pietzcker*, Lokalisationsgrundsatz, 1990, S. 24 ff. (>gute Gründe dafür«).

¹⁴⁷ Siehe oben § 13 I (S. 216 ff.) und § 14 II 2 a) (S. 251 ff.) sowie speziell zur Inländerdiskriminierung außerdem *Streinz*, Jura 1995, S. 6 (10 f.).

¹⁴⁸ Vgl. nur EuGH, NJW 1987, S. 3069 (3069); *Kadelbach*, Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, 1999, S. 264 f.; *Herdegen*, Europarecht, 14. Aufl. 2012, § 6 Rn. 20 (nicht »ohne weiteres«); *Heun*, in: H. Dreier (Hrsg.), GG, Bd. I, 2. Aufl. 2004, Art. 3 Rn. 11; *E. Stein*, in: Alternativkommentar GG, Art. 3 Abs. 1 Rn. 83.

¹⁴⁹ Vgl. nur *Henrichs*, Haftung der EG-Mitgliedstaaten, 1995, S. 154 f.; *Schoch*, JZ 1995, S. 109 (117); *van Gerven*, ICLQ 45 (1996), S. 507 (538); *ders.*, in: R. H. M. Jansen/Koster/Van Zutphen (Hrsg.), European Ambitions of the National Judiciary, 1997, S. 91 (105 ff.); *Wurmnest*, Grundzüge, 2003, S. 141.

¹⁵⁰ Siehe oben § 15, bei Fn. 99 (S. 320 f.).

¹⁵¹ *P. M. Huber*, in: Festschrift für H. Maurer, 2001, S. 1165 (1171 f.).

¹⁵² Vgl. *Engel*, Die Verwaltung 25 (1992), S. 437 (475 f.); *E. Klein*, in: Starck (Hrsg.), Rechtsvereinheitlichung, 1992, S. 117 (142); *Schoch*, JZ 1995, S. 109 (117).

können sich EU-Bürger anderer Mitgliedstaaten auf Unionsrecht berufen, nicht aber die eigenen Staatsangehörigen, also die insofern »diskriminierten« Inländer. Der unionsrechtliche Haftungsanspruch gegen einen Mitgliedstaat dagegen berechtigt die EU-Bürger, Inländer wie (EU-)Ausländer, unterschiedslos. Unterschiedliche Regeln in vergleichbaren Sachverhalten bestehen aber gleichwohl, sofern das Haftungsrecht, das in einem Mitgliedstaat gilt, für Verstöße gegen unionales Recht den Schadensersatz großzügiger gewährt als für Verstöße gegen nationales Recht. Diese Unterschiedlichkeit dürfte Inländer regelmäßig schlechter stellen, wenn und weil Verstöße gegen nationales Recht typischerweise überwiegend Inländer und Verstöße gegen unionales Recht typischerweise überwiegend (EU-)Ausländer betreffen.

d) *Wettbewerbsvorteil internationaler Anschlussfähigkeit*

Der unterbreitete Vorschlag beförderte die Anschlussfähigkeit nationalen Rechts.¹⁵³ Darin läge ein Vorteil im weltweiten Wettbewerb der Rechtsordnungen¹⁵⁴, ohne dass dieser Wettbewerb zum »Kampf der Rechtsordnungen«¹⁵⁵ oder zum »Rechtskulturkampf«¹⁵⁶ hochgeschrieben werden müsste. Die Staaten stellen sich diesem Wettbewerb, weil sie ein Interesse daran haben, namentlich Wirtschaftsunternehmen ihre Geschäfte im jeweiligen Inland abwickeln zu lassen, gehen damit doch regelmäßig Steigerungen des Bruttosozialprodukts und des Steueraufkommens einher.¹⁵⁷ Der Wettbewerb der Rechtsordnungen birgt damit zugleich die Gefahr, dass die Bevorzugung der Wirtschaftsunternehmen auf Kosten gegenläufiger Interessen geht, namentlich auf Kosten des Arbeitnehmerschutzes, des Verbraucherschutzes usw. Ob der Wettbewerb auf die »beste

¹⁵³ Zur internationalen Anschlussfähigkeit als Argument exemplarisch *Kahl*, DÖV 2009, S. 2 (7, 12 Fn. 135).

¹⁵⁴ Zum Wettbewerb der Rechtsordnungen vgl. nur BGH, JZ 2000, S. 903 (904); *Appel*, in: Stelmach/Reiner Schmidt (Hrsg.), Wettbewerb der Staaten, 2010, S. 99 (102 f.); *Bungenberg*, Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme, S. 1 ff., 28 ff., 63 f., 340; *Giegerich*, VVDStRL 69 (2010), S. 57 ff.; *Grzeszick*, in: Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. IV, 3. Aufl. 2006, § 78 Rn. 40; *Herdegen*, in: FS Boujong, 1996, S. 869 ff.; *Kahl*, Die Verwaltung 42 (2009), S. 463 (471, 499); *ders.*, EPL 16 (2010), S. 105 (121); *E. Klein*, in: Starck (Hrsg.), Rechtsvereinheitlichung, 1992, S. 117 (142) (»Wettstrei[t] der Konzeptionen«); *Mehde*, Wettbewerb zwischen Staaten, 2005, S. 507 ff., 539 ff., 572 ff.; *L. Michael*, DVBl 2009, S. 1062 (1064 ff.); *R. Michael/Jansen*, in: Jansen/R. Michael (Hrsg.), Beyond the State, 2008, S. 69 (90 f.); *Musil*, Wettbewerb in der staatlichen Verwaltung, 2005, S. 25 f.; *Peters*, VVDStRL 69 (2010), S. 7 ff.; *Wahl*, in: *ders.*, Verfassungsstaat, Europäisierung, Internationalisierung, 2003, S. 411 (423); krit. *P. Kirchhof*, Maß der Gerechtigkeit, 2009, S. 261 ff. (mit Differenzierungen).

¹⁵⁵ *Höffe*, FAZ Nr. 114 v. 18. 05. 2009, S. 7.

¹⁵⁶ *Mankowski*, JZ 2009, 321 (329); zum Rechtskulturschock vgl. nur *Martinek*, JuS 1984, S. 92 ff.; *Hartmann*, JuS 2003, S. 309 f.

¹⁵⁷ *Meessen*, in: *ders./Bungenberg/Puttler* (Hrsg.), Economic Law as an Economic Good, 2009, S. 3 (3).

juristische Lösung«, auf das »beste Recht«¹⁵⁸ zielt oder nicht vielmehr ein *race to the bottom* wirtschaftsfreundlichster Gesetzgebung bewirkt¹⁵⁹, erscheint daher längst nicht ausgemacht.

In Deutschland Staatshaftungsansprüche geltend zu machen, fällt allen hier tätigen Personen – seien sie Deutsche, Unionsbürger oder Nicht-EU-Ausländer, seien sie natürliche oder juristische Personen – leichter, wenn das nationale Staatshaftungsrecht kein autarkes Rechtssystem darstellt, sondern im harmonischen Einklang mit dem bekannten europäischen Vorbild steht, weil so auch in fremder Umgebung »die rechtliche Infrastruktur« vertraut wirkt.¹⁶⁰ Diese Erleichterung im Rechtsleben begründet einen Wettbewerbsvorteil der deutschen Rechtsordnung, von der nicht nur Wirtschaftsunternehmen und Arbeitnehmer profitieren, sondern alle, die mit dem Unionsrecht bekannt sind und erwägen, hierzulande Staatshaftungsansprüche geltend zu machen. »Überkomplexe« Regelungskonzepte und -modelle, wie sie die deutsche Dogmatik auch kennt und zu denen das herkömmliche Staatshaftungsrecht zählt, brauchen im Wettbewerb der Rechtsordnungen gar nicht erst anzutreten.¹⁶¹

Das öffentliche Haftungsrecht überrascht in diesem Zusammenhang mit einer Pointe. Die offene Frage, ob der Wettbewerb der Rechtsordnungen zu einem *race to the bottom* führe, ist für unseren Zusammenhang eindeutig zu verneinen. Im öffentlichen Haftungsrecht steht gerade nicht zu befürchten, dass ausgerechnet jene Rechtsordnung den Wettbewerb gewinnt, die zu Gunsten der Wirtschaft gegenläufige Interessen möglichst weit beschneidet. Im Gegenteil: Die Interessen der Wirtschaft und der Bürger, Arbeitnehmer und Verbraucher sind im öffentlichen Haftungsrecht gleichgerichtet: Beide Seiten, Wirtschaftsunternehmen wie Bürger, Arbeitnehmer und Verbraucher wünschen sich ein möglichst belastbares, ein möglichst überschaubares und ein möglichst wirkungsvolles Staatshaftungsrecht. Der Wettbewerb der Rechtsordnungen bewirkt im öffentlichen Haftungsrecht also, wenn überhaupt, ein *race to the top*.

Unabhängig davon gilt die praktische Anschlussfähigkeit sogar als Maßstab für dogmatische Richtigkeit.¹⁶² Mit dem Ziel, »die Anschlussfähigkeit

¹⁵⁸ *Voßkuhle*, *VerwArch* 92 (2001), S. 184 (194) bzw. *Eidenmüller*, *JZ* 2009, S. 641 (643); vgl. auch *Jansen*, *JZ* 2005, S. 160 (161 f.); *Schulze*, in: ders./v. Bar/Schulte-Nölke (Hrsg.), *Akademi-scher Entwurf*, 2008, S. 1 (33); krit. *Appel*, in: *Stelmach/Reiner Schmidt* (Hrsg.), *Wettbewerb der Staaten*, 2010, S. 99 (104 ff.).

¹⁵⁹ Vgl. *BGH*, *JZ* 2000, S. 903 (904); *Eidenmüller*, *JZ* 2009, S. 641 (648 f.); *Hirshleifer*, *J. Law & Econ.* 19 (1976), S. 241 (242 f.) (zur Wahl des Landesrechts Delawares); krit. *Appel*, in: *Stelmach/Reiner Schmidt* (Hrsg.), *Wettbewerb der Staaten*, 2010, S. 99 (108) (Gefahr »regelmäßig überschätzt«).

¹⁶⁰ Vgl. *Eidenmüller*, *JZ* 2009, S. 641 (643, 651); *Schulze*, in: ders. (Hrsg.), *Auslegung*, 1999, S. 9 (17 f.).

¹⁶¹ Vgl. *Kahl*, *EPL* 16 (2010), S. 105 (121) (»doomed to go under in the ›competition of legal orders«).

¹⁶² Vgl. *Volkemann*, *AöR* 134 (2009), S. 157 (189 mit Fn. 121, 193); vgl. zur Anwendungsorientierung auch noch *Hoffmann-Riem*, in: *Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem* (Hrsg.), *Metho-*

an das europäische Recht« zu sichern, verlangt etwa *Höfling* ein »den deutschen ›Sonderweg‹ notwendig beendendes Generalisieren«¹⁶³, und mit dem Ziel, zur »Überwindung des Entwicklungsrückstands des deutschen Staatshaftungsrechts« beizutragen, fordert *Schoch* eine »Effektuierung des Sekundärrechtsschutzes«.¹⁶⁴ Es gibt sogar Ökonomen, die gemeineuropäische gegenüber nationalen Lösungen als überlegen betrachten, weil der Einfluss der Partikularinteressen auf den Gesetzgebungsprozess in Europa geringer sei als im nationalen Gesetzgebungsverfahren.¹⁶⁵ Die empirischen Belege für diese These erscheinen freilich »vergleichsweise dünn«¹⁶⁶; sicherlich wäre zudem zwischen den verschiedenen Mitgliedstaaten zu differenzieren.

Dass diese Abhandlung keine Neukonstruktion des öffentlichen Haftungsrechts aus dem Nichts versucht, sondern das vorhandene Staatshaftungsrecht soweit als möglich einfängt, erhöht die Anschlussfähigkeit der Konzeption in Wissenschaft und Praxis. Der Vorschlag trägt so der Forderung Rechnung, dass das Recht nur »sacht von Ort zu Ort«¹⁶⁷ rücke. Nicht zuletzt *Michael Kohlhaas* mahnt, unsere jeweilige Gewissheit der Gerechtigkeit besser evolutiv als revolutionär zu verfolgen.

e) Gerechtigkeit und Gemeinwohldienlichkeit

Der Maßstab der Gerechtigkeit gilt trotz aller Konkretisierungsschwierigkeiten jedenfalls rechtspolitisch.¹⁶⁸ Gerade im Zusammenhang mit öffentlichem Haftungsrecht fällt das Gerechtigkeitsargument häufig.¹⁶⁹ Eine (wenn auch vage, weite und nicht justitiable) Vorgabe des geltenden Rechts ist es, dass das Staats-

den der Verwaltungsrechtswissenschaft, 2004, S. 9 (50) (mit der Implementierbarkeit als einem Richtigkeitsmaßstab administrativer Entscheidungen).

¹⁶³ *Höfling*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts III, 2009, § 51 Rn. 91.

¹⁶⁴ *Schoch*, Die Verwaltung 34 (2001), S. 261 ff. (schon im Titel des Aufsatzes).

¹⁶⁵ *H.-B. Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 4. Aufl. 2005, S. 389.

¹⁶⁶ *Eidenmüller*, JZ 2009, S. 641 (649).

¹⁶⁷ Faust I, Schülerszene, wo Mephistopheles es dem Schüler freilich »so sehr nicht« übel nimmt, dass dieser sich zur »Rechtsgelehrsamkeit« nicht »bequemen« könne, schließlich erbtten sich »Gesetz' und Rechte / Wie eine ew'ge Krankheit fort; / Sie schleppen von Geschlecht sich zum Geschlechte, / Und rücken sacht von Ort zu Ort« (zit. nach *Goethe*, Sämtliche Werke, Bd. 7/1, 1994, S. 81, Z. 1970–1975).

¹⁶⁸ Vgl. nur *Di Fabio*, Recht offener Staaten, 1998, S. 148 ff.; *Ehlers*, ZBR 1977, S. 180 (182); *Koziol/Schulze*, in: dies. (Hrsg.), Tort Law of the European Community, 2008, Rn. 23/71; vgl. aber auch *Fetzer*, Haftung für legislatives Unrecht, 1994, S. 31 f., 42; *Jansen*, Struktur der Gerechtigkeit, 1998, S. 40 ff.; *ders.*, ZEuP 2003, S. 490 (500 ff.); *Mäsch*, Chance und Schaden, 2004, S. 236 f.

¹⁶⁹ Siehe nur die Zitate aus den Beratungen des BGB sowie *O. Mayers*, *Gierkes*, *Zachariäs*, *Luhmanns* u.a. oben § 6 Fn. 24 f. (S. 53 f.), § 8 Fn. 35, 40 f., 45 (S. 109 f.), § 14 Fn. 226 (S. 286); von *Kohlhaas* (oben § 1 und unten § 18) gar nicht zu reden; aktuell rechtsdogmatisch ebenso etwa *Dietlein*, in: *Stern*, Staatsrecht, Bd. IV/2, 2011, S. 2005 (Emanation insbesondere des Gebots materieller Gerechtigkeit).

haftungsrecht – wie jedes Staatshandeln – dem Gemeinwohl diene.¹⁷⁰ Es ist hier nicht der Ort, die Inhalte der Maßstäbe der Gerechtigkeit und des Gemeinwohls festzulegen, sondern es muss genügen, exemplarisch auf *Kant* und *Rawls* zu verweisen.

Nach *Kant* sind Gesetze nur gerecht, wenn sie »aus dem vereinigten Willen eines ganzen Volks« hätten entspringen können. Das ist der »Probierstein der Rechtmäßigkeit«.¹⁷¹ Nach *Rawls* ist gerecht, worauf sich die Menschen einigten, wüssten sie nicht, wo in der Gesellschaft sie stünden. Das ist der Schleier des Nichtwissens.¹⁷² Beide Maßstäbe sprechen gedankenexperimentell dafür, dass der Staat Schäden, die auf seinen Rechtsverletzungen beruhen und im Schutzzweck der verletzten Norm liegen, ersetzen muss. Dabei ist davon auszugehen, dass sich die Menschen darüber im Klaren sind, dass Schadensersatz Geld kostet, das sie anteilig werden aufbringen müssen (wobei es eine Frage der Staatsfinanzierung, der Steuer- und Abgabeberechnung sei, den auf den Einzelnen entfallenden Anteil zu berechnen). Die Menschen wüssten, dass dem Geschädigten nicht vorzuwerfen ist, dass er geschädigt wurde, und dass die öffentliche Hand, die ihn geschädigt hat, ihn nicht hätte schädigen dürfen. Unter diesen Voraussetzungen soll der Schaden, so steht zu vermuten, nach dem Willen der Menschen nicht denjenigen treffen, der rechtswidrig geschädigt wurde, sondern denjenigen, der rechtswidrig geschädigt hat, auf dass dieser die Verantwortung für die Folgen seines Handelns übernehme. Hinzu kommt, dass nur der Zufall es wollte, dass der Schaden bei diesem und nicht bei jenem Bürger eintrat. Es hätte auch jeden anderen Bürger treffen können. Dagegen ist es nicht zufällig, dass es die öffentliche Hand war, die geschädigt hat. Denn nur sie war für die schädigende Handlung zuständig.

Unter diesen Voraussetzungen dürfte es den Menschen, auf deren Willen es ankommt, fernliegen, den geschädigten Einzelnen – der jeder von ihnen wird sein können – auf das allgemeine Lebensrisiko zu verweisen, nur damit der Nichtgeschädigte den auf ihn entfallenden (geringen) Anteil am Schadensersatz nicht tragen müssen. Wer nicht sicher sein kann, ob nicht vielleicht gerade

¹⁷⁰ Zur Gemeinwohlbindung oben § 7 II 1 (S. 82 ff.), zum Ausschluss der Justiziabilität nur *Hartmann*, AöR 134 (2009), S. 1 (28 ff.) m. w. N.; vgl. schließlich noch *Cardozo*, *The Nature of the Judicial Process*, 1921, S. 66 (»The final cause of law is the welfare of society«).

¹⁷¹ *Kant*, in: ders., *Kleinere Schriften zur Geschichtsphilosophie, Ethik und Politik*, hrsg. von Karl Vorländer, 1913, S. 67 (95); vgl. auch *dens.*, *Die Metaphysik der Sitten*, 1797/1798, zit. nach der von Wilhelm Weischedel hrsg. Werkausgabe, Bd. VIII, 1977, Rechtslehre, Einleitung, § 46, A 165/B 195, S. 432, und dazu nur *H. Dreier*, AöR 113 (1988), S. 450 (470 f., 477 f., 481 f.); *G. Kirchhof*, *Allgemeinheit des Gesetzes*, 2009, S. 138 ff.

¹⁷² *Rawls*, *Theorie der Gerechtigkeit*, 1975, S. 29 ff., 159 ff. = 17. Aufl. 2011; vgl. auch BVerfGE 101, 158 (218); *C. Kirchner*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann, *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, 1996, S. 63 (80); *Kluth*, in: ders. (Hrsg.), *Facetten der Gerechtigkeit*, 2010, S. 122 (135 ff.); und aus der Belletristik bereits *Kunert*, *Im Namen der Hüte*, 1976, S. 79 (mit einer Zukunft, die hinter dem »Schleier des Ungewissen« verborgen liegt).

er ein existenzvernichtend Geschädigter hoheitlichen Handelns sein wird, muss für das kleinere Übel eintreten und eine Umverteilung auf die Gesamtbevölkerung befürworten. Diese Position ist, solange die Grundlagen eigeninitiativen Handelns verschont werden, auch ökonomisch sinnvoll: Wegen des abnehmenden Grenznutzen des Geldes (der erste eingenommene Euro ist mehr wert als der tausendste, ähnlich wie es schwerer wiegt, den letzten Freund zu verlieren als den vorletzten) trifft den Einzelnen der (volle) Schaden sehr viel härter als eine (vielfach geteilte) Umlage.¹⁷³ Die Wohlfahrtsbilanz verbessert sich also, wenn nicht der Geschädigte allein, sondern die Gesellschaft insgesamt die rechtswidrigen verursachten Schäden öffentlichen Staatshandelns trägt.¹⁷⁴

Dass die Menschen so dächten, erscheint nicht bloß als gegriffene Spekulation, sondern lässt sich erhärten durch das Faktum, dass die Menschen (wenn nicht seit je her und zu aller Zeit, dann aber jedenfalls) heutzutage und hierzulande dazu neigen, sich in weitem Umfang gegen Schäden zu versichern.¹⁷⁵ Das Kollektiv – sei es die Gesellschaft im Staat, sei es die Gemeinschaft der Versicherten – soll dem Individuum das Risiko, geschädigt zu werden, in weitem Umfang abnehmen. Im Volk herrscht, wendet man diese Einstellung negativ, eine Vollkasko-Mentalität. Eine solche Einstellung muss man nicht gutheißen. Mir selbst missfällt sie. Doch das ist nicht der Punkt. Hier genügt es zu zeigen, dass die Einstellung Platz greift. Soweit das zutrifft, ist der unterbreitete Vorschlag zum öffentlichen Haftungsrecht im Kern gerecht im Sinn von *Kant* und *Rawls*. Das ökonomische Argument trifft sich so ausgerechnet mit der Theorie der Gerechtigkeit.

3. Friktionen, Desiderate und offene Fragen

Auch der hier unterbreitete Vorschlag muss Spannungen aushalten, lässt Wünsche offen und vermag nicht alle Fragen zu beantworten. Zu den Friktionen zählt die Haftung für rechtswidriges Staatshandeln unterhalb des Qualifikationsniveaus. Nach Unionsrecht gibt es in diesen Fällen, weil es an der hinreichenden Qualifikation des Verstoßes fehlt, keinen Schadensersatz. Das nationale Recht verwehrt den Schadensersatz in diesen Fällen ebenfalls regelmäßig, mangels Verschulden, aber gewährt, wenn auch nur in bestimmten Konstellationen, immerhin Entschädigung. Anspruchsgrundlage in diesen Konstellationen ist der Anspruch wegen aufopferungsgleichen Eingriffs, und Anspruchsvoraus-

¹⁷³ Vgl. nur *D. Birk*, Steuerrecht, 14. Aufl. 2011, Rn. 36; *Engel*, in: v. Danwitz/Depenheuer/Engel (Hrsg.), Bericht zur Lage des Eigentums, 2002, S. 9 (34); *Rebhahn*, Staatshaftung wegen mangelnder Gefahrenabwehr, 1997, S. 171; *H.-B. Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 4. Aufl. 2005, S. 72 ff., 138; *Schuck*, *Suing Government*, 1983, S. 101; *Scheel*, Versicherbarkeit und Prävention, 1999, S. 141 f.; nach einer Mindermeinung soll das Gesetz des abnehmenden Grenznutzens gerade das Geld nicht erfassen.

¹⁷⁴ Vgl. *Cohen*, UTLJ 40 (1990), S. 213 (214).

¹⁷⁵ Vgl. beiläufig *Müller-Dietz*, JZ 2011, S. 85 (92).

setzung ist zum einen, dass eines der dort erfassten immateriellen Rechte verletzt wurde¹⁷⁶, und zum anderen, dass das Staatshandeln »zum Wohl der Allgemeinheit« erfolgte¹⁷⁷. Wollte der vorgeschlagene Einheitsanspruch die Friktion beseitigen, müsste er für diese – eng begrenzte – Konstellation von der unionalen Inspirationsquelle abweichen.¹⁷⁸ Außerdem vermag der unterbreitete Vorschlag die Rechtswegspaltung nur mit Hilfe des Gesetzgebers zu beseitigen.¹⁷⁹

Zu den Desideraten zählt die Frage, ob sich der Einheitsanspruch auf rechtmäßiges Staatshandeln erweitern ließe. Dagegen spricht nicht nur, dass das unionale Haftungsrecht die Rechtswidrigkeit zur Voraussetzung macht.¹⁸⁰ Sondern dagegen streiten vor allem die Haftungszwecke, auf die das unionale wie das nationale Haftungsrecht übereinstimmend zurückzuführen sind¹⁸¹: Den Geltungsanspruch des geltenden Rechts stellt rechtmäßiges Staatshandeln nicht in Frage. Rechtmäßiges Staatshandeln bedarf nicht, jedenfalls nicht als solches, der Kompensation oder der Prävention.

Trotz der eingestandenen Friktionen, Desiderate und offenen Fragen und auch unter Berücksichtigung der Umstellungskosten erscheint der unterbreitete Vorschlag vorzugswürdig zu sein: Der Einheitsanspruch steht, so scheint mir, doch erheblich weniger unter Spannung, lässt deutlich weniger Wünsche offen und viel weniger Fragen unbeantwortet als die überkommene Dogmatik. Das Vertrauen in die bestehenden Regeln, das die vorgeschlagene Verbesserung übertreffen muss,¹⁸² ist jedenfalls im Staatshaftungsrecht, das zeigt die referierte Kritik, äußerst schwach ausgeprägt.

¹⁷⁶ Dazu oben § 6 Fn. 104 (S. 70).

¹⁷⁷ *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 134, 136.

¹⁷⁸ Siehe oben § 14 II 2 a) (S. 252).

¹⁷⁹ Siehe oben § 10 V 1 (S. 178 ff.), insb. bei Fn. 229 ff. (S. 182).

¹⁸⁰ Siehe oben § 13 I (S. 216 ff.), § 14 II 2 a) (S. 251 ff.); für rechtmäßiges Staatshandeln gibt es keinen unionalen Anspruch, siehe EuGH, Slg. 2008, I-6513, Rn. 167 ff. – FIAMM; zustimmend *Ruffert*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 340 AEUV Rn. 25; krit. *Haack*, EuR 2009, S. 667 (669 ff.) (»nicht das letzte Wort«). Die Rechtsprechung war zwischenzeitlich anders verstanden worden, siehe EuGH, Slg. 2000, I-4549, Rn. 19 – Dorsch Consult/Rat und Kommission (»Die außervertragliche Haftung der Gemeinschaft für »rechtmäßiges« Handeln ...«); EuG, Slg. 1998, II-667, Rn. 59 – Dorsch Consult/Rat und Kommission (»Haftung der Gemeinschaft für rechtswidriges oder rechtmäßiges Handeln«); *Haack*, EuR 2006, S. 696 (705) (EuG habe »ausdrücklich die außervertragliche Haftung für rechtmäßiges Organverhalten im Grundsatz anerkannt«); *Schweitzer/Hummer/Obwexer*, Europarecht, 2007, Rn. 915, 922 ff.

¹⁸¹ Siehe oben § 13 II 2 (S. 230 ff.).

¹⁸² Siehe oben § 15 I (S. 306).

4. Vergleich mit Alternativvorschlägen

a) Einfaches Recht: StHG 1981 und StHG-DDR

Der Gleichlauf mit dem Unionsrecht, den der unterbreitete Vorschlag herstellt, führt zu Vorteilen, die weder das StHG 1981, das man auch heranziehen könnte¹⁸³, noch das StHG-DDR, das Teile der Lehre als Vorbild empfehlen¹⁸⁴, zu bieten haben. Die Alternativen liegen auch deshalb ferner, weil das StHG 1981 gar nicht gilt und das StHG-DDR an Verbreitung verliert.¹⁸⁵ Die Anknüpfung an das StHG 1981 bewirkte damit keine und die an das StHG-DDR nur eine regionale Rechtseinheitlichkeit und Anschlussfähigkeit. Sie wären kein »Neuanfang«¹⁸⁶.

Zugleich wirkte der Gleichlauf mit dem Unionsrecht Zentrifugalkräften entgegen. Die Friktionen der überkommenen Dogmatik lassen sich in Teilen nämlich auch darauf zurückführen, dass verschiedene Gerichtsbarkeiten über ihr je eigenes Fachrecht entscheiden. So stellt das Bundesverwaltungsgericht auf »allgemeine Grundsätz[e] des Verwaltungsrechts«¹⁸⁷ ab, begrenzt das Bundessozialgericht den deshalb so genannten sozialrechtlichen Herstellungsanspruch auf das Sozialrecht¹⁸⁸, folgert der Bundesgerichtshof den Aufopferungsanspruch auch aus einem Vorläufer des Bürgerlichen Gesetzbuchs, dem Allgemeinen Landrecht für die Preußischen Staaten, und begründet das Bundesverfassungsgericht seine Entschädigungsdogmatik maßgeblich mit Art. 14 GG. Eine einheitliche Anspruchsgrundlage dagegen, die dem spezifischen Fachrecht einer jeden dieser Gerichtsbarkeiten gerade enthoben ist, könnte demgegenüber als Zentripetalkraft wirken: Die unionsrechtliche Inspirationsquelle liegt zu den nationalen Gerichtsbarkeiten in Äquidistanz.

b) Verfassungsrecht: grundrechtlicher Haftungsanspruch

Der Gleichlauf mit dem Unionsrecht und die damit verbundenen Vorzüge erscheinen auch gegenüber dem grundrechtlichen »Rechtsverletzungsreaktionsanspruch« als ein Vorteil. Dieser soll die Defizite des deutschen Staatshaftungsrechts ebenfalls überwinden können.¹⁸⁹ *Grzeszick* hat eine solche Grundrechts-

¹⁸³ Vgl. Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Fraktion der FDP v. 20. 10. 2004, BT-Drs. 15/3952, S. 1 (2) (»als Orientierung« neben anderen Vorarbeiten).

¹⁸⁴ Oben § 10, bei Fn. 39 (S. 156 f.); dort auch zur anderen Ansicht.

¹⁸⁵ Oben § 10, bei Fn. 41 (S. 157).

¹⁸⁶ Vgl. Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Fraktion der FDP v. 20. 10. 2004, BT-Drs. 15/3952, S. 1 (2).

¹⁸⁷ BVerwGE 48, 279 (286).

¹⁸⁸ Siehe oben § 12, bei Fn. 71 (S. 214).

¹⁸⁹ Vgl. *Grzeszick*, in: Merten/Papier (Hrsg.), HGR, Bd. III, 2009, § 75 Rn. 126.

haftung¹⁹⁰, auf Vorarbeiten etwa *Mengers*¹⁹¹ und *Weyreuthers*¹⁹² aus den Jahren 1955 und 1968 aufbauend, ausführlich begründet.¹⁹³ Neben anderen befürworten noch *Höfling*¹⁹⁴, *Ossenbühl*¹⁹⁵ und *Schoch*¹⁹⁶ eine Herleitung dieser Art. Die Grundrechte gewähren dem Bürger danach nicht nur die anerkannten Ansprüche, dass der Staat drohende Grundrechtsverletzungen unterlasse und andauernde Grundrechtsverletzungen (auch ihrer Folgen nach) beseitige¹⁹⁷, sondern auch den umstrittenen Anspruch, dass der Staat die Schäden einer solchen Grundrechtsverletzung ersetze.¹⁹⁸

Der Vergleich des in dieser Abhandlung unterbreiteten mit dem soeben beschriebenen Vorschlag bedarf zweier Vorbemerkungen. Zum einen liegt das Konzept des grundrechtlichen Haftungsrechts auf einer anderen Ebene als der hier verfolgte Ansatz. Weil das Grundgesetz die Staatsgewalt in Art. 1 Abs. 3 und Art. 20 Abs. 3 GG an die Grundrechte bindet, ist der grundrechtliche Haftungsanspruch, so die Ansicht zutrifft, schon jetzt Teil des geltenden Rechts, genauer: gilt der seit Inkrafttreten des Grundgesetzes größtenteils übersehene grundrechtliche Haftungsanspruch in Wahrheit bereits seit Mai 1949. Einer Entscheidung für diesen Anspruch, etwa einer Übernahme durch Rechtsprechung oder Gesetzgeber, bedarf es theoretisch nicht, jedenfalls nicht dem Grunde nach, sondern allenfalls mit Blick auf die nähere Ausgestaltung dieses Leistungsanspruchs und dann auch nur innerhalb jenes Rahmens, den die grundrechtlichen Vorgaben belassen.¹⁹⁹ Im Gegensatz dazu behauptet diese

¹⁹⁰ Zum Begriff *Ossenbühl*, in: FS Stern II, 2012, S. 535 (535).

¹⁹¹ *Menger*, in: GS W. Jellinek, 1955, S. 347 (355 ff.).

¹⁹² *Weyreuther*, Gutachten zum 47. DJT, 1968, Bd. I, S. B 1 (146 f.).

¹⁹³ *Grzeszick*, Rechte und Ansprüche, 2002, S. 96 f., 144 ff., 340 ff., 393 ff., 455 ff.; *ders.*, in: Merten/Papier (Hrsg.), HGR, Bd. III, 2009, § 75 Rn. 1 ff., 74 ff. Für eine haftungsrechtliche Dimension der Grundrechte (teilweise nur im Zusammenhang mit der Folgenbeseitigung) zuvor bereits *Ehlers*, JZ 1996, S. 776 (777); *Fetzer*, Haftung für legislatives Unrecht, 1994, S. 138 f., 145 ff.; *Hamann*, NJW 1953, S. 1217 (1217); *Herdegen*, Haftung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, 1983, S. 64, 70 f.; *Konow*, JR 1967, S. 245 (246 f.); *Kunig*, Rechtsstaatsprinzip, 1986, S. 340; *Morlok*, Die Verwaltung 25 (1992), S. 371 (377 ff.) (mit den drei Stufen des Unrechtsbeseitigungs-, des Folgenbeseitigungs- und des Kompensationsanspruchs als »Reaktion auf Rechtsverletzungen«); *M. Redeker*, DÖV 1987, S. 194 (196 ff.); *Wróblewski*, Staatshaftung für legislatives Unrecht, 2005, S. 66 f.; vgl. auch *Röder*, Haftungsfunktion, 2002, S. 265 (»Was ... wie eine neuartige Perspektivenerweiterung klingt, ist bereits fester Bestandteil der Rechtsordnung ... «); zeitgleich dafür sowohl *ders.*, a.a.O., S. 199 ff., 265 ff., 284 f., als auch *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, 27. Aufl. 2011, Rn. 82 (seit der 19. Aufl. 2003, dort Rn. 64).

¹⁹⁴ *Höfling*, VVDStRL 61 (2002), S. 260 (273); vgl. *dens.*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts III, 2009, § 51 Rn. 9, 63.

¹⁹⁵ Siehe oben § 12 I (S. 205 ff.), bei Fn. 33 f. (S. 209), und *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 298 (»Reaktionsanspruch auf eine grundrechtliche Statusverletzung«).

¹⁹⁶ *Schoch*, VerwArch 79 (1988), S. 1 (36 ff.); *ders.*, Die Verwaltung 34 (2001), S. 261 (279 f.).

¹⁹⁷ Als Rechtsquelle des Folgenbeseitigungsanspruchs ist diese Auffassung im Vordringen befindlich, vgl. bereits *Kempfen*, Eingriff des Staates in das Eigentum, 1991, Rn. 316; *H. Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 30 Rn. 5 (»zu Recht«) m. w. N.

¹⁹⁸ Siehe dazu oben § 12 Fn. 37 (S. 209).

¹⁹⁹ Vgl. aber *Grzeszick*, in: Merten/Papier (Hrsg.), HGR, Bd. III, 2009, § 75 Rn. 117.

Abhandlung nicht, dass der unionsrechtlich inspirierte Einheitsanspruch schon jetzt gelte. Im Gegenteil: Sie anerkennt die Angewiesenheit des Einheitsanspruchs auf Rechtsetzung, geschehe sie durch den Gesetzgeber, geschehe sie durch die Gerichte.²⁰⁰

Zum anderen ist der grundrechtliche Reaktionsanspruch bei Bundesverfassungsgericht und Bundesgerichtshof bereits auf Ablehnung gestoßen. Auch der »überwiegende Teil«²⁰¹ der Lehre verweigert jedenfalls bislang die Gefolgschaft.²⁰² Das Bundesverfassungsgericht hat ausdrücklich entschieden, dass eine umfassende unmittelbare Staatsunrechtshaftung von Verfassung wegen nicht gefordert sei:

»Entgegen der Auffassung der Bf. ist Inhalt der Grundrechtsgewährleistung keineswegs, daß der Staat für alle auf rechtswidrigen Grundrechtseingriffen beruhenden vermögenswirksamen Nachteile haften müsse, ... Das folgt schon daraus, daß das Grundgesetz in Art. 34 GG nur den Bestand einer in der persönlichen Haftung des Amtsträgers gründenden, verschuldensabhängigen mittelbaren Staatshaftung bei Amtspflichtverletzungen »garantiert«, also gerade keine umfassende unmittelbare Staatshaftung fordert, wie das BVerfG bereits in anderem Zusammenhang klargestellt hat ... Danach ist jedenfalls Schadensersatz von Verfassung wegen nur im Rahmen der herkömmlichen, durch Art. 34 GG garantierten Amtshaftung zu gewähren«²⁰³

Auch Art. 14 GG verlange nicht, so das Gericht, dass »für jede denkbare Form staatlichen Handelns, aus dem sich ein Unrecht ergeben kann, Entschädigungs-

²⁰⁰ Einzelheiten unter § 16 II (S. 350 ff.) bzw. III (S. 356 ff.).

²⁰¹ So *Grzeszick*, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2010, § 44 Rn. 124; *Röder*, Haftungsfunktion, 2002, S. 156 (letzterer mit dem Zusatz »noch«); vgl. auch *O. Dörr*, in: Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG, 2006, Kap. 33 Rn. 9 (mit der Einordnung der ablehnenden Auffassung als »h.M.«).

²⁰² Gegen den grundrechtlichen Haftungsanspruch etwa *Baldus*, in: ders./Grzeszick/Wienhues, Staatshaftungsrecht, 3. Aufl. 2009, Rn. 320; *Battis*, Erwerbsschutz durch Aufopferungsentschädigung, 1969, S. 21; *Bender*, Staatshaftungsrecht, 3. Aufl. 1981, Rn. 148; *M. Breuer*, Staatshaftung für judikatives Unrecht, 2011, S. 121 ff., 167; *O. Dörr*, in: Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG, 2006, Kap. 33 Rn. 150; *Enders*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts III, 2009, § 53 Rn. 3, 60 ff., 82 f.; *Gurlit*, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), GG, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 34 Rn. 44, vgl. auch Rn. 8, 43; *Gromitsaris*, DÖV 2006, S. 288 (294); *Hain*, VerwArch 95 (2004), S. 498 (512 f.); *Lubmann*, Öffentlich-rechtliche Entschädigung rechtspolitisch betrachtet, 1965, S. 94 (»allgemeiner Rechtswiederherstellungsanspruch« nicht verfassungsrechtlich normiert); *Hans Meyer*, VVDStRL 61 (2002), S. 445 (445), zugleich im Namen von *Jobst Pietzcker* und *Rainer Wahl* vortragend; *Schenke*, NJW 1991, S. 1777 (1778); *Schmalz*, Grundrechte, 4. Aufl. 2001, Rn. 313 f.; wohl auch *Manssen*, Grundrechte, 9. Aufl. 2012, Rn. 57; *Sachs*, in: *Stern*, Staatsrecht, Bd. III/1, 1988, S. 684.

²⁰³ BVerfG, NVwZ 1998, S. 271 (272) (dort mit Hervorhebungen); in der Sache ebenso BVerfGE 61, 149 (198); BVerfGK 7, 120 (121). *Ossenbühl*, in: FS Stern II, 2012, S. 535 (539), kritisiert, dass dieser Beschluss »immer wieder erwähnt« werde, »obwohl« er keine »dem Bundesverfassungsgericht zuzurechnende zentrale Entscheidung« darstellt. Doch bleibt offen, wodurch der Zurechnungszusammenhang unterbrochen sein soll und warum nur zentrale Entscheidungen erwähnt werden sollen oder gar dürfen. Ob diese Aussage den Beschluss trägt oder nur nebenbei getroffen wurde, ist für die Frage, ob sie zutrifft, unerheblich.

ansprüche bereitgestellt« würden.²⁰⁴ Auf derselben Linie liegt der Bundesgerichtshof. Dessen Staatshaftungssenat hat mit Blick auf Menschenwürdeverletzungen festgestellt, dass

»zwischen der Feststellung einer Verletzung des Art. 1 Abs. 1 GG einerseits und der Zuerkennung einer Geldentschädigung andererseits kein zwingendes Junktim«

bestehe. Die Menschenrechtsverletzung fordere »nicht in jedem Fall eine zusätzliche Wiedergutmachung durch Geldentschädigung«²⁰⁵. Wenn das für die Menschenwürdegarantie zutrifft, gilt es für die übrigen Grundrechte mindestens ebenso.

Dass die grundrechtliche Fundierung des Rechtsverletzungsreaktionsanspruchs nicht im Einklang mit Rechtsprechung und herrschender Lehre steht, ist eine Vorbemerkung und nicht Teil des Vergleichs, weil ein rechtswissenschaftlicher Vorschlag die Anerkennung der Gerichte nicht benötigt (auch wenn die praktische Anschlussfähigkeit in einer eher anwendungsbezogenen Disziplin wie der Rechtswissenschaft nicht ohne dogmatische Bedeutung ist²⁰⁶) und weil auch die herrschende Lehre irren kann.

Rechtswissenschaftlich liegt ein Vorteil des hier unterbreiteten Vorschlags darin, dass die neue Dogmatik zur Anwendung bereit steht. Dagegen bedarf das Verhältnis des grundrechtlichen »Rechtsverletzungsreaktionsanspruchs« zum einfachen Recht wohl noch weiterer Klärung. Der grundrechtliche Ansatz wird nämlich bislang nicht bis auf die Ebene konkreter Dogmatik heruntergebrochen.²⁰⁷ Insbesondere wird nicht recht klar, warum der grundrechtliche Ersatzanspruch überhaupt ein Parlamentsgesetz als der »nach der Verfassungsordnung *erforderliche[n]* Grundlage«²⁰⁸ benötigen soll, wenn er doch schon »unmittelbar«²⁰⁹ aus den Grundrechten folgt. Das Bundesverwaltungsgericht hat jedenfalls, als es einen Schadensersatzanspruch »unmittelbar aus Art. 33 Abs. 2 GG«, einem grundrechtsgleichen Recht, gewann, kein einfaches Ausführungsrecht benötigt.²¹⁰ Betrachtet man die Grundrechte selbst, verweisen nur wenige auf eine einfach-gesetzliche Regelung, vgl. Art. 4 Abs. 3 Satz 2 GG, Art. 16a Abs. 4 Satz 2 GG, vgl. auch Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG. Das Argument,

²⁰⁴ BVerfGK 7, 303 (311).

²⁰⁵ BGHZ 161, 33 (37); zustimmend BVerfGK 7, 120 (123 f.); krit. dagegen *Deiters*, JR 2005, S. 327 f.; im Ergebnis ebenso bereits BGH, NJW 1988, S. 478 (480 f.).

²⁰⁶ Dazu oben § 15 III 2 d) (S. 328 ff.), bei Fn. 162 (S. 329).

²⁰⁷ Vgl. aber *Grzeszick*, in: Merten/Papier (Hrsg.), HGR, Bd. III, 2009, § 75 Rn. 1 ff., 7 ff., 74 ff., und auch *Gromitsaris*, Rechtsgrund und Haftungsauslösung im Staatshaftungsrecht, 2006, S. 93 f., strenger *Röder*, Haftungsfunktion, 2002, S. 317.

²⁰⁸ *Ossenbühl*, in: FS Stern II, 2012, S. 535 (546) (Hervorhebung nur hier); in der Sache ebenso *Höfling*, VVDStRL 61 (2002), S. 462 (464); *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 300.

²⁰⁹ Vgl. *Grzeszick*, in: Merten/Papier (Hrsg.), HGR, Bd. III, 2009, § 75 Rn. 91 f., 94 f., 98, 100, 103, 105.

²¹⁰ BVerwGE 136, 140 (Leitsatz 1 und Rn. 13).

die Rechtsfolge sei bei Leistungsrechten²¹¹ generell weniger stark vorbestimmt als bei Abwehrrechten (bei letztgenannten nämlich stets: Unterlassen), mag die Normprägung des grundrechtlichen Rechtsverletzungsreaktionsanspruchs erklären, richtet sich aber auch ein Stück weit gegen den Ansatz selbst. Denn das Argument evoziert alle Einwände, die auch sonst gegen die Herleitung von Leistungsansprüchen aus den Grundrechten sprechen.²¹² Jedenfalls müssten die Vertreter der grundrechtlichen Herleitung, soll die grundrechtliche Fundierung nicht inhaltslos bleiben, Kriterien benennen können, die den Fachgesetzgeber bei der Ausgestaltung binden, und sei es nur eine Mindesthöhe bzw. ein Minimalumfang des Anspruchs. Gibt es diese Kriterien aber, müssten sie folgerichtigerweise schon vor der Umsetzung ins einfache Recht gelten. Jedenfalls bedürfen Grundlagen und Ausformungen²¹³ der trennscharfen Abgrenzung: Es sind Ausformungen denkbar, die die Grundlagen antasten. Wie weit also reicht die »Institutsgarantie« des grundrechtlichen Haftungsanspruchs? *Ossenbühl* etwa rückt den grundrechtlichen Anspruch in einen Zusammenhang mit dem Folgenbeseitigungsanspruch. Ist das richtig, müssten konsequenterweise auch dessen Ausschlussgründe greifen. Der grundrechtliche Anspruch wäre dann wegen tatsächlicher Unmöglichkeit ausgeschlossen, wenn, so sein Beispiel, ein zu Unrecht beschlagnahmter Kraftwagen untergeht.²¹⁴ Würde dieser Anspruchsausschluss der grundrechtlichen Fundierung gerecht?²¹⁵ Wäre er mit der grundrechtlichen Instituts- und Wesensgehaltsgarantie vereinbar? Hat diese Garantie für alle Grundrechte denselben Inhalt, oder hängt der Spielraum des Gesetzgebers und der Gerichte davon ab, ob die schädigende Rechtsverletzung die Eigentums-, die Berufs-, die Wissenschafts- oder die Meinungsfreiheit verletzt?

Verlangt der grundrechtliche Ansatz jedenfalls die Verletzung eines Grundrechts, erscheint es noch nicht als abschließend geklärt, was gelten soll, wenn ein subjektives öffentliches Recht verletzt ist, das aus einfachem Recht folgt. Das Problem ist altbekannt: Schon das StHG 1981 bedachte die »zu großer Rechtsunsicherheit führend[e] Schwierigkeit«, »zwischen Verletzungen einfachen Rechts und rechtswidrigen Eingriffen in grundrechtlich geschützte Rechtsgüter zu unterscheiden.«²¹⁶ Im geltenden Recht stellt sich die Frage vor allem prozessual, bei der Abgrenzung zwischen Verfassungs- und Fachgerichtsbar-

²¹¹ Vgl. aber *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 298 f., der den grundrechtlichen Anspruch ausdrücklich dem *status negativus* entnimmt.

²¹² Zur Zentralität der abwehrrechtlichen Grundrechtsfunktion vgl. nur *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003.

²¹³ Vgl. *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 300 (»rechtliche Grundlage in der Verfassung«, »inhaltliche Ausformung« dagegen im einfachen Recht).

²¹⁴ *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 318.

²¹⁵ Krit. *Grzeszick*, in: Merten/Papier (Hrsg.), HGR, Bd. III, 2009, § 75 Rn. 34, 113, 115.

²¹⁶ Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses v. 30. 01. 1981, BT-Drs. 9/130, S. 6.

keit.²¹⁷ Im Staatshaftungsrecht sind sich die Vertreter des grundrechtlichen Haftungsanspruchs bislang noch uneinig, wie sie das Problem lösen wollen. Die einen sehen nur die besonderen Freiheitsrechte²¹⁸, die anderen auch die allgemeine Handlungsfreiheit²¹⁹ bzw. alle Grundrechte²²⁰ einschließlich der Gleichheitsrechte²²¹, wieder andere jede subjektive Rechtsposition auch des einfachen Rechts²²² als erfasst an. Wenn Art. 2 Abs. 1 GG die allgemeine Handlungsfreiheit garantiert, müsste jede Verletzung einfacher subjektiver öffentlicher Rechte den grundrechtlichen Rechtsverletzungsreaktionsanspruch²²³ auslösen. Denn es ist anerkannt, dass die allgemeine Handlungsfreiheit die subjektiven Rechte des einfachen Rechts konstitutionalisiert.²²⁴

Die Konsequenz wird aber, soweit ersichtlich, nicht gezogen, jedenfalls nicht ausdrücklich. Die Vertreter des grundrechtlichen Ansatzes scheinen sie sogar zu scheuen. *Höfling* geht davon aus, dass sein Staatsrechtslehrerreferat die »Integration der einfach-rechtlichen subjektiv-öffentlichen Rechte« noch nicht leistet.²²⁵ *Grzeszick* stellt seine umfangreichen Ausführungen zum einfachen Recht *neben* den Ansatz aus den Grundrechten,²²⁶ wobei der Schwerpunkt der Abhandlung entgegen ihrem Titel auf den Grundrechten liegt. In ihnen und ihren staats-

²¹⁷ Zur spezifischen Verletzung von Verfassungsrecht und der Kritik an dieser dogmatischen Figur vgl. nur *Alleweldt*, Bundesverfassungsgericht und Fachgerichtsbarkeit, 2006, S. 258 ff.; *Gersdorf*, Verfassungsprozessrecht und Verfassungsmäßigkeitsprüfung, 3. Aufl. 2010, Rn. 32 (S. 10 f.); *Hartmann*, in: Pieroth/Silberkuhl (Hrsg.), Verfassungsbeschwerde, 2008, § 90 BVerfGG Rn. 285 ff. einschl. Fn. 679; *Pestalozza*, Die echte Verfassungsbeschwerde, 2007, Rn. 55.

²¹⁸ *Röder*, Haftungsfunktion, 2002, S. 296; vgl. auch *Kloepfer*, Grundrechte als Entstehenssicherung und Bestandsschutz, 1970, S. 92 Fn. 372, aber auch *Wallerath*, DÖV 1987, S. 505 (512).

²¹⁹ *Pietzko*, Der materiell-rechtliche Folgenbeseitigungsanspruch, 1994, S. 135, 142 (für den auch aus den Grundrechten gewonnenen Folgenbeseitigungsanspruch).

²²⁰ *Grzeszick*, in: Merten/Papier (Hrsg.), HGR, Bd. III, 2009, § 75 Rn. 1, 108 ff., insb. 109; *Schloer*, JA 1992, S. 39 (42) (zum Folgenbeseitigungsanspruch).

²²¹ *Grzeszick*, in: Merten/Papier (Hrsg.), HGR, Bd. III, 2009, § 75 Rn. 118.

²²² *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 308 (zum grundrechtlichen Schutzanspruch); *Schloer*, JA 1992, S. 39 (42); *Schoch*, Jura 1993, S. 478 (482) (letztere jeweils zum Folgenbeseitigungsanspruch); diff. *Grzeszick*, in: Merten/Papier (Hrsg.), HGR, Bd. III, 2009, § 75 Rn. 124 f.

²²³ Vgl. die Nachweise oben § 15 III 4 b), insb. Fn. 193 (S. 334 f.).

²²⁴ Vgl. *Burgi*, ZG 9 (1994), S. 341 (359).

²²⁵ *Höfling*, VVDStRL 61 (2002), S. 260 (274); vgl. auch *dens.*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts III, 2009, § 51 Rn. 95. Wenn dort allerdings darauf hingewiesen wird, dass Art. 2 Abs. 1 GG »ohnehin schon weit ausgreift«, spricht das – nach dem dort gewählten »[g]rundrechtliche[n] Erklärungsansatz« (vor Rn. 83) – gegen die Begrenzung auf »originäreinfachrechtlich gewährte subjektiv-öffentliche Rechte«. Es fragt sich, woran man eine solche »originäreinfachrechtliche« Gewährleistung vor einer umfassend konstitutionalisierten Allgemeinen Handlungsfreiheit erkennen soll. Ist etwa das Eigentum »originäreinfachrechtlich« gewährleistet, weil es § 903 BGB historisch vor Art. 14 GG gab?

²²⁶ Zu den Grundrechten *Grzeszick*, Rechte und Ansprüche, 2002, S. 186–468, zu den einfach-rechtlichen subjektiven öffentlichen Rechten *ders.*, a. a. O., S. 469–477, und zum Verhältnis insb. S. 341 f., 474 ff.

theoretischen Geltungsgründen wurzelt *Grzeszicks* allgemeiner »Anspruch auf Folgenersatz«²²⁷. Für *Grzeszicks* erwächst daraus ein weiteres Problem: Die anspruchsvolle staatstheoretische Begründung, die er für die grundrechtliche Lokalisierung des Staatshaftungsanspruchs gibt, kann für das einfache Gesetzesrecht naturgemäß nicht gelten. Dieses Spannungsverhältnis bedarf der Auflösung: Entweder sind subjektive Rechte auch des einfachen Rechts über Art. 2 Abs. 1 GG stets haftungsbewehrt,²²⁸ was die Herleitung der Haftungsfolge aus der besonderen Dignität der Grundrechte zweifelhaft erscheinen lässt. Oder die Begründung aus der besonderen Dignität der Grundrechte bleibt bestehen, dann aber würde eine Neuinterpretation des Art. 2 Abs. 1 GG erforderlich. Obwohl für diese Neuinterpretation gute Gründe sprechen²²⁹, wäre es doch erstaunlich, bewirkte das Staatshaftungsrecht diese Neuinterpretation im Vorbeigehen.

Die Betonung der Grundrechtlichkeit des Schutzanspruchs etwa bei *Ossenbühl* klingt zunächst nach einer Abgrenzung, nach einer Aussonderung einfachen Rechts. Dazu passt, wenn *Ossenbühl* ausführt, dass der Schutzbereich dieses Anspruchs durch »den Schutzbereich der Grundrechte« bestimmt werde. Umfasst sei der »Schutz der Gesundheit, der freien Religionsausübung, der Ehre und der Intimsphäre ebenso wie de[r] Schutz des Eigentums und der Berufsfreiheit.« Die Bestimmung des Schutzbereichs könne »gleichzeitig wichtige Merkmale für die Anspruchsbegrenzung und die Prüfung der Rechtswidrigkeit liefern.«²³⁰ Die Ausführungen legen nahe, dass Ansprüche des einfachen Rechts nicht erfasst sein sollen, auch nicht über die Allgemeine Handlungsfreiheit gem. Art. 2 Abs. 1 GG. Doch so sind die Ausführungen nicht gemeint, wie später deutlich wird. Geschützt sind nicht nur Grundrechte, sondern auch andere »Rechtspositionen mit Verfassungsrang« und sogar solche »subjektiven Rechtspositionen, die im einfachen Recht ausgeprägt sind und dort ihre Konturen erhalten«. Dies gelte »namentlich dort, wo sich solche subjektiven Rechtspositionen als »einfachrechtliche Umsetzungen« von Grundrechtspositionen darstellen«²³¹. Wenn ein Grundrechtsbezug danach weiter Voraussetzung des Haftungsanspruchs sein soll, wäre dieser Bezug näher zu bestimmen, namentlich im Verhältnis zum Schutzbereich der Allgemeinen Handlungsfreiheit. Ein unionsrechtlich inspirierter Staatshaftungsanspruch, wie ihn diese Abhandlung vorschlägt, behandelt Grundrechte und einfache subjektive öffentliche Rechte genauso gleich, wie der unionale Haftungsanspruch nicht zwischen Primär- und Sekundärrechtsverletzungen unterscheidet und wie auch das nationale Recht

²²⁷ *Grzeszick*, Rechte und Ansprüche, 2002, S. 365. Gegen einen allgemeinen Wiedergutmachungsanspruch die h.M., siehe die Nachweise oben in Fn. 49.

²²⁸ So *Grzeszick*, Rechte und Ansprüche, 2002, S. 341 f., für Eingriffe; zu Leistungsrechten siehe a. a. O., S. 474 ff.

²²⁹ Vgl. nur die abweichende Meinung des Richters *Grimm*, in: BVerfGE 80, 137 (164 ff.) – Reiten im Walde.

²³⁰ *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 299.

²³¹ *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 307 f.

die subjektiven öffentlichen Rechte des einfachen und des Verfassungsrechts gleichermaßen erfasst.

Bisweilen werden die Grundrechte hochgehalten, ohne dass sie für die Argumentation entscheidend wären. So nennt *Morlok* die Durchsetzung der Grundrechte als erste Funktion, handelt dann aber vom Rechtsstaatsprinzip und von der Erwartung, dass rechtmäßig gehandelt werde, als »[g]anz grundlegend«, erwähnt die Grundrechte später nur noch *en passant* und kommt schließlich auf allen drei Ebenen seiner »Rechtsverletzungsreaktion« ohne Rekurs auf die Grundrechte aus. Konsequenterweise definiert er die Rechtswidrigkeit, um die es ihm zentral geht, denn auch als Verstoß gegen Normen (und geht so über Grundrechtsnormen hinaus).²³²

Die Herleitung aus den Grundrechten stößt denn auch – zum Ersten – auf grundrechtsdogmatische Kritik.²³³ Fraglich erscheint schon, inwiefern die Grundrechte überhaupt ein Leistungsrecht auf Schadensersatz gewähren können. Wenn Grundrechte sonst ein Leistungsrecht gewähren, kommt das regelmäßig im Wortlaut zum Ausdruck. Gerade für Haftungsansprüche begegnet ein Leistungsinhalt über das grammatische Argument hinaus insbesondere systematischen Zweifeln. Gewährten die Grundrechte, die gem. Art. 1 Abs. 3 GG ohnehin und gerade den Staat binden, Haftungsansprüche, bedürfte es der Haftungsüberleitung nach Art. 34 GG nicht. Die Zentralnorm des grundgesetzlichen Haftungsrechts verlöre (wenn nicht ihren gesamten Anwendungsbereich, dann aber jedenfalls) ihre zentrale Bedeutung. Entlang dieser Argumentation galt die »keineswegs fernliegende«²³⁴ Auffassung, dass das geltende Verfassungsrecht einen allgemeinen Wiedergutmachungsanspruch im Falle (auch schuldlos) rechtswidrigen hoheitlichen Handelns der Staatsgewalt gewähre, der alle Beseitigungs-, Wiederherstellungs- und Kompensationsansprüche umfasse,²³⁵ schon im Jahr 1981 gerade deshalb als gescheitert, weil Art. 34 GG nach herrschender Meinung »lediglich die Konzeption einer aus der Beamtenhaftung abgeleiteten (mittelbaren) Staatshaftung« zu Grunde liege.²³⁶ Abgesehen davon bliebe weiter zu klären, welche systematische Bedeutung Art. 14 GG *neben* dem Rechtsverletzungsreaktionsanspruch zukommen kann. Wenn dieser Schadensersatz gewährt, während jener auf Entschädigung zielt, dann stellt sich die Frage, wie ein interpretatorisch gewonnener Anspruch weiter reichen kann als ein ausdrücklich positiverter.

²³² *Morlok*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts III, 2009, § 52 Rn. 12 f. vs. Rn. 22–24.

²³³ Nachweise soeben Fn. 202 (S. 336).

²³⁴ *Bender*, Staatshaftungsrecht, 3. Aufl. 1981, Rn. 148.

²³⁵ *Bartlsperger*, Verkehrssicherungspflicht und öffentliche Sache, 1970, S. 132 ff., 141; *Haas*, System der öffentlichrechtlichen Entschädigungspflichten, 1955, S. 59 f.; *Menger*, in: GS W. Jellinek, 1955, S. 347 (355 ff.).

²³⁶ *Bender*, Staatshaftungsrecht, 3. Aufl. 1981, Rn. 148; krit. *Röder*, Haftungsfunktion, 2002, S. 161 ff.

Die Herleitung aus den Grundrechten führt – zum Zweiten – zu Friktionen mit gesicherten Erkenntnissen der Dogmatik. Sie spricht nämlich sehr dafür, den gemeinrechtlichen²³⁷ Satz des »dulde und liquidiere« wiederzubeleben. Es zeichnet grundrechtliche Freiheiten als subjektive Rechte gerade aus, dass der Bürger auf sie verzichten kann,²³⁸ und zwar auch partiell. Dass ein Eigentümer auf sein Eigentum nicht gegen Entschädigung verzichten darf, sondern gegen Eingriffe auf eigenes Risiko und gegen Kostenvorschuss den Rechtsweg beschreiten muss, ist deshalb rechtfertigungsbedürftig. Das oben in diesem Zusammenhang erörterte Argument, dass der Primärrechtsschutz rechtsschutzintensiver ist, weil er eingriffsbereinigend wirkt und nicht bloß eingriffs(folgen)kompensierend,²³⁹ bleibt zutreffend, gerät bei einer grundrechtlichen Herleitung aber unter verstärkten Druck.²⁴⁰

Schließlich führt die Herleitung aus den Grundrechten – zum Dritten – zu Friktionen mit Blick auf einzelne Voraussetzungen des Haftungsrechts. Vor allem vermag sie die Verschuldensabhängigkeit der Haftung kaum zu erklären. Für Eingriffe in Grundrechte kommt es auf Vorsatz und Fahrlässigkeit jedenfalls nicht an.²⁴¹ Vielleicht war das auch ein Grund dafür, warum *Grzeszick* die Frage nach einer Gefährdungshaftung, so seine eigenen Worte, »vernachlässig[t]«. ²⁴² Vielleicht treibt ihn aber auch die Sorge vor den weitreichenden Konsequenzen eines – in Lehre und Rechtsprechung bislang überwiegend abgelehnten – verschuldensunabhängigen Ersatzanspruchs um. In der Tat könnte die Tatsache, dass die Gerichte den Gedanken grundrechtlich fundierter Haftungsansprüche bislang nicht anerkennen mochten, auch damit zu tun haben, dass eine strukturell unbegrenzte Haftung – die in diesem Zusammenhang gängige Metapher lautet »uferlos«²⁴³ – finanzielle Folgen zeitigte, welche die Gerichte – wenn nicht

²³⁷ *Erbguth*, VVDStRL 61 (2002), S. 221 (229).

²³⁸ Ebenso *Axer*, DVBl 2001, S. 1322 (S. 1327 f. für Bestands- und Wertgarantie aus Art. 14 GG; S. 1330 für die Grundrechte allgemein); vgl. auch *Grzeszick*, in: Merten/Papier (Hrsg.), HGR, Bd. III, 2009, § 75 Rn. 104 (»Schutz sämtlicher Verhaltensmöglichkeiten, die in das Belieben des Bürgers gestellt sind«).

²³⁹ *Erbguth*, VVDStRL 61 (2002), S. 221 (230).

²⁴⁰ Möglicherweise hilft hier der Gedanke von *Ehlers*, JZ 1996, S. 776 (779), wonach der abwehrrechtlichen gegenüber der leistungsrechtlichen Dimension ein Vorrang zukomme; dagegen *Wolffgang/Tervooren*, ZfZ 2004, S. 82 (85 Fn. 45) (verfassungsrechtlicher Anknüpfungspunkt einer »Anfechtungslast des Grundrechtsträgers« »nicht ersichtlich«).

²⁴¹ Deshalb ist es auch nicht Voraussetzung für einen Eingriff in den Schutzbereich; so ausdrücklich für den Gleichheitssatz BAGE 79, 236 (236, Leitsatz 1. a)). Dementsprechend sieht *Grzeszick*, in: Merten/Papier (Hrsg.), HGR, Bd. III, 2009, § 75 Rn. 12 mit 14 in der Verschuldensvoraussetzung der Amtshaftung gerade einen Beleg dafür, dass der Amtshaftungsanspruch nicht als »Reaktionsanspruch auf die Verletzung von Grundrechten« verstanden werden kann. Die Ausführungen a. a. O. legen nahe, dass dem grundrechtlichen Haftungsanspruch »nur objektives Fehlverhalten« genügen soll.

²⁴² *Grzeszick*, Rechte und Ansprüche, 2002, S. 147 f.; *ders.*, in: Merten/Papier (Hrsg.), HGR, Bd. III, 2009, § 75 Rn. 83 (dort jeweils auch dogmatische Gründe).

²⁴³ Vgl. nur die Nachweise § 14 Fn. 108 (S. 268), Fn. 133 (S. 272), Fn. 140 (S. 273), § 16 Fn. 158 (S. 369) sowie *Schramm*, Haftung für Tötung, 2010, S. 362 (»Haftungsausuferung«), *Eiden-*

sogar aus dogmatischen, so jedenfalls aus psychologisch gut nachvollziehbaren Gründen – offenbar scheuen.²⁴⁴ Der hier unterbreitete Vorschlag übernehme aus der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs demgegenüber auch die Haftungsbegrenzungen, namentlich den qualifizierten Verstoß.²⁴⁵ Die Gerichte bekämen auf diesem Weg ein Instrument an die Hand, die Staatshaftung zu kanalisieren. Welches Werkzeug diese Funktion im Rahmen grundrechtlicher Haftung zu erfüllen vermag, erscheint dagegen als offen.

IV. Exkurse

1. Zur Übertragung von Rechtsdogmatiken

Der hier unterbreitete Vorschlag, die Dogmatik des nationalen an der Dogmatik des unionalen Staatshaftungsrechts auszurichten, provoziert die Frage, ob sich die gewonnenen Erkenntnisse zur Übertragung von Rechtsdogmatiken verallgemeinern lassen zu einer Theorie über die Verhältnisse von Rechtsordnungen. Das Kriterium nationaler und unionaler Kompatibilität mag so gesehen zu einer Dogmatik der Dogmatik führen, die allgemein zu beschreiben vermag, wie sich unionsrechtliche Dogmatiken in nationale Dogmatiken übertragen lassen (und umgekehrt), wie sich nationale zu unionalen Dogmatiken verhalten können, wie sich nationales zu Unionsrecht stellen mag. Diese – wenn man so will – Metadogmatik dürfte sich auch in jedem anderen Zusammenhang, in dem es auf das Verhältnis von Unions- und nationalem Recht ankommt, verwenden lassen, also nicht nur unionsrechtlich inspirierte nationale Rechtsschöpfungen bzw. Rechtsanpassungen erfassen, sondern auch jenen Bereich, in dem das Unionsrecht gilt, d. h. verbindliche Vorgaben macht. Bestenfalls wäre eine solche Metadogmatik abstrakt genug, dass sie jedes Verhältnis höherrangigen Rechts zu niederrangigem Recht erfasste, also beispielsweise auch das Verhältnis von Bundes- und Landesrecht. Streng genommen kommt es nicht einmal auf das Verhältnis von Über- und Unterordnung an, sondern sollte es genügen, dass das eine Recht eine Bereichsdogmatik eines anderen Rechts übernehmen will. Das Modell gälte damit schließlich auch zwischen gleichrangigen Rechten, insbesondere für den Rechtsvergleich im Raum und in der Zeit, und sogar umgekehrt, sollte höher-rangiges Recht Gedanken aus niederrangigem Recht übernehmen wollen, wie es dem Unionsrecht teils vorgeschrieben und teils zu empfehlen ist.

müller/Faust/Grigoleit/Jansen/Wagner/Zimmermann, JZ 2008, S. 529 (540) und *Jansen*, Oxf. J. Leg. Stud. 24 (2004), S. 443 (445) (jeweils »floodgates«).

²⁴⁴ Vgl. *Baldus*, in: ders./Grzeszick/Wienhues, Staatshaftungsrecht, 3. Aufl. 2009, Rn. 3; *H. Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 26 Rn. 52. Zur »Angstklausele« in § 2 Abs. 3 Satz 1 StHG-RE siehe oben § 14 Fn. 108 (S. 268).

²⁴⁵ Siehe oben § 14 II 3 a) (S. 259 ff.); insbesondere zur haftungsbegrenzenden Funktion dieser Voraussetzung *Eblers*, JZ 1996, S. 776 (779, 783).

Für den Transfer zwischen Rechtsordnungen sind drei Verhältnisse denkbar, in denen ein Tatbestandsmerkmal der Vorbildrechtsordnung zu einem Tatbestandsmerkmal der Abbildrechtsordnung (auch: Rezeptionsrechtsordnung) stehen kann.²⁴⁶ Sie entsprechen den referierten deontischen Modalitäten.²⁴⁷ Die Vorbildrechtsordnung kann der Abbildrechtsordnung ein Tatbestandsmerkmal als Voraussetzung gebieten, verbieten oder freistellen (Letzteres, indem sie weder ein Ge- noch ein Verbot vorsieht). Regiert die eine Rechtsordnung in die andere hinein, ist klar, was jeweils folgt: Gebotene Tatbestandsmerkmale sind in den Anspruch zu übernehmen, verbotene Tatbestandsmerkmale sind auszu-sondern, und über freigestellte Tatbestandsmerkmale ist zu entscheiden. Ist die Abbildrechtsordnung nicht verpflichtet, der Vorbildrechtsordnung zu folgen, sondern übernimmt sie deren Anspruch freiwillig, genießt sie größere Spiel-räume. Sie kann (aber muss nicht) gebotene Tatbestandsmerkmale übernehmen, und sie kann (aber muss nicht) verbotene Tatbestandsmerkmale ausschließen. Nur mit Blick auf die freigestellten Tatbestandsmerkmale ist die Situation iden-tisch: Auch eine freiwillig übernehmende Rechtsordnung muss, wenn sie einen Anspruch formt, die Tatbestandsvoraussetzungen abschließend bestimmen, d. h. sie muss zu jedem freigestellten (wie auch zu jedem ge- und jedem verbotenen) Tatbestandsmerkmal (implizit oder explizit) entscheiden, ob dieses Merkmal im eigenen Anspruch Voraussetzung sein soll.

Unterhalb der deontischen Qualifikation gibt es für jedes Tatbestandsmerk-mal der Vorbildrechtsordnung wiederum drei Verhältnisse, in denen es zur Abbildrechtsordnung jeweils stehen kann. Das Tatbestandsmerkmal der Vor-bildrechtsordnung kann in der Abbildrechtsordnung bereits gleichbedeutend vorgesehen sein bzw. gleichbedeutend übernommen werden. Das ist die Kon-stellation der Gleichläufigkeit. In diesem Fall wäre das in der einen Rechts-ordnung als Voraussetzung verbotene Kriterium auch in der anderen Rechts-ordnung als Voraussetzung verboten. Als Unterfall der Gleichläufigkeit mag gelten, dass die eine Rechtsordnung eine abstrakte Vorgabe macht, welche die andere Rechtsordnung konkretisiert. Spiegelbildlich zur Gleichläufigkeit ist denkbar, dass das Tatbestandsmerkmal der einen Rechtsordnung in der ande-ren Rechtsordnung konfligierend vorgesehen ist. Das ist die Konstellation der Gegenläufigkeit. In diesem Fall wäre das in der einen Rechtsordnung als Voraus-setzung verbotene Kriterium in der anderen Rechtsordnung als Voraussetzung gerade geboten. Hinzu kommt schließlich eine dritte Konstellation: die der Beziehungslosigkeit.

²⁴⁶ Dies und das Folgende bereits bei *Hartmann*, ERA Forum 12 (2012), S. 613 (618 f.).

²⁴⁷ Dazu oben § 5 I (S. 33 ff.), insb. bei Fn. 1.

2. Vom Gemeinen Recht über das Common Law zum *ius commune*?

»Was vor dem Anbruch der Moderne über Jahrhunderte hinweg für die Juristen in Europa eine Selbstverständlichkeit war, beginnt ihnen in unserer Zeit erst langsam wieder vertraut zu werden: die Arbeit mit dem gemeinsamen Recht.«²⁴⁸ Das *ius commune*, der »gemeinsame Gegenstand der europäischen Rechtswissenschaft in der Zeit zwischen dem 12. und dem 19. Jahrhundert«²⁴⁹, verband die Juristen, seit es sie als eigenen Berufsstand gab, und das nicht nur im Privatrecht. Schon bei *Rousseau* heißt es:

»Ainsi le droit public, que les Allemands étudient avec tant de soin, est encore plus important qu'ils ne pensent, et n'est pas seulement le droit public germanique, mais, à certains égards, celui de toute l'Europe«²⁵⁰

Das galt bis in das lange 19. Jahrhundert hinein, in dem die Nationalstaaten aufkamen. Mit deren Aufkommen gewann fast überall in Europa der Anspruch an Boden, ein »eigenes« nationales Recht zu besitzen.²⁵¹ *Rudolf von Jhering* bilanziert den Fortgang der Entwicklung durchaus niedergeschlagen: »... die Wissenschaft ist zur Landesjurisprudenz degradiert, die wissenschaftlichen Grenzen fallen in der Jurisprudenz mit den politischen zusammen«, vor dem Hintergrund der großen Tradition des *ius commune* eine »demütigende, unwürdige Form für eine Wissenschaft«²⁵².

Als eine Folge des wachsenden Einflusses, den das Unionsrecht namentlich auf das öffentliche Recht der Mitgliedstaaten ausübt, ist bereits von einem öffentlich-rechtlichen *ius commune* die Rede, das in Europa heranwache.²⁵³ Das gilt auch mit Blick auf das öffentliche Haftungsrecht.²⁵⁴ Ist der hier unter-

²⁴⁸ *Schulze*, in: ders. (Hrsg.), Europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte, S. 3 (3).

²⁴⁹ *Jansen*, in: Basedow/Hopt/Zimmermann (Hrsg.), Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts I, 2009, S. 916 (916).

²⁵⁰ *Rousseau*, in: *Coeuvres complètes*, Bd. 5, 1865, S. 310 (316) (»Das öffentliche Recht, das die Deutschen so gründlich studieren, ist somit noch weit wichtiger, als sie glauben, denn es ist nicht allein das germanische öffentliche Recht, sondern in gewissem Sinn das von ganz Europa«, so die Übersetzung von *Ehlers*, *Europäisierung des Verwaltungsprozeßrechts*, 1999, S. V); in der Sache siehe auch *Morgenthaler*, *Freiheit durch Gesetz*, 1999, S. 64 f., 68, der den »Kern des europäischen Staats- und Rechtsdenkens der vergangenen Jahrhunderte« in einem in das »Grundgesetz übernommenen »historischen« Naturrecht« wiederfindet.

²⁵¹ *Jansen*, *Binnenmarkt, Privatrecht und europäische Identität*, 2004, S. 19 ff. m. w. N.; *Schulze*, in: ders. (Hrsg.), *Europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte*, S. 3 (18).

²⁵² v. *Jhering*, *Geist des römischen Rechts*, Teil 1, 6. Aufl. 1907, S. 15.

²⁵³ Vgl. *M. Reinhardt*, *Konsistente Jurisdiktion*, 1997, S. 225 ff. (»[a]uf dem Wege zu einem methodischen *ius commune europaeum*«); *Wyduckel*, *Ius Publicum*, 1984, S. 53 ff. (zur historischen »Grundlegung des *Ius publicum* im *Ius commune*«); vgl. auch *Schwarze*, in: ders. (Hrsg.), *Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß*, 1996, S. 789 (825, 843).

²⁵⁴ *Caranta*, *CMLR* 1995, S. 703 ff.; *van Gerven*, in: ders./Manfred Zuleeg (Hrsg.), *Sanktionen als Mittel zur Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts*, 1996, S. 29 ff.; *ders.*, in: R. H. M. *Jansen/Koster/Van Zutphen* (Hrsg.), *European Ambitions of the National Judiciary*, 1997, S. 91 (92, 110); *N. Jansen*, in: Basedow/Hopt/Zimmermann (Hrsg.), *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts I*, 2009, S. 305 (309).

breitete Vorschlag ein Schritt auf diesem Rundweg, zurück zu einem *ius commune* als dem gesamteuropäischen Gemeinrecht? Das wäre gewiss übertrieben. Denn jene Europäisierung, der diese Abhandlung das Wort redet, hat sehr spezifische Geltungsgründe und daher auch nur eine entsprechend begrenzte Reichweite. Sie ist veranlasst durch den schlechten Zustand, in dem sich das Staatshaftungsrecht hierzulande befindet, und insofern nicht ohne Weiteres mit den anderen Rechtsgebieten hierzulande und den verschiedenen Staatshaftungsrechten anderenorts vergleichbar.

§ 16 Umsetzung

I. Rechtswissenschaft

Rechtswissenschaft ist anwendungsbezogen. Sie versteht sich primär als praxisorientierte Disziplin.¹ Ihr Gegenstand ist daher vor allem das geltende Recht, und ihre Aufgabe liegt vor allem darin, neue Dogmatiken zu entwickeln, die das geltende Recht noch besser zu erklären vermögen. Rechtswissenschaftliche Vorschläge logieren insoweit zwischen Gesetzgebung und Rechtsanwendung (insbesondere durch Verwaltung und Gerichte, aber auch durch die Bürger). Der Rechtsanwender sichtet das Angebot der Rechtswissenschaft, wählt – wenn er denn fündig wird – die aus seiner Sicht sachdienlichste Lösung aus und wendet sie, ggf. mit Modifikationen, an.

Gegenstand der Rechtswissenschaft ist aber nicht nur (*de lege lata*) das geltende, sondern auch (*de lege ferenda*) das zu machende Recht.² Die Jurisprudenz schuldet auch Vorschläge zur sachgerechten Gestaltung und zeitgemäßen Weiterentwicklung des Rechts.³ Sie trifft insoweit auch die Aufgabe, neue Regel-

¹ v. *Arnauld*, in: Funke/Lüdemann (Hrsg.), Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie, 2009, S. 65 (75); *Doebring*, in: FS Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, 1986, S. VII; *Engel*, in: ders. (Hrsg.), Methodische Zugänge zu einem Recht der Gemeinschaftsgüter, 1998, S. 11 (32); *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, hrsg. von Würtenberger/Otto, 11. Aufl. 2010, S. 35 (»Seit es eine Rechtswissenschaft gibt, ist sie *praktische* Wissenschaft«; Hervorhebung dort); *Hilgendorf*, JZ 2010, S. 913 (920); *Horn*, Rechtsphilosophie, 5. Aufl. 2011, Rn. 46; *Kabl*, EPL 16 (2010), S. 105 (113, 119) (»juristic main work« bestehe in Beantwortung der Frage, »what is lawful ... in a concrete case«; »priority« liege daher »on legal texts and the decision of concrete cases«); vgl. *Luhmann*, Theorie der Verwaltungswissenschaft, 1966, S. 59 (Selbstverständnis als »dogmatisch-exegetische Disziplin«); *Schulze-Fielitz*, ZG 2000, S. 295 (296).

² v. *Danwitz*, in: v. Mangoldt/F. Klein/Starck (Hrsg.), GG, Bd. 2, 6. Aufl. 2010, Art. 34 Rn. 157; *H. Dreier*, in: *Thoma*, Rechtsstaat – Demokratie – Grundrechte, 2008, S. XIII (XLII Fn. 138); *Engel*, in: ders. (Hrsg.), Methodische Zugänge zu einem Recht der Gemeinschaftsgüter, 1998, S. 11 (17) (Rechtswissenschaft als »wichtigste[r] Motor der Rechtsentwicklung in Deutschland«); *Oebbecke*, in: Schulze-Fielitz (Hrsg.), Staatsrechtslehre als Wissenschaft, Die Verwaltung Beiheft 7, 2007, S. 211 (219); *Seelmann*, in: Senn/Puskás (Hrsg.), Rechtswissenschaft als Kulturwissenschaft?, 2007, S. 121 (132); *Thoma*, in: ders., Rechtsstaat – Demokratie – Grundrechte, 2008, S. 1 (25 f.); vgl. auch *Vofßkuhle*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Vofßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts I, 2. Aufl. 2012, § 1 Rn. 14 (S. 19).

³ *Kluth*, in: H. J. Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht II, 7. Aufl. 2010, § 66 Rn. 9; *Oebbecke*, in: Schulze-Fielitz (Hrsg.), Staatsrechtslehre als Wissenschaft, Die Verwaltung Bei-

werke zu entwickeln, die einen Sachbereich noch besser zu regeln vermögen.⁴ Rechtswissenschaftliche Vorschläge adressieren insoweit den Rechtsetzer (insbesondere Parlamente, aber auch die Gerichte und wieder – sogar – die Bürger).⁵ Der Rechtsetzer sichtet das Angebot der Rechtswissenschaft, wählt – wenn er denn fündig wird – die aus seiner Sicht sachdienlichste Lösung aus und erlässt sie, ggf. mit Modifikationen, als Gesetz.⁶

Dass Rechtsanwendung und Rechtsdogmatik von Rechtsetzung und Rechtspolitik zu trennen sind,⁷ befreit die Rechtswissenschaft also nicht von der Aufgabe, rechtsdogmatisch informierte Vorschläge zur Rechtsetzung zu machen. Soweit der hier unterbreitete Vorschlag die bestehende Rechtslage nur auf eine neue Weise ordnet, entspricht das der primären Aufgabe der Rechtswissenschaft und bedarf keiner weiteren Erläuterung. Soweit der hier unterbreitete Vorschlag die bestehende Rechtslage zu verändern vorschlägt, mögen knappe Ausführungen zur rechtsberatenden Funktion der Rechtswissenschaft sachdienlich erscheinen.

Rechtsberatende Rechtswissenschaft trifft die Aufgabe, »mögliche Horizonte einer grundlegenden Reform auszumessen, schon um der Rechtspolitik wichtige Koordinaten zur Verfügung zu stellen«⁸. Sie hat dem Gesetzgeber »mit ihrer spezifischen Sachkenntnis und Materialbeherrschung im Sinne eines konstruktiven Zu- und Vorarbeitens begründete Vorschläge für die Fortentwicklung des Rechts zu unterbreiten.«⁹ Zu den bekannten Beispielen unserer Tage zählen die Professorentwürfe im Steuer-¹⁰, Umwelt-¹¹, Informations-

heft 7, 2007, S. 211 (215); *Pestalozza*, in: FS v. Arnim, 2004, S. 283 (284); in der Sache ebenso *N. Jansen*, ZEuP 2001, S. 30 (52 f., 64 f.); weitergehend *ders.*, in: Micklitz/Cafaggi (Hrsg.), European Private Law, 2010, S. 147 (158, 166); vgl. auch *Brenner*, Gestaltungsauftrag, 1996, S. 225.

⁴ Vgl. *Karpen*, Gesetzgebungslehre, 2. Aufl. 2008, S. 14, 36 f.; *Lüdemann*, in: Funke/Lüdemann (Hrsg.), Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie, 2009, S. 119 (120 ff., 137 f.); beispielhaft *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 134 f. (zum Aufopferungsanspruch).

⁵ Vgl. *Doehring*, in: FS Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, 1986, S. VII; *Funke/Hartmann*, in: Behler u.a., Perspektiven, 2011, S. 73 (73); *Meßerschmidt*, Gesetzgebungsmerkmale, 2000, S. 417 ff.; weitergehend *Haltern*, in: FS Reiner Schmidt, 2006, S. 693 (697) (»Am Ende juristischer Analyse steht so gut wie immer der Reformvorschlag«).

⁶ *Rüthers/C. Fischer/A. Birk*, Rechtstheorie, 6. Aufl. 2011, Rn. 327.

⁷ Vgl. nur *Oebbecke*, in: Schulze-Fielitz (Hrsg.), Staatsrechtslehre als Wissenschaft, Die Verwaltung Beiheft 7, 2007, S. 211 (218).

⁸ *Gärditz*, Die Verwaltung 43 (2010), S. 309 (335); in der Sache ebenso *Möllers*, in: Jestaedt/Lepsius (Hrsg.), Rechtswissenschaftstheorie, 2008, S. 151 (163); vgl. auch *Jestaedt*, Das mag in der Theorie richtig sein ..., 2006, S. 87; *Schmidt-Aßmann*, Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. 2004, 1. Kap., Rn. 7.

⁹ *H. Dreier*, in: *Thoma*, Rechtsstaat – Demokratie – Grundrechte, 2008, S. XIII (XLII).

¹⁰ Zuletzt *P. Kirchhof*, Bundessteuergesetzbuch, 2011, in Zusammenarbeit mit der Praxis.

¹¹ Vgl. nur *Koch*, NVwZ 1991, S. 953 ff.; *Kloepfer*, DÖV 1995, S. 745 ff.; www.umweltgesetzbuch.de (Abfrage: 15.01.2011).

freiheits-¹², Urheber-¹³, Arbeits-¹⁴ und Versammlungsrecht¹⁵. Im öffentlichen Haftungsrecht gründet das StHG 1981 auf den Vorarbeiten einer unabhängigen Sachverständigenkommission aus Hochschullehrern¹⁶ und wissenschaftlich ausgewiesenen Praktikern¹⁷.¹⁸ Auch Habilitationsschriften liefern Beispiele¹⁹. Alles das zeigt, dass die Rechtswissenschaft seit jeher nicht nur eine anwendungsorientierte Interpretations-, sondern auch eine rechtsetzungsorientierte Handlungs- und Entscheidungswissenschaft gewesen ist.²⁰ Im Zusammenhang mit dieser Abhandlung erscheint es besonders bemerkenswert, dass die Europäisierung eine doppelte Rolle spielt. Sie stellt nicht nur einen Grund für die wachsende Bedeutung der Rechtsgestaltung dar²¹ und der Rechtswissenschaft so die Aufgabe, die Rechtsannäherung in Europa vorzubereiten und mitzugestalten²², sondern liefert auch das Leitbild neuer Haftungsdogmatik gleich mit.

¹² Vgl. *Schoch/Kloepfer* Informationsfreiheitsgesetz (IFG-ProfE), 2002; *dies./Garstka*, Archivgesetz (ArchG-ProfE), 2007; vgl. auch *Kloepfer*, Informationsrecht, 2002, § 1 Rn. 93, § 10 Rn. 50; *Rossi*, Informationsfreiheitsgesetz, 2006, Einleitung Rn. 12; *Wegener*, Der geheime Staat, 2006, S. 390.

¹³ Zum Professorenentwurf für ein Urhebervertragsrecht vgl. *M. Schaefer*, ZUM 2001, S. 315 ff.

¹⁴ Der Entwurf eines »Gesetzes zur Regelung kollektiver Arbeitskonflikte in der Daseinsvorsorge« stammt von den Professoren *Martin Franzen*, *Gregor Thüsing* und *Christian Waldhoff*. Er ist samt Erläuterungen unter <http://www.cfvw.org/stiftung/projektbereich-zukunftder-arbeit/arbeitskampf> (Abfrage: 28.03.2012) zu finden.

¹⁵ Zum Musterentwurf eines Versammlungsgesetzes (ME VersG), den *Enders*, *Hoffmann-Riem*, *Kniesel*, *Poscher* und *Schulze-Fielitz* als Gesetzestext mit Begründungen vorgelegt haben, siehe *Arbeitskreis Versammlungsrecht*, Musterentwurf eines Versammlungsgesetzes, 2011.

¹⁶ Die Herren Professoren *Dr. Dr. Bachof*, Tübingen, *Dr. Bettermann*, Hamburg, und *Dr. Weitnauer*, Heidelberg.

¹⁷ Die Herren Vizepräsident des Oberlandesgerichts *Dr. Reimers* als Vorsitzender, Rechtsanwalt Professor *Dr. Bender*, Staatsrat *Dr. Haas*, Bundesrichter *Dr. Krefte* und Bundesrichter Professor *Dr. Weyreuther*.

¹⁸ Bundesminister der Justiz/Bundesminister des Innern (Hrsg.), Reform des Staatshaftungsrechts (Kommissionsbericht), 1973, S. 2.

¹⁹ *Ehlers*, Verwaltung in Privatrechtsform, 1984, S. 377–416, 517–541; *Mann*, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, 2002, S. 297–389; *Pünder*, Haushaltsrecht im Umbruch, 2003, S. 567–592; vgl. außerdem den Gesetzesvorschlag zum zivilen Haftungsrecht in der Dissertation *Großfelds*, Die Privatstrafe, 1961, S. 125 f.

²⁰ Vgl. *R. Dreier*, in: *ders.*, Recht – Moral – Ideologie, 1981, S. 48 (56); *Hermes*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, 2004, S. 359 (368 f.); *Luhmann*, Öffentlich-rechtliche Entschädigung rechtspolitisch betrachtet, 1965, S. 11; *Masing*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts I, 2. Aufl. 2012, § 7 Rn. 18; *Voßkuhle*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts I, 2. Aufl. 2012, § 1 Rn. 12 (S. 15 f.).

²¹ *Voßkuhle*, JuS 2004, S. 2 (5).

²² *Schulze*, in: *ders.* (Hrsg.), Europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte, 1991, S. 3 (3).

II. Gesetzgebung

1. Gründe

Es ist ein Kennzeichen von Kompetenzen, dass der Kompetenzträger die Kompetenz regelmäßig auch ausüben muss, schließlich hat er die Kompetenz nicht um seiner selbst willen erlangt.²³ Für Gesetzgebungskompetenzen gilt freilich eine Ausnahme. Angesichts der Regelungstechnik des Grundgesetzes, die für jede Gesetzgebungsmaterie entweder den Bund oder die Länder zuständig sein lässt (gem. Art. 70 Abs. 1 GG), wären die Gesetzgeber anderenfalls in der Pflicht »totaler« Gesetzgebung, hätten also jede Sachmaterie umfassend zu regeln.²⁴ Ein allumfassender Parlamentsvorbehalt wird zu Recht abgelehnt.²⁵ Die Pflicht des Gesetzgebers, eine Materie zu regeln, besteht also nur, soweit das Grundgesetz einen Gesetzgebungsauftrag erteilt.

Für das Staatshaftungsrecht soll ein solcher Gesetzgebungsauftrag aus Art. 34 GG und Art. 74 Abs. 1 Nr. 25 GG²⁶ bzw. aus der »Zusammenschau« von Art. 20 Abs. 3 und Art. 34 GG²⁷ folgen.²⁸ Selbst wenn diese Auffassung nicht zutreffen sollte, wäre der Gesetzgeber gut beraten, das Staatshaftungsrecht zu kodifizieren, dient es doch der Rechtssicherheit, wenn ein Gesetz die Voraussetzungen und Folgen staatshaftungsrechtlicher Ansprüche festhält. Eine Kodifikation verlangen viele Verwaltungsrechtler.²⁹ So fehle dem Staatshaftungsrecht, das »nicht so sehr« problematische Einzelergebnisse zeitige, »vielmehr eine in sich geschlossene, von modernem Staats- und Verfassungsverständnis getragene Kodifizierung des bisherigen Nebeneinanders von Verfassungs-, Gemeinschafts-, Gesetzes-, Richter- und Gewohnheitsrecht ...«³⁰. Nicht alle Stimmen in der Lehre hoffen freilich noch »durch richterliche Rechtsfortbildung und gesetzgeberische Einzelkorrekturen« auf Abhilfe: Zu bekommen sei diese »allein durch eine grundlegende und umfassende legislatorische Neugestaltung der Haftung des Staates für rechtswidrige Ausübung der öffentli-

²³ Vgl. nur *Hartmann*, Volksgesetzgebung und Grundrechte, 2005, S. 63 m. w. N.; *Oebbecke*, StWStP 8 (1997), S. 461 (475).

²⁴ Vgl. dazu *Hartmann*, Volksgesetzgebung und Grundrechte, 2005, S. 62 f. und Fn. 146, jeweils m. w. N.

²⁵ Vgl. nur BVerfGE 49, 89 (124 ff.); *Jarass*, NVwZ 1984, S. 473 (477, 480); für einen »Totalvorbehalt« – so die Wortwahl in BVerfGE 68, 1 (109) – soweit ersichtlich allein *Jesch*, Gesetz und Verwaltung, 2. Aufl. 1968, S. 205, 222 ff.

²⁶ *Gromitsaris*, Rechtsgrund und Haftungsauslösung im Staatshaftungsrecht, 2006, S. 91; *H. Maurer*, in: FS Boujong, 1996, S. 591 (611); *ders.*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 31 Rn. 18 (»nicht ausdrücklic[h], aber doch konkluden[t]«; ansonsten ohne Begründung); *Pfab*, Staatshaftung in Deutschland, 1996, S. 95 ff., 98.

²⁷ *Kluth*, FAZ Nr. 268 v. 17. 11. 2011, S. 8.

²⁸ Vgl. auch *Ossenbühl*, in: FS Stern II, 2012, S. 535 (546, 548).

²⁹ Vgl. *J. Ipsen*, Die Verwaltung 44 (2011), S. 290 (295) (Scheitern der Kodifikationsbestrebungen als »rechtspolitische[r] Skandal ersten Ranges«).

³⁰ *Bonk*, in: Sachs (Hrsg.), GG, 6. Aufl. 2011, Art. 34 Rn. 2.

chen Gewalt«³¹. Die Parlamente freilich halten sich seit langem zurück. Seit 1994 bereichert die vermisste³² Gesetzgebungskompetenz (vgl. Art. 74 Abs. 1 Nr. 25 GG)³³ das Grundgesetz, ohne dass das öffentliche Haftungsrecht seitdem Gegenstand eines bundesrechtlichen Gesetzgebungsverfahrens geworden wäre.³⁴

Was den hier unterbreiteten Vorschlag betrifft, bedarf es der Umsetzung durch den Gesetzgeber, soweit der Vorschlag mit dem geltenden Recht *lege artis* nicht in Einklang zu bringen ist, nicht einmal mittels einer »geläuterten« Auslegung im Licht dieser Ausführungen. Soweit der Gesetzgeber tätig werden muss oder tätig werden will, verteilt das Grundgesetz die Zuständigkeiten nach Verbands- und Organkompetenz. Gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 25, Abs. 2, Art. 72 Abs. 2 GG regelt der Bundestag das Staatshaftungsrecht mit Zustimmung des Bundesrats. Die Länder sind also gem. Art. 70 Abs. 2, Art. 72 Abs. 1, Art. 74 Abs. 1 Nr. 25 GG zuständig, solange und soweit der Bund von seiner Zuständigkeit nicht durch Gesetz Gebrauch gemacht hat (konkurrierende Gesetzgebung).³⁵ Dabei bedarf näherer Prüfung, inwieweit die Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG erfüllt sind. Danach hat der Bund das Gesetzgebungsrecht nur, soweit die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder die Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse eine bundesgesetzliche Regelung erforderlich macht. Dass das öffentliche Haftungsrecht in der Bundesrepublik auch ohne ein Staatshaftungsgesetz schon jetzt weitgehend inhaltsgleich gilt, spricht nicht gegen die Erforderlichkeit einer Kodifikation. Denn zum einen Teil war es gerade kodifiziertes Bundesrecht, das diese Einheitlichkeit herbeiführte (nämlich § 839 BGB/Art. 34 GG), zum anderen Teil beruht die Einheitlichkeit auf Bundesrichterrecht. Die Vorteile, die ein unional inspiriertes Haftungsrecht im europäischen Staatenverbund verwirklichte,³⁶ sprechen zugleich dafür, in der Bundesrepublik die Rechts- und Wirtschaftseinheit durch eine bundesgesetzliche Kodifikation zu wahren.³⁷

³¹ *Papier*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 5, 5. Aufl. 2009, § 839 Rn. 104.

³² BVerfGE 61, 149 ff.

³³ Siehe oben § 10 II 1 c) (S. 155) mit Nachweis des Änderungsgesetzes samt Inkrafttreten in Fn. 30.

³⁴ Vgl. Bericht der Gemeinsamen Verfassungskommission v. 05. 11. 1993, BT-Drs. 12/6000, S. 116; *Masing*, in: Umbach/Clemens (Hrsg.), GG, Bd. I, 2002, Art. 34 Rn. 48; *Papier*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 5, 5. Aufl. 2009, § 839 Rn. 106.

³⁵ Siehe dazu *Sachs*, VVDStRL 61 (2002), S. 435.

³⁶ Siehe § 15 II 1 d) (S. 319 ff.), III 2 c) (S. 326 ff.) und d) (S. 328 ff.).

³⁷ Vgl. aber auch *Höfling*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts III, 2009, § 51 Rn. 117; *Rüfner*, in: Friauf/Höfling (Hrsg.), Berliner Kommentar zum GG (Stand: 38. Lieferung, Juli 2012), Art. 34 Rn. 21 ff., 27 ff. (Stand: 21. Lieferung, September 2007).

2. Grenzen

a) Art. 34 GG

Art. 34 GG bestimmt in Satz 1, dass die Verantwortlichkeit für Amtspflichtverletzungen »grundsätzlich« den Staat bzw. die öffentlich-rechtliche Körperschaft treffe, behält in Satz 2 den Rückgriff des Staates für Vorsatz und grober Fahrlässigkeit vor und garantiert in Satz 3 den ordentlichen Rechtsweg für Schadensersatz und Rückgriff. Die Garantie des ordentlichen Rechtswegs hat diese Abhandlung bereits behandelt.³⁸ Die Vorgabe, dass die Verantwortlichkeit den Staat bzw. die öffentlich-rechtliche Körperschaft treffe, steht im Einklang mit dem unterbreiteten Vorschlag, der ebendiesen Staat bzw. die genannte Körperschaft verpflichtet³⁹. Das gilt, ohne dass es darauf ankäme, ob Art. 34 Satz 1 GG auf einfach-rechtliche Amtshaftung angewiesen ist (nach einem Wort *Walter Jellinek*: an § 839 BGB »angeseilt«⁴⁰ wurde), weil die Vorschrift diese Haftung nur auf den Staat überleite (mittelbare Staatshaftung) und daher auch nur die Passivlegitimation regelt⁴¹, oder selbst eine eigenständige (»originäre«) Anspruchsgrundlage begründe (unmittelbare Staatshaftung)⁴². Der Einführung unmittelbarer Staatshaftung stünde Art. 34 GG in beiden Fällen nicht entgegen: Die Vorschrift wäre keinesfalls »berührt, wenn die bisher übergeleiteten, auf § 839 BGB aufbauenden Ansprüche durch eine unmittelbare Staatshaftung ersetzt« würden.⁴³

Mit der Vorgabe, dass die Verantwortlichkeit des Staates gerade im Anspruch auf Schadensersatz ihren Ausdruck finde, steht der hier unterbreitete Vorschlag, der auf diese Rechtsfolge zielt⁴⁴, ebenfalls im Einklang. Das gilt, ohne dass entschieden werden müsste, ob der Zusammenhang der Sätze 1 und 3 in Art. 34 GG diese Rechtsfolge verfassungskräftig vorschreibt.⁴⁵ Nach einer Ansicht ist Art. 34 GG keine haftungsbegründende, sondern eine haftungsverlagernde Norm; die Haftungsbegründung leistet danach § 839 Abs. 1 Satz 1 BGB.⁴⁶

³⁸ Siehe oben § 10 V 1 (S. 178 ff.), § 14 V (S. 301 f.).

³⁹ Siehe oben § 14 IV (S. 300 f.).

⁴⁰ *W. Jellinek*, JZ 1955, S. 147 (149) (Amtshaftungsbestimmung nicht mehr »an das BGB angeseilt«).

⁴¹ *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 439.

⁴² Dazu sogleich bei Fn. 46 (auf dieser Seite)

⁴³ BVerfGE 61, 149 (199).

⁴⁴ Siehe oben unter § 14 III 1 (S. 296 ff.).

⁴⁵ Dagegen BVerfGK 7, 120 (121); *Bonk*, in: Sachs (Hrsg.), GG, 6. Aufl. 2011, Art. 34 Rn. 86, 104; implizit ebenfalls BGHZ 34, 99 (104 ff.); 121, 367 (374).

⁴⁶ BVerfGE 61, 149 (198); BGHZ 1, 388 (391); 34, 99 (105); 151, 198 (200); BVerwGE 13, 17 (23 f.); *Battis/Gusy*, Staatsrecht, 5. Aufl. 2011, Rn. 447; *Grzeszick*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), GG, 2009, Art. 34 Rn. 2 (»im Regelfall«); *ders.*, in: Merten/Papier (Hrsg.), HGR, Bd. III, 2009, § 75 Rn. 8 f.; *Kloepfer*, Verfassungsrecht I, 2011, § 10 Rn. 246; *Masing*, in: Umbach/Clemens, Bd. I, 2002, Art. 34 Rn. 14; *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 10; *Papier*, in: Maunz/Dürig (Begr.), GG (Stand: 64. Lieferung, Januar 2012), Art. 34 Rn. 11 (Stand: 54. Lieferung, Januar 2009); *ders.*, in: Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staats-

Innerhalb dieser Ansicht entnimmt ein Teil der Stimmen Art. 34 GG gleichwohl (immerhin, aber auch nur) die Garantie eines »Minimums« an Staatshaftung (Mindestgarantie),⁴⁷ etwa die grundsätzliche Verpflichtung des Staates, für eigenes Unrecht Schadensersatz zu leisten⁴⁸ oder sogar die Grundelemente einer Unrechtshaftung.⁴⁹ Eine weiter gehende (einfach-rechtliche) Haftung ist keinesfalls ausgeschlossen.⁵⁰

Nach anderer Ansicht begründet Art. 34 GG die Haftung selbst.⁵¹ § 839 Abs. 1 Satz 1 BGB ist danach nur die fachgesetzliche Konkretisierung des Verfassungsrechts. Aus dessen »Fesseln« sei Art. 34 Satz 1 GG zu befreien,⁵² schließlich handele es sich um nichts weniger als die »grundgesetzlich verankerte Mutternorm aller Staatshaftungsansprüche«⁵³. Nach dieser Ansicht lieferte Art. 34 GG den innerstaatlichen Anknüpfungspunkt für eine umfassende Neuregelung des deutschen Staatshaftungsrechts. Doch diese Ansicht vermag nicht zu überzeugen. Der Wortlaut des Art. 34 Satz 1 GG ist offen. Für eine Loslösung von § 839 BGB spricht, dass Art. 34 GG weder diese noch andere Vorschriften des einfachen Rechts ausdrücklich nennt, im Gegensatz etwa zu § 1 RHG 1910, der ausdrücklich auf »§ 839 BGB« Bezug nahm. Andererseits ist von Amtspflichtverletzungen die Rede und der Wortlaut selbst nicht als vollständige

rechts, Bd. VIII, 3. Aufl. 2010, § 180 Rn. 13; *Sprau*, in: Palandt (Begr.), BGB, 71. Aufl. 2012, § 839 Rn. 12; *Wieland*, in: H. Dreier (Hrsg.), GG, Bd. II, 2. Aufl. 2006, Art. 34 Rn. 36, vgl. aber auch Rn. 37.

⁴⁷ BVerfGE 61, 149 (199); *Höfling*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts III, 2009, § 51 Rn. 110; *Leisner*, VVDStRL 20 (1963), S. 185 (237); a.A. v. *Danwitz*, in: v. Mangoldt/F. Klein/Starck (Hrsg.), GG, Bd. 2, 6. Aufl. 2010, Art. 34 Rn. 44.

⁴⁸ *Dagtolglou*, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum GG (Stand: 159. Aktualisierung, Dezember 2012), Art. 34 Rn. 31, 43 (Stand: Zweitbearbeitung, September 1970); *Papier*, in: Maunz/Dürig (Begr.), GG (Stand: 64. Lieferung, Januar 2012), Art. 34 Rn. 15 (Stand: 54. Lieferung, Januar 2009); krit. *Masing*, in: Umbach/Clemens (Hrsg.), GG, Bd. I, 2002, Art. 34 Rn. 14 (»zweifelhaft«).

⁴⁹ *Morlok*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts III, 2009, § 52 Rn. 59; *Wieland*, in: H. Dreier (Hrsg.), GG, Bd. II, 2. Aufl. 2006, Art. 34 Rn. 34.

⁵⁰ Allg. Ansicht, vgl. nur BVerfGE 61, 149 (199); *Höfling*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts III, 2009, § 51 Rn. 110; *Masing*, in: Umbach/Clemens (Hrsg.), GG, Bd. I, 2002, Art. 34 Rn. 18; *Papier*, in: Maunz/Dürig (Begr.), GG (Stand: 64. Lieferung, Januar 2012), Art. 34 Rn. 15 (Stand: 54. Lieferung, Januar 2009).

⁵¹ *Bonk*, in: Sachs (Hrsg.), GG, 6. Aufl. 2011, Art. 34 Rn. 53; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, 11. Aufl. 2011, Art. 34 Rn. 1; *Pestalozza*, in: FS v. Arnim, 2004, S. 283 (286 ff.); *Pieper*, in: Schmidt-Bleibtreu/H. Hofmann/Hopfauf (Hrsg.), GG, 12. Aufl. 2011, Art. 34 Rn. 2; vgl. auch *Dietlein*, in: *Stern*, Staatsrecht, Bd. IV/2, 2011, S. 2030 (einheitliche Rechtsgrundlage).

⁵² *Morlok*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts III, 2009, § 52 Rn. 59; in der Sache ebenso schon *W. Jellinek*, JZ 1955, S. 147 (149).

⁵³ *Seltenreich*, Francovich-Rechtsprechung, 1996, S. 245; vgl. auch *Morlok*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts III, 2009, § 52 Rn. 23, 59; *Rupp*, NJW 1982, S. 1731 (1733).

Anspruchsgrundlage konzipiert, wie bereits die Wendung »grundsätzlich« nahe legt.⁵⁴ Diese Formulierung verstärkt nicht etwa, wie es dem allgemeinsprachlichen Verständnis entspräche, die Aussage (»So etwas machen wir grundsätzlich nicht!«; grundsätzlich im Sinn von prinzipiell), sondern schwächt diese, dem fachsprachlichen Verständnis entsprechend, ab. Die Formulierung »grundsätzlich« bedeutet trotz Art. 33 Abs. 4, Art. 36 Abs. 1 GG (»in der Regel«) auch hier »regelmäßig« und damit nicht mehr als »immer dann, wenn keine Ausnahme greift«.⁵⁵

Der systematische Zusammenhang, in dem Art. 34 GG steht, stärkt das Verständnis als Haftungsüberleitungsnorm. Die Vorschrift folgt unmittelbar auf die Garantie des Berufsbeamtentums in Art. 33 Abs. 5 GG. Das spricht dafür, Art. 34 Satz 1 GG als Vorschrift aus dem Recht des Öffentlichen Dienstes und damit als den Beamten befreiende Haftungsübernahme zu lesen. Gewährte Art. 34 Satz 1 GG als Haftungsbegründungsnorm dagegen selbst ein subjektives Recht, wäre die Vorschrift außerdem im Abschnitt I., zum Beispiel als Art. 19 Abs. 5 GG besser aufgehoben gewesen, auch wenn Art. 33 Abs. 1 bis 3, Art. 20 Abs. 4, Art. 38, 101, 103 und 104 GG ebenfalls außerhalb des Abschnitts I. subjektive Rechte gewähren.⁵⁶ Anders als diese grundrechtsgleichen Rechte, die mit der Verfassungsbeschwerde verteidigt werden können, ist Art. 34 GG in der Aufzählung des Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG ausgespart und daher weder Grund- noch grundrechtsgleiches Recht.⁵⁷ Auch die genetische Auslegung spricht für das Verständnis als Haftungsüberleitungsvorschrift. Art. 34 GG ist entstehungsgeschichtlich geschaffen worden mit der erklärten Absicht, »der gültigen Rechtsprechung« zu § 839 BGB und Art. 131 WRV zu entsprechen.⁵⁸ Die historische Auslegung stützt diese Position daher ebenfalls, wurde Art. 131 WRV doch tatsächlich im Zusammenhang mit § 839 BGB gelesen.⁵⁹

Schließlich erfährt die Wirkkraft des Haftungsverfassungsrechts eine letzte Zurücknahme dadurch, dass Art. 34 Satz 1 und Satz 2 GG unter Gesetzesvorbehalt stehen. Für Satz 1 der Vorschrift ist das aufgrund des Wortlauts (»grundsätzlich«) und der Entstehungsgeschichte »allgemein anerkannt«⁶⁰. Für Satz 2

⁵⁴ Vgl. nur *Bettermann*, in: ders./Nipperdey/Scheuner (Hrsg.), Grundrechte, Bd. III/2, 1. Aufl. 1959 = 2. Aufl. 1972, S. 779 (846 f.); *Morlok*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts III, 2009, § 52 Rn. 9; a.A. *Pieper*, in: Schmidt-Bleibtreu/H. Hofmann/Hopfauf (Hrsg.), GG, 12. Aufl. 2011, Art. 34 Rn. 2.

⁵⁵ Vgl. bereits *Anschütz*, WRV, 14. Aufl. 1933, Art. 131 Anm. 13 (S. 612 f.).

⁵⁶ Vgl. *Hartmann*, in: Piroth/Silberkuhl (Hrsg.), Verfassungsbeschwerde, 2008, § 90 BVerfGG Rn. 96.

⁵⁷ BVerfGE 2, 336 (338 f.); BVerfG, NJW 2003, S. 125 (126); *Pieper*, in: Schmidt-Bleibtreu/H. Hofmann/Hopfauf (Hrsg.), GG, 12. Aufl. 2011, Art. 34 Rn. 1.

⁵⁸ Siehe Parlamentarischer Rat, Interfraktionelle Besprechung v. 28. 04. 1949, abgedruckt in: H.-P. Schneider (Hrsg.), Grundgesetz – Dokumentation, Bd. 10, 1996, Art. 34 Dok. 78 (S. 609); a.A. *Haas*, System der öffentlichrechtlichen Entschädigungspflichten, 1955, S. 60.

⁵⁹ Siehe oben § 10 II 2 b) (S. 154 f.).

⁶⁰ BVerfGE 61, 149 (199 f.); BGHZ 61, 7 (14); BVerwG, DVBl 2010, S. 1434 (1435 f.).

der Vorschrift gilt Nämliches: Die Vorschrift ordnet den Regress nicht selbst an, sondern behält diesen nur vor, und zwar einer Regelung durch den Gesetzgeber.⁶¹ Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass Art. 34 GG die Fortentwicklung des öffentlichen Haftungsrechts weder nennenswert beschränkt noch sonderlich stützt.

b) Art. 20 Abs. 3 GG (Rechtsstaatsprinzip)

Das Rechtsstaatsprinzip stützt den unterbreiteten Vorschlag. Das verwundert nicht, stellt der Rechtsschutz doch den zentralen Gesichtspunkt nationaler wie unionaler Unrechtshaftung dar.⁶² Unter dem Grundgesetz verlange das Rechtsstaatsprinzip, so heißt es denn auch, wenn nicht gar die »Heilung der verletzten Gerechtigkeit«⁶³, so doch wenigstens die Herstellung rechtmäßiger Verhältnisse, und zwar »um ihrer Selbst willen und nicht als Sanktion für schuldhaftes Verhalten«⁶³. Geboten sei die »möglichst enge Annäherung an den rechtmäßigen Zustand im Wege der Wiedergutmachung.«⁶⁴ Auf derselben Linie liegt das vielzitierte Diktum *Walter Jellinek*s, wonach es im Haftungsrecht um nichts weniger gehe als um die »ultima ratio des Rechtsstaats«.⁶⁵ Nicht immer begleitet freilich ein Hinweis das Zitat, dass *Jellinek* von seiner Aussage später abrückte. 1950 ließ er uns im Nachtrag zur dritten Auflage seines Verwaltungsrechts wissen, dass es »übertrieben« sei, die »Bestimmungen über die Amtshaftung auch heute noch als *ultima ratio des Rechtsstaates* zu bezeichnen«, da der Primärrechtsschutz gem. der »verwaltungsgerichtliche[n] Generalklausel die Bedeutung der Amtshaftung stark zurückgedrängt« habe.⁶⁶

c) Art. 14 GG

Des Eigentums rechtswidrige Verletzung erfasst das öffentliche Haftungsrecht über den Anspruch wegen enteignungsgleichen Eingriffs. Die Rechtsgrundlage dieses Anspruchs bleibt freilich unklar. Genannt wurden und werden §§ 74 f. der Einleitung des Allgemeinen Landrechts für die Preußischen Staaten als solche⁶⁷,

⁶¹ BVerwG, DVBl 2010, S. 1434 (1436).

⁶² Siehe dazu oben § 6 I 3 d) (S. 69 f.) und § 13 II 2 a) (S. 230 f.).

⁶³ A. Schäfer/Bonk, Staatshaftungsgesetz, 1982, Einführung Rn. 82 (dort hervorgehoben).

⁶⁴ Bundesminister der Justiz/Bundesminister des Innern (Hrsg.), Reform des Staatshaftungsrechts (Referentenentwürfe), 1976, S. 16.

⁶⁵ W. Jellinek, Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 1931, S. 321 (zur Amtshaftung gem. Art. 131 WRV); ebenso Dietlein, in: *Stern*, Staatsrecht, Bd. IV/2, 2011, S. 1868; Leisner, VVDStRL 20 (1963), S. 185 (187); Ossenbühl, in: FS Stern II, 2012, S. 535 (536); zahlreiche weitere Nachweise bei *Stern*, Staatsrecht, Bd. I, 2. Aufl. 1984, S. 855 Fn. 578.

⁶⁶ W. Jellinek, Verwaltungsrecht – Nachtrag, 1950, S. 26; auf derselben Linie vgl. nur Ule, Grundgesetz und Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1950, S. 29.

⁶⁷ RGZ 140, 276 (281 ff.); vgl. auch Krefz, Aufopferung und Enteignung, 1968, S. 5 (Einkl. §§ 74 f. ALR als »Bestimmungen, die wir ja heute noch als für uns verbindlich ansehen«, als – neben Art. 14 GG – »*sedes materiae* im geschriebenen Recht«); vgl. aber auch O. Mayer, Ent-

in richterrechtlicher Ausprägung⁶⁸ und als Ausdruck eines »allgemeinen Aufopferungsgedanken[s]«⁶⁹, Art. 14 GG insgesamt⁷⁰, Art. 14 Abs. 1 GG⁷¹, Art. 14 Abs. 3 GG⁷², Art. 14 GG in Verbindung mit der Lastengleichheit (Art. 3 Abs. 1 GG)⁷³, einfaches⁷⁴, Gewohnheits-⁷⁵ und Richterrecht⁷⁶. Dass der verschuldensunabhängige Entschädigungsanspruch in ein Spannungsverhältnis zur Voraussetzung des qualifizierten Verstoßes und zur Rechtsfolge des Schadensersatzes geraten kann, ist bereits erörtert worden. Gleiches gilt für die Vorgaben der Rechtsweggarantie des Art. 14 Abs. 3 GG, soweit diese auch enteignungs-gleiche Eingriffe erfasst.⁷⁷

III. Rechtsprechung

1. Gründe

Anders als andere Rechtswissenschaftler, die im öffentlichen Haftungsrecht keine Hoffnung mehr in richterliche Rechtsfortbildungen setzen⁷⁸, ist mein Vertrauen in die Rechtsprechung ungebrochen⁷⁹. Abschließend soll daher wenigstens knapp behandelt werden, inwieweit die Gerichte den unterbreiteten Vorschlag umsetzen könnten. Die Frage, in welchem Umfang der Rechtsprechung Rechtsetzungskompetenzen zustehen, ist vor dem Hintergrund der Rechtsetzungsabstinenzen der Gesetzgeber nicht nur von theoretischer, sondern

schädigungspflicht des Staates, 1904, S. 22 f. (mit Einl. § 75 ALR als einem der »wahrhaft goldene[n] Sätze«, die unter dem BGB »unfruchtbar« geblieben seien).

⁶⁸ BGHZ 90, 17 (29 ff.); 91, 20 (26 ff.); *Lege*, NJW 1990, S. 864 (869).

⁶⁹ BGHZ 136, 182 (186) m. w. N.

⁷⁰ BGHZ 6, 270 (291) (»entsprechende Anwendung des Art. 14 GG«); vgl. auch *Kreft*, Aufopferung und Enteignung, 1968, S. 30 (»aus Art. 14 GG in seiner Gesamtheit«).

⁷¹ v. *Arnauld*, VerwArch 93 (2002), S. 394 (397, 416); *Eblers*, VVDStRL 51 (1992), S. 211 (243) m. w. N.; *H. Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 27 Rn. 87.

⁷² So für einen Teil der Fälle *Schenke*, NJW 1991, S. 1777 (1778).

⁷³ BGHZ 6, 270 (290).

⁷⁴ BVerfG, NJW 1992, S. 36 (37).

⁷⁵ OLG Brandenburg, NVwZ-RR 2000, S. 77 (78); *J. Ipsen*, DVBl 1983, S. 1029 (1036 f.); *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 226 f.; *Papier*, in: Maunz/Dürig (Begr.), GG (Stand: 64. Lieferung, Januar 2012), Art. 14 Rn. 716 (Stand: 59. Lieferung, Juli 2010); a.A. *Scherzberg*, DVBl 1991, S. 84 (88).

⁷⁶ BGHZ 6, 270 (290 f.); BGH, NVwZ 2007, S. 362 (Rn. 19) – *Danske Slagterier*; *Grzeszick*, in: *Baldus/Grzeszick/Wienhues*, Staatshaftungsrecht, 3. Aufl. 2009, Rn. 422; *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 4; *ders.*, NJW 2000, S. 2945 (2948); *Scherzberg*, DVBl 1991, S. 84 (88 f., 93); *Wolffgang/Tervooren*, ZfZ 2004, S. 82 (83).

⁷⁷ Siehe oben § 14 III 2 (S. 298 f.) und V (S. 301 f.).

⁷⁸ Etwa *Bonk* und *Papier*, siehe die Nachweise soeben § 16 Fn. 30 f. (S. 350 f.).

⁷⁹ Siehe oben § 11 IV (S. 201 ff.); ebenso etwa *Sproll*, in: *Detterbeck/Windthorst/Sproll*, Staatshaftungsrecht, 2000, § 18 Rn. 26.

sehr wohl auch von praktischer Relevanz⁸⁰. Allein die Antwort fällt schwer: Denn »eine klare, in Rechtsprechung und Schrifttum allgemein anerkannte Grenze zwischen unzulässiger und zulässiger richterlicher Rechtsfortbildung gibt es nicht.«⁸¹ Diese Grenze, so sie denn überhaupt existiert, aufzuspüren, verlangt nach einer eigenen Monographie⁸². »Bei Gelegenheit« einer anderen Abhandlung zu einem anderen Thema lässt sich das nicht leisten, ohne dem Problem und den dazu bislang erschienenen Werken Unrecht anzutun. Wenn diese Abhandlung zum öffentlichen Haftungsrecht gleichwohl Hinweise zur Folgefrage, wer für eine allfällige Umsetzung zuständig wäre, anschließt, muss sie sich mit wenigen Bemerkungen zufrieden geben. Diese Begrenzung gründet letztlich im Erkenntnisinteresse dieser Arbeit, wie es die Einleitung dargelegt hat. Akzeptiert man nämlich die vorhandene Rechtsprechung zum öffentlichen Haftungsrecht als *intra vires*, brauchen die Grenzen richterlicher Rechtsetzung nicht mehr bestimmt zu werden. Mit den Worten des Großen Senats des Bundesgerichtshofs:

»Der Grundsatz (...) beruht auf Rechtsprechung und kann durch Rechtsprechung geändert werden; eines Gesetzes bedarf es nicht ... «⁸³

Das ist, wenn man so will, die *actus-contrarius*-Lehre richterlicher Rechtsfortbildung.

⁸⁰ A.A. *Erbguth*, VVDStRL 61 (2002), S. 221 (239) (akademische Frage, da Rechtsfortbildung »schon zivilgerichtlich« nicht zu erwarten).

⁸¹ *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, 27. Aufl. 2011, Rn. 1285 (S. 319 f.).

⁸² Monographisch die Habilitationsschriften von *Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung, 2. Aufl. 1976; *M. Reinhardt*, Konsistente Jurisdiktion, 1997; *Rüthers*, Unbegrenzte Auslegung, 1. Aufl. 1968, 6. Aufl. 2005; die Dissertationen von *J. Ipsen*, Richterrecht und Verfassung, 1975; *Langenbacher*, Entwicklung und Auslegung von Richterrecht, 1996; *Wank*, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 1978; der Habilitationsvortrag von *Kruse*, Richterrecht als Rechtsquelle innerstaatlichen Rechts, 1971, die Universitätsrede von *Ossenbühl*, Richterrecht im demokratischen Rechtsstaat, 1988, sowie der bei *Konrad Hesse* gehaltene Seminarvortrag von *H.-P. Schneider*, Richterrecht, Gesetzesrecht und Verfassungsrecht, 1969; außerdem sei genannt *Esser*, Grundsatz und Norm, 4. Aufl. 1990. Als unselbstständige Beiträge kommen beispielsweise hinzu die Staatsrechtslehrerreferate von *Roellecke*, VVDStRL 34 (1976), S. 7 ff., und *Starck*, VVDStRL 34 (1976), S. 43 ff., sowie *Badura*, in: Rechtsfortbildung durch die sozialgerichtliche Rechtsprechung, 1973, S. 40 ff.; *Bumke*, in: ders. (Hrsg.), Richterrecht, 2012, S. 1 ff., 33 ff.; *Bydlinski*, JZ 1985, S. 149 ff.; *R. Dreier*, in: FS H. J. Wolff, 1973, S. 3 ff.; *Gusy*, DÖV 1992, S. 461 ff.; *Herzog*, in: FS H. Simon, 1987, S. 103 ff.; *Hillgruber*, JZ 1996, S. 118 ff.; *ders.*, JZ 2008, S. 745 ff.; *Jestaedt*, in: Bumke (Hrsg.), Richterrecht, 2012, S. 49 ff.; *P. Kirchhof*, NJW 1986, S. 2275 ff.; *ders.*, in: Bumke (Hrsg.), Richterrecht, 2012, S. 71 ff.; *F. Müller*, in: FS Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, 1986, S. 65 ff.; *Pieroth/Aubel*, in: JZ 2003, S. 504 ff.; *Rüßmann*, in: FS Wieacker, 1990, S. 35 ff.; *Rüthers*, in: FS Molitor, 1988, S. 293 ff.; *Rüthers*, JZ 2002, S. 365 ff.; *ders.*, NJW 2005, S. 2759 ff.; *Reiner Schmidt*, in: FS Canaris, 2007, S. 1353 (1359 ff.); *Wenzel*, NJW 2008, S. 345 ff.; *Zippelius*, NJW 1964, S. 1981 ff.

⁸³ BGHSt 51, 298 (Rn. 39); dazu BVerfG, NJW 2009, S. 1469 ff. mit abweichender Meinung *Vofskuhle*, *Osterloh* und *Di Fabio* sowie abweichender Meinung *Gerhardt*; krit. *Möllers*, JZ 2009, S. 668 (670); vgl. auch *Halterm/F. C. Mayer/Möllers*, Die Verwaltung 30 (1997), S. 51 ff.

Das überkommene Richterrecht greift weit aus. Die Gerichte haben dem verschuldensabhängigen Amtshaftungsanspruch überall dort, wo er ihnen zu streng erschien, verschuldensunabhängige Anspruchsgrundlagen zur Seite gestellt. Dass sie dafür das Preußische Allgemeine Landrecht bemühten, unterstreicht die Breite des beanspruchten Gestaltungsspielraums eher, als dass §§ 74 f. der Einleitung dieses Landrechts einen Haftungsanspruch legitimieren, konturieren oder gar definieren könnten. In der Praxis sind die Gerichte also offenbar selbstbewusst genug, Ansprüche anzuerkennen, soweit ihnen diese nur als sachdienlich erscheinen. Die zuständigen Richter räumen das freimütig ein. Das zeigt beispielhaft die oben zitierte Forderung des Bundesrichters *Nußgens*, »alle« auf die persönliche Haftung des Beamten zugeschnittenen Haftungsvoraussetzungen »abzubauen« (und das heißt eben auch geschriebene Voraussetzungen wie das Verweisungsprivileg aus § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB), und sei es – so der Richter ausdrücklich – durch richterliche Rechtsfortbildung.⁸⁴

Wenn die folgende Darstellung gesprochenes und geschriebenes Recht gegenüberstellt, nimmt sie die typischen Teile für das große Ganze. Geschriebenes Recht meint Gesetzesrecht, wie es der Gesetzgeber in seinen Gesetzen zum Ausdruck bringt, also in Gesetzen aus Parlament und Volk genauso wie in Gesetzen im auch formellen und im nur materiellen Sinn. All dieses Recht ist notwendig geschrieben. Denn die Verfassung knüpft die Wirksamkeit des Gesetzes an die Veröffentlichung im Gesetzblatt,⁸⁵ und die Veröffentlichung im Gesetz-Blatt, daher der Name, erfolgt eben schriftlich. Die Schriftlichkeit lässt bereits der Begriff des Gesetzes anklingen. Das Mittelhochdeutsche hatte das Wort »Gesetz« einst vom Wort »setzen« abgeleitet.⁸⁶ Die alte Bedeutung »bestimmen, anordnen« (eigentlich: Recht setzen) bewahrt die Zusammensetzung »festsetzen« bis heute. Die Schriftlichkeit des Gesetzes evozieren dann die Ableitungen »Satz« und »Setzer«, denn der Setzer ist seit dem 16. Jahrhundert die Bezeichnung des Schriftsetzers im Druckgewerbe.⁸⁷ Gesprochenes Recht meint dagegen Richterrecht, wie es die Gerichte in ihren Urteilen und Beschlüssen zum Ausdruck bringen. Dieses Recht ist notwendig gesprochen. Denn das Prozessrecht knüpft dessen Wirksamkeit an die Verkündung im Termin,⁸⁸ und

⁸⁴ Siehe oben § 10 Fn. 74 (S. 162).

⁸⁵ Art. 82 Abs. 1 Satz 1 und 2 GG schreiben dem Bund die Verkündung seiner Gesetze und, vorbehaltlich anderweitiger Regelungen, auch seiner Rechtsverordnungen vor. Das Homogenitätsgebot des Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG gebietet den Ländern die Publikation ihrer Gesetze, vgl. BVerfGE 90, 60 (85); BVerwGE 126, 388 (Rn. 17 ff.); *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, GG, 11. Aufl. 2011, Art. 28 Rn. 4.

⁸⁶ Duden, Herkunftswörterbuch, 4. Aufl. 2007, S. 272, Stichwort »Gesetz«.

⁸⁷ Duden, Herkunftswörterbuch, 4. Aufl. 2007, S. 764, Stichwort »Setzer«.

⁸⁸ Damit ein Urteil existiert, bedarf es der Kundgabe. Nur ausnahmsweise tritt an deren Stelle die Zustellung. Vgl. zum Zivilprozess § 310 Abs. 1 Satz 1 vs. Abs. 3 ZPO und *Jauernig/Hess*, Zivilprozessrecht, 30. Aufl. 2011, § 58 Rn. 4; zum Verwaltungsprozess § 116 Abs. 1 vs. Abs. 2 und 3 VwGO; zum Strafprozess § 268 Abs. 2 und 3 StPO.

die Ver-Kündigung im Termin erfolgt mündlich. Begriffe wie Recht-Sprechung und Spruch-Körper lassen diese Mündlichkeit noch heute anklingen.⁸⁹

Um das Verhältnis geschriebenen und gesprochenen Rechts im Rahmen der Bedürfnisse und der Möglichkeiten dieser Abhandlung zu klären, sei zunächst in Erinnerung gerufen, wie dieser Zusammenhang oben beschrieben wurde, im Ausgang der Abhandlung, als die rechtliche Relevanz ökonomischer Analysen das Thema war. Aus dem beschriebenen Vorrang des Rechts⁹⁰ folgt, dass der Rechtsanwender (hier namentlich die Gerichte) die Ge- und Verbote des Rechtsetzers (hier namentlich die Gesetze) einhalten muss. Vor diesem Hintergrund lässt sich der Vorrang des Rechts an dieser Stelle noch genauer beschreiben: als Vorrang des geschriebenen vor dem gesprochenen Recht.

Welche Spielräume das geschriebene dem gesprochenen Recht lässt, ist vor allem eine Frage der Rechtsmethodik.⁹¹ Dabei bildet nicht einmal der Wortlaut des geschriebenen Rechts eine unübersteigbare Grenze. Schon umstritten ist, ob der Wortlaut die Auslegung begrenzt.⁹² Selbst wenn das so sein sollte, markiert diese Grenze der Auslegung keineswegs die Grenze richterlicher Kompetenz. Denn es besteht Einigkeit, dass ein Gericht eine Vorschrift analog anwenden darf, sofern nur die Voraussetzungen der Analogie gegeben sind⁹³

⁸⁹ Vgl. auch An-Spruch, Frei-Spruch, Wider-Spruch, Ein-Spruch, Recht-Sprechung, Klage, Be-Rufung, rechtliches Gehör, Wort-Laut, ab-stimmen, ver-künden, Be-Rufung, Klage etc.; eindrucksvoll *P. Kirchhof*, FAZ Nr. 273 v. 23. 11. 2005, S. 43; *ders.*, Sprache und Recht, in: Freundeskreis Rechtswissenschaft (Hrsg.), Schlaglichter 8 (2009), S. 3 (7).

⁹⁰ Dazu oben § 4 (S. 25 ff.).

⁹¹ Vgl. *Wank*, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 1978, S. 240 (neben anderen Topoi); a.A. *Ossenbühl*, DVBl 1994, S. 977 (980).

⁹² Zum Wortsinn als Grenze der Auslegung vgl. nur BVerfGE 8, 38 (41); 71, 108 (115); 87, 209 (224); 101, 312 (329); 109, 279 (316 f.); *Hartmann*, Volksgesetzgebung und Grundrechte, 2005, S. 103; *K. Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts, 20. Aufl. 1995, Rn. 77; *Klatt*, Theorie der Wortlautgrenze, 2004, S. 22 f., 262 f., 280 f.; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 343; *Kloepfer*, Verfassungsrecht II, 2010, § 48 Rn. 43; *F. Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Bd. I, 10. Aufl. 2009, Rn. 320 ff., 526 ff.; *Pieroth*, in: Gabriel/Große Kracht (Hrsg.), Brauchen wir einen neuen Gesellschaftsvertrag?, 2005, S. 53 (61); *ders.*, Jura 2011, S. 1 (1); *Vismann*, in: Denninger/Hoffmann-Riem/H.-P. Schneider/E. Stein (Hrsg.), AK-GG Bd. 2, Art. 79 Rn. 6, 24 (Stand: August 2002); *Zippelius*, Methodenlehre, 10. Aufl. 2006, § 9 II a) (S. 47); abwägend *Bryde*, Verfassungsentwicklung, 1982, S. 267 ff.; a.A. *Depenheuer*, Der Wortlaut als Grenze, 1988, S. 57, 60; *Herzberg*, JuS 2005, S. 1 (2 f.) m. w. N.

⁹³ Gegen Analogien im Anwendungsbereich des Gesetzesvorbehalts beispielsweise BVerfG, NVwZ 2007, 1296 (1297) (für Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG); BVerfG, NJW 1996, S. 3146 (3146), DVBl 1997, S. 351 (351), BVerfGE 109, 190 (253) (abweichende Meinung Richter Broß, Osterloh und Gerhardt); *Gusy*, DÖV 1992, S. 461 (464); *Hartmann*, in: Pieroth/Silberkuhl, Verfassungsbeschwerde, 2008, § 93 BVerfGG Rn. 27 Fn. 37; ebenso BVerfG, NJW 2006, S. 2093 (2094) (unter den dort genannten Voraussetzungen) und im Steuerrecht BVerfG, NJW 1985, S. 1891 (1891) (keine Analogie zur Schaffung oder Verschärfung von Steuertatbeständen). Für Analogien im Anwendungsbereich des Gesetzesvorbehalts etwa BVerfGE 98, 49 (59 f.); 108, 150 (160); *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, 11. Aufl. 2011, Art. 20 Rn. 43; *Sachs*, in: *ders.* (Hrsg.), GG, 6. Aufl. 2011, vor Art. 1 Rn. 112; zu Zulässigkeit und Grenzen der Analogie im Privatrecht vgl. BVerfGE 82, 6 (11 ff.).

(außer zur Begründung oder Verschärfung der Strafbarkeit im Sinn des Art. 103 Abs. 2 GG⁹⁴).

Dass die Gerichte nicht darauf beschränkt werden können, innerhalb der Grenzen des möglichen Wortsinns die gesetzgeberischen Weisungen auf den Einzelfall anzuwenden, hat zwei Gründe, der eine praktischer, der andere theoretischer Natur. Praktisch würde eine solche Beschränkung die Lückenlosigkeit der Rechtsordnung voraussetzen. Eine lückenlose Rechtsordnung ist aber ein Zustand, der zwar als prinzipielles Postulat der Rechtssicherheit gefordert, aber im Wandel der Zeit tatsächlich nicht erreicht werden kann.⁹⁵ Der Anspruch an systematische Geschlossenheit und Vollständigkeit setzt gedanklich voraus, dass alle Rechtssätze auf den Willen eines einzigen Gesetzgebers zurückzuführen sind.⁹⁶ Theoretisch kommt hinzu, dass die Gerichte jene Rechtsstreitigkeiten, mit denen sie zulässigerweise befasst werden, in der Sache entscheiden müssen⁹⁷ (vgl. in unserem Zusammenhang nicht zuletzt § 839 Abs. 2 Satz 2 BGB). Das ist das Rechtsverweigerungsverbot.⁹⁸ Dieses Verbot bildet die Kehrseite des Justizgewährungsanspruchs. Den Justizgewährungsanspruch normiert Art. 19 Abs. 4 GG speziell für öffentlich-rechtliche Streitigkeiten und das Rechtsstaatsprinzip allgemein für Rechtsstreitigkeiten, d. h. auch für Arbeits- und andere Zivilgerichtsprozesse.⁹⁹ Auf »rein privatrechtliche Streitigkeiten« ist die Aufgabe der Streitentscheidung schon deshalb nicht begrenzt,¹⁰⁰ weil Art. 19 Abs. 4 GG den Rechtsweg gerade für die Rechtsverletzung »durch die öffentliche Gewalt« garantiert.¹⁰¹

⁹⁴ Zum Analogieverbot, das aus dieser Vorschrift folgt, vgl. nur BVerfGE 71, 108 (115); 73, 206 (235); 92, 1 (12); BGHSt 37, 226 (230); 38, 144 (151); *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, GG, 11. Aufl. 2011, Art. 103 Rn. 50.

⁹⁵ BVerfGE 34, 269 (287); vgl. BVerfGE 96, 375 (394) und *Pieroth/Aubel*, JZ 2003, S. 504 (506 f.); *Rüthers*, NJW 2011, S. 434 (434).

⁹⁶ Vgl. *Schulze/Schulte-Nölke*, in: dies. (Hrsg.), Schuldrechtsreform, 2001, S. 3 (7).

⁹⁷ *Rüthers/C. Fischer/A. Birk*, Rechtstheorie, 6. Aufl. 2011, Rn. 314; *Söllner*, ZG 1995, S. 1 (7); vgl. *Görisch*, RuP 2006, S. 86 (87) (»unbedingte Streitschlichtungsaufgabe« jedenfalls für Streitigkeiten der Bürger untereinander).

⁹⁸ *J. Ipsen*, DVBl 1984, S. 1102 (1102); *P. Kirchhof*, in: FS Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, 1986, S. 11 (30); *Möllers*, JZ 2009, S. 668 (669); *Pieroth/Aubel*, JZ 2003, S. 504 (504); *Rüthers/C. Fischer/A. Birk*, Rechtstheorie, 6. Aufl. 2011, Rn. 314; *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig (Begr.), GG (Stand: 64. Lieferung, Januar 2012), Art. 19 Abs. 4, Rn. 16 (Stand: 42. Lieferung, Februar 2003). Allgemein zur Kompetenz der Gerichte, im Staatshaftungsrecht richterliche Rechtsfortbildung zu betreiben, siehe nur BVerfGE 34, 269 (287 f.) (des Richters »Aufgabe und Befugnis zu »schöpferischer Rechtsfindung« ... nie bestritten worden«); 49, 304 (318); v. *Danwitz*, in: v. Mangoldt/F. Klein/Starck (Hrsg.), GG, Bd. 2, 6. Aufl. 2010, Art. 34 Rn. 24; *Kahl*, VerwArch 99 (2008), S. 451 (459 f.).

⁹⁹ Vgl. dazu nur BVerfGE 54, 277 (291); 85, 337 (345); 88, 118 (123); *Dietlein*, in: *Stern*, Staatsrecht, Bd. IV/2, 2011, S. 1879; *Ehlers*, Europäisierung des Verwaltungsprozeßrechts, 1999, S. 4 f.; *Pieroth/Hartmann*, NJW 2000, S. 2129 (2131).

¹⁰⁰ Offen gelassen bei *Görisch*, RuP 2006, S. 86 (87).

¹⁰¹ Vgl. *Pieroth/Hartmann*, NJW 2000, S. 2129 (2133).

Darf der Richter dem Bürger den Rechtsschutz nicht verweigern und kann das geschriebene Recht gleichwohl nicht ohne Lücken sein, dann darf der Richter dem Bürger den Rechtsschutz nicht deshalb verweigern, weil das Gesetz lückenhaft ist oder sei. Im Gegenteil: Das Gericht steht in der Pflicht, die Lücke zu schließen.¹⁰² Das ist die richterliche Rechtsgestaltungskompetenz. Sie tritt neben die richterliche Rechtserkenntniskompetenz.¹⁰³ Weil das Rechtsverweigerungsverbot seinerseits lückenlos gilt, verlangt es Rechtsfortbildung durch den Richter nicht nur, wenn der Wandel der Zeit Lücken in ein ehemals lückenloses Gesetz gerissen hat, sondern auch, wenn das Gesetz von vornherein lückenhaft oder sonst unzulänglich ausgefallen ist oder gar ganz fehlt.¹⁰⁴ Das demokratische Argument, eigentlich habe der Gesetzgeber die Frage regeln müssen, darf nicht zu Lasten des Bürgers gehen.¹⁰⁵ Zugespitzt formuliert: Im Rechtsstaat muss »auch eine durch rechtliche Fehlsteuerung ausgelöste Krisensituation rechtlich bewältigt werden können.«¹⁰⁶

Ist das richtig, vermögen Untätigkeiten und Unzulänglichkeiten des Gesetzgebers die Zuständigkeiten der anderen Gewalten zu weiten.¹⁰⁷ So wachsen der Verwaltung Kompetenzen zu, falls eine Steuerungsschwäche des Gesetzes eintritt oder ein Versagen des Gesetzgebers vorliegt,¹⁰⁸ und so gewinnen Gerichte Kompetenzen, falls der Gesetzgeber untätig bleibt oder eine legislative Neuordnung aus anderen Gründen scheitert.¹⁰⁹ Im öffentlichen Haftungsrecht reichen die Kompetenzen der Gerichte so gesehen besonders weit, wie im Folgenden

¹⁰² Vgl. nur *Görisch*, RuP 2006, S. 86 (87); *Langenbacher*, Entwicklung und Auslegung von Richterrecht, 1996, S. 24; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 188 (mit einer Einschränkung für »gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung«); a.A. *F. Müller*, in: FS Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, 1986, S. 65 (83 f.).

¹⁰³ *Pieroth*, VerwArch 68 (1977), S. 217 (231); vgl. aber auch a. a. O. S. 234 ff.

¹⁰⁴ Vgl. BVerfGE 84, 212 (226 f.); 88, 103 (115); *Lundmark*, in: Schulze/Seif (Hrsg.), Richterrecht und Rechtsfortbildung, 2003, S. 161 (162); *Ossenbühl*, in: Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, 3. Aufl. 2007, § 100 Rn. 52; *Schuppert*, ZG 18 (Sonderheft 2003), S. 4 (44).

¹⁰⁵ *Görisch*, RuP 2006, S. 86 (87); vgl. aber auch BVerfGE 58, 300 (324) (»mangels gesetzlicher Grundlage können die Gerichte ... keine Entschädigung zusprechen«); *Möllers*, JZ 2009, S. 668 (672).

¹⁰⁶ *Oebbecke*, in: Hill/Hof (Hrsg.), Wirkungsforschung zum Recht II. Verwaltung als Adressat und Akteur, 2000, S. 337 (340) (in anderem Zusammenhang); zum Staatshaftungsrecht in der Krise vgl. nur die Nachweise oben § 15 Fn. 65 (S. 314), und *Hartmann*, in: Zwierlein (Hrsg.), Sicherheit und Krise, 2012, S. 162 ff.

¹⁰⁷ Vgl. *Hain*, VerwArch 95 (2004), S. 498 (511 f.); *Höfling*, VVDStRL 61 (2002), S. 260 (281) (unter der Überschrift »Legislative Abstinenz als Kompetenzzuweisung der Justiz«); *Ossenbühl*, Richterrecht im demokratischen Rechtsstaat, 1988, S. 19; *ders.*, DVBl 1994, S. 977 (979 f.); *ders.*, FS Stern II, 2012, S. 535 (548); *Wank*, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 1978, S. 238 ff.; krit. *Hermes*, VVDStRL 61 (2002), 119 (137 f.).

¹⁰⁸ Vgl. *Fikentscher*, Methoden des Rechts, Bd. IV, 1977, S. 336; *Kluth*, in: H. J. Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht II, 7. Aufl. 2010, § 67 Rn. 8 (»Blockadehaltung des Gesetzgebers ... sachlich nicht zu begründen und ... kaum nachvollziehbar«).

¹⁰⁹ Vgl. nur BVerfGE 84, 212 (226 f.); 88, 103 (115) bzw. BVerfGE 34, 269 (286 ff.); vgl. aber auch BVerfG, NJW 2009, S. 1469 ff. mit abweichender Meinung *Vofskuhle*, *Osterloh* und *Di*

zu zeigen ist. Die fortdauernde Untätigkeit des Gesetzgebers ist danach keine bewusste Regelungsabstinenz, die eine Sperrwirkung für den Richter erzeugte, sondern eher eine »Pflichtvergessenheit«¹¹⁰, die als solche den Richter nicht weiter beschränkt.¹¹¹

2. Grenzen

a) Einfaches Staatshaftungsrecht

Tritt der Richter aufgrund eigener Kompetenz, Recht zu setzen, an die Stelle des Gesetzgebers (gesetzesvertretendes Richterrecht)¹¹², bedeutet das nicht, dass dem Richter dieselben Gestaltungsspielräume zustünden wie dem Gesetzgeber. Der Gesetzgeber ist gem. Art. 20 Abs. 3 GG nur an die verfassungsmäßige Ordnung, der Richter dagegen gem. Art. 20 Abs. 3, Art. 97 Abs. 1 GG an Gesetz und Recht insgesamt gebunden. Der Gesetzgeber kann also, solange er nicht verfassungswidrig handelt, nach politischer Zweckmäßigkeit gestalten. Der Richter dagegen muss nicht nur die Verfassung, sondern auch das sonstige (einfache) Recht, namentlich das (geschriebene) Gesetz, einhalten. Ist das geschriebene Recht nicht eindeutig – aufgrund der Vagheit der Sprache ist das der Regelfall –, hat das Gericht das Gesetz zum Ausgangspunkt seiner Entscheidung zu nehmen und muss versuchen, von dort unter Anwendung der anerkannten Methoden der Rechtsfindung zu seiner Entscheidung zu gelangen.¹¹³

Die folgenden Ausführungen sollen zeigen, dass die Gerichte auf diesem Weg das neue Haftungsrecht weitgehend umsetzen dürften. Dass das Haftungsverfassungsrecht dem unterbreiteten Vorschlag nicht entgegensteht, wurde oben

Fabio; Rütters, NJW 2009, S. 1461 (1461); *ders.*, NJW 2011, S. 434 (434) (Richterliche Rechtsfortbildung als »Ersatzgesetzgebung«).

¹¹⁰ v. *Danwitz*, in: v. Mangoldt/F. Klein/Starck (Hrsg.), GG, Bd. 2, 6. Aufl. 2010, Art. 34 Rn. 24; *Schoch*, Die Verwaltung 34 (2001), S. 261 (287); *Ossenbühl*, in: FS Stern II, 2012, S. 535 (548); vgl. auch *Röder*, Haftungsfunktion, 2002, S. 17 (»Lethargie«); a.A. *Haack*, DVBl 2010, S. 1475 (1481).

¹¹¹ Vgl. *Ehlers*, VVDStRL 51 (1992), S. 211 (243 f.); *Höfling*, VVDStRL 61 (2002), S. 260 (281), 462 (464); *ders.*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts III, 2009, § 51 Rn. 109, 115; *H. Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 25 Rn. 10; *Ossenbühl*, in: FS Stern II, 2012, S. 535 (548); *Schoch*, Die Verwaltung 34 (2001), S. 261 (264, 287) (keine »Tabus«); *Sproll*, in: Detterbeck/Windthorst/Sproll, Staatshaftungsrecht, 2000, § 18 Rn. 26; *Wank*, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 1978, S. 238 ff.; *Zuleeg*, in: VVDStRL 53 (1994), S. 154 (194); vgl. aber auch *Starck*, VVDStRL 34 (1976), S. 43 (87) (mit dem Nichtzustandbringen einer gesetzlichen Regelung als Argument gegen die Zulässigkeit einer Rechtsfortbildung).

¹¹² Grundlegend *J. Ipsen*, Richterrecht und Verfassung, 1975, S. 61; ihm folgend etwa *H. Dreier*, in: *ders.* (Hrsg.), GG, Bd. I, 2. Aufl. 2004, Art. 20 (Demokratie) Rn. 144 f.; *Schmidt-De Caluwe*, Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch, 1992, S. 312.

¹¹³ BVerfGE 84, 212 (226 f.); 96, 375 (394 f.); *Schulze-Fielitz*, in: *H. Dreier* (Hrsg.), GG, Bd. I, 2. Aufl. 2004, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 102; krit. *Jestaedt*, in: *Erbguth/Masing* (Hrsg.), Bedeutung der Rechtsprechung, 2005, S. 25 (32 f.).

erörtert.¹¹⁴ An dieser Stelle bleiben die Vorgaben aus § 839 BGB anzusprechen. In diesem Zusammenhang wurde bereits behandelt, dass das Amtshaftungsrecht mit dem unionsrechtlich inspirierten Einheitsanspruch in vielerlei Hinsicht übereinstimmt: mit Blick auf die Voraussetzungen des Schädigers¹¹⁵, des verletzten Rechts einschließlich des Drittschutzes¹¹⁶, des Schadens¹¹⁷, des Zurechnungszusammenhangs einschließlich der Kausalität und des Schutzzwecks der Norm¹¹⁸, der Mitverantwortung des Geschädigten einschließlich der Nachrangigkeit gegenüber dem Primärrechtsschutz¹¹⁹ und der Verjährung¹²⁰ genauso wie mit Blick auf die Rechtsfolge des Schadensersatzes¹²¹. Gegenstand dieser Abhandlung war ebenfalls schon, dass die nur dem Normtext nach verschuldensabhängige Haftung des § 839 BGB – dem zivilen Haftungsrecht, dem allgemeinen Schuldrecht und dem sonstigen Staatshaftungsrecht entsprechend – auch im Amtshaftungsrecht objektiviert verstanden wird.¹²² Mit diesem Verständnis steht die Einheitsdogmatik im Einklang, weil der unterbreitete Vorschlag über die Voraussetzung des qualifizierten Verstoßes das Verschulden nur als ein Kriterium unter mehreren bewahrt und daher ebenfalls eine objektiviert Haftung vorsieht.¹²³ Dementsprechend ist anerkannt, dass sich das Verschuldensanfordernis des Amtshaftungsanspruchs »im Sinne des vom EuGH verlangten ›hinreichend qualifizierten‹ Rechtsverstoßes«¹²⁴ verstehen lässt.

Gegen dieses Verständnis des § 839 Abs. 1 Satz 1 BGB lässt sich nicht einwenden, dass die genetischen Argumente widersprechen. Zwar belegt die Entstehungsgeschichte der Norm in der Tat eindeutig, dass dem Gesetzgeber an der Voraussetzung des Verschuldens gelegen war. Der Antrag, eine verschuldensunabhängige Haftung vorzusehen, um »die Staatsbürger gegen jeden Schaden, der durch eine unrichtige, wenngleich unverschuldete, Ausübung der Staatsgewalt entstehe, zu schützen«, war bei den Beratungen auf »vielseitigen Widerspruch« gestoßen:

»Die Haftung des Beamten ohne jedes eigene Verschulden sei mit der Gerechtigkeit unvereinbar ... Würde der gestellte Antrag angenommen, so sei der Beamte mit der steten Sorge, sich haftbar zu machen, belastet, seine Thatkraft werde daher geschwächt, seine Unbefangenheit vermindert.«¹²⁵

¹¹⁴ Siehe oben § 16 II 2 (S. 352 ff.).

¹¹⁵ Siehe oben § 14 II 1 (S. 249 ff.).

¹¹⁶ Siehe oben § 14 II 2 (S. 251 ff.).

¹¹⁷ Siehe oben § 14 II 4 (S. 276 f.).

¹¹⁸ Siehe oben § 14 II 5 (S. 277 ff.).

¹¹⁹ Siehe oben § 14 II 6 a) (S. 282 ff.) und 7 (S. 292 ff.).

¹²⁰ Siehe oben § 14 II 8 (S. 294 f.).

¹²¹ Siehe oben § 14 III (S. 296 ff.).

¹²² Siehe oben § 10 IV (S. 174 ff.), § 13 III 2 (S. 238 ff.) und § 14 II 3 (S. 259 ff.).

¹²³ Siehe oben § 14 II 3 (S. 259 ff.).

¹²⁴ Vgl. O. Dörr, Rechtsschutzauftrag, 2003, S. 217; in der Sache ebenso alle Anhänger des Vorgabenmodells, siehe oben § 14 II 2 b) bb) (S. 256 ff.) a.E., bei Fn. 50.

¹²⁵ Vgl. den Bericht des Abg. Dr. Enneccerus, oben § 8 Fn. 134 (S. 129), S. 63.

Der Antrag wurde daher in erster Lesung »mit großer Majorität« und, nach erneuter Antragstellung, in zweiter Lesung »mit allen gegen zwei Stimmen« abgelehnt.¹²⁵

Trotzdem ist es richtig, dass die Auslegung der Norm die Entstehungsgeschichte unberücksichtigt lässt. Denn die Überlegungen des Gesetzgebers tragen nur, wenn, und setzen daher voraus, dass der Beamte persönlich haftet. Doch das ist längst nicht mehr der Fall.¹²⁶ Indem der Staat die persönliche Schuld des Beamten übernimmt, enthebt er ihn ebenjener »steten Sorge, sich haftbar zu machen«, erhält des Amtswalters »Thatkraft« und bewahrt dessen »Unbefangenheit«. Der Umstand, dass der Staat die persönliche Schuld des Beamten übernimmt, erledigt mithin die genetischen Gegenargumente. Sähe man das anders, schlösse § 839 BGB all jene verschuldensunabhängigen Staatshaftungsansprüche aus, welche die Rechtsprechung neben die Amtshaftung gestellt hat, eine Ansicht, die – soweit ersichtlich – niemand vertritt. Außerdem führt der unterbreitete Vorschlag keineswegs dazu, dass der Bürger »jeden Schaden, der durch eine unrichtige, wenngleich unverschuldete, Ausübung der Staatsgewalt« entstanden ist, ersetzt verlangen könnte. Im Gegenteil: Nur qualifizierte Rechtsverletzungen wären haftungsbewehrt. Wer gleichwohl – entgegen der hier vertretenen Auffassung – meint, die Voraussetzung des qualifizierten Verstoßes sei auch nicht über den (ebenfalls objektiv formulierten) Art. 34 Satz 1 GG (»Verantwortlichkeit«) mit der (ohnehin objektivierten) Verkehrssorgfalt gem. § 839 Abs. 1, § 276 Abs. 2 BGB in Einklang zu bringen, dürfte den hier vorgeschlagenen Einheitsanspruch jedenfalls als einen weiteren verschuldensunabhängigen Staatshaftungsanspruch neben der Amtshaftung akzeptieren können.

b) Wille des Gesetzgebers

Die Reformbedürftigkeit des Staatshaftungsrechts anerkennt der Gesetzgeber nicht erst, seit er in den 1970er Jahren mit den Vorbereitungen für das Staatshaftungsgesetz 1981 begonnen hat, und diese Einsicht hat er auch nicht aufgegeben, nachdem das Bundesverfassungsgericht das Staatshaftungsgesetz 1981 noch im selben Jahr mangels Gesetzgebungskompetenz des Bundes für nichtig erklärte.¹²⁷ Bereits damals hieß es während der Debatte des StHG 1981 in der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses unter »Problem«:

¹²⁶ Zur Haftung des Staates anstelle des Beamten gem. Art. 34 Satz 1 GG siehe oben § 6 Fn. 27 (S. 54) (befreiende Schuldübernahme; Haftungsverlagerungsnorm) und § 16 Fn. 51 (S. 353) (Haftungsbegründungsnorm).

¹²⁷ Siehe oben § 9 Fn. 15 (S. 146).

»Das geltende Staatshaftungsrecht ist unübersichtlich, da es in wichtigen Bereichen nur gewohnheitsrechtlich oder richterrechtlich entwickelt wurde. Es entspricht nicht mehr dem modernen Verfassungsverständnis. Der Schutz des Bürgers vor den Folgen fehlerhaft ausgeübter Staatsgewalt erscheint daher nicht mehr angemessen gewährleistet.«¹²⁸

Keine zehn Jahre später bewahrte der Gesetzgeber des Einigungsvertragsgesetzes das StHG-DDR als etwas dort »Erreichte[s]«, das »auch aus Sicht der Bundesrepublik Deutschland rechtspolitisch wünschenswert« erscheine. Im Einzelnen hieß es in diesem Zusammenhang:

»Die Deutsche Demokratische Republik hat 1969 die unmittelbare und verschuldensunabhängige Staatshaftung für schädigende Folgen rechtswidrigen hoheitlichen Verhaltens gesetzlich eingeführt und damit anders als in der Bundesrepublik Deutschland die Staatshaftung als Verantwortlichkeit für eigenes Unrecht von der bisher geltenden zivilrechtlichen Verantwortlichkeit des handelnden Amtswalters nach § 839 BGB gelöst. Dieser neue dogmatische Ansatz ist seit langem Ziel der Reformbemühungen um das Staatshaftungsrecht auch in der Bundesrepublik Deutschland. Er konnte jedoch trotz eines gesetzgeberischen Versuchs (vgl. Staatshaftungsgesetz vom 26. Juni 1981, BGBl. I S. 553) bisher nicht verwirklicht werden (vgl. dazu BVerfGE 61, 149 ff.). Der Wunsch der Deutschen Demokratischen Republik, das dort Erreichte, das auch aus der Sicht der Bundesrepublik Deutschland rechtspolitisch wünschenswert scheint, bis zu der angestrebten Reform des Staatshaftungsrechts im geeinten Deutschland zu bewahren, ist zu respektieren.

Das Staatshaftungsrecht gilt mit Wirksamwerden des Beitritts in den Ländern der Deutschen Demokratischen Republik als Landesrecht fort (Artikel 9 Absatz 1 Satz 1 des Einigungsvertrages); es betrifft keine Gegenstände der Gesetzgebungskompetenz des Bundes nach Artikel 9 Absatz 4, weil dem Bund für die Staatshaftung eine Gesetzgebungskompetenz fehlt. ... «¹²⁹

Dass das Staatshaftungsrecht der Bundesrepublik Deutschland nicht so bleiben könne, wie es ist, entsprach nicht nur der Ansicht der Bundesregierung, sondern war parteiübergreifend anerkannt. Im Bericht der Gemeinsamen Verfassungskommission des Bundes und der Länder hieß es 1993:

»Alle im Bundestag vertretenen Parteien sind daher der Ansicht, daß der Schutz des Bürgers vor den Folgen fehlerhaft ausgeübter Staatsgewalt durch eine grundlegende Überarbeitung des Staatshaftungsrechts verbessert werden muß.«¹³⁰

Die Mitglieder der Kommission stimmten darin überein, dass »die Verabschiedung eines bundeseinheitlichen Staatshaftungsgesetzes auf der Grundlage des neuzufassenden Artikels 74 Abs. 1 Nr. 25 GG gerade auch im Hinblick auf die Fortgeltung des früheren DDR-Rechts in den neuen Bundesländern eine vorrangige gesetzgeberische Aufgabe« sei. Empfehlungen habe die Kommission

¹²⁸ Rechtsausschuss, Beschlussempfehlung und Bericht, BT-Drs. 9/130 v. 30.01.1981, S. 1; siehe dazu bereits § 11 IV (S. 201 ff.), bei Fn. 122 (S. 202).

¹²⁹ Unterrichtung durch die Bundesregierung, BT-Drs. 11/7817 v. 10.09.1990, S. 63; vgl. aber auch *Cornils*, LKV 2003, S. 206 (208). Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes für die Staatshaftung gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 25 GG gibt es erst seit 1994, siehe oben § 10 II 1 c) (S. 155).

¹³⁰ Bericht der Gemeinsamen Verfassungskommission v. 05.11.1993, BT-Drs. 12/6000, S. 116.

allein deshalb nicht ausgesprochen, weil »die Beratungszeit ... zu eng bemessen« war, um »eine inhaltliche Diskussion dieses komplexen Rechtsgebietes« angemessen durchzuführen oder gar ein Gesamtkonzept zu entwickeln.¹³¹ Am »dringende[n] Handlungsbedarf« für den Gesetzgeber ändere dies, so brachten es die Mitglieder der Kommission »einmütig« zum Ausdruck, selbstredend nichts.¹³⁰

Dementsprechend hieß es in der Vereinbarung von CDU, CSU und FDP aus dem Jahr 1994 frohen Mutes, dass die Koalition die Reform des Staatshaftungsrechts »unverzüglich in Angriff nehmen« wolle.¹³² Der Angriff blieb erfolglos. Während der anschließenden Regierungsbeteiligung der SPD im Bund, also von 1998 bis 2009, verfolgte die Bundesregierung die Pläne, das Staatshaftungsrecht zu kodifizieren, weniger engagiert als zuvor. Die Koalitionsverträge von 1998 und 2002, welche die SPD mit Bündnis 90/Die Grünen abgeschlossen hatte, enthielten sich der Aussagen zum Staatshaftungsrecht.¹³³ Gleiches gilt für den Vertrag von 2005, den CDU und SPD verhandelt hatten.¹³⁴ Dementsprechend bezeichnete die Bundesregierung der sog. Großen Koalition die Ausweitung von Staatshaftungsansprüchen deutschen Rechts in die »vom Europäischen Gerichtshof veranlasste Richtung« im Jahr 2008 als »derzeit« nicht »veranlasst« und die Reform des Haftungsrechts als »weiterhin nicht ... vordringlich«.¹³⁵ Zu der staatshaftungsrechtlich interessierten, bis 1998 verfolgten Linie kehrte die Bundesregierung erst mit Eintritt der FDP im Jahr 2009 zurück. Im Koalitionsvertrag erneuerten CDU/CSU und FDP ihren Willen, »das Staatshaftungsrecht zu kodifizieren und gerecht auszugestalten«,¹³⁶ freilich ohne dass insoweit unverzügliche Angriffe angekündigt worden wären.

Die Analyse zeigt, dass der Gesetzgeber richterrechtliches Staatshaftungsrecht und damit auch richterrechtliche Reformen des Staatshaftungsrechts jedenfalls solange billigt, wie er selbst zu Reformen nicht gelangt. Wer den Gerichten diese Kompetenz bestreitet, muss sich fragen lassen, ob er der richterlichen Rechtsfortbildung nicht Grenzen setzt, welche die zahllosen »Rechts-

¹³¹ Zur Beratung des Gesetzgebers als Aufgabe der Rechtswissenschaft siehe § 16 I (S. 347 ff.).

¹³² CDU/CSU/FDP, Das vereinte Deutschland zukunftsfähig machen. Koalitionsvereinbarungen für die 13. Legislaturperiode, o. J. (1994), sub VII.1. (S. 76).

¹³³ Vgl. auch die Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Fraktion der FDP v. 20. 10. 2004, BT-Drs. 15/3952, S. 1 (1) (»Neuordnung des Staatshaftungsrecht derzeit nicht ... vordringlich«; »Vorhaben daher zurückgestellt«); vgl. aber auch a. a. O., S. 5 (»bundeseinheitliche Kodifikation des Staatshaftungsrechts grundsätzlich ... erstrebenswert«).

¹³⁴ CDU/CSU/SPD, Gemeinsam für Deutschland. Mit Mut und Menschlichkeit, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD für die 16. Wahlperiode des Deutschen Bundestags v. 18. 11. 2005, online unter www.cdu.de/doc/pdf/05_11_11_Koalitionsvertrag.pdf (Abfrage: 20. 10. 2010).

¹³⁵ Antwort der Bundesregierung, Drs. 16/11554 v. 05. 01. 2008, S. 3 bzw. 1.

¹³⁶ CDU/CSU/FDP, Wachstum, Bildung, Zusammenhalt. Koalitionsvertrag v. 26. 10. 2009, sub IV/5, S. 104, Zeilen 5173 ff.; siehe dazu K. Redeker, Handelsblatt Nr. 222 v. 17. 11. 2009, S. 16.

schöpfungen«¹³⁷ der Rechtsprechung im Staatshaftungsrecht insgesamt dem Verdikt der Verfassungswidrigkeit unterwerfen.¹³⁸ Das öffentliche Haftungsrecht findet im Richterrecht anerkanntermaßen »in weiten Teilen« seine »alleinige Grundlage«¹³⁹. Dementsprechend ist – vom Amtshaftungsanspruch abgesehen – wohl noch jede Anspruchsgrundlage, die in der Rechtsprechung eine Rolle spielt, schon einmal als Richterrecht eingestuft worden: der Folgenbeseitigungs-¹⁴⁰ und der Aufopferungsanspruch¹⁴¹ genauso wie der Anspruch aus enteignendem¹⁴² und der aus enteignungsgleichem Eingriff¹⁴³, der öffentlich-rechtliche Erstattungs-¹⁴⁴ genauso wie der sozialrechtliche Herstellungsanspruch¹⁴⁵.¹⁴⁶ Weil das öffentliche Haftungsrecht ein Rechtsgebiet ist, das »bis auf wenige Reste fast durchweg auf Richterrecht beruht« und dessen richterrechtlich entwickelte Haftungsinstitute »sich ständig veränder[n]«,¹⁴⁷ kurz: weil das öffentliche Haftungsrecht *case law* ist¹⁴⁸, wirkt das Argument, für eine Änderung fehle die gesetzliche Grundlage, denn auch durchaus »überraschend«¹⁴⁹.

¹³⁷ *Bender*, Staatshaftungsrecht, 3. Aufl. 1981, Rn. 107; in der Sache ebenso *Ossenbühl*, NJW 2000, S. 2945 (2948).

¹³⁸ Vgl. *Detterbeck*, VerwArch 85 (1994), S. 159 (184).

¹³⁹ *Kluth*, in: H. J. Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht II, 7. Aufl. 2010, § 66 Rn. 4; in der Sache ebenso *Bertelmann*, Europäisierung, 2005, S. 43; *Schoch*, Die Verwaltung 34 (2001), S. 260 (287); vgl. auch *Papier*, in: Maunz/Dürig (Begr.), GG (Stand: 64. Lieferung, Januar 2012), Art. 34 Rn. 54 (Stand: 54. Lieferung, Januar 2009); zum Topos des Staatshaftungsrechts als *case law* siehe die Nachweise oben § 13 Fn. 191 (S. 245).

¹⁴⁰ Vgl. BVerwGE 94, 100 (3. Leitsatz; 103); VGH München, NVwZ-RR 2005, S. 736 (737); *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 4; *ders.*, NJW 2000, S. 2945 (2948); *Wienhues*, in: Baldus/Grzeszick/Wienhues, Staatshaftungsrecht, 3. Aufl. 2009, Rn. 116; merkwürdig dagegen OVG Sachsen, Urt. v. 29. 04. 2009 – 1 B 563/06 (Abschnitt II.2.), BeckRS 2009, 35897 (im öffentlichen Recht ohne »eigenständige Rechtsgrundlage«).

¹⁴¹ BGHZ 91, 20 (28); BGH, NJW 1984, S. 1169 (1171 f.); *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 131; *Röder*, Haftungsfunktion, 2002, S. 28.

¹⁴² *Grzeszick*, in: Baldus/Grzeszick/Wienhues, Staatshaftungsrecht, 3. Aufl. 2009, Rn. 464, *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 269; *Ossenbühl*, NJW 2000, S. 2945 (2948); vgl. BGHZ 122, 76 (76 ff.); 129, 124 (125 f.).

¹⁴³ Nachweise oben § 16 Fn. 68, 76 (S. 355 f.).

¹⁴⁴ Nachweise oben § 2 Fn. 24 (S. 10).

¹⁴⁵ Nachweise oben § 12 Fn. 66 (S. 214).

¹⁴⁶ Vgl. auch BVerwGE 13, 17 (22) (»Das Fehlen einer ausdrücklichen Rechtsgrundlage für den Schadensersatzanspruch« schließe die Staatshaftung nicht aus). – Der unionsrechtliche Haftungsanspruch fügt sich in die Reihe ein, vgl. zu dessen Einordnung als Richterrecht nur die Nachweise in § 13 Fn. 43 (S. 220 f.).

¹⁴⁷ *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 246 und 370 (mit dem Verdikt »wenig überzeugend« gegen BGHZ 55, 229 (234) zur Gefährdungshaftung: keine Lücke, die Richterrecht schließen könne). Die Einführung einer allgemeinen öffentlich-rechtlichen Gefährdungshaftung hatte schon BGHZ 54, 332 (336 f.) dem Gesetzgeber vorbehalten.

¹⁴⁸ Nachweise oben § 13 Fn. 191 (S. 245).

¹⁴⁹ *Schoch*, Die Verwaltung 34 (2001), S. 261 (279); vgl. auch *Hatje*, EuR 1997, S. 297 (302); *Hermes*, Die Verwaltung 31 (1998), S. 371 (391); a.A. wohl *Hain*, VerwArch 95 (2004), S. 498 (514).

c) Verfassungsrecht

aa) Vorbehalt des Gesetzes

Die beschriebene Rechtsprechung der Arbeitsgerichte zum innerbetrieblichen Schadensausgleich (Stichwort: gefahrgeneigte Arbeit)¹⁵⁰ ist mit dem Argument kritisiert worden, dass in der Haftungsfreistellung der Arbeitnehmer ein Eingriff in die Grundrechte der Arbeitgeber liege, für den die Wesentlichkeitslehre ein formelles Gesetz verlange.¹⁵¹ Diese Kritik lässt sich indes nicht auf das öffentliche Haftungsrecht übertragen. Die Wesentlichkeitslehre dient dazu, den Bürger vor dem Staat zu schützen, genauer: ihn davor zu schützen, dass der Staat eine wesentliche Entscheidung fällt (wie in ein Grundrecht einzugreifen), ohne dass die Bürger dem mittels ihrer Abgeordneten im Parlament oder gar selbst (im Wege eines Volksgesetzes) mehrheitlich zugestimmt hätten. Im Staatshaftungsrecht geht es nicht um Eingriffe des Staats gegen den Bürger, um den Bürger belastende Maßnahmen, sondern gerade umgekehrt um eine Begünstigung des Bürgers, um den Staat belastende Maßnahmen.¹⁵² Dass die Bürger diese staatliche Belastung finanzieren müssen, begründet keine Wesentlichkeit im Sinne der Wesentlichkeitslehre¹⁵³. Gewiss: Ist Geld in privater Hand geprägte Freiheit¹⁵⁴, ist es in öffentlicher Hand genommene Freiheit. Doch erfolgt die Staatsfinanzierung über Steuern und Abgaben, und für den damit verbundenen, in der Tat klassischen Eingriff in Freiheit und Eigentum braucht es und gibt es selbstredend formell-gesetzliche Eingriffsgrundlagen.

bb) Haushaltsprärogative des Parlaments

Ein beliebtes Argument, die richterlichen Rechtsetzungskompetenzen im Staatshaftungsrecht zu begrenzen, ist die Haushaltsprärogative des Parlaments. Der Bundesgerichtshof hat die Umstellung der Entschädigungs- auf Schadensersatzansprüche jenseits der Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung gesehen, weil diese auf die Einführung verschuldensunabhängiger Staatshaftung für rechtswidrige Eingriffe in das Eigentum hinauslaufe.¹⁵⁵ Die Haftung für legislatives Unrecht, die nach der hier vertretenen Ansicht bereits aus § 839 Abs. 1 Satz 1 BGB folgt¹⁵⁶, hat der Bundesgerichtshof aus demselben Grund abge-

¹⁵⁰ Zur Rechtsprechung und ihrem Anwendungsbereich über gefahrgeneigte Arbeit hinaus siehe oben § 8 Fn. 127 ff. (S. 127 f.).

¹⁵¹ *Höfling/Engels*, ZG 23 (2008), S. 250 (258 f.); vgl. dagegen *Junker*, JZ 2008, S. 102 (102) (»Arbeitskampfrecht ist Richterrecht. Spricht das BVerfG oder das BAG, ist es so, als hätte der Gesetzgeber selbst gesprochen«; dort mit Hervorhebungen).

¹⁵² Vgl. in anderem Zusammenhang BVerfGE 84, 212 (226 f.); 88, 103 (116); *Görisch*, RuP 2006, S. 86 (87 f.).

¹⁵³ Vgl. BVerfGE 45, 393 (399 f.); 98, 218 (251); vgl. aber auch BVerfGE 40, 237 (249); 49, 89 (126 f.); 77, 170 (230 f.).

¹⁵⁴ Siehe oben § 5 Fn. 44 (S. 41).

¹⁵⁵ BGHZ 136, 182 (186).

¹⁵⁶ Siehe oben § 10 III 3 (S. 172 ff.).

lehnt: Wegen der finanziellen Folgen, die ein solcher Anspruch zeitige, könne nur der Gesetzgeber die Legislativhaftung einführen.¹⁵⁷ Im Staatshaftungsrecht ist die »Furcht vor uferloser Ausweitung privater Entschädigungsansprüche gegen den Staat«, so hat 1965 schon *Lubmann* notiert, »ein beherrschender Faktor«: »Nur keine Schleusen öffnen!«¹⁵⁸

Dem Bundesgerichtshof nähme man das Argument, hier stoße Richterrecht an seine Grenzen, freilich noch lieber ab, erführe es keine derart selektive Verwendung. Die Selektion erfolgt dabei, ohne dass die Auswahlkriterien stets sichtbar würden. So müsste die Haushaltsprärogative folgerichtig auch die Haftung für Einzelfall- und Maßnahmegesetze sowie für Bebauungspläne und Veränderungssperren ausschließen, und doch anerkennt die Rechtsprechung die Haftung für dieses normative Unrecht sehr wohl.¹⁵⁹ Es erscheint auch wenig konsequent, den Entschädigungsausgleich bei (ansonsten verfassungswidrigen) Inhalts- und Schrankenbestimmungen kraft Richterrechts zu verbieten¹⁶⁰, wenn zugleich ein richterrechtlich gewährter Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff zulässig sein soll.¹⁶¹ Akzeptiert man das Argument der Haushaltsprärogative, müsste es sämtliche richterrechtlich begründeten Haftungsansprüche ausschließen. Dabei vermag das Argument die Haftung ohnehin nicht dem Grunde, sondern bestenfalls der Höhe nach zu begrenzen. Denn es gibt Unrecht, das den Haushalt nicht belastet. So sind Fälle denkbar, in denen der Haftungsanspruch schlicht mittels Aufhebung des Gesetzes oder Widerruf der Äußerung erfüllt werden könnte.¹⁶² Im Haftungsrecht kommt ein Aspekt hinzu, der für andere richterrechtlich begründete Leistungsansprüche nicht gilt: Die Budgetbelastung steht im öffentlichen Haftungsrecht unter einer Bedingung, deren Eintritt allein in öffentlicher Hand liegt. Solange die Staatsgewalt rechtmäßig handelt, kommt es nicht zu jenen Haftungsansprüchen, die Gegenstand dieser Abhandlung sind.

Wie hoch die Haftungskosten ausfielen, erscheint kaum auszumachen. Das Schrifttum hält die Folgekosten einer Haftung je nach Reformmodell überwiegend für niedrig.¹⁶³ Zur Vorbereitung des StHG 1981 schätzte eine Arbeits-

¹⁵⁷ BGHZ 100, 136 (147); 102, 350 (363); 125, 27 (38); anders noch BGHZ 56, 40 (42); ebenso v. *Danwitz*, in: v. Mangoldt/F. Klein/Starck (Hrsg.), GG, Bd. 2, 6. Aufl. 2010, Art. 34 Rn. 148; *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 105 f.

¹⁵⁸ *Lubmann*, Öffentlich-rechtliche Entschädigung rechtspolitisch betrachtet, 1965, S. 76; ihm folgend *Hidien*, Gemeinschaftsrechtliche Staatshaftung, 1999, S. 5; vgl. auch *M. Breuer*, BayVBl 2003, S. 586 (589) (restriktiv, um keine »unabsehbare Lawine von Haftungsprozessen los[z]utreten«).

¹⁵⁹ Vgl. die Nachweise oben § 10 Fn. 145 (S. 172).

¹⁶⁰ Vgl. nur BVerfGE 58, 300 (324); *Grzeszick*, in: Baldus/Grzeszick/Wienhues, Staatshaftungsrecht, 3. Aufl. 2009, Rn. 418.

¹⁶¹ Vgl. *Röder*, Haftungsfunktion, 2002, S. 60 f.; *Schoch*, Jura 1989, S. 529 (534 f.).

¹⁶² Zur Pekunialrestitution als Rechtsfolge der Rechtsprechung s. oben § 10 II 4 (S. 163 ff.).

¹⁶³ *Grzeszick*, in: Merten/Papier (Hrsg.), HGR, Bd. III, 2009, § 75 Rn. 119; *Kluth*, in: H. J. Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht II, 7. Aufl. 2010, § 67 Rn. 8 (»Blockadehaltung des Gesetzgebers ... auch unter finanziellen Gesichtspunkten kaum nachvollziehbar«);

gruppe die Mehrbelastung der öffentlichen Haushalte auf etwa 15 Mio. DM jährlich.¹⁶⁴ Grundlage war eine Haftung, die auf § 1 StHG 1981 beruhte, das Verweisungsprivileg des § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB aufhob und die Beweislast für das Verschulden des Amtswalters umkehrte. Im Jahr 1999 bezifferte eine rechtstatachliche Untersuchung im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz den Mehrbedarf auf 500 Millionen Euro.¹⁶⁵ Freilich dürfte dieser Wert eher zu hoch als zu niedrig liegen, zum einen weil die Privatisierungen der Bahn im Jahr 1994 und der Post im Jahr 1995 eine erhebliche Reduzierung der Haftungssumme mit sich gebracht haben werden. Im Jahr 1972 entfielen beispielsweise allein auf die Deutsche Bundespost 54 Prozent der Gesamtausgaben für Staatshaftung.¹⁶⁶ Zum anderen wäre die präventive Wirkung einer Rechtsänderung einzurechnen:¹⁶⁷ Kosten Rechtsverstöße mehr, sinkt ihre Zahl. Doch selbst wenn es bei 500 Millionen Euro pro Jahr bliebe, belastete diese Summe, auf 80 Millionen Deutsche verteilt, jeden Staatsangehörigen mit 52 Cent im Monat.¹⁶⁸ Mir scheint das nicht zu viel für die Versicherung, dass sämtliche Schäden, die die Staatsgewalt im Namen des Volkes einzelnen Bürgerinnen und Bürgern (qualifiziert) rechtswidrig zugefügt hat, ausgeglichen würden.¹⁶⁹

Dass der hier unterbreitete Vorschlag die Staatskasse unter dem Strich überhaupt mehr belastete als das überkommene Haftungsrecht, erscheint denn auch längst nicht als ausgemacht. Das gilt, obwohl das unional inspirierte Haftungsrecht ohne Verschulden als zwingende Voraussetzung auskommt und obwohl es die Haftung für Legislativunrecht anerkennt. Dass das Verschuldenserfordernis schon nach dem überkommenen Haftungsregime »eine immer geringere Rolle«¹⁷⁰ spielt und dass ohnehin nur jede zehnte aller erfolglosen Amtshaf-

ders., zit. nach *Krings/Hentsch*, ZG 2010, S. 205 (207); *Höfling*, VVDStRL 61 (2002), S. 260 (281); *Renkert*, zit. nach *Krings/Hentsch*, a. a. O.; *Röder*, Haftungsfunktion, 2002, S. 52 ff.; *Schoch*, Die Verwaltung 34 (2001), S. 261 (290); *Streinz*, VVDStRL 61 (2002), S. 300 (348); a. A. für Legislativunrecht *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 106.

¹⁶⁴ Vgl. Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 8/2079 v. 05. 09. 1978, S. 34; krit. Bundesrat, in: Stellungnahme (zum Entwurf eines Staatshaftungsgesetzes), abgedruckt als Anlage 2 zur BT-Drs. 8/2079 v. 05. 09. 1978, S. 86 (86) (Kostenschätzung begegne »erheblichen Bedenken«).

¹⁶⁵ *Pflüger*, BADK-Information 2001, S. 87 (94) (für 1995); ebenso oben § 14 Fn. 137 (S. 273) m. w. N.

¹⁶⁶ Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Zur Reform des Staatshaftungsrechts. Rechtstatistische Erkenntnisse, 1976, S. 4, 16 (Bund und Länder ohne Kommunen).

¹⁶⁷ *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 495; *Streinz*, VVDStRL 61 (2002), S. 300 (348); *Wróblewski*, Staatshaftung für legislatives Unrecht, 2005, S. 64.

¹⁶⁸
$$\frac{500 \text{ Mio. €}}{80 \text{ Mio. Einwohner}} / 12 \text{ Monate} \approx \frac{0,521 \text{ €}}{\text{Einwohner im Monat}}$$

¹⁶⁹ Vgl. *Höfling*, VVDStRL 61 (2002), S. 260 (281) (finanzielle Folgekosten »quantitativ eher unbedeutend und qualitativ kein normatives Gegenargument«); noch weitergehend *Ossenbühl*, Neuere Entwicklungen im Staatshaftungsrecht, 1984, S. 28.

¹⁷⁰ *Bender*, VersR 1974, S. 1 (4) mit Verweis auf Bundesminister der Justiz/Bundesminister des Innern (Hrsg.), Reform des Staatshaftungsrechts (Kommissionsbericht), 1973, S. 153 f. (mit Zahlen aus den Jahren 1955–1969).

tungsklagen am Verschulden scheitert, wurde bereits ausgeführt.¹⁷¹ Ist das richtig, bewirkte die Aufgabe der Verschuldensvoraussetzung auch im Amtshaftungsrecht keine »substantiell bedeutsam[e] finanziell[e] Mehrbelastung der öffentlichen Hand«. ¹⁷² Vor allem aber entfällt das Verschuldenserfordernis nicht ersatzlos, sondern tritt die Voraussetzung des qualifizierten Verstoßes an dessen Stelle. Schon deshalb braucht der Vorschlag keine »Torschleusenpanik« auszulösen. Das unionale Vorbild gilt, obwohl es auch Legislativunrecht erfasst, gerade wegen der Voraussetzung des qualifizierten Verschuldens als streng.¹⁷³ Nach der »außerordentlich restriktiven Rechtsprechung«¹⁷⁴ habe in vierzig Jahren überhaupt nur eine Handvoll von Rechtsverletzungen der Union sekundärrechtliche Haftungsfolgen nach sich gezogen.¹⁷⁵

cc) Vollständigkeit des Haushaltsplans

Schließlich begrenzt nicht etwa das Gebot der Vollständigkeit des Haushaltsplans die richterrechtlichen Kompetenzen. Dieses Gebot verlangt, dass »alle Einnahmen und Ausgaben« im Haushaltsplan einzustellen sind (vgl. für den Bund Art. 110 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 GG)¹⁷⁶. Nach dem Ausführungsrecht sind damit »alle im Haushaltsjahr ... voraussichtlich zu leistenden Ausgaben« gemeint (vgl. für den Bund § 11 Abs. 2 Nr. 2 BHO).¹⁷⁷ Haftungsausgaben lassen sich indes nicht auf den Einzelfall genau vorhersehen.¹⁷⁸ Die Praxis stellt daher Schätzwerte ein. Für Schäden, welche beispielsweise die Bundeswehr rechtswidrig verursachen wird, veranschlagte der Bund für das Jahr 2010 neun Mio. Euro.¹⁷⁹

¹⁷¹ Siehe oben § 12, bei Fn. 26 (S. 208).

¹⁷² *Bender*, VersR 1974, S. 1 (4) zum StHG 1981-KE.

¹⁷³ *Jarass/Beljin*, Casebook, 2003, S. 300; *Wurmnest*, Grundzüge, 2003, S. 26, 52, 87.

¹⁷⁴ Siehe die Nachweise oben § 14 Fn. 120 (S. 269).

¹⁷⁵ *Wurmnest*, in: Magnus/Wurmnest, Casebook, 2002, S. 37; *ders.*, Grundzüge, 2003, S. 26; a.A. *Rebhahn*, in: Koziol/Schulze (Hrsg.), Tort Law of the European Community, 2008, Rn. 9/19; vgl. auch *Engeler*, EuGRZ 1979, S. 377 (381 f.); *Aalto*, Public Liability in EU Law, 2011, S. 148, zählt »some 20 cases, ... staff cases excluded«, in denen die Gerichte Schadenserstattungsansprüche gegen die Union anerkannten.

¹⁷⁶ Zum Grundsatz der Vollständigkeit vgl. nur BVerfGE 119, 96 (118 f.); *Heintzen*, in: Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, 3. Aufl. 2007, § 120 Rn. 25 ff.; *Heun*, in: H. Dreier (Hrsg.), GG, Bd. III, 2. Aufl. 2008, Art. 110 Rn. 15; *Hillgruber*, in: v. Mangoldt/F. Klein/Starck (Hrsg.), GG, Bd. III, 6. Aufl. 2010, Art. 110 Rn. 31 ff.

¹⁷⁷ Vgl. nur *Tappe*, in: Gröpl (Hrsg.), BHO/LHO, 2011, § 11 Rn. 24 ff. (dort auch Korrespondenzhinweise auf § 8 HGrG und § 11/Art. 11 LHO).

¹⁷⁸ Zum Fälligkeitsprinzip, wonach nur die im Haushaltsjahr voraussichtlich kassenwirksam werdenden Ausgaben einbezogen werden dürfen, vgl. nur *Tappe*, in: Gröpl (Hrsg.), BHO/LHO, 2011, § 11 Rn. 28.

¹⁷⁹ Kapitel 1402, Titel 698–01–032 des Bundeshaushaltsplans, siehe BT-Drs. 17/200 v. 01.01.2010 (S. 1919 der pdf-Datei).

dd) Ergebnis

Einer richterlichen Rechtsfortbildung ließe sich nach alledem der Einwand, die Wesentlichkeitslehre verlange eine gesetzliche Regelung, nicht entgegenhalten. Der geschädigte Bürger bedarf des Schutzes durch ein formelles Gesetz nicht, weil ihn das Staatshaftungsrecht begünstigt, und den (als Steuerzahler mittelbar) belasteten Bürger schützt die Wesentlichkeitslehre auch so genügend: Steuern und Abgaben werden nur aufgrund von Parlamentsgesetzen erhoben, und der Haushaltsplan veranschlagt die Kosten für die Erfüllung von Schadensersatzansprüchen ebenfalls.

Regelten die Gerichte anstelle des Gesetzgebers das Staatshaftungsrecht, führte das zu einer charmanten Pointe: Es vermied, dass der Gesetzgeber in eigener Sache entschied.¹⁸⁰ Das betrifft vor allem den Fall der Legislativhaftung. Die Motivation, Ansprüche »gegen sich selbst« zu ermöglichen und damit den eigenen politischen Gestaltungsspielraum einzuengen, dürfte regelmäßig nur schwach ausgeprägt sein.¹⁸¹ Dass eigene Interessen im Spiel sind, macht Entscheidungen in eigener Sache besonders problematisch. Die – untechnisch gesprochen – Befangenheit des Rechtsetzers hat freilich nicht nur zur Folge, dass richterliche Rechtsetzungskompetenzen zu begrüßen sind, wenn es um die Haftung für legislatives Unrecht geht. Sondern umgekehrt gilt genauso, dass richterrechtliche Rechtsetzungskompetenzen zu kritisieren sind, wenn es um die Haftung für judikatives Unrecht geht. So gesehen müsste sich die Rechtsprechung für die Legislativ- und der Gesetzgeber weiter für die Judikativhaftung (vgl. § 839 Abs. 2 BGB) stark machen. Die Rechtswissenschaft ist jeweils aufgerufen, zu kontrollieren und zu kritisieren.

3. Kontext

Das Vorgehen der Gerichte steht auch auf europäischer Ebene in einem Kontext¹⁸², den auszuleuchten sich lohnt. Noch gut fünfzehn Jahre vor *Francoovich* hatte der Europäische Gerichtshof es ausdrücklich abgelehnt, den Haftungsanspruch richterrechtlich zu begründen. Es war im Jahr 1975, als das Gericht

¹⁸⁰ Vgl. dazu nur *v. Arnim*, in: ders. (Hrsg.), Systemmängel in Demokratie und Marktwirtschaft, 2011, S. 19 ff.; *Lang*, Gesetzgebung in eigener Sache, 2007 (der seine Untersuchung freilich auf solche Entscheidungen beschränkt, die sich auf den verfassungsrechtlichen Status des Abgeordneten unmittelbar auswirken, siehe S. 28, 515); *ders.*, in: Wieland (Hrsg.), Entscheidungen des Parlaments in eigener Sache, 2011, S. 15 (16) (»dysfunktional«); und *Streit*, Entscheidung in eigener Sache, 2006 (der allerdings maßgeblich auf Kontrolldefizite abstellt, siehe S. 72, 183).

¹⁸¹ *Böhm*, JZ 1997, S. 53 (55); *Brocke*, Europäisierung, 2002, S. 32.

¹⁸² Grundlegend *Haltern*, Europarecht, 2005, S. 6, 17; 2. Aufl. 2007, Rn. 10, 26 (mit dem Untertitel »Dogmatik im Kontext« und der Beobachtung, dass der Europäische Gerichtshof die Untätigkeit des Primärrechtsetzers seit jeher kompensiere); vgl. zur »Staatshaftung im europäischen Kontext« bereits den gleichnamigen Beitrag *H. Maurers*, in: FS Boujong, 1996, S. 591 ff.

dem Gemeinschaftsgesetzgeber vorschlug, den Anspruch zu schaffen,¹⁸³ und es war im Jahr 1976, als die Richter die Frage der mitgliedstaatlichen Haftung für die Verletzung europäischen Rechts als eine nationalen Rechts bezeichneten.¹⁸⁴ Den Gemeinschaftsgesetzgeber rührte das nicht. Nachdem Vertragsänderungen um Vertragsänderungen vergangen waren, ohne dass der Haftungsanspruch aufgenommen wurde, ergriff der Europäische Gerichtshof im Jahr 1991 selbst die Initiative.¹⁸⁵ Dieses richterliche Verhalten muss man nicht als inkonsequent geißeln, sondern kann man auch so verstehen, dass das Gericht dem Gesetzgeber den Vortritt lassen wollte, ohne damit die eigene (Reserve-) Kompetenz aufzugeben. Der Staatshaftungssenat des Bundesgerichtshofs hat dasselbe Verfahren praktiziert, als es um sog. Ampelschäden ging. Das Gericht hatte Entschädigungsansprüche zunächst mit dem Argument versagt, dass dafür der Gesetzgeber zuständig sei.¹⁸⁶ Doch als dieser untätig blieb, haben die Richter den Anspruch doch selbst begründet.¹⁸⁷

4. Zuständigkeit

a) Verbands- und Organkompetenz

Im Zusammenhang mit Richterrecht ist es unüblich, die Frage nach der Zuständigkeit wie sonst in Verbands- und Organkompetenz aufzufächern. Das liegt daran, dass das Grundgesetz die Zuständigkeit der Rechtsprechung in Art. 92 ff. anders regelt als die Zuständigkeiten von gesetzgebender und vollziehender Gewalt in Art. 72 ff. und 83 ff. Letztere verteilen die Sachmaterien ohne Rest auf den Bund (im Wege benannter Zuständigkeiten) und die Länder (im Wege einer unbenannten Auffangzuständigkeit, der Residualkompetenz, vgl. Art. 70 Abs. 1 GG und Art. 83 GG). Eine Doppelzuständigkeit¹⁸⁸, insbesondere eine Mischverwaltung¹⁸⁹, ist nur ausnahmsweise zulässig.¹⁹⁰

Bei der rechtsprechenden Gewalt verhält es sich geradezu umgekehrt: Art. 92 GG weist diese den Gerichten des Bundes und der Länder zu. Innerhalb der

¹⁸³ Vorschläge des Gerichtshofes zur Europäischen Union, in: Bulletin der Europäischen Gemeinschaften, Beilage 9/75: Berichte über die Europäische Union, S. 17 (18 f.); vgl. auch GA *Mischo*, Slg. 1991, I-5357 (Rn. 82 f.) – Francovich; *Wurmnest*, in: Magnus/Wurmnest, Casebook, 2002, S. 56 f.; *ders.*, Grundzüge, 2003, S. 44.

¹⁸⁴ EuGH, NJW 1976, S. 2072 (2072) – Russo.

¹⁸⁵ Oben § 13 I (S. 216 ff.).

¹⁸⁶ BGHZ 54, 332 (336 f.) (»feindliches Grün«).

¹⁸⁷ BGHZ 99, 249 (256); zustimmend *Ossenbühl*, DVBl 1994, S. 977 (979 f.).

¹⁸⁸ Vgl. BVerfGE 67, 299 (320 f.); 104, 249 (266 f.); 106, 62 (114); 119, 331 (365 f.).

¹⁸⁹ Vgl. BVerfGE 41, 291 (311); 108, 169 (182 ff.); aber auch BVerfGE 63, 1 (38 ff.); krit. *Hebeler*, in: Bauschke u.a. (Hrsg.), Pluralität des Rechts, 2003, S. 37 (54) (»allenfalls verwaltungswissenschaftlich ... deskriptive Kategorie«).

¹⁹⁰ Vgl. *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, GG, 11. Aufl. 2011, Art. 30 Rn. 7, 10; krit. *Ronellenfitsch*, Mischverwaltung im Bundesstaat, 1973, S. 196 ff., insb. S. 254, 257 (keine Ausnahmeerscheinung).

Gerichtsbarkeiten, die Art. 95 Abs. 1 GG nach Rechts-»Gebiete[n]« und damit ebenfalls anhand der Sachmaterien unterscheidet, ist die Mischzuständigkeit der Regelfall. In der ordentlichen, der Arbeits-, der Sozial-, der Finanz- und der allgemeinen Verwaltungsgerichtsbarkeit beginnt der Rechtsweg regelmäßig bei einem Landes- und endet regelmäßig bei einem Bundesgericht. Zur Mischgerichtsbarkeit gibt es nur wenige Ausnahmen: Eine ausschließliche Bundeskompetenz gibt es in Angelegenheiten des gewerblichen Rechtsschutzes. Dort beginnt der Rechtsweg, der beim Bundesgerichtshof endet, beim Bundespatentgericht.¹⁹¹ Außerdem hat der Bund gem. Art. 96 Abs. 4 GG Wehrdienstgerichte errichtet.¹⁹² Schließlich sind Sachgebiete zu nennen, in denen ein Bundesgericht im ersten und letzten Rechtszug entscheidet (vgl. für das Bundesverwaltungsgericht § 50 Abs. 1 VwGO). Eine ausschließliche Landeskompetenz besteht, falls der Rechtsweg bei einem Landesgericht endet (z.B. bei dem Oberlandesgericht gem. § 121 Abs. 1 Nr. 1 GVG).

Dass die Mischzuständigkeit den Regelfall rechtsprechender Gewalt beschreibt, zeitigt Folgen. Sie droht, die Einordnung eines Anspruchs als Landes- oder Bundesrecht zu verwischen. Der Folgenbeseitigungsanspruch zum Beispiel wurde sowohl dem (nicht revisiblen) Landes-¹⁹³ als auch dem (revisiblen) Bundesrecht¹⁹⁴ zugerechnet. Wonach entscheidet sich die Einordnung eines Rechtssatzes? Nahe läge, an die Verbandszugehörigkeit des Rechtsschöpfers anzuknüpfen.¹⁹⁵ So verhält es sich für das geschriebene Recht: Gesetze, die der Landtag gibt, sind Landes-, und Gesetze, die der Bundesgesetzgeber gibt, sind Bundesrecht. Für das gesprochene Recht eignet sich das Kriterium trotzdem nicht. Das liegt daran, dass jedes Gericht, das einen richterrechtlichen Rechtssatz anwendet, in gewissem Sinn zugleich dessen Schöpfer ist. Kein Gericht ist an Richterrecht gebunden, und jedes Gericht kann davon schon im nächsten Verfahren abweichen.¹⁹⁶ Was die Fortgeltung angeht, steht deshalb Richterrecht stets unter einem doppelten Vorbehalt: Sowohl der Gesetzgeber als auch das als nächstes zur Entscheidung berufene Gericht müssen sich anschließen, damit das Richterrecht weiter gilt: der Gesetzgeber in dem Sinn, dass er das Richter-

¹⁹¹ Vgl. Art. 96 Abs. 1, 3 GG, §§ 65 ff. PatG. Von der Gesetzgebungskompetenz des Art. 96 Abs. 2 Satz 3 GG hat der Bund bislang keinen Gebrauch gemacht, siehe *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, GG, 11. Aufl. 2011, Art. 96 Rn. 2.

¹⁹² Vgl. BVerwGE 93, 287 (287).

¹⁹³ Vgl. BVerwG, BayVBl 1992, S. 442 (443); vgl. auch *Masing*, DÖV 1999, S. 573 (580) und *M. Redeker*, in: K. Redeker/v. Oertzen (Begr.), VwGO, 15. Aufl. 2010, § 137 Rn. 5 (allgemeiner Verwaltungsgrundsatz – des Landesrechts? –, auf Bundesrecht »zurückführ[bar]«).

¹⁹⁴ BVerwG, NJW 1972, S. 269 (269); *F. O. Kopp/Schenke*, VwGO, 18. Aufl. 2012, § 137 Rn. 7; vgl. *J. Ipsen*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2011, Rn. 1340.

¹⁹⁵ Vgl. *Fikentscher*, Methoden des Rechts, Bd. IV, 1977, S. 335 f.; *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, GG, 11. Aufl. 2011, Art. 31 Rn. 2.

¹⁹⁶ Siehe dazu oben § 14 Fn. 66 f. (S. 260 f.).

recht nicht durch gegenläufiges Gesetzesrecht aufhebt¹⁹⁷, das Gericht in dem Sinn, dass es das Richterrecht erneut anwendet und so, zugespitzt formuliert, gewissermaßen erneut in Kraft setzt.

Richterrecht ist im Bundesstaat jenem Verband zuzuordnen, der im einschlägigen Sachbereich die Gesetzgebungskompetenz innehat.¹⁹⁸ Dieses Abgrenzungskriterium drückt den Vorrang des geschriebenen vor dem gesprochenen Recht aus. Es synchronisiert die Zuordnung des Richterrechts mit der Zuordnung jener Gesetzesnorm, an die das Richterrecht anknüpft. Analogien zu §§ 276, 278 BGB (für Ansprüche aus einem öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnis)¹⁹⁹, zu §§ 1004, 861, 862, 12 BGB (für den Folgenbeseitigungsanspruch)²⁰⁰ oder zu §§ 812 ff. BGB (für den öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch)²⁰¹ bleiben danach Bundesrecht, Rechtsfortbildungen eines Landesentseignungsgesetzes dagegen Landesrecht. So ist sichergestellt, dass der zuständige Gesetzgeber im eigenen Kompetenzbereich nicht nur veraltetes Gesetzes-, sondern auch missliebiges Richterrecht aufzuheben berufen bleibt.

Was bedeutet das für den Einheitsanspruch, den diese Abhandlung vorschlägt? Der Einheitsanspruch fasst im Wesentlichen bestehendes Staatshaftungsrecht zu einer neuen Dogmatik zusammen. Die Voraussetzungen und Rechtsfolgen des öffentlichen Haftungsrechts ergeben sich so gesehen weiterhin aus den überkommenen Anspruchsgrundlagen. Gleichwohl können deren Voraussetzungen innerhalb des vorgeschlagenen Schemas, unter den Überschriften »qualifizierter Verstoß« etc., geprüft werden. Mit anderen Worten: Der Einheitsanspruch ist, als Dogmatik gelesen, wie jede Dogmatik nicht selbst Rechtssatz, sondern bloß Rechtserklärungssatz, nicht selbst Rechtsquelle, sondern bloß Rechtserkenntnisquelle. Als Nichtrechtssatz braucht eine dogmatische Aussage weder noch vermag sie überhaupt als Recht (sei es des Bundes, sei es eines Landes) eingestuft zu werden, und als solcher lässt sie die Zuordnung des erklärten Rechtssatzes (sei er des Bundes-, sei er eines Landesrechts) ohnehin unberührt.

Liest man den Einheitsanspruch über diese dogmatische Funktion hinaus als neue Rechtsfortbildung, die das bestehende Richterrecht ersetzt, stellt sich die Frage nach der Einordnung dieses Richterrechts und kommt es daher auf die Gesetzgebungszuständigkeit für das öffentliche Haftungsrecht an. Weil diese gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 25 GG beim Bund liegt, wäre der Einheitsanspruch

¹⁹⁷ Vgl. nur BVerfGE 25, 167 (181); *Hirsch*, JZ 2007, S. 853 (857) (»Federstrich«); *Ossenbühl*, DVBl 1994, S. 977 (979); *Schoch*, Die Verwaltung 34 (2001), S. 261 (287).

¹⁹⁸ *Bertelmann*, Europäisierung, 2005, S. 29; *Fikentscher*, Methoden des Rechts, Bd. IV, 1977, S. 336; *J. Ipsen*, DVBl 1984, S. 1102 (1106); ebenso für das Gewohnheitsrecht BVerfGE 61, 149 (203 f.).

¹⁹⁹ BGH, NJW 1992, S. 39 f.; OLG Saarbrücken, NVwZ-RR 2007, S. 481 (483).

²⁰⁰ BayVGH, NJW 1991, S. 2660 (2660 f.); *Bettermann*, DÖV 1955, S. 528 (533 f.); *Broß*, VerwArch 76 (1985), S. 217 (228).

²⁰¹ BVerwG, NJW 1980, S. 2538 (2538); BSG, NZS 2007, S. 653 (654, 656).

Bundesrecht. Dieselbe Rechtsfolge gilt, stellt man auf den normativen Anknüpfungspunkt im geschriebenen Recht ab. Rechtsprechung und Lehre verorten den unionalen Haftungsanspruch gegen die Mitgliedstaaten hierzulande regelmäßig beim Amtshaftungsanspruch aus § 839 BGB und Art. 34 GG. Streit herrscht allein, ob das Unionsrecht das Amtshaftungsrecht modifiziert, wie das Vorgabenmodell meint, oder ergänzt, wie es die Trennungsthese für richtig hält.²⁰² Soweit der unionale Haftungsanspruch nur modifiziert, ist er als Teil von § 839 BGB und/oder Art. 34 GG ohnehin Bundesrecht. Dasselbe gilt aber auch nach der Trennungsthese, nach welcher der unionale Staatshaftungsanspruch neben die Ansprüche des bestehenden (nationalen) Staatshaftungsrechts tritt. Denn auch dieser Alternative liegt es fern, den unionalen Staatshaftungsanspruch, der stets den Bund und nie die Länder verpflichtet²⁰³, als Teil des Landesrechts einzuordnen.

Der Bundeseinheitsanspruch, Teil des öffentlichen Rechts (weil er Bund, Länder, Kommunen und sonstige juristische Personen des öffentlichen Rechts zum einen als solche²⁰⁴ und zum anderen ausschließlich²⁰⁵ verpflichtet)²⁰⁶, ist unterhalb der Verfassung im einfachen Recht angesiedelt – auch wenn das Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG oder das Haftungsverfassungsrecht in Art. 34 Satz 1 GG es nahelegen, dass es überhaupt einen Staatshaftungsanspruch gibt. Den typischen, den »Normalfall« des Einheitsanspruchs bildet die Rechtsverletzung durch vollziehende Gewalt; nur insofern zählt der Anspruch zum Allgemeinen Verwaltungsrecht. Dieser, sein traditioneller, Ort vermag das öffentliche Haftungsrecht moderner Prägung gleichwohl nicht ohne Rest aufzunehmen. Denn der Einheitsanspruch erfasst darüber hinaus auch die Rechtsverletzungen der Rechtsprechung. Das ist unbestritten, vgl. nur § 839 Abs. 2 Satz 1 BGB, und mag die Zuordnung zum Gerichtsverfassungsrecht nahelegen. Weil der Einheitsanspruch außerdem die Rechtsverletzungen der Gesetzgebung erfasst²⁰⁷ und also alle drei Gewalten angesprochen sind, erscheint es folge-

²⁰² Zu Vorgabenmodell und Trennungsthese siehe oben § 14 II 2 b) bb) (S. 256 ff.) a.E., bei Fn. 50 bzw. 56 (S. 257 f.).

²⁰³ So der unionsrechtliche Anspruch; der Einheitsanspruch verpflichtet die Körperschaft. Zu beiden siehe oben § 14 IV (S. 300 f.).

²⁰⁴ So verlangen es die einen, siehe nur *Ehlers*, *Verwaltung in Privatrechtsform*, 1984, S. 62; *ders.*, in: *Erichsen/Ehlers* (Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 14. Aufl. 2010, § 3 Rn. 28; *O. Mayer*, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Bd. I, 3. Aufl. 1924, S. 15; vgl. auch *Stober*, in: *H. J. Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, *Verwaltungsrecht I*, 12. Aufl. 2007, § 22 Rn. 27; krit. etwa *Krebs*, in: *Isensee/P. Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. V, 3. Aufl. 2007, § 108 Rn. 6.

²⁰⁵ So verlangen es die anderen, siehe nur *Erichsen*, *Jura* 1982, S. 537 (540); *H. J. Wolff/Bachof*, *Verwaltungsrecht I*, 9. Aufl. 1974, § 22 II c) (S. 99).

²⁰⁶ Zur Öffentlich-Rechtlichkeit des Staatshaftungsrechts allgemein siehe oben § 10 Fn. 197 (S. 178); zur modifizierten Subjektstheorie, die auf *Hans Julius Wolff* aufbaut, vgl. nur *Ehlers*, in: *Erichsen/Ehlers* (Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 14. Aufl. 2010, § 3 Rn. 19 f., 28 ff.

²⁰⁷ Siehe oben § 14 II 1 (S. 249).

richtig, den Einheitsanspruch dem unterverfassungsrechtlichen Staatsrecht²⁰⁸ zuzuordnen. Insofern gewinnt der zu Beginn dieser Abhandlung zurückgesetzte Begriff des Staatshaftungsrechts an deren Ende neue Legitimation.²⁰⁹

b) Funktionelle Zuständigkeit

Welche Gerichtsbarkeit ist zuständig? Liest man den Einheitsanspruch als Dogmatik, trifft er bloß Aussagen über bestehende Ansprüche und bleiben die überkommenen Rechtswegzuweisungen (einschließlich der Rechtswegspaltung) unverändert: Die ordentliche und die (allgemeine und besondere) Verwaltungsgerichtsbarkeit bleiben weiter jeweils für »ihre« Staatshaftungsansprüche zuständig. Liest man den Einheitsanspruch dagegen über seine dogmatische Funktion hinaus als eine neue Rechtsfortbildung, die das bestehende Richterrecht ersetzt, stößt diese Rechtsfortbildung bei der Rechtswegspaltung an ihre Grenzen. Eine Konzentration des Einheitsanspruchs bei den (besonderen und allgemeinen) Verwaltungsgerichten in dem Sinn, dass die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichtsbarkeit richterrechtlich aufgehoben würde, verbietet der Vorrang geschriebenen Rechts: Nach Art. 34 Satz 3 GG darf für den in Satz 1 der Vorschrift genannten Anspruch auf Schadensersatz der ordentliche Rechtsweg nicht ausgeschlossen werden.²¹⁰

Eine Mindermeinung vertritt in diesem Zusammenhang eine folgenreiche einschränkende Auslegung des Art. 34 Satz 1 GG: In dem Maß, in dem der Anwendungsbereich des Anspruchs aus Satz 1 der Vorschrift schrumpft, verkleinert sich die Reichweite der Rechtsweggarantie nach Satz 3.²¹¹ Wer der Mindermeinung folgt, vermag daher den Einheitsanspruch bei den Verwaltungsgerichten zu monopolisieren. Eine Zuständigkeit der ordentlichen Gerichtsbarkeit, über den Einheitsanspruch zu entscheiden, besteht dann nur noch in Sonderfällen. So entscheidet das Gericht des zulässigen Rechtswegs gem. § 17 Abs. 2 Satz 1 GVG den Rechtsstreit »unter allen in Betracht kommenden rechtlichen Gesichtspunkten«. § 17 Abs. 2 Satz 2 GVG nimmt von der umfassenden Entscheidungskompetenz zwar die Fälle der Art. 14 Abs. 3 Satz 4 GG und Art. 34 Satz 3 GG aus. Aber diese Ausnahme schmälert nur die Zuständigkeit der Verwaltungsgegenüber der ordentlichen Gerichtsbarkeit, nicht umgekehrt. In Verfahren, in denen die ordentliche Gerichtsbarkeit eine Zuständigkeit aus § 17 Abs. 2 GVG gewinnt, zählt es folgerichtig auch zu ihren Aufgaben, den haftungsrechtlichen Einheitsanspruch fortzubilden, zu konturieren und ggf. gar zu erschaffen.

²⁰⁸ Zu dieser Kategorie *H. Maurer*, Staatsrecht I, 6. Aufl. 2010, § 1 Rn. 38 f.; vgl. aber auch *Greb*, Der einheitliche gemeinschaftsrechtliche Staatshaftungsanspruch, 2002, S. 178 (»eigenständiger Normkomplex im öffentlichen Recht«).

²⁰⁹ Zu den Begriffen des Staats- und des öffentlichen Haftungsrechts siehe oben § 2 (S. 7 ff.).

²¹⁰ Vgl. oben § 10 V 1 (S. 178 ff.).

²¹¹ Vgl. *Masing*, in: *Umbach/Clemens* (Hrsg.), GG, Bd. I, 2002, Art. 34 Rn. 20 f., 154.

IV. System des öffentlichen Haftungsrechts?

Begründet der hier unterbreitete Vorschlag ein System des öffentlichen Haftungsrechts? Während beispielsweise die U.S.-amerikanische Rechtswissenschaft den Systembegriff weitgehend meidet und in Frankreich der »pragmatische Zugriff des Conseil d'Etat als Maßstab« gilt²¹², ist die Vokabel hierzulande »omnipräsens[t]«. ²¹³ Das Bundessozialgericht zum Beispiel versteht den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch als einen »weitere[n] Baustein« im »System öffentlich-rechtlichen Nachteilsausgleichs«. ²¹⁴ Zugleich ist freilich die Auffassung verbreitet, man könne die anerkannten Ansprüche unmöglich in ein rechtsdogmatisch geschlossenes und stimmiges System bringen. ²¹⁵ Weil diese Ansprüche nach Ursprung, Anforderung, Ausgestaltung und Zielrichtung so verschieden daher kämen, sei es ausgeschlossen, das »vorhandene Dickicht von Anspruchsinstituten unter systematischen Gesichtspunkten zu ordnen, die feststellbaren in der Praxis angewendeten Haftungsgrundlagen zu kategorisieren und auf diese Weise ein System zu schaffen, dessen Konsistenz und Übersichtlichkeit fortentwickelt werden« könne. ²¹⁶

Demgegenüber erscheint der unionsrechtliche Haftungsanspruch gegen die Mitgliedstaaten in Geltungsgründen und Haftungszwecken dem nationalen Haftungsrecht ähnlich genug und in Tatbestand und Rechtsfolge nicht nur »hinreichend bestimmt«, um unmittelbar angewandt zu werden, ²¹⁷ sondern zugleich ausreichend flexibel, um das nationale Haftungsrecht weitgehend einzufangen. Gewiss, ein vollständiges geschlossenes Gedankengebäude mag der Vorschlag gleichwohl verfehlen. So folgt er an einigen Stellen nicht der Rechtsprechung, sondern übernimmt Kritik aus der Lehre (so beispielsweise mit Blick auf die Legislativhaftung ²¹⁸), und so muss er an anderen Stellen den Gesetzgeber zu Hilfe rufen, um bestehende Mängel zu überwinden (so beispielsweise mit Blick auf die Rechtswegspaltung ²¹⁹). Schließlich gibt es sogar Bereiche, in denen

²¹² *Württemberg/Neidhardt*, in: Schwarze (Hrsg.), Bestand und Perspektiven des Europäischen Verwaltungsrechts, 2008, S. 255 (260) (dort mit Hervorhebung).

²¹³ *Lepsius*, in: Schulze-Fielitz (Hrsg.), Staatsrechtslehre als Wissenschaft, Die Verwaltung Beiheft 7, 2007, S. 319 (326 f.); dort sogar, dass die Vokabel als »Inbegriff wissenschaftlichen Anspruchs gelten« dürfe; *Schoch*, Die Verwaltung, Beiheft 2 (1999), S. 135 (148) (mit *Hans Julius Wolffs* »Rechtswissenschaft zumindest ist systematisch oder sie ist nicht«); exemplarisch etwa *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 2. Aufl. 1983, insb. S. 17 f.; vgl. auch *Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung, 2. Aufl. 1976, S. 97 ff.; *Hain*, VerwArch 95 (2004), S. 498 (499) (»vornehmstes Anliegen der Dogmatik«); *Schulze-Fielitz*, Die Verwaltung 36 (2003), S. 421 (423 f., 426, 431 f.); aber auch *Jestaedt*, Das mag in der Theorie richtig sein . . . , 2006, S. 81 ff.; ebenso bereits *Jhering*, Geist des römischen Rechts, 1852, S. 26.

²¹⁴ BSGE 49, 76 (78); siehe auch *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 330.

²¹⁵ Vgl. nur *H. Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 25 Rn. 3.

²¹⁶ So *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 2.

²¹⁷ Nachweise oben § 13 Fn. 185 (S. 244).

²¹⁸ Siehe oben § 10 III 3 (S. 172 ff.).

²¹⁹ Zur Rechtswegspaltung siehe oben § 10 V 1 (S. 178 ff.), § 14 V (S. 301 f.).

der Einheitsanspruch keinen Ersatz gewährt, nämlich dort, wo das staatliche Handeln unterhalb der Schwelle des qualifizierten Verstoßes verharrt.²²⁰ Insgesamt indes prägen weitreichende Übereinstimmungen den Vergleich. So zeitigen Einheits- und Amtshaftungsanspruch in jenen Fällen, in denen ein (objektiviertes) Verschulden vorliegt, regelmäßig dieselben Rechtsfolgen. Der Einheitsanspruch ist insofern in seinen Voraussetzungen weniger anspruchsvoll und in seinen Rechtsfolgen genauso weitreichend wie der Amtshaftungsanspruch. Allgemein greift Sekundärrechtsschutz hier wie dort jeweils nur subsidiär, wobei jeweils der Vorbehalt gilt, dass Primärrechtsschutz zu suchen »zumutbar« bzw. »in angemessener Form« möglich gewesen sein muss.²²¹ Das »Verschulden« gegen sich selbst, welches im Versäumen primärer Rechtsbehelfe liegt, wirkt nach nationalem Richterrecht gem. § 254 BGB sogar auf verschuldensunabhängige Ansprüche anspruchsmindernd.²²²

Hat der vorgeschlagene Einheitsanspruch die verschiedenen Anspruchsgrundlagen des überkommenen Haftungsrechts einmal aufgenommen, entfällt der Bedarf, diese Anspruchsgrundlagen fortzuschreiben. Insoweit ist der unterbreitete Vorschlag nicht ohne Vorbild:

»Wenn ein allgemeiner, aber abgestufter Rechtswiederherstellungsanspruch anerkannt würde, ginge der Folgenbeseitigungsanspruch und mit ihm der Erstattungsanspruch darin auf. An die Stelle einer Mehrzahl von heterogenen, in verschiedenen Geschichtsepochen entstandenen, leicht divergierenden und deshalb als eigenständig erwiesenen Ansprüchen träte dann ein überlegt differenziertes System von Rechtsbehelfen, die sich wechselseitig ergänzen und ausschließen.«²²³

Auf derselben Linie fand das StHG 1981 viel Lob für dessen »Einführung eines folgerichtig durchgebildeten und übersichtlichen Systems unmittelbarer, primärer und ausschließlicher, von funktionswidrigen zivilrechtlichen Bezügen gelöster Staatshaftung«²²⁴.

V. Ergebnis

Die Mängel des geltenden Staatshaftungsrechts werden oft als »Vorgeschichte« des StHG 1981 erzählt.²²⁵ Doch das ist zu wenig. Wir sollten uns nicht damit zufriedengeben, die Defizite des Staatshaftungsrechts als Präludium einer vor langer Zeit gescheiterten Reform zu betrachten. Sondern die Mängel müssen

²²⁰ Siehe dazu oben § 15 III 3 (S. 332 f.).

²²¹ Für den Amtshaftungsanspruch etwa BGH, NJW-RR 2007, S. 449 (450); für den Anspruch nach Gemeinschaftsrecht etwa EuGH, Slg. 1996, I-1029, Rn. 85 – Brasserie du pêcheur.

²²² Siehe oben § 14 Fn. 259 ff. (S. 293).

²²³ *Lubmann*, Öffentlich-rechtliche Entschädigung rechtspolitisch betrachtet, 1965, S. 101.

²²⁴ *Bender*, Staatshaftungsrecht, 3. Aufl. 1981, Rn. 146.

²²⁵ Vgl. *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 438 ff.

uns Ansporn sein, das geltende Recht zu verbessern. Eine wesentliche Verbesserung läge in einer unionsrechtlich inspirierten Haftungsdogmatik. Sie wäre in der Lage, fast alle Mängel zu beheben. Bisweilen ist der Rechtsanwender befugt, die neue Haftungsdogmatik umzusetzen, bisweilen muss der Gesetzgeber handeln. Wo genau die Grenze der Zuständigkeiten verläuft, hängt von methodischen Fragen ab, genauer von der Grenze, die das geschriebene Recht bzw. dessen Auslegung und Konkretisierung beschreibt. Im Staatshaftungsrecht reichen die Kompetenzen der Gerichte dabei besonders weit: Die fortdauernde Untätigkeit des Gesetzgebers ist keine bewusste Regelungsabstinenz, die den Richter sperrte, sondern eher eine »Pflichtvergessenheit«, die ihn nicht weiter beschränkt.

Vierter Teil

Zusammenfassung und Ausblick

§ 17 Rechtsgestaltungsvorschlag

I. Konzeption

Der unterbreitete Vorschlag richtet sich zum einen an die Rechtsprechung, zum anderen an den Gesetzgeber. Der Rechtsprechung unterbreitet diese Abhandlung den Vorschlag, das nationale Staatshaftungsrecht künftig nach europäischem Vorbild zu ordnen. Dem Gesetzgeber legt sie nahe, das allfällige Staatshaftungsgesetz nach diesem Vorbild zu formulieren. Im einen wie im anderen Fall mag es helfen, die Abhandlung mit einer Zusammenfassung des unional inspirierten Einheitsanspruchs zu beschließen. Die Zusammenfassung kommt in Gestalt eines kommentierten Regelungsvorschlags daher. Dem Rechtsetzer mag sie Ausgangspunkt eines Gesetzentwurfs sein: Der Regelungsvorschlag wäre dann Teil des entworfenen Gesetzes, die Kommentierung Teil der Gesetzesbegründung. Dem Rechtsanwender mag die Zusammenfassung als Ausgangspunkt einer reformierten Dogmatik dienen. Der Regelungsvorschlag ähnelt dann Leitsätzen, und die Kommentierung liefert Versatzstücke der Entscheidungsbegründung.

II. Regelungsvorschlag

Art. 19 Abs. 5 GG. Wird jemand durch die öffentliche Gewalt qualifiziert in seinen Rechten verletzt und dadurch geschädigt, so hat der Staat ihm den Schaden zu ersetzen.

§ 1 StHG. Haftungsanspruch. (1) ¹Verletzt ein Organ oder ein Bediensteter des Staates in Ausübung seiner Amtstätigkeit das Recht eines Bürgers qualifiziert, hat der Staat den dadurch verursachten Schaden zu ersetzen. ²Eine Verletzung ist qualifiziert, soweit das verletzte Recht klar und genau formuliert ist, die Rechtsnorm Ermessen nicht einräumt oder staatliches Verschulden vorlag. ³Es kommt auf eine Gesamtschau dieser Kriterien an. ⁴Die Verletzung verursacht den Schaden, wenn sie nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Schaden entfielen, und die Rechtsnorm den Bürger gerade vor einem Schaden dieser Art zu schützen bestimmt ist.

(2)¹ Der Geschädigte ist so zu stellen, wie er stünde, wenn der Staat das Recht nicht verletzt hätte.² Hat der Geschädigte es unterlassen, den Schaden abzuwenden oder zu mindern, verringert sich sein Anspruch entsprechend.³ Den Schadensersatz schuldet jene Körperschaft, der die Verletzung zuzurechnen ist.⁴ Der Anspruch verjährt nach allgemeinen Regeln.

III. Begründung

1. Allgemeiner Teil

Rupp meint im Vorwort zur zweiten Auflage seiner Habilitationsschrift »Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre«, dass die schadensersatzrechtliche Unrechtsfolge besonderer Begründung bedarf.¹ Dafür spricht, dass die Leistung von Schadensersatz Transaktionskosten verursacht, ohne den Eintritt des Schadens ungeschehen machen zu können. Es sind diese Kosten, die nach Rechtfertigung verlangen. Es liegt nahe, die Rechtfertigung im Unrecht zu suchen, das begangen wurde. Das Grundgesetz bindet die öffentliche Gewalt an Gesetz und Recht, Art. 20 Abs. 3 GG. Idealerweise dürfte es also keine rechtswidrigen Handlungen der Staatsgewalt geben. Doch dieser Zustand ist unerreichbar: praktisch (weil die Staatsgewalt durch Menschen handelt und Menschen Fehler machen) wie theoretisch (weil es etwa Fälle rückwirkender Änderungen von Gesetz und Recht gibt, die Handlungen erst im Nachhinein rechtswidrig werden lassen). Das Grundgesetz bewältigt die Unerreichbarkeit, indem es zum einen den Rechtsweg garantiert. Der Bürger kann gem. Art. 19 Abs. 4 GG die Aufhebung rechtswidriger Hoheitsakte erreichen (z.B. gem. § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO). Hat der Bürger über den Erlass des rechtswidrigen Hoheitsakts hinaus einen Schaden erlitten oder misslingt die Aufhebung rechtswidrigerweise, verfehlt der Staat den Idealzustand trotz Primärrechtswegs weiterhin. Daher anerkennt das Grundgesetz zum anderen die Erforderlichkeit einer Staatshaftung samt Ansprüchen auf Schadensersatz, siehe Art. 34 Satz 1 und 3, Art. 74 Abs. 1 Nr. 25 GG. Wird auf diesem Sekundärrechtsweg der Zustand hergestellt, der bestünde, hätte der Staat von vornherein rechtmäßig gehandelt (siehe § 249 Abs. 1 BGB), kommen wir dem Idealzustand von vornherein rechtmäßigen Handelns so nahe wie menschenmöglich.

Das geltende Staatshaftungsrecht gewährt Schadensersatz vor allem im Wege der Amtshaftung und damit verschuldensabhängig. Daneben stehen zahlreiche Ansprüche auf Entschädigung und Folgenbeseitigung. Weil die Anspruchsg Grundlagen in Voraussetzungen und Rechtsfolgen aus verschiedenen Zeiten stammen und in der Sache nicht aufeinander abgestimmt sind, gilt das Staatshaftungsrecht als der verkommenste Teil des öffentlichen Rechts. Diese Abhand-

¹ *Rupp*, Grundfragen, 2. Aufl. 1991, S. VII; ebenso etwa *Holmes*, vgl. oben § 6 Fn. 6 (S. 50).

lung möchte Abhilfe schaffen. Sie möchte den Vorwürfen der Zeit- und der Sachwidrigkeit öffentlichen Haftungsrechts mit dem Vorschlag einer unional inspirierten Haftungsdogmatik begegnen. Der angeregte Einheitsanspruch bündelt die wichtigsten Reformvorschläge zum nationalen Staatshaftungsrecht. Er fasst das öffentliche Haftungsrecht in eine Dogmatik, die mit einem Kernanspruch auskommt. Der Preis dafür ist, dass der Einheitsanspruch in bestimmten Fallkonstellationen der Binnendifferenzierung bedarf. Dieses Bedürfnis erfasst indes nur einzelne wenige Merkmale des Anspruchs. Es folgt regelmäßig aus dem geschriebenen Recht. Wie weit das Bedürfnis nach Binnendifferenzierung reicht, hängt von der allgemeinen Frage ab, welche Grenzen dem Richterrecht gesetzt sind, genauer (weil das geschriebene als Grenze des Richterrechts anzuerkennen ist) welche unionsrechtlich inspirierten, auf den neuen Haftungsanspruch hinführenden Auslegungen geschriebenen Rechts noch akzeptabel sind.

Weil sich die Vorwürfe der Zeit- und Sachwidrigkeit vor allem gegen das »Chaos« richten, das im Staatshaftungsrecht herrscht, vereinfacht der unterbreitete Vorschlag das bisherige Richterrecht radikal und kommt doch in weiten Teilen zu wenigstens vergleichbaren Ergebnissen. Soweit sich Abweichungen ergeben, handelt es sich – im Vergleich zum geltenden Recht – bisweilen um Einschränkungen, aber überwiegend um Erweiterungen. Der unterbreitete Vorschlag stellt die Anschlussfähigkeit des deutschen Staatshaftungsrechts an das Unionsrecht her, vermeidet gewisse Inländerdiskriminierungen und begründet einen Vorteil der hiesigen im Wettbewerb der Rechtsordnungen. Im Ergebnis lässt der Vorschlag weiterhin Einzelfallgerechtigkeit zu, ohne dafür ein unübersichtliches und teilweise widersprüchliches Staatshaftungsrecht bewahren zu müssen.

Die Übertragung unionsrechtlicher Dogmatik ist möglich, weil die Gründe, aus denen der Europäische Gerichtshof den unionalen Staatshaftungsanspruch gefolgert hat, auch nach nationalem Recht gelten. Das Haftungsrecht verfolgt national wie unional dasselbe Ziel. Dass sich die Argumente des Europäischen Gerichtshofs auf das nationale Recht übertragen lassen, heißt aber nicht, dass der vorgeschlagene Haftungsanspruch, verstünde man das nationale Recht nur recht, bereits gälte. Auch die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs in Sachen *Francovich* ist nicht so verstanden worden, als ob schon das Gemeinschaftsrecht den Haftungsanspruch vorgegeben hätte, sondern gilt als originäre richterrechtliche Begründung des unionalen Staatshaftungsanspruchs². In Kraft ist der Einheitsanspruch also nicht schon jetzt, sondern in Kraft setzt ihn erst der Gesetzgeber oder eben – wie in Europa – die Rechtsprechung.

² Siehe oben § 13 Fn. 43 (S. 220).

2. Besonderer Teil

Soll der unional inspirierte Staatshaftungsanspruch seiner Bedeutung und Tradition gemäß eine verfassungsrechtliche Verankerung erfahren, scheint die Normierung in Art. 19 Abs. 5 GG sachnäher als die überkommene Positivierung in Art. 34 GG. Der Anschluss an Art. 33 GG weist den Staatshaftungsanspruch bislang als Teil des Beamtenverfassungsrechts bzw. des Verfassungsrechts des Öffentlichen Dienstes aus. Diese Denkweise vom Staat her steht im Einklang mit der historischen Entwicklung des Staatshaftungsrechts. Sie betont die Funktion des Art. 34 GG als Freistellung des handelnden Staatsdieners. Doch die Freistellung des Staatsdieners rückt aus der Perspektive freiheitlichen Verfassungsdenkens in den Hintergrund. Der Vordergrund gebührt der Aussage, dass der Bürger einen Anspruch darauf hat, dass der Staat ihm Schädigungen der Staatsgewalt ersetze. Der rechte Ort einer verfassungsrechtlichen Verankerung des Staatshaftungsanspruchs ist damit der Abschnitt I des Grundgesetzes, wo mit den Grundrechten die wichtigsten subjektiven Rechte der Bürger versammelt sind. Innerhalb dieses Abschnitts I erscheint es nicht zwingend erforderlich, dem Staatshaftungsanspruch eine eigene Vorschrift zu gewähren, zumal das (weil eine Umnummerierung sämtlicher Vorschriften des Grundgesetzes nicht in Frage kommt) nur um den Preis einer verfassungsunästhetischen »Literarisierung« in Form eines eingeschobenen Buchstabenartikels möglich wäre. Systematisch überzeugt die Erweiterung des Art. 19 GG um einen fünften Absatz schließlich aber vor allem deshalb mehr, weil das den Zusammenhang des Sekundärrechtsschutzes, um den es in Art. 19 Abs. 5 GG n.F. geht, mit dem Primärrechtsschutz, den Art. 19 Abs. 4 GG garantiert, verdeutlicht. Dieser Zusammenhang ist zugleich der Grund für die angeregte Formulierung: Der Wortlaut folgt dem Vorbild des Abs. 4. Das sprachlich unbefriedigende und in diesem Fall auch nicht (insbesondere nicht zur Verhüllung des Subjekts) erforderliche Passiv ließe sich mit einer Formulierung à la

»Verletzt der Staat das Recht eines Bürgers qualifiziert, hat er ihm den verursachten Schaden zu ersetzen«

vermeiden. Wer sich an der Formulierung im Genus masculinum stört³, mag stattdessen eine geschlechtsneutrale Wendung verwenden (etwa »Verletzt der Staat das Recht einer Bürgerin oder eines Bürgers qualifiziert, so hat er ihr bzw. ihm den verursachten Schaden zu ersetzen«). Weniger umständlich wäre in diesem Fall freilich die Formulierung:

»Die öffentliche Gewalt haftet für das von ihr qualifiziert begangene Unrecht.«⁴

³ Gem. § 42 Abs. 5 Satz 2 GGO der Bundesministerien sollen Gesetzentwürfe »die Gleichstellung von Frauen und Männern sprachlich zum Ausdruck bringen«.

⁴ Im Anschluss an *Dagtolou*, *VerwArch* 65 (1974), S. 345 (357) (»Die Träger öffentlicher Gewalt haften für das von ihnen begangene Unrecht«; zu Art. 34 GG).

Art. 19 Abs. 4 GG liefert zugleich das Vorbild für einen ggf. zu ergänzenden Satz 2 des Art. 19 Abs. 5 GG. Falls der verfassungsändernde Gesetzgeber sich dazu durchringen könnte, den Rechtsweg zu vereinheitlichen, wäre es sinnvoll, Art. 14 Abs. 3 Satz 4 GG und Art. 34 Satz 3 GG aufzuheben. Neben Art. 19 Abs. 5 GG n.F. könnte Art. 34 GG sich seiner systematischen Stellung gemäß darauf beschränken, die Voraussetzungen des Rückgriffs in Anlehnung an den bisherigen Satz 2 dieser Vorschrift zu regeln. Art. 14 Abs. 3 GG sollte, abgesehen von seinem letzten Satz, jedenfalls erhalten bleiben, weil Art. 19 Abs. 5 GG rechtswidrige Schädigungen regelt, während Art. 14 Abs. 3 GG eine rechtmäßige Schädigung betrifft.

Das einfache Recht konkretisiert den verfassungsrechtlich gewährten Anspruch. Als alternative Formulierungen kommen in Frage:

»Handelt die öffentliche Gewalt qualifiziert rechtswidrig, hat sie den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen, soweit der verletzte Rechtssatz auch dem Schutz des Geschädigten zu dienen bestimmt ist«⁵

bzw., aus Bürgerperspektive gesprochen:

»Wer durch rechtswidriges hoheitliches Handeln oder Unterlassen in seinen Rechten qualifiziert verletzt wird, kann die Herstellung jenes Zustands verlangen, der ohne die Rechtsverletzung bestünde«⁶.

⁵ Im Anschluss an *Dagtolou*, *VerwArch* 65 (1974), S. 345 (358) (»Übt ein Träger öffentlicher Gewalt diese Gewalt rechtswidrig aus, so hat er den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen, wenn der verletzte Rechtssatz auch dem Schutz des Geschädigten dient«).

⁶ Im Anschluss an *Luhmann*, *Öffentlich-rechtliche Entschädigung rechtspolitisch betrachtet*, 1965, S. 233 (»Wer durch rechtswidriges hoheitliches Handeln oder Unterlassen in seinen Rechten verletzt wird, kann nach Maßgabe der folgenden Vorschriften die Herstellung des Zustands verlangen, der ohne die Rechtsverletzung bestünde«; dort allerdings noch der Zusatz »durch eine Behörde«).

§ 18 Von Luxembourg nach Kohlhaasenbrück zurück

Dass das öffentliche Haftungsrecht zum Stoff der Dichtung aufstieg, so berühmter Dichtung zumal, zeigt, dass staatliches Unrecht grundstürzende Gefühle wecken kann. In der Tat: Es geht um Gerechtigkeit, um die Gerechtigkeit des öffentlichen Haftungsrechts, und um Ohnmacht, um die Ohnmacht gegenüber staatlicher Macht. *Kleist*, der »größte Rechtsdichter unter den Deutschen«¹, bräuchte den hohen Ton der Gerechtigkeit dabei gar nicht, damit die Geschichte aufgeht. Dass Kohlhaas staatliches Unrecht widerfahren ist, genügte als Beweggrund genauso. Die Lehre, die aus der Novelle folgt, ist denn auch eine »doppelte Mahnung«: an den Staat und seine Organe, dass »das Recht ein viel zu empfindlich Ding« sei, »als daß man ihm den Schutz versagen« dürfe, und an den Bürger, dass er »die Keule, die ihm der Staat durch sein Fehlverhalten in die Hand zu drücken« scheine, nicht »vorzeitig schwingen und vor allem nicht überdosiert einsetzen« dürfe². Es ist *Luther*, der dem historischen Vorbild *Hans Kohlhaas* sowie *Plessens* fiktivem *Michael Kohlhaas* schreibt: »[K]önnt Ihr das Recht nicht erlangen, so ist kein Rat da, denn Unrecht leiden.«³ Es stimmt ja: Das Schadensersatzrecht kann und muss nicht jeden Schicksalsschlag ausgleichen. Ein unionsrechtlich inspiriertes Haftungsrecht, das an die Stelle des überkommenen »Chaos« träte und das, dogmatisch wohlgeordnet, jede qualifizierte Verletzung subjektiver Rechte mit einem Schadensersatzanspruch bewehrte, beseitigte die Zeit- und Sachwidrigkeiten, die dem nationalen Staatshaftungsrecht vorgeworfen werden, weitgehend. Den Amoklauf eines Kohlhaas aber könnte auch ein unional inspirierter Einheitsanspruch nur verhindern, wenn die Gerichte nach Recht und Gesetz entschieden. Eine europäisierte Haftungsdogmatik, die sich als ökonomischer Anreiz rechtmäßigen Handelns versteht, leistete dazu ihren Beitrag.

¹ *Radbruch*, Vorschule der Rechtsphilosophie, 3. Aufl. 1965, S. 96.

² *Sendler*, Über Michael Kohlhaas, 1985, S. 36 f. = *ders.*, in: Recht – Gerechtigkeit – Rechtsstaat, 2006, S. 3 (29 f.).

³ *Bollert*, in: Der Neue Pitaval N.F. 9 (1874), S. 1 (36) (mit dem vollständigen Wortlaut des Lutherbriefes und dem Zitat »kündt ihr das Recht nicht erlangen, so ist kein ander Radt da, denn unrecht leiden«) bzw. *Plessen*, Kohlhaas, 1979, S. 161; vgl. auch *Nebeimer*, Der Mann, der Michael Kohlhaas wurde, 1976, S. 54. *Luther*, der *Hans Kohlhaas* geschrieben und diesen getroffen hatte, forderte ihn auf, den Schaden als »von Gott zugefüget« zu akzeptieren und sich in »Geduld« zu üben, siehe oben § 14 Fn. 172 (S. 278) und Fn. 190 (S. 281).

Anhang

Korrespondenz aus dem Nachlass Fritz Hochs

Den Nachlass Fritz Hochs verwahrt das Archiv der sozialen Demokratie der Friedrich-Ebert-Stiftung, Bonn, unter der Signatur 33. Abdruck der bislang unveröffentlichten Korrespondenz mit freundlicher Genehmigung vom 7. Februar 2013.

I. Anfrage Menzels vom 25. Oktober 1948

1)

An den
Herrn Präsidenten des Obergerichts
Ruscheweyh,
in Köln

25. Okt. 1948
Vz.Ki.

Herrn Ministerialdirektor Bleibtreu,
Düsseldorf
Justizministerium

[handschriftlich:
ab 26/10. K.]

In dem ersten Entwurf eines Grundgesetzes, das in Bonn beraten wird, ist wegen der Haftung des Staates in zivilrechtlichen Angelegenheiten folgender Artikel 15a vorgesehen:

»Bei Amtspflichtverletzung in Ausübung der öffentlichen Gewalt ist der daraus entstandene Schaden nach Maßgabe der Gesetze zu ersetzen. Der Anspruch ist gegen den Dienstherrn zu richten. Diesem bleibt bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit der Rückgriff vorbehalten. Der ordentliche Rechtsweg darf für den Schadenersatzanspruch sowie den Rückgriff nicht ausgeschlossen werden.«

Demgegenüber lautet Artikel 131 der Weimarer Verfassung wie folgt:

»Verletzt ein Beamter in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so trifft die Verantwortlichkeit grundsätzlich den Staat oder die Körperschaft, in deren Dienste der Beamte steht. Der Rückgriff gegen den Beamten bleibt vorbehalten. Der ordentliche Rechtsweg darf nicht ausgeschlossen werden.
Die nähere Regelung liegt der zuständigen Gesetzgebung ob.«

Ich wäre Ihnen für eine baldige Mitteilung dankbar, ob Sie bei der jetzigen Neufassung Bedenken sehen, vor allem weil die Worte »die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht« fehlen. Da die Beratungen alsbald abgeschlossen werden, wäre ich Ihnen für eine möglichst umgehende Beantwortung dankbar.

2) [Vermerk: Wv. 5.11.]

[Unterschrift]

II. Antwort Bleibtreu vom 27. Oktober 1948

[gestempelt:
Düsseldorf 29. Okt. 1948]

Ministerialdirektor O. Bleibtreu

Düsseldorf, 27. 10. 1948
Bl./Ah.

Herrn
Innenminister Dr. Menzel
in Düsseldorf

Betr.: Art. 15 a Grundgesetz (Art.131 Weimarer Verfassung).

Sehr geehrter Herr Minister !

Zu Ihrer Frage vom 25. 10. 1948 nehme ich wie folgt Stellung:

1. Der Wegfall der Worte »die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht« ist m.E. nicht zu befürworten. Denn er würde zur Folge haben, dass auch die Verletzung von Pflichten, die der Beamte nicht im Interesse Dritter wahrzunehmen hat, sondern die ihm unmittelbar im öffentlichen Interesse und zum Schutz der öffentlichen Ordnung auferlegt sind, den Staat schadensersatzpflichtig macht. Es würde z.B. wegen schuldhafter Nichtverleihung einer Beamtenstelle dann auf Schadensersatz geklagt werden können (vgl. RGK. § 839 Anm.3). Eine solche Ausweitung des Rechtsschutzes gegenüber dem Staat scheint mir bedenklich zu sein und über vernünftige rechtsstaatliche Erfordernisse zu weit hinauszugehen.
Ich würde daher vorschlagen, Satz 1 des Art.15a folgendermassen zu fassen:
»Bei Verletzungen der einem Dritten gegenüber obliegenden Amtspflicht, die in Ausübung der öffentlichen Gewalt erfolgen, ist der daraus entstandene Schaden nach Massgabe der Gesetze zu ersetzen.«.
2. Im übrigen ist die gegenüber dem Art.131 WV. geänderte Formulierung des Art.15 a zu begrüßen, und zwar aus folgenden Gründen:

- a) Die alte Streitfrage, ob Art.131 unmittelbar anwendbares Rech[t]¹ sei, wird durch die Neufassung im Sinne der reichsgerichtlichen Rechtsprechung bejaht. Da kein Hinweis auf die Regelung der zuständigen Gesetzgebung erfolgt, vielmehr nur verwiesen wird auf »²nach Maßgabe der Gesetze« (also z.B. auch § 839 BGB), kann m.E. kein Zweifel bestehen, dass unmittelbar anwendbares Recht geschaffen wird.
- b) Der Wegfall des Wortes »Beamter« ist begrüßenswert, weil die ebenfalls alte Streitfrage, wer als Beamter anzusehen ist, beseitigt wird. Es wird somit klar, dass jeder, der öffentliche Gewalt ausübt, eine Amtspflichtverletzung begehen kann.

Mit den besten Empfehlungen
Ihr sehr ergebener
gez. Bleibtreu
[handschriftlich: i.A. Ahrens]

III. Antwort Ruscheweyhs vom 28. Oktober 1948

[gestempelt:
Düsseldorf 30. Okt. 1948]

Dr. H. Ruscheweyh
Präsident
des Deutschen Obergerichts
für das Vereinigte Wirtschaftsgebiet

Köln, am 28. 10. 1948
Reichenspergerplatz 1
Fernruf Nr. 7 05 61

Persönlich

An
Herrn Innenminister Dr. Walter Menzel
(22a) Düsseldorf
Landesregierung
Mannesmannhaus

Sehr geehrter Herr Minister!

Ihren Brief vom 25. Oktober 1948 habe ich soeben erhalten. Ich habe mir Ihre Frage überlegt und bin, wie es uns Juristen ja gar nicht anders gehen kann, bei dieser Überlegung auf tausend Schwierigkeiten gestossen. Ich darf sie wie folgt in möglichster Kürze zusammenfassen und zu Beginn, damit Sie diesen Brief einfacher lesen können, nochmals die beiden zur Auswahl gestellten Fassungen wiederholen:

¹ Der letzte Buchstabe ist möglicherweise nur auf meiner Ablichtung abgeschnitten.

² Anführungszeichen irrtümlich gestrichen.

I. Entwurf Art. 15a.

»Bei Amtspflichtverletzung in Ausübung der öffentlichen Gewalt ist der daraus entstandene Schaden nach Maßgabe der Gesetze zu ersetzen. Der Anspruch ist gegen den Dienstherrn zu richten. Diesem bleibt bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit [sic!] der Rückgriff vorbehalten. Der ordentliche Rechtsweg darf für den Schadenersatzanspruch sowie den Rückgriff nicht ausgeschlossen werden.«

Weimarer Verfassung Art. 131.

»Verletzt ein Beamter in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so trifft die Verantwortlichkeit grundsätzlich den Staat oder die Körperschaft, in deren Dienste der Beamte steht. Der Rückgriff gegen den Beamten bleibt vorbehalten. Der ordentliche Rechtsweg darf nicht ausgeschlossen werden.

Die nähere Regelung liegt der zuständigen Gesetzgebung ob.«

II. Wenn ich die beiden Fassungen nebeneinander halte, so habe ich mich zuerst gefragt, warum der Entwurf von der Fassung der Weimarer Verfassung abweicht.

- 1.) Der Entwurf spricht von einer Amtspflichtverletzung ganz allgemein, während die Weimarer Verfassung von dem Fall spricht, dass »ein Beamter« seine Amtspflicht verletzt. Die Bestimmung der Weimarer Verfassung ist einhellig dahin ausgelegt, dass nur eine Einzelperson eine Amtspflichtverletzung im Sinne dieser Vorschrift begehen kann, nicht aber ein Gremium. Soll diese Rechtsprechung und Auslegung etwa durch die neue Fassung geändert werden? Will man also z.B. die Konsequenz auf sich nehmen, dass der Staat für ein Kabinett, das eine später von den Gerichten als unwirksam bezeichnete Verordnung erlässt, haftet und wofür würde der Staat dann haften? Richtet sich diese Amtspflichtverletzung gegen die einzelnen Landesangehörigen oder nicht gegen einzelne Personen? Diese Frage müsste geklärt werden, weil ja beide Fassungen die gesetzlichen Vorschriften und damit BGB § 839 zum Maßstab der Staatshaftung [sic!] statuieren. BGB § 839 aber spricht nur von der Haftung des einzelnen »Beamten« gegenüber einem Dritten.
- 2.) Oder liegt vielleicht der Sinn des Entwurfes darin, dass er den Begriff des Beamten nicht in der Verfassung nennen will? Will er vielleicht dadurch die Haftung des Staates nicht nur für Handlungen der Beamten im technischen Sinne, sondern auch für die Handlungen von Angestellten im Staatsdienst, die ein öffentliches Amt ausüben, mit erfassen?

Ist das die Absicht, so würde der Weg nicht glücklich gewählt sein. Denn der Entwurf bezieht sich ja auf § 839 BGB. Dadurch wird aber wieder die Haftung beschränkt auf die Amtspflichtverletzung des »Beamten«. Es bliebe also nach wie vor der Rechtsprechung überlassen, wie sie in diesem Zusammenhang den Begriff des Beamten auslegen will. Wenn ich recht unterrichtet bin – eine ganz genaue Prüfung war mir wegen der Kürze der Zeit nicht möglich – hat das Reichsgericht den Begriff des Beamten im Sinne des § 839 BGB nicht eng auf den Beamten im beamtenrechtlichen Sinne des Wortes allein bezogen, sondern hat auch unter diesem Begriff den mit öffentlichen Funktionen betrauten Angestellten eingeschlossen. Damit hat es eine gewisse Angleichung an den Begriff des Beamten aus § 359 StGB eingeführt. Aber – wie gesagt – wenn es hierauf ankommen sollte, müsste die Frage noch ganz genau geprüft werden. Ich bemerke indessen, dass meiner Meinung nach die Gerichte den Begriff des Beamten im Sinne des § 839 BGB in zunehmend erweiterndem Sinne auslegen müssen angesichts der Entwicklung, die das Beamtenrecht de jure und de facto in der Zeit seit der Kapitulation eingeschlagen hat.

- 3.) Sehr zweifelhaft wird natürlich auch die Frage des Rückgriffes für den Fall, dass man den Entwurf dahin auslegt, dass auch der Staat für Amtspflichtverletzung [sic!] eines Gremiums eintreten soll. Man muss sich alle Konsequenzen, die sich aus den Regeln der §§ 830 und 840 BGB ergeben, klarmachen. Das will ich hier nicht versuchen.
- 4.) Warum der Entwurf die Bestimmung weglässt, dass die Amtspflichtverletzung sich auf eine Amtspflicht beziehen muss, die einem Dritten gegenüber besteht, vermag ich nur zu vermuten. Entweder hat der Verfasser des Entwurfes sich gar keine speziellen Gedanken darüber gemacht, was ja vorkommen könnte. Oder der Verfasser hat gerade auch solche Amtspflichtverletzungen in die Bestimmung hineinnehmen wollen, bei denen man wie bei Gesetzen und Verordnungen zweifeln kann, ob sie in Ausübung einer Amtspflicht erlassen sind, die sich unmittelbar und nicht erst durch Vermittlung des einzelnen Exekutivbeamten gegen einen Dritten richtet.
- 5.) Im Entwurf scheint man den Rückgriff des Staates gegen den Handelnden nur für die Fälle zulassen zu wollen, in denen man ihm auf der subjektiven Seite Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit nachweisen kann (im Entwurf steht an dieser Stelle »und«. Es muss meiner Meinung nach »oder« heißen, sonst muss die gerichtliche Praxis erst wieder anfangen, auszulegen). Gegen diese Einschränkung der Rückgriffshaftung des Handelnden ist nichts einzuwenden.

Dabei muss man sich auch die Frage überlegen, dass der Staat oder die öffentlich-rechtliche Körperschaft, in deren Diensten der Handelnde steht, der durch die Amtspflichtverletzung getroffene Dritte sein kann. Soll auch in diesem Falle der Beamte, wie es nach dem Entwurf den Anschein hat, nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit haften und nicht auch für einfache Fahrlässigkeit, wie das nach der bisherigen Rechtsprechung der Fall ist (vgl. RGRKomm. § 839 Anm.3 S.817 2.Abs. der 9.Auflage).

III. Ganz abgesehen davon, dass die sprachliche Fassung des Entwurfes mit der Häufung von Substantiven meines Erachtens ein recht schlechtes Deutsch darstellt, verbessert sie die auch sprachlich höherstehende Fassung der Weimarer Verfassung, mit Ausnahme der Einschränkung des Rückgriffes des Staates gegen den Handelnden auf grobe Fahrlässigkeit, nicht.

Das ist meine auf Anhieb etwas aus dem Ärmel geschüttelte Meinung. Falls Sie irgendwelche weiteren Rückfragen haben, stehe ich Ihnen selbstverständlich gern zur Verfügung, ebenso wie dem Parlamentarischen Rat überhaupt. Diese letztere Anregung bezieht sich insbesondere auf die Frage der Organisation der höchsten Gerichtsbarkeit. Sie wissen, dass ich mich bestimmt nicht irgendwie vordrängen möchte, aber ich würde es ausserordentlich begrüßen, wenn der Parlamentarische Rat in diesem Zusammenhang auch die Herren der höchsten Gerichte hören würde. Haben Sie einen Durchschlag der Beschlüsse der Oberlandesgerichtspräsidenten, die wir vor einer Woche in Frankfurt gefasst haben, erhalten?

Mit verbindlichem Gruss
Ihr sehr ergebener
[Unterschrift]

IV. Schreiben Dr. Walter Menzel vom 1. November 1948

Dr. Walter Menzel

Düsseldorf, den 1. Nov. 1948

An: Carlo Schmid,
Wunderlich
Frau Nadig
Bergsträsser
Zinn.

[handschriftlich: ab 2/11.K.]

Betr.: Artikel 15a des Grundgesetzes über die Haftung des Staates für Amtspflichtverletzung.

Die jetzige Fassung des Art. 15a schien mir nicht unbedenklich. Ich habe daraufhin zwei führende Genossen in der Justiz um ihre Meinung gefragt, und zwar den Präsidenten des Deutschen Obergerichts für das Vereinigte Wirtschaftsgebiet Dr. Ruscheweyh und den Ministerialdirektor Bleibtreu, den Stellvertreter des Justizministers von Nordrhein-Westfalen. Die Stellungnahme beider Genossen füge ich abschriftlich in Anlage bei; ihre Beachtung erscheint mir notwendig.

[Unterschrift]

Literaturverzeichnis

- Aaken, Anne van*, »Rational Choice« in der Rechtswissenschaft. Zum Stellenwert der ökonomischen Theorie im Recht, Baden-Baden 2003
- , Normative Grundlagen der ökonomischen Theorie im öffentlichen Recht, in: dies./Stefanie Schmid-Lübbert (Hrsg.), Beiträge zur ökonomischen Theorie im Öffentlichen Recht, Wiesbaden 2003, S. 89–118
- , Vom Nutzen der ökonomischen Theorie für das öffentliche Recht: Methode und Anwendungsmöglichkeiten, in: Marc Bungenberg u.a. (Hrsg.), Recht und Ökonomik. 44. Assistententagung Öffentliches Recht, München 2004, S. 1–31
- , Das deliberative Element juristischer Verfahren als Instrument zur Überwindung nachteiliger Verhaltensanomalien, in: Engel/Englerth/Lüdemann/Spiecker genannt Döhmman (Hrsg.), Recht und Verhalten, 2007, S. 189–230
- Aalto, Pekka*, Public Liability in EU Law. *Brasserie, Bergaderm and Beyond*, Oxford u.a., 2011
- Adams, Michael*, Ist die Ökonomie eine imperialistische Wissenschaft? – Über Nutz und Frommen der Ökonomischen Analyse des Rechts, in: Jura 1984, S. 337–349
- , Ökonomische Analyse der Gefährdungs- und Verschuldenshaftung, Heidelberg 1985
- , Das »Verursacherprinzip« als Leerformel, in: JZ 1989, S. 787–789
- , Ökonomische Theorie des Rechts. Konzepte und Anwendungen, Frankfurt am Main u.a., 2002, 2. Aufl. 2004
- Alexy, Lennert*, Gewinnabschöpfung bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch die Medien, Hamburg 2009
- Alexy, Robert*, Theorie der Grundrechte, 3. Aufl., Frankfurt am Main 1996
- , Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, in: VVDStRL 61 (2002), S. 7–33
- , Balancing, constitutional review, and representation, in: ICON 3 (2005), S. 572–581
- Alleweldt, Ralf*, Bundesverfassungsgericht und Fachgerichtsbarkeit, Tübingen 2006
- Alternativkommentar, Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, hrsg. von Erhard Denninger/Wolfgang Hoffmann-Riem/Hans-Peter Schneider/Ekkehart Stein, Loseblatt, 3. Aufl., Neuwied 2001, Stand: 2. Aufbaulieferung, August 2002
- Anderheiden, Michael*, Gemeinwohl in Republik und Union, Tübingen 2006
- Andreano, Ralph/Siegfried, John J. (Hrsg.), *The Economics of Crime*, New York u.a., 1980
- Anschütz, Gerhard*, Der Ersatzanspruch aus Vermögensbeschädigungen durch rechtmäßige Handhabung der Staatsgewalt. Drei öffentlich-rechtliche Studien. Sonderabdruck aus dem Verwaltungsarchiv, Berlin 1897
- , Georg Meyers Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, 7. Aufl., München u.a., 1919

- , Die Verfassung des deutschen Reichs vom 11. August 1919. Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis in 4. Bearbeitung, 14. Aufl., Berlin 1933, zit. nach dem Neudruck Aalen 1987
- Appel, Ivo*, Verfassung und Strafe. Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen staatlichen Strafens, Berlin 1998
- , Bedeutung und Funktion eines Wettbewerbs der Rechtsordnungen im Spannungsfeld von Amerikanisierung, Europäisierung und Globalisierung, in: Stelmach/Reiner Schmidt (Hrsg.), Wettbewerb der Staaten, 2010, S. 99–121
- /*Rossi, Matthias*, Finanzmarktkrise und Enteignung. Zur Vereinbarkeit des Rettungsübernahmegesetzes mit Verfassungs- und Europarecht, Baden-Baden 2009
- Arbeitskreis Versammlungsrecht*, Musterentwurf eines Versammlungsgesetzes (ME VersG). Gesetzestext mit Begründungen. Vorgelegt von Christoph Enders, Wolfgang Hoffmann-Riem, Michael Kniesel, Ralf Poscher und Helmuth Schulze-Fielitz, unter Mitarbeit von Mathias Hong, München 2011
- Armbrüster, Christian*, Auswirkungen von Versicherungsschutz auf die Haftung, in: NJW 2009, S. 187–193
- /*Kämmerer, Jörn Axel*, Verjährung von Staatshaftungsansprüchen wegen fehlerhafter Richtlinienumsetzung, in: NJW 2009, S. 3601–3605
- Arnould, Andreas von*, Enteignender und enteignungsgleicher Eingriff heute, in: VerwArch 93 (2002), S. 394–417
- , Die Wissenschaft vom Öffentlichen Recht nach einer Öffnung für sozialwissenschaftliche Theorie, in: Funke/Lüdemann (Hrsg.), Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie, 2009, S. 65–118
- Arndt, Hans-Wolfgang*, Praktikabilität und Effizienz. Zur Problematik gesetzesvereinfachenden Verwaltungsvollzuges und der »Effektuierung« subjektiver Rechte, Köln 1983
- /*Kristian Fischer/Thomas Fetzer*, Europarecht, 10. Aufl., Heidelberg u.a., 2010
- Arnim, Hans Herbert von*, Die Haftung der Bundesrepublik Deutschland für das Investitionshilfegesetz. Zur Staatshaftung wegen schuldhaften legislativen Unrechts, Wiesbaden 1986
- , Wirtschaftlichkeit als Rechtsprinzip, Berlin 1988
- , Entscheidungen der Politik in eigener Sache: eine Form der Korruption?, in: ders. (Hrsg.), Systemmängel in Demokratie und Marktwirtschaft, 2011, S. 19–26
- (Hrsg.), Systemmängel in Demokratie und Marktwirtschaft. Beiträge auf der 12. Speyerer Demokratietagung vom 28. bis 29. Oktober 2010 an der Deutschen Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer, Berlin 2011
- Arnold, Douglas R.*, The Logic of Congressional Action, New Haven u.a., 1990
- Assmann, Heinz-Dieter/Kirchner, Christian/Schanze, Erich* (Hrsg.), Ökonomische Analyse des Rechts, Tübingen 1993
- /–, Einleitung zur Neubearbeitung 1992, in: dies. (Hrsg.), Ökonomische Analyse des Rechts, 1993, S. IX–XVI
- Axer, Peter*, Primär- und Sekundärrechtsschutz im öffentlichen Recht, in: DVBl 2001, S. 1322–1332
- /*Grzeszick, Bernd/Kahl, Wolfgang/Mager, Ute/Reimer, Ekkehart* (Hrsg.), Das Europäische Verwaltungsrecht in der Konsolidierungsphase. Systembildung – Disziplinierung – Internationalisierung, in: Die Verwaltung, Beiheft 10 (2010)
- Bachmann, Gregor/Caspar, Matthias/Schäfer, Carsten/Veil, Rüdiger* (Hrsg.), Steuerungsfunktionen des Haftungsrechts im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, Baden-Baden 2007

- Bachof, Otto*, Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung. Zugleich eine Untersuchung über den öffentlichrechtlichen Folgenbeseitigungsanspruch nach Aufhebung eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes, Tübingen 1951, 2. unveränderte Aufl., Tübingen 1968
- , [Diskussionsbeitrag], in: VVDStRL 19 (1961), S. 247
- , Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, in: VVDStRL 30 (1972), S. 193–244
- Badura, Peter*, Grenzen und Möglichkeiten des Richterrechts – verfassungsrechtliche Überlegungen, in: Rechtsfortbildung durch die sozialgerichtliche Rechtsprechung. Verhandlungen des Deutschen Sozialgerichtsverbandes. 1. Deutscher Sozialgerichtstag Kassel, ohne Herausgeber, Bonn-Bad Godesberg 1973, S. 40–57
- , Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes für das Staatshaftungsgesetz, in: NJW 1981, S. 1337–1341
- , [Diskussionsbeitrag], in: VVDStRL 53 (1994), S. 242–244
- , Staatsrecht. Systematische Erläuterung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, 5. Aufl., München 2012
- Baer, Susanne*, Verwaltungsaufgaben, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. 2012, § 11 (S. 779–822)
- Baldus, Manfred/Grzeszick, Bernd/Wienhues, Sigrid*, Staatshaftungsrecht. Das Recht der öffentlichen Ersatzleistungen, Heidelberg, 1. Aufl. 2005, 2. Aufl. 2007, 3. Aufl. 2009
- Bar, Christian von*, Gemeineuropäisches Deliktsrecht,
Erster Bd.: Die Kernbereiche des Deliktsrechts, seine Angleichung in Europa und seine Einbettung in die Gesamtrechtsordnungen, München 1996
Zweiter Bd.: Schaden und Schadensersatz, Haftung für und ohne eigenes Fehlverhalten, Kausalität und Verteidigungsgründe, München 1999
- Bär, Rolf*, Praxisänderung und Rechtssicherheit, in: Peter Forstmoser/Walter R. Schlupe (Hrsg.), Freiheit und Verantwortung im Recht, Festschrift zum 60. Geburtstag von Arthur Meier-Hayoz, Bern 1982, S. 1–26
- Barroso, José Manuel Durão*, Zu unserem Glück vereint, in: FAZ Nr. 262 v. 10. 11. 2011, S. 7, im englischen Original als Speech/11/738 v. 09. 11. 2011 online unter <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/11/738&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=de> (Abfrage: 05. 06. 2012)
- Bartlperger, Richard*, Verkehrssicherungspflicht und öffentliche Sache, Hamburg 1970
- Basedow, Jürgen/Hopt, Klaus J./Zimmermann, Reinhard (Hrsg.), Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, Bd. I: Abschlussprüfer-Kartellverfahrensrecht, Tübingen 2009
- Bast, Jürgen*, Grundbegriffe der Handlungsformen der EU entwickelt am Beschluss als praxisgenerierter Handlungsform des Unions- und Gemeinschaftsrechts, Berlin u.a., 2006
- Battis, Ulrich*, Erwerbsschutz durch Aufopferungsentschädigung, Berlin 1969
- /Gusy, Christoph, Einführung in das Staatsrecht, 5. Aufl., Berlin u.a., 2011
- Bauer, Angela/Jestaedt, Matthias*, Das Grundgesetz im Wortlaut. Änderungsgesetze, Synopse, Textstufen und Vokabular zum Grundgesetz, Heidelberg 1997
- Bauer, Hartmut*, Geschichtliche Grundlagen der Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht, Berlin 1986
- , Subjektive öffentliche Rechte des Staates – Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht, in: DVBl 1986, S. 208–219

- , Duplik auf die Replik von Albert Bleckmann, DVBl 1986, 666 f., in: DVBl 1986, S. 667–668
- , Die Bundestreue. Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik des Bundesstaatsrechts und zur Rechtsverhältnislehre, Tübingen 1992
- , Europäisierung des Verfassungsrechts, in: JBl. 2000, S. 750–763
- , Europäische Einwirkungen auf das öffentliche Baurecht in Deutschland, in: Erbguth (Hrsg.), Europäisierung des nationalen Umweltrechts, 2001, S. 43–56
- , Das Bestimmtheitsgebot für Verordnungsermächtigungen im Europäisierungssog. Zugleich ein Beitrag zu »gemeinschaftsrechtsspezifischen Verordnungsermächtigungen«, in: Hans-Joachim Cremer/Thomas Giegerich/Richter/Andreas Zimmermann (Hrsg.), Tradition und Weltoffenheit des Rechts. Festschrift für Helmut Steinberger, Berlin u.a., 2002, S. 1061–1085
- /Pleyer, Marcus, Europäisierung des Baurechts, in: Hartmut Bauer/Rüdiger Breuer/Christoph Degenhart/Martin Oldiges (Hrsg.), 100 Jahre Allgemeines Baugesetz Sachsen, Stuttgart u.a., 2000, S. 603–620
- Bäuerle, Michael, Vertragsfreiheit und Grundgesetz, Baden-Baden 2001
- Baumbach, Adolf (Begr.)/Lauterbach, Wolfgang (Bearb.), Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und anderen Nebengesetzen, 19. Aufl., München u.a., 1950, 20. Aufl., München u.a., 1951
- Baur, Fritz (Begr.)/Baur, Jürgen F./Stürner, Rolf (Bearb.), Sachenrecht, 18. Aufl., München 2009
- Becker, Bernd, Das neue Umweltschadensgesetz und das Artikelgesetz zur Umsetzung der Richtlinie über die Umwelthaftung zur Vermeidung und Sanierung von Umweltschäden, in: NVwZ 2007, S. 1105–1113
- Becker, Gary S., Crime and Punishment: An Economic Approach, in: The Journal of Political Economy 76 (1968), S. 169–217 = ders., in: ders./William M. Landes (Hrsg.), Essays in the Economics of Crime and Punishment, New York u.a., 1974, S. 1–54
- , Der ökonomische Ansatz zur Erklärung menschlichen Verhaltens, Originalausgabe unter dem Titel »The Economic Approach to Human Behavior«, Chicago 1976, übersetzt von Monika und Viktor Vanberg, 2. Aufl., Tübingen 1993
- Behr, Volker, Strafschadensersatz im deutschen Recht – Wiederauferstehung eines verdrängten Phänomens, in: ZJS 2010, S. 292–296
- Behrens, Peter, Die ökonomischen Grundlagen des Rechts. Politische Ökonomie als rationale Jurisprudenz, Tübingen 1986
- , Economic Law Between Harmonization and Competition: The Law & Economics Approach, in: Meessen/Bungenberg/Puttler (Hrsg.), Economic Law as an Economic Good, 2009, S. 45–60
- /Eger, Thomas/Schäfer, Hans-Bernd (Hrsg.), Ökonomische Analyse des Europarechts. Beiträge zum XII. Travemünder Symposium zur ökonomischen Analyse des Rechts (24. bis 26. März 2010), Tübingen 2012
- Beljin, Saša, Staatshaftung im Europarecht. Konturen des Haftungsinstituts, Mitgliedstaatliche Pflichten und subjektive Gemeinschaftsrechte, Innerstaatliche Durchführung, Köln u.a., 2000
- Benda, Ernst/Klein, Eckart/Klein, Oliver, Verfassungsprozeßrecht. Ein Lehr- und Handbuch, Heidelberg, 2. Aufl. 2001, 3. Aufl. 2011
- Bender, Bernd, Referat [zur Frage: Empfiehlt es sich, die Folgen rechtswidrigen hoheitlichen Verwaltungshandelns gesetzlich zu regeln (Folgenbeseitigung – Folgenentschädigung)?], in: Verhandlungen des siebenundvierzigsten Deutschen Juristentags, Nürn-

- berg 1968, hrsg. von der Ständigen Deputation des Deutschen Juristentages, Bd. II: Sitzungsberichte, München 1969, S. L 7–31
- , Zur Reform des Staatshaftungsrechts, in: VersR 1974, S. 1–10
- , Staatshaftungsrecht. Schadensersatz-, Entschädigungs- und Folgenbeseitigungspflichten aus hoheitlichem Unrecht, Karlsruhe, 2. Aufl. 1974, 3. Aufl. 1981
- Berg, Wilfried*, Zur Untersuchungsmaxime im Verwaltungsverfahren, in: Die Verwaltung 9 (1976), S. 161–189
- Bergh, Roger van den/Schäfer, Hans-Bernd*, State Liability for Infringement of the E.C. Treaty: Economic Arguments in Support of a Rule of »Obvious Negligence«, in: ELR 23 (1998), S. 552–567
- /–, Member States Liability for Infringement of the Free Movement of Goods in the EC: An Economic Analysis, in: JITE 156 (2000), S. 382–403
- Bermann, George A.*, Integrating Governmental and Officer Tort Liability, in: Col. L. Rev. 77 (1977), S. 1175–1214
- Bertelmann, Heiko*, Die Europäisierung des Staatshaftungsrechts. Eine Untersuchung zum Einfluss des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf das deutsche Staatshaftungsrecht unter besonderer Berücksichtigung der Haftung für judikatives Unrecht, Frankfurt am Main, 2005
- Bethge, Herbert*, Rezension [von Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, Grundgesetz. Kommentar, 11. Aufl. 2008], in: DVBl 2008, S. 1372 f.
- Bettermann, Karl August*, Rechtsgrund und Rechtsnatur der Staatshaftung, in: DÖV 1954, S. 299–305
- , Zur Lehre vom Folgenbeseitigungsanspruch, in: DÖV 1955, S. 528–536
- , Der Schutz der Grundrechte in der ordentlichen Gerichtsbarkeit, in: ders./Nipperdey/Scheuner, Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, Dritter Bd., 2. Halbbd., Berlin 1959, 2. Aufl., Berlin 1972, S. 779–908
- Bieback, Karl-Jürgen*, Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch als Institut staatlicher Haftung für rechtswidriges Verwaltungshandeln, in: DVBl 1983, S. 159–170
- , Grundlagen und Schranken des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs, in: SGB 1990, S. 517–527
- Bieber, Roland*, Die Europäisierung des Verfassungsrechts, in: Kreuzer/Scheuing/Sieber (Hrsg.), Europäisierung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen, 1997, S. 71–86
- /Epiney, Astrid/Haag, Marcel, Die Europäische Union. Europarecht und Politik, 9. Aufl., Baden-Baden 2011
- Birk, Dieter*, Anmerkung [zum Nassauskiesungsbeschluss], in: JA 1983, S. 219–221
- , Das Leistungsfähigkeitsprinzip als Maßstab der Steuernorm. Ein Beitrag zu den Grundfragen des Verhältnisses Steuerrecht und Verfassungsrecht, Köln 1983
- , Steuerung der Verwaltung durch Haushaltsrecht und Haushaltskontrolle, in: DVBl 1983, S. 865–873
- , Steuerrecht, 14. Aufl., Heidelberg u.a., 2011
- Birk, Rolf*, Die Europäisierung des Arbeitsrechts, in: Kreuzer/Scheuing/Sieber (Hrsg.), Europäisierung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen, 1997, S. 55–69
- Blankart, Charles B.*, Öffentliche Finanzen in der Demokratie. Eine Einführung in die Finanzwissenschaft, 7. Aufl., München 2008
- Blankenagel, Alexander*, Die »Amtspflicht gegenüber einem Dritten« – Kasuistik ohne Systematik?, in: DVBl 1981, S. 15–23
- Blaschczok, Andreas*, Gefährdungshaftung und Risikozuweisung, Köln u.a., 1993

- Bleckmann, Albert*, Nochmals: Subjektive öffentliche Rechte des Staates – Erwiderung auf den gleichnamigen Aufsatz von Hartmut Bauer, DVBl 1986, 208, in: DVBl 1986, S. 666–667
- , Spielraum der Gesetzesauslegung und Verfassungsrecht, in: JZ 1995, S. 685–689
- Bley, Helmar/Kreikebohm, Ralf/Marschner, Andreas*, Sozialrecht, 9. Aufl., Neuwied 2007
- Blume, Lawrence/Rubinfeld, Daniel L.*, Compensation for Takings: An Economic Analysis, in: Cal. L. Rev. 72 (1984), S. 569–628
- Bluntschli, [Johann Kaspar]*, Gutachten des Geheimen Rath, Professor Dr. Bluntschli in Heidelberg, Gesetzgebungsfrage: »Soll der Staat, bezw. die Gemeinde, für Schäden und Nachteile, welche die von ihnen angestellten Beamten durch vorsätzliche oder kulpöse Verletzung ihrer Dienstpflichten einem Dritten zufügen, überhaupt haften und bejahenden Falls in erster Reihe unbedingt oder nur subsidiär?«, in: Verhandlungen des Sechsten Deutschen Juristentages (1865), hrsg. von dem Schriftführer-Amt der Ständigen Deputation, Erster Bd., Berlin 1865, S. 45–52
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang*, Die Methoden der Verfassungsinterpretation – Bestandsaufnahme und Kritik, in: NJW 1976, S. 2089–2099
- , Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht, 2. Aufl., Frankfurt am Main 1992
- Bogdandy, Armin von*, Das deutsche Staatshaftungsrecht vor der Herausforderung der Internationalisierung: Zum Verhältnis von rechtlicher Gestaltungsmacht und Schadensverantwortung, in: AöR 122 (1997), S. 268–291
- , Zweierlei Verfassungsrecht. Europäisierung als Gefährdung des gesellschaftlichen Grundkonsenses?, in: Der Staat 39 (2000), S. 163–184
- , Deutsche Rechtswissenschaft im europäischen Rechtsraum, in: JZ 2011, S. 1–6
- Bogumil, Jörg/Jann, Werner*, Verwaltung und Verwaltungswissenschaft in Deutschland. Einführung in die Verwaltungswissenschaft, 2. Aufl., Wiesbaden 2009
- Böhm, Monika*, Voraussetzungen einer Staatshaftung bei Verstößen gegen primäres Gemeinschaftsrecht, in: JZ 1997, S. 53–60
- , Leistungsorientierte Besoldung im öffentlichen Dienst – tauglicher Anreiz oder Sparpaket?, in: Manfred Aschke/Friedhelm Hase/Reimund Schmidt-De Caluwe (Hrsg.), Selbstbestimmung und Gemeinwohl. Festschrift zum 70. Geburtstag von Professor Dr. Friedrich von Zezschwitz, Baden-Baden 2005
- , Haftung, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach (Hrsg.), Europarecht, 2. Aufl. 2010, § 12 (S. 472–507)
- Bollert, A.*, Hans Kohlhasse und die Minckwitz'sche Fehde (1528–1549), in: Der Neue Pitaval. Eine Sammlung der interessantesten Criminalgeschichten aller Länder aus älterer und neuerer Zeit, begründet von J. E. Hitzig und W. Häring (W. Alexis), fortgesetzt von A. Bollert. Neue Serie. Neunter Bd., Leipzig 1874, S. 1–61
- Bonk, Heinz Joachim*, Zum neuen Staatshaftungsgesetz, in: DVBl 1981, S. 801–813
- Boom, Willem H. Van/Faure, Michael* (Hrsg.), Shifts in Compensation Between Private and Public Systems, Wien 2007
- /–, Introducing »Shifts in Compensation Between Private and Public Systems«, in: dies. (Hrsg.), Shifts in Compensation Between Private and Public Systems, 2007, S. 1–27
- Bou-Habib, Paul*, Torts, Markets, and Equality, in: JRE 17 (2009), S. 309–326
- Braband, Rolf*, Liability in Tort of the Government and Its Employees: A Comparative Analysis with Emphasis on German Law, in: NYU L. Rev. 33 (1958), S. 18–49

- Brand* [ohne Vorname], Art. 128–131. Rechte und Pflichten der Beamten, in: Nipperdey (Hrsg.), Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Bd. 2, 1930, S. 210–289
- Brandt, Edmund*, Europäisierung des Energierechts, in: Erbguth (Hrsg.), Europäisierung des nationalen Umweltrechts, 2001, S. 74–86
- Brennan, Geoffrey/Pincus, Jonathan*, Rational Actor Theory in Politics: A Critical Review of John Quiggin, in: *The Economic Record* 63 (1987), S. 22–32
- Brenner, Michael*, Der Gestaltungsauftrag der Verwaltung in der Europäischen Union, Tübingen 1996
- /–*Huber, Peter M.*, Europarecht und Europäisierung im Jahr 1997, in: DVBl 1999, S. 764–777
- /–, Europarecht und Europäisierung in den Jahren 2001–2003, in: DVBl 2004, S. 863–874
- Breuer, Marten*, Staatshaftung für Judikativunrecht vor dem EuGH, in: BayVBl 2003, S. 586–589
- , Staatshaftung für judikatives Unrecht, Tübingen 2011
- Breuer, Rüdiger*, Zunehmende Vielgestaltigkeit der Instrumente im deutschen und europäischen Umweltrecht – Probleme der Stimmigkeit und des Zusammenwirkens, in: NVwZ 1997, S. 833–845
- , Europäisierung des Wasserrechts, in: Erbguth (Hrsg.), Europäisierung des nationalen Umweltrechts, 2001, S. 87–105
- , [Diskussionsbeitrag], in: VVDStRL 61 (2002), S. 430–433
- , Zur Lage der deutschen Verwaltungswissenschaft, in: Die Verwaltung 36 (2003), S. 271–291
- , Umsetzung von EG-Richtlinien im neuen Energiewirtschaftsrecht, in: NVwZ 2004, S. 520–530
- Brinktrine, Ralf*, Die Amts- und Staatshaftung der Rechts- und Fachaufsichtsbehörden für Maßnahmen der Kommunalaufsicht, in: Die Verwaltung 43 (2010), S. 273–289
- Britz, Gabriele*, Umweltrecht im Spannungsverhältnis von ökonomischer Effizienz und Verfassungsrecht, in: Die Verwaltung 30 (1997), S. 185–209
- /–*Hellermann, Johannes/Hermes, Georg* (Hrsg.), EnWG. Energiewirtschaftsgesetz. Kommentar, 2. Aufl., München 2010
- Brocke, Holger*, Die Europäisierung des Staatshaftungsrechts – eine vergleichende Betrachtung der Einwirkungen auf das englische und deutsche Rechtssystem, Berlin 2002
- Brohm, Winfried*, Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, in: VVDStRL 30 (1972), S. 245–312
- Broß, Siegfried*, Zum Anwendungsbereich des Anspruchs auf Folgenbeseitigung, in: VerwArch 76 (1985), S. 217–230
- , Verfahrensdauer und Verfassungsrecht, in: StraFo 2009, S. 10–16
- Brox, Hans (Begr.)/Walker, Wolf-Dietrich (Bearb.)*, Allgemeines Schuldrecht, 36. Aufl., München 2012
- Brugger, Winfried*, Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch – Wildwuchs oder Baustein im System der Staatshaftung für rechtswidriges Verwaltungshandeln?, in: AöR 112 (1987), S. 389–448
- , Menschenrechte im modernen Staat, in: AöR 114 (1989), S. 537–588
- , Staatszwecke im Verfassungsstaat, in: NJW 1989, S. 2425–2434
- , Stufen der Begründung von Menschenrechten, in: Der Staat 31 (1992), S. 19–38

- , Der Schutz körperlicher Unversehrtheit im Menschenbild der Menschenrechte, in: Sibylle van der Walt/Christoph Menke (Hrsg.), Die Unversehrtheit des Körpers. Geschichte und Theorie eines elementaren Menschenrechts, Frankfurt am Main u.a., 2007, S. 237–251
- , Das anthropologische Kreuz der Entscheidung in Politik und Recht, 2. Aufl., Baden-Baden 2008
- Brüning, Christoph*, Die Konvergenz der Zulässigkeitsvoraussetzungen der verschiedenen verwaltungsgerichtlichen Klagearten, in: JuS 2004, S. 882–885
- , Staatshaftung bei überlanger Dauer von Gerichtsverfahren, in: NJW 2007, S. 1094–1099
- Bryde, Brun-Otto*, Verfassungsentwicklung. Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Baden-Baden 1982
- Buchanan, James M.*, Good Economics – Bad Law, in: Va. L. Rev. 60 (1974), S. 483–492
- , Die Grenzen der Freiheit, Tübingen 1984
- , Politik ohne Romantik: Grundzüge einer positiven Theorie der öffentlichen Wahlhandlung und ihrer normativen Bedeutung, in: ders., Politische Ökonomie als Verfassungstheorie, Tübingen 1990, S. 23–40
- , Theoretische Ökonomie und Politische Ökonomie, a. a. O., S. 41–58
- Budäus, Dietrich*, Public Management. Konzepte und Verfahren zur Modernisierung öffentlicher Verwaltungen, 3. Aufl., Berlin 1995
- Bühler, Ottmar*, Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung, Berlin u.a., 1914
- Bull, Hans Peter/Mehde, Veith*, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungslehre, 8. Aufl., Heidelberg 2009
- Bumke, Christian*, Der Grundrechtsvorbehalt. Untersuchungen über die Begrenzung und Ausgestaltung der Grundrechte, Baden-Baden 1998
- , Der Folgenbeseitigungsanspruch, in: JuS 2005, S. 22–27
- , Verwaltungswissenschaft, in: Evangelisches Staatslexikon, hrsg. von Heun, Honecker, Morlok und Wieland, 2006, Sp. 2632–2636
- , Einführung in das Forschungsgespräch über die richterliche Rechtsarbeit, in: ders. (Hrsg.), Richterrecht, 2012, S. 1–31
- , Verfassungsrechtliche Grenzen fachrichterlicher Rechtserzeugung, in: ders. (Hrsg.), Richterrecht, 2012, S. 33–47
- (Hrsg.), Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung, Tübingen 2012
- Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Zur Reform des Staatshaftungsrechts. Rechtstatsächliche Erkenntnisse in Staatshaftungssachen. Verwaltungserhebung und Gerichtsaktenauswertung (August 1976), o.O. (Bonn), 1976
- (Hrsg.), Zur Reform des Staatshaftungsrechts. Zusammenfassung der rechtstatsächlichen Erkenntnisse in Staatshaftungssachen aus Bund, Ländern und Gemeinden, Bonn 1977
- /Bundesminister des Innern (Hrsg.), Reform des Staatshaftungsrechts. Entwürfe eines Staatshaftungsgesetzes und einer Grundgesetzänderung mit Begründungen. Kommissionsbericht, o.O. (Bonn), 1973
- /– (Hrsg.), Reform des Staatshaftungsrechts. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes. Staatshaftungsgesetz. Referentenentwürfe, o.O. (Bonn), 1976
- Bungenberg, Marc*, Art. 235 EGV nach Maastricht. Die Auswirkungen der Einheitlichen Europäischen Akte und des Vertrages über die Europäische Union auf die Handlungsbefugnis des Art. 235 EGV (Art. 308 EGV n.F.), Baden-Baden 1999

- , Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme. Eine rechtsebenenübergreifende Analyse des Vergaberechts, Tübingen 2007
- u.a. (Hrsg.), Recht und Ökonomik. 44. Assistententagung Öffentliches Recht, München 2004
- Burgi, Martin*, Das Grundrecht der freien Persönlichkeitsentfaltung durch einfaches Gesetz, in: ZG 9 (1994), S. 341–366
- , Selbstverwaltung angesichts von Europäisierung und Ökonomisierung, in: VVDStRL 62 (2003), S. 405–456
- , Entwicklungslinien, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2010, § 10 (S. 308–328)
- , Kommunalrecht, 3. Aufl., München 2010
- , Verwaltungsverfahrenrecht zwischen europäischem Umsetzungsdruck und nationalem Gestaltungsunwillen, in: JZ 2010, S. 105–112
- Burkhardt, C. A. H.*, Der historische Hans Kohlhaas und Heinrich von Kleist's Michael Kohlhaas, Leipzig 1864
- Buschhaus, Gabriele*, Das »Francovich-Urteil« des EuGH – gemeinschaftsrechtlich begründete Haftungsansprüche der EG-Bürger gegenüber den Mitgliedstaaten bei Nichtumsetzung einer Richtlinie, in: JA 1992, S. 142–150
- Bydlinski, Franz*, Hauptpositionen zum Richterrecht, in: JZ 1985, S. 149–155
- Caesar, Peter*, Hat die Staatshaftungsreform noch eine Zukunft? Vortrag anlässlich der Eröffnung des Wintersemesters 1988/89, Speyer, o.J.
- Calabresi, Guido*, Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts, in: Yale L. J. 70 (1961), S. 499–553
- , The Decision for Accidents: An Approach to Nonfault Allocation of Costs, in: Harv. L. Rev. 78 (1965), S. 713–745 = ders., Die Entscheidung für oder gegen Unfälle: Ein Ansatz zur nichtverschuldensbezogenen Allokation von Kosten, in: Assmann/Kirchner/Schanze (Hrsg.), Ökonomische Analyse des Rechts, 1993, S. 239–269
- , The Costs of Accidents. A Legal and Economic Analysis, New Haven u.a., 1970
- /Melamed, A. Douglas, Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral, in: Harv. L. Rev. 85 (1972), S. 1089–1128
- Calliess, Christian*, Rechtsprechung und Europarecht – Zum Richterrecht in der EG, in: Erbguth/Masing (Hrsg.), Die Bedeutung der Rechtsprechung im System der Rechtsquellen, 2005, S. 155–189
- /Ruffert, Matthias (Hrsg.), EUV/AEUV. Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta. Kommentar, 4. Aufl., München 2011
- Canaris, Claus-Wilhelm*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts, 2. Aufl., Berlin 1983
- Caranta, Roberto*, Judicial Protection Against Member States: A New *Jus Commune* Takes Shape, in: CMLR 32 (1995), S. 703–726
- Cardozo, Benjamin N.*, The Nature of the Judicial Process, New Haven u.a., 1921
- CDU/CSU/FDP, Das vereinte Deutschland zukunftsfähig machen. Koalitionsvereinbarungen für die 13. Legislaturperiode von CDU, CSU und FDP (mit Erläuterungen zu verschiedenen Sachpunkten), ohne Jahr (1994), ohne Ort (Bonn)
- Christ, Josef*, Neue Schuldenregel für den Gesamtstaat: Instrument zur mittelfristigen Konsolidierung der Staatsfinanzen, in: NVwZ 2009, S. 1333–1339
- Christoph, Karl-Heinz*, Die Staatshaftung im beigetretenen Gebiet, in: NVwZ 1991, S. 536–541

- Classen, Claus Dieter*, Die Europäisierung des Verwaltungsrechts, in: Kreuzer/Scheuing/Sieber (Hrsg.), Europäisierung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen, 1997, S. 107–131
- , Das nationale Verwaltungsverfahren im Kraftfeld des Europäischen Gemeinschaftsrechts, in: Die Verwaltung 31 (1998), S. 307–334
- , Anmerkung, in: JZ 2001, S. 458–461
- , Rechtsschutz, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach (Hrsg.), Europarecht, 2. Aufl. 2010, § 4 (S. 211–250)
- Coase, R[onald] H[arry]*, The Problem of Social Cost, in: J. Law & Econ. 3 (1960), S. 1–44 = ders., dass., in: ders., The Firm, the Market, and the Law, 1988, S. 95–156 = ders., Das Problem der sozialen Kosten, in: Assmann/Kirchner/Schanze (Hrsg.), Ökonomische Analyse des Rechts, 1993, S. 129–183
- , The Firm, the Market, and the Law, Chicago u.a., 1988
- Cohen, David S.*, Regulating Regulators: The Legal Environment of the State, in: UTLJ 40 (1990), S. 213–270
- Coing, Helmut*, Europäisierung der Rechtswissenschaft, in: NJW 1990, S. 937–941
- Coleman, Jules L.*, Markets, Morals and the Law, Cambridge u.a., 1988
- , Tort Law and the Demands of Corrective Justice, in: Ind. L. J. 67 (1991/92), S. 349–379
- , The Practice of Principle. In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory, Oxford 2001
- Cooter, Robert/Ulen, Thomas*, Law & Economics, 6. Aufl., Boston u.a., 2012
- Cornils, Matthias*, Der gemeinschaftsrechtliche Staatshaftungsanspruch. Rechtsnatur und Legitimität eines richterrechtlichen Haftungsinstituts, Baden-Baden 1995
- , Schadensersatz oder Entschädigung? – Zur Legitimität richterrechtlicher Dekonstruktion des DDR-Staatshaftungsgesetzes, in: LKV 2003, S. 206–210
- Craig, Paul*, The Administrative System and Administrative Law Principle in the UK, in: Trute/Groß/H. C. Röhl/Möllers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 2008, S. 699–734
- Cromme, Franz*, Staatshaftung der Kommunalaufsichts- und Fachaufsichtsbehörden gegenüber Gemeinden, in: DVBl 1996, S. 1230–1236
- Czybulka, Detlef*, Verwaltungsreform und Verwaltungskultur, in: Der Verwaltungsstaat im Wandel. Festschrift für Franz Knöpfle zum 70. Geburtstag, hrsg. von Detlef Merten/Reiner Schmidt/Rupert Stettner, München 1996, S. 79–101
- /Biermann, Henning, Amtshaftung des Dienstherrn bei voreiliger Stellenbesetzung – BGH, NJW 1995, 2344, in: JuS 1998, S. 601–610
- /Jeand'Heur, Bernd, Das Amtshaftungsrecht in der Fallbearbeitung, in: JuS 1992, S. 396–401
- Dagtoglou, Prodromos*, Ersatzpflicht des Staates bei legislativem Unrecht?, Tübingen 1963
- , Zur Reform des Staatshaftungsrechts, in: VerwArch 65 (1974), S. 345–359
- Dahrendorf, Ralf*, Homo Sociologicus. Ein Versuch zur Geschichte, Bedeutung und Kritik der Kategorie der sozialen Rolle, 1. Aufl., Köln u.a., 1959, 17. Auflage, Wiesbaden 2010
- Danwitz, Thomas von*, Zur Entwicklung der gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftung, in: JZ 1994, S. 335–342
- , Verwaltungsrechtliches System und Europäische Integration, Tübingen 1996
- , Zur Grundlegung einer Theorie der subjektiv-öffentlichen Gemeinschaftsrechte, in: DÖV 1996, S. 481–490

- , Die gemeinschaftsrechtliche Staatshaftung der Mitgliedstaaten – Entwicklung, Stand und Perspektiven der Europäischen Haftung aus Richterhand, in: DVBl 1997, S. 1–10
- , Anmerkung [zur Rechtssache Köbler], in: JZ 2004, S. 301–303
- , Europäisches Verwaltungsrecht, Berlin u.a., 2008
- /Deppenheuer, Otto/Engel, Christoph (Hrsg.), Bericht zur Lage des Eigentums, Berlin u.a., 2002
- Dänzer-Vanotti, Wolfgang*, Unzulässige Rechtsfortbildung des Europäischen Gerichtshofs, in: RIW 1992, S. 733–742
- , Der Europäische Gerichtshof zwischen Rechtsprechung und Rechtsetzung, in: Ole Due/Marcus Lutter/Jürgen Schwarze (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Everling, Bd. I, Baden-Baden 1995, S. 205–221
- Dari-Mattiacci, Giuseppe/Garoupa, Nuno/Gómez-Pomar, Fernando*, State Liability, in: European Review of Private Law 2010, S. 773–811
- Dauses, Manfred A. (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Loseblatt, München, Stand: 30. Ergänzungslieferung, Februar 2012
- Davis, Kenneth Culp*, Administrative Officers' Tort Liability, in: Mich. L. Rev. 55 (1956), S. 201–234
- Deiters, Mark*, Anmerkung, in: JR 2005, S. 327 f.
- Delius, Hans*, Die Beamtenhaftpflichtgesetze des Reiches und der Bundesstaaten, 2. Aufl., Berlin 1909
- Denninger, Erhard/Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schneider, Hans-Peter/Stein, Ekkehart (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Reihe Alternativkommentare, Loseblatt, 3. Aufl., Neuwied u.a., 2001, 2. Aufbaulieferung, Stand: August 2002
- Deppenheuer, Otto*, Der Wortlaut als Grenze. Thesen zu einem Topos der Verfassungsinterpretation, Heidelberg 1988
- Desens, Marc*, Zurechnung amtschaftungsrechtlicher Verantwortung bei mehreren Hoheitsträgern – Zur Neuausrichtung der Haftungsmaßstäbe bei rechtswidrig versagtem Einvernehmen der Gemeinde (§ 36 BauGB), in: DÖV 2009, S. 197–206
- , Bindung der Finanzverwaltung an die Rechtsprechung. Bedingungen und Grenzen für Nichtanwendungserlasse, Tübingen 2011
- Detterbeck, Steffen*, Normwiederholungsverbote aufgrund normverwerfender Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts?, in: AöR 116 (1991), S. 391–459
- , Staatshaftung bei normativem Unrecht, in: JA 1991, S. 7–12
- , Staatshaftung für die Mißachtung von EG-Recht, in: VerwArch 85 (1994), S. 159–207
- , Haftung der Europäischen Gemeinschaft und gemeinschaftsrechtlicher Staatshaftungsanspruch, in: AöR 125 (2000), S. 202–256
- , Öffentliches Recht. Ein Basislehrbuch zum Staatsrecht, Verwaltungsrecht und Europarecht mit Übungsfällen., 8. Aufl., München 2011
- , Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht, 10. Aufl., München 2012
- /Windthorst, Kay/Sproll, Hans-Dieter, Staatshaftungsrecht, München 2000
- Developments in the Law: Section 1983 and Federalism, in: Harv. L. Rev. 90 (1977), S. 1133–1361 [ohne Angabe eines Autors]
- Di Fabio, Udo*, Das Recht offener Staaten. Grundlinien einer Staats- und Rechtstheorie, Tübingen 1998
- , Die Kultur der Freiheit, München 2005
- , Friedliche Koexistenz, in: FAZ Nr. 245 v. 21. 10. 2010, S. 6

- Diederichsen, Uwe/Wagner, Gerhard*, Das UmweltHG zwischen gesetzgeberischer Intention und interpretatorischer Phantasie – Zugleich Besprechung von Joachim Schmidt-Salzer: Kommentar zum Umwelthaftungsrecht, in: VersR 1993, S. 641–652
- Diebr, Uwe*, Der Staatshaftungsanspruch des Bürgers wegen Verletzung des Gemeinschaftsrechts durch die deutsche öffentliche Gewalt, Frankfurt u.a., 1997
- Doctorow, E[lgar] L[awrence]*, Ragtime, Toronto u.a., 1975, deutsch von Angela Praesent unter demselben Titel, Reinbek 1976, hier zitiert nach der Lizenzausgabe der Deutschen Buch-Gemeinschaft, Berlin u.a., o.J.
- Doehring, Karl*, Vorwort des Dekans, in: Richterliche Rechtsfortbildung. Erscheinungsformen, Auftrag und Grenzen, Festschrift der Juristischen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, hrsg. von den Hochschullehrern der Juristischen Fakultät der Universität Heidelberg, Heidelberg 1986, S. VII
- Dörner, Heinrich*, Haftung und Versicherung, in: Wolfgang B. Schünemann/Rolf Stober (Hrsg.), Haftungsgrundsätze und Haftungsgrenzen des Sicherheitsgewerbes, Köln u.a., 2002, S. 1–13
- Dörr, Claus*, Der gemeinschaftsrechtliche Staatshaftungsanspruch in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, in: DVBl 2006, S. 598–604
- , Neues zum unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruch, in: WM 2010, S. 961–968
- Dörr, Oliver*, Der europäisierte Rechtsschutzauftrag deutscher Gerichte. Art. 19 Abs. 4 GG unter dem Einfluß des europäischen Unionsrechts, Tübingen 2003
- , Entschädigung und Schadensersatz, in: Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG, 2006, Kap. 33 (S. 1772–1825)
- , Grundstrukturen eines europäischen Verwaltungsprozessrechts, in: DVBl 2008, S. 1401–1407
- , Europäischer Verwaltungsrechtsschutz, in: Sodan/Ziekow (Hrsg.), VwGO, 3. Aufl. 2010, S. 33–111
- (Hrsg.), Staatshaftung in Europa, Berlin u.a., 2013 (im Erscheinen)
- /Lenz, *Christofer*, Europäischer Verwaltungsrechtsschutz, Baden-Baden 2006
- /Mager, *Ute*, Rechtswahrung und Rechtsschutz nach Amsterdam. Zu den neuen Zuständigkeiten des EuGH, in: AöR 125 (2000), S. 386–427
- Dostojewski, F[jodor] M[ikhailowitsch]*, Aufzeichnungen aus einem Totenhaus. Ein Roman in zwei Teilen (Sämtliche Romane und Novellen. Zehnter Bd.), übertragen von H. Röhl, Leipzig 1921 = ders., Aufzeichnungen aus einem Totenhaus und drei Erzählungen, übertragen von E. K. Rahsin, München, 2. Aufl. 2008 = ders., Aufzeichnungen aus einem Totenhaus (1860), deutsch von Dieter Pommerenke, kommentiert von Heinz Müller-Dietz und Dunja Brötz, Berlin 2005
- Doucet, Michel (Begr.)/Fleck, Klaus E. W.*, Wörterbuch Recht und Wirtschaft, Teil II: Deutsch-Französisch, 7. Aufl., München 2012
- Downs, Anthony*, An Economic Theory of Democracy, New York 1957; deutsch unter dem Titel: Ökonomische Theorie der Demokratie, Tübingen 1968
- , Inside Bureaucracy, Boston 1967
- Dreher, Christiane*, Karrieren in der Bundesverwaltung. Voraussetzungen, Merkmale und Etappen von Aufstiegsprozessen im öffentlichen Dienst, Berlin 1996
- Dreier, Horst*, Demokratische Repräsentation und vernünftiger Allgemeinwille. Die Theorie der amerikanischen Federalists im Vergleich mit der Staatsphilosophie Kants, in: AöR 113 (1988), S. 450–483
- , Verantwortung im demokratischen Verfassungsstaat, in: Ulfried Neumann/Lorenz Schulz (Hrsg.), Verantwortung in Recht und Moral, Stuttgart 2000, S. 9–38

- , Die drei Staatsgewalten im Zeichen von Europäisierung und Privatisierung, in: DÖV 2002, S. 537–547
- (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, Bd. I: Präambel, Artikel 1–19, 2. Aufl., Tübingen 2004, Bd. II: Artikel 20–82, 2. Aufl., Tübingen 2006, Supplementum 2007; Bd. III: Artikel 83–146, 2. Aufl., Tübingen 2008 Supplementum 2010
- , »Unbeirrt von allen Ideologien und Legenden« – Notizen zu Leben und Werk von Richard Thoma, in: *Richard Thoma*, Rechtsstaat – Demokratie – Grundrechte, hrsg. von Horst Dreier, 2008, S. XIII–LXXXI
- Dreier, Ralf*, Zum Selbstverständnis der Jurisprudenz als Wissenschaft (1971), in: ders., Recht – Moral – Ideologie. Studien zur Rechtstheorie, Frankfurt 1981, S. 48–69
- , Probleme der Rechtsquellenlehre. Zugleich Bemerkungen zur Rechtsphilosophie Leonhard Nelsons, in: Fortschritte des Verwaltungsrechts. Festschrift für Hans J. Wolff zum 75. Geburtstag, hrsg. von Christian-Friedrich Menger, München 1973, S. 3–36
- Duden, Das große Fremdwörterbuch. Herkunft und Bedeutung der Fremdwörter, hrsg. und bearb. vom Wissenschaftlichen Rat der Dudenredaktion, 4. Aufl., Mannheim u.a., 2007
- , Das Herkunftswörterbuch. Etymologie der deutschen Sprache. Duden Bd. 7, hrsg. von der Dudenredaktion, 4. Aufl., Mannheim u.a., 2007
- , Das Fremdwörterbuch. Duden Bd. 5, hrsg. von der Dudenredaktion, 10. Aufl., Mannheim u.a., 2010
- , Deutsches Universalwörterbuch, hrsg. von der Dudenredaktion, 7. Aufl., Mannheim u.a., 2011
- Durner, Wolfgang*, Grundfälle zum Staatshaftungsrecht, in: JuS 2005, S. 793–797, S. 900–904
- , Internationales Umweltverwaltungsrecht, in: Möllers/Voßkuhle/C. Walter (Hrsg.), Internationales Verwaltungsrecht, 2007, S. 121–164
- Duwe, Thomas*, Die Wiederentdeckung der kommunalen Insolvenz im Kontext bestehender Präventions- und Sanierungsstrategien, in: DÖV 2009, S. 574–580
- Düwel, Martin*, Kontrollbefugnisse des Bundesverfassungsgerichts bei Verfassungsbeschwerden gegen gerichtliche Entscheidungen. Zu einem Kooperationsverhältnis von Fach- und Verfassungsgerichtsbarkeit, Baden-Baden 2000
- Ebenroth, Carsten Thomas/Hesselberger, Dieter/Rinne, Manfred Eberhard (Hrsg.), Verantwortung und Gestaltung. Festschrift für Karlheinz Boujong zum 65. Geburtstag, München 1996
- Ebert, Ina*, Pönale Elemente im deutschen Privatrecht. Von der Renaissance der Privatstrafe im deutschen Recht, Tübingen 2004
- Ebsen, Ingwer*, Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch – ein Beispiel geglückter richterlicher Rechtsfortbildung?, in: DVBl 1987, S. 389–395
- Eckhoff, Rolf*, Rechtsanwendungsgleichheit im Steuerrecht. Die Verantwortung des Gesetzgebers für einen gleichmäßigen Vollzug des Einkommenssteuerrechts, Köln 1999
- Edward, David*, Economic Law as an Economic Good: Reflections of a European Judge, in: Meessen/Bungenberg/Puttler (Hrsg.), Economic Law as an Economic Good, 2009, S. 91–100
- Ehlermann, Claus-Dieter*, Ein Plädoyer für die dezentrale Kontrolle der Anwendung des Gemeinschaftsrechts durch die Mitgliedstaaten, in: Francesco Capotorti/Claus-Dieter Ehlermann/Jochen Abr. Frowein u.a. (Hrsg.), Du droit international au droit de l'intégration. Liber Amicorum Pierre Pescatore, Baden-Baden 1987, S. 205–226

- Ehlers, Dirk*, Die Haftung der öffentlichen Bediensteten nach den Vorschlägen zur Reform des Staatshaftungsrechts, in: ZBR 1977, S. 180–184
- , Verwaltung in Privatrechtsform, Berlin 1984
- , Die Einwirkungen des Rechts der Europäischen Gemeinschaften auf das Verwaltungsrecht, in: DVBl 1991, S. 605–613
- , Eigentumsschutz, Sozialbindung und Enteignung bei der Nutzung von Boden und Umwelt, in: VVDStRL 51 (1992), S. 211–251
- , Die Weiterentwicklung des Staatshaftungsrechts durch das europäische Gemeinschaftsrecht, in: JZ 1996, S. 776–783
- , Die Europäisierung des Verwaltungsprozeßrechts, Köln u.a., 1999
- , Anmerkung [zu BVerwG, Beschl. v. 30. 04. 2002 – BVerwG 4 B 72.01], in: JZ 2003, S. 209–211
- , Die Europäisierung des Verwaltungsprozessrechts, in: DVBl 2004, S. 1441–1451
- , Der Rechtsschutz in Bezug auf das Europäische Unions- und Gemeinschaftsrecht, in: Jura 2007, S. 505–510
- , Die Schadensersatzklage des europäischen Gemeinschaftsrechts, in: Jura 2009, S. 187–194
- , Nichtigkeitsklage, in: ders./Schoch (Hrsg.), Rechtsschutz im Öffentlichen Recht, 2009, § 8 (S. 167–190)
- , Schadensersatzklage, in: ders./Schoch (Hrsg.), Rechtsschutz im Öffentlichen Recht, 2009, § 10 (S. 201–218)
- , Verwaltung und Verwaltungsrecht im demokratischen und sozialen Rechtsstaat, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2010, § 1 (S. 1–64)
- /Eggert, Anke, Zur Zulässigkeit einer zeitlich begrenzten weiteren Anwendung gemeinschaftswidrigen nationalen Rechts, in: JZ 2008, S. 585–593
- /Schoch, Friedrich (Hrsg.), Rechtsschutz im Öffentlichen Recht, Berlin 2009
- Eichenberger, Reinhard*, Verhaltensanomalien und Wirtschaftswissenschaften. Herausforderungen, Reaktionen, Perspektiven, Wiesbaden 1992
- Eidenmüller, Horst*, Rechtsanwendung, Gesetzgebung und ökonomische Analyse, in: AcP 197 (1997), S. 80–135
- , Der homo oeconomicus und das Schuldrecht: Herausforderungen durch Behavioral Law and Economics, in: JZ 2005, S. 216–224.
- , Effizienz als Rechtsprinzip. Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts, 3. Aufl., Tübingen 2005
- , Recht als Produkt, in: JZ 2009, S. 641–653
- /Faust, Florian/Grigoleit, Hans Christoph/Jansen, Nils/Wagner, Gerhard/Zimmermann, Reinhard, Der Gemeinsame Referenzrahmen für das Europäische Privatrecht – Wertungsfragen und Kodifikationsprobleme, in: JZ 2008, S. 529–550
- /–/–/–/–, The Common Frame of Reference for European Private Law – Policy Choices and Codification Problems, in: Oxf. J. Leg. Stud. 28 (2008), S. 659–708
- Eifert, Martin/Hoffmann-Riem, Wolfgang* (Hrsg.), Innovationsverantwortung. Innovation und Recht III, Berlin 2009
- Eilmansberger, Thomas*, Rechtsfolgen und subjektives Recht im Gemeinschaftsrecht. Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der Staatshaftungsdoktrin des EuGH, Baden-Baden 1997
- Elvert, Jürgen*, Der europäische Integrationsprozess zwischen Konstitutionalisierung und Krise. Ein Rückblick aus geschichtswissenschaftlicher Sicht, in: Schulze/C. Walter (Hrsg.), 50 Jahre Römische Verträge, 2008, S. 79–96

- Enders, Christoph*, Abwehr und Beseitigung rechtswidriger hoheitlicher Beeinträchtigungen, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. III, 2009, § 53 (S. 1063–1131)
- Endres, Alfred*, Ökonomische Grundlagen des Haftungsrechts, Heidelberg 1991
- Engel, Christoph*, Die Einwirkungen des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf das deutsche Verwaltungsrecht, in: Die Verwaltung 25 (1992), S. 437–476
- , »Effizienter Vertragsbruch« – eine juristische Antwort, in: Homo oeconomicus 11 (1994), S. 143–150
- , Rechtswissenschaft als angewandte Sozialwissenschaft. Die Aufgabe der Rechtswissenschaft nach der Öffnung der Rechtsordnung für sozialwissenschaftliche Theorie, in: ders. (Hrsg.), Methodische Zugänge zu einem Recht der Gemeinschaftsgüter, Baden-Baden 1998, S. 11–40
- , Die soziale Funktion des Eigentums, in: von Danwitz/Depenheuer/Engel (Hrsg.), Bericht zur Lage des Eigentums, 2002, S. 9–107
- , [Diskussionsbeitrag], in: VVDStRL 61 (2002), S. 440–442
- , Verhaltenswissenschaftliche Analyse: eine Gebrauchsanweisung für Juristen, in: ders./Englerth/Lüdemann/Spiecker gen. Döhmann (Hrsg.), Recht und Verhalten, 2007, S. 363–405
- , The behaviour of corporate actors: How much can we learn from the experimental literature?, in: JOIE 6 (2010), S. 445–475
- /Englerth, Markus/Lüdemann, Jörn/Spiecker genannt Döhmann, Indra (Hrsg.), Recht und Verhalten. Beiträge zu Behavioral Law and Economics, Tübingen 2007
- /Morlok, Martin (Hrsg.), Öffentliches Recht als ein Gegenstand ökonomischer Forschung. Die Begegnung der deutschen Staatsrechtslehre mit der Konstitutionellen Politischen Ökonomie, Tübingen 1998
- /Schön, Wolfgang (Hrsg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft, Tübingen 2007
- /–, Vorwort, in: dies. (Hrsg.), Proprium der Rechtswissenschaft, 2007, S. IX–XIV
- Engeler, Berthold*, Die Schadensersatzklage gegen die EG – Geringe Erfolgchancen für den Einzelnen. Anmerkung zum EuGH-Urteil vom 25. Mai 1978, in: EuGRZ 1979, S. 377–382
- Engisch, Karl*, Einführung in das juristische Denken, hrsg. und bearbeitet von Thomas Würtenberger und Dirk Otto, 11. Aufl., Stuttgart u.a., 2010
- Englerth, Markus*, Behavioral Law and Economics – eine kritische Einführung, in: Engel/Englerth/Lüdemann/Spiecker gen. Döhmann (Hrsg.), Recht und Verhalten, 2007, S. 60–130
- , Verhaltensökonomie, in: Towfigh/N. Petersen, Ökonomische Methoden im Recht, 2010, S. 165–199
- Englisch, Joachim*, Anspruch auf Rücknahme gemeinschaftsrechtswidrig belastender Verwaltungsakte nach Eintritt der Bestandskraft?, in: Die Verwaltung 41 (2008), S. 99–116
- , Europarechtliche Einflüsse auf den Untersuchungsgrundsatz im Steuerverfahren, in: IStR 2009, S. 37–43
- Epiney, Astrid*, Umgekehrte Diskriminierung. Zulässigkeit und Grenzen der discrimination à rebours nach europäischem Gemeinschaftsrecht und nationalem Verfassungsrecht, Köln u.a., 1995
- , Primär- und Sekundärrechtsschutz im Öffentlichen Recht, in: VVDStRL 61 (2002), S. 362–424

- , Neuere Rechtsprechung des EuGH in den Bereichen institutionelles Recht, allgemeines Verwaltungsrecht, Grundfreiheiten, Umwelt- und Gleichstellungsrecht, in: NVwZ 2004, S. 1067–1078
- Epping, Volker/Hillgruber, Christian (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, München 2009
- Erbguth, Wilfried*, Vom Folgenbeseitigungsanspruch zum Folgenentschädigungsanspruch? – VGH München, NVwZ 1999, 1237, in: JuS 2000, S. 336–338
- (Hrsg.), Europäisierung des nationalen Umweltrechts: Stand und Perspektiven. Rostocker Umweltrechtstag 2000, Baden-Baden 2001
- , Primär- und Sekundärrechtsschutz im Öffentlichen Recht, in: VVDStRL 61 (2002), S. 221–259
- , Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozess- und Staatshaftungsrecht, 4. Aufl., Baden-Baden 2011
- /Masing, Johannes (Hrsg.), Die Bedeutung der Rechtsprechung im System der Rechtsquellen: Europarecht und nationales Recht. Referate und Diskussionsbeiträge des XIII. Deutsch-Polnischen Verwaltungskolloquiums vom 17.–20. September 2003 an der Universität Rostock, Stuttgart u.a., 2005
- Erichsen, Hans-Uwe*, Öffentliches und privates Recht, in: Jura 1982, S. 537–545
- /Ehlers, Dirk (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl., Berlin u.a., 2010
- Erlei, Mathias/Leschke, Martin/Sauerland, Dirk*, Neue Institutionenökonomik, 2. Aufl., Stuttgart 2007
- Erman*, Bürgerliches Gesetzbuch. Handkommentar mit AGG, EGBGB (Auszug), ErbbauRG, LPartG, ProdHaftG, UKlaG, VBG, VersAusglG und WEG, hrsg. von Harm Peter Westermann, Barbara Grunewald und Georg Maier-Reimer, 2 Bände, 13. Aufl., Köln 2011
- Esser, Josef*, Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung. Beiträge zur Reform des Haftpflichtrechts und zu einer Wiedereinordnung in die Gedanken des allgemeinen Privatrechts, 2. Aufl., München 1969
- , Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts. Rechtsvergleichende Beiträge zur Rechtsquellen- und Interpretationslehre, 4. Aufl., Tübingen 1990
- Etzioni, Amitai*, Jenseits des Egoismus-Prinzips. Ein neues Bild von Wirtschaft, Politik und Gesellschaft, Stuttgart 1994
- Eucken, Walter*, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, hrsg. von Edith Eucken und K. Paul Hensel, 7. Aufl., Tübingen 2004
- Evangelisches Staatslexikon, Neuausgabe, hrsg. von Werner Heun, Martin Honecker, Martin Morlok und Joachim Wieland, Stuttgart 2006
- Faber, Angela*, Insolvenzfähigkeit für Kommunen?, in: DVBl 2005, S. 933–946
- Farber, Daniel A./Frickey, Philip P.*, Law and Public Choice. A Critical Introduction, Chicago u.a., 1991
- Färber, Gisela*, Budgetierung – Möglichkeiten, praktische Erfahrungen, Folgen für das Parlament, in: StWStP 8 (1997), S. 61–77
- Fastenrath, Ulrich*, Inländerdiskriminierung. Zum Gleichbehandlungsgebot beim Zusammenwirken mehrerer (Teil)rechtsordnungen im vertikal gegliederten und international integrierten Staat, in: JZ 1987, S. 170–178
- Fehling, Michael*, Kosten-Nutzen-Analysen als Maßstab für Verwaltungsentscheidungen, in: VerwArch 95 (2004), S. 443–470
- , Ökonomische Analyse im öffentlichen Recht als Methode zur Reformulierung und Operationalisierung von Gerechtigkeitsfragen, in: Begegnungen im Recht. Ringvorlesung der Bucerus Law School zu Ehren von Karsten Schmidt anlässlich seines 70.

- Geburtstags, hrsg. von den Professorinnen und Professoren der Bucerus Law School, Tübingen 2011, S. 39–67
- Febr, Hans*, Das Recht in der Dichtung, Bern, o.J. (1931)
- Fetzer, Rhona*, Die Haftung des Staates für legislatives Unrecht. Zugleich ein Beitrag zum Staatshaftungsrecht der Europäischen Gemeinschaften, der EG-Mitgliedstaaten, der Schweiz und Österreichs, Berlin 1994
- Fezer, Karl-Heinz*, Aspekte einer Rechtskritik an der economic analysis of law und am property rights approach, in: JZ 1986, S. 817–824
- , Nochmals: Kritik an der ökonomischen Analyse des Rechts, in: JZ 1988, S. 223–228
- Fiedler, Wilfried*, Der Folgenbeseitigungsanspruch – die »kleine Münze« des Staatshaftungsrechts?, in: NVwZ 1986, S. 969–977
- Fikentscher, Wolfgang*, Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung, Bd. IV. Dogmatischer Teil – Anhang, Tübingen 1977
- Fiorina, Morris P.*, Congress. Keystone of the Washington Establishment, 2. Aufl., New Haven u.a., 1989
- Fischer, Hans Georg*, Europarecht. Grundlagen des Europäischen Gemeinschaftsrechts in Verbindung mit deutschem Staats- und Verwaltungsrecht, 3. Aufl., München 2001
- Fischer, Robert*, Referat, in: Verhandlungen des 41. Deutschen Juristentages Berlin 1955, hrsg. von der Ständigen Deputation des Deutschen Juristentages, Bd. II: Sitzungsberichte, Tübingen 1956, S. C 37–C 68
- Fischer, Thomas*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 59. Aufl., München 2012
- Fleischer, Holger/Zimmer, Daniel*, Effizienzorientierung im Handels- und Wirtschaftsrecht – Einführung und Überblick, in: dies. (Hrsg.), Effizienz als Regelungsziel im Handels- und Wirtschaftsrecht, Frankfurt am Main 2008, S. 9–42
- Folkers, Cay/Weißgerber, Jürg*, Zur Ökonomie der Inneren Sicherheit, in: Lange, Hans-Jürgen/Ohly, H. Peter/Reichert, Jo (Hrsg.), Auf der Suche nach neuer Sicherheit. Fakten, Theorien und Folgen, 2. Aufl., Wiesbaden 2009, S. 161–181
- Franke, Frank-Josef*, Der Folgenentschädigungsanspruch. Folgenbeseitigung durch Entschädigung, Dissertation Münster, 1965
- Franzius, Claudio*, Modalitäten und Wirkungsfaktoren der Steuerung durch Recht, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. 2012, § 4 (S. 179–257)
- Franzos, Karl Emil*, Ein Kampf ums Recht, 2. Aufl., Leipzig 1955
- Frenz, Walter*, Anmerkung, in: DVBl 2003, S. 1522–1524
- , Handbuch Europarecht, Bd. 5: Wirkungen und Rechtsschutz, Berlin u.a., 2010
- , Europarecht, Berlin u.a., 2011
- /Ehlenz, Christian, Defizitäre gerichtliche Wettbewerbskontrolle durch More-economic-Approach und Vermutungen, in: EuR 2010, S. 490–517
- /Götzkes, Vera, Anmerkung zur Entscheidung FIAMM des EuGH (Große Kammer) vom 9. September 2008 – C-120/06 P und C-121/06 P, in: DVBl 2009, S. 1052 f.
- /–, Die gemeinschaftsrechtliche Staatshaftung, in: JA 2009, S. 759–769
- Frenzel, Elisabeth*, Stoffe der Weltliteratur. Ein Lexikon dichtungsgeschichtlicher Längsschnitte, 10. Aufl., Stuttgart 2005
- Frese, Erich (Hrsg.), Handwörterbuch der Organisation, 3. Aufl., Stuttgart 1992
- Frey, Bruno S.*, Auszeichnungen statt Leistungslöhne, in: Forschung & Lehre 2010, S. 225
- Friauf, Karl Heinrich/Höfling, Wolfram (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Loseblatt, 4 Bände, Stand: 38. Lieferung, Juli 2012

- Frost, Ismar*, Die Haftung des Staates für unerlaubte Handlungen seiner Beamten, insbesondere seiner Eisenbahnbeamten, Diss. Breslau 1916
- Frotscher, Werner/Pieroth, Bodo*, Verfassungsgeschichte, 11. Aufl., München 2012
- Frowein, Jochen A.*, 50 Jahre Römische Verträge, in: Schulze/C. Walter (Hrsg.), 50 Jahre Römische Verträge, 2008, S. 43–47
- Fuchs, Maximilian*, Die Behandlung von Ehe und Scheidung in der »Ökonomischen Analyse des Rechts«, in: FamRZ 1979, S. 553–557
- , Einführung, in: ders. (Hrsg.), Europäisches Sozialrecht, 5. Aufl., Baden-Baden 2010
- Fünfsinn, Helmut*, Die »Zumessung« der Geldauflage nach § 153a I Nr. 2 StPO, in: NSTZ 1987, S. 97–103
- Funke, Andreas*, Der Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts – Einige Problemfälle und ein Präzisierungsvorschlag, in: DÖV 2007, S. 733–740
- /*Hartmann, Bernd J.*, Die Macht der Toten über die Lebenden. Verfassungslehren für die Grundlagen der Europäischen Union, in: Jörg Behler u.a., Perspektiven. Forschungsfragen der Zukunft, Paderborn u.a., 2011, S. 73–79
- /*Lüdemann, Jörn* (Hrsg.), Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie, Tübingen 2009
- Furnham, Adrian/Argyle, Michael*, The Psychology of Money, London u.a., 1998
- Gärditz, Klaus Ferdinand*, Die Rechtswegspaltung in öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art, in: Die Verwaltung 43 (2010), S. 309–347
- Gehre, Horst*, Die Entwicklung der Amtshaftung in Deutschland seit dem 19. Jahrhundert, Diss. Bonn 1958
- Geigant, Friedrich/Haslinger, Franz/Sobotka, Dieter/Westphal, Horst M.*, Lexikon der Volkswirtschaft, 7. Aufl., Landsberg am Lech 2000
- Geiger, Rudolf/Khan, Daniel-Erasmus/Kotzur, Markus*, EUV/AEUV. Vertrag über die Europäische Union und Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, 5. Aufl., München 2010
- Geis, Max-Emanuel*, Kommunalrecht. Ein Studienbuch, 2. Aufl., München 2011
- /*Lorenz, Dieter* (Hrsg.), Staat – Kirche – Verwaltung. Festschrift für Hartmut Maurer zum 70. Geburtstag, München 2001
- Geisenberger, Ute*, Der Einfluss des Europarechts auf steuerliches Verfahrensrecht, Baden-Baden 2010
- Geiß, Karlmann*, Karl Nüßgens †, in: NJW 1999, S. 549
- Gellermann, Martin*, Staatshaftung und Gemeinschaftsrecht – Nochmals zum *Franco-vich*-Urteil des EuGH, in: EuR 1994, S. 342–358
- Gersdorf, Hubertus*, Verwaltungsprozessrecht, 4. Aufl., Heidelberg 2009
- , Verfassungsprozessrecht und Verfassungsmäßigkeitsprüfung, 3. Aufl., Heidelberg u.a., 2010
- Gerven, Walter van*, Bridging the Unbridgeable: Community and National Tort Laws after *Franco-vich* and *Brasserie*, in: ICLQ 45 (1996), S. 507–544
- , Non-contractual Liability of Member States, Community Institutions and Individuals for Breaches of Community Law with a View to a Common Law for Europe, in: ders./Manfred Zuleeg (Hrsg.), Sanktionen als Mittel zur Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts/Remedies and Sanctions for the Enforcement of Community Law/Les Sanctions comme moyens pour la mise en œuvre du droit communautaire, Köln 1996, S. 29–54
- , Toward a Coherent Constitutional System within the European Union, in: EPL 1996, S. 81–101

- , The ECJ's Recent Case-Law in the Field of Tort Liability; towards a European *Ius Commune*?, in: Rosa H. M. Jansen/Dagmar A. C. Koster/Reinier F. B. Van Zutphen (Hrsg.), *European Ambitions of the National Judiciary*, Den Haag u.a., 1997, S. 91–110
- Geyer, Horst, *Dichter des Wahnsinns. Eine Untersuchung über die dichterische Darstellbarkeit seelischer Ausnahmezustände*, Göttingen u.a., 1955
- Giegerich, Thomas, *Europäische Verfassung und deutsche Verfassung im transnationalen Konstitutionalisierungsprozeß: Wechselseitige Rezeption, konstitutionelle Evolution und föderale Verflechtung. The European Constitution and the German Constitution in the Transnational Process of Constitutionalization: Reciprocal Reception, Constitutional Evolution and Federal Interweavement (English Summary)*, Berlin u.a., 2003
- , Wettbewerb von Rechtsordnungen, in: *VVDStRL* 69 (2010), S. 57–105
- Gierke, Otto von, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts* (1889), hrsg. von Erik Wolf, 2. Aufl., Frankfurt am Main 1948
- , Gutachten des Herrn Geheimen Justizrats Professor Dr. Otto Gierke zu Berlin über die Frage: Empfiehlt sich eine einheitliche Regelung der Haftung des Staates und anderer juristischer Personen des öffentlichen Rechts für den von ihren Beamten bei Ausübung der diesen anvertrauten öffentlichen Gewalt zugefügten Schaden?, in: *Verhandlungen des 28. Deutschen Juristentags*, hrsg. von dem Schriftführer-Amt der Ständigen Deputation, Bd. 1: Gutachten, Berlin 1905, S. 102–144
- Gigerenzer, Gerd, *Das Einmaleins der Skepsis. Über den richtigen Umgang mit Zahlen und Risiken*, 8. Aufl., Berlin u.a., 2011
- Gillroy, John Martin/Wade, Maurice (Hrsg.), *The Moral Dimensions of Public Policy Choice. Beyond the Market Paradigm*, Pittsburgh u.a., 1992
- Glöckner, Andreas/Emanuel Towfigh, *Geschicktes Glücksspiel. Die Sportwette als Grenzfall des Glücksspielrechts*, in: *JZ* 2010, S. 1027–1035
- Gneezy, Uri/Rustichini, Aldo, *A Fine is a Price*, in: *J. Legal Stud.* 29 (2000), S. 1–17
- Göbel, Elisabeth, *Neue Institutionenökonomik. Konzeption und betriebswirtschaftliche Anwendungen*, Stuttgart 2002
- Goethe, Johann Wolfgang, *Sämtliche Werke. Briefe, Tagebücher und Gespräche*, hrsg. von Friedmar Apel u.a., I. Abteilung: *Sämtliche Werke*, Bd. 7/1: *Faust. Texte*, hrsg. von Albrecht Schöne, Frankfurt am Main 1994
- Görisch, Christoph, *Im Namen des Volkes!? – Über den Beitrag der Rechtsprechung zur Stärkung der Demokratie*, in: *RuP* 2006, S. 86–96
- , *Demokratische Verwaltung durch Unionsagenturen. Ein Beitrag zur Konkretisierung der europäischen Verfassungsstrukturprinzipien*, Tübingen 2009
- Götz, [Victor], [Diskussionsbeitrag], in: *Verhandlungen des Sechsten Deutschen Juristentages* (1867), hrsg. von dem Schriftführer-Amt der Ständigen Deputation, Dritter Bd., Berlin 1868, S. 74 f.
- , [Diskussionsbeitrag], in: *Verhandlungen des Neunten deutschen Juristentages*, hrsg. von dem Schriftführer-Amt der Ständigen Deputation, Dritter Bd., Berlin 1871, S. 51 f.
- Götz, Volkmar/Martínez Soria, José (Hrsg.), *Kompetenzverteilung zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten*, Baden-Baden 2002
- Gourlie, William C., *Role of the Prosecutor: Fair Minister of Justice with Firm Convictions*, in: *U.B.C. L. Rev.* 16 (1982), S. 295–311
- Grabitz, Eberhard (Begr.)/Hilf, Meinhard/Nettesheim, Martin (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, Loseblatt, 3 Bände, München, Stand: 47. Ergänzungslieferung, April 2012
- Gramm, Christof, *Privatisierung und notwendige Staatsaufgaben*, Berlin 2001

- Greb, Klaus*, Der einheitliche gemeinschaftsrechtliche Staatshaftungsanspruch in Deutschland als Teil des Europäischen Verwaltungsrechts, Aachen 2002
- Greiner, Bernhard*, Kleists Dramen und Erzählungen. Experimente zum »Fall« der Kunst, Tübingen u.a., 2000
- Grimm, Jacob und Wilhelm*, Deutsches Wörterbuch, Viertes Bd., zweite Abtheilung, bearbeitet von Salomon Hirzel, Leipzig 1877
- Groeben, Hans von der/Schwarze, Jürgen (Hrsg.), Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 6. Aufl., Bd. IV, Baden-Baden 2004
- /Thiesing, Jochen/Ehlermann, Claus-Dieter, Kommentar zum EWG-Vertrag, 4. Aufl., Bd. IV, Baden-Baden 1991
- Gromitsaris, Athanasios*, Europarechtliche Aspekte der Staatshaftung, in: SächsVBl 2001, S. 157–164
- , Die staatshaftungsrechtliche Dimension der Grundrechte, in: DÖV 2006, S. 288–294
- , Rechtsgrund und Haftungsauslösung im Staatshaftungsrecht. Eine Untersuchung auf europarechtlicher und rechtsvergleichender Grundlage, Berlin 2006
- Gröpl, Christoph*, Haushaltsrecht und Reform. Dogmatik und Möglichkeiten der Fortentwicklung der Haushaltswirtschaft durch Flexibilisierung, Dezentralisierung, Budgetierung, Ökonomisierung und Fremdfinanzierung, Tübingen 2001
- , Ökonomisierung von Verwaltung und Verwaltungsrecht, in: VerwArch 93 (2002), S. 459–483
- , Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit staatlichen Handelns, in: Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, 3. Aufl. 2007, § 121 (S. 1227–1263)
- (Hrsg.), Bundeshaushaltsordnung/Landshaushaltsordnung (BHO/LHO). Staatliches Haushaltsrecht. Kommentar, München 2011
- Grosche, Nils*, Rechtsfortbildung im Unionsrecht. Eine Untersuchung zum Phänomen richterlicher Rechtsfortbildung durch den Gerichtshof der Europäischen Union, Tübingen 2011
- Gröschner, Rolf*, Der homo oeconomicus und das Menschenbild des Grundgesetzes, in: Engel/Morlok (Hrsg.), Öffentliches Recht als ein Gegenstand ökonomischer Forschung, 1998, S. 31–48
- Grosser, Hans-Dieter*, Die Realisierung staatlicher Ersatzansprüche durch die öffentliche Hand, in: Die Verwaltung 17 (1984), S. 329–354
- Großfeld, Bernhard*, Die Privatstrafe. Ein Beitrag zum Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, Frankfurt am Main u.a., 1961
- Grote, Rainer/Marauhn, Thilo (Hrsg.), EMRK/GG. Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, Tübingen 2006
- Grundmann, Stefan*, Europäisches Schuldvertragsrecht. Das europäische Recht der Unternehmensgeschäfte (nebst Texten und Materialien zur Rechtsangleichung), Berlin u.a., 1999
- Grzeszick, Bernd*, Subjektive Gemeinschaftsrechte als Grundlage des europäischen Staatshaftungsrechts, in: EuR 1998, S. 417–434
- , Rechte und Ansprüche. Eine Rekonstruktion des Staatshaftungsrechts aus den subjektiven öffentlichen Rechten, Tübingen 2002
- , Läßt sich eine Verfassung kalkulieren?, in: JZ 2003, S. 647–655
- , Anmerkung, in: JZ 2006, S. 795–798
- , Hoheitskonzept – Wettbewerbskonzept, in: Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. IV, 3. Aufl. 2006, § 78 (S. 367–393)

- , [Buchbesprechung von Gromitsaris, Rechtsgrund und Haftungsauslösung im Staatshaftungsrecht, 2006], in: Die Verwaltung 40 (2007), S. 600–605
- , Grundrechte und Staatshaftung, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. III, 2009, § 75 (S. 781–827)
- , Die Europäisierung des Rechts und die Demokratisierung Europas. Zu den genuin demokratischen Grenzen der Integration nach dem BVerfG-Urteil über den Vertrag von Lissabon, in: Axer/Grzeszick/Kahl/Mager/E. Reimer (Hrsg.), Europäisches Verwaltungsrecht in der Konsolidierungsphase, in: Die Verwaltung, Beiheft 10 (2010), S. 95–119
- , Staatshaftungsrecht, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2010, §§ 43–48 (S. 931–1040)
- , Case C-440/07 P, *Schneider Electric SA v. Commission*, Judgment of the European Court of Justice (Grand Chamber) of 16 July 2009, [2009] ECR I-6413, in: CMLR 48 (2011), S. 907–923
- , Kausalität und normative Verantwortlichkeitszurechnung im Rahmen der außervertraglichen Haftung der Europäischen Union, in: Staat, Verwaltung und Rechtsschutz. Festschrift für Wolf-Rüdiger Schenke zum 70. Geburtstag, hrsg. von Peter Baumeister, Wolfgang Roth und Josef Ruthig, Berlin 2011, S. 739–757
- Guckelberger, Annette*, Die Verjährung im Öffentlichen Recht, Tübingen 2004
- , Verjährung von Staatshaftungsansprüchen wegen Unionsrechtsverstößen, in: EuR 2011, S. 75–87
- Gundel, Jörg*, Die Bestimmung des richtigen Anspruchsgegners der Staatshaftung für Verstöße gegen Gemeinschaftsrecht – Zugleich zum Verhältnis zwischen gemeinschaftsrechtlichen Haftungsanforderungen und nationalem Staatshaftungsrecht, in: DVBl 2001, S. 95–102
- , Gemeinschaftsrechtliche Haftungsvorgaben für judikatives Unrecht – Konsequenzen für die Rechtskraft und das deutsche »Richterprivileg« (§ 839 Abs. 2 BGB). Zugleich Anmerkung zu EuGH, 30.9.2003 – Rs. C-224/01, Gerhard Köbler/Republik Österreich, EWS 2004, 19, in: EWS 2004, S. 8–16
- Gusy, Christoph*, »Wirklichkeit« in der Rechtsdogmatik, in: JZ 1991, S. 213–222
- , Richterrecht und Grundgesetz, in: DÖV 1992, S. 461–470
- Haack, Stefan*, Grundsätzliche Anerkennung der außervertraglichen Haftung der EG für rechtmäßiges Verhalten nach Art. 288 Abs. 2 EG – Anmerkungen zum Urteil des Gerichts erster Instanz (EuG) vom 14. 12. 2005, Rs. T-69/00, *Fabbrica italiana accumulatori motocarri Montecchio SPA (FIAMM)/Rat der Europäischen Union und Kommission der Europäischen Gemeinschaften*, in: EuR 2006, S. 696–705
- , Verlust der Staatlichkeit, Tübingen 2007
- , *Luxemburg locuta, causa finita*: Außervertragliche Haftung der EG für rechtmäßiges Verhalten nach Art. 288 Abs. 2 EGV (= Art. 340 Abs. 2 AEUV) ade? Anmerkung zu dem Urteil des EuGH vom 9.9.2008 in den verb. Rs. C-120/06 P und C-121/06 P, in: EuR 2009, S. 667–674
- , Entschädigungspflichtige Grundrechtseingriffe außerhalb des Eigentumsschutzes, in: DVBl 2010, S. 1475–1483
- Haas, Diether*, System der öffentlichrechtlichen Entschädigungspflichten, Karlsruhe 1955
- , Referat [zur Frage: Empfiehlt es sich, die Folgen rechtswidrigen hoheitlichen Verwaltungshandelns gesetzlich zu regeln (Folgenbeseitigung – Folgenentschädigung)?], in: Verhandlungen des siebenundvierzigsten Deutschen Juristentags, Nürnberg 1968, hrsg.

- von der Ständigen Deputation des Deutschen Juristentages, Bd. II: Sitzungsberichte, München 1969, S. L 32–48
- Häberle, Peter*, Vielfalt der Property Rights und der verfassungsrechtliche Eigentumsbegriff, in: Manfred Neumann (Hrsg.), Ansprüche, Eigentums- und Verfügungsrechte. Arbeitstagung des Vereins für Socialpolitik/Gesellschaft für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften in Basel 1983, Berlin 1984, S. 63–102
- , Gemeineuropäisches Verfassungsrecht, in: EuGRZ 1991, S. 261–274
- Habermas, Jürgen*, Die Neue Unübersichtlichkeit. Kleine Politische Schriften V, Frankfurt am Main 1985
- Häde, Ulrich*, Staatshaftung für legislatives Unterlassen. Zugleich zum Urteil des EuGH vom 19. 11. 1991, Rs. C-6/90 und C-9/90, in: BayVBl 1992, S. 449–456
- Häfelin, Ulrich/Müller, Georg/Uhlmann, Felix*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich u.a., 2010
- Haft, Fritjof/Hof, Hagen/Wesche, Steffen (Hrsg.), Bausteine zu einer Verhaltenstheorie des Rechts, Baden-Baden 2001
- Hailbronner, Kay*, Staatshaftung bei säumiger Umsetzung von EG-Richtlinien. Zur Entscheidung des EuGH v. 19. 11. 1991 – Rs. C 6/90 und C 9/90, in: JZ 1992, S. 284–289
- /Jochum, Georg, Europarecht I. Grundlagen und Organe, Stuttgart 2005
- /Wilms, Heinrich (Hrsg.), Recht der Europäischen Union, Kommentar, Loseblatt, 3 Bände, Stuttgart u.a., Stand: 20. Ergänzungslieferung, Januar 2010
- Hain, Karl-E.*, Folgenbeseitigung und Folgenentschädigung, in: VerwArch 95 (2004), S. 498–514
- Hallstein, Walter*, Angleichung des Privat- und Prozessrechts in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, in: RabelsZ 28 (1964), S. 211–231
- , Die Europäische Gemeinschaft, Düsseldorf u.a., 1973
- Halter, Ulrich*, Geld und Recht, in: Hartmut Bauer/Detlef Czybulka/Wolfgang Kahl/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), Wirtschaft im offenen Verfassungsstaat. Festschrift für Reiner Schmidt zum 70. Geburtstag, München 2006, S. 693–719
- , Europarecht. Dogmatik im Kontext, Tübingen, 1. Aufl. 2005, 2. Aufl. 2007
- Halter, Ulrich R./Mayer, Franz C./Möllers, Christoph R.*, Wesentlichkeitstheorie und Gerichtsbarkeit. Zur institutionellen Kritik des Gesetzesvorbehalts, in: Die Verwaltung 30 (1997), S. 51–74
- Hamann* [ohne Vorname], Anmerkung, in: NJW 1953, S. 1217
- Hamilton, Alexander/Madison, James/Jay, John*, The Federalist Papers, hrsg. von Garry Wills, New York u.a., 1982
- /–, Die Federalist Papers. Vollständige Ausgabe, hrsg. von Barbara Zehnpfennig, München 2007
- Haratsch, Andreas*, Anmerkung, in: JZ 2006, S. 1176–1178
- /Koenig, Christian/Pechstein, Matthias, Europarecht, 8. Aufl., Tübingen 2012
- Hart, H. L. A.*, American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream, in: ders. (Hrsg.), Essays in Jurisprudence and Philosophy, Oxford 1983, S. 123–144
- Hartmann, Bernd J.*, Die abgesenkte Besoldung in den neuen Ländern und das Alimentsprinzip, in: NJ 2001, S. 455–458
- , 20 Jahre Rechtskulturschock, in: JuS 2003, S. 309 f.
- , Die Subsidiarität der Feststellungsklage im Verwaltungs- und Zivilprozess, in: JuS 2005, Heft 1, S. XXVI
- , Volksgesetzgebung und Grundrechte, Berlin 2005

- , Volksgesetzgebung: Ausüben von Staatsgewalt oder Ausleben von Freiheit?, in: DVBl 2006, S. 1269–1277
- , Amtshaftung für Volksgesetzgebung, in: VerwArch 98 (2007), S. 500–522
- , Eigeninteresse und Gemeinwohl bei Wahlen und Abstimmungen, in: AöR 134 (2009), S. 1–34
- , [Besprechung von] Peter Neumann, Sachunmittelbare Demokratie im Bundes- und Landesverfassungsrecht unter besonderer Berücksichtigung der neuen Länder, 2009, in: Lars P. Feld/Peter M. Huber/Otmar Jung/Christian Welzel/Fabian Wittreck (Hrsg.), JdD 1 (2009), S. 336–339
- , Rechtsgebietsübergreifende Fortgeschrittenen-Klausur: Judge Posner, ein Kind und viele Schafe, in: ZJS 2010, S. 633–639
- , Perspektiven der ökonomischen Analyse des öffentlichen Haftungsrechts, in: Der Staat 50 (2011), S. 61–71
- , Alignment of national government liability law in Europe after *Francovich*, in: ERA Forum 12 (2012), S. 613–623
- , Zur ökonomischen Analyse des öffentlichen Haftungsrechts, in: Zwierlein (Hrsg.), Sicherheit und Krise, 2012, S. 162–179
- /Apfel, Henner, Das Grundrecht auf ein faires Strafverfahren, in: Jura 2008, S. 495–501
- Hase, Friedhelm, Der Herstellungsanspruch bei pflichtwidrig unterlassener Beratung, in: SGB 2001, S. 593–600
- Hatje, Armin, Die Haftung der Mitgliedstaaten bei Verstößen des Gesetzgebers gegen europäisches Gemeinschaftsrecht – Zum Urteil des Bundesgerichtshofs vom 24. 10. 1996 (Brasserie du pêcheur), in: EuR 1997, S. 297–310
- , Die gemeinschaftsrechtliche Steuerung der Wirtschaftsverwaltung. Grundlagen, Erscheinungsformen, verfassungsrechtliche Grenzen am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland, Baden-Baden 1998
- Hattenhauer, Hans (Hrsg.), Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794, 3. Aufl., Neuwied u.a., 1996
- Haueisen, Fritz, Folgenbeseitigung und Amtshaftung, in: DVBl 1973, S. 739–744
- Haverkate, Görg, Amtshaftung bei legislativem Unrecht und die Grundrechtsbindung des Gesetzgebers, in: NJW 1973, S. 441–444
- , Neues und Altes zum Staatshaftungsrecht, in: ZRP 1977, S. 33–40
- Hebeler, Timo, »Mischverwaltung« – Verfassungsrechtlicher Argumentationstopos oder lediglich staats- und verwaltungswissenschaftliche Umschreibung eines Phänomens bundesstaatlicher Ebenenverflechtung?, in: Gabriele Bauschke/Stefan Becker/Berit Brauser-Jung (Hrsg.), Pluralität des Rechts – Regulierung im Spannungsfeld der Rechtsebenen, Stuttgart 2003, S. 37–55
- , Verwaltungspersonal. Eine rechts- und verwaltungswissenschaftliche Strukturierung, Baden-Baden 2008
- /Knappstein, Julia, Horizontale Personallenkungsmaßnahmen im Beamtenrecht – Grundsätzliche Überlegungen und die neue Rechtslage nach dem novellierten Bundesbeamtengesetz, in: ZBR 2010, S. 217–222
- Heghmanns, Michael, Abweichungen vom Nettoeinkommensprinzip bei der Bemessung von Geldstrafen, in: NStZ 1994, S. 519–523
- Heidenhain, Martin, Folgen rechtswidrigen hoheitlichen Verwaltungshandelns, in: JZ 1968, S. 487–494
- Heinemann, Ingo, Public Choice und moderne Demokratietheorie, Frankfurt 1999

- Heintzen, Markus*, Staatshaushalt, in: Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, 3. Aufl., Heidelberg 2007, § 120 (S. 1175–1225)
- Heinze, Christian*, Zivilprozessrecht unter europäischem Einfluss, in: JZ 2011, S. 709–716
- Henke, Wilhelm*, Die Rechtsformen der sozialen Sicherung und das Allgemeine Verwaltungsrecht, in: VVDStRL 28 (1970), S. 149–185
- Henrichs, Christoph*, Haftung der EG-Mitgliedstaaten für Verletzung von Gemeinschaftsrecht. Die Auswirkungen des Francovich-Urteils des Europäischen Gerichtshofs in den Rechtsordnungen der Gemeinschaft und der Mitgliedstaaten, Baden-Baden 1995
- Herdegen, Matthias*, Die Haftung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft für fehlerhafte Rechtsetzungsakte, Berlin 1983
- , Zur Haftung für fehlerhafte Verordnungen im Recht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, in: NVwZ 1984, S. 344–348
- , Standortsicherung durch Rechtsprechung, in: Ebenroth/Hesselberger/Rinne (Hrsg.), FS Boujong, 1996, S. 869–883
- , Europarecht, 14. Aufl., München 2012
- /Rensmann, Thilo, Die neuen Konturen der gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftung, in: ZHR 161 (1997), S. 522–555
- Hermes, Georg*, Der Grundsatz der Staatshaftung für Gemeinschaftsrechtsverletzungen, in: Die Verwaltung 31 (1998), S. 371–400
- , Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, in: VVDStRL 61 (2002), S. 119–154
- , Folgenberücksichtigung in der Verwaltungspraxis und in einer wirkungsorientierten Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, 2004, S. 359–385
- Herzberg, Rolf D.*, Die ratio legis als Schlüssel zum Gesetzesverständnis? – Eine Skizze und Kritik der überkommenen Auslegungsmethodik, in: JuS 2005, S. 1–8
- Herzog, Roman*, Gesetzgeber und Gerichte, in: Ein Richter, ein Bürger, ein Christ. Festschrift für Helmut Simon, hrsg. von Willy Brandt, Helmut Gollwitzer und Johann Friedrich Henschel, Baden-Baden 1987, S. 103–112
- /Gerken, Lüder, Stoppt den Europäischen Gerichtshof, in: FAZ Nr. 210 v. 08.09.2008, S. 8
- /–, Stoppt den Europäischen Gerichtshof, in: DRiZ 2009, S. 141–144
- Heselhaus, Sebastian*, Die Verjährung im Staatshaftungsrecht nach der Schuldrechtsreform, in: DVBl 2004, S. 411–417
- Hesse, Konrad*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., Heidelberg 1995, Neudruck Heidelberg 1999
- Hey, Johanna*, Steuerplanungssicherheit als Rechtsproblem, Köln 2002
- Hidien, Jürgen W.*, Die gemeinschaftsrechtliche Staatshaftung der EU-Mitgliedstaaten, Baden-Baden 1999
- Hilgendorf, Eric*, Bedingungen gelingender Interdisziplinarität – am Beispiel der Rechtswissenschaft, in: JZ 2010, S. 913–922
- Hillgruber, Christian*, Grenzen der Rechtsfortbildung durch den EuGH – Hat Europarecht Methode?, in: Thomas von Danwitz/Markus Heintzen/Matthias Jestaedt/Stefan Koriath/Michael Reinhardt (Hrsg.), Auf dem Wege zu einer Europäischen Staatlichkeit. 33. Tagung der Wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Fachrichtung »Öffentliches Recht« Bonn 1993, Stuttgart u.a., 1993, S. 31–46
- , Richterliche Rechtsfortbildung als Verfassungsproblem, in: JZ 1996, S. 118–125

- , »Neue Methodik« – Ein Beitrag zur Geschichte der richterlichen Rechtsfortbildung in Deutschland, in: JZ 2008, S. 745–755
- Hirsch, Günter*, [ECLR] Das Rechtsgespräch im Europäischen Gerichtshof, in: ZGR 2002, S. 1–19
- , Auf dem Weg zum Richterstaat? Vom Verhältnis des Richters zum Gesetzgeber in unserer Zeit, in: JZ 2007, S. 853–858
- Hirschleifer, Jack*, Comment, in: J. Law & Econ. 19 (1976), S. 241–244
- Hobe, Stephan*, RIW-Kommentar, in: RIW 2000, S. 389 f.
- , Europarecht, 7. Aufl., München 2012
- /*Biehl, Dirk/Schroeter, Nicolai*, Europarechtliche Einflüsse auf das Recht der deutschen kommunalen Selbstverwaltung, Stuttgart u.a., 2004
- Hoeren, Thomas*, High-noon im europäischen Immaterialgüterrecht. Überlegungen zum Vorschlag für eine EU-Richtlinie über die Maßnahmen und Verfahren zum Schutz der Rechte an geistigem Eigentum, in: MMR 2003, S. 299–303
- , The European Union Commission and Recent Trends in European Information Law, in: Rutgers Computer & Technology Law Journal 29 (2003), S. 1–31
- , Abschaffung des fliegenden Gerichtsstands?, in: ZRP 2009, S. 223
- Hof, Hagen/Schulte, Martin*, Nachwort, in: dies. (Hrsg.), Wirkungsforschung zum Recht III. Folgen von Gerichtsentscheidungen, Baden-Baden 2001, S. 351 f.
- Hofacker, Wilhelm*, Ordentlicher Rechtsweg und Verwaltungsrechtsweg, in: AcP 118 (1920), S. 281–349
- Höffe, Otfried*, Die Alte Welt im Recht, in: FAZ Nr. 114 v. 18. 05. 2009, S. 7
- Hoffmann-Riem, Wolfgang*, Organisationsrecht als Steuerungsressource – Perspektiven der verwaltungsrechtlichen Systembildung, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, 1997, S. 355–395
- , Tendenzen in der Verwaltungsrechtsentwicklung, in: DÖV 1997, S. 433–442
- , Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht – Einleitende Problemskizze, in: ders./Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Effizienz als Herausforderung, 1998, S. 11–57
- , Methoden einer anwendungsorientierten Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, 2004, S. 9–72
- , Zwischenschritte zur Modernisierung der Rechtswissenschaft, in: JZ 2007, S. 645–652
- , Offene Rechtswissenschaft. Ausgewählte Schriften von Wolfgang Hoffmann-Riem mit begleitenden Analysen, red. von Edmund Brandt, Martin Eifert, Bernd Holznagel, Jens-Peter Schneider, Margarete Schuler-Harms, Wolfgang Schulz und Thomas Vesting, Tübingen 2010
- /Schmidt-Aßmann, Eberhard (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, Baden-Baden 1996
- /– (Hrsg.), Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht, Baden-Baden 1998
- /–/Schuppert, Gunnar Folke (Hrsg.), Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts. Grundfragen, Baden-Baden 1993
- /–/Voßkuhle, Andreas (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I: Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation, 2. Aufl., München 2012; Bd. II: Informationsordnung, Verwaltungsverfahren, Handlungsformen, München 2008, Bd. III: Personal, Finanzen, Kontrolle, Sanktionen, Staatliche Einstandspflichten, München 2009
- /–/–, Vorwort zur ersten Auflage, in: dies. (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. 2012, S. IX f.
- Höfling, Wolfram*, [Diskussionsbeitrag], in: VVDStRL 61 (2002), S. 462–465

- , Primär- und Sekundärrechtsschutz im Öffentlichen Recht, in: VVDStRL 61 (2002), S. 260–299
- , Rechtliche Mittel, Maßstäbe und Schranken der staatlichen Beeinflussung des Ernährungsverhaltens, in: ZLR 2006, S. 121–133
- , Vom überkommenen Staatshaftungsrecht zum Recht der staatlichen Einstandspflichten, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. III, 2009, § 51 (S. 945–1009)
- /Engels, Andreas, Grundrechtsausübung unter richterlichem Gemeinwohlvorbehalt?, in: ZG 23 (2008), S. 250–263
- Hofmann, Ekkehard, Abwägung im Recht. Chancen und Grenzen numerischer Verfahren im Öffentlichen Recht, Tübingen 2007
- Holmes, O[liver] W[endell] Jr., The Path of the Law, in: Harv. L. Rev. 10 (1897), S. 457–478
- , The Common Law, Boston 1881, zit. nach der Faksimileausgabe Gale, The Making of Modern Law, online unter <http://galenet.galegroup.com/servlet/MOML?af=RN&ae=F3700045219&srchtp=a&=14> (Abfrage: 05.06.2012) = ders., dass., hrsg. von G. Edward White, Cambridge u.a., 2009
- Holznapel, Bernd, Rundfunkrecht in Europa. Auf dem Weg zu einem Gemeinrecht europäischer Rundfunkordnungen, Tübingen 1996
- , Neues europäisches Recht für elektronische Kommunikation, in: Rechtstheorie 34 (2003), S. 307–316
- , Entschädigung von Wegerechten beim Bau von Energietransportleitungen: Sind die Entschädigungsmaßstäbe bei privatnütziger Enteignung noch zeitgemäß?, in: DÖV 2010, S. 847–852
- /Grünwald, Andreas, Europäisierung und Globalisierung von Kommunikation und Recht, in: Michael Klopfer (Hrsg.), Kommunikation – Technik – Recht. Kommunikationsrecht in der Technikgeschichte, Berlin 2002, S. 259–285
- Homann, Karl, Rationalität und Demokratie, Tübingen 1988
- Hömig, Dieter (Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 9. Aufl., Baden-Baden 2010
- Honsell, Heinrich, Der Strafgedanke im Zivilrecht – ein juristischer Atavismus, in: Festschrift für Harm Peter Westermann zum 70. Geburtstag, hrsg. von Lutz Aderhold, Barbara Grunewald, Dietgard Klingberg und Walter G. Paefgen, Köln 2008, S. 315–336
- Horn, Norbert, Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie, 5. Aufl., Heidelberg u.a., 2011
- Huber, Ernst Rudolf, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Bd. II: Der Kampf um Einheit und Freiheit 1830 bis 1850, 2. Aufl., Stuttgart u.a., 1960 (Nachdruck 1975)
- (Hrsg.), Dokumente zur Deutschen Verfassungsgeschichte, Bd. 1: Deutsche Verfassungsdokumente 1803–1850, 3. Aufl., Stuttgart u.a., 1978
- Huber, Peter Michael, Das duale Regelungsregime als Sackgasse der Europäisierung, in: Max-Emanuel Geis/Dieter Lorenz (Hrsg.), Staat – Kirche – Verwaltung, Festschrift für Hartmut Maurer, 2001, S. 1165–1176
- /Streinz, Rudolf/Bungenberg, Marc, Der Staat in der Finanz- und Wirtschaftskrise – Einführung, in: WiVerw 2010, S. 1–5
- Huerkamp, Florian/Wielpütz, Dinab, Gerichtliche Untätigkeit – Aktuelle Probleme der Untätigkeitsverfassungsbeschwerde, in: JZ 2011, S. 139–144
- Hufen, Friedhelm, Verwaltungsprozessrecht, 8. Aufl., München 2011

- Hummer, Waldemar/Vedder, Christoph*, Europarecht in Fällen. Die Rechtsprechung des EuGH, des EuG und deutscher und österreichischer Gerichte, 4. Aufl., Baden-Baden 2005
- /–*Lorenzmeier, Stefan*, Europarecht in Fällen. Die Rechtsprechung des EuGH, des EuG und deutscher und österreichischer Gerichte, 5. Aufl., Baden-Baden 2012
- Igl, Gerhard/Welti, Felix*, Sozialrecht. Ein Studienbuch, 8. Aufl., Düsseldorf 2007
- Ipsen, Hans Peter*, Enteignung und Sozialisierung, in: VVDStRL 10 (1952), S. 74–123
- Ipsen, Jörn*, Richterrecht und Verfassung, Berlin 1975
- , Enteignung, enteignungsgleicher Eingriff und Staatshaftung – Zu den Auswirkungen der Eigentumsrechtsprechung des BVerfG auf die Haftung für staatliches Unrecht, in: DVBl 1983, S. 1029–1038
- , Verfassungsrechtliche Schranken des Richterrechts, in: DVBl 1984, S. 1102–1107
- , Mandatsträger als Amtsträger?, in: NdsVBl 2006, 321–324
- , Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., München 2011
- , Grundlagen des Verwaltungsrechts. Ein großer Bestand an Altem im vorgeblich Neuen, in: Die Verwaltung 44 (2011), S. 290–297
- Isensee, Josef*, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht. Eine Studie über das Regulativ des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft, 1. Aufl., Berlin 1968, 2. Aufl. mit Nachtrag »Die Zeitperspektive 2001. Subsidiarität – das Prinzip und seine Prämissen«, Berlin 2001
- , [Besprechung von Horst Sandler, Über Michael Kohlhaas – damals und heute], in: Der Staat 26 (1987), S. 149–151
- , Gerechtigkeit – zeitlose Idee im Verfassungsstaat der Gegenwart, in: Gerechtigkeit heute. Anspruch und Wirklichkeit, hrsg. im Auftrag des Direktoriums der Salzburger Hochschulwochen von Heinrich Schmidinger, Innsbruck u.a., 2000, S. 253–292
- , Konkretisierung des Gemeinwohls in der freiheitlichen Demokratie, in: Hans Herbert von Arnim/Karl-Peter Sommermann (Hrsg.), Gemeinwohlgefährdung und Gemeinwohlsicherung. Vorträge und Diskussionsbeiträge auf der 71. Staatswissenschaftlichen Fortbildungstagung vom 12. bis 14. März 2003 an der Deutschen Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer, Berlin 2004, S. 95–117
- , Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz, in: ders./P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI, 3. Aufl. 2008, § 126 (S. 3–199)
- /Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland
 Bd. II: Verfassungsstaat, 3. Aufl., Heidelberg 2004
 Bd. IV: Aufgaben des Staates, 3. Aufl., Heidelberg 2006
 Bd. V: Rechtsquellen, Organisation, Finanzen, 3. Aufl., Heidelberg 2007
 Bd. VI: Bundesstaat, 3. Aufl., Heidelberg 2008
 Bd. VII: Normativität und Schutz der Verfassung – Internationale Beziehungen, Heidelberg 1992
 Bd. VIII: Grundrechte: Wirtschaft, Verfahren, Gleichheit, 3. Aufl., Heidelberg 2010
- Itzel, Peter*, Neuere Entwicklungen im Amts- und Staatshaftungsrecht – Rechtsprechungsüberblick 2009, in: MDR 2010, S. 426–431
- Jacobs, Rainer*, Staatshaftungsrecht, München 1982
- Jacoby, Sigrid*, Allgemeine Rechtsgrundsätze. Begriffsentwicklung und Funktion in der Europäischen Rechtsgeschichte, Berlin 1997
- Jaenicke, Günther*, Gefährdungshaftung im öffentlichen Recht?, in: VVDStRL 20 (1963), S. 135–184

- Jaffe, Louis L.*, Suits Against Governments and Officers: Damage Actions, in: Harv. L. Rev. 77 (1963), S. 209–239
- Jans, J[an] H./de Lange, R[oel]/Prechal, S[acha]/Widdershoven, R[ob] J. G. M.*, Europeanisation of Public Law, Groningen 2007
- Jansen, Nils*, Die Abwägung von Grundrechten, in: Der Staat 36 (1997), S. 27–54
- , Die Struktur der Gerechtigkeit, Baden-Baden 1998
 - , The Idea of a Lost Chance, in: Oxford Journal of Legal Studies 19 (1999), S. 271–296
 - , Auf dem Weg zu einem europäischen Haftungsrecht, in: ZEuP 9 (2001), S. 30–65
 - , Das Problem der Rechtswidrigkeit bei § 823 Abs. 1 BGB, in: AcP 202 (2002), S. 517–554
 - , Tagespolitik, Wertungswandel und Rechtsdogmatik. Zur Reform des Schadensersatzrechts 2002, in: JZ 2002, S. 964–969
 - , Bürgerliche Pflichtenordnung oder flexibler Rechtsgüterschutz? Zur Struktur des europäischen Haftungsrechts in Geschichte und moderner Dogmatik, in: ZEuP 2003, S. 490–513
 - , Die Struktur des Haftungsrechts. Geschichte, Theorie und Dogmatik außervertraglicher Ansprüche auf Schadensersatz, Tübingen 2003
 - , Binnenmarkt, Privatrecht und europäische Identität. Eine historische und methodische Bestandsaufnahme, Tübingen 2004
 - , Duties and Rights in Negligence: A Comparative and Historical Perspective on the European Law of Extracontractual Liability, in: Oxf. J. Leg. Stud. 24 (2004), S. 443–469
 - , Konturen eines europäischen Schadensrechts, in: JZ 2005, S. 160–173
 - , Principles of European Tort Law? Grundwertungen und Systembildung im europäischen Haftungsrecht, in: RabelsZ 70 (2006), S. 732–770
 - , [Diskussionsbeitrag] in: Egon Lorenz (Hrsg.), Karlsruher Forum 2007: Folgenrechnung im Schadensersatzrecht: Gründe und Grenzen, Karlsruhe 2008, S. 131–133
 - , Deliktsrecht: Allgemeines und *lex Aquilia*, in: Basedow/Hopt/Zimmermann (Hrsg.), Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts I, 2009, S. 305–309
 - , *Ius commune* (Gemeines Recht), in: Basedow/Hopt/Zimmermann (Hrsg.), Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts I, 2009, S. 916–920
 - , Developing legal doctrine: fault in the German law of delict, in: ders. (Hrsg.), Development and Making of Legal Doctrine, 2010, S. 96–125
 - , The authority of an academic ‘Draft Common Frame of Reference’, in: Hans-W. Micklitz/Fabrizio Cafaggi (Hrsg.), European Private Law after the Common Frame of Reference, Cheltenham u.a., 2010, S. 147–172
 - (Hrsg.), The Development and Making of Legal Doctrine: The Comparative Study of the Development of Torts in Europe, Bd. 6, Cambridge 2010
 - , The development of legal doctrine in Europe. Extracontractual liability for fault, in: ders. (Hrsg.), Development and Making of Legal Doctrine, 2010, S. 1–45
 - , The Making of Legal Authority. Non-legislative Codifications in Historical and Comparative Perspective, Oxford 2010
 - /Michaels, Ralf (Hrsg.), Beyond the State. Rethinking Private Law, Tübingen 2008
 - /Rademacher, Lukas, Punitive Damages in Germany, in: Helmut Koziol/Vanessa Wilcox (Hrsg.), Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives, Wien 2009, S. 75–86
- Janson, Gunnar*, Ökonomische Theorie im Recht. Anwendbarkeit und Erkenntniswert im allgemeinen und am Beispiel des Arbeitsrechts, Berlin 2004
- Jarass, Hans D.*, Der Vorbehalt des Gesetzes bei Subventionen, in: NVwZ 1984, S. 473–480

- , EG-Recht und nationales Rundfunkrecht. Zugleich ein Beitrag zur Reichweite der Dienstleistungsfreiheit, in: EuR 1986, S. 75–94
- , EG-Kompetenzen und das Prinzip der Subsidiarität nach Schaffung der Europäischen Union, in: EuGRZ 1994, S. 209–219
- , Grundfragen der innerstaatlichen Bedeutung des EG-Rechts. Die Vorgaben des Rechts der Europäischen Gemeinschaft für die nationale Rechtsanwendung und die nationale Rechtsetzung nach Maastricht, Köln u.a., 1994
- , Haftung für die Verletzung von EU-Recht durch nationale Organe und Amtsträger, in: NJW 1994, S. 881–886
- , Konflikte zwischen EG-Recht und nationalem Recht vor den Gerichten der Mitgliedsstaaten, in: DVBl 1995, S. 954–962
- , Die Kompetenzverteilung zwischen der Europäischen Gemeinschaft und den Mitgliedsstaaten, in: AöR 121 (1996), S. 173–199
- , Europäisierung des Immissionschutzrechts, in: UPR 2000, S. 241–247
- , Europäisierung des Planungsrechts, in: DVBl 2000, S. 945–952
- , Inhalts- und Schrankenbestimmung oder Enteignung?, in: NJW 2000, S. 2841–2845
- , Europäisierung des Immissionschutzrechts, in: Erbguth (Hrsg.), Europäisierung des nationalen Umweltrechts, 2001, S. 57–72
- (Hrsg.), Europäisierung der Raumplanung. Symposium aus Anlass des 40-jährigen Bestehens des Zentralinstituts für Raumplanung am 30. September 2004, Berlin 2005
- /Beljin, Saša, Casebook Grundlagen des EG-Rechts, Baden-Baden 2003
- /–, Unmittelbare Anwendung des EG-Rechts und EG-rechtskonforme Auslegung, in: JZ 2003, S. 768–777
- /Pieroth, Bodo, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar, 10. Aufl., München 2009, 11. Aufl., München 2011
- Jaron Jr., Martin J., The Threat of Personal Liability Under the Federal Civil Rights Act: Does It Interfere with the Performance of State and Local Government?, in: The Urban Lawyer 13 (1981), S. 1–26
- Jauernig, Othmar (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch mit Allgemeinem Gleichbehandlungsgesetz (Auszug). Kommentar, 14. Aufl., München 2011
- (Begr.)/Hess, Burkhard, Zivilprozessrecht. Ein Studienbuch, 30. Aufl., München 2011
- Jellinek, Georg, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 1. Aufl., Freiburg i. B. 1892, 2. Aufl., Tübingen 1905
- Jellinek, Walter, Der Schutz des öffentlichen Rechts durch ordentliche und durch Verwaltungsgerichte (Fortschritte, Rückschritte und Entwicklungstendenzen seit der Revolution), in: VVDStRL 2 (1925), S. 8–80
- , Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Berlin 1931
- , Verwaltungsrecht – Nachtrag (zur 3. Aufl. 1931), Offenburg 1950
- , Schadensersatz aus Amtshaftung und Enteignungsschädigung, in: JZ 1955, S. 147–149
- Jesch, Dietrich, Gesetz und Verwaltung. Eine Problemstudie zum Wandel des Gesetzmäßigkeitsprinzipes, 2. Aufl., Tübingen 1968
- Jestaedt, Matthias, Rechtsprechung und Rechtsetzung – eine deutsche Perspektive, in: Erbguth/Masing (Hrsg.), Die Bedeutung der Rechtsprechung im System der Rechtsquellen, 2005, S. 25–79
- , Das mag in der Theorie richtig sein ... Vom Nutzen der Rechtstheorie für die Rechtspraxis, Tübingen 2006

- , Der »Europäische Verfassungsgerichtsverbund« in (Verfahrenskenn-)Zahlen. Die Arbeitslast von BVerfG, EuGH und EGMR im Vergleich, in: JZ 2011, S. 872–879
- , Richterliche Rechtsetzung statt richterlicher Rechtsfortbildung. Methodologische Betrachtungen zum sog. Richterrecht, in: Bumke (Hrsg.), Richterrecht, 2012, S. 49–69
- /Lepsius, Oliver (Hrsg.), Rechtswissenschaftstheorie, Tübingen 2008
- Jhering, Rudolph*, Das Schuldmoment im römischen Privatrecht. Eine Festschrift, Gießen 1867
- , Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, laut Vorrede »erste[r] Theil«, 1. Aufl., Leipzig 1852, 6. Aufl., Leipzig 1907 (letztere zitiert nach der 10. Aufl. des Nachdruck des Scientia Verlags, Aalen 1968)
- Jhering, Rudolf von*, Der Kampf um's Recht, 1. Aufl., Wien 1872, 17. Aufl., Wien 1910
- Jochum, Georg*, Steuerrecht I. Grundlagen, Allgemeines Steuerrecht, Internationales Steuerrecht, Stuttgart 2010
- /Pettersson, Niels P., Vom »Mitregieren« zu demokratischer Legitimation: Institutionelle Architektur und politische Legitimation im Vereinten Europa, in: dies./Schröder, Wolfgang M./Ullrich, Katrin, Legitimationsgrundlagen einer europäischen Verfassung. Von der Volkssouveränität zur Völkersouveränität, hrsg. von einer Forschergruppe der Heidelberger Akademie der Wissenschaften, Berlin 2007, S. 151–196
- Joerden, Jan C.*, Logik im Recht. Grundlagen und Anwendungsbeispiele, 2. Aufl., Berlin u.a., 2010
- Jolls, Christine/Sunstein, Cass R./Thaler, Richard*, A Behavioral Approach to Law and Economics, in: Stanford Law Review (Stan. L. Rev.) 50 (1998), S. 1471–1549 = dies., in: Sunstein (Hrsg.), Behavioral Law and Economics, 2000, S. 13–58
- Junker, Abbo*, Anmerkung, in: JZ 2008, S. 102–104
- Kadelbach, Stefan*, Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, Tübingen 1999
- Kahl, Wolfgang*, Möglichkeiten und Grenzen des Subsidiaritätsprinzips nach Art. 3b EG-Vertrag, in: AöR 118 (1993), S. 414–446
- , Umweltprinzip und Gemeinschaftsrecht. Eine Untersuchung zur Rechtsidee des »bestmöglichen Umweltschutzes« im EWG-Vertrag, Heidelberg 1993
- , Die Staatsaufsicht. Entstehung, Wandel, Neubestimmung unter besonderer Berücksichtigung der Aufsicht über die Gemeinden, Tübingen 2000
- , Die Konkretisierung verwaltungsrechtlicher Sittlichkeitsklauseln – Zugleich ein Beitrag zur Bedeutung der Demoskopie für die Rechtsanwendung, in: VerwArch 99 (2008), S. 451–480
- , Staatsziel Nachhaltigkeit und Generationengerechtigkeit, in: DÖV 2009, S. 2–13
- , Über einige Pfade und Tendenzen in Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtswissenschaft – ein Zwischenbericht, in: Die Verwaltung 42 (2009), S. 463–500
- , Die Europäisierung des Verwaltungsrechts als Herausforderung an Systembildung und Kodifikationsidee, in: Axer/Grzeszick/Kahl/Mager/E. Reimer (Hrsg.), Das Europäische Verwaltungsrecht in der Konsolidierungsphase, Die Verwaltung, Beiheft 10 (2010), S. 39–93
- , What Is 'New' about the 'New Administrative Law Science' in Germany?, in: EPL 16 (2010), S. 105–121
- , 35 Jahre Verwaltungsverfahrensgesetz – 35 Jahre Europäisierung des Verwaltungsverfahrensrechts, in: NVwZ 2011, S. 449–457
- /Waldhoff, Christian/Walter, Christian (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Loseblatt, 159. Aktualisierung (Stand: Dezember 2012)

- Kalusche, Johannes*, Die Überwachung der Wirtschaftlichkeit im öffentlichen Schulwesen durch die Rechnungshöfe – Ergebnisse einer empirischen Untersuchung, in: *VerwArch* 100 (2009), S. 145–159
- Kant, Immanuel*, Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis (1793), in: ders., *Kleinere Schriften zur Geschichtsphilosophie, Ethik und Politik*, hrsg. von Karl Vorländer, Leipzig 1913, S. 67–113
- Kaplow, Louis*, An Economic Analysis of Legal Transitions, in: *Harv. L. Rev.* 99 (1986), S. 509–617
- /*Shavell, Steven*, Why the Legal System is Less Efficient Than the Income Tax in Redistributing Income, in: *J. Legal Stud.* 23 (1994), S. 667–681
- Karpen, Ulrich*, Gesetzgebungslehre – neu evaluiert. Legistics – freshly evaluated, 2. Aufl., Baden-Baden 2008
- Karpenstein, Ulrich/Johann, Christian*, Der Honeywell-Beschluss – Staatshaftung für unanwendbare Gesetze?, in: *NJW* 2010, S. 3405–3407
- Kauppert, Michael*, Gesellschaftsstruktur und Gerechtigkeit in Heinrich von Kleists *Michael Kohlhaas*, in: Michael Corsten/Hartmut Rosa/Ralph Schrader (Hrsg.), *Die Gerechtigkeit der Gesellschaft*, Wiesbaden 2005, S. 75–99
- Kellner, Martin*, Auswirkungen der Schuldrechtsreform auf die Verjährung im Staatshaftungsrecht, in: *NVwZ* 2002, S. 395–400
- , Anmerkung zu BGH, Urteil vom 22. 10. 2009 – III ZR 295/08 – Drittwirkung der Amtspflicht, in: *DVBl* 2010, S. 799 f.
- Kempen, Bernhard*, Der Eingriff des Staates in das Eigentum. Voraussetzung, Ausgleich und Abwehr durch den Bürger, Köln u.a., 1991
- Kempny, Simon*, Der Beginn gesamtdeutschen Staatshaftungs-Verfassungsrechts, in: *VR* 2011, S. 345–348
- Kenntner, Markus*, Das BVerfG als subsidiärer Superrevisor?, in: *NJW* 2005, S. 785–789
- Kingreen, Thorsten*, Das Sozialstaatsprinzip im europäischen Verfassungsverbund. Gemeinschaftsrechtliche Einflüsse auf das deutsche Recht der gesetzlichen Krankenversicherung, Tübingen 2003
- , Bismarck und Binnenmarkt. Zur Supranationalisierung sozialer Rechte, in: Roth (Hrsg.), *Europäisierung des Rechts*, 2010, S. 89–102
- Kirchgässner, Gebhard*, Führt der homo oeconomicus das Recht in die Irre? – Zur Kritik an der ökonomischen Analyse des Rechts, in: *JZ* 1991, S. 104–111
- , Towards a theory of low-cost decisions, in: *European Journal of Political Economy* 8 (1992), S. 305–320
- , Es gibt keinen Gegensatz zwischen dem Menschenbild des Grundgesetzes und dem homo oeconomicus!, in: Engel/Morlok (Hrsg.), *Öffentliches Recht als ein Gegenstand ökonomischer Forschung*, 1998, S. 49–60
- , Homo Oeconomicus. Das ökonomische Modell individuellen Verhaltens und seine Anwendung in den Wirtschafts- und Sozialwissenschaften, 3. Aufl., Tübingen 2008
- , Homo Oeconomicus. The Economic Model of Behaviour and Its Applications in Economics and Other Social Sciences, New York 2008
- Kirchhof, Gregor*, Grundrechte und Wirklichkeit. Freiheit und Gleichheit aus der Realität begreifen – ein Beitrag zur Grundrechtsdogmatik, Heidelberg 2007
- , Die Allgemeinheit des Gesetzes. Über einen notwendigen Garanten der Freiheit, der Gleichheit und der Demokratie, Tübingen 2009
- , Der rechtliche Schutz vor Feinstaub – subjektive öffentliche Rechte zu Lasten Vierter? Der Wechsel vom Emissions- zum Immissionsprinzip im Luftqualitätsrecht und die

- Folgen für das subjektive öffentliche Recht und die Verhältnismäßigkeitsprüfung, in: AöR 135 (2010), S. 29–77
- Kirchhof, Paul*, Die Steuerung des Verwaltungshandelns durch Haushaltsrecht und Haushaltskontrolle, in: NVwZ 1983, S. 505–515
- , Der Auftrag des Grundgesetzes an die rechtsprechende Gewalt, in: Richterliche Rechtsfortbildung. Erscheinungsformen, Auftrag und Grenzen, Festschrift der Juristischen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, hrsg. von den Hochschullehrern der Juristischen Fakultät der Universität Heidelberg, Heidelberg 1986, S. 11–37
- , Richterliche Rechtsfindung, gebunden an »Gesetz und Recht«, in: NJW 1986, S. 2275–2280
- , Die Bestimmtheit und Offenheit der Rechtssprache, Berlin u.a., 1987
- , Die Aufgaben des Bundesverfassungsgerichts in Zeiten des Umbruchs, in: NJW 1996, S. 1497–1505
- , Der Staat als Organisationsform politischer Herrschaft und rechtlicher Bindung. Kontinuität und Erneuerung des deutschen Verfassungsstaates in Freiheitlichkeit, Weltoffenheit und demokratischer Solidarität, in: DVBl 1999, S. 637–657
- , Das Wort ist stärker als sein Sprecher. Dankrede für den Jacob Grimm Preis, in: FAZ Nr. 273 v. 23. 11. 2005, S. 43
- , Das Maß der Gerechtigkeit. Bringt unser Land wieder ins Gleichgewicht!, München 2009
- , Sprache und Recht, in: Freundeskreis Rechtswissenschaft (Hrsg.), Schlaglichter 8. Ansprachen und Reden an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät Münster im Akademischen Jahr 2008/2009, o.O. (Münster), 2009, S. 3–13
- , Bundessteuergesetzbuch. Ein Reformentwurf zur Erneuerung des Steuerrechts, Heidelberg 2011
- , Rechtsphilosophische Fundierung des Richterrechts: Die Idee des Rechts, in: ders. (Hrsg.), Richterrecht, 2012, S. 71–83
- Kirchner, Christian*, The Difficult Reception of Law and Economics in Germany, in: International Review of Law and Economics 11 (1991), S. 277–292
- , Regulierung durch öffentliches Recht und/oder Privatrecht aus der Sicht der ökonomischen Theorie des Rechts, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 1996, S. 63–84
- , Ökonomische Theorie des Rechts, Berlin 1997
- , Folgenberücksichtigung bei judikativer Rechtsfortbildung und Ökonomische Theorie des Rechts, in: Hof/Schulte (Hrsg.), Wirkungsforschung zum Recht III, 2001, S. 33–43
- , Rationality Assumptions in Law and in Economics: A Reciprocal Learning Process, in: Haft/Hof/Wesche (Hrsg.), Bausteine zu einer Verhaltenstheorie des Rechts, 2001, S. 445–448
- /Koch, Stefan, Norminterpretation und ökonomische Analyse des Rechts, in: Analyse & Kritik 11 (1989), S. 111–133
- Kirchner, Hildebert*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 7. Aufl., Berlin 2013
- Kirsch, Guy*, Neue Politische Ökonomie, 5. Aufl., Stuttgart 2004
- Kischel, Uwe*, Gemeinschaftsrechtliche Staatshaftung zwischen Europarecht und nationaler Rechtsordnung, in: EuR 2005, S. 441–465
- , Darf der Gesetzgeber das Bundesverfassungsgericht ignorieren?, in: AöR 131 (2006), S. 219–254

- Klatt, Matthias*, Theorie der Wortlautgrenze. Semantische Normativität in der juristischen Argumentation, Baden-Baden 2004
- Klein, Eckart*, Vereinheitlichung des Verwaltungsrechts im europäischen Integrationsprozeß, in: Christian Starck (Hrsg.), Rechtsvereinheitlichung durch Gesetze – Bedingungen, Ziele, Methoden – 5. Symposion der Kommission »Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart« am 26. und 27. April 1991, Göttingen 1992, S. 117–146
- , Der Einfluß des Europarechts auf das deutsche Steuerrecht, in: Moris Lehner (Hrsg.), Steuerrecht im Europäischen Binnenmarkt. Einfluß des EG-Rechts auf die nationalen Steuerrechtsordnungen, Köln 1996, S. 7–29
- , Gedanken zur Europäisierung des deutschen Verfassungsrechts, in: Verfassungsstaatlichkeit. Festschrift für Klaus Stern zum 65. Geburtstag, herausgegeben von Joachim Burmeister im Zusammenwirken mit Michael Nierhaus, Günter Püttner, Michael Sachs, Helmut Siekmann und Peter J. Tettinger, München 1997, S. 1301–1315
- Klein, Hans H.*, Die Bedeutung des besonderen Verfassungsprozeßrechts für die Stellung der Verfassungsgerichtsbarkeit im demokratischen Verfassungsstaat, in: Christian Starck (Hrsg.), Fortschritte der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Welt – Teil II. Deutsch-Japanisches Kolloquium vom 25. bis 30. August 2004 in Göttingen und Osnabrück, Baden-Baden 2006, S. 143–156
- Kleist, Heinrich von*, Gesammelte Werke, Dritter Bd.: Erzählungen, Kleine Schriften, Textrevision und Erläuterungen von Peter Goldammer, Berlin 1955
- , Michael Kohlhaas, Hamburger Lesehefte, 35. Bd., o. Aufl., Husum 2011
- , Sämtliche Werke und Briefe, Band 3, hg. von Klaus Müller-Salget, Frankfurt am Main 1990
- Kloepfer, Michael*, Grundrechte als Entstehenssicherung und als Bestandsschutz, München 1970
- , Zur Kodifikation des Umweltrechts in einem Umweltgesetzbuch, in: DÖV 1995, S. 745–754
- , Die europäische Herausforderung – Spannungslagen zwischen deutschem und europäischem Umweltrecht, in: NVwZ 2002, S. 645–657
- , Informationsrecht, München 2002
- , Umweltrecht, 3. Aufl., München 2004
- , Verfassungsrecht II – Grundrechte, München 2010
- , Verfassungsrecht I – Grundlagen, Staatsorganisationsrecht, Bezüge zum Völker- und Europarecht, München 2011
- Kluth, Winfried*, Die Haftung der Mitgliedstaaten für gemeinschaftsrechtswidrige höchstrichterliche Entscheidungen – Schlussstein im System der gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftung – Zugleich ein Plädoyer für eine zeitgemäße Reform des deutschen Staatshaftungsrechts, in: DVBl 2004, S. 393–403
- , Kriterien der Gerechtigkeit – Zur Entwicklung und disziplinären Verortung des wissenschaftlichen Diskurses über Gerechtigkeit, in: ders. (Hrsg.), Facetten der Gerechtigkeit, Baden-Baden 2010
- , Ohne Haftung, FAZ Nr. 268 v. 17. 11. 2011, S. 8
- Knoll, Ernst*, Das Verfahren zur Geltendmachung von Ansprüchen auf Ausgleich von Schäden, welche durch die Wahrnehmung von Hoheitsrechten entstanden sind, in: Verhandlungen des 41. Deutschen Juristentages Berlin 1955, hrsg. von der Ständigen Deputation des Deutschen Juristentages, Bd. I: Gutachten (1. Halbbd.), Tübingen 1955, S. 85–231

- Koch, Hans-Joachim*, Auf dem Weg zum Umweltgesetzbuch. Der Professoren-Entwurf des Allgemeinen Teils eines Umweltgesetzbuches, in: NVwZ 1991, S. 953–956
- /*Rubel, Rüdiger/Heselhaus, Sebastian M.*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., München 2003
- /*Rüßmann, Helmut*, Juristische Begründungslehre. Eine Einführung in Grundprobleme der Rechtswissenschaft, München 1982
- Koemm, Maxi*, Eine Bremse für die Staatsverschuldung? Verfassungsmäßigkeit und Justiziabilität des neuen Staatsschuldenrechts, Tübingen 2011
- Köhler, Helmut/Bornkamm, Joachim*, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb. Preisangabenverordnung, Unterlassungsklagengesetz, Dienstleistungs-Informationspflichten-Verordnung, 30. Aufl., München 2012
- Kokott, Juliane*, Europäisierung des Verwaltungsprozessrechts, in: Die Verwaltung 31 (1998), S. 335–370
- , Die Staatsrechtslehre und die Veränderung ihres Gegenstandes: Konsequenzen von Europäisierung und Internationalisierung, in: VVDStRL 63 (2004), S. 7–40
- /*Henze, Thomas*, Der Anwalt vor dem Europäischen Gerichtshof. Praktische Fragen zur Beratung und Prozessvertretung in Vorabentscheidungsverfahren, in: AnwBl. 2007, S. 309–313
- Komorowski, Alexis von*, Amtshaftungsansprüche von Gemeinden gegen andere Verwaltungsträger, in: VerwArch 93 (2002), S. 62–99
- Konow, Karl-Otto*, Zum allgemeinen Schadensersatzanspruch bei rechtswidrigen Grundrechtsverletzungen, in: JR 1967, S. 245–247
- Konzendorf, Götz*, Gesetzesfolgenabschätzung als zentrales Element von Better Regulation, in: Beilage PVS-Sonderheft 36 (2006), S. 540–558
- Koopmann, Helmut*, Schillers Sonnenwirt, Kleists Kohlhaas und andere Kriminalfälle der deutschen Literatur, in: ZIS 2010, S. 270–279
- Kopp, Ferdinand O. (Begr.)/Ramsauer, Ulrich*, Verwaltungsverfahrensgesetz, 12. Aufl., München 2011
- (Begr.)/*Schenke, Wolf-Rüdiger*, Verwaltungsgerichtsordnung. Kommentar, 18. Aufl., München 2012
- Kopp, Stephan*, Staatshaftung wegen Verletzung von Gemeinschaftsrecht, in: DÖV 1994, S. 201–206
- Korioth, Stefan*, Finanzen, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. III, 2009, § 44 (S. 83–182)
- Kötz, Hein*, Die ökonomische Analyse des Rechts, in: ZVersWiss 1993, S. 57–70
- /*Flessner, Axel*, Europäisches Vertragsrecht, Bd. I: Abschluß, Gültigkeit und Inhalt des Vertrages. Die Beteiligung Dritter am Vertrag, bearbeitet von Hein Kötz, Tübingen 1996
- /*Schäfer, Hans-Bernd*, Schadensverhütung durch ökonomische Anreize, in: AcP 189 (1989), S. 501–525
- (Begr.)/*Wagner, Gerhard*, Deliktsrecht, 11. Aufl., München 2010
- Kotzur, Markus*, Wechselwirkungen zwischen Europäischer Verfassungs- und Völkerrechtslehre. Eine Skizze zu den Methoden und Inhalten, in: Verfassung im Diskurs der Welt. Liber Amicorum für Peter Häberle zum siebzigsten Geburtstag hrsg. von Alexander Blankenagel, Ingolf Pernice und Helmut Schulze-Fielitz in Verbindung mit Markus Kotzur, Lothar Michael, Martin Morlok und Rupert Stettner, Tübingen 2004, S. 291–307

- Koziol, Helmut*, Ein europäisches Schadensersatzrecht – Wirklichkeit und Traum, in: JBl. 2001, S. 29–38
- , Grundfragen des Schadensersatzrechts, o.O. (Wien), 2010
- /*Schulze, Reiner*, Conclusio, in: dies. (Hrsg.), Tort Law of the European Community, 2008, S. 589–610
- /– (Hrsg.), Tort Law of the European Community, Wien 2008
- Kramer, Larry/Sykes, Alan O.*, Municipal Liability under § 1983: A Legal and Economic Analysis, in: The Supreme Court Review 1987, S. 249–301
- Krane, Christian*, »Schleierfahndung«. Rechtliche Anforderungen an die Gefahrenabwehr durch ereignisunabhängige Personenkontrollen, Stuttgart u.a., 2003
- Krebs, Walter*, Verwaltungsorganisation, in: Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, 3. Aufl. 2007, § 108 (S. 457–520)
- Kreft, Friedrich*, Aufopferung und Enteignung. Begriffe und Grundsätzliches in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes. Vortrag, gehalten vor der Juristischen Studiengesellschaft in Karlsruhe am 22. Januar 1968, Karlsruhe 1968
- Kreuzer, Karl F./Scheuing, Dieter H./Sieber, Ulrich (Hrsg.), Die Europäisierung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen in der Europäischen Union, Baden-Baden 1997
- Kriele, Martin*, Theorie der Rechtsgewinnung, entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation, 2. Aufl., Berlin 1976
- Krings, Günter/Hentsch, Christian-Henner*, Eckpunkte einer Kodifikation des Staatshaftungsrechts. Das 13. Berliner Forum der DGG am 21. Januar 2010 im Deutschen Bundestag, in: ZG 2010, S. 205–207
- Krohn, Günter*, Enteignung, Entschädigung, Staatshaftung, Köln 1993
- Krüger, Wolfgang* [Rezension zu Hermann Lange, Schadensersatz, 2. Aufl. 1990], in: NJW 1991, S. 2546 f.
- Krüper, Julian (Hrsg.), Grundlagen des Rechts, Baden-Baden 2011
- Kruse, Heinrich Wilhelm*, Das Richterrecht als Rechtsquelle des innerstaatlichen Rechts, Tübingen 1971
- Kube, Hanno*, Der eingriffsrechtfertigende Konnex – Zu Inhalt und Grenzen freiheitsbegleitender Verantwortung, in: JZ 2010, S. 265–272
- Kudlich, Hans/Christensen, Ralph*, Die Lücken-Lüge, in: JZ 2009, S. 943–949
- Kugele, Dieter*, Die Leistungsbesoldung – Entwicklung und Maßstäbe gerichtlicher Kontrolle, in: ZBR 2007, S. 331–338
- Kühling, Jürgen/Lieth, Oliver, Dogmatik und Pragmatik als leitende Parameter der Rechtsgewinnung im Gemeinschaftsrecht, in: EuR 2003, S. 371–389
- Kuhns, Richard*, The Strangeness of Justice: Reading *Michael Kohlhaas*, in: NLH 15 (1983), S. 73–91
- Kümper, Boas*, Risikoverteilung im Staatshaftungsrecht am Beispiel amtshaftungsrechtlicher Gefahrvermeidungspflichten bei fehlerhafter Planung, Genehmigung und Aufsicht, Tübingen 2011
- Kunig, Philip*, Das Rechtsstaatsprinzip. Überlegungen zu seiner Bedeutung für das Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Tübingen 1986
- Kunze, Michael*, Die doppelt verkaufte Ladung Koks. Erleuchtungen: Das Krisenerlebnis des Rechtswissenschaftlers Rudolf von Jhering, in: FAZ Nr. 40 v. 17. 02. 2010, S. N 3
- Ladeur, Karl-Heinz*, Supra- und transnationale Tendenzen in der Europäisierung des Verwaltungsrechts – eine Skizze, in: EuR 1995, S. 227–246

- , Die rechtswissenschaftliche Methodendiskussion und die Bewältigung des gesellschaftlichen Wandels. Zugleich ein Beitrag zur Bedeutung der ökonomischen Analyse des Rechts, in: *RabelsZ* 64 (2000), S. 60–103
- (Hrsg.), *The Europeanisation of Administrative Law. Transforming national decision-making procedures*, Aldershot 2002
- , Die Bedeutung eines Allgemeinen Verwaltungsrechts für ein Europäisches Verwaltungsrecht, in: *Trute/Groß/H. C. Röhl/Möllers* (Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 2008, S. 795–820
- Landes, William M./Posner, Richard A.*, *The Economic Structure of Tort Law*, Cambridge, Mass. u.a., 1987
- Landmann, Robert von/Rohmer, Gustav* (Begr.), *Umweltrecht. Kommentar*, hrsg. von *Martin Beckmann/Wolfgang Durner/Thomas Mann/Marc Röckinghausen*, Loseblatt, 4 Bände, Stand: 63. Ergänzungslieferung, Dezember 2011
- Lane, Melissa*, Introduction: The Political and Interpersonal Roles of Compensation: Bringing Ethics into Focus in Public and Private Law, in: *JRE* 17 (2009), S. 227–236
- Lang, Heinrich*, *Gesetzgebung in eigener Sache. Eine rechtstheoretische und rechtssystematische Untersuchung zum Spannungsverhältnis von Distanzgebot und Eigennutz*, Tübingen 2007
- , Füller, Diäten und andere Formen staatlicher Politikfinanzierung – Ausgestaltung, Problemfelder, Lösungsansätze, in: *Wieland* (Hrsg.), *Entscheidungen des Parlaments in eigener Sache*, 2011, S. 15–24
- Lange, Hermann/Schiemann, Gottfried*, *Schadensersatz*, 3. Aufl., Tübingen 2003
- Langenbucher, Katja*, *Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht. Eine methodologische Untersuchung zur richterlichen Rechtsfortbildung im deutschen Zivilrecht*, München 1996
- Langevoort, Donald C.*, Behavioral Theories of Judgement and Decision Making in Legal Scholarship: A Literature Review, in: *Vand. L. Rev.* 51 (1998), S. 1499–1540
- Larenz, Karl*, *Die Prinzipien der Schadenszurechnung. Ihr Zusammenspiel im modernen Schuldrecht*, in: *JuS* 1965, S. 373–379
- , *Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Bd.: Allgemeiner Teil*, 14. Aufl., München 1987
- , *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. Aufl., Berlin u.a., 1991
- (Begr.)/*Canaris, Claus-Wilhelm*, *Lehrbuch des Schuldrechts, Zweiter Bd.: Besonderer Teil*, 2. Halbbd., 13. Aufl., München 1994
- (Begr.)/–, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Aufl., Berlin u.a., 1995
- Lassar, Gerhard*, *Der Erstattungsanspruch im Verwaltungs- und Finanzrecht*, Berlin 1921
- Laudenklos, Frank*, *Methode und Zivilrecht in der ökonomischen Analyse des Rechts*, in: *Joachim Rückert* (Hrsg.) unter Mitarbeit von *Frank Laudenklos, Michael Rohls und Wilhelm Wolf*, *Fälle und Fallen in der neueren Methodik des Zivilrechts seit Savigny*, Baden-Baden 1997, S. 291–313
- Lecheler, Helmut*, Der Fortgang der europäischen Integration im Spiegel der Rechtsprechung des EuGH und der nationalen Gerichte, in: *Europa-Archiv* 1968, S. 403–411
- , *Das Subsidiaritätsprinzip. Strukturprinzip einer europäischen Union*, Berlin 1993
- Lee, Ian B.*, In Search of a Theory of State Liability in the European Union, *Jean Monnet Working Paper 9/99*, online unter <http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/archive/papers/99/990901.html> (Abfrage: 15. 05. 2012)
- Lege, Joachim*, Enteignung und »Enteignung«. Zur Vereinbarkeit der BGH-Rechtsprechung mit Art. 14 GG, in: *NJW* 1990, S. 864–872

- Leisner, Walter*, Gefährdungshaftung im öffentlichen Recht?, in: VVDStRL 20 (1963), S. 185–245
- , Effizienz als Rechtsprinzip, Tübingen 1971
- Leisner-Egensperger, Anna*, Die Erlaßhaftung: Amtshaftung für Verwaltungsvorschriften? Zugleich ein Beitrag zum »legislativen Unrecht«, in: DÖV 2004, S. 65–73
- Lembach, Katja*, Grundlagen und Ausgestaltung gemeinschaftsrechtlicher Staatshaftung, Lohmar 2003
- Lenz, Carl Otto/Borchardt, Klaus-Dieter (Hrsg.), EU-Verträge. Kommentar nach dem Vertrag von Lissabon, 5. Aufl., Köln u.a., 2010
- Leppek, Sabine*, Beamtenrecht, 11. Aufl., Heidelberg 2011
- Lepsius, Oliver*, Verwaltungsrecht unter dem Common Law. Amerikanische Entwicklungen bis zum New Deal, Tübingen 1997
- , Die Ökonomik als neue Referenzwissenschaft für die Staatsrechtslehre?, in: Die Verwaltung 32 (1999), S. 429–444
- , Steuerungsdiskussion, Systemtheorie und Parlamentarismuskritik, Tübingen 1999
- , Was kann die deutsche Staatsrechtslehre von der amerikanischen Rechtswissenschaft lernen?, in: Schulze-Fielitz (Hrsg.), Staatsrechtslehre als Wissenschaft, Die Verwaltung, Beiheft 7, 2007, S. 319–366
- Lerche, Peter*, Amtshaftung und Folgenbeseitigung, in: Das Recht im Amt (RiA) 1954, S. 9–11
- , Übermaß und Verfassungsrecht, 2. Aufl., Goldbach 1999
- Leuker, Tobias*, »Zwerge auf den Schultern von Riesen« – Zur Entstehung des berühmten Vergleichs, in: Mittellateinisches Jahrbuch 32 (1997), S. 71–76
- Lewinski, Kai von*, Öffentlichrechtliche Insolvenz und Staatsbankrott. Rechtliche Bewältigung finanzieller Krisen der öffentlichen Hand, Tübingen 2011
- Lindner, Josef Franz*, Anmerkung [zu EuGH, Urt. v. 13.06.2006 – Rs. C-173/03], in: BayVBl 2006, S. 696 f.
- , Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen einer ökonomischen Theorie des Öffentlichen Rechts, in: JZ 2008, S. 957–963
- Lochte-Handjery, Karin*, Das Verschulden im Rahmen des Amtshaftungsanspruchs – zeitgemäße Haftungsvoraussetzung oder Relikt lang vergangener Tage?, in: JuS 2001, S. 1186–1189
- Looschelders, Dirk*, Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht, Tübingen 1999
- , Schuldrecht Allgemeiner Teil, 9. Aufl., München 2011
- /Roth, Wolfgang, Juristische Methodik im Prozeß der Rechtsanwendung. Zugleich ein Beitrag zu den verfassungsrechtlichen Grundlagen von Gesetzesauslegung und Rechtsfortbildung, Berlin 1996
- Lorz, Ralph Alexander*, Anmerkung, in: JR 2001, S. 413–415
- Löwisch, Manfred*, Arbeitsrecht. Ein Studienbuch, 8. Aufl., Köln 2007
- Lübbe-Wolff, Gertrude*, Rechtsfolgen und Realfolgen. Welche Rolle können Folgenerwägungen in der juristischen Regel- und Begriffsbildung spielen?, Freiburg u.a., 1984
- , Substantiierung und Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde. Die Zulässigkeitsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: EuGRZ 2004, S. 669–682
- , Die erfolgreiche Verfassungsbeschwerde. Wie man das Unwahrscheinliche wahrscheinlicher macht, in: AnwBl. 2005, S. 509–517
- , Staatenintegration und Bürgerintegration, in: Schulze/C. Walter (Hrsg.), 50 Jahre Römische Verträge, 2008, S. 37–42

- Lücke, Jörg*, Rechtsstaatsprinzip und Staatshaftungsreform. Zur unmittelbaren Haftung des Staates für die vollziehende, rechtsprechende und gesetzgebende Gewalt, in: AöR 104 (1979), S. 225–246
- Lüdemann, Jörn*, Edukatorisches Staatshandeln. Steuerungstheorie und Verfassungsrecht am Beispiel der staatlichen Förderung von Abfallmoral, Baden-Baden 2004
- , Die Grenzen des homo oeconomicus und die Rechtswissenschaft, in: Engel/Englerth/Lüdemann/Spiecker genannt Döhmann (Hrsg.), Recht und Verhalten, 2007, S. 7–59
- , Netzwerke, Öffentliches Recht und Rezeptionstheorie, in: Sigrud Boysen u.a. (Hrsg.), 47. Assistententagung Öffentliches Recht – Netzwerke, Baden-Baden 2007, S. 266–285
- , Rechtsetzung und Interdisziplinarität in der Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Funke/Lüdemann (Hrsg.), Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie, 2009, S. 119–143
- /Magen, Stefan, Klaus Mathis. Effizienz statt Gerechtigkeit?, in: ZRph 2010, S. 97–110
- Lüder, Klaus*, Reform des öffentlichen Haushalts- und Rechnungswesens und Finanzkontrolle, in: DÖV 2000, S. 837–845
- Luhmann, Niklas*, Öffentlich-rechtliche Entschädigung rechtspolitisch betrachtet, Berlin 1965
- , Theorie der Verwaltungswissenschaft. Bestandsaufnahme und Entwurf, Köln u.a., 1966
- , Rechtssystem und Rechtsdogmatik, Stuttgart u.a., 1974
- , Verfassung als evolutionäre Errungenschaft, in: Rechtshistorisches Journal 9 (1990), S. 176–220
- , Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt am Main 1995
- , Rechtssoziologie, 4. Aufl., Wiesbaden 2008
- Lundmark, Thomas*, »Soft« stare decisis: the common law doctrine retooled for Europe, in: Schulze/Seif (Hrsg.), Richterrecht und Rechtsfortbildung, 2003, S. 161–168
- , Talking Law Dictionary, Münster 2005
- Magen, Stefan*, Fairness, Eigennutz und die Rolle des Rechts. Eine Analyse auf Grundlage der Verhaltensökonomik, in: Engel/Englerth/Lüdemann/Spiecker genannt Döhmann (Hrsg.), Recht und Verhalten, 2007, S. 261–360
- , Rechtliche und ökonomische Rationalität im Emissionshandelsrecht, in: Emanuel Towfigh/Klaus Ulrich Schmolke/Niels Petersen u.a. (Hrsg.), Recht und Markt. Wechselbeziehungen zweier Ordnungen (49. Assistententagung Öffentliches Recht), 2009, S. 9–28
- , Spieltheorie, in: Towfigh/N. Petersen, Ökonomische Methoden im Recht, 2010, S. 71–116
- Magiera, Siegfried*, Durchsetzung des Europarechts, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach (Hrsg.), Europarecht, 2. Aufl. 2010, § 13 (S. 508–536)
- Magnus, Ulrich/Wurmnest, Wolfgang*, Casebook Europäisches Haftungs- und Schadensrecht, Baden-Baden 2002
- Mangoldt, Anna Katharina*, Gemeinschaftsrecht und deutsches Recht. Die Europäisierung der deutschen Rechtsordnung in historisch-empirischer Sicht, Tübingen 2011
- Mangoldt, Hermann von/Klein, Friedrich, Das Bonner Grundgesetz, Bd. I, 2. Aufl., Berlin u.a., 1957
- /– (Begr.)/Starck, Christian (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz,
Bd. 1: Präambel, Artikel 1 bis 19, 6. Aufl., München 2010
Bd. 2: Artikel 20 bis 82, 6. Aufl., München 2010
Bd. 3: Artikel 83 bis 146, 6. Aufl., München 2010
- Mankowski, Peter*, Rechtskultur. Eine rechtsvergleichend-anekdotische Annäherung an einen schwierigen und vielgesichtigen Begriff, in: JZ 2009, S. 321–331

- Mann, Thomas*, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft. Zur Fortentwicklung des Rechtsformenspektrums für öffentliche Unternehmen, Tübingen 2002
- Manssen, Gerrit*, Staatsrecht II. Grundrechte, 9. Aufl., München 2012
- Marauhn, Thilo*, Unionstreue, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach (Hrsg.), Europarecht, 2. Aufl. 2010, § 7 (S. 285–305)
- Marsch, Nikolaus*, Die Haftung der EU für das rechtswidrige Einfrieren des Vermögens eines Terrorverdächtigen, in: EuZW 2012, S. 499–502
- Marschall v. Bieberstein, Wolfgang Frhr.*, Versicherungsleistungen bei Amtspflichtverletzungen, in: Fritz Reichert-Facilides/Fritz Rittner/Jürgen Sasse, Festschrift für Reimer Schmidt, Karlsruhe 1976, S. 771–785
- Martin-Ehlers, Andrés*, Grundlagen einer gemeinschaftsrechtlich entwickelten Staatshaftung, in: EuR 1996, S. 376–398
- Martinek, Michael*, Der Rechtskulturschock, in: JuS 1984, S. 92–101
- Mäsch, Gerald*, Chance und Schaden. Zur Dienstleisterhaftung bei unaufklärbaren Kausalverläufen, Tübingen 2004
- Mashaw, Jerry L.*, Civil Liability of Government Officers: Property Rights and Official Accountability, in: Law & Contemp. Prob. 42 (1978), S. 8–34
- Masing, Johannes*, Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts. Europäische Impulse für eine Revision der Lehre vom subjektiv-öffentlichem Recht, Berlin 1997
- , Vom Notstandspflichtigen zum Notstandsgewinnler – Zivilrechtliche Verformungen im Folgenbeseitigungsrecht, in: DÖV 1999, S. 573–581
- , Der Rechtsstatus des Einzelnen im Verwaltungsrecht, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. 2012, § 7 (S. 437–542)
- Mataja, Victor*, Das Recht des Schadensersatzes vom Standpunkte der Nationalökonomie, Leipzig 1888
- Mathis, Klaus*, Effizienz statt Gerechtigkeit? Auf der Suche nach den philosophischen Grundlagen der Ökonomischen Analyse des Rechts, 3. Aufl., Berlin 2009
- Maunz, Theodor/Dürig, Günter (Begr.)/Herzog, Roman/Scholz, Rupert/Herdegen, Matthias/Klein, Hans H. (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, Loseblatt, 7 Bände, München, Stand: 64. Lieferung, Januar 2012
- Maurer, Hartmut*, Staatshaftung im europäischen Kontext. Zur Umsetzung der Franco-vich-Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs im deutschen Recht, in: Ebenroth/Hesselberger/Rinne (Hrsg.), FS Boujong, 1996, S. 591–612
- , Staatsrecht I. Grundlagen, Verfassungsorgane, Staatsfunktionen, 5. Aufl., München 2007, 6. Aufl., München 2010
- , Allgemeines Verwaltungsrecht, München, 11. Aufl. 1997, 12. Aufl. 1999, 13. Aufl. 2000, 14. Aufl. 2002, 15. Aufl. 2004, 16. Aufl. 2006, 17. Aufl. 2009, 18. Aufl. 2011
- Maurer, Karl-Heinz*, Gerechtigkeit zwischen Differenz und Identität in Heinrich von Kleists *Michael Kohlhaas*, in: DVjs 75 (2001), S. 123–144
- Mayer, Christian*, Greift die neue Schuldenbremse?, in: AöR 136 (2011), S. 266–322
- Mayer, Otto*, Die Entschädigungspflicht des Staates nach Billigkeitsrecht, Dresden 1904
- , Die Haftung des Staates für rechtswidrige Amtshandlungen, in: Sächsisches Archiv für Rechtspflege 8 (1913), S. 1–16
- , Deutsches Verwaltungsrecht, Erster Bd., Leipzig 1896; 2. Aufl., München u.a., 1914; 3. Aufl., München u.a., 1924 Zweiter Bd., Leipzig 1896; 2. Aufl., München u.a., 1917; 3. Aufl., München u.a., 1924

- Mayhew, David R.*, Congress. The Electoral Connection, 2. Aufl., New Haven 2004
- Mayntz, Renate/Luhmann, Niklas*, Personal im öffentlichen Dienst. Eintritt und Karrieren, Baden-Baden 1973
- Medicus, Dieter/Petersen, Jens*, Grundwissen zum Bürgerlichen Recht. Ein Basisbuch zu den Anspruchsgrundlagen, 9. Aufl., München 2011
- Meessen, Karl M.*, Economic Law as an Economic Good: Its Rule Function and its Tool Function in the Competition of Systems, in: ders./Bungenberg/Puttler (Hrsg.), *das.*, 2009, S. 3–23
- /Bungenberg, Marc/Puttler, Adelheid (Hrsg.), Economic Law as an Economic Good: Its Rule Function and its Tool Function in the Competition of Systems, München 2009
- Mehde, Veith*, Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip, Berlin 2000
- , Wettbewerb zwischen Staaten. Die rechtliche Bewältigung zwischenstaatlicher Konkurrenzsituationen im Mehrebenensystem, Baden-Baden 2005
- Meltz, Carl*, Die Beamtenhaftpflicht nach § 839 B.G.B., Leipzig 1904
- Meltzer, Daniel J.*, Member state liability in Europe and the United States, in: *ICON* 4 (2006), S. 39–83
- Menger, Christian-Friedrich*, Über die Identität des Rechtsgrundes der Staatshaftungsklagen und einiger Verwaltungsstreitsachen, in: Otto Bachof/Martin Drath/Otto Gönnerwein/Ernst Walz (Hrsg.), *Forschungen und Berichte aus dem Öffentlichen Recht. Gedächtnisschrift für Walter Jellinek (12. Juli 1885–9. Juni 1955)*, München 1955, S. 347–359
- Merten, Detlef/Papier, Hans-Jürgen (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Bd. III: Grundrechte in Deutschland. Allgemeine Lehren II, Heidelberg 2009
- Meßerschmidt, Klaus*, Gesetzgebungsermessen, Berlin 2000
- , Ökonomische Effizienz und juristische Verhältnismäßigkeit – Gemeinsames und Trennendes, in: Erik Gawel (Hrsg.), *Effizienz im Umweltrecht. Grundsatzfragen einer wirtschaftlichen Umweltnutzung aus rechts-, wirtschafts- und sozialwissenschaftlicher Sicht*, Baden-Baden 2001, S. 215–247
- Mestmäcker, Ernst-Joachim*, A Legal Theory without Law. Posner v. Hayek on Economic Analysis of Law, Tübingen 2007
- Meyer, Ulli Christian*, Das Neue Steuerungsmodell – Vereinbarkeit mit dem Demokratieprinzip und kommunalverfassungsrechtliche Zulässigkeit, München 2002
- Michael, Lothar*, Wettbewerb von Rechtsordnungen, in: *DVB* 2009, S. 1062–1071
- Michael, Ralf/Jansen, Nils*, Private Law Beyond the State? Europeanization, Globalization, Privatization, in: Jansen/Michael (Hrsg.), *Beyond the State*, 2008, S. 69–118
- Michelman, Frank I.*, Property, Utility, and Fairness: Comment on the Ethical Foundations of »Just Compensation« Law, in: *Harv. L. Rev.* 80 (1967), S. 1165–1258
- , Constitutions, Statutes, and the Theory of Efficient Adjudication, in: *J. Legal Stud.* 9 (1980), S. 431–461
- Milej, Tomasz*, Staatshaftung in Polen, in: O. Dörr (Hrsg.), *Staatshaftung in Europa*, 2013 (im Erscheinen)
- Möllers, Christoph*, Kooperationsgewinne im Verwaltungsprozeß – Zugleich ein Beitrag zu Theorie und Praxis ökonomischer Analyse im Verwaltungsrecht, in: *DÖV* 2000, S. 667–675
- , Gewaltengliederung. Legitimation und Dogmatik im nationalen und internationalen Rechtsvergleich, Tübingen 2005

- , Vorüberlegungen zu einer Wissenschaftstheorie des öffentlichen Rechts, in: Jestaedt/Lepsius (Hrsg.), Rechtswissenschaftstheorie, 2008, S. 151–174
- , Das Grundgesetz. Geschichte und Inhalt, München 2009
- , Nachvollzug ohne Maßstababbildung: richterliche Rechtsfortbildung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Zum Beschluss des BVerfG vom 15.1.2009 – 2 BvR 2044/07, in: JZ 2009, S. 668–673
- , Missbrauch und Strafe, in: SZ Nr. 54 v. 06./07. 03. 2010, S. 14
- , Methoden, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. 2012, § 3 (S. 123–178)
- /Voßkuhle, Andreas, Die deutsche Staatsrechtswissenschaft im Zusammenhang der internationalisierten Wissenschaften – Beobachtungen, Vermutungen, Thesen, in: Die Verwaltung 36 (2003), S. 321–332
- /–/Walter, Christian (Hrsg.), Internationales Verwaltungsrecht. Eine Analyse anhand von Referenzgebieten, Tübingen 2007
- Morgenthaler, Gerd, Freiheit durch Gesetz. Der parlamentarische Gesetzgeber als Erstadressat der Freiheitsgrundrechte, Tübingen 1999
- Morlok, Martin, Erstattung als Rechtmäßigkeitsrestitution. Der Erstattungsanspruch im Zusammenhang der Sekundäransprüche des öffentlichen Rechts, in: Die Verwaltung 25 (1992), S. 371–399
- , Vom Reiz und vom Nutzen, von den Schwierigkeiten und den Gefahren der Ökonomischen Theorie für das Öffentliche Recht, in: Engel/Morlok (Hrsg.), Öffentliches Recht als ein Gegenstand ökonomischer Forschung, 1998, S. 1–29
- , Allgemeine Elemente der Einstandspflichten für rechtswidriges Staatshandeln, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. III, 2009, § 52 (S. 1011–1062)
- , Retrospektive Kompensation der Folgen rechtswidrigen Hoheitshandelns, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. III, 2009, § 54 (S. 1133–1179)
- Möstl, Markus, Polizeiliche Sicherheitsgewährleistung im Mehrebenensystem, in: Die Verwaltung (41) 2008, S. 309–343
- Mueller, Dennis C., Public Choice III, 9. Aufl., Cambridge u.a., 2009
- Mueller, Thomas, Historizität – Aktualität – Intertextualität: Kohlhaas in der deutschsprachigen Literatur, maschinenschriftliche Diss. University of British Columbia, Vancouver, Kanada, 1988, zit. nach der Ausgabe auf Mikrofiches
- Mugdan, B[enno] (Hrsg. und Bearbeiter), Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. II: Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1899
- Müggenborg, Hans-Jürgen, Das Verhältnis des Umweltschadensgesetzes zum Boden- und Gewässerschutzrecht, in: NVwZ 2009, S. 12–18
- Müller, Felix, Ökonomische Theorie des Rechts, in: Sonja Buckel/Ralph Christensen/Andreas Fischer-Lescano (Hrsg.), Neue Theorien des Rechts, 2. Aufl., Stuttgart 2009, S. 351–372
- Müller, Friedrich, Richterrecht – rechtstheoretisch formuliert, in: Richterliche Rechtsfortbildung. Erscheinungsformen, Auftrag und Grenzen, Festschrift der Juristischen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, hrsg. von den Hochschullehrern der Juristischen Fakultät der Universität Heidelberg, Heidelberg 1986, S. 65–84
- /Christensen, Ralph, Juristische Methodik, Bd. I: Grundlegung für die Arbeitsmethoden der Rechtspraxis, 10. Aufl., Berlin 2009, Bd. II: Europarecht, 2. Aufl., Berlin 2007

- Müller, Martha Dagmar*, Auswirkungen der Grundgesetzrevision von 1994 auf die Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen zwischen Bund und Ländern, Münster 1996
- Müller, Peter*, Punitive Damages und deutsches Schadensersatzrecht, Berlin u.a., 2000
- Müller, Reinhard*, Karlsruhe hält sich zurück, in: FAZ Nr. 198 v. 27. 08. 2010, S. 2
- Müller-Dietz, Heinz*, Zur negativen Utopie von Recht und Staat – am Beispiel des Romans »Corpus Delicti« von Juli Zeh, in: JZ 2011, S. 85–95
- Münch, Fritz*, Entschädigung für staatliche Einwirkungen im französischen Recht, in: Verhandlungen des 41. Deutschen Juristentages Berlin 1955, hrsg. von der Ständigen Deputation des Deutschen Juristentages, Bd. I: Gutachten (1. Halbbd.), Tübingen 1955, S. 61–83
- Münch, Ingo von/Kunig, Philip (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar
Bd. 1 (Präambel, Art. 1–69), 6. Aufl., München 2012
Bd. 2 (Art. 20–69), 4./5. Aufl., München 2001; Bd. 2 (Art. 70–146), 6. Aufl., München 2012
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, hrsg. von Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker und Hartmut Oetker
Bd. 2: Schuldrecht Allgemeiner Teil, §§ 241–432, 6. Aufl., redigiert von Wolfgang Krüger, München 2012
Bd. 5: Schuldrecht – Besonderer Teil III, §§ 705–853 – Partnerschaftsgesellschaftsgesetz – Produkthaftungsgesetz, 3. Aufl., redigiert von Peter Ulmer, München 1997; 5. Aufl., redigiert von Mathias Habersack, München 2009
- Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, hrsg. von Wolfgang Joecks und Klaus Miebach
Bd. 1 (§§ 1–37 StGB), red. von Bernd von Heintschel-Heinegg, 2. Aufl., München 2011
Bd. 2/1 (§§ 52–79b StGB), red. von Bernd von Heintschel-Heinegg, München 2005
- Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, hrsg. von Thomas Rauscher, Peter Wax und Joachim Wenzel, Bd. 3: §§ 946–1086, EGZPO, GVG, EGGVG, UKlaG, Internationales Zivilprozessrecht, 3. Aufl., München 2008
- Münter, Andreas*, Ökonomische Analyse der Haftung nach der Umwelthaftungsrichtlinie, in: VersR 2010, S. 567–580
- Murray, Charles*, Losing Ground: American Social Policy 1950–1980, New York 1984
- Musielak, Hans-Joachim (Hrsg.), Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz, 9. Aufl., München 2012
- Musil, Andreas*, Richtlinienumsetzung und Normerlaßanspruch. Folgerungen aus der Francovich-Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, in: EuR 1998, S. 705–716 – Wettbewerb in der staatlichen Verwaltung, Tübingen 2005
- Naucke, Wolfgang*, Die Michael-Kohlhaas-Situation. Ein juristischer Kommentar, in: Heinrich von Kleist, Michael Kohlhaas (1810), hrsg. von Thomas Vormbaum, Baden-Baden 2000, S. 111–129
- Naumann, Richard*, Rechtsweg, Gerichtswege und Kompetenzkonflikt, in: JZ 1951, S. 204–209
- Neheimer, Kurt*, Der Mann, der Michael Kohlhaas wurde, Düsseldorf u.a., 1979
- Neidhardt, Stephan*, Nationale Rechtsinstitute als Bausteine europäischen Verwaltungsrechts. Rezeption und Wandel zwischen Konvergenz und Wettbewerb der Rechtsordnungen, Tübingen 2008
- Nelles, Ursula*, Europäisierung des Strafverfahrens – Strafprozessrecht für Europa?, in: ZStW 109 (1997), S. 727–755

- /Tinkl, Cristina/Lauchstädt, Kathrin, Strafrecht, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach (Hrsg.), Europarecht, 2. Aufl. 2010, § 42 (S. 2294–2376)
- Nettesheim, Martin, Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben für das deutsche Staatshaftungsrecht, in: DÖV 1992, S. 999–1005
- , Auslegung und Fortbildung nationalen Rechts im Lichte des Gemeinschaftsrechts, in: AöR 119 (1994), S. 261–293
- , Ersatzansprüche nach »Heininger«? Die Aufarbeitung mitgliedstaatlicher Vertragsverstöße im EU-Privatrecht, in: WM 2006, S. 457–466
- Newman, Jon O., Suing the Lawbreakers: Proposal to Strengthen the Section 1983 Damage Remedy for Law Enforcers' Misconduct, in: Yale L. J. 87 (1978), S. 447–467
- Nicklisch, Andreas/Petersen, Nils, Vertragstheorie, in: Towfigh/N. Petersen, Ökonomische Methoden im Recht, 2010, S. 117–131
- /Towfigh, Emanuel V., Mikroökonomie, in: Towfigh/N. Petersen, Ökonomische Methoden im Recht, 2010, S. 35–69
- Nierhaus, Michael, Beweismaß und Beweislast. Untersuchungsgrundsatz und Beteiligtenmitwirkung im Verwaltungsprozess, München 1989
- Nipperdey, Hans Carl (Hrsg.), Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung. Kommentar zum zweiten Teil der Reichsverfassung, Zweiter Bd.: Artikel 118–142, Berlin u.a., 1930
- , Tatbestandsaufbau und Systematik der deliktischen Grundtatbestände. Zum »Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung und Ergänzung schadensersatzrechtlicher Vorschriften«, in: NJW 1967, S. 1985–1994
- Nowak, Carsten, Europarecht und Europäisierung in den Jahren 2009–2011, in: DVBl 2012, S. 793–800, S. 857–869
- Nüßgens, Karl, Zur Rechtsfortbildung bei § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB (Verweisklausel), in: Hans Joachim Faller/Paul Kirchhof/Ernst Träger (Hrsg.), Verantwortlichkeit und Freiheit – Die Verfassung als wertbestimmte Ordnung. Festschrift für Willi Geiger zum 80. Geburtstag, Tübingen 1989, S. 456–474
- Oberhardt, Franziska, Die Aufsichtspflicht öffentlicher Einrichtungen nach § 832 BGB – im Spannungsfeld zur Amtshaftung, Berlin 2010
- Obermayer, Klaus (Begr.)/Fritz, Roland (Hrsg.), Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, 3. Aufl., Neuwied u.a., 1999
- Oebbecke, Janbernd, Weisungs- und unterrichtungsfreie Räume in der Verwaltung, Köln u.a., 1986
- , Dezentraler Vollzug und europäische Integration, in: Roland Lhotta/Janbernd Oebbecke/Werner Reh (Hrsg.), Deutsche und europäische Verfassungsgeschichte: Sozial und rechtswissenschaftliche Zugänge. Symposium zum 65. Geburtstag von Hans Boldt, Baden-Baden 1997, S. 35–53
- , Die unsichtbare Hand in der Ländergesetzgebung. Zur Praxis und Theorie dezentraler Normsetzung, in: StWStP 8 (1997), S. 461–481
- , Verwaltungssteuerung zwischen Rat und Verwaltung – Kommunalverfassungsrechtliche Grenzen der Einführung neuer Steuerungsmodelle, in: DÖV 1998, S. 853–859
- , Ausfallhaftung für zahlungsunfähige Kommunen?, in: Hans-Uwe Erichsen (Hrsg.), Kommunale Verwaltung im Wandel. Symposium aus Anlass des 60-jährigen Bestehens des Kommunalwissenschaftlichen Instituts der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster, Köln 1999, S. 165–175

- , Übergesetzlicher Notstand bei kommunaler Unterfinanzierung, in: Hermann Hill/Hagen Hof (Hrsg.), Wirkungsforschung zum Recht II. Verwaltung als Adressat und Akteur, Baden-Baden 2000, S. 337–342
- , Kommunalaufsicht – nur Rechtsaufsicht oder mehr?, in: DÖV 2001, S. 406–411
- , Selbstverwaltung angesichts von Europäisierung und Ökonomisierung, in: VVDStRL 62 (2003), S. 366–404
- , Warum sich Kommunen versichern, in: ZVersWiss 96 (2007), S. 81–95
- , Verwaltungsrechtswissenschaft und Verwaltungswissenschaft, in: Schulze-Fielitz (Hrsg.), Staatsrechtslehre als Wissenschaft, Die Verwaltung Beiheft 7, 2007, S. 211–222
- , Ostdeutsche Impulse für die Entwicklung des Kommunalrechts. Öffentlich-rechtlicher Vorverband, aufsichtliche Amtshaftung und Entwidmung kommunaler Unternehmen, in: DVBl 2009, S. 1152–1159
- Oertmann, [Paul Ernst Wilhelm]*, Die Haftung des Staates für Verschulden von Beamten, in: DJZ 1906, Sp. 922–927
- Oeter, Stefan*, Erprobung der konstitutionellen politischen Ökonomie an Einzelfragen – Föderalismus, in: Engel/Morlok (Hrsg.), Öffentliches Recht als ein Gegenstand ökonomischer Forschung, 1998, S. 119–155
- Ogorek, Regina*, Adam Müllers Gegensatzphilosophie und die Rechtsausschweifungen des Michael Kohlhaas, in: Hans-Joachim Kreutzer (Hrsg.), Kleist-Jahrbuch 1988/89, S. 96–125
- Ohlenburg, Anna*, Die Haftung für Fehlverhalten von Richtern und Staatsanwälten im deutschen, englischen und französischen Recht, Osnabrück 2000
- Oldiges, Martin*, Die Staatshaftung bei legislativem Unrecht, in: Der Staat 15 (1976), S. 381–403
- Oppermann, Thomas/Classen, Claus Dieter/Nettesheim, Martin*, Europarecht. Ein Studienbuch, 5. Aufl., München 2011
- Ossenbühl, Fritz*, Neuere Entwicklungen im Staatshaftungsrecht, Berlin 1984
- , Richterrecht im demokratischen Rechtsstaat, Rede zur Eröffnung des akademischen Jahres 1987/88 am 19. Oktober 1987, Bonn 1988, wiederabgedruckt in: ders., Freiheit – Verantwortung – Kompetenz. Ausgewählte Abhandlungen, hrsg. von Meinhard Schröder/Wolfgang Löwer/Udo Di Fabio/Thomas von Danwitz, 1994, S. 331–345
- , Das Staatshaftungsrecht in den neuen Bundesländern, in: NJW 1991, S. 1201–1208
- , Der öffentlichrechtliche Erstattungsanspruch, in: NVwZ 1991, S. 513–522
- , Der gemeinschaftsrechtliche Staatshaftungsanspruch, in: DVBl 1992, S. 993–998
- , Öffentlich-rechtliche Entschädigung in Verfassung, Recht und Richterrecht, in: DVBl 1994, S. 977–984
- , Staatshaftungsrecht, München, 1. Aufl. 1976; 2. Aufl. 1978; 3. Aufl. 1983; 4. Aufl. 1991; 5. Aufl. 1998
- , Öffentliches Recht in der Rechtsprechung des BGH, in: NJW 2000, S. 2945–2953
- , Gesetz und Recht – Die Rechtsquellen im demokratischen Rechtsstaat, in: Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, 3. Aufl. 2007, § 100 (S. 135–181)
- , Die vergessene Grundrechtshaftung, in: Der grundrechtsgeprägte Verfassungsstaat. Festschrift für Klaus Stern zum 80. Geburtstag, hrsg. von Michael Sachs und Helmut Siekmann in Verbindung mit Hermann-Josef Blanke, Johannes Dietlein, Michael Nierhaus und Günter Püttner, Berlin 2012, S. 535–549
- , Staatshaftung bei überlangen Gerichtsverfahren, in: DVBl 2012, S. 857–861

- Osterloh, Lerke*, Retrospektive und prospektive Kompensation der Folgen rechtmäßigen Hoheitshandelns, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. III, 2009, § 55 (S. 1181–1309)
- Ott, Claus*, Allokationseffizienz, Rechtsdogmatik und Rechtsprechung – die immanente ökonomische Rationalität des Zivilrechts, in: ders./Hans-Bernd Schäfer (Hrsg.), Allokationseffizienz in der Rechtsordnung. Beiträge zum Travemünder Symposium zur ökonomischen Analyse des Zivilrechts 23.–26. März 1988, Berlin u.a., 1989, S. 25–44
- /Schäfer, Hans-Bernd, Die ökonomische Analyse des Rechts – Irrweg oder Chance wissenschaftlicher Rechtserkenntnis?, in: JZ 1988, S. 213–223
- Palandt, Otto (Begr.), Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen, 71. Aufl., München 2012
- Papier, Hans-Jürgen*, Zur Reform des Staatshaftungsrechts, in: DVBl 1974, S. 573–579
- , Wirtschaftsaufsicht und Staatshaftung – BGHZ 74, 144 und BGH, NJW 1979, 1879, in: JuS 1980, S. 265–270
- , Zur Frage der Einführung eines Prämienzuschlags für ausländische Versicherungsnehmer in der Kraftfahrzeug-Haftpflicht-Versicherung, in: ZVersWiss 1982, S. 461–500
- , Staatshaftung, in: Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VIII, 3. Aufl. 2010, § 180 (S. 649–693)
- Paulus, Christoph G.*, Überlegungen zur Insolvenzfähigkeit von Gemeinden, in: ZInsO 2003, S. 869–872
- Pawlowski, Hans-Martin*, Methodenlehre für Juristen. Theorie der Norm und des Gesetzes, 3. Aufl., Heidelberg 1999
- , Einführung in die Juristische Methodenlehre, 2. Aufl., Heidelberg 2000
- Payk, Theo R.*, Psychopathologie: Vom Symptom zur Diagnose, 3. Aufl., Berlin u.a., 2010
- Peine, Franz-Joseph*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 10. Aufl., Heidelberg u.a., 2011
- Pestalozza, Christian*, Roß und Reiter: Art. 34 GG und die gemeinschaftliche Staatshaftung, in: Stefan Brink und Heinrich Amadeus Wolff (Hrsg.), Gemeinwohl und Verantwortung. Festschrift für Hans Herbert von Arnim zum 65. Geburtstag, Berlin 2004
- , Die echte Verfassungsbeschwerde, Berlin 2007
- Peters, Anne*, Wettbewerb von Rechtsordnungen, in: VVDStRL 69 (2010), S. 7–56
- Petersen, Niels*, Braucht die Rechtswissenschaft eine empirische Wende?, in: Der Staat 49 (2010), S. 435–455
- /Towfigh, Emanuel V., Ökonomik in der Rechtswissenschaft, in: Towfigh/N. Petersen, Ökonomische Methoden im Recht, 2010, S. 1–21
- Pfab, Susanne*, Staatshaftung in Deutschland. Die Reformaufgabe und ihre Vorgaben in der rechtsstaatlichen Garantie des Artikel 34 Grundgesetz und durch die Erfordernisse des Gemeinschaftsrechts, München 1996
- Pfeiffer, B[urkhard] W[ilhelm]*, Practische Ausführungen aus allen Theilen der Rechtswissenschaft, Bd. 2, Hannover 1828
- Pflüger, Almut*, Zur Reform des Staatshaftungsrechts (unveröffentlichte Gutachten der Infratest Burke Rechtsforschung, dem Verfasser vom Bundesministerium der Justiz unter dem Aktenzeichen IV A 4– 1070 II– 46 508/2011 dankenswerterweise überlassen)
- , Rechtstatsächliche Untersuchungen zum Geschäftsanfall in Staatshaftungssachen bei Bund, Ländern und Kommunen, Bd. 1: Bericht, Bd. 2: Tabellarische Ergebnisse, Bd. 3: Anlagen-Konvolut, alle München 1999
- , Finanzieller Mehrbedarf bei Bund, Ländern und Kommunen im Falle einer Gesetzesänderung. Prognose, München 2000

- , Zur geplanten Reform des Staatshaftungsrechts. Rechtstatsächliche Untersuchungen und Prognose zur Abschätzung des finanziellen Mehrbedarfs im Falle einer Gesetzesänderung, in: BADK-Information 2001, S. 87–97
- Pieper, Stefan Ulrich*, Subsidiarität. Ein Beitrag zur Begrenzung der Gemeinschaftskompetenzen, Köln u.a., 1994
- Pieroth, Bodo*, Rechtsverweigerung zur Erhaltung der Funktionsfähigkeit staatlicher Einrichtungen. Kritik einer Argumentationsfigur in der Rechtsprechung, in: VerwArch 68 (1977), S. 217–245
- , Amerikanischer Verfassungsexport nach Deutschland, in: NJW 1989, 1333–1337
- , An Essay on an Export from the United States: Constitutional Doctrine and Ideas, in: St. Louis U. Pub. L. Rev. 9 (1990), S. 311–322
- , Die neuere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Grundsatz des Vertrauensschutzes, in: JZ 1990, S. 279–286
- , Formen der Übertragung amerikanischen Verfassungsrechts nach Deutschland, in: HMRG 10 (1997), S. 242–256
- , Geschichte des Grundgesetzes, in: ders. (Hrsg.), Verfassungsrecht und soziale Wirklichkeit in Wechselwirkung, Berlin 2000, S. 11–27
- , La Cour constitutionnelle fédérale allemande comme modèle pour l'Europe, in: Cités. Philosophie, Politique, Histoire 13 (2003), S. 57–66
- , Das Grundgesetz als Gesellschaftsvertrag, in: Karl Gabriel/Hermann-Josef Große Kracht (Hrsg.), Brauchen wir einen neuen Gesellschaftsvertrag?, Wiesbaden 2005, S. 53–67
- , Deutscher Verfassungsexport: das Bundesverfassungsgericht, in: AnwBl 2010, S. 8–12
- (Hrsg.), Hausarbeit im Staatsrecht. Musterlösungen und Gestaltungsrichtlinien für das Grundstudium, 2. Aufl., Heidelberg u.a., 2011
- , Teekesselchen im Verfassungsrecht: der Begriff der Gemeinschaft, in: Jura 2011, S. 1–4
- /*Aubel, Tobias*, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den Grenzen richterlicher Entscheidungsfindung, in: JZ 2003, S. 504–510
- /*Hartmann, Bernd J.*, Rechtswegbeschränkung zur Sicherung des Leihverkehrs mit ausländischen Kulturgütern, in: NJW 2000, S. 2129–2135
- /–, Der Abschuss eines Zivilflugzeugs auf Anordnung des Bundesministers für Verteidigung, in: Jura 2005, S. 729–734
- /–, Gewaltübergreifende Bindungswirkung. Zur Maßgeblichkeit von Gerichtsentscheidungen für Behörden, in: Die Verwaltung 41 (2008), S. 463–481
- /–, Verfassungsrechtliche Grenzen richterlicher Preiskontrolle, dargestellt am Beispiel des Abschlussentgelts für Bausparverträge, in: WM 2009, S. 677–683
- /–, Verfassungsrechtliche Grenzen rückwirkender Rechtsprechungsänderungen, dargestellt am Beispiel der Aufklärung über Provisionen für den Vertrieb geschlossener Fonds, in: ZIP 2010, S. 753–761
- /*Schlink, Bernhard*, Grundrechte. Staatsrecht II, Heidelberg, 19. Aufl. 2003, 27. Aufl. 2011
- /–/*Kniesel, Michael*, Polizei- und Ordnungsrecht, 6. Aufl., München 2010
- /*Silberkuhl, Peter* (Hrsg.), Die Verfassungsbeschwerde. Einführung – Verfahren – Grundrechte, Münster 2008
- Pietzcker, Jost*, Rechtsschutz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, in: NVwZ 1983, S. 121–125
- , Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag, in: VVDStRL 41 (1983), S. 193–231

- , Der anwaltliche Lokalisationsgrundsatz. Verfassungs- und europarechtliche Problematik, Köln 1990
- , Die Europäisierung der Bauleitplanung – am Beispiel der Umsetzung der Plan-UP-Richtlinie, in: Jarass (Hrsg.), Europäisierung der Raumplanung, 2005, S. 59–71
- Pietzko, Gabriele*, Der materiell-rechtliche Folgenbeseitigungsanspruch, Berlin 1994
- Pietzner, Rainer/Müller, Judith*, Herstellungsanspruch und Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: *VerwArch* 85 (1994), S. 603–621
- Pitschas, Rainer*, Maßstäbe des Verwaltungshandelns, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, 2008, § 42 (S. 1567–1682)
- Plessen, Elisabeth*, Kohlhaas, Zürich 1979, zitiert nach der Lizenzausgabe für die Büchergilde Gutenberg, Frankfurt am Main u.a., 1981
- Poetzsch-Heffter, Fritz*, Handkommentar der Reichsverfassung vom 11. August 1919. Ein Handbuch für Verfassungsrecht und Verfassungspolitik, 3. Aufl., Berlin 1928
- Polinsky, A. Mitchell*, Economic Analysis as a Potentially Defective Product: A Buyer's Guide to Posner's *Economic Analysis of Law*, in: *Harv. L. Rev.* 87 (1974), S. 1655–1681 = ders., Ökonomische Analyse als ein potentiell mangelhaftes Produkt: Eine Verbraucherinformation zu Posners »Ökonomische Analyse des Rechts«, in: Assmann/Kirchner/Schanze (Hrsg.), Ökonomische Analyse des Rechts, 1993, S. 99–128
- , *An Introduction to Law and Economics*, 4. Aufl., New York 2011
- Poscher, Ralf*, Grundrechte als Abwehrrechte, Tübingen 2003
- Posner, Eric A./Sykes, Alan O.*, An Economic Analysis of State and Individual Responsibility Under International Law, in: *American Law and Economics Review* 9 (2007), S. 72–134
- Posner, Richard A.*, A Theory of Negligence, in: *J. Legal Stud.* 1 (1972), S. 29–96
- , Utilitarianism, Economics, and Legal Theory, in: *J. Legal Stud.* 8 (1979), S. 103–140
- , Wealth Maximization Revisited, in: *JLEPP* 2 (1985), S. 85–105
- , The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962–1987, in: *Harv. L. Rev.* 100 (1987), S. 761–780
- , *Sex and Reason*, Cambridge, Mass. u.a., 1994
- , *Law, Pragmatism, and Democracy*, Cambridge, Mass. u.a., 2005
- , *Law and Literature*, 3. Aufl., Cambridge, Mass. u.a., 2009
- , *Economic Analysis of Law*, 1. Aufl., Boston u.a., 1972, 6. Aufl., New York 2003, 7. Aufl., Austin u.a., 2007, 8. Aufl., Austin u.a., 2011
- Posser, Herbert/Wolff, Heinrich Amadeus* (Hrsg.), *Verwaltungsgerichtsordnung. Kommentar*, München 2008
- Prieß, Jürgen*, Die Haftung der EG-Mitgliedstaaten bei Verstößen gegen das Gemeinschaftsrecht, in: *NVwZ* 1993, S. 118–125
- Primker* [ohne Vorname], [Diskussionsbeitrag], in: *Verhandlungen des Neunten deutschen Juristentages*, hrsg. von dem Schriftführer-Amt der Ständigen Deputation, Dritter Bd., Berlin 1871, S. 26–45
- Prinz, Matthias*, Abschaffung des fliegenden Gerichtsstands?, in: *ZRP* 2009, S. 223
- Prütting, Hanns*, *Sachenrecht*, 34. Aufl., München 2010
- Pünder, Hermann*, *Haushaltsrecht im Umbruch – eine Untersuchung der Erfordernisse einer sowohl demokratisch legitimierten als auch effektiven und effizienten Haushaltswirtschaft am Beispiel der Kommunalverwaltung*, Stuttgart 2003
- , Staatsverschuldung und Generationengerechtigkeit. Die neue »Schuldenbremse« im Vergleich zum überkommenen Recht, in: *Begegnungen im Recht. Ringvorlesung der*

- Bucerius Law School zu Ehren von Karsten Schmidt anlässlich seines 70. Geburtstags, hrsg. von den Professorinnen und Professoren der Bucerius Law School, Tübingen 2011, S. 275–297
- Püttner, Günter*, Verwaltungslehre, 4. Aufl., München 2007
- Rachlinski, Jeffrey J.*, A Positive Theory of Judging in Hindsight, in: Sunstein (Hrsg.), Behavioral Law and Economics, 2000, S. 95–115
- Radbruch, Gustav*, Vorschule der Rechtsphilosophie, 3. Aufl., Göttingen 1965
- Ramsauer, Ulrich*, Europäisierung des Naturschutzrechts, in: Erbguth (Hrsg.), Europäisierung des nationalen Umweltrechts, 2001, S. 107–135
- Rawls, John*, Eine Theorie der Gerechtigkeit, übersetzt von Hermann Vetter, Frankfurt am Main, 1. Aufl. 1979, 17. Aufl. 2011, Originalausgabe unter dem Titel: A Theory of Justice, Cambridge, Mass., 1971
- Rebhahn, Robert*, Staatshaftung wegen mangelnder Gefahrenabwehr. Eine Studie insbesondere zur österreichischen Amtshaftung mit einem Beitrag zum Kausalzusammenhang im Schadensersatzrecht, Wien 1997
- , Non-contractual Liability in Damages of Member States for Breach of Community Law, in: Koziol/Schulze (Hrsg.), Tort Law of the European Community, 2008, S. 179–211
- Redeker, Konrad*, Legitimation und Grenzen richterlicher Rechtsetzung. Zugleich zu Robert Fischer: Die Weiterbildung des Rechts durch die Rechtsprechung, in: NJW 1972, S. 409–415
- , Überflüssige Verfahren, in: Handelsblatt Nr. 101 v. 28. 05. 2008, S. 18
- , Staatshaftungsgesetz: Reform darf nicht an Einzelproblemen scheitern, in: Handelsblatt Nr. 222 v. 17. 11. 2009, S. 16
- /von Oertzen, Hans-Joachim (Begr.), Verwaltungsgerichtsordnung. Kommentar, fortgeführt von Martin Redeker, Peter Kothe und Helmuth von Nicolai, 15. Aufl., Stuttgart 2010
- Redeker, Martin*, Was beseitigt der Folgenbeseitigungsanspruch?, in: DÖV 1987, S. 194–200
- Reimer, Franz*, Das Parlamentsgesetz als Steuerungsmittel und Kontrollmaßstab, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. 2012, § 9 (S. 585–675)
- Reinhardt, Michael*, Konsistente Jurisdiktion. Grundlegung einer verfassungsrechtlichen Theorie der rechtsgestaltenden Rechtsprechung, Tübingen 1997
- Reinhardt, Rudolf*, Empfiehlt es sich, die verschiedenen Pflichten des Staates zur Entschädigungsleistung aus der Wahrnehmung von Hoheitsrechten nach Grund, Inhalt und Geltendmachung gesetzlich neu zu regeln?, in: Verhandlungen des 41. Deutschen Juristentages Berlin 1955, hrsg. von der Ständigen Deputation des Deutschen Juristentages, Bd. I: Gutachten (1. Halbbd.), Tübingen 1955, S. 233–292
- /Scheuner, Ulrich, Verfassungsschutz des Eigentums. Zwei Abhandlungen, Tübingen 1954
- Remmert, Barbara*, Private Dienstleistungen in staatlichen Verwaltungsverfahren. Eine rechts- und verwaltungswissenschaftliche Untersuchung zur privaten Entscheidungsvorbereitung, Tübingen 2003
- Rengeling, Hans-Werner*, Deutsches und europäisches Verwaltungsrecht – wechselseitige Einwirkungen, in: VVDStRL 53 (1994), S. 202–239
- (Hrsg.), Europäisierung des Rechts. Ringvorlesung anlässlich des zehnjährigen Bestehens des Instituts für Europarecht der Universität Osnabrück 1995, Köln u.a., 1996

- , Gedanken zur »Europäisierung« des Rechts – dargestellt an Beispielen des Verfassungs- und Verwaltungsrechts sowie des gerichtlichen Rechtsschutzes innerhalb der Europäischen Union, in: ders. (Hrsg.), *Europäisierung des Rechts*, 1996, S. 1–20
- Richter, Rudolf/Furubotn, Eirik G.*, *Neue Institutionenökonomik. Eine Einführung und kritische Würdigung*, 4. Aufl., Tübingen 2010
- Riesenhuber, Karl*, *Europäisches Vertragsrecht*, 2. Aufl., Berlin 2006
- Rittner, Fritz*, *Die sogenannte wirtschaftliche Betrachtungsweise in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs*, Karlsruhe 1975
- Robbers, Gerhard*, Rückwirkende Rechtsprechungsänderung, in: JZ 1988, S. 481–489
- Röder, Daniel*, *Die Haftungsfunktion der Grundrechte. Eine Untersuchung zum anspruchsbewehrten status negativus compensationis*, Berlin 2002
- Roellecke, Gerd*, Die Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung, in: VVDStRL 34 (1976), S. 7–42
- Röhl, Hans Christian*, Verwaltung und Privatrecht – Verwaltungsprivatrecht?, in: *VerwArch* 86 (1995), S. 531–578
- Röhl, Klaus F./Röhl, Hans Christian*, *Allgemeine Rechtslehre. Ein Lehrbuch*, 3. Aufl., Köln u.a., 2008
- Romain, Alfred (Begr.)/Byrd, Sharon B./Thielecke, Carola*, *Wörterbuch der Rechts- und Wirtschaftssprache, Teil II: Deutsch-Englisch*, 4. Aufl., München u.a., 2002
- Ronellenfitsch, Michael*, *Die Mischverwaltung im Bundesstaat. Erster Teil. Der Einwand der Mischverwaltung. Studien über die Verwaltungsformen in der Verfassungsentwicklung 1866–1975*, Berlin 1975
- Roosebeke, Bert van*, *State Liability for Breaches of European Law. An economic analysis*, Wiesbaden 2007
- Rose-Ackerman, Susan*, The Economic Analysis of Public Law, in: *European Journal of Law and Economics* 1 (1994), S. 53–70
- Rossi, Matthias*, *Informationsfreiheitsgesetz. Handkommentar*, Baden-Baden 2006
- , Europäisiertes internationales Umweltverwaltungsrecht, in: Möllers/Voßkuhle/C. Walter (Hrsg.), *Internationales Verwaltungsrecht*, 2007, S. 165–180
- Rößing, Lars*, *Denkmalschutz und Umweltverträglichkeitsprüfung*, Berlin 2004
- Rösslein, Thomas*, *Der Folgenbeseitigungsanspruch*, Berlin 1968
- Roth, Günter H./Hilpold, Peter (Hrsg.)*, *Der EuGH und die Souveränität der Mitgliedstaaten. Eine kritische Analyse richterlicher Rechtsschöpfung auf ausgewählten Rechtsgebieten*, Wien 2008
- Roth, Herbert (Hrsg.)*, *Europäisierung des Rechts*, Tübingen 2010
- Röthel, Anne*, Zuweisung von Innovationsverantwortung durch Haftungsregeln, in: Eifert/Hoffmann-Riem (Hrsg.), *Innovationsverantwortung*, 2009, S. 335–356
- Rousseau, Jean Jacques*, Extrait du projet de paix perpétuelle de M. l'Abbé de Saint-Pierre, in: *Œuvres complètes*, Bd. 5, Paris 1865, S. 310–353
- Roxin, Claus*, Sinn und Grenzen staatlicher Strafe, in: *JuS* 1966, S. 377–387
- Rubin, Paul H.*, The Economics of Crime, in: Andreano/Siegfried (Hrsg.), *Economics of Crime*, 1980, S. 13–25
- Rückert, Joachim*, Abwägung – die juristische Karriere eines unjuristischen Begriffs oder: Normenstrenge und Abwägung im Funktionswandel, in: JZ 2011, S. 913–923
- Ruffert, Matthias*, Dogmatik und Praxis des subjektiv-öffentlichen Rechts unter dem Einfluß des Gemeinschaftsrechts, in: *DVB1* 1998, S. 69–75
- , Die Europäisierung der Verwaltungsrechtslehre, in: *Die Verwaltung* 36 (2003), S. 293–319

- , The Transformation of Administrative Law as a Transnational Methodological Project, in: ders. (Hrsg.), *The Transformation of Administrative Law in Europe*, 2007, S. 3–52
- (Hrsg.), *The Transformation of Administrative Law in Europe. La mutation du droit administratif en Europe*, München 2007
- , Kohärente Europäisierung: Anforderungen an Verfassungs- und Verwaltungsverbund, in: Hoffmann-Riem, *Offene Rechtswissenschaft*, 2010, S. 1397–1415
- , Verantwortung und Haftung für Umweltschäden, in: *NVwZ* 2010, S. 1177–1183
- Rühl, Giesela*, Ökonomische Analyse des Rechts, in: Krüper (Hrsg.), *Grundlagen des Rechts*, 2011, § 11 (S. 210–229)
- Rupp, Hans Heinrich*, Reform der Staatshaftung trotz Teilnichtigkeit des Staatshaftungsgesetzes?, in: *NJW* 1982, S. 1731–1734
- , Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre. Verwaltungsnorm und Verwaltungsrechtsverhältnis, 2. Aufl., Tübingen 1991
- Rußmann, Helmut*, Möglichkeit und Grenzen der Gesetzesbindung, in: Okko Behrends, Malte Dießelhorst und Ralf Dreier (Hrsg.), *Rechtsdogmatik und praktische Vernunft. Symposium zum 80. Geburtstag von Franz Wieacker*, Göttingen 1990, S. 35–56
- Rüthers, Bernd*, Richterrecht als Methoden- und Verfassungsproblem, in: Franz Gamillscheg/Bernd Rüthers/Eugen Stahlhacke (Hrsg.), *Sozialpartnerschaft in der Bewährung. Festschrift für Karl Molitor zum 60. Geburtstag*, München 1988, S. 293–307
- , Demokratischer Rechtsstaat oder oligarchischer Richterstaat?, in: *JZ* 2002, S. 365–371
- , Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus, Tübingen, 1. Aufl. 1968, 6. Aufl. 2005
- , Geleugneten Richterstaat und vernebelte Richtermacht, in: *NJW* 2005, S. 2759–2761
- , Trendwende im BVerfG? Über die Grenzen des »Richterstaates«, in: *NJW* 2009, S. 1461 f.
- , Rechtswissenschaft ohne Recht?, in: *NJW* 2011, S. 434–436
- /*Fischer, Christian/Birk, Axel*, *Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre*, München, 6. Aufl. 2011
- Ryczewski, Christoph*, *Die Schuldenbremse im Grundgesetz. Untersuchung zur nachhaltigen Begrenzung der Staatsverschuldung unter polit-ökonomischen und bundesstaatlichen Gesichtspunkten*, Berlin 2011
- Sachs, Michael*, Fehler im Verwaltungsverfahren und ihre Folgen, in: Maltepe Universität (Hrsg.), *Transparenz als Demokratisierungsprozess in der Verwaltung*, Istanbul 2008, S. 141–152
- , *Verfassungsprozessrecht*, 3. Aufl., Tübingen 2010
- (Hrsg.), *Grundgesetz. Kommentar*, 6. Aufl., München 2011
- Sacksofsky, Ute*, Anreize, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. II, 2008, § 40 (S. 1459–1517)
- Sadowski, Dieter*, *Personalökonomie und Arbeitspolitik*, Stuttgart 2002
- , Ökonomische Rechtsanalyse als politische Ökonomie: Das Beispiel des Arbeitsrechts, in: Sadowski/Walwei (Hrsg.), *Die ökonomische Analyse des Arbeitsrechts*, 2002, S. 3–20
- /Walwei, Ulrich (Hrsg.), *Die ökonomische Analyse des Arbeitsrechts, Beiträge zur Arbeitsmarkt- und Berufsforschung (BeitrAB)*, Bd. 259, hrsg. von der Bundesanstalt für Arbeit, Nürnberg 2002
- Saenger, Ingo*, Staatshaftung wegen Verletzung europäischen Gemeinschaftsrechts, in: *JuS* 1997, S. 865–872

- (Hrsg.), Zivilprozessordnung. FamFG – Europäisches Verfahrensrecht. Handkommentar, 4. Aufl., Baden-Baden 2011
- Salje, Peter*, Ökonomische Analyse des Rechts aus deutscher Sicht, in: *Rechtstheorie* 15 (1984), S. 277–312
- Sarrazin, Thilo*, Die ordnungspolitische Logik der Budgetierung, in: *StWStP* 8 (1997), S. 49–60
- Säuberlich, Björn-Peter*, Staatliche Haftung unter europäischem Einfluss – Die Pflicht zur gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung des Amtshaftungsanspruchs bei legislativem Unrecht, in: *EuR* 2004, S. 954–971
- Schack, Friedrich*, Empfiehlt es sich, die verschiedenen Pflichten des Staates zur Entschädigungsleistung aus der Wahrnehmung von Hoheitsrechten nach Grund, Inhalt und Geltendmachung gesetzlich neu zu regeln?, in: *Verhandlungen des 41. Deutschen Juristentages Berlin 1955*, hrsg. von der Ständigen Deputation des Deutschen Juristentages, Bd. I: Gutachten (1. Halbbd.), Tübingen 1955, S. 1–60
- , Entschädigungsansprüche wegen erlittener Requisitionsschäden, in: *NJW* 1963, S. 1336–1338
- , Ersatzpflicht des Staates bei »legislativem Unrecht«, in: *MDR* 1968, S. 186–189
- Schaefer, Martin*, Einige Bemerkungen zum Professorenentwurf für ein Urhebervertragsrecht, in: *ZUM* 2001, S. 315–317
- Schäfer, Alfred/Bonk, Heinz Joachim*, Staatshaftungsgesetz (StHG), München 1982
- Schäfer, Hans*, Referat, in: *Verhandlungen des 41. Deutschen Juristentages Berlin 1955*, hrsg. von der Ständigen Deputation des Deutschen Juristentages, Bd. II: Sitzungsberichte, Tübingen 1956, S. C 3–C 35
- Schäfer, Hans-Bernd*, Kann Staatshaftung für legislatives Unrecht Parlamente anspornen, höherrangiges Recht stärker zu beachten?, in: *Behrens/Eger/Schäfer (Hrsg.), Ökonomische Analyse des Europarechts*, 2012, S. 47–71
- /Ott, *Claus*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, Berlin u.a., 1. Aufl. 1986, 4. Aufl. 2005
- /–, Homo Oeconomicus, Verhaltensökonomik und liberaler Paternalismus, in: *Staat, Verwaltung, Information. Festschrift für Hans Peter Bull zum 75. Geburtstag*, hrsg. von Veith Mehde/Ulrich Ramsauer/Margit Seckelmann, Berlin 2011, S. 301–323
- Scheel, Jochen*, Versicherbarkeit und Prävention. Ökonomische Analyse eines Zielkonflikts, Heidelberg 1999
- Scheffer, Markus*, Regressanspruch gegen Richter wegen Amtspflichtverletzung, in: *NVwZ* 2010, S. 425–428
- Scheidler, Alfred*, Umweltschutz durch Umweltverantwortung. Das neue Umweltschadensgesetz, in: *NVwZ* 2007, S. 1113–1119
- Schelcher, Walter*, Justiz und Verwaltung. Ein Beitrag zur Abgrenzung der Zuständigkeit der bürgerlichen Gerichte und der Verwaltungsbehörden, in: *Ergänzungsheft zu Fischers Zeitschrift für Praxis und Gesetzgebung der Verwaltung*, Bd. 50, Leipzig 1919
- Schenke, Ralf Peter/Schenke, Sabine*, Abschied vom Steuerrecht als Lenkungsmittel?, in: *NJW* 1999, S. 2573 f.
- Schenke, Wolf-Rüdiger*, Entschädigungsansprüche bei legislativem Unrecht unter dem Aspekt des enteignungsgleichen Eingriffs, in: *NJW* 1988, S. 857–864
- , Staatshaftung und Aufopferung – Der Anwendungsbereich des Aufopferungsanspruchs, in: *NJW* 1991, S. 1777–1789
- , *Verwaltungsprozessrecht*, 13. Aufl., Heidelberg 2012

- /Guttenberg, Ulrich, Rechtsprobleme einer Haftung bei normativem Unrecht, in: DÖV 1991, S. 945–955
- /Ruthig, Josef, Amtshaftungsansprüche von Bankkunden bei der Verletzung staatlicher Bankenaufsichtspflichten, in: NJW 1994, S. 2324–2329
- Scherzberg, Arno, Grundlage und Typologie des subjektiv-öffentlichen Rechts, in: DVBl 1988, S. 129–134
- , Die Subsidiarität des »enteignungsgleichen Eingriffs«, in: DVBl 1991, S. 84–93
- , Die Begründetheit der Verfassungsbeschwerde bei Rügen von Freiheitsverletzungen, in: Jura 2004, S. 663–670
- Scheuing, Dieter H., Haftung für Gesetze, in: Günter Püttner (Hrsg.), Festschrift für Otto Bachof zum 70. Geburtstag am 6. März 1984, München 1984, S. 343–380
- , Zur Europäisierung des deutschen Verfassungsrechts, in: Kreuzer/Scheuing/Sieber (Hrsg.), Europäisierung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen, 1997, S. 87–106
- Scheuner, Ulrich, Grundlagen und Art der Enteignungsentschädigung, in: Reinhardt/Scheuner, Verfassungsschutz des Eigentums, 1954, S. 63–162
- , Probleme der staatlichen Schadenshaftung nach deutschem Recht, in: DÖV 1955, S. 545–550
- , Normative Gewährleistungen und Bezugnahme auf Fakten im Verfassungstext. Ein Beitrag zur Auslegung des Grundgesetzes, in: Norbert Achterberg (Hrsg.), Öffentliches Recht und Politik. Festschrift für Hans Ulrich Scupin zum 70. Geburtstag, Berlin 1973, S. 323–339
- Schinkels, Boris, Unbegrenzte richtlinienkonforme Rechtsfortbildung als Haftung Privater für Legislativunrecht? – Für ein subjektives Recht auf Transparenz, in: JZ 2001, S. 394–401
- Schlaich, Klaus (Begr.)/Korioth, Stefan, Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen, 9. Aufl., München 2012
- Schlink, Bernhard, Inwieweit sind juristische Entscheidungen mit entscheidungstheoretischen Modellen theoretisch zu erfassen und praktisch zu bewältigen?, in: Hans Albert/Niklas Luhmann/Werner Maihofer/Ota Weinberger (Hrsg.), Rechtstheorie als Grundlagenwissenschaft der Rechtswissenschaft, 1972, S. 322–346
- , Abwägung im Verfassungsrecht, Berlin 1976
- , Die Enthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Der Staat 28 (1989), S. 161–172
- , Literatur als Bilderbuch der Rechts- und Staatsphilosophie. Zu Peter Schneider, »... ein einzig Volk von Brüdern«. Recht und Staat in der Literatur, in: Internationales Archiv für Sozialgeschichte der deutschen Literatur 16 (1991), zit. nach: ders., Vergewisserungen, 2005, S. 283–296
- , Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, in: Peter Badura/Horst Dreier (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Zweiter Bd.: Klärung und Fortbildung des Verfassungsrechts, Tübingen 2001, S. 445–465
- , Hercules in Germany?, in: ICON 1 (2003), S. 610–620
- , Literatur als Institution. Zur zwanzigjährigen Wiederkehr des Erscheinens von Richard H. Weisberg, *The Failure of the World. The Protagonist as Lawyer in Modern Fiction*, in: ders., Vergewisserungen, 2005, S. 297–309 = ders., *Literature as an Institution*, in: *Cardozo L. Rev.* 26 (2005), S. 2435–2441
- , Vergewisserungen. Über Politik, Recht, Schreiben und Glauben, Zürich 2005
- Schloer, Bernhard, Der Folgenbeseitigungsanspruch, in: JA 1992, S. 39–45

- Schmahl, Stefanie*, Europäisierung der kommunalen Selbstverwaltung, in: DÖV 1999, S. 852–861
- Schmalz, Dieter*, Grundrechte, 4. Aufl., Baden-Baden 2001
- Schmidt, Carmen*, Staatshaftung in Estland, in: O. Dörr (Hrsg.), Staatshaftung in Europa, 2013 (im Erscheinen)
- Schmidt, Reiner*, Öffentliches Wirtschaftsrecht – Allgemeiner Teil. Unter Mitarbeit von Hartmut Bauer und Rudolf Mögele, Berlin u.a., 1990
- (Hrsg.), Öffentliches Wirtschaftsrecht – Besonderer Teil 1, Berlin u.a., 1995; Besonderer Teil 2, Berlin u.a., 1996
- , Die Reform von Verwaltung und Verwaltungsrecht, in: VerwArch 91 (2000), S. 149–168
- , Widerspruchsfreiheit als rechtlicher Maßstab, in: Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, hrsg. von Andreas Heldrich/Jürgen Prölss/Ingo Koller, München 2007, S. 1353–1366
- , Neoliberalismus als Königsweg, in: Wirtschaft – Verwaltung – Recht, in: Festschrift für Rolf Stober zum 65. Geburtstag am 11. Juni 2008, hrsg. von Winfried Kluth, Martin Müller und Andreas Peilert, Köln u.a., 2008, S. 19–29
- /Kahl, Wolfgang, Umweltrecht, 8. Aufl., München 2010
- Schmidt-Aßmann, Eberhard*, Deutsches und Europäisches Verwaltungsrecht – Wechselseitige Einwirkungen, in: DVBl 1993, S. 924–936
- , Zur Europäisierung des allgemeinen Verwaltungsrechts, in: Peter Badura/Rupert Scholz (Hrsg.), Wege und Verfahren des Verfassungslebens. Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag, München 1993, S. 513–527
- , Zur Situation der rechtswissenschaftlichen Forschung, in: JZ 1995, S. 2–10
- , Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht – Perspektiven der verwaltungsrechtlichen Systembildung, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Effizienz als Herausforderung, 1998, S. 245–269
- , Europäisches Verwaltungsverfahrenrecht, in: Peter-Christian Müller-Graff (Hrsg.), Perspektiven des Rechts in der Europäischen Union, Heidelberg 1998, S. 131–162
- , Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, 2. Aufl., Berlin u.a., 2004
- , Verfassungsfragen der Gesundheitsreform, in: NJW 2004, S. 1689–1695
- , Aufgaben und Perspektiven verwaltungsrechtlicher Forschung. Aufsätze 1975–2005, Tübingen 2006
- , Vorwort, in: ders., Aufgaben und Perspektiven verwaltungsrechtlicher Forschung, 2006, S. V f.
- /Hoffmann-Riem, Wolfgang (Hrsg.), Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsresource, Baden-Baden 1997
- /– (Hrsg.), Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts, Baden-Baden 1999
- /– (Hrsg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, Baden-Baden 2004
- Schmidt-Bleibtreu, Bruno (Begr.)/Hofmann, Hans/Hopfauf, Axel (Hrsg.), GG Kommentar zum Grundgesetz, 12. Aufl., o. O., 2011
- Schmidt-De Caluwe, Reimund*, Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch. Eine Untersuchung der Entstehung und Entwicklung eines besonderen Haftungstatbestandes im Sozialrecht, seines Verhältnisses zum Sozialverfahrens- und zum Staatshaftungsrecht sowie eine Kritik seiner bisherigen Dogmatik, Berlin 1992
- Schmidtchen, Dieter*, Homo oeconomicus und das Recht, in: Haft/Hof/Wesche (Hrsg.), Bausteine zu einer Verhaltenstheorie, 2001, S. 449–469

- , Vom Nutzen des Todes: Selbstmordattentate als Herausforderung der ökonomischen Theorie der Religion, in: Gerd Grözinger/Wenzel Matiaske (Hrsg.), Jahrbuch Ökonomie und Gesellschaft 22 (2010), S. 197–238
- Schmitt-Kammler, Arnulf*, Enteignungsentschädigung und staatliche Unrechtshaftung, in: Dietrich Bickel/Walther Hadding/Volker Jahnke/Gerhard Lüke (Hrsg.), Recht und Rechtserkenntnis. Festschrift für Ernst Wolf zum 70. Geburtstag, Köln u.a., 1985, S. 595–616
- , Das »Sonderopfer« – ein lebender Leichnam im Staatshaftungsrecht?, in: NJW 1990, S. 2515–2520
- , Staatshaftungsrecht, in: NVwZ 2000, S. 1273
- Schmoeckel, Mathias/Rückert, Joachim/Zimmermann, Reinhard (Hrsg.), Historisch-kritischer Kommentar zum BGB
 Bd. II: Schuldrecht. Allgemeiner Teil, 1. Teilbd.: vor § 241–304, Tübingen 2007
 Bd. III: Schuldrecht. Besonderer Teil, §§ 433–853, Tübingen (angekündigt für 2013)
- Schneider, Egon*, Anmerkung, in: NJW 1966, S. 1265
- Schneider, Hans-Peter*, Richterrecht, Gesetzesrecht und Verfassungsrecht. Bemerkungen zum Beruf der Rechtsprechung im demokratischen Gemeinwesen, Frankfurt am Main 1969
- (Hrsg.), Das Grundgesetz – Dokumentation seiner Entstehung, Bd. 10: Art. 30 bis 37, bearbeitet von Ulrich Bachmann und Jutta Kramer, Frankfurt am Main 1996
- Schneider, Jens-Peter*, Zur Ökonomisierung von Verwaltungsrecht und Verwaltungswissenschaft. Begriffsbildung und einführende Analyse ausgewählter Beispielfälle, in: Die Verwaltung 34 (2001), S. 317–345
- , Regulation and Europeanisation as Key Patterns of Change in Administrative Law, in: Ruffert (Hrsg.), The Transformation of Administrative Law in Europe, 2007, S. 309–323
- Schneider, Martin/Sadowski, Dieter*, Performancemanagement in der öffentlichen Verwaltung – eine unlösbare Aufgabe?, in: Die Verwaltung 37 (2004), S. 377–399
- Schnöckel, Stefan*, Die gerechte Entschädigung für Enteignungen – Oder: Weshalb eine Entschädigung in Höhe des Verkehrswertes auch im Interesse der Allgemeinheit ist, in: DÖV 2009, S. 703–708
- Schoch, Friedrich*, Amtshaftung, in: Jura 1988, S. 585–594
- , Folgenbeseitigung und Wiedergutmachung im Öffentlichen Recht, in: VerwArch 79 (1988), S. 1–67
- , Die Haftungsinstitute des enteignungsgleichen und enteignenden Eingriffs im System des Staatshaftungsrechts, in: Jura 1989, S. 529–537
- , Die Haftung aus enteignungsgleichem und enteignendem Eingriff, in: Jura 1990, S. 140–150
- , Der Folgenbeseitigungsanspruch, in: Jura 1993, S. 478–487
- , Die Europäisierung des Allgemeinen Verwaltungsrechts, in: JZ 1995, S. 109–123
- , Die Europäisierung des verwaltungsgerichtlichen vorläufigen Rechtsschutzes, in: DVBl 1997, S. 289–297
- , Die europäische Perspektive des Verwaltungsverfahrens- und Verwaltungsprozessrechts, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts, 1999, S. 279–316
- , Die Europäisierung des Allgemeinen Verwaltungsrechts und der Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Die Wissenschaft vom Verwaltungsrecht. Werkstattgespräch aus

- Anlaß des 60. Geburtstages von Prof. Dr. Eberhard Schmidt-Aßmann, Die Verwaltung, Beiheft 2 (1999), S. 135–154
- , Kommunale Selbstverwaltung und Europarecht, in: Hans-Günter Henneke (Hrsg.), Kommunen und Europa – Herausforderungen und Chancen, Stuttgart u.a., 1999, S. 11–37
- , Effektivierung des Sekundärrechtsschutzes. Zur Überwindung des Entwicklungsrückstands des deutschen Staatshaftungsrechts, in: Die Verwaltung 34 (2001), S. 261–290
- , Europäisierung des Staatshaftungsrechts, in: Geis/Lorenz (Hrsg.), FS Maurer, 2001, S. 759–775
- , Staatshaftung wegen Verstoßes gegen Europäisches Gemeinschaftsrecht, in: Jura 2002, S. 837–841
- /Kloepfer, Michael, Informationsfreiheitsgesetz (IFG-ProfE). Entwurf eines Informationsfreiheitsgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, unter Mitwirkung von Hansjürgen Garstka, Berlin 2002
- /Garstka, Hansjürgen, Archivgesetz (ArchG-ProfE). Entwurf eines Archivgesetzes des Bundes, Berlin 2007
- /Schneider, Jens-Peter/Bier, Wolfgang (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung. Kommentar, Loseblatt, zwei Bände, München, Stand: 23. EL, Januar 2012
- Schoißwohl, Birgit, Staatshaftung wegen Gemeinschaftsrechtsverletzung: Anspruchgrundlage und materielle Voraussetzungen. Zugleich ein Beitrag zur Gemeinschaftshaftung, Wien 2002
- Schön, Wolfgang, Quellenforscher und Pragmatiker – Ein Schlusswort, in: Engel/Schön (Hrsg.), Proprium der Rechtswissenschaft, 2007, S. 313–321
- Schönke, Adolf/Schröder, Horst (Begr.), Strafgesetzbuch. Kommentar, 28. Aufl., München 2010
- Schönrock, Sabrina, Versetzung und Zuweisung nach neuem Beamtenrecht, in: ZBR 2010, S. 222–229
- Schorkopf, Frank, Grundgesetz und Überstaatlichkeit. Konflikt und Harmonie in den auswärtigen Beziehungen Deutschlands, Tübingen 2007
- Schramm, Annina, Haftung für Tötung, Tübingen 2010
- Schröder, Rainer, Verwaltungsrechtsdogmatik im Wandel, Tübingen 2007
- Schubert, Jens M., Punitive Damages – Das englische Recht als Vorbild für das deutsche Schadensrecht?, in: JR 2008, S. 138–143
- Schuck, Peter H., Suing Government. Citizen Remedies for Official Wrongs, New Haven u.a., 1983
- Schulze, Reiner, (Hrsg.), Europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte. Ergebnisse und Perspektiven der Forschung, Berlin 1991
- , Vom Ius commune zum Gemeinschaftsrecht – das Forschungsfeld der Europäischen Rechtsgeschichte, in: ders. (Hrsg.), Europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte. Ergebnisse und Perspektiven der Forschung, Berlin 1991, S. 3–36
- , Das Entstehen des Europäischen Gemeinschaftsrechts. Eine Forschungsaufgabe der juristischen Zeitgeschichte, in: ZNR 16 (1994), S. 297–324
- , Auslegung Europäischen Privatrechts und angeglichenen Rechts – Einführung, in: ders. (Hrsg.), Auslegung europäischen Privatrechts und angeglichenen Rechts, Baden-Baden 1999, S. 9–25
- , Pluralismus der Rechte und Konvergenz des Rechtsdenkens – Zur geschichtlichen Rolle allgemeiner Rechtsgrundsätze, in: Heinz-Dieter Assmann/Gert Brüggemeier/Rolf Sethe (Hrsg.), Unterschiedliche Rechtskulturen – Konvergenz des Rechtsdenkens.

- Different Legal Cultures – Convergence of Legal Reasoning, Baden-Baden 2001, S. 9–29
- , Der DCFR – Funktionen, Methoden und Struktur, in: ders./Christian von Bar/Hans Schulte-Nölke (Hrsg.), Der akademische Entwurf für einen Gemeinsamen Referenzrahmen. Kontroversen und Perspektiven, Tübingen 2008, S. 1–33
- , Die Europäisierung des Privatrechts – Stand und Perspektiven, in: Präsidium des Deutschen Richterbundes (Hrsg.), Justiz und Recht im Wandel der Zeit. Festgabe 100 Jahre Deutscher Richterbund, Köln u.a., 2009, S. 223–234
- /Dörner, Heinrich/Ebert, Ina/Hoeren, Thomas/Kemper, Rainer/Saenger, Ingo/Schreiber, Klaus/Schulte-Nölke, Hans/Staudinger, Ansgar, Bürgerliches Gesetzbuch. Handkommentar, 7. Aufl., Baden-Baden 2012
- /Schulte-Nölke, Hans, Schuldrechtsreform und Gemeinschaftsrecht, in: dies. (Hrsg.), Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, Tübingen 2001, S. 3–24
- /Seif, Ulrike, Einführung, in: dies. (Hrsg.), Richterrecht und Rechtsfortbildung, 2003, S. 1–23
- /– (Hrsg.), Richterrecht und Rechtsfortbildung in der Europäischen Gemeinschaft, Tübingen 2003
- /Walter, Christian (Hrsg.), 50 Jahre Römische Verträge. Geschichts- und Rechtswissenschaft im Gespräch über Entwicklungsstand und Perspektiven der Europäischen Integration, Tübingen 2008
- /–, Einleitung: 50 Jahre Römische Verträge, in: dies. (Hrsg.), 50 Jahre Römische Verträge, 2008, S. 1–16
- /Zuleeg, Manfred/Kadelbach, Stefan (Hrsg.), Europarecht. Handbuch für die deutsche Rechtspraxis, 2. Aufl., Baden-Baden 2010
- Schulze-Fielitz, Helmuth, Gesetzgebungslehre als Soziologie der Gesetzgebung, in: ZG 2000, S. 295–316
- , Notizen zur Rolle der Verwaltungsrechtswissenschaft für das Bundesverwaltungsgericht, in: Die Verwaltung 36 (2003), S. 421–445
- , Wege, Umwege oder Holzwege zu besserer Gesetzgebung durch sachverständige Beratung, Begründung, Folgeabschätzung und Wirkungskontrolle?, in: JZ 2004, S. 862–871
- (Hrsg.), Staatsrechtslehre als Wissenschaft, in: Die Verwaltung, Beiheft 7, Berlin 2007
- , Staatsrechtslehre als Wissenschaft: Dimensionen einer nur scheinbar akademischen Fragestellung. Eine einführende Problemskizze, in: ders. (Hrsg.), Staatsrechtslehre als Wissenschaft, 2007, S. 11–47
- Schuppert, Gunnar Folke, Verwaltungsrechtswissenschaft als Steuerungswissenschaft. Zur Steuerung des Verwaltungshandelns durch Verwaltungsrecht, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Schuppert (Hrsg.), Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 1993, S. 65–114
- , Was ist und wie misst man Wandel von Staatlichkeit?, in: Der Staat 38 (1999), S. 325–358
- , Verwaltungswissenschaft. Verwaltung, Verwaltungsrecht, Verwaltungslehre, Baden-Baden 2000
- , Gute Gesetzgebung. Bausteine einer kritischen Gesetzgebungslehre, in: ZG 18 (Sonderheft 2003), S. 4–102
- , Was ist und wie misst man Wandel von Staatlichkeit?, in: Der Staat 47 (2008), S. 325–358
- Schüren, Peter, Wer Sozialpläne verzögert, wird bestraft! – »punitive damages« im Betriebsverfassungsrecht?, in: Wilfried Küper/Jürgen Welp (Hrsg.), Beiträge zur

- Rechtswissenschaft. Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag, Heidelberg 1993, S. 1085–1092
- Schwarze, Jürgen (Hrsg.), Das Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß. Zur Konvergenz der mitgliedstaatlichen Verwaltungsrechtsordnungen in der Europäischen Union, Baden-Baden 1996
- , Deutscher Landesbericht, in: ders. (Hrsg.), Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, 1996, S. 123–227
- , Die Europäisierung des nationalen Verwaltungsrechts, in: ders. (Hrsg.), Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, 1996, S. 789–846
- , Konvergenz im Verwaltungsrecht der EU-Mitgliedstaaten – Zugleich ein Beitrag zu Chancen und Risiken der Kodifikation allgemeiner Grundsätze des indirekten Vollzugs von Gemeinschaftsrecht, in: DVBl 1996, S. 881–889
- (Hrsg.), Verfassungsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit im Zeichen Europas, Baden-Baden 1998
- , Formen, Standards und Zukunftsperspektiven des europäischen Verwaltungsrechts, in: ders. (Hrsg.), Bestand und Perspektiven des Europäischen Verwaltungsrechts, 2008, S. 11–29
- (Hrsg.), Bestand und Perspektiven des Europäischen Verwaltungsrechts. Rechtsvergleichende Analysen, Baden-Baden 2008
- , Zwischen Tradition und Zukunft. Die Rolle allgemeiner Rechtsgrundsätze im Recht der Europäischen Union, in: DVBl 2011, S. 721–727
- (Hrsg.), EU-Kommentar, mitherausgegeben von Ulrich Becker, Armin Hatje und Johann Schoo, 3. Aufl., Baden-Baden 2012
- Schweitzer, Michael/Hummer, Waldemar, Europarecht. Das Recht der Europäischen Union – Das Recht der Europäischen Gemeinschaften (EGKS, EG, EAG) – mit Schwerpunkt EG, 5. Aufl., Neuwied u.a., 1996
- /–/Obwexer, Walter, Europarecht. Das Recht der Europäischen Union, Wien 2007
- Schweizer, Urs, Politische Regeln als unvollständige Verträge, in: Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie, hrsg. von Philipp Herder-Dorneich/Karl-Ernst Schenk/Dieter Schmidtchen, Bd. 12, Tübingen 1993, S. 210–223
- , Vertragstheorie, Tübingen 1999
- , Das Instrument der Enteignung aus vertragstheoretischer Sicht, in: Wolfgang Franz/Helmut Hesse/Hans Jürgen Ramser/Manfred Stadler (Hrsg.), Ökonomische Analyse von Verträgen, Tübingen 2000, S. 112–137
- , Delineating the Proper Scope of Government: A Proper Task for a Constitutional Court?, in: JITE 157 (2001), S. 224–229
- , Eigentumsrechte, Nachverhandlungen und die Theorie der Unternehmung, in: Horst Albach/Peter-J. Jost (Hrsg.), Theorie der Unternehmung, ZfB-Ergänzungsheft 4/2001, S. 35–50
- , Gesetzliche Entschädigungsansprüche und das Verursacherprinzip bei reziproken Externalitäten, in: Hans G. Nutzinger (Hrsg.), Regulierung, Wettbewerb und Marktwirtschaft. Regulation, Competition and the Market Economy, in: Festschrift für Carl Christian von Weizsäcker zum 65. Geburtstag, Göttingen 2003, S. 45–59
- , Law and Economics of Obligations, in: Int'l Rev. L. & Econ. 25 (2005), S. 209–228
- , On the Importance of Default Breach Remedies, in: JITE 163 (2007), S. 23–25
- , Die schadensrechtliche Lösung von Hold-up-Problemen, in: Wolfgang Franz u.a. (Hrsg.), Arbeitsverträge, Tübingen 2008, S. 29–47

- , Kommentar zu Hans-Bernd Schäfer. Ökonomische Analyse der Staatshaftung für legislatives Unrecht, in: Behrens/Eger/Schäfer (Hrsg.), Ökonomische Analyse des Europarechts, 2012, S. 73–79
- , Zur ökonomischen Analyse des öffentlichen Haftungsrechts. Koreferat zum Beitrag von Bernd J. Hartmann, in: Zwierlein (Hrsg.), Sicherheit und Krise, 2012, S. 180–186
- Schwintowski, Hans-Peter*, Ökonomische Theorie des Rechts, in: JZ 1998, S. 581–588
- Seelmann, Kurt*, Rechtswissenschaft als Kulturwissenschaft – ein neukantianischer Gedanke und sein Fortleben, in: Marcel Senn/Dániel Puskás (Hrsg.), Rechtswissenschaft als Kulturwissenschaft? Kongress der Schweizerischen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie, 15. und 16. Juni 2007, Universität Zürich, Stuttgart 2007, S. 121–132
- Seer, Roman*, Verständigungen in Steuerverfahren, Köln 1996
- , Der Vollzug von Steuergesetzen unter den Bedingungen einer Massenverwaltung, in: DStJG 31 (2008), S. 7–36
- Seltenreich, Stephan*, Die Francovich-Rechtsprechung des EuGH und ihre Auswirkungen auf das deutsche Staatshaftungsrecht. Ein Rückblick fünf Jahre nach dem Ergehen des Francovich-Urteils, Konstanz 1997
- Sen, Amartya[a] K.*, Collective Choice and Social Welfare, Amsterdam u.a., 1979
- Sendler, Horst*, Über Michael Kohlhaas – damals und heute, Berlin u.a., 1985 = ders., dass., in: Recht – Gerechtigkeit – Rechtsstaat. Beiträge zwischen 1964 und 2005, hrsg. von Konrad Redeker, Köln u.a., 2006, S. 3–37
- Shapiro, Fred R.*, The Most-Cited Legal Scholars, in: J. Legal Stud. 29 (2000), S. 409–426
- Sieber, Ulrich*, Die Zukunft des Europäischen Strafrechts – Ein neuer Ansatz zu den Zielen und Modellen des europäischen Strafrechtssystems, in: ZStW 122 (2009), S. 1–67
- Siegel, Thorsten*, Europäisierung des Öffentlichen Rechts. Rahmenbedingungen und Schnittstellen zwischen dem Europarecht und dem nationalen (Verwaltungs-)Recht, Tübingen 2012
- Siepmann, Heinrich/Siepmann, Ursula*, Verwaltungsorganisation, 6. Aufl., Stuttgart 2004
- Simon, Dieter*, Rechtsverständlichkeit für ein transparentes Europa, in: Die Union (Vierteljahresschrift für Integrationsfragen) 2001 (Heft 2), S. 49–54
- Simon, Herbert A.*, Models of Man. Social and Rational. Mathematical Essays on Rational Human Behavior in a Social Setting, New York u.a., 1957
- , Models of Bounded Rationality
- Bd. 1: Economic Analysis and Public Policy, 2. Aufl., Cambridge u.a., 1983
- Bd. 2: Behavioral Economics and Business Organization, 2. Aufl., Cambridge u.a., 1983
- Bd. 3: Empirically Grounded Economic Reason, Cambridge u.a., 1997
- Skouris, Vassilios*, 50 Jahre Römische Verträge – Rückblick und Ausblick aus der Perspektive der Europäischen Gerichtsbarkeit, in: Schulze/C. Walter (Hrsg.), 50 Jahre Römische Verträge, 2008, S. 17–36
- Sobota, Katharina*, Das Prinzip Rechtsstaat. Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Aspekte, Tübingen 1997
- , Zum Umfang der behördlichen Untersuchungspflicht gemäß § 24 VwVfG, § 31 VermG, in: DÖV 1997, S. 144–152
- Sodan, Helge/Ziekow, Jan*, Verwaltungsgerichtsordnung. Großkommentar, 3. Aufl., Baden-Baden 2010
- /– (Hrsg.), Grundkurs Öffentliches Recht. Staats- und Verwaltungsrecht, 5. Aufl., München 2012
- Söllner, Alfred*, Der Richter als Ersatzgesetzgeber, in: ZG 10 (1995), S. 1–16

- Sommermann, Karl-Peter*, Europäisches Verwaltungsrecht oder Europäisierung des Verwaltungsrechts? – Inkonsistenzen in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes, in: DVBl 1996, S. 889–898
- , Das Recht auf effektiven Rechtsschutz als Kristallisationspunkt eines gemeineuropäischen Rechtsstaatsverständnisses, in: Ferdinand Kirchhof/Hans-Jürgen Papier/Heinz Schäffer (Hrsg.), Rechtsstaat und Grundrechte. Festschrift für Detlef Mertin, Heidelberg 2007, S. 443–461
- , Veränderungen des nationalen Verwaltungsrechts unter europäischem Einfluss – Analyse aus deutscher Sicht, in: Schwarze (Hrsg.), Bestand und Perspektiven des Europäischen Verwaltungsrechts, 2008, S. 181–199
- Spindler, Gerald*, Organhaftung und Versicherung, in: G. Bachmann/Caspar/C. Schäfer/Veil (Hrsg.), Steuerungsfunktionen des Haftungsrechts, Baden-Baden 2007, S. 215–235
- Spitzer, Matthew L.*, An Economic Analysis of Sovereign Immunity in Tort, in: So. Cal. L. Rev. 50 (1977), S. 515–548
- Squires, Daniel*, The Consequences of Public Authority Negligence Liability, in: JRE 17 (2009), S. 327–351
- Starck, Christian*, Empirie in der Rechtsdogmatik, in: JZ 1972, S. 609–614
- , Die Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung, in: VVDStRL 34 (1976), S. 43–93
- , Neue Verwaltungsrechtswissenschaft?, in: JZ 2010, S. 1170–1173
- Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Rechtspflege: Finanzgerichte 2009, Fachserie 10, Reihe 2.5, Wiesbaden 2010, online unter https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/Rechtspflege/GerichtePersonal/Finanzgerichte2100250097004.pdf?__blob=publicationFile (Abfrage: 29. 05. 2012)
- (Hrsg.), Rechtspflege: Sozialgerichte 2009, Fachserie 10, Reihe 2.7, Wiesbaden 2010, online unter https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/Rechtspflege/GerichtePersonal/Sozialgerichte2100270097004.pdf?__blob=publicationFile (Abfrage: 29. 05. 2012)
- (Hrsg.), Rechtspflege: Verwaltungsgerichte 2009, Fachserie 10, Reihe 2.4, Wiesbaden 2010, online unter https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/Rechtspflege/GerichtePersonal/Verwaltungsgerichte2100240097004.pdf?__blob=publicationFile (Abfrage: 29. 05. 2012)
- Staudinger, [Julius] von*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungs-gesetz und Nebengesetzen, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse,
- §§ 249–254 (Schadensersatzrecht), bearbeitet von Gottfried Schiemann, redigiert von Michael Martinek, 14. Aufl., Berlin 2005
- §§ 255–304 (Leistungsstörungenrecht 1), bearbeitet von Claudia Bittner, Georg Caspers, Cornelia Feldmann, Manfred Löwisch, Hansjörg Otto und Roland Schwarze, redigiert von Manfred Löwisch, o. Aufl., Berlin 2009
- §§ 823–825 (Recht der Schuldverhältnisse, Zweites Buch), bearbeitet von Johannes Hager, redigiert von Norbert Horn, 13. Aufl., Berlin 1999
- §§ 839, 839a (Unerlaubte Handlungen 4 – Amtshaftungsrecht), bearbeitet von Michael Wurm, redigiert von Norbert Horn, 14. Aufl., Berlin 2007
- Stein, Katrin*, Die Verantwortlichkeit politischer Akteure, Tübingen 2009
- Stein, Torsten*, Richterrecht wie anderswo auch? – Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften als »Integrationsmotor«, in: Richterliche Rechtsfortbildung. Erscheinungsformen, Auftrag und Grenzen, Festschrift der Juristischen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, hrsg. von den Hochschullehrern der Juristischen Fakultät der Universität Heidelberg, Heidelberg 1986, S. 619–641

- Stein, Ulrich*, Vorsatz- und Fahrlässigkeitsstraftaten. Grundzüge einer inhaltlichen und begrifflichen Rekonstruktion, Habilitationsschrift Bonn, 1993
- Steinmeyer, Heinz-Dietrich*, Der Beitrag des Bundessozialgerichts zur Fortentwicklung des Europäischen Sozialrechts, in: Matthias von Wulffen/Otto Ernst Krasney (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundessozialgericht, Köln u.a., 2004, S. 855–873
- , Krankenkassen zwischen Sozialrecht, Haftung und Insolvenz, in: NZS 2008, S. 393–402
- , Sozialrecht, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach (Hrsg.), Europarecht, 2. Aufl. 2010, § 40 (S. 2127–2214)
- Stelkens, Paul/Bonk, Heinz Joachim/Sachs, Michael* (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz. Kommentar, 7. Aufl., München 2008
- Stelkens, Ulrich*, Verwaltungshaftungsrecht. Schadensersatzhaftung zwischen Bund, Ländern, Gemeinden, Sozialversicherungsträgern und sonstigen juristischen Personen des öffentlichen Rechts, Berlin 1998
- , Zum Erfordernis einer Staatshaftung gegenüber juristischen Personen des öffentlichen Rechts, in: DVBl 2003, S. 22–31
- , Staatshaftungsreform im Mehrebenensystem, in: DÖV 2006, S. 770–779
- , Rezension [von Gromitsaris, Rechtsgrund und Haftungsauslösung im Staatshaftungsrecht, 2006], in: DÖV 2008, S. 214
- Stelmach, Jerzy*, Das Recht als ökonomische Tatsache, in: Hartmut Bauer/Detlef Czybulka/Wolfgang Kahl/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), Wirtschaft im offenen Verfassungsstaat. Festschrift für Reiner Schmidt zum 70. Geburtstag, München 2006, S. 597–607
- /Schmidt, Reiner (Hrsg.), Krakauer-Augsburger Rechtsstudien: Wettbewerb der Staaten – Wettbewerb der Rechtsordnungen, Warszawa 2010
- Stern, Klaus*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland
- Bd. I: Grundbegriffe und Grundlagen des Staatsrechts, Strukturprinzipien der Verfassung, 2. Aufl., München 1984
- Bd. II: Staatsorgane, Staatsfunktionen, Finanz- und Haushaltsverfassung, Notstandsverfassung, München 1980
- Bd. III/1: Allgemeine Lehren der Grundrechte, München 1988
- Bd. IV/2: Die einzelnen Grundrechte: Freiheit der politischen Betätigung – Kultur – Schule und Bildung – Kunst und Wissenschaft – Religion, Kirchen, Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften – Gleichheitssätze – Rechtsschutz und Staatshaftung, München 2011
- /Becker, Florian (Hrsg.), Grundrechte-Kommentar, Köln 2010
- /Blanke, Hermann-Josef, Verwaltungsprozessrecht in der Klausur, 9. Aufl., München 2008
- Streinz, Rudolf*, Der Vollzug des Europäischen Gemeinschaftsrechts durch deutsche Staatsorgane, in: Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VII, 1992, § 182 (S. 817–854)
- , Staatshaftung für Verletzungen primären Gemeinschaftsrechts durch die Bundesrepublik Deutschland. Zum Vorlagebeschluß des BGH, EuZW 1993, 226, in: EuZW 1993, S. 599–605
- , Auswirkungen des vom EuGH »ausgelegten« Gemeinschaftsrechts auf das deutsche Recht – Aufgezeigt an den Folgen des Francovich-Urteils für das deutsche Staatshaftungsrecht, in: Jura 1995, S. 6–14
- , Anmerkungen zu dem EuGH-Urteil in der Rechtssache Brasserie du Pêcheur und Factortame, in: EuZW 1996, S. 201–204

- , Primär- und Sekundärrechtsschutz im Öffentlichen Recht, in: VVDStRL 61 (2002), S. 300–361
- , [Diskussionsbeitrag], in: VVDStRL 61 (2002), S. 457–462
- , Europarecht, 9. Aufl., Heidelberg 2012
- (Hrsg.), EUV/AEUV. Vertrag über die Europäische Union und Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, 2. Aufl., München 2012
- /Leible, Stefan, Staatshaftung wegen verspäteter Umsetzung der EG-Pauschalreise-Richtlinie. Eine Besprechung des Urteils des EuGH vom 8. Oktober 1996, ZIP 1996, 1832, in: ZIP 1996, S. 1931–1939
- /Ohler, Christoph/Herrmann, Christoph, Der Vertrag von Lissabon zur Reform der EU. Einführung mit Synopse, 3. Aufl., München 2010
- Streit, Thilo, Entscheidung in eigener Sache, Berlin 2006
- Sundheim, Carl, Ueber Schadensstiftung durch Staatsbeamte und Haftverbindlichkeit des Staats dafür, in: ders., Practische Rechtsfragen, Gießen 1827, S. 1–28
- Sunstein, Cass R. (Hrsg.), Behavioral Law and Economics, Cambridge u.a., 2000
- Tappe, Henning, Die neue »Schuldenbremse« im Grundgesetz – Defizite (in) der Föderalismusreform II, in: DÖV 2009, S. 881–890
- Taupitz, Jochen, Ökonomische Analyse und Haftungsrecht – Eine Zwischenbilanz, in: AcP 196 (1996), S. 114–167
- Terhechte, Jörg Philipp, Zum Amtshaftungsanspruch bei Organisationsmängeln innerhalb der Dritten Gewalt – zugleich ein Beitrag zum Rechtsschutz gegen den untätigen Richter, in: DVBl 2007, S. 1134–1143
- Tettinger, Peter J./Erbguth, Wilfried/Mann, Thomas, Besonderes Verwaltungsrecht. Kommunalrecht, Polizei- und Ordnungsrecht, Baurecht, 10. Aufl., Heidelberg 2009
- Thaler, Richard H./Sunstein, Cass R., Nudge. Wie man kluge Entscheidungen anstößt. Aus dem Amerikanischen von Christoph Basum, Berlin 2009 [Original: Nudge. Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness, New Haven u.a., 2008]
- Thieme, Werner, Einführung in die Verwaltungslehre, Köln u.a., 1995
- Thoma, Richard, Rechtsstaatsidee und Verwaltungsrechtswissenschaft, in: JöR 4 (1910), S. 196–218, hier zit. nach: ders., Rechtsstaat – Demokratie – Grundrechte, hrsg. von H. Dreier, 2008, S. 1–28
- , Kritische Würdigung des vom Grundsatzausschuß des Parlamentarischen Rates beschlossenen und veröffentlichten Grundrechtskatalogs, Bonn 1948, abgedruckt in: ders., Rechtsstaat – Demokratie – Grundrechte, hrsg. von H. Dreier, 2008, S. 443–467
- , Rechtsstaat – Demokratie – Grundrechte. Ausgewählte Abhandlungen aus fünf Jahrzehnten, hrsg. von Horst Dreier, Tübingen 2008
- Tiedemann, Klaus, Europäisches Gemeinschaftsrecht und Strafrecht, in: NJW 1993, S. 23–31
- , Die Europäisierung des Strafrechts, in: Kreuzer/Scheuing/Sieber (Hrsg.), Europäisierung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen, 1997, S. 133–160
- Tietjen, Daniel, Das System des gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsrechts. Eine Darstellung der Haftungsdogmatik vor dem Hintergrund der dynamischen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, Berlin 2010
- Tipke, Klaus (Begr.)/Lang, Joachim/Seer, Roman/Hey, Johanna (Hrsg.), Steuerrecht, 20. Aufl., Köln 2010
- Tomuschat, Christian, Das Francovich-Urteil des EuGH – Ein Lehrstück zum Europarecht, in: Ole Due/Marcus Lutter/Jürgen Schwarze (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Everling, Bd. II, Baden-Baden 1995, S. 1585–1609

- Towfigh, Emanuel V.*, Komplexität und Normenklarheit – Oder: Gesetze sind für Juristen gemacht, in: *Der Staat* 48 (2009), S. 29–73
- , Das ökonomische Paradigma, in: *Towfigh/N. Petersen, Ökonomische Methoden im Recht*, 2010, S. 23–34
- /*Petersen, Niels, Public Choice Theorie und Social Choice Theorie*, in: dies., *Ökonomische Methoden im Recht*, 2010, S. 133–163
- /–, *Ökonomische Methoden im Recht. Eine Einführung für Juristen*, Tübingen 2010
- Träbert, Katrin*, Sanktionen der Europäischen Union gegen ihre Mitgliedstaaten. Die Sanktionsverfahren nach Art. 228 Abs. 2 EGV und Art. 7 EUV, Frankfurt am Main 2010
- Trute, Hans-Heinrich/Groß, Thomas/Röhl, Hans Christian/Möllers, Christoph* (Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht – zur Tragfähigkeit eines Konzepts*, Tübingen 2008
- Ule, Carl Hermann*, *Das Bonner Grundgesetz und die Verwaltungsgerichtsbarkeit*, Tübingen 1950
- , Vorwort des Herausgebers, in: *Luhmann, Öffentlich-rechtliche Entschädigung rechtspolitisch betrachtet*, 1965, S. 5 f.
- Umbach, Dieter C./Clemens, Thomas* (Hrsg.), *Grundgesetz. Mitarbeiterkommentar und Handbuch*, Bd. I, Heidelberg 2002
- Unterreitmeier, Johannes*, Grundrechtsverletzung und Geldentschädigung – kein zwingendes Junktim?, in: *DVBl* 2005, S. 1235–1241
- Uwer, Dirk/Held, Simeon*, Die europarechtliche Abgrenzung von Nebenerzeugnissen zu Abfällen – Neue Entwicklungstendenzen in der EuGH-Rechtsprechung und ihre Rezeption im deutschen Umweltrecht, in: *EuZW* 2010, S. 127–132
- Vedder, Christoph*, Das System der Kompetenzen in der EU unter dem Blickwinkel einer Reform, in: *Götz/Martínez Soria* (Hrsg.), *Kompetenzverteilung*, 2002, S. 9–31
- Versteyl, Ludger Anselm*, Europäisierung des Abfallrechts, in: *Erbguth* (Hrsg.), *Europäisierung des nationalen Umweltrechts*, 2001, S. 137–155
- Vesting, Thomas*, Die Staatsrechtslehre und die Veränderung ihres Gegenstandes: Konsequenzen von Europäisierung und Internationalisierung, in: *VVDStRL* 63 (2004), S. 41–70
- Vieweg, Klaus/Werner, Almuth*, *Sachenrecht*, 5. Aufl., München 2011
- Vogel, Hans-Jochen*, Die Verwirklichung der Rechtsstaatsidee im Staatshaftungsrecht – Zur Reform des Staatshaftungsrechts, in: *DVBl* 1978, S. 657–665
- Voigt, Rüdiger*, *Den Staat denken. Der Leviathan im Zeichen der Krise*, 2. Aufl., Baden-Baden 2009
- Voigt, Stefan*, *Institutionenökonomik*, 2. Aufl., Paderborn 2009
- Volkmann, Uwe*, Leitbildorientierte Verfassungsanwendung, in: *AöR* 134 (2009), S. 157–196
- Voßkuhle, Andreas*, Verfassungsstil und Verfassungsfunktion, in: *AöR* 119 (1994), S. 35–60
- , Die Reform des Verwaltungsrechts als Projekt der Wissenschaft, in: *Die Verwaltung* 32 (1999), S. 545–554
- , »Ökonomisierung« des Verwaltungsverfahrens, in: *Die Verwaltung* 34 (2001), S. 347–369
- , »Schlüsselbegriffe« der Verwaltungsrechtsreform. Eine kritische Bestandsaufnahme, in: *VerwArch* 92 (2001), S. 184–215
- , Die Renaissance der »Allgemeinen Staatslehre« im Zeitalter der Europäisierung und Internationalisierung, in: *JuS* 2004, S. 2–7

- , 60 erfolgreiche Jahre Grundgesetz – kein Grund, sich auszuruhen, in: NJW-Editorial Heft 21/2009, S. III
- , Personal, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. III, 2009, § 43 (S. 3–81)
- , Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. 2012, § 1 (S. 1–63)
- /Gerberding, Johannes, Michael Kohlhaas und der Kampf ums Recht, in: JZ 2012, S. 917–925
- Wagner, Gerhard, Kollektives Umwelthaftungsrecht auf genossenschaftlicher Grundlage, Berlin 1990
- , Die Aufgaben des Haftungsrechts – eine Untersuchung am Beispiel der Umwelthaftungsrechts-Reform, in: JZ 1991, S. 175–183
- , Umwelthaftung und Versicherung, in: VersR 1991, S. 249–260
- , Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht – Kommerzialisierung, Strafschadensersatz, Kollektivschaden, Gutachten A für den 66. Deutschen Juristentag, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des sechsundsechzigsten Deutschen Juristentages Stuttgart 2006, Bd. I: Gutachten, Teil A, München 2006
- , Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht – Anmaßung oder legitime Aufgabe?, in: AcP 206 (2006), S. 352–476
- , Schadensersatz – Zwecke, Inhalte, Grenzen, in: Egon Lorenz (Hrsg.), Karlsruher Forum 2006: Schadensersatz – Zwecke, Inhalte, Grenzen. Mit Vortrag von Gerhard Wagner und Dokumentation der Diskussion, Karlsruhe 2006, S. 5–138
- , (Un)insurability and the Choice between Market Insurance and Public Compensation Systems, in: Van Boom/Faure (Hrsg.), Shifts in Compensation Between Private and Public Systems, 2007, S. 87–112
- Wahl, Rainer, Der Vorrang der Verfassung, in: Der Staat 20 (1981), S. 485–516
- , Der Vorrang der Verfassung und die Selbständigkeit des Gesetzesrechts, in: NVwZ 1984, S. 401–409
- , Europäisches Planungsrecht – Europäisierung des deutschen Planungsrechts. Das Planungsrecht in Europa, in: Klaus Grupp/Michael Ronellenfitsch (Hrsg.), Planung – Recht – Rechtsschutz. Festschrift für Willi Blümel zum 70. Geburtstag am 6. Januar 1999, Berlin 1999, S. 617–646
- , Verfassungsstaat, Europäisierung, Internationalisierung, Frankfurt am Main 2003
- , Zwei Phasen des Öffentlichen Rechts nach 1949, in: ders., Verfassungsstaat, Europäisierung, Internationalisierung, 2003, S. 411–435
- , Herausforderungen und Antworten: Das Öffentliche Recht der letzten fünf Jahrzehnte, Berlin 2006
- , Die zweite Phase des Öffentlichen Rechts in Deutschland. Die Europäisierung des Öffentlichen Rechts, in: Der Staat 47 (2008), S. 495–518
- , Europäisierung: Die miteinander verbundenen Entwicklungen von Rechtsordnungen als ganzen, in: Trute/Groß/H. C. Röhl/Möllers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 2008, S. 869–898
- , Die Rechtsbildung in Europa als Entwicklungslabor, in: JZ 2012, S. 861–870
- Waldhoff, Christian, [Besprechung von Engel/Morlok, Öffentliches Recht als ein Gegenstand ökonomischer Forschung, 1998], in: Der Staat 38 (1999), S. 625–630
- , Staat und Zwang. Der Staat als Rechtsdurchsetzungsinstanz, Paderborn u.a., 2008
- , Stand und Perspektiven der Verfassungsgeschichte in Deutschland aus Sicht der Rechtswissenschaft, in: Helmut Neuhaus (Hrsg.), Verfassungsgeschichte in Europa. Tagung

- der Vereinigung für Verfassungsgeschichte in Hofgeismar vom 27. bis 29. März 2006, Beiheft zu »Der Staat«, Heft 18, Berlin 2010
- Wallerath, Maximilian*, Herstellung und Folgenbeseitigung im Recht der Leistungsverwaltung, in: DÖV 1987, S. 505–515
- , Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch und die Herrschaft des Rechts – Zur Bewältigung von Herstellungsanlagen in sozialen Hilfs- und Förderungssystemen, in: DÖV 1994, S. 757–766
- , Der ökonomisierte Staat. Zum Wettstreit zwischen juristisch-politischem und ökonomischem Paradigma, in: JZ 2001, S. 209–218
- Walter, Christian*, Neuere Entwicklungen im französischen Staatshaftungsrecht – verschuldensunabhängige Haftung öffentlicher Krankenhäuser, in: ZaöRV 1993, S. 882–907
- , Die Folgen der Globalisierung für die europäische Verfassungsdiskussion, in: DVBl 2000, S. 1–13
- , Internationalisierung des deutschen und Europäischen Verwaltungsverfahrens- und Verwaltungsprozessrechts – am Beispiel der Århus-Konvention, in: EuR 2005, S. 302–338
- Walter, Konrad*, Rechtsfortbildung durch den EuGH. Eine rechtsmethodische Untersuchung ausgehend von der deutschen und französischen Methodenlehre, Berlin 2009
- Waltermann, Raimund*, Sozialrecht, 9. Aufl., Heidelberg 2011
- Wank, Rolf*, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, Berlin 1978
- , Die Auslegung von Gesetzen, 5. Aufl., München 2011
- Ward, Angela*, Effective Sanctions in EC Law: A Moving Boundary in the Division of Competence, in: ELJ 1 (1995), S. 205–217
- Weber, Max*, Die »Objektivität« sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis, in: ders., Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre, hrsg. von Johannes Winkelmann, Tübingen 1988, S. 146–214
- Wegener, Bernhard W.*, Staatshaftung für die Verletzung von Gemeinschaftsrecht durch nationale Gerichte?, in: EuR 2002, S. 785–800
- , (Fehl-)Urteilsverantwortung und Richterspruchprivileg in der Haftung der Mitgliedstaaten für die Verletzung von Gemeinschaftsrecht, in: EuR 2004, S. 84–91
- , Der geheime Staat. Arkantradition und Informationsfreiheitsrecht, Göttingen 2006
- Wehlau, Andreas*, Die Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaft zur Staatshaftung der Mitgliedstaaten nach Gemeinschaftsrecht. Ein Beitrag zur Funktion des Gerichtshofes im Rechtssystem der Gemeinschaft, Hamburg 1996
- Wehr, Matthias*, Rechtspflichten im Verfassungsstaat. Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Aspekte der Dogmatik öffentlich-rechtlicher Pflichten Privater, Berlin 2005
- Wehr, Klaus*, Das ökonomische Vertragsmodell: Theorie und Anwendung, in: KritVj 1992, S. 358–373
- Weigel, Wolfgang*, Rechtsökonomik. Eine methodologische Einführung für Einsteiger und Neugierige, München 2003
- Weinzen, Hans Willi*, Eine asymmetrische Sanktion gegen Schulden – Weniger Umsatzsteuer für Länder, mehr Einkommenssteuer für den Bund?, in: DÖV 2009, S. 454–459
- Weizsäcker, Carl Christian von*, Was leistet die Property Rights Theorie für aktuelle wirtschaftspolitische Fragen?, in: Manfred Neumann (Hrsg.), Ansprüche, Eigentums- und Verfügungsrechte, Schriften des Vereins für Socialpolitik, N.F. Bd. 140, Berlin 1984, S. 123–152

- Weller, Marc-Philippe, Die Vertragstreue. Vertragsbindung – Naturalerfüllungsgrundsatz – Leistungstreue, Tübingen 2009
- Wenzel, Joachim, Die Bindung des Richters an Gesetz und Recht, in: NJW 2008, S. 345–349
- Wernsmann, Rainer, Das gleichheitswidrige Steuergesetz – Rechtsfolgen und Rechtsschutz, Berlin 2000
- , Wer bestimmt den Zweck einer grundrechtseinschränkenden Norm – BVerfG oder Gesetzgeber?, in: NVwZ 2000, S. 1360–1364
- , Verhaltenslenkung in einem rationalen Steuersystem, Tübingen 2005
- , Die Steuer als Eigentumsbeeinträchtigung?, in: NJW 2006, S. 1169–1174
- , Steuerrecht, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach (Hrsg.), Europarecht, 2. Aufl. 2010, § 30 (S. 1653–1701)
- Weyreuther, Felix, Referat [zur Frage: Empfiehlt es sich, die Folgen rechtswidrigen hoheitlichen Verwaltungshandelns gesetzlich zu regeln (Folgenbeseitigung – Folgenentschädigung)?], in: Verhandlungen des siebenundvierzigsten Deutschen Juristentags, Nürnberg 1968, hrsg. von der Ständigen Deputation des Deutschen Juristentages, Bd. I: Gutachten (Teil A), München 1968, S. B 1–187
- Wieland, Joachim, Rechnungshofkontrolle im demokratischen Rechtsstaat, in: DVBl 1995, S. 894–904
- (Hrsg.), Entscheidungen des Parlaments in eigener Sache. Tagungsbd. zum Kolloquium anlässlich des 70. Geburtstages von Professor Dr. Hans Herbert von Arnim am 19. März 2010, Berlin 2011
- , Staatsverschuldung: Sind Stabilitätspakt und Schuldenbremse nur noch Makulatur?, in: v. Arnim (Hrsg.), Systemmängel in Demokratie und Marktwirtschaft, 2011, S. 9–17
- Wiese, Benno von, Die deutsche Novelle von Goethe bis Kafka, Interpretationen, Bd. 1, Düsseldorf, Nachaufl. 1987
- Wigard, Franz (Hrsg.), Stenographischer Bericht über die Verhandlungen der deutschen constituirenden Nationalversammlung zu Frankfurt am Main, 9 Bände, Bd. 2, Frankfurt 1848
- Wilms, Heinrich (Begr.)/Jochum, Georg/Götz, Hellmut (Hrsg.), Erbschaft- und Schenkungsteuergesetz mit Bewertungsgesetz und Grunderwerbsteuergesetz. Kommentar, Loseblatt, o.O., Stand: 59. Aktualisierung, Juni 2012
- Wise, Charles R., Liability of Federal Officials: An Analysis of Alternatives, in: Publ. Admin. Rev. 45 (1985), S. 746–753
- Wißmann, Hinnerk, Amtshaftung als Superrevision der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: NJW 2003, S. 3455–3457
- Wittreck, Fabian, Geld als Instrument der Gerechtigkeit. Die Geldrechtslehre des Hl. Thomas von Aquin in ihrem interkulturellen Kontext, Paderborn u.a., 2002
- , Auftakt zu einer neuen Runde: die Vereinheitlichung der öffentlich-rechtlichen Fachgerichtsbarkeiten. Anmerkungen zu den neuesten Gesetzesinitiativen zur Zusammenführung der Gerichte der Verwaltungs-, Sozial- und Finanzgerichtsbarkeiten in den Ländern, in: DVBl 2005, S. 211–220
- , Die Verwaltung der Dritten Gewalt, Tübingen 2006
- , Subsidiaritätsprinzip, in: Metzlers Lexikon Philosophie, hrsg. von Peter Precht und Franz-Peter Burkard, 3. Aufl., Stuttgart u.a., 2008, S. 590
- Wolff, Hans J./Bachof, Otto, Verwaltungsrecht I, 9. Aufl., München 1974
- /– (Begr.)/Stober, Rolf/Kluth, Winfried, Verwaltungsrecht I, 12. Aufl., München 2007; Verwaltungsrecht II, 7. Aufl., München 2010

- Wolffgang, Hans-Michael, Grundlagen des Rechts, in: ders. (Hrsg.), Öffentliches Recht und Europarecht, 5. Aufl., o.O., 2010
- /Ehrlich, Wolfgang, Exportkontrolle unter dem Einfluss des Europäischen und des Deutschen Verwaltungsrechts, in: Ehlers, Dirk/Wolffgang, Hans-Michael/Lechleitner, Marc (Hrsg.), Risikomanagement im Exportkontrollrecht. Tagungsbd. zum 8. Münsteraner Außenwirtschaftsrechtstag 2003, Heidelberg 2004, S. 39–76
- /Tervooren, Michael, Der enteignungsgleiche Eingriff im Außenwirtschaftsrecht, in: ZfZ 2004, S. 82–86
- Wróblewski, Bartłomiej P., Die Staatshaftung für legislatives Unrecht in Deutschland. Eine rechtshistorische, rechtsdogmatische und rechtsvergleichende Untersuchung, Baden-Baden 2005
- Wurm, Michael, Das Einvernehmen der Gemeinde nach §36 BauGB in der neueren (Amtshaftungs-)Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, in: Ebenroth/Hesselberger/Rinne (Hrsg.), FS Boujong, 1996, S. 687–700
- Wurmnest, Wolfgang, Grundzüge eines europäischen Haftungsrechts. Eine rechtsvergleichende Untersuchung des Gemeinschaftsrechts, Tübingen 2003
- Württemberg, Thomas, Auslegung von Verfassungsrecht – realistisch betrachtet, in: Joachim Bohnert/Christof Gramm/Urs Kindhäuser/Joachim Lege/Alfred Rinke/Gerhard Robbers (Hrsg.), Verfassung – Philosophie – Kirche. Festschrift für Alexander Hollerbach zum 70. Geburtstag, Berlin 2001, S. 223–241
- , Verwaltungsprozessrecht, 3. Aufl., München 2011
- /Heckmann, Dirk, Polizeirecht in Baden-Württemberg, 6. Aufl., Heidelberg 2005
- /Neidhardt, Stephan, Distanz und Annäherung zwischen deutschem und französischem Verwaltungsrecht im Zeichen europäischer Integration, in: Schwarze (Hrsg.), Bestand und Perspektiven des Europäischen Verwaltungsrechts, 2008, S. 255–276
- Wyduckel, Dieter, Ius Publicum. Grundlagen und Entwicklung des Öffentlichen Rechts und der deutschen Staatsrechtswissenschaft, Berlin 1984
- Zachariä, H[einrich] A[lbert], Über die Haftungsverbindlichkeit des Staats aus rechtswidrigen Handlungen und Unterlassungen seiner Beamten, in: Zeitschr. f. Staatsw. 19 (1863), S. 582–652
- , Deutsches Staats- und Bundesrecht, Bd. 2: Das Regierungsrecht der Bundesstaaten und das Bundesrecht, 3. Aufl., Göttingen 1867
- Ziekow, Jan, Verwaltungsverfahrensgesetz. Kommentar, 2. Aufl., Stuttgart 2010
- Zimmermann, Reinhard, Die Europäisierung des Privatrechts und die Rechtsvergleichung, Berlin 2006
- , Juristische Bücher des Jahres – Eine Leseempfehlung, in: NJW 2010, S. 3343–3350
- Zippelius, Reinhold, Zum Problem der Rechtsfortbildung, in: NJW 1964, S. 1981–1987
- , Juristische Methodenlehre, 10. Aufl., München 2006
- Zoepfl, Heinrich, Grundsätze des allgemeinen und des constitutionell-monarchischen Staatsrechts, mit besonderer Rücksicht auf das gemeingültige Recht in Deutschland, nebst einem kurzen Abrisse des deutschen Bundesrechtes und den Grundgesetzen des Deutschen Bundes als Anhang, 3. Aufl., Heidelberg 1846
- Zöllner, Wolfgang/Loritz, Karl-Georg/Hergenröder, Curt Wolfgang, Arbeitsrecht, 6. Aufl., München 2008
- Zuleeg, Manfred, Deutsches und europäisches Verwaltungsrecht – wechselseitige Einwirkungen, in: VVDStRL 53 (1994), S. 154–195
- , Die Rolle der rechtsprechenden Gewalt, in: JZ 1994, S. 1–8

- /Kadelbach, *Stefan*, Individuelle Rechte und Pflichten, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach (Hrsg.), *Europarecht*, 2. Aufl. 2010, § 8 (S. 306–337)
- Zweigert, *Konrad (Begr.)*/Kötz, *Hein*, *Introduction to Comparative Law*, 3. Aufl., Oxford 1998
- Zwierlein, *Cornel* (Hrsg.), *Sicherheit und Krise. Interdisziplinäre Beiträge der Forschungstage 2009 und 2010 des Jungen Kollegs der Nordrhein-Westfälischen Akademie der Wissenschaften und der Künste*, Paderborn 2012

Vorschriftenverzeichnis

- AEUV Art. 18 327
AEUV Art. 28 5
AEUV Art. 119 Abs. 1 322
AEUV Art. 120 Satz 2 323
AEUV Art. 127 Abs. 1 323
AEUV Art. 258 Abs. 2 235
AEUV Art. 258 ff. 234 f.
AEUV Art. 260 Abs. 2 234
AEUV Art. 260 Abs. 2 UAbs. 2 222, 234
AEUV Art. 260 Abs. 3 235
AEUV Art. 266 298
AEUV Art. 268 298
AEUV Art. 340 Abs. 2 219, 228 f., 236,
239, 297 f.
AEUV Art. 340 Abs. 4 303
AGG § 15 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 56
ALR Einl. §§ 74 f. 75, 189, 192, 195, 201,
224, 256, 334, 355, 358
ALR Einl. § 75 75, 257, 356
ALR I 6 §§ 7, 10 55
ALR I 6 § 12 55
ALR I 6 § 29 162
ALR I 6 §§ 85, 88 55
ALR I 6 §§ 98 ff., 103 ff. 55
ALR I 6 § 112 55
ALR I 6 §§ 116 ff. 55
ALR I 6 §§ 123 ff. 55
AMG § 94 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1, 2 108
AO § 37 Abs. 2 Satz 1 9
AO § 88 Abs. 1 38, 105
AO § 90 38
AO § 156 Abs. 1, 2 38
AO § 261 38
AO § 347 287

BauGB §§ 85 ff. 71
BauGB § 93 71, 136
BayDG Art. 6, 8–10 122

BBesG § 12 Abs. 2 Satz 1 9
BBesG § 27 Abs. 5 bis 7 122
BBesG §§ 42, 42a, 45–47 122
BBG §§ 27–29 124
BBG § 60 Abs. 1 167
BBG § 64 Abs. 1 97
BBG § 71 Abs. 2 9
BBG § 75 120, 303
BBG § 78 120
BDG §§ 5, 7–9 122
BeamStG § 13 124
BeamStG § 15 124
BeamStG § 33 Abs. 1 Satz 1, 2 167
BeamStG § 34 Satz 2 122
BeamStG § 45 120
BeamStG § 48 Satz 1 120
BeamtVG § 52 Abs. 2 Satz 1 9
BGB § 31 125
BGB § 90 90
BGB § 90a 23
BGB § 94 Abs. 2 186
BGB §§ 145 f. 104
BGB § 164 125
BGB § 194 Abs. 2 186
BGB § 195 194, 294
BGB § 195 a.F. 194
BGB § 199 Abs. 1, 2 194, 294
BGB § 199 Abs. 4 295
BGB § 242 284
BGB § 249 5, 12, 127, 215, 297
BGB § 249 Abs. 1 163, 185 f., 197 f., 215,
384
BGB § 249 Abs. 2 Satz 1 163, 190
BGB § 249 Satz 1 a.F. 213
BGB §§ 249 ff. 12, 22, 185, 190, 243
BGB § 250 186
BGB § 250 Satz 2 210
BGB § 251 210, 215

- BGB § 251 Abs. 1 163, 187
 BGB § 251 Abs. 1 Alt. 1 186 f.
 BGB § 252 5, 297
 BGB § 252 Satz 1 187
 BGB § 252 Satz 2 188, 190, 211
 BGB § 253 210
 BGB § 253 Abs. 1 187, 193
 BGB § 253 Abs. 2 22, 187, 192, 312, 320
 BGB § 254 45, 183, 193, 283, 292 f., 304, 379
 BGB § 254 Abs. 1 292, 294
 BGB § 254 Abs. 2 Satz 1 Alt. 2 292
 BGB § 254 analog 193, 304
 BGB § 258 Satz 1 186
 BGB § 267 165 f.
 BGB § 276 12, 127
 BGB § 276 Abs. 2 206 f.
 BGB §§ 280 ff. 185
 BGB § 426 Abs. 1 Satz 1 162
 BGB § 433 Abs. 1 92 f., 101
 BGB § 490 Abs. 2 Satz 3 210
 BGB § 536a Abs. 2 Nr. 2 186
 BGB § 546a Abs. 1, 2 210
 BGB § 554a Abs. 2 Satz 1 186
 BGB § 584b 210
 BGB § 597 Satz 1, 2 210
 BGB § 631 Abs. 1, 2 186
 BGB § 651f 211
 BGB §§ 812 ff. 9, 191, 375
 BGB § 812 analog 191
 BGB § 823 127, 153
 BGB § 823 Abs. 1 22, 24, 207, 251 ff.
 BGB § 823 Abs. 2 22
 BGB §§ 823 ff. 12
 BGB § 831 125
 BGB § 839 4 f., 54, 132, 153 ff., 162 f., 175, 178, 185, 209, 258, 274, 276, 351 ff., 363 ff., 376
 BGB § 839 Abs. 1 Satz 1 119, 153, 166 f., 170, 179, 185, 194, 199, 206, 250 f., 274, 277, 352 f., 363 f., 368
 BGB § 839 Abs. 1 Satz 2 131, 148, 158 f., 161 ff., 202, 273, 290 f., 358, 370
 BGB § 839 Abs. 2 250, 360, 372, 376
 BGB § 839 Abs. 2 Satz 1 291, 376
 BGB § 839 Abs. 2 Satz 2 291, 360
 BGB § 839 Abs. 3 183, 193, 283 ff., 292 f., 304, 313
 BGB § 840 Abs. 1 162
 BGB § 844 Abs. 1 21
 BGB § 844 Abs. 2 21
 BGB §§ 844 f. 22
 BGB § 847 a.F. 56, 312, 320
 BGB § 852 Abs. 1 a.F. 295
 BGB § 864 Abs. 2 186
 BGB § 903 339
 BGB § 904 Satz 1 23 f.
 BGB § 904 Satz 2 22
 BGB § 912 Abs. 2 Satz 1 197
 BGB § 917 Abs. 1 Satz 1 186
 BGB § 919 Abs. 1 186
 BGB § 951 Abs. 1 186
 BGB § 1039 Abs. 1 Satz 3, Abs. 2 186
 BGB § 1046 Abs. 2 Satz 1 186
 BGB § 1130 186
 BGB § 1145 Abs. 1 Satz 2 186
 BGB § 1353 Abs. 2 186
 BGB § 1626 Abs. 1 42
 BGB § 2133 186
 BHO § 7 35
 BHO § 11 Abs. 2 371
 BHO-VV 35
 BLeistG § 20 Abs. 2 Satz 1 136
 BLG § 62 Abs. 1 Satz 1 9
 BNotO § 19a Abs. 1 Satz 1 108
 BPolG § 51 Abs. 2 Nr. 1 71
 BRAO § 51 Abs. 1 Satz 1 108
 BRRG § 36 Satz 2 a.F. 122
 Bundesleistungsgesetz § 20 Abs. 2 71
 BVerfGG § 31 Abs. 1, 2 260 f.
 BWahlG § 20 Abs. 1 Satz 3 85
 BWahlG § 46 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 85
 DNeuG 124
 DRiG § 25 180
 EAG Art. 188 Abs. 2 228
 EGV ex-Art. 10 226, 236, 243
 EGV ex-Art. 12 327
 EGV ex-Art. 23 5
 EGV ex-Art. 220 Abs. 1 221
 EGV ex-Art. 226 Abs. 2 235
 EGV ex-Art. 226 ff. 234
 EGV ex-Art. 228 Abs. 2 234
 EGV ex-Art. 228 Abs. 2 UAbs. 2 222
 EGV ex-Art. 228 Abs. 2 UAbs. 3 234
 EGV ex-Art. 233 298

- EGV ex-Art. 235 298
 EGV ex-Art. 256 Abs. 2 235
 EGV ex-Art. 288 Abs. 2 219, 228, 236,
 239, 298
 EGV ex-Art. 288 Abs. 4 303
 EGV ex-Art. 308 405
 EinigungsVertr 157, 176
 EnWG §§ 45 f. 71
 ErbStG § 22 38
 EuGH-Satzung Art. 43 a.F. 295
 EuGH-Satzung Art. 46 295
 EUV Art. 1 Abs. 3 Satz 3 217
 EUV Art. 4 Abs. 3 226, 236, 243
 EUV Art. 5 Abs. 1 Satz 1, 2 315 f.
 EUV Art. 5 Abs. 2 315
 EUV Art. 5 Abs. 3 316
 EUV Art. 19 Abs. 1 Satz 2 221
 EWG exex-Art. 5 226, 236, 243
 EWG exex-Art. 6 327
 EWG exex-Art. 164 221
 EWG exex-Art. 169 Abs. 1 235
 EWG exex-Art. 169 ff. 234
 EWG exex-Art. 171 234
 EWG exex-Art. 176 298
 EWG exex-Art. 189 222
 EWG exex-Art. 215 Abs. 2 219, 228,
 236, 239, 298
 EWG exex-Art. 215 Abs. 3 303

 FernStrG 465
 FGO § 1 180
 FGO § 126 Abs. 5 260
 FinDAG § 4 Abs. 4 132, 169, 255
 FStrG §§ 19 f. 71

 GenTG § 36 108
 GG Art. 1 Abs. 3 61, 91, 287, 335, 341
 GG Art. 2 Abs. 1 99, 339 f.
 GG Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 71
 GG Art. 2 Abs. 2 70, 184
 GG Art. 2 Abs. 2 Satz 1 24, 184
 GG Art. 2 Abs. 2 Satz 2 252
 GG Art. 3 Abs. 1 188, 356
 GG Art. 4 Abs. 3 Satz 2 337
 GG Art. 5 Abs. 1 Satz 1 288
 GG Art. 5 Abs. 1 Satz 2 287
 GG Art. 6 Abs. 2 Satz 1 42
 GG Art. 8 Abs. 1 288
 GG Art. 12 Abs. 1 70, 184

 GG Art. 14 90, 334, 336, 339, 341, 355 f.
 GG Art. 14 Abs. 1 184
 GG Art. 14 Abs. 1 Satz 1 24
 GG Art. 14 Abs. 1 Satz 2 24, 72, 196, 337
 GG Art. 14 Abs. 2 24
 GG Art. 14 Abs. 3 71, 210
 GG Art. 14 Abs. 3 Satz 2 72, 75, 117, 210
 GG Art. 14 Abs. 3 Satz 3 196, 212
 GG Art. 14 Abs. 3 Satz 4 181 f., 377, 387
 GG Art. 16a Abs. 4 Satz 2 337
 GG Art. 19 Abs. 4 61, 63, 285, 360, 384
 GG Art. 19 Abs. 4 Satz 2 181
 GG Art. 19 Abs. 5 (Entwurf) 354, 386
 GG Art. 20 Abs. 3 9, 27, 34, 60, 69, 84,
 91, 97, 191, 225 ff., 236, 251, 260, 287,
 335, 355, 362, 376, 384
 GG Art. 20 Abs. 4 354
 GG Art. 20a 23 f.
 GG Art. 23 307, 315
 GG Art. 23 Abs. 1 Satz 1 316
 GG Art. 23 Abs. 1a 316
 GG Art. 28 Abs. 1 Satz 1 287, 358
 GG Art. 33 Abs. 1 bis 3 354
 GG Art. 33 Abs. 2 122, 179
 GG Art. 33 Abs. 4 41, 354
 GG Art. 33 Abs. 5 354
 GG Art. 34 4, 54, 109, 132, 155 f., 161,
 175, 182, 201, 258, 276, 336, 341, 350 ff.,
 376, 386 f.
 GG Art. 34 Abs. 1 Satz 3 277
 GG Art. 34 Satz 1 61 ff., 119, 161 f.,
 165 ff., 170, 183, 300, 352, 354, 376 f.,
 384
 GG Art. 34 Satz 2 120, 125, 128, 155,
 352, 354
 GG Art. 34 Satz 3 155, 179, 181 f., 185,
 210, 301 f., 304, 352, 377, 384, 387
 GG Art. 36 Abs. 1 354
 GG Art. 38 354
 GG Art. 56 35
 GG Art. 70 Abs. 1 34, 350, 373
 GG Art. 70 Abs. 2 351
 GG Art. 72 Abs. 1 351
 GG Art. 72 Abs. 2 351
 GG Art. 72 ff. 373
 GG Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 155
 GG Art. 74 Abs. 1 Nr. 25 8, 10, 155, 316,
 350 f., 365, 375, 384

- GG Art. 74 Abs. 2 351
GG Art. 74 Nr. 1 a.F. 155
GG Art. 76 ff. 34
GG Art. 79 34
GG Art. 82 Abs. 1 358
GG Art. 83 ff. 373
GG Art. 92 ff. 373
GG Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a 63, 354
GG Art. 95 Abs. 1 374
GG Art. 96 Abs. 1, 3 374
GG Art. 96 Abs. 2 Satz 3 374
GG Art. 96 Abs. 4 374
GG Art. 97 61
GG Art. 97 Abs. 1 27, 180, 260, 287, 362
GG Art. 101 354
GG Art. 103 354
GG Art. 103 Abs. 2 287, 360
GG Art. 104 354
GG Art. 104 Abs. 1 Satz 1 359
GG Art. 104a Abs. 6 S. 3 268
GG Art. 109 131
GG Art. 109 Abs. 5 Satz 3 268
GG Art. 114 Abs. 2 Satz 1 35
GG Art. 115 131
GG Art. 129 Abs. 1 180
GG Art. 140 98
GG-E Art. 15a Satz 3 171
GG-E Art. 20a 172
GG-E Art. 27c 171
GGO § 42 Abs. 5 Satz 2 386
GGO §§ 43 f. 40
GVG § 1 180
GVG § 17 304, 377
GVG § 71 Abs. 2 Nr. 2 119, 179, 302
GVG § 121 Abs. 1 Nr. 1 374
GVG § 198 Abs. 1 Satz 1 176

HGB §§ 48 ff., 54 ff. 125
HGrG § 6 Abs. 1, 2 35

InsO § 12 Abs. 1 Nr. 1, 2 119

JVEG § 13 Abs. 6 105

KBV § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, 2 38
KBV § 5 38
KWG § 6 Abs. 3 132, 169, 255
KWG § 6 Abs. 4 132

LandbeschG §§ 10 ff. 71
LandbeschG § 17 Abs. 1 71
LBG §§ 17 ff. 136

Nds. SOG § 60 Abs. 2 Satz 1 9
NRW BVO § 12a 125
NRW GebG § 21 Abs. 1 9
NRW GO § 65 Abs. 1 Satz 1 85
NRW GO § 75 Abs. 1 Satz 2 35
NRW KrO § 44 Abs. 1 Satz 1 85
NRW KWahlG § 15 Abs. 3 Satz 4 f. 85
NRW KWahlG § 37 Nr. 1 85
NRW LBG § 46 Abs. 1 97
NRW LBG § 98 9
NRW LDG §§ 5, 7–9 122
NRW LHO § 7 35
NRW LV Art. 65 ff. 34
NRW LV Art. 86 Abs. 2 Satz 1 35
NRW OBG § 39 Abs. 1 lit. b) 71, 199
NRW PolG § 52 9
NRW PolG § 67 199
NRW VwVG § 6 Abs. 4 lit. a) 9
NRW VwVG § 59 Abs. 2 9
NRW VwVG § 77 Abs. 1 Satz 1 9
NVwVG § 70 Abs. 1 9

OWiG § 95 Abs. 2 38

PatG §§ 65 ff. 374
PflVG § 1 108
PrHG 1909 152 f.
PrHG 1909 § 1 Abs. 1 161
PrHG 1909 § 3 Satz 1 161

RBG § 13 61, 167
RBHG § 7 291
RHG 153
RHG § 1 153 f., 161, 353
RHG § 2 Satz 1 161
RHG § 3 Abs. 1 119, 179
RV 1871 Art. 4 Nr. 13 a.F. 151

SG § 24 120, 303
SGB VII §§ 1, 150 f. 108
SGB X § 116 Abs. 1 Satz 1 121
SGG § 1 180
SGG § 51 Abs. 1 Nr. 6 214
SGG § 170 Abs. 5 260
StGB § 7 Abs. 1, 2 22

- StGB § 18 56
 StGB § 34 23
 StGB § 35 Abs. 1 Satz 1 23
 StGB § 38 Abs. 2 22, 24, 56
 StGB § 40 56
 StGB § 44 22
 StGB § 52 Abs. 1, 2 24
 StGB §§ 69 f. 22
 StGB § 211 Abs. 1 24
 StGB § 212 22, 24, 56
 StGB § 216 23
 StGB § 222 56
 StGB § 223 56, 97
 StGB § 229 56
 StGB § 263 Abs. 1 97
 StGB § 303 Abs. 1 24
 StGB § 340 Abs. 1 97
 StGB § 352 Abs. 1 97
 StGB § 356 395
 StHG 1981 13 f., 131, 145 f., 156, 161 f.,
 164, 175 f., 179, 182, 202, 289, 334, 338,
 370 f., 379
 StHG 1981 § 7 193
 StHG 1981-RE § 1 383 ff.
 StHG 1981-RE § 2 Abs. 3 Satz 1 267,
 343
 StHG-DDR 146, 156 f., 185, 334 f., 365
 StHG-DDR § 1 169, 176, 199
 StHG-DDR § 4 Abs. 1 295
 StPO § 127 104
 StPO § 152 Abs. 2 104
 StPO § 153a Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 56
 StPO § 268 Abs. 2 und 3 358
 StVG § 3 Abs. 1 Satz 1 22
 StVG § 7 Abs. 1 22
 StVG § 7 Abs. 2 a.F. 139
 StVG § 11 Satz 2 22, 193
 StVG § 12 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Hs. 1 24
 StVG § 12 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 22, 24
 StVG § 18 Abs. 1 22

 TierSchG § 17 23 f.

 UmweltHG § 19 108
 USchadG 10
 UVPG § 6 105

 VermG § 31 Abs. 1 Satz 2 105
 VollstrA Abschn. 15 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 38
 VwGO § 1 180
 VwGO § 40 Abs. 1 196, 273
 VwGO § 40 Abs. 1 Satz 1 181, 196
 VwGO § 40 Abs. 2 196, 201, 302
 VwGO § 40 Abs. 2 Satz 1 181, 196
 VwGO § 40 Abs. 2 Satz 1 Hs. 1 179
 VwGO § 40 Abs. 2 Satz 1 Hs. 1 Var. 3
 302
 VwGO § 40 Abs. 2 Satz 2 301, 304
 VwGO § 43 273
 VwGO § 50 Abs. 1 374
 VwGO § 68 287
 VwGO § 86 Abs. 1 248
 VwGO § 113 Abs. 1 Satz 1 384
 VwGO § 116 358
 VwGO § 130 Abs. 3 260
 VwGO § 144 Abs. 6 260
 VwVfG § 24 105
 VwVfG § 26 Abs. 2 Satz 1 105
 VwVfG § 48 288
 VwVfG § 49a Abs. 1 Satz 1 9
 VwVfG § 74 Abs. 2 Satz 3 70
 VwVfG § 80 70
 VwVG § 10 9
 VwVG § 19 9

 WPO § 54 Abs. 1 Satz 1 108
 WRV Art. 102 180
 WRV Art. 104 180
 WRV Art. 109 ff. 63
 WRV Art. 129 Abs. 1 180
 WRV Art. 131 63, 154, 276, 354 f.
 WRV Art. 131 Abs. 1 180 f.
 WRV Art. 131 Abs. 1 Satz 1 154, 161,
 274
 WRV Art. 137 Abs. 5 Satz 2 98
 WRV Art. 153 Abs. 2 180
 WRV Art. 153 Abs. 2 Satz 3 181

 ZDG § 34 303
 ZPO § 287 194, 211
 ZPO § 310 Abs. 1 Satz 1 358
 ZPO § 310 Abs. 3 358
 ZPO § 318 260
 ZPO § 563 Abs. 2 260
 ZPO § 577 Abs. 4 260

Sachwort- und Personenverzeichnis

Der Inhalt dieser Abhandlung erschließt sich in erster Linie über das Inhaltsverzeichnis. Das Sachwort- und Personenverzeichnis hat demgegenüber ergänzende Funktion. Es ist nach Substantiven geordnet und gibt Seitenzahlen auch an, wenn sich der Verweis auf den Fußnotenapparat der Seite bezieht. Hauptfundstellen sind kursiv gesetzt.

- Aaken, Anne van* 19 f., 25, 40, 116
actus-contrarius-Lehre 163, 166, 357
Adam, Dorfrichter 250
Adäquanz 169, 219, 279, 282
Äquivalenzprinzip 220, 233, 242 f., 276, 295, 297
Aktivitätsniveau 103 f., 137, 266
aliud 198 f., 295
Amtseid 35, 97, 287
Amtsermittlung 97, 248
Amtsethos 82, 142
Amtshaftung
– Anspruchsgrundlage 146, 149
– Anspruchsinhalt Geldersatz 72, 193, 298
– Ausgestaltung 156 ff.
– einfach-rechtliche 352
– Entstehungsgeschichte 274 ff.
– der Europäischen Gemeinschaften 231
– Gefährdungshaftung 212
– der Kommunalaufsicht 238
– Mitverschulden 193, 293, 363
– Prävention 73 f., 124, 139
– Rechtsfolge 164 ff., 186, 243
– Rechtsweg 179 ff.
– Schadensschätzung 194
– Schädiger 250
– Schuldner 153, 166, 178, 301
– Subsidiarität 158, 283
– *ultima ratio* 355
– verfassungsrechtliche 154
– Verjährung 194, 295
– Verschuldensvoraussetzung 176 f., 268, 342
– Verschuldensunabhängigkeit 53 f., 305, 384
– Verweisungsklausel/-privileg 161
– Vorrang Primärrechtsschutz 193, 283, 290, 363
– Vorteilsausgleichung 193
– Zeitwidrigkeit 150
– Zuständigkeit 119
Amtspflicht
– Drittgerichtetheit 166 ff., 172 f.
– Verletzung 74, 121, 125, 153, 157, 163, 166, 179, 195, 251, 267, 336, 353, 391, 393 ff.
Amtswalter 5, 119, 158, 161, 166 f., 174, 185, 250 f., 255 f., 364 f., 370
Analogie
– Gesetzesvorbehalt 357
– privatrechtliches Mandatsverhältnis 110
– zivilrechtlicher Bereicherungsanspruch 191
Analyse, ökonomische
– des Familienrechts 89
– des Strafrechts 89, 95
Anreiz 23, 50 f., 57, 66 ff., 73 f., 78, 80 ff., 88, 100 ff., 115 ff., 119 f., 122 ff., 130, 133, 135 f., 140 ff., 231 f., 254, 265 f., 270, 294, 322, 388
Angstklausel 268, 343
Anschütz, Gerhard 154, 257
Anspruchsschuldner 58, 109, 248 f., 300

- Anwendbarkeit der Anspruchs-
 grundlage 248
Aquin, Thomas von 278
 Arbeit, gefahrgeneigte 127 f., 255, 368
 Arbeitsrecht, privates 126, 309
 Art. 34 GG
 – als Haftungsbegründungsnorm 54,
 119, 155, 164, 353 f.
 – als Haftungsverlagerungsnorm 54,
 119, 155, 341, 352 f., 354, 364
 – als Mindestgarantie 353
 – als subjektives Recht 63, 354
 – Gesetzesvorbehalt 354
 Assekuranstalt 109, 264
 Aufopferung 70 ff., 146, 175, 181,
 194, 208, 252 f., 272 f.
 – Anspruchsinhalt Geldersatz 72, 185,
 188, 190, 193, 199 f.
 – „Mitverschulden“ 193, 293
 – Schadensschätzung 194
 – Schuldner 109, 119, 135, 301
 – Sonderopfer 174, 189, 277, 303
 – Verjährung 194, 295
 – Vorrang Primärrechtsschutz 193,
 283, 290
 – Vorteilsausgleichung 193
 Aufzeichnungen aus einem
 Totenhaus 41
 Auge um Auge 185
 Auskunft, fehlerhafte
 – Haftungsfolgen 213
 Auslegung
 – deklaratorische 292 f.
 – fachrechtskonforme 154
 – grammatische 70
 – vs. Konkretisierung 46
 – Methoden 44
 – systematische 70
 – teleologische 45 f.
 – Wortlaut als Grenze? 258, 359
 – Wortsinn als Grenze 92
 Auslegungskanon
 – Rangverhältnis bei Gesetzes- und Rich-
 terrecht 73
 Austauschrest
 – Gefährdungshaftung 263
 – Haftungsbegründung 225 f.
 – Legislativhaftung 271
 Ausübungsdispens 104
Bachof, Otto 215, 349
 Bäcker-Beispiel 87
 Bankenaufsicht 132
Barabola, Taras 64, 66, 289 f.
 Beamtenhaftung 74, 111, 153 ff., 178,
 245, 341
 – Anreizwirkung 123
 – historisch 153, 274
 – im geltenden Recht 119 ff., 155
 – Verschuldensprinzip 178
 – vs. Staatshaftung 119, 155
 Bebauungsplan 172, 174, 369
 Beförderung 122 ff., 126, 140 f.
 – Einleitung ALR 189
 Beförderungsvertrag 107
Behavioral Law and Economics 79
 Behörde Ihres Vertrauens 87
 Beihilferecht 114, 125
 Beklagter 249
Bender, Bernd 349
 Beratung, fehlerhafte
 – Haftungsfolgen 213
 Bereicherungsverbot, schadensersatz-
 rechtliches 57, 112, 193, 232,
 299 f.
 Besitzeffekt 116
 Bestenauslese 122
 Betriebsorganisationsgewalt 128 f.
 Betriebsrisikolehre 128
Bettermann, Karl August 349
 Beweislast
 – objektive 248, 270
 – Umkehr der 208
 Beziehungslosigkeit 344
bias
 – Begriff 116
 – *availability* 299
 – *hindsight* 210, 266
 Bibel
 – Naturalrestitution 185
 – Psalm 94 60
 – Talionsprinzip 185
Bismarck, Otto von 110
Bleibtreu, Otto 171, 391 ff.
Brasserie du pêcheur 50, 68, 216 ff.,
 228 ff., 256 ff., 269, 278, 284 f., 296 ff.,
 313, 320 f., 379
 Budgetierung 133 ff., 141
 Budgetschonung 44

- Bundesgerichtshof 74, 81, 98, 132, 156,
 159, 161, 167 ff., 177, 189, 192, 202,
 207 f., 243, 269, 272, 276, 278, 284, 291,
 301, 312, 320, 324, 334, 336, 357, 368 f.,
 373 f.
 Bundeshaushaltsplan 371
 Bundesministerium der Justiz 208,
 273, 370
 Bundespatentgericht 374
 Bundesrepublik Deutschland 227, 229,
 256 f., 267, 317, 351, 365
 Bundesrichter
 – *Dörr, Claus* 238
 – *Kreft, Friedrich* 349
 – *Nüßgens, Karl* 156, 162, 202 f., 358
 – *Rennert, Klaus* 202
 – *Weyreuther, Felix* 349
 – *Wurm, Michael* 179
 Bundessozialgericht 378
 Bundestreue 227, 236
 Bundesverwaltungsgericht 179, 189, 214,
 334, 337
 Bundeswehr 371
 Bürgerschutz 238, 253, 255 f., 281
 Buße 95

Caesar, Peter 156
Calabresi, Guido 19, 51, 103, 106
case law 245, 367
casum sentit dominus 49
Coalhouse Walker 5, 77, 164 f., 288 f.
Coase, Ronald H. 99
Cohen, David S. 87
common law 92, 160, 202, 320, 345
compensation 112, 186, 242
cost avoider, cheapest 106 f., 113, 115,
 129, 264
corporate actors 81, 84, 101, 103, 117
crowding out 142

 D&O Versicherung 125
Danske Slagterier 194, 216, 218, 220,
 222 f., 237 f., 257, 284 f., 295, 313, 356
 Delaware 329
 Delikt 153
 – lukratives 91
 Deliktsrecht 8, 11, 192, 280
 Demokratieprinzip 27 f., 41, 87, 130
 Deontik 33, 344

 Deutsche Demokratische Republik 365
 Dialog der Gerichte 311, 321
 Dienstherr 120 f., 123 f., 126, 128 f., 133,
 161, 167, 391, 394
 Dienstrecht 122 ff., 126, 128, 157,
 166, 287
 Differenzhypothese 277
 Diskontieren, hyperbolisches 116
 Diskriminierungsverbot 220, 297, 327
Doctorow, E.L. 5, 77, 164 f.
 Dogmatik 7, 122, 210, 214, 217, 223 f.,
 229, 236 f., 242, 244 ff., 249, 251 ff., 259,
 265, 268, 271, 276 f., 292, 294, 296, 300,
 302 f., 306 ff., 317 ff., 323 ff., 329, 333 f.,
 337, 342 f., 347 ff., 363, 375, 378, 383,
 385, 388
 – Anschlussfähigkeit, praktische 324,
 328 ff., 337, 385
 – Einfachheit 244
 – Entlastungsfunktion 326
 – Kohärenz 324
 – Ordnungsfunktion 326
 – zivilrechtliche 98
 Doppelschranke 220, 233
 Doppelverkauf 93, 101
Dostojewski, Fjodor Michailowitsch 41
Downs, Anthony 29, 85
 Drittgerichtetheit 150, 166 ff., 238, 252,
 258, 269
dulde und liquidiere 183, 283 f., 289, 342

 Effekt, externer 18, 135
 – Internalisierung 19, 75, 82, 84, 89,
 103, 140
 – Re-Externalisierung 130
 Effektivität (Wirksamkeit) 37
 – als juristischer Begriff 160, 182, 225 f.,
 231, 288, 297, 314, 321
 – als ökonomischer Begriff 17 f.
 – als Prinzip 220, 233, 242 ff., 276,
 295, 297
effet utile 224 f., 230, 232, 236, 323
efficient breach 91 f., 94
 – *of contract* 91 f., 138
 – *of law* 138
 Effizienz 317
 – als Auslegungskriterium 45
 – als juristischer Begriff 25, 39, 323
 – als Metazweck 44

- als Mittel zum Zweck 33, 36
- als ökonomischer Begriff 17 f., 22, 26, 92
- als Selbstzweck 33
- als Wirtschaftlichkeit 35
- haftungsrechtliche 130
- *Kaldor/Hicks* 76
- *Pareto* 76
- EGKS 231
- Eingriff, enteignungsgleicher 71 f., 75, 146, 174, 184, 191, 193 ff., 207, 212, 268, 284, 355, 367, 369
 - Schuldner 200
- Einheitsanspruch 245, 253, 301, 325 f., 333, 336, 363 f., 375 ff., 383, 385, 388
 - als Dogmatik 245, 253, 325 f., 375, 388
 - als Teil des Allgemeinen Verwaltungsrechts 376
 - als Teil des Bundesrechts 375 f.
 - als Teil des einfachen Rechts 376
 - als Teil des öffentlichen Rechts 376
 - Binnendifferenzierung 246, 298, 325, 385
 - Bündelungsfunktion 385
 - Bundeseinheitsanspruch 376
 - Grundgerüst 249
 - Rechtsfortbildung 375
- Einheitsdogmatik 245, 249, 251, 253, 255, 259, 276 f., 282, 292, 294, 296, 298, 300 ff., 363
- Einkommenssteuer 38, 131
- Einstandspflicht 24, 51, 58, 117, 256
- Einzelfallgesetz 172, 369
- Enteignungsentschädigung 71, 135 f., 146, 181 f., 188, 196
- Entlastung der Staatskasse 162, 178, 183
- Entschädigung 49, 71 f., 74 f., 109, 117, 149, 184 f., 188 ff., 286, 295, 337
 - Begrenzung 299
 - Begriff 188, 209 ff., 241 ff., 296
 - und Effektivitätsprinzip 220
- Entscheidungsfreude 122, 129, 159, 255, 271
- Entschlussfreude 159 ff.
- Erfolgsrecht 324
- Erfüllungsschaden 91
- Ergiebigkeitsprinzip 18, 35
- Ermessen 104, 127, 218, 239, 241, 261 f., 272, 305, 383
- Erstattungsanspruch, öffentlich-rechtlicher 191
 - bei Ersatzvornahme 9
 - bei Überzahlung 9
 - Rechtsgrundlage 9, 146, 191, 367, 375
 - Verzinsungsfreiheit 200
- Ertragswert 212
- Erwartungswert 106 f., 111, 138
- Esoterik 324
- Europäischer Gerichtshof 228, 230, 239, 321, 372
- Europäisierung
 - Wechselwirkung 308
 - Europäisierungssog 311
- Factortame* 216, 228, 237, 320
- Fehlbarkeit des Staates 84
- fiscus semper est solvendo* 111
- Fiskalillusion 134
- Fiskusprivileg 159, 163
- Folgenbeseitigung 73, 243, 298, 384
 - Anspruch 9, 54, 70 ff., 76, 109, 165, 175, 181, 199, 249 f., 252, 277 f., 283, 338, 374, 379
 - Begriff 197
 - Folgenbeseitigung im weiteren Sinn 213
 - Naturalrestitution 198, 213
 - Rechtsfolge 212 ff.
 - Rechtsweg 201, 302
 - Richterrecht 375
 - Schuldner 54, 109, 119, 301
 - Verschuldensunabhängigkeit 206, 241
 - Verwirkung 295
- Folgenentschädigungsanspruch 198, 213
- forum shopping* 87
- Franovich* 14, 216 ff., 222, 228, 230, 234, 237, 239, 312 f., 372, 385
- Franzos, Karl Emil* 4, 64
 - „Kirchentür“-Argument 64, 84, 286
- Frohme, Karl* 73
- Gefährdungshaftung 51, 118, 146, 205 ff., 212, 262 ff., 312, 320, 342
 - Begriff 205 f.
- Gegenläufigkeit 344
- Gegenstand 90
- Geheimwissenschaft 324

- Geld
- als genommene Freiheit 368
 - als geprägte Freiheit 41, 368
- Gemeinschaftstreue 226 f., 230, 236, 243
- Gemeinwohl 42, 82 ff., 142, 270, 330 f.
- -bindung 42, 82, 84, 331
 - -verpflichtung 42 f.
- Genugtuung 3, 74, 77, 192 f.
- Gerechtigkeit 4, 6, 25, 54, 76, 109, 112, 148, 165, 314, 324, 330 ff., 355, 388
- austeilende 53
 - Einzelfallgerechtigkeit 385
 - Vagheit 53
 - Verteilungsgerechtigkeit 79
- Gerichtspositivismus 245
- Gerichtsstand, fliegender 87
- Gerken, Lüder* 222
- Gesetz
- Etymologie 358
- Gesetz der großen Zahl 107
- Gesetzesbindung 100, 138 f.
- Gesetzesfolgenabschätzung 40
- Gesetzesvorbehalt 24, 62
- Analogie 359
- Gesetzgeber
- Untätigkeit 361, 362 f., 373, 380
- Gesetzgebung
- konkurrierende 351
 - totale 350
- Gesetzgebungslehre 117
- Gestaltungsspielraumerhaltung 44
- Gewinn, entgangener 187 f., 190 f., 197 f., 211, 297
- Gierke, Otto* 54, 110
- Gleichbehandlung, haftungsrechtliche 163
- Gleichläufigkeit 344
- Gleichwertigkeit 220
- Götz, Victor* 109, 267
- Gott als letzte Ursache 278, 281, 388
- gouvernement des juges* 315
- Grenznutzen 52, 139, 332
- Grundbuch-Fall 238
- Grundgesetz 4, 24, 63, 83, 97, 154 f., 179 f., 210, 225 f., 229, 250, 261, 268, 275, 281, 284, 315, 335 f., 350 f., 355, 373, 384, 386, 391 f., 396
- Grundordnung 34
- Grundrechtshaftung 334
- grundsätzlich
- prinzipiell 28, 42, 61, 81, 82, 88, 103, 135, 156, 168, 173, 182, 183, 200, 256, 270, 273, 321, 324, 327, 354, 391, 394
 - regelmäßig 352, 354
- Grzeszick, Bernd* 14, 82, 88, 101, 175, 209, 334, 339 f., 342
- Güterallokation 17, 25, 27, 45
- Haas, Diether* 175, 208, 349
- Häberle, Peter* 26
- Haftpflichtversicherung 39, 107 f.
- Haftung
- außervertragliche 238, 299, 333
 - Begriff 7
- Haftungsausfüllungsrecht 8
- Haftungsbegründungsrecht 8, 54, 109, 153, 155, 164, 352, 354, 364
- Haftungsfall 4, 6, 39, 89, 101, 103, 114, 117, 122 ff., 130, 133 f., 140
- Haftungsgleichklang 228
- Haftungsrecht 7 f.
- Begriff 8
 - im Sinn des öffentlichen Rechts 8 f., 251
 - im Sinn des Zivilrechts 8
- Haftungsrecht, öffentliches
- als Allgemeines Verwaltungsrecht 9, 251
 - Begriff 8, 251
- Haftungsverfassungsrecht 354, 376
- Hand, öffentliche 9, 11, 54, 59, 76, 81, 97 f., 100 f., 105, 109, 111, 131, 138, 164, 207, 254, 287 f., 331
- Handlungsrecht 88, 324
- Handlung, unerlaubte 55, 94, 153, 193
- Haushaltsplan 35, 371 f.
- Haushaltsprärogative des Parlaments 368 f.
- hazard, moral* 125, 129, 294
- Herren der Verträge 221 f.
- Herrenreiterfall 192
- Herstellung 5, 6, 10, 72, 146, 163, 185 ff., 190 f., 197 f., 209, 212 ff., 284, 297, 351, 355, 387
- Herstellungsanspruch, sozialrechtlicher 215
- Herzog, Roman* 222

- hinreichend 5, 6, 58, 100, 116, 190, 209, 217 f., 220, 259 f., 272, 278 f., 303, 312, 363, 378
Hoch, Fritz 73, 171, 275, 391 ff.
Höfling, Wolfram 14, 175, 330, 335, 339
 Hoheitsträger 76, 301, 327
homo oeconomicus 28, 82
homo socialis 28
homo sociologicus 28
Honeywell 259
 House of Lords 254, 327
- Idealjurist, sog. 139
 Immunität 85, 257
 Informationsasymmetrie 137, 299
 Inländerdiskriminierung 324, 326 f., 385
 Insolvenzrisiko 108 f., 111
insurer, cheapest 106 f., 113, 115, 264
 Integrität 244, 323
 Integritätssicherung 63
 Internalisierung 19, 75, 84, 103, 140
Ius commune 345
- Jellinek, Walter* 352, 355
Jhering, Rudolf von 20, 66, 68, 93, 322, 345
 Judikativunrecht 127, 142, 239, 251, 276, 291, 372
 Junktimklausel 75, 117
 Jurisprudenz 19, 48, 345, 347
 Juristentag, Deutscher
 – 6. (1867) 151, 267
 – 9. (1871) 109, 151, 175
 – 41. (1957) 146
 – 47. (1968) 146
 Justiz, Bundesministerium der 208, 273, 370
 Justizgewährungsanspruch
 – allgemeiner 360
 – besonderer 360
 Justizverweigerungsverbot 291, 360 f.
- Kabinettsordre 75, 196, 257
 Kameralistik 133
 Kampf ums Recht 4, 64, 66 ff., 290
Kant, Immanuel 331 f.
- Kausalität 169 f., 248 f., 303, 363
 – Adäquanz 278 f.
 – *conditio sine qua non*-Formel 219, 247, 278
 – haftungsausfüllende 194, 300
 – unmittelbare 219, 278
 – Unmittelbarkeit 278, 303
 KFZ-Versicherung 108
 King can do no wrong 85
 „Kirchentür“-Argument 64, 84, 286
 Kleinbetragsverordnung 38
Kleist, Heinrich von 3 ff., 66 f., 77, 165, 208, 255, 388
 Knappheit 80
Köbler, Gerhard 216 f.
 Kohärenz der Haftungssysteme 228 f., 299 f., 314, 317, 324
Kohlhaas, Michael 3 ff., 13, 66 f., 77, 95, 165, 186, 190 f., 278, 290, 322, 388
 – Genugtuung 77
 – Gerechtigkeit 3 f., 165, 330
 – haftungsausfüllende Kausalität 278
 – Kompensation 77
 – Organisationsverschulden 208
 – Prävention 77
 – Recht/Unrecht 95
 – Rechtsfolge 165, 186, 190 f.
 – Rechtswegerschöpfung 66, 289
 – Vorrang des Primärrechtsschutzes 289
 Kohlhaas-Syndrom 4, 296
Kohlhase, Hans
 – Fehde 66
 – Lebensrisiko, allgemeines 281
 – *Luther, Martin* 278, 281, 388
 – Vorrang des Primärrechtsschutzes 290
 Kombinationsthese 57, 205
 Kommunalaufsicht 168 f., 238
 Kompensation
 – Genugtuung 74, 77
 Kompensation i.S.v. Entschädigung 51 f., 70, 195, 209
 Konfusion 164
 – umgekehrte 164
 Konkretisierung
 – vs. Auslegung 46
 Konkurrenzen 248 f.
 Konnexitätsprinzip 263
 Kooperationsverhältnis 321

- Körperschaft
 – öffentlich-rechtliche 8 f., 11, 98, 104, 132, 135, 141, 151, 154, 166, 227, 301, 352, 391, 394, 396
 – Selbstverwaltungs- 10, 141
 Kosten
 – primäre 103, 129
 – sekundäre 103
 – soziale 82 ff., 130, 135
 – tertiäre 50, 103, 118
 Kostendämpfungspauschale 125
 Krähenargument 137
Kreft, Friedrich 349
 Krug, der zerbrochene 250
 Ku Klux Klan Act (1871) 120
- Laforet, Wilhelm* 73, 171, 275
 Landestreue 227
 Landrecht, Preußisches Allgemeines 55, 75, 188 f., 192, 195 f., 201, 224, 256 f., 326, 334, 355, 358
 Lebensrisiko, allgemeines 281, 331
legal transplants 319
 Legislativunrecht 173, 250 f., 256, 258, 270, 273, 276, 327, 370 f.
 Leistungsfähigkeit, steuerrechtliche 112 f., 265
Lerche, Peter 175, 208
 Lex Miquel-Lasker 151
liability rules 88, 90, 94
liability, vicarious 126
 Lissabon, Vertrag von 5, 217, 222, 235, 315
Lubmann, Niklas 149, 178, 212, 245, 273, 286, 369
Luther, Martin 208, 278, 281, 388
 – *Kohlhase, Hans* 278, 281, 388
- Maastricht, Vertrag von 222
 Management, New Public 134 f.
 Mandatstheorie 110
Masing, Johannes 68, 231
 Maßnahmegesetz 172, 369
Maurer, Hartmut 313
 Maximalprinzip 18, 35
Mayer, Otto 109, 179, 267, 283
 Meinungsfreiheit 287 f., 338
Menger, Christian-Friedrich 14, 175, 208 f., 335
- Menzel, Walter* 171, 391 ff.
 Minimalprinzip 18, 35
Mischo, Generalanwalt Jean 228, 231, 237
 Mitverantwortung 248, 292 ff., 363
 Mit-„Verschulden“ 293
 Mitverschulden 54, 58, 193, 212, 248, 292 f.
 Mobilisierung des Bürgers 68 f., 77, 231, 322
 Modalitäten, deontische 33, 344
moral hazard 125, 129, 294
Morlok, Martin 341
- Napoléon* 272
 Nassauskiesungsbeschluss 14, 183, 245, 283 f., 289
 Naturalerfüllung 92 f.
 Naturalfolgenbeseitigung 198
 Naturalleistung 186, 198
 Naturalrestitution 158, 163 f., 185 f., 212 f., 215, 219, 243 f., 297
 Naturrecht 345
neminem laedere 49 f., 94
 Neue Politische Ökonomie 28, 83
 Nichtvermögensschaden 187, 191 f.
 Nichtwissens, Schleier des 331
Nieberding, Wirklicher Geheimer Rat 151
non liquet 248
 Normvollziehungsanspruch, allgemeiner 69
Nußgens, Karl 156, 162, 202 f., 358
- Oberappellationsgericht Rostock 93
 Obliegenheit 49, 98, 285, 293
 Ökonomie
 – Adäquanz 279
 – klassische 116
 – Mitverschulden 294
 – normative 30
 – positive 30
 Ökonomie und Recht, Verhältnis von
 – Leitsatz 1 34
 – Leitsatz 1' 44
 – Leitsatz 2 34, 37
 – Leitsatz 3 40

- Ökonomische Analyse
 – Konvergenz von Schadensersatz und Entschädigung 212
 Ökonomische Rechtsanalyse
 – als ökonomische Normbereichsanalyse 46 f.
 Ombudsmann 133, 287
 Opportunitätskosten 133
 Organkompetenz 221, 259, 312, 351, 373
Ossenbühl, Fritz 198, 209, 220, 222, 245, 335 f., 340
Osterloh, Lerke 95
Ott, Claus 26, 31, 266
- Parlamentarischer Rat 74, 170 f., 275, 396
 Parteibeibringung 97, 181, 248
 Pekunialkompensation 186, 297
 Pekunialleistung 186, 198
 Pekunialrestitution 163 ff., 215, 369
 Pekuniarerfüllung 92 f.
performance, specific 92
 Personalökonomie 123
 Planungsrecht 83, 168, 309
Platon 237
Plessen, Elisabeth 4, 66, 290, 388
 Popularklage 69
Posner, Richard A. 20 ff., 93
 Prävention
 – im Strafrecht 55 f.
 – Sanktion 55, 74, 132, 232
 Preis für Rechtsverstöße 94 f., 100
 Pressefreiheit 287
 Preußen 109, 152 f., 256 f.
 Primat der Politik 26
 Primat des Rechts 27
 Primat der Rechtswissenschaft 27
 Prinzipal-Agent-Theorie 136 f.
property rights 88, 90
property rules 88
 Prototypen deutschen Haftungsrechts 70, 72, 247
 Prozesskostenhilfe 288
 Prüfungsschema 249
 Public-Choice-Theorie 83, 134
punitive damage 56 f., 232 f., 276
- Qualifikation, hinreichende 218, 220, 239, 259 f., 272
- race to the bottom* 329
race to the top 329
 Rahmenordnung 34
 Rational-Choice-Theorie 44, 95
 Rationalität, eingeschränkte 79
Rawls, John 331 f.
 Rechnungshof 287
 Recht
 – geschriebenes 61, 258, 274, 291, 325, 358 f., 361 f., 374 ff., 385
 – gesprochenes 78, 358 f., 374 f.
 – Vorrang des Rechts 19 f., 25 ff., 30 f., 33 f., 39, 45, 119, 359, 377
 – Vorrang geschrieben vor gesprochen 359, 375
 Recht, subjektives öffentliches 167, 281, 303, 338
 Rechtsästhetik 148, 171, 325
 Rechtsakt, ausbrechender 223, 259, 312
 Rechtsakzessorietät der Ökonomie 26
 Rechtsanwender
 – Begriff 34 f.
 Rechtsaufsicht 43, 59, 97, 287
 Rechtsbindung des Staates, stärkere 91, 97, 100
 Rechtsbruch, effizienter 138
 RechtserkenntnisKompetenz 361
 Rechtsexport 319
 Rechtsgestaltungskompetenz 361
 Rechtsgrundsatz, allgemeiner 188, 229, 283 f.
 Rechtsgut 23 f., 251 ff., 277
 Rechtskraft 32, 121, 137 f., 141
 Rechtsmittel 131, 183, 286, 289
 Rechtsnorm, bürgerschützende 238, 253
 Rechtsordnung
 – Lückenlosigkeit? 360
 Rechtsquelle 35, 201, 203, 251, 287, 335, 375
 Rechtsreflex
 – ungewollte Nebenfolgen 132, 236 f.
 Rechtsrestitutionsprinzip 61
 Rechtsschutz 178 ff.
 – Primärrechtsschutz 63, 85, 101, 183, 193, 201, 248 f., 273, 282 f., 285 ff., 290, 313, 342, 355, 363, 379, 386
 – Sekundärrechtsschutz 4, 60, 63 f., 68 f., 115, 181, 183, 201, 230, 278, 282, 285 ff., 289 f., 293, 313, 330, 379, 386

- Rechtsschutz, effektiver 182, 225 f., 288, 297
 Rechtsschutzerwartung des Bürgers 59, 63 ff., 68 f., 325
 Rechtssicherheit 25, 73, 199, 306, 324 f., 350, 360
 Rechtsstaat
 – Prinzip 27, 61 f., 73, 98, 139, 341, 355, 360, 376
 – *ultima ratio* 355
 Rechtsunterworfenheit
 – des Staates 78, 90
 – Privater 67, 176
 Rechtsverletzungsreaktionsanspruch 334, 337 ff., 341
 Rechtsverweigerungsverbot 291, 360 f.
 Rechtsweg 61, 66, 118, 154 f., 178 ff., 201, 220, 248 f., 273, 288 f., 301 f., 304, 333, 342, 352, 356, 360, 374, 377 f., 384, 387, 391, 394
 – Primärrechtsweg 63, 65, 101, 114, 181, 183, 254, 261, 282 f., 285 ff., 292, 304, 384
 – Sekundärrechtsweg 64, 121, 261, 302, 384
 Rechtswegspaltung 179 ff., 196, 201, 301 f., 324, 333, 377 f.
 Re-Externalisierung 130
 Regress 120 ff., 126 ff., 137, 142, 161, 302 f., 355
 Reichsgericht 154, 159, 167, 275, 393, 395
Reimers, Walter 349
restatement 318
 Restitution 72, 185, 209
rex non potest peccare 85
 Richterrecht 10, 14, 63, 73, 78, 188 f., 191, 201 ff., 214, 224, 256, 260, 317, 356, 358, 362, 365 ff., 385
 – doppelter Vorbehalt 374
 Richterspruchprivileg 291
 Richtlinie 231, 234 f., 254, 262
 Risikoaversion 209
 Risikomanagement 38, 133
risk bearer, superior 106 f., 114 f., 264
Roi ne peut mal faire 85
Roosebeke, Bert van 135
Rousseau, Jean Jacques 345
 Rückgriff 128 f., 137, 140, 155, 161, 187, 274, 292, 303, 314, 352, 387, 391, 394 ff.
 Rückschafehler 210, 266
Rupp, Hans Heinrich 384
Ruscheweyh, Herbert 171, 391 ff.
 Sachwidrigkeit 148 ff., 165, 181, 196, 199, 203, 314, 323, 385, 388
 Sanierungspflicht 10
 Sanktion 74, 84 ff., 101, 141, 231, 355
 – negative 122 f., 126 f., 132, 142
 – positive 115, 122 f., 126 f., 142
 Schaden
 – Erfüllungsschaden 91, 93
 – immaterieller 187, 192 f.
 – materieller 158, 186 f.
 – Nichtvermögensschaden 187, 191 f.
 – Vermögensschaden 186 f., 192, 210, 300
 – Vertrauensschaden 91 f., 297
 Schadensausgleich, innerbetrieblicher 126, 129, 368
 Schadensbegrenzungsobliegenheit 293
 Schadensersatz
 – als Entschädigung 210, 241 f.
 – Begriff 193, 241 f., 296
 – exemplarischer 276
 – punitiver 56 f., 232 f., 276
 – symbolischer 57, 232, 276
 Schadensersatzverpflichtung als Nachteil 88
 Schadenserwartungswert 106 f., 108, 111, 113, 138
 Schadensfreiheitsrabatt 108
 Schadensgeneigtheit 255
 Schadensrecht 8, 113, 185, 193, 195, 210 f., 319
 Schadensrisiko 49 ff., 80, 103 f., 107, 115, 128, 262
 Schadensträchtigkeit 103 f., 126 f., 255
 Schadensverminderungsaufwand 64, 104 ff., 113 f., 137, 140, 265
 Schadensvermeidungskosten 50, 103, 105, 113, 137 f.,
Schäfer, Hans-Bernd 26, 31, 266
 Schätzungsungenauigkeit 197
Scheuer, Ulrich 156
 Schleier des Nichtwissens 331

- Schmerzensgeld 22, 56, 187, 190, 192 f., 197, 312, 319
- Schmidt-Aßmann, Eberhard* 307
- Schneider, Hans-Peter* 171, 357
- Schoch, Friedrich* 14, 175, 314, 330, 335
- Schöppenstedt, Zuckerfabrik* 238, 272
- Schuldenbremse, sog. 131
- Schuldübernahme 54, 127, 157, 161, 164, 183, 364
- Schutzgutdivergenz 184, 195
- Schutznormlehre 236, 281
- Schutzzwecklehre 281 f.
- Schweizer, Urs* 101
- Sekundärrechtsschutz 4, 60, 63 f., 68 f., 100, 181, 201, 230, 280, 282, 285 ff., 293
- Zweitrangigkeit 115, 183, 282 f., 286, 289, 379
- Selbstbehalt 125
- si excessit, privatum est* 110
- Sieyès, Abbé* 272
- social engineering* 112
- sovereign immunity* 256
- Sparsamkeitsprinzip 35
- Spieltheorie 96
- Spruchrichterprivileg 291
- Staat, Funktionsfähigkeit des 160
- Staatsdiener 43, 54, 58, 74, 81 f., 97, 117 ff., 122 ff., 134, 137, 140 ff., 153, 157, 163, 166, 208, 267, 386
- Staatshaftung
- Begriff 7 ff.
- mittelbare 154, 164, 341, 352
- unmittelbare 155, 245, 268, 301, 323, 352, 379
- unmittelbare vs. mittelbare 150 f., 156 ff., 336
- Staatshaftung, unionale 7
- Verschuldensunabhängigkeit 239 ff.
- Staatshaftungsanspruch
- anspruchausschließende Merkmale 248
- anspruchsbegründende Merkmale 248
- Beweislastverteilung 248
- notwendige Voraussetzungen 114, 217, 247 f.
- Staatshaftungsrecht
- Begriff 7 ff., 377
- Staatshandeln, ungeplantes 83
- stare decisis* 260
- status quo ante* 72, 185 ff., 197 f., 212 f., 301
- Steueraufkommen 130, 328
- Steuerungsmodell, Neues 134 f.
- StHG 1981 13 f., 131, 145 f., 156, 161 f., 164, 175 f., 179, 182, 193, 202, 289, 334, 338, 349, 364, 369 f., 379
- StHG-DDR 146, 156 f., 176, 185, 199, 268, 334, 365
- Strafschadensersatz 56, 232 f., 254, 299 f.
- Straßenverkehrssicherungspflicht 12, 81
- Subordinationsverhältnis 274, 276
- Subsidiarität des Sekundärrechtsschutzes 115, 183, 282 f., 286, 289, 379
- Subsidiaritätsgebot 317
- Subsidiaritätsklausel 158, 162
- Subsidiaritätsprinzip 159, 316, 323
- Subsidiaritätsrüge 315
- Substanzwert 212
- Talionsprinzip 185
- Tesauo, Generalanwalt Giuseppe* 68, 231, 235, 237, 256, 297
- Thomas von Aquin* 278
- Torschleusenpanik 371
- Totalreparation 127, 297, 299
- Totalvorbehalt 350
- Traghetti del Mediterraneo (TDM)* 216 f., 291
- Transaktionskosten 49 f., 93, 121, 302, 384
- Trennungsthese 258, 277, 316, 376
- Tronka, Wenzel von* 3, 5, 66
- Trstenjak, Generalanwältin Vera* 237
- ultima ratio* 355
- ultra vires* 222 f., 259, 312
- Uferlosigkeit der Haftung 268, 272 f., 342, 369
- Umlage 109, 111 f., 114, 263, 332
- Umsetzung von Beamten 124, 126
- Umverteilung 53, 79, 112, 264, 332
- Unausweichlichkeit des Staates 87, 273
- Unglück 281
- Unionales Haftungsrecht
- als Inspirationsquelle 251, 317
- Unionstreue 224, 226 f.

- Unmittelbarkeit 174, 199, 219, 224, 256, 279, 282
- Untersuchungsgrundsatz 105, 248
- Unvermeidlichkeit rechtswidrigen Staatshandelns 64, 84, 286
- Vagheit 226, 362
- venire contra factum proprium* 284
- Ventilfunktion 65
- Veränderungssperre 172, 369
- Verantwortungsdiffusion 141
- Verbandskompetenz 220 f., 351, 373
- Verein für Socialpolitik 26
- Vereitelungsverbot 220
- Verfassungsrecht
- fachrechtskonforme Auslegung 154
- Verfügbarkeitsheuristik 299
- Verhältnismäßigkeit
- Erforderlichkeit 36 f.
 - Geeignetheit 36 f.
- Verhaltensökonomik 65 f., 79, 116
- Verjährung 194, 220, 248 f., 294 f., 304, 363
- Verkehrsunfall 31, 83, 111, 114, 266
- Verlustaversion 116, 299
- Vermögen 41, 75, 119, 243, 277
- Vermögensschaden 186 f., 192, 210, 277, 300
- Versammlungsfreiheit 288
- Verschulden
- als entscheidendes Sachverhaltselement 240
 - als notwendige Tatbestandsvoraussetzung 240
 - Fahrlässigkeit 53, 55 f., 110, 121, 125, 127 f., 158, 177, 206, 241, 260, 283, 289 f., 342, 352, 391, 395 f.
 - Vorsatz 55 f., 120, 125, 127 f., 155, 206, 260, 283, 289, 292, 342, 352, 391, 394 ff.
- Verschuldens(un)abhängigkeit eines Anspruchs
- Begriff 240
- Versetzung 124, 180
- Vertragsbruch, effizienter 90 ff., 97, 101, 138
- Vertrauensschaden 91 f., 297
- Verwaltung, Effektivität der 160
- Verwaltungsgericht 179 ff., 196, 248, 273, 302, 377
- Verwaltungsrechtswissenschaft, Neue 29, 101, 117
- Verweisungsklausel 158, 161 ff.
- Verweisungsprivileg 131, 158 f., 162 f., 273, 282, 358, 370
- Verzinsung 200
- Vollkasko-Mentalität 51, 332
- von Jhering, Rudolf* 20, 66, 68, 93, 322, 345
- Vorbildfunktion 100
- Vorgabenmodell 257, 276, 316, 363, 376
- Vorhersehbarkeit, objektive 219, 266, 279
- Vorrang des Primärrechtsschutzes 183, 248 f., 273, 282 ff., 363, 379
- Vorrang des Rechts 19 f., 25 ff., 30 f., 33 f., 39, 45, 119, 359, 377
- Vorteilsziehung 263
- Wahrnehmungspflicht 105
- Walker, Coalhouse* 5, 77, 164 f., 288 f.
- Warenverkehrsfreiheit 5
- Warnfunktion der Junktimklausel 75
- Weimarer Reichsverfassung 110, 154, 179, 227, 274 f.
- Weitnauer, Hermann* 349
- Wesentlichkeitslehre 368, 372
- Wettbewerb 87, 311, 322
- der Rechtsideen 321
 - der Rechtsordnungen 328 f., 385
- Weyreuther, Felix* 14, 209, 335, 349
- whistle blower* 133
- Wiedergutmachungsanspruch, allgemeiner 14, 146, 208, 341
- Wiederherstellung 3, 72, 164, 185 f., 197 f., 213, 298, 341
- Wiederherstellungsanspruch, sozialrechtlicher 215, 334
- Wirtschaftsgegründetheit der Europäischen Gemeinschaft 322
- Wohnungsbauprämie, Rückforderung der 38
- Wolff, Hans Julius* 376, 378

Wortlaut

- als Grenze der Auslegung 258, 359
- als Grenze gerichtlicher Kompetenz? 359

Zachariä, H[einrich] A[lbert] 110

Zeitwidrigkeit 147 f., 150, 201, 203, 224, 323

- der Verweisungsklausel 159, 162

Zivilgericht 178 ff., 196, 201, 211, 302

Zuckerfabrik Schöppenstedt 238, 272

Zufall 49, 58, 93, 281, 331

Zufallsschäden 53

Zurechnung 58, 252, 280

Zurechnungszusammenhang 247 ff., 255, 277, 336

Zuständigkeit, funktionelle 166, 377

Zwangsversicherung 109

Zweck des Haftungsrechts

- Kompensation 51 f., 77, 195, 199, 236, 245

- ökonomisch 50, 79, 203

- Prävention 51 f., 77, 195, 199, 236, 245

- Umverteilung? 53, 79, 109, 112