

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.

© 2013 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohr.de](http://www.mohr.de)

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

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</i>	
<i>Analyse</i> . . . . .	49
I. Zwecke öffentlichen Haftungsrechts . . . . .	49
1. <i>Casum sentit dominus</i> versus <i>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) Rechtsschutzexpectation 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 Kritik des öffentlichen Haftungsrechts als Rechtsgebiet . . . . .	145
§ 10 Kritik des Amtshaftungsanspruchs . . . . .	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	<i>Vor- und Nachteile des unterbreiteten Vorschlags</i> . . . . .	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.	Probiersteine . . . . .	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 (Umweltschadensgesetz) 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 Bundeshaushaltsordnung (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.<sup>1</sup> Kohlhaas ist ein Archetypus geworden, das Wort meint längst mehr als nur den Mann<sup>2</sup>: Der Wahn, um jeden Preis für Gerechtigkeit eintreten zu müssen, heißt medizinisch Kohlhaas-Syndrom<sup>3</sup>, und rechthaberische Prozesshansel nennen wir Kohlhaas-Naturen<sup>4</sup>. 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«).<sup>5</sup> Bei all dem »Kohlhaas-Kult« gerät aus dem Blick, dass es ein Haftungsfall ist, der in Kleists »juridische[r] Dichtung«<sup>6</sup> den »Kampf ... um Gerechtigkeit«<sup>7</sup> entfacht. Lesen wir des Dichterjuristen Kleists »ergreifend[e] Wahrheit«<sup>8</sup> 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

<sup>1</sup> 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 *Vofskuhle/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«).

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> 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).

<sup>4</sup> *Febr*, Das Recht in der Dichtung, 1931, S. 466.

<sup>5</sup> 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 *Brechts* Parabel »Die Rundköpfe und die Spitzköpfe oder: Reich und Reich gesellt sich gern« (a. a. O., S. 145 ff.).

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

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

<sup>8</sup> *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.<sup>9</sup> 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 –,<sup>10</sup> 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.<sup>11</sup> Dass die Geheimschreiberei 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.

---

<sup>9</sup> 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).

<sup>10</sup> 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.

<sup>11</sup> 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 Schadenersatz. 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 Schadenersatzrecht 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.<sup>1</sup> Beide, Ökonomisierung wie Europäisierung, einst unspezifische Schlagworte gewesen, sind Entwicklungspfade geworden.<sup>2</sup> Die beiden Entwicklungspfade treffen im öffentlichen Haftungsrecht aufeinander: Es wäre ökonomisch, das nationale Haftungsrecht am unionsrechtlichen Haftungsanspruch gegen die Mitgliedstaaten (kurz: unionaler Staatshaftungsanspruch<sup>3</sup>) auszurichten.

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

---

<sup>1</sup> 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.).

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

<sup>3</sup> 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).

<sup>4</sup> 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«).

<sup>5</sup> 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).

<sup>6</sup> Vgl. BVerfGE 61, 149 (151) (»Haftung (Ersatzpflicht)«).

<sup>7</sup> 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<sup>8</sup>, im weiteren Sinn auch die Rechtmäßigkeitshaftung<sup>9</sup> gemeint. Diese Abhandlung konzentriert sich – entlang der für die Rechtswissenschaft als Disziplin konstitutiven Unterscheidung von Rechtmäßigkeit und Rechtswidrigkeit<sup>10</sup> – auf die Unrechtshaftung als den klassischen, paradigmatischen Teil des Staatshaftungsrechts.<sup>11</sup> 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.<sup>12</sup>

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-

<sup>8</sup> 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.

<sup>9</sup> 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.

<sup>10</sup> 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«); *Lubmann*, 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.

<sup>11</sup> *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 *Lubmann*, Öffentlich-rechtliche Entschädigung rechtspolitisch betrachtet, 1965, S. 81.

<sup>12</sup> 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.<sup>13</sup> Sie verpflichten daher auch Private, der öffentlichen Hand Erstattung zu leisten,<sup>14</sup> etwa bei rechtswidrigen Überzahlungen<sup>15</sup> oder falls die öffentliche Hand in Vorleistung gegangen ist, beispielsweise bei der Ersatzvornahme<sup>16,17</sup> Der allgemeine öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch ist eindeutig öffentlich-rechtlich, falls er in den allgemeinen Grundsätzen des öffentlichen Rechts oder des Verwaltungsrechts<sup>18</sup>, in der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (Art. 20 Abs. 3 GG)<sup>19</sup> oder im Folgenbeseitigungsanspruch<sup>20</sup> gründet.<sup>21</sup> Wer den Anspruch dagegen mit vereinzelt Stimmen aus §§ 812 ff. BGB, direkt oder analog,<sup>22</sup>

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

<sup>14</sup> Grosser, Die Verwaltung 17 (1984), S. 329 ff.; Ossenbühl, NVwZ 1991, S. 513 (514).

<sup>15</sup> 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.

<sup>16</sup> 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.

<sup>17</sup> 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.

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

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

<sup>20</sup> 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.

<sup>21</sup> 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.

<sup>22</sup> 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