

Die Veröffentlichung des Werkes

„Der Zinsanspruch des Bürgers gegen die hoheitliche Verwaltung
- Zugleich ein Beitrag zur Bestimmung der Verzugsvoraussetzungen
im öffentlichen Recht“

erfolgt mit freundlicher Genehmigung des Autors.

Der Zinsanspruch des Bürgers gegen die hoheitliche Verwaltung.

- Zugleich ein Beitrag zur Bestimmung der Verzugs Voraussetzungen im öffentlichen Recht -

Inaugural-Dissertation zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der Rechte durch den Fachbereich Rechtswissenschaft der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster



vorgelegt von
Christoph Harnischmacher
aus Olpe
1979

79 K 10/152

Gliederung

Seite

Erstes Kapitel

Einführung in die Problematik

§ 1	Ausgangspunkte	1
§ 2	Der Meinungsstand in der Rechtsprechung und in der Literatur	5
§ 3	Der Gang der Untersuchung	11

Zweites Kapitel

Die normierten Zinsregeln in Teilrechtsgebieten des öffentlichen Rechts

§ 1	Haftungsausschluß	13
	A. Steuerrecht	14
	B. Besoldungs- und Versorgungsrecht	21
§ 2	Positive Regelungen	30
	A. Sozialrecht	31
	B. Enteignungs- und Leistungsrecht	36
	C. Kriegsfolgenrecht	38
	D. Vertragsrecht	41
§ 3	Allgemeine Wertungsmaßstäbe	44

Drittes Kapitel

Die Haftung für Verzug im öffentlichen Recht nach den überkommenen Anspruchsgrundlagen

§ 1	Amtshaftung	65
	A. Funktion und Eigenart der Amtshaftung	66
	B. Die Pflicht zur raschen Sachentscheidung	67
	C. Die Entwicklung der Rechtsprechung zur Verzinsung von öffentlichen Geldforderungen unter den Voraussetzungen des Amtshaftungsrechts	70
	D. Kritische Würdigung	73

1. Berichterstatter : Prof. Dr. Menger
2. Berichterstatter : Prof. Dr. Schnapp
Dekan : Prof. Dr. Battes
Tag der mündlichen Prüfung: 22. 6. 1979

	Seite
§ 2 Der Folgenbeseitigungsanspruch	81
A. Die Ansicht von Redeker	81
B. Rechtsgrundlage und Charakter des Folgenbeseitigungsanspruchs	82
C. Die Rechtsfolgenanordnung des Anspruchs	85
§ 3 Der Anspruch wegen enteignungs-gleichem Eingriff	87
A. Enteignung durch Unterlassen	89
B. Eigentumsverletzung durch Späterfüllung	92
§ 4 Exkurs: Die Reform des Staatshaftungsrechts aus der Sicht des Verzuges im öffentlichen Recht	96
 Viertes Kapitel	
Die Begründung der Verzugszinshaftung aus einem besonderen Rechtsgrundsatz	102
§ 1 Die zivilrechtliche Regelung als Ausdruck eines besonderen Rechtsgrundsatzes	102
A. Die besonderen Rechtsgrundsätze als Rechtsquellen des öffentlichen Rechts und ihre Abgrenzung zu anderen Methoden des Rückgriffs auf zivilrechtliche Vorschriften	105
I. Die Analogie	105
II. Die Lehre vom allgemeinen Rechtsgedanken	109
III. Die Lehre vom allgemeinen Teil des Rechts	110
IV. Die besonderen Rechtsgrundsätze	111
B. Haftung als Folge einer Forderungsverletzung	112
I. Die zivilrechtliche Interessenlage bei Leistungsverzögerung	118
II. Das öffentlich-rechtliche Schuldverhältnis	122

	Seite
§ 2 Die rechtssatzmäßige Konkretisierung der Haftung für Leistungsverzögerung im öffentlichen Recht	140
A. Die Fälligkeit einer öffentlich-rechtlichen Geldforderung	142
I. Übersicht über die Ansichten in Rechtsprechung und Literatur	145
II. Die Funktion des Verwaltungsaktes bei der Gewährung einer öffentlich-rechtlichen Geldleistung im Hinblick auf die Verzugsvoraussetzungen	152
1.) Die Daseinsberechtigung im Bereich der gewährenden Verwaltung	152
2.) Im Besonderen bei der Vergabe von Subventionen	155
3.) Die Begründung einer öffentlich-rechtlichen Geldforderung durch Verwaltungsakt	161
III. Geldforderungen, die durch die Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes fällig werden	170
1.) Die Funktion des Verwaltungsaktes bei der Entscheidung über eine gesetzlich begründete Geldleistungspflicht	171
2.) Die Antragsstellung als Voraussetzung des Verzuges im öffentlichen Recht.	180
B. Die Bedeutung des behördlichen Prüfungsverfahrens hinsichtlich der weiteren Verzugsvoraussetzungen	183
I. Der Einfluß der Gesetzmäßigkeit des Verwaltungshandelns auf die hoheitliche Leistungsbewirkung	184

	Seite
II. Die Dauer der rechtmäßigen Prüfung des Anspruchs	189
C. Mahnung	195
D. Verschulden	197
E. Die Anwendbarkeit des § 288 BGB	201
Fünftes Kapitel	
Der Verzögerungsanspruch bei nicht rechtzeitiger Begründung von in das Ermessen der Behörde gestellten Geldzahlungsansprüchen	204
§ 1 Die forderungsrechtliche Qualität des Ermessens	205
§ 2 Prozeßverzinsung vor Klageerhebung	211
§ 3 Schadenersatz nach Amtshaftungsgrundsätzen	216
Sechstes Kapitel	
Die Verzinsung des öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruchs	222
§ 1 Die Grundlage des Erstattungsanspruchs	224
§ 2 Der Umfang des Erstattungsanspruchs, insbesondere der Ausschluß der Berufung auf den Wegfall der Bereicherung	227
§ 3 Verzinsung nach Verzugsgrundsätzen	233
Zusammenfassung	242

Literaturverzeichnis

Arnolds, Josef	Verzugszinsen im Stationierungsrecht, NJW 1962, S. 71 ff.
Bachof, Otto	Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, JZ 1966, S. 395 ff.
-	Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht in der Rechtsprechung des BVerwG, II. Band, Tübingen 1967
-	Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung, 2. Auflage, Tübingen 1968
Bauch/Danckelmann/Kerst	Bundesleistungsgesetz, Kommentar, 2. Auflage, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1965
Baur, Fritz	Neue Verbindungslinien zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht, JZ 1963, S. 41 ff.
Becker/Riewald/Koch	Reichsabgabenordnung, Kommentar, 9. Auflage, Köln/Berlin/Bonn/München 1963
Belke, Rolf	Abstrakte Schädensberechnung und Anscheinsbeweis am Beispiel des Zinsschadens, JZ 1969, S. 586 ff.
Bender, Bernd	Staatshaftungsrecht, 2. Auflage, Karlsruhe 1974
Bettermann, Karl August	Zur Lehre vom Folgenbeseitigungsanspruch, DÖV 1955, S. 528 ff.
-	Anmerkung zum Urteil des BSG v. 17. 7. 1958 (NJW 1958, S. 66 ff.), NJW 1959, S. 66 f.
-	Der verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz bei Nichtbescheidung des Widerspruchs oder des Vornahmeantrags, NJW 1960, S. 1081 ff.
-	Anmerkung zum Urteil des BVerwG v. 25. 2. 1969 (DVBl. 1969, S. 700 ff.); DVBl. 1969, S. 703 ff.

- Blessing-Geissler Bundesentschädigungsschlußgesetz, Kommentar, München/Berlin 1967
- Blume, Joachim Schuldrechtsähnliche Sonderverbindungen im öffentlichen Recht, Diss., Göttingen 1967
- Bosse, Wolfgang Der subordinationenrechtliche Verwaltungsvertrag als Handlungsform öffentlicher Verwaltung, Berlin 1974
- Breithaupt, Hermann Sammlung von Entscheidungen der Sozialversicherung, Versorgung und Arbeitslosenversicherung
- Brinkmann, Karl Grundrechtskommentar zum Grundgesetz, Loseblattsammlung, Bonn 1967
- Brunn/Hebenstreit/Klee Bundesentschädigungsgesetz, i.d.F. des 2. Änderungsgesetzes (BEG-Schlußgesetz), Kommentar, Berlin 1965
- Bullinger, Martin Öffentliches Recht und Privatrecht, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1968
- Leistungsstörungen beim öffentlich-rechtlichen Vertrag, DÖV 1971, S. 812 ff.
- Burdenski, Wolfgang Verzinsung von rückständigen Leistungen im Sozialrecht, Problemstellung und Neuregelung: § 44 SGB-AT, B1StSozArbR 1975, S. 385 ff.
- Burdenski/von Maydell/Schellhorn Kommentar zum SGB-AT, Neuwied 1976
- Bursche, H. Die Verzinsung von Dienst- und Versorgungsbezügen, ZBR 1955, S. 69 ff.
- Canaris, Claus-Wilhelm Die Feststellung von Lücken im Gesetz, Berlin 1964
- Dagtoglou, Prodamos Art. 34 GG, Zweitbearbeitung, Bonner Kommentar, September 1970

- Eckert, Lutz Leistungsstörungen in verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnissen, DVBl. 1962, S. 11 ff.
- Engisch, Karl Einführung in das juristische Denken, 5. Auflage, Stuttgart/Berlin 1971
- Enneccerus/Lehmann Recht der Schuldverhältnisse, Lehrbuch, 15. Auflage, Tübingen 1958
- Entwurf 70 Regierungsentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes, BT-Drcks. 7/910
- Entwurf 73 Regierungsentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes, BT-Drcks. 7/1173
- Erichsen, Hans-Uwe Grundrechte und Anstaltsnutzung, VerwArch 1973, (Bd. 64), S. 299 ff.
- Erichsen/Martens Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Auflage, Berlin 1978
- Erman/Bearbeiter Handkommentar zum BGB, 5. Auflage, Münster 1972
- Ernst/Zinkahn/Bielenberg Bundesbaugesetz, Kommentar, Bd. II, Loseblatt, Stand: 1. 9. 1977, München
- Eyermann/Fröhler Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 7. Auflage, München 1977
- Fischer, Ulf Die öffentlich-rechtliche Geldforderung unter besonderer Berücksichtigung ihrer Verzinsung, Diss., Bonn 1968
- Zur Verzinsung öffentlich-rechtlicher Geldforderungen, NJW 1969, S. 1883 ff.
- Fleiner, Fritz Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, Neudruck der 8. Auflage - Tübingen 1928 -, Aachen 1960
- Flume, Werner Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, II. Band, Das Rechtsgeschäft, 2. Auflage, Berlin/Heidelberg/New York 1975

- Forsthoff, Ernst Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1. Bd., Allgemeiner Teil, 10. Auflage, München 1973
- Franke, Franz-Josef Der Folgenentschädigungsanspruch - Folgenbeseitigung durch Entschädigung, VerwArch 1966 (Bd. 57), S. 357 ff.
- Freitag, Hans O. Zur Bedeutung subjektiver öffentlicher Rechte und des Verfahrensrechts für das Verhältnis von Verpflichtungsklage und verbundener Leistungsklage im Sozialgerichtsverfahren, DVBl. 1976, S. 6 ff.
- Friedrichs, Karl Wieweit sind die Vorschriften des BGB auf Schuldverhältnisse des öffentlichen Rechts anwendbar? Archiv des bürgerlichen Rechts, 1916 (Bd. 42), S. 29 ff., 328 ff.
- Der allgemeine Teil des Rechts, Berlin 1927
- Friesenhahn, G. Der Wandel des Grundrechtsverständnisses, Verhandlungen des 50. Dt. Juristentages, Bd. II, 1974
- Gehe, von Zur Anwendung der sogenannten Privatrechtstitel im öffentlichen Recht, Fischers Zeitschrift, 1908 (Bd. 34), S. 134 ff.
- Giacometti, Zaccaria Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, 1. Bd., Zürich 1960
- GKÖD Gesamtkommentar Öffentliches Dienstrecht, Bearbeiter: Fürst, Finger, Mühl, Niedermaier, Loseblattsammlung, Berlin 1973
- Götz, Völkmar Verzinsung öffentlich-rechtlicher Geldforderungen, DVBl. 1961, S. 433 ff.
- Recht der Wirtschaftsubventionen, München/Berlin 1966

- Gygi, Fritz Verwaltungsrecht und Privatrecht, Bern 1956
- Hauelsen, Fritz Erstattungsansprüche im öffentlichen Recht, NJW 1954, S. 977 ff.
- Nochmals: Erstattungsansprüche im öffentlichen Recht, NJW 1955, S. 212 ff.
- Die Verpflichtungsklage und ihre Bedeutung für Streitigkeiten aus dem Bereich der Leistungsverwaltung, NJW 1957, S. 1657 ff.
- Das Verhältnis von Norm und Verwaltungsakt und seine Bedeutung für Klage und Urteil, DVBl. 1959, S. 793 ff.
- Die Grundsätze des allgemeinen Verwaltungsrechts im Recht der Kriegsopferversorgung, NJW 1964, S. 2398 f.
- Folgenbeseitigung und Amtshaftung, DVBl. 1973, S. 739 ff.
- Hauck/Haines Sozialgesetzbuch, Allgemeiner Teil, Kommentar, Loseblattsammlung, Berlin 1976
- Heidenhain, Martin Amtshaftung und Entschädigung aus enteignungsgleichem Eingriff, Berlin 1965
- Hesse, Konrad Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 9. Auflage, Heidelberg 1976
- Hoffmann, Michael Der Abwehranspruch gegen rechtswidrige hoheitliche Realakte, Berlin 1969
- Hoffmann-Becking, Michael Zum Stand der Lehre vom Recht auf fehlerfreie Ermessensentscheidung, DVBl. 1970, S. 850 ff.
- Der feststellende Verwaltungsakt, DÖV 1972, S. 196 ff.

Huken, Friedrich Zinsen und Säumniszuschläge nach der AO 1977, KKZ 1976, S. 223 ff.
 Vorerst keine Vollverzinsung im Steuer- und Abgabenrecht, KKZ 1978, S. 32 f.

Hummel-Liljegren, Herman Wirtschaftsverwaltungsrecht, Stuttgart 1977

Ipsen, Hans Peter Öffentliche Subventionierung Privater, Berlin/Köln 1956

Jellinek, Georg System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Auflage, Tübingen 1905

Jellinek, Walter Verwaltungsrecht, 3. Auflage, Offenburg 1948

Jung, Hans Die Bemessung der Besitzzei- weisungsentschädigung, NJW 1967, S. 231 ff.

Kessler, Konrad Zur Verzinsung öffentlich- rechtlicher Erstattungsansprü- che, NJW 1974, S. 536 f.

Kimminich, Otto Art. 14 GG, Drittbearbeitung, Bonner Kommentar, Stand: August 1976

Kluge, Karl Anmerkung zum Urteil des BSG vom 25. 6. 1964 (NJW 1964, S. 1874), NJW 1965, S. 463

Knack, Hans-Joachim/ Bearbeiter Verwaltungsverfahrensgesetz, Köln/Berlin/Bonn/München 1976

Kopp, Ferdinand Aussetzung der Vollziehung eines Verwaltungsaktes, DÖV 1967, S. 843 ff.
 Verfassungsrecht und Verwal- tungsverfahrenrecht, München 1971
 Verwaltungsverfahrensgesetz, München 1976
 Verwaltungsgerichtsordnung, 3. Auflage, München 1977

Kormann, Joachim Subjektive Rechte im Subven- tionsbereich, GewArch 1975, S. 151 ff.

Krause, Peter Rechtsformen des Verwaltungs- handelns, Berlin 1974

Krüger-Spitta, Wolfgang/ Brank, Horst Einführung in das Haushalts- recht und die Haushaltspoli- tik, Darmstadt 1973

Kühn/Kutter/Hoffmann Abgabenordnung, Kommentar, 12. Auflage, Stuttgart 1977

Larenz, Karl Methodenlehre der Rechtswissen- schaft, 2. Auflage, Berlin/ Heidelberg 1969

Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 1, Allgemeiner Teil, 11. Auflage, München 1976

Leonhard, Franz Das Schuldrecht des BGB, Bd. 1, Allgemeines Schuldrecht, Mün- chen und Leipzig 1929/31

Lepsius, Wolfgang Prinzipien der Leistungsver- waltung, Diss., Münster 1961

Luhmann, Niklas Öffentlich-rechtliche Ent- schädigung rechtspolitisch betrachtet, Berlin 1965

V. Mangoldt/Klein Das Bonner Grundgesetz, 2. Auflage, Bd. I, Berlin/Frank- furt 1957

Martens, Hans Hermann Prozeßzinsen in der Sozialge- richtsbarkeit, NJW 1965, S. 1703 ff.

Martens, Wolfgang Grundrechte im Leistungs- staat, VVDStRL 30, S. 7 ff.

Maunz, Theodor Die staatliche Verwaltung der Zuschüsse und Subventionen, BayVbl. 1962, S. 1 ff.

Maunz/Dürig/Herzog/ Scholz Grundgesetz, Kommentar, Lose- blattsammlung, München/Berlin 1958 ff.

Mayer, Adalbert Die Anwendung des § 278 BGB auf öffentlich-rechtliche Verhältnisse, Diss., Köln 1933

Mayer, Otto Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. I und II, 3. Auflage, Leipzig und München 1924

von Maydell, Bernd Die "sozialen Rechte" im Allgemeinen Teil der Sozialgesetzbuches, DVBl. 1976, S. 1 ff.

Menger, Christian-Friedrich System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 1954

Über die Identität des Rechtsgrundes der Staatshaftungsklagen und einiger Verwaltungsstreitsachen, in: Gedächtnisschrift für W. Jellinek, München 1955, S. 347 ff.

Rechtssatz, Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, DÖV 1955, S. 587 ff.

Der Schutz der Grundrechte in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Die Grundrechte, herausgegeben von: Bettermann, Nipperdey, Scheuner; Bd. III/2. Halbband, S. 717 ff., Berlin 1959

Verwaltungsrechtlinien - autonome Rechtsetzung durch die Exekutive, in: Demokratie und Verwaltung, Berlin 1972

Die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts als Rechtsquellen, in: Festschrift für Bogs, Wiesbaden 1967, S. 89 ff.

Zum enteignungsgleichen Eingriff und zur Amtspflichtverletzung durch Untätigbleiben des Gesetz- und Verordnungsgebers, VerwArch 1972 (Bd. 63), S. 81 ff.

Zu den Handlungsformen bei der Vergabe von Subventionen, VerwArch 1978 (Bd. 69), S. 383 ff.

Menger, Christian-Friedrich Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, Anmerkung zum Urteil des BSG vom 20. 5. 1958 (JZ 1959, S. 378), VerwArch 1960 (Bd. 51), S. 149 ff.

Menger/Erichsen Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, Anmerkung zum Urteil OVG Lüneburg vom 6. 8. 1965 (DÖV 1966, S. 66), VerwArch 1966 (Bd. 57), S. 270 ff., 280 ff.

Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, Anmerkung zu den Urteilen des BVerwG vom 31.1. 1967 (NJW 1967, S. 1245) und vom 9. 2. 1967 (BVerwGE 26, S. 161 ff.), VerwArch (Bd. 59) 1968, S. 167 ff., 180 ff.

Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, Anmerkung zum Urteil des OVG Münster vom 19. 10. 1968 (DÖV 1969, S. 214), VerwArch 1970 (Bd. 61), S. 82 ff., 87 ff.

Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, Anmerkung zum Urteil des BVerwG vom 25. 2. 1969 (NJW 1969, S. 1131), VerwArch 1969 (Bd. 60), S. 376 ff., 385 ff.

Meier-Branecke Die Anwendung privatrechtlicher Normen im Verwaltungsrecht, AÖR Bd. 50 (1926), S. 230 ff.

Meyer, Hans Das neue öffentliche Vertragsrecht und die Leistungsstörungen, NJW 1979, S. 1705 ff.

Meyer/Borgs-Maciejewski Verwaltungsverfahrensgesetz, Frankfurt u. M. 1976

Michaelis, Karl Der Amtshaftungstatbestand im Gesamt-System des Staatshaftungsrechts, in: Festschrift für W. Weber, 1974, S. 567 ff.

- Mittelsteiner/Schaumburg Abgabenordnung 1977, Materialien zusammengestellt und bearbeitet, Köln 1976
- Motive Motive zu den Entwürfen eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. 2: Schuldverhältnisse, Berlin und Leipzig 1888
- von Münch/Badura u.a. Besonderes Verwaltungsrecht, 4. Auflage, Berlin/New York 1976
- von Mutius, Albert Das Widerspruchsverfahren der VwGO als Verwaltungsverfahren und Prozeßvoraussetzung, Berlin 1969
- Nawiasky, Hans Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe, Zürich/Köln/Einsiedeln 1948
- Nebinger, Robert Verwaltungsrecht allgemeiner Teil, 2. Auflage, Stuttgart 1949
- Nierhaus, Michael Verzinsung öffentlichrechtlicher Geldforderungen, Zinsersatzansprüche und Amtshaftung, JA 1974, S. 405 ff.
- Obermayer, Klaus Leistungsstörungen beim öffentlich rechtlichen Vertrag, BayVbl 1977, S. 546 ff.
- Ossenbühl, Fritz Die Rücknahme von Wohngeldbescheiden und die Rückforderung gezahlter Wohngelder, DöV 1967, S. 246 ff.
- Die Bindung der Verwaltung an höchstrichterliche Rechtsprechung, AöR 92 (1967), S. 478 ff.
- Staatshaftungsrecht, 2. Auflage, München 1978
- Palandt (Bearbeiter) • Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 37. Auflage, München 1978

- Papier, Hans-Jürgen Staatshaftung kraft "Überlieferung", JZ 1975, S. 585 ff.
- Staatshaftung im Bereich der Leistungsverwaltung, DVBl. 1972, S. 601 ff.
- Die Forderungsverletzung im öffentlichen Recht, Berlin 1970
- Pestalozza, Christian Der Untersuchungsgrundsatz, in: Verwaltungsverfahren, Festschrift für den Richard Boorberg Verlag, Stuttgart/München/Hannover 1977, S. 185 ff.
- Pieper, Goswin Zulässigkeit und Funktion des öffentlich-rechtlichen Vertrages im Verhältnis Staat und Bürger, insbesondere im Vergleich zur Funktion des Verwaltungsakts, DVBl. 1967, S. 11 ff.
- Plog/Wiedow Kommentar zum Bundesbeamtengesetz, Neuwied 1958, Loseblattsammlung
- Randelzhofer, Albrecht Der Anspruch auf fehlerfreie Ermessensentscheidung, BayVbl 1975, S. 573 ff.
- Reform des Staatshaftungsrechts Kommissionsbericht, Hrsg.: Die Bundesminister der Justiz und des Innern, Bonn 1973
- Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes, Staatshaftungsgesetz, Referentenentwürfe, Hrsg.: Die Bundesminister der Justiz und des Innern, Bonn 1976
- Redeker, Konrad Anmerkung zu den Urteilen des BVerwG vom 7. 6. 1962 und 25. 10. 1962 (DVBl. 1963, S. 503 ff.), DVBl. 1963, S. 507 ff.
- Redeker/von Oertzen Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 6. Auflage, Stuttgart/Berlin 1978

Renck, Ludwig Verwaltungsakt und verwaltungsrechtlicher Vertrag, Jus 1971, S. 77 ff.

Der Verwaltungsakt im Subventionsrecht, BayVbl. 1977, S. 76 ff.

Rinck, Gerd Wirtschaftsrecht, 5. Auflage, Köln 1977

Rösslein, Thomas Der Folgenbeseitigungsanspruch, Berlin 1968

Rüfner, Wolfgang Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft, Berlin 1967

Die Rechtsformen der sozialen Sicherung und das Allgemeine Verwaltungsrecht, VVDStRL 28, S. 187 ff.

Rupp, Hans Heinrich Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, Tübingen 1965

Schack, Friedrich 'Analogie' und Verwendung allgemeiner Rechtsgedanken bei der Ausfüllung von Lücken in den Normen des Verwaltungsrechts, in: Festschrift für Rudolf Laun, 1948, S. 275 ff.

Schlichter, Otto Klageformen bei der verwaltungsrechtlichen Durchsetzung von Subventionsansprüchen, DVBl. 1966, S. 738 ff.

Schmitt-Glaeser, Walter Anspruch, Hoffnung und Erfüllung. Das Verwaltungsverfahren und sein Gesetz, in: Verwaltungsverfahren, Festschrift für den Richard Boorberg Verlag, Stuttgart/München/Hannover 1977, S. 1 ff.

Schmidinger Zum Beginn der Verjährung im Leistungsrecht der Rentenversicherung, SozVers 1969, S. 203 ff.

Schmidt-Bleibtreu/Klein Kommentar zum Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland, 4. Auflage, Neuwied/Darmstadt 1977

Schnapp/Meyer Zur Entwicklung von sozialen Rechten in der Sozialgesetzgebung, DRV 1973, S. 66 ff.

Schrödter/Schmaltz Anmerkung zum Urteil des BGH vom 26. 10. 1970 (DVBl. 1971, S. 464 f.), DVBl. 1971, S. 465 ff.

Schüle, Adolf Treu und Glauben im deutschen Verwaltungsrecht, Verw. 1933 (Bd. 38), S. 399 ff.; 1934 (Bd. 39), S. 1 ff.

Schütz, Erwin Beamtenrecht des Bundes und der Länder, Kommentar, Loseblatt, 5. Auflage, Hamburg, Stand: Juli 1978

Schunck/de Clerk Verwaltungsgerichtsordnung, 3. Auflage, Siegburg 1977

Schwär, Günther Leistungsstörungen bei der Erfüllung öffentlichrechtlicher Leistungspflichten, Diss., Köln 1968

Schwänkhart, Franz Anspruch des Bürgers auf Prozeßzinsen im Sozialrecht? NJW 1967, S. 377 ff.

- Verzugszinsen und Prozeßzinsen im Sozialrecht, NJW 1970, S. 1301 ff.

Schwarz-Gröger Abgabenordnung 1977, Loseblattsammlung, München, Stand: 1978

Simons, Lothar Leistungsstörungen verwaltungsrechtlicher Schuldverhältnisse, Berlin 1967

Skaupy, Walther Die ungerechtfertigte Bereicherung im öffentlichen Recht, Berlin 1934

Söhn, Hartmut Teilbarkeit von Verwaltungsakten, die auf eine Geldleistung gerichtet sind, VerwArch 1969 (Bd. 60), S. 64 ff.

Soergel-Siebert/Bearbeiter Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 10. Auflage, Band 2, Stuttgart/Köln/Mainz 1967

- von Spreckelsen Bundesleistungsgesetz, Kommentar, 2. Auflage 1963
- Staudinger/Bearbeiter Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, II. Band, Recht der Schuldverhältnisse, 10/11. Auflage, Teil 1a Berlin 1967
Teil 1c Beflin 1967
5. Teil Berlin 1975
- Stelkens/Bonk/Leonhardt Verwaltungsverfahrensgesetz, München 1978
- Stoll, Heinrich Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung, AcP Bd. 136 (1932), S. 257 ff.
- Tezner, Friedrich Die Privatrechtstitel im öffentlichen Recht, AÖR 9 (1894), S. 325 - 388; 489 - 568
- Thieme, Werner Zur Systematik verwaltungsrechtlicher Handlungsformen, in: Hamburger Festschrift für Friedrich Schack, Hamburg 1966, S. 157 ff.
- Tipke, Klaus Steuerrecht, 5. Auflage, Köln 1978
- Tschira/Schmitt-Glaeser Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes und des Freistaates Bayern, München 1976
- Verwaltungsprozeßrecht, 3. Auflage, Stuttgart/München/Hannover 1977
- Ule, Carl Hermann Verwaltungsgerichtsbarkeit, 2. Auflage, Köln/Berlin 1962
- Verwaltungsprozeßrecht, 6. Auflage, München 1975
- Verfassungsrecht und Verwaltungsprozeßrecht, DVbl. 1959, S. 537 ff.
- Ule/Laubinger Verwaltungsverfahrensgesetz, Köln/Berlin/Bonn/München 1977

- Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg Entwurf eines Gesetzes mit Begründung. Mit Ermächtigung des Württ. Staatsministeriums herausgegeben von der Kommission für die Landesordnung des Allgemeinen öffentlichen Rechts, Stuttgart 1931
- Vogel, Hans-Jochen Die Verwirklichung der Rechtsstaatsidee im Staatshaftungsrecht, DVBl. 1978, S. 657 ff.
- Waldhausen, Hubertus Verwaltungsverfahrensgesetz NW, Köln 1977
- Wallerath, Max Das System der öffentlich-rechtlichen Erstattungsansprüche, DÖV 1972, S. 221 ff.
- Wannagat (Hrsg.)/Bearbeiter Kommentar zum SGB, Loseblattsammlung, Karlsruhe 1977
- Weber, Eckhard Der Erstattungsanspruch, Berlin 1970
- Weber, H. Beitragsrückgewähr nach irrtümlich angenommener Mitgliedschaft in Zwangsverbänden - OVG Hamburg, MDR 1968, S. 1036, in: Jus 1970, S. 169 ff.
- Weiß, Fritz Der öffentlich-rechtliche Vertrag im Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes 1963, Diss., Tübingen 1971
- Wernicke Art. 20, Böhner Kommentar, Stand: Juni 1968
- Weyreuther, Felix Empfiehlt es sich, die Folgen rechtswidrigen hoheitlichen Verwaltungshandelns gesetzlich zu regeln (Folgenbeseitigung, Folgenentschädigung): Gutachten B für den 47. DJT, München 1968
- Windscheid, Bernhard Lehrbuch des Pandektenrechts, II. Band, 7. Auflage, Frankfurt a. M. 1891

- Wolff, Hans J. Rechtsgrundsätze und verfassungsgestaltende Grundentscheidungen als Rechtsquellen, in: Gedächtnisschrift für Walter Jellineck, München 1955
- Der Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht, Archiv des öffentlichen Rechts, Bd. 76, 1950/51, S. 205 ff.
- Wolff/Bachof Verwaltungsrecht I, 9. Auflage, München 1974
- Verwaltungsrecht III, 4. Auflage, München 1978
- Wolff, Jürgen Rechtsfragen der Verwaltung durch Subvention, DB 1970, S. 333 ff.
- Zuleeg, Manfred Die Rechtsform der Subvention, Berlin 1965

Abkürzungsverzeichnis

- a.a.O. am angegebenen Ort
- a.A. anderer Ansicht
- AcP Archiv für die civilisten Praxis
- ALR Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten v. 1794
- a.M. anderer Meinung
- Anm. Anmerkung
- AO Abgabenordnung vom 16. März 1976
- AÖR Archiv des öffentlichen Rechts
- Art. Artikel
- BayVbl Bayerische Verwaltungsblätter
- BBauG Bundesbaugesetz von 1960
- BBG Bundesbeamtengesetz
- BEG Bundesgesetz zur Entschädigung für Opfer der nationalsozialistischen Verfolgung v. 19. Juni 1956
- BGH Bundesgerichtshof in Karlsruhe
- BGHZ Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
- BHO Bundeshaushaltsordnung v. 19. August 1969
- BK Kommentar zum Bonner Grundgesetz
- BlStSozArbR Blätter für Steuerrecht, Sozialversicherung und Arbeitsrecht
- BT-Drcks Bundestagsdrucksache
- BVerfGE Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
- BVerwGE Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts

DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
DJT	Deutscher Juristentag
DÖV	Die öffentliche Verwaltung (Zeitschrift)
DRV	Deutsche Rentenversicherung (Zeitschrift)
DVB1	Deutsches Verwaltungsblatt
DVO	Durchführungsverordnung
FGO	Finanzgerichtsordnung
GewArch	Gewerbearchiv (Zeitschrift)
GMB1	Gemeinsames Ministerialblatt
hM	herrschende Meinung
i.d.F.	in der Fassung
JA	Juristische Arbeitsblätter (Zeitschrift)
JR	Juristische Rundschau (Zeitschrift)
JZ	Juristenzeitung
KKZ	Kommunalkassenzeitschrift
KStZ	Kommunale Steuerzeitschrift
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rdn.	Randnummer
SGB-AT	Sozialgesetzbuch - Allgemeiner Teil v. 11. 12. 1975
SGG	Sozialgerichtsgesetz
SozVers	Sozialversicherung (Zeitschrift)
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer

VwArch	Verwaltungsarchiv (Zeitschrift)
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VWRspr	Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
ZBR	Zeitschrift für Beamtenrecht

Erstes Kapitel

Einführung in die Problematik

§ 1 Ausgangspunkte

Wie im privaten ist auch im öffentlichen Recht die Haftung für Verzögerung der Leistung von erheblicher praktischer Bedeutung. Der Empfänger einer Leistung hat nicht nur ein Interesse daran, daß der Leistungserfolg herbeigeführt wird, für ihn ist ebenso entscheidend, daß die Leistung wie vorgeschrieben oder vereinbart rechtzeitig und ordnungsgemäß erfolgt. Eine Verletzung dieser Pflicht kann, insbesondere wenn der Gläubiger auf die rechtzeitige Erfüllung vertraut oder gar darauf angewiesen ist, erhebliche Nachteile zur Folge haben, während die Verzögerung der Leistung für den Schuldner an sich vorteilhaft ist.

Um den Gläubiger vor solchen Schäden zu schützen, ist der Grundsatz der Verzugshaftung im Zivilrecht ausdrücklich in den §§ 284 ff. BGB normiert. Bereits vor Inkrafttreten des BGB war er allgemein anerkannt, wie aus Art. 1146 ff. Code civil, I 16 §§ 16 ff. ALR, anderen Landesgesetzen und den Motiven zu ersehen ist¹.

Auch im öffentlichen Recht hängt die Verwirklichung des im öffentlichen Interesse liegenden Leistungszweckes nicht selten davon ab, daß die Leistung rechtzeitig erbracht wird. Wenn beispielsweise eine Rente lange vorenthalten wird, kann dies zur gänzlichen Aufzehrung der Ersparnisse des Antragstellers führen. Hat ein Subventionsberechtigter gegen einen

¹ Vgl. Windscheid § 277 (S. 73 ff.); Motive II § 245, S. 56 und § 247, S. 61.

Subventionsträger einen Anspruch auf eine Geldleistung und wird diese erst mit einer erheblichen Verzögerung ausgezahlt, ist - in Ermangelung eigener Geldmittel - eine Kreditaufnahme notwendig geworden, um fällige Verbindlichkeiten aus dem subventionsfähigen Unternehmen abzudecken. Wird einem Beamten zunächst die Wiedergutmachungsentschädigung versagt¹, kann die nach jahrelangem Rechtsstreit nachträglich gewährte Leistung allenfalls formell als Erfüllung der Leistungspflicht verstanden werden, wenn der Leistungsberechtigte durch die Verzögerung zum Rückgriff auf andere Vermögenswerte oder Kredite gezwungen gewesen ist oder sonstige Nachteile erlitten hat².

Trotz der insoweit generell ähnlichen Interessenslage fehlt es im öffentlichen Recht an einer allgemeinen Regelung. Mit den Art. 199, 200 EntwVerROWü ist zwar der Versuch unternommen worden, die Verzugshaftung im öffentlichen Recht als Leistungsstörung zu kodifizieren, das dort verwendete Konzept, die zivilrechtlichen Vorschriften zu kopieren, hat jedoch keinen Anklang gefunden.

Der im bürgerlichen Recht durchgängigen Kodifizierung der Verzinsung von Geldforderungen stehen im Verwaltungsrecht einige Normierungen gegenüber, die Auskunft darüber geben können, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen eine durch nicht rechtzeitige Erfüllung eintretende Störung ausgeglichen werden soll, die bei oder als Folge der verwaltungsmäßigen Behandlung eines öffentlich-rechtlichen Geldzahlungsanspruchs eintritt.

¹ Vgl. BVerwG DVBl. 1963, S. 507 ff. = BVerwGE 15, S. 78 ff.

² Vgl. Eckert, DVBl. 1962, S. 11 ff., S. 19; BVerwG DVBl. 1963, S. 507 f., BGH NJW 1961, S. 1531.

§ 44 SGB-AT bestimmt zum Beispiel: "Ansprüche auf Geldleistungen sind nach Ablauf eines Kalendermonats nach dem Eintritt ihrer Fälligkeit bis zum Ablauf des Kalendermonats vor der Zahlung mit vier von Hundert zu verzinsen⁽²⁾. Die Verzinsung beginnt frühestens nach Ablauf von sechs Kalendermonaten nach Eingang des vollständigen Leistungsantrages beim zuständigen Leistungsträger, beim Fehlen eines Antrags nach Ablauf eines Kalendermonats nach der Bekanntgabe der Entscheidung über die Leistung⁽³⁾. Verzinst werden volle Deutsche-Mark-Beträge. Dabei ist der Kalendermonat mit dreißig Tagen zugrunde zu legen".

Für das Enteignungsrecht schreibt § 88 Abs. 3 BBauG vor, daß die festgesetzte Entschädigungssumme von dem Zeitpunkt der Entscheidung über den Enteignungsantrag oder der vorzeitigen Besitzeinweisung an mit 2 Prozent über dem jeweiligen Diskontsatz der Deutschen Bundesbank zu verzinsen ist. § 36 Abs. 2 des Gesetzes über die Enteignung von Grundeigentum vom 11. Juni 1874 i. d. F. für Nordrhein-Westfalen vom 28. 11. 1961¹ sieht demgegenüber einen festen Vonthundertsatz (5 Prozent) für die Verzinsung vor. An den Diskontsatz gekoppelt ist die Regelung des § 29 Bundesleistungsgesetz². Danach hat die Verzinsung einzusetzen, wenn nicht innerhalb von drei Monaten nach der Leistung oder der Fälligkeit des Ersatzanspruchs - mangels einer Einigung - die Entschädigung oder Ersatzleistung festgelegt worden ist. Wird dagegen die festgesetzte oder vereinbarte Entschädigung bzw.

¹ GVBl. 1961, S. 305.

² v. 27. 9. 1961, BGBl. I 1961, S. 1770.

Ersatzleistung nicht innerhalb eines Monats gezahlt, so ist sie von diesem Zeitpunkt an zu verzinsen. Nach § 250 Abs. 3 LAG¹ erhöht sich der dem Ausgleichsempfänger zustehende Endbetrag um einen Zinszuschlag von 1 % für jedes angefangene Vierteljahr vom 1. Januar an. Für andere Bereiche des öffentlichen Rechts wird eine Verzinsung ausdrücklich ausgeschlossen.

Gemäß § 3 Abs. 6 Bundesbesoldungsgesetz² besteht kein Anspruch auf Verzugszinsen, wenn die Bezüge nach dem Tage der Fälligkeit gezahlt werden.

§ 49 Abs. 6 des Beamtenversorgungsgesetzes³ enthält eine entsprechende Regelung. Im Steuerrecht ist die Verzinsungsfrage durch § 233 AO⁴ vereinheitlicht worden. Ansprüche aus dem Steuerschuldverhältnis werden danach nur verzinst, soweit dies gesetzlich vorgeschrieben ist. Geregelt sind Stundungszinsen (§ 234 AO), Hinterziehungszinsen (§ 235 AO), Prozeßzinsen auf Erstattungsbeträge und die Zinsen bei Aussetzung der Vollziehung (§ 237 AO).

Wenn somit für Teilrechtsgebiete des Verwaltungsrechts das Mittel der Verzinsung bei nicht rechtzeitiger Erfüllung von Geldzahlungsansprüchen als Ausgleich eingesetzt wird, ist bis heute nicht hinreichend die Frage geklärt, ob die Träger öffentlicher Verwaltung ganz allgemein verpflichtet sind, öffentlich-rechtliche Geldforderungen des einzelnen im Falle ihrer nicht rechtzeitigen Er-

1 i. d. F. vom 27. 1. 1975, BGBl. I 1975, S. 401.

2 v. 23. 5. 1975, BGBl. I 1975, S. 1173.

3 v. 24. 8. 1976, BGBl. I 1976, S. 2485.

4 v. 23. 3. 1976, BGBl. I 1976, S. 613.

füllung mit einem gewissen Prozentsatz zu verzinsen, insbesondere, ob dies in entsprechender Anwendung der Bestimmungen des BGB über Verzugs- und Prozeßzinsen zu geschehen habe. Die Ausrichtung auf die verzögerte Erfüllung öffentlich-rechtlicher Geldleistungen begrenzt die Untersuchung notwendigerweise in erster Linie auf die Verwaltungsebene, während die Problematik der Gewährung von Prozeßzinsen nur am Rande zu erörtern ist, weil Prozeßzinsen als Rechtsgrund nicht den Verzug des Schuldners voraussetzen, sondern eine selbständige Rechtsfolge der Rechtshängigkeit darstellen¹.

Zudem gilt heute als anerkannt, daß Prozeßzinsen in entsprechender Anwendung des § 291 BGB im öffentlichen Recht zu zahlen sind, wenn keine abweichende Regelung vorliegt oder der Streitgegenstand des Prozesses nicht entgegensteht².

§ 2 Der Meinungsstand in der Rechtsprechung und in der Literatur

Grundlegend für die neuere Rechtsprechung war das Urteil des 5. Senats des Bundesverwaltungsgerichts vom 14. Februar 1962³, in dem zu entscheiden war, ob und gegebenenfalls von welchem Zeitpunkt ab

1 Vgl. Staudinger-Werner § 291 Rdz. 3; Erman-Battes § 291 Rdn. 1; Palandt-Heinrichs § 291 Anm. 1.

2 Vgl. BVerwGE 7, S. 95 ff.; 11, S. 314 ff.; BVerwG NJW 1973, S. 1854 f. Für die entsprechende Anwendung des damals noch geltenden § 111 FGO bei öffentlichen Abgaben, auch wenn die allgemeinen Verwaltungsgerichte zuständig sind, BVerwGE 37, S. 159 ff., OVG Münster, Der Gemeindegtag 1972, S. 176 ff., OVG Lüneburg VerwRspr. 23, S. 1001 ff.; Gegen einen Anspruch des Hoheitsträgers, wenn ein Leistungsbescheid angefochten wird BVerwGE 37, S. 239 ff.; vgl. im übrigen Redeker/von Oertzen § 42 Rdn. 99; Eyermann/Fröhler § 113 Rdnr. 58a; Bachof, Verfasser, VerwR, VerfR Bd. II, S. 363; für eine Verzinsung mit Einleitung des Vorverfahrens Götz DVBl. 1961, S. 433 ff., 439 und Fischer NJW 1969, S. 1883 ff.

3 BVerwGE 14, S. 1 ff.

eine durch Bescheid bereits festgestellte, aber verspätet ausgezahlte Kriegsgefangenenentschädigung zu verzinsen war, da eine diesbezügliche gesetzliche Vorschrift fehlte. Nachdem das Gericht einen Zinsanspruch als Folgenbeseitigungsanspruch ablehnte, fährt es fort: "Die Pflicht zur Verzinsung folgt auch nicht aus einem Satz des Gewohnheitsrechts. Dies wäre nur der Fall, wenn sich eine allgemeine Rechtsüberzeugung gebildet hätte, daß öffentlich-rechtliche Schulden grundsätzlich verzinst werden müssen. Von einer solchen Rechtsüberzeugung kann bei der unterschiedlichen Regelung dieser Frage in einzelnen Gesetzen bei der durchaus widerspruchsvollen, wenn nicht grundsätzlich verneinenden Stellung der Gerichte und beim Fehlen einer einheitlichen Verwaltungsübung nicht gesprochen werden. Der Entwurf der Verwaltungsordnung für Württemberg, der weitgehend als Versuch einer Kodifikation der allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts angesehen wird, erkennt zwar in den Art. 199 ff. eine Pflicht zur Verzinsung an. Diese Bestimmungen sollten aber nach Art. 188 und der Begründung hierzu (S. 583 ff.) auf Gleichordnungsverhältnisse beschränkt sein und für hoheitliche Verhältnisse, wie sie das Kriegsgefangenenentschädigungsgesetz regelt, nicht gelten".

Bezüglich der Frage, ob die Vorschriften der §§ 284 ff. BGB über die Verzugszinsen entsprechend anwendbar seien, führte das Gericht aus: "... bei der Kriegsgefangenenentschädigung handelt es sich nicht um ein Gleichordnungsverhältnis, sondern um ein Über- und Unterordnungsverhältnis. Die bei der Abwicklung solcher Über- und Unterordnungsverhältnisse entstehenden Schäden, einschließlich der durch die verzögerte Abwicklung verursachten Schäden, sind nach Art. 34 GG und § 839 BGB zu beurteilen

(BGHZ 15, 305; NJW 1959, S. 1219 Nr. 4; 1960 S. 579 Nr. 11; BB 1957, S. 594) und im Rechtsweg zu den Zivilgerichten geltend zu machen. Aus den §§ 284 ff., insbesondere § 286 und § 288 BGB, ergibt sich, daß Verzugszinsen als Schadenersatz für den durch die verzögerte Abwicklung von Rechtsverhältnissen entstandenen Vermögensschaden zu zahlen sind. Es muß deshalb den Zivilgerichten vorbehalten bleiben, ob und in welchem Umfang sie trotz mancherlei bestehender Verschiedenheiten der Privatrechtsverhältnisse und der öffentlich-rechtlichen Über- und Unterordnungsverhältnisse eine entsprechende Anwendung der §§ 284 BGB bejahen wollen. Hierzu wird dadurch nichts geändert, daß die Verzugszinsen im Rahmen der allgemeinen Vorschriften über die Schuldverhältnisse und die Amtshaftung im Abschnitt 'Unerlaubte Handlungen' geregelt sind, da das Amtshaftungsrecht schon lange über den Rahmen der unerlaubten Handlungen im Sinne des BGB hinausgewachsen ist."

Der Senat bestätigte seine Auffassung erneut im Urteil vom 28. 11. 1962¹. Andere Senate schlossen sich der Ansicht des 5. Senats an² und lehnten eine generelle Zinspflicht im öffentlichen Recht ab. So entschieden zwar der 8. Senat³ und der 2. Senat⁴ über die Anwendbarkeit der §§ 284 ff. BGB und bejahten damit inzident die Zulässigkeit

1 DÖV 1963, S. 189 f.

2 Vgl. BVerwGE 15, S. 78 ff., S. 81; 15, S. 106 ff., S. 107 BVerwGE 21 S. 44 ff.; BVerwGE 24 S. 186 ff., 191; BVerwG Bay Vbl 1972, S. 242; OVG Münster NJW 1968, S. 2123 ff.; BVerwG NJW 1973, S. 1854; BVerwG NJW 1973, S. 2122.

3 BVerwGE 15, S. 78 ff., S. 80.

4 BVerwGE 14, S. 222 f.

des Verwaltungsrechtsweges¹, hoben jedoch hervor, aus den in Einzelheiten voneinander abweichenden gesetzlichen Regelungen lasse sich kein das gesamte öffentliche Recht beherrschender Grundsatz ableiten, daß öffentlich-rechtliche Geldforderungen zu verzinsen sind.

Die neuere Rechtsprechung hat auch eine Verzinsung des Erstattungsanspruchs eines einzelnen gegen den Staat verneint. Während noch das Hamburgische OVG² Zinsen als mitherauszugebende Nutzung gemäß § 818 Abs. 1 BGB gewährte, geht der öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch eines Privaten gegen den hoheitlichen Bereicherungsschuldner nach der ständigen Rechtsprechung des BVerwG auf die zinslose Rückgewähr des Geleisteten.

Der Staat ziehe aus dem unrechtmäßig Empfangenen keine Nutzungen, denn er "soll nämlich seine öffentlich-rechtlichen Einnahmen in aller Regel nicht gewinnbringend anlegen, sondern die öffentliche Hand verfügt über die ihr zur Verfügung gestellten Mittel stets im Interesse der Allgemeinheit"³.

Die Auffassung der Rechtsprechung ist in der Literatur überwiegend auf Widerspruch gestoßen. Mit Einschränkungen spricht sich Götz⁴ für eine Anwendung der BGB-Normen aus. Er sieht die Besonderheit eines öffentlich-rechtlichen Verzugszins-

1 Vgl. Bachof, VerfassR, VerwR, VerfR Bd. II, S. 152.

2 Urteil vom 9. 7. 1930, DJZ 1931, Sp. 174.

3 BVerwG NJW 1973, S. 1854, 1855; so auch BVerwG NJW 1973, S. 2122, 2123; BVerwGE 14, S. 222 ff., 231; BVerwG vom 26. 2. 1965, Buchholz 310 § 144 VwGO Nr. 9.

4 DVBl. 1961, S. 433 ff., 437.

anspruchs in dem durch Antrag und Bewilligungsbescheid geprägten Verwaltungsverfahren begründet. Erst wenn die behördliche Entscheidung getroffen ist, wenn also nur noch die rein "faktische Auszahlung des Geldbetrages"¹ zu erwarten sei, gerate die Verwaltung in Verzug. Die durch die verzögerliche Behandlung seiner Forderung im übrigen entstehenden Schäden könne der Bürger nach Maßgabe des Art. 34 GG i. V. m. § 839 BGB ersetzt verlangen, dabei komme ihm die unwiderlegliche Mindestschadensvermutung des § 288 Abs. 1 S. 1 BGB zugute².

Diejenigen Autoren, die in der neueren Zeit den Versuch unternommen haben, die Merkmale des Verwaltungsschuldrechts zu umschreiben und Haftungstatbestände für Leistungsstörungen zu entwickeln, gelangen weitgehend zu einer Anwendung der privatrechtlichen Verzugsregeln im öffentlichen Recht.

Unter Verwendung der von H. J. Wolff ausgebildeten Lehre von den besonderen Rechtsgrundsätzen als Quellen des geltenden Rechts³ nimmt Simons⁴ eine auch die Zinspflicht umfassende Ersatzpflicht des öffentlichen Schuldners an. Die Ausklammerung der Verzugszinsen sei weder durch die begrifflichen noch durch die funktionalen Besonderheiten des Verwaltungsrechts geboten, so daß für das Gebiet des Verwaltungsschuldrechts davon ausgegangen wer-

1 DVBl. 1961, S. 438.

2 So auch Fischer, Diss., S. 159 ff. und Nierhaus JA 1974, S. 405 ff.; 409.

3 H.J. Wolff, Gedächtnisschrift für W. Jellinek, S. 33 ff.; Wolff/Bachof VerwR I § 25 I.

4 Diss. S. 118 ff., 145, 146.

den könne, daß Geldforderungen innerhalb verwaltungsrechtlicher Schuldverhältnisse bei nicht rechtzeitiger Erfüllung der Leistungspflicht in Anlehnung an die Berechnungsgrundlage des bürgerlichen Rechts mit 4 % zu verzinsen sind.

Auch Schwär¹ ist der Ansicht, daß die zivilrechtliche Ausgestaltung der Haftung für Leistungsverzögerung eine allgemeingültige Konkretisierung des Grundsatzes der Haftung für Forderungsverletzung darstellt. Im öffentlichen Recht habe deshalb der Leistungsverpflichtete nach Fälligkeit und Mahnung für die rechtswidrige und schuldhafteste Leistungsverzögerung einzustehen.

Die Haftung erstrecke sich auf den gesetzlich vermuteten Mindestzinsverlust in Höhe von 4 %.

Nach Eckert² hat der Schuldnerverzug im Verwaltungsrecht die gleichen Folgen wie im Privatrecht, so daß jede innere Berechtigung für eine Verschiedenheit der Rechtsfolgen fehle.

Anders als die herrschende Meinung begreift Papier³ Art. 34 GG als Haftungsnorm für schuldhaft öffentlich-rechtliche Forderungsverletzungen. Um eine Schlechterstellung des Gläubigers eines öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnisses gegenüber einem privaten Gläubiger auszuschließen, soll

¹ Diss. S. 128 ff.

² DVBl. 1962, S. 11 ff., 19.

³ Diss., S. 108 ff.

die entsprechende Anwendung des § 288 BGB auch im Rahmen des Staatshaftungsanspruchs nach Art. 34 GG zulässig sein.

Nach der Auffassung von E. Weber¹ sind Verzugszinsen entsprechend § 288 Abs. 1 BGB zu gewähren, wenn der Fälligkeitstermin für die vom Verwaltungsträger zu erbringende Leistung eindeutig feststeht.

Redeker² schließlich betrachtet die verzögerte Erfüllung einer öffentlich-rechtlichen Geldzahlungspflicht als Fall des Folgenbeseitigungsanspruchs. Durch die rechtswidrige Erfüllungsverweigerung schaffe die Behörde einen Zustand, der beseitigt werden müsse. Wegen seiner Nähe zum Entschädigungsanspruch finde der Folgenbeseitigungsanspruch in der Höhe seine Begrenzung in einer "angemessenen Entschädigung", die in Verzögerungsfällen als Zinsanspruch zu gewähren sei.

§ 3 Gang der Untersuchung

Der knappe Überblick über den Verzugszinsanspruch in Rechtsprechung und Literatur zeigt, daß auch im öffentlichen Recht generell für die verzögerte Erfüllung von Geldleistungspflichten gehaftet wird. Was aber unter dem Verzug im öffentlichen Recht zu verstehen ist und welche Rechtsfolgen ausgelöst werden, bleibt durchweg streitig und ungeklärt³.

¹ Diss. S. 159 f.

² DVBl. 1963, S. 509 ff.

³ Vgl. Bender, Staatshaftungsrecht S. 79 f.

In allen entscheidenden Fragen gehen die Meinungen auseinander, sei es die Rechtsgrundlage oder die Voraussetzungen des Anspruchs betreffend, seinen Umfang oder die Art der Geltendmachung. Die Gründe für die mangelnde Einigkeit sind leicht zu finden. Zum einen besteht in der Praxis ein Bedürfnis, die auftretenden Fälle befriedigend zu lösen. Zum anderen fehlt es - wie überwiegend im allgemeinen Verwaltungsrecht - an einer positiven Normierung. Der Gesetzgeber hat sich darauf beschränkt, in Teilrechtsgebieten Anspruchsgrundlagen zur Verfügung zu stellen, die in untrennbarer Abhängigkeit von den jeweiligen Ziel- und Zweckvorstellungen der einzelnen Rechtsbeziehungen stehen¹, so daß ihre Verwertbarkeit für eine grundsätzliche Lösung der aufgeworfenen Frage von vorneherein begrenzt sein muß - ein Teil der Arbeit wird das erweisen.

Gleiches gilt für die zivilrechtlichen Vorschriften, deren Anwendbarkeit nicht ohne Berücksichtigung der jeweiligen besonderen öffentlichen Interessenlage erfolgen kann². Gleichwohl muß man, um einen ersten begrifflichen Ansatzpunkt festzustellen, mit der privatrechtlichen Terminologie den Verzug des Schuldners betrachten als die rechtswidrige Verzögerung der Leistung aus einem Grunde, den der Schuldner zu vertreten hat³.

Inwieweit das bestehende System staatlicher Ersatzleistungen diese Art der Leistungsstörung erfäßt, soll einen weiteren Abschnitt der Untersu-

¹ Vgl. Wolff/Bachof, VerwR I § 44 III b 1.

² Vgl. Wolff/Bachof, VerwR I § 44 III; Forsthoff, S. 168 ff.; Simons, S. 129 ff.; Bender, Staatshaftungsrecht, S. 79, Rdn. 199.

³ Enneccerus/Lehmann § 51 I.

chung ausmachen. Schließlich soll der Versuch unternommen werden, unter Berücksichtigung der Eigenart öffentlich-rechtlicher Leistungsbeziehungen eine dem Verzugsbegriff entsprechende Haftungsgrundlage zu entwickeln.

Die Problemstellung der Untersuchung läßt sich demnach so formulieren: Besitzt der Bürger, der durch die rechtswidrig verzögerte Erfüllung einer öffentlichen Geldforderung betroffen ist, einen auf Verzinsung gerichteten Anspruch gegen den betroffenen Träger öffentlicher Verwaltung? Woraus läßt sich ein solcher Anspruch herleiten und wie ist sein Umfang zu bestimmen?

Zweites Kapitel

Die normierten Zinsregeln in Teilrechtsgebieten des öffentlichen Rechts

Wie eingangs bereits erwähnt, sind teilweise Zinsansprüche durch Gesetz ausdrücklich ausgeschlossen, andere gesetzliche Bestimmungen sehen dagegen eine Verzinsung vor. Es soll zunächst ein Überblick über Voraussetzung und Anwendungsbereich dieser Vorschriften gegeben werden, um festzustellen, welche Teilrechtsgebiete hinsichtlich der Zahlung von Verzugszinsen eine abgeschlossene Regelung erfahren haben. Dabei kann sowohl die wiederholt in Rechtsprechung¹ und Literatur²

¹ BVerwGE 14, S. 1 ff., 3; 15, S. 78 ff.; S. 81; OVG Münster MDR 1964, S. 955 ff., 956.

² Vgl. Götz, DVBl. 1961, S. 433 ff., 434.

geäußerte These, es gebe keinen das öffentliche Recht beherrschenden Grundsatz, daß öffentlich-rechtliche Geldforderungen zu verzinsen oder nicht zu verzinsen sind, überprüft werden als auch danach untersucht werden, ob gesetzliche Bestimmungen, die eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung zur Zahlung von Zinsen begründen, auf unregulierten Gebieten bei forderungsverletzender Verzögerung der Leistung anwendbar sind.

§ 1 Haftungsausschluß

A Steuerrecht

Während die Verzinsung von Ansprüchen aus dem Steuerschuldverhältnis bisher sowohl in der Reichs-abgabenordnung (§ 127a RAO) als auch im Steuer-säumnisgesetz (§§ 4; 4a, 4b, 5 und 6 Steuersäum-nisgesetz, früher auch in §§ 111, 112 Finanzge-richtsordnung) geregelt war, werden die Zinsvor-schriften nunmehr in den §§ 233 bis 239 der am 1. 1. 1977 in Kraft getretenen Abgabenordnung zu-sammengefaßt. Kernstück der Regelung ist § 233 AO, wonach Ansprüche aus dem Steuerschuldverhältnis nur verzinst werden, soweit dies gesetzlich vorge-schrieben ist. Geregelt ist die staatliche Erhe-bung von Stundungszinsen (§ 234 AO), Hinterziehungs-zinsen (§ 235 AO) und Aussetzungszinsen bei der Aus-setzung der Vollziehung im Rechtsbehelfsverfahren, soweit der Rechtsbehelf endgültig erfolglos war, sowie die Gewährung von Prozeßzinsen bei Erstat-tungsbeträgen, soweit der Steuerpflichtige im Steuerprozeß obsiegt (§ 236 AGO).

Die genannten Zinsarten unterscheiden sich in Ent-stehungsgrund und Rechtsfolge.

In sachlicher Hinsicht gelten die Zinsvorschrif-ten für alle Steuern, die durch Bundesrecht oder Recht der europäischen Gemeinschaften ge-regelt sind, soweit sie durch Bundesfinanz- oder Landesfinanzbehörden verwaltet werden (§ 1, Abs. 1 AO). Darüber hinaus werden für eine Reihe von Gesetzen die Vorschriften der Abgabenordnung sinn-gemäß angewendet, soweit dies in dem Einführungs-gesetz zur Abgabenordnung 1977 bestimmt ist.

Dies gilt z. B. für Sparprämien gem. § 5b Abs. 1 Spargesetz, die Wohnungsbauprämie gem. § 8 Wohnungs-bauprämien-gesetz, die Bergmannsprämie gem. § 5a Abs. 1 Bergmannsprämien-gesetz, die Arbeitnehmer-sparzulage gem. § 13 Abs. 1 des 3. Vermögenbil-dungsgesetzes, die Arbeitnehmerzulage gem. § 29 Abs. 1 Berlinförderungsgesetz, die Investitions-zulagen gem. § 19 Abs. 7 Berlinförderungsgesetz und § 5 Abs. 5 Investitionszulagengesetz. Soweit es sich um örtliche Verbrauchs- und Aufwandssteu-ern handelt, findet eine Verzinsung nur statt, wenn dies durch Landesgesetz besonders bestimmt wird¹.

Die Zinsvorschriften der Abgabenordnung entspre-chen in ihren Tatbeständen der besonderen Struk-tur des Steuerfestsetzungsverfahrens. Entstehung und Erhebung der Zinsen sind diesem Verfahren an-gepaßt, die Zinsen teilen rechtlich das Schicksal der Steuer. § 220 AO verzichtet auf eine ins ein-zelne gehende Regelung der Fälligkeit. Er bestimmt, daß sich die Fälligkeit von Ansprüchen aus dem Steuerschuldverhältnis nach den Vorschriften der einzelnen Steuergesetze richtet².

¹ Vgl. z. B. in Nordrhein-Westfalen das Kommunal-abgabengesetz in der Fassung des Abgabenord-nungsanpassungsgesetzes v. 21. 12. 1976, GVBl. NW 1976, S. 473.

² Vgl. z. B. §§ 36, 37, 41a, 44, 45 Einkommen-steuergesetz 1975; §§ 20, 21, 23 Vermögensteuer-gesetz.

Für den Fall, daß die Steuergesetze keine Fälligkeitsregelungen enthalten, bestimmt § 220 Abs. 2 AO, daß der Anspruch mit seiner Entstehung fällig wird, es sei denn, daß eine Zahlungsfrist bewilligt wird. Verwirklicht werden können die Ansprüche aus dem Steuerschuldverhältnis erst, wenn sie durch Verwaltungsakt festgesetzt sind¹. Die Fälligkeit der Ansprüche aus dem Steuerschuldverhältnis ist für die Erhebung und Festsetzung der Zinsen von sekundärer Bedeutung. Der Zinsbeginn ist im wesentlichen an andere Merkmale gebunden. Bei den Stundungszinsen beginnt der Zinslauf an dem ersten Tag der gewährten Stundung, die regelmäßig nur auf Antrag und gegen Sicherheitsleistung erfolgen soll². Die Bewilligung einer Stundung steht im Ermessen der Behörde.

Bei den Hinterziehungszinsen beginnt der Zinslauf mit dem Eintritt der Verkürzung³ oder der Erlangung des Steuervorteils⁴. Bei späterer Fälligkeit ist dieser Zeitpunkt maßgebend, wenn z. B. die Steuerschuld nicht mit Bekanntgabe des Steuerbescheides, sondern erst später fällig wird⁵. Bei den Fälligkeitssteuern⁶ beginnt der Zinslauf im Zeitpunkt der gesetzlichen Fälligkeit. Bei zu Unrecht gewährten Steuervorteilen⁷ beginnt der Zinslauf mit der Bekanntgabe des begünstigenden Verwaltungsaktes.

1 § 218 AO.

2 § 222 AO.

3 Vgl. § 370 Abs. 4 AO.

4 § 235 Abs. 2 AO.

5 Vgl. § 36 Abs. 4 Einkommensteuergesetz.

6 z. B. Lohnsteuer.

7 z. B. einer Steuervergütung, zu niedriger Steuerfestsetzung.

Bei den Aussetzungszinsen beginnt der Zinslauf am Tage des Eingangs des außergerichtlichen Rechtsbehelfs bei der Finanzbehörde, die den Verwaltungsakt erlassen hat, oder im Falle der Klageerhebung vom Tage der Rechtshängigkeit an¹.

Damit sind zum einen nicht alle Fälle der säumigen Erfüllung der Abgabepflicht nach Fälligkeit erfaßt. Zwar bestimmt § 233 AO, daß Ansprüche aus dem Steuerschuldverhältnis verzinst werden. Mit der Einschränkung, daß nur gesetzlich vorgeschriebene Zinsansprüche im Steuerrecht gelten, ist jedoch die Zinshaftung einseitig dem Bürger auferlegt, dem gegenüber die Steuerschuld gestundet oder ausgesetzt ist oder der Steuern hinterzogen hat.

Darüber hinaus sind Verzugszinsansprüche des Bürgers, dem ein Steuererstattungsanspruch gegen die Steuerbehörde zusteht, nicht geregelt.

Gegen die Annahme, daß nicht jeder Nachteil, der dem Steuergläubiger dadurch entsteht, daß der Schuldner seiner Zahlungspflicht - gleich aus welchen Gründen - nicht termingerecht nachkommt, durch eine Verzugshaftung ausgeglichen wird, spricht auch nicht die in der Abgabenordnung vorgesehene Erhebung von Säumniszuschlägen (§ 240 AO).

Diese wurden bisher von der herrschenden Meinung wirtschaftlich und rechtlich nicht als Verzugszinsen angesehen. In der Reichsabgabenordnung (§ 95) wurden sie noch als Ungehorsamsfolge bezeichnet. Auch nach der Neuregelung in § 240 AO dient der Säumniszuschlag künftig als Druckmittel eigener Art, der Durchsetzung von titulierten Zah-

1 § 237 AO.

lungsansprüchen des Steuergläubigers¹.

Die Steuergesetzgebung hat seit dem Jahre 1934 eine Verzinsung des Erstattungsanspruchs ausdrücklich nicht normiert. Das Steuersäumnisgesetz v. 24. 12. 1934² bestimmte: "Das Reich, die Länder und die Gemeinden und die Gemeindeverbände zahlen keine Steuerzinsen, weder bei Erstattung oder Vergütung noch bei Hinterlegung baren Geldes". Eine für die Praxis unwesentliche Änderung trat mit dem Steueränderungsgesetz v. 13. 7. 1961³ ein. Der § 4 des neu bekanntgemachten Steuersäumnisgesetzes⁴ lautete:

"Steueransprüche und Vergütungsansprüche sowie Ansprüche auf Rückzahlung hinterlegter Gelder werden nur verzinst, wenn dies in Steuergesetzen vorgeschrieben ist". Hierzu normierte der § 155 Reichsabgabenordnung - eingefügt durch Art. 17, Ziff. 6 Steueränderungsgesetz 1961⁵ - eine Verzinsung des Erstattungsanspruchs vom Zeitpunkt der Rechtshängigkeit bei Gericht an. Nicht mehr entscheidend änderte sich diese Rechtslage mit der Finanzgerichtsordnung v. 6. 10. 1965⁶, durch die der § 155 Reichsabgabenordnung aufgehoben wurde und an dessen Stelle der ähnlich lautende § 111 Finanzgerichtsordnung trat, auch nicht mehr durch die

1 Vgl. Kühn/ Kutter/ Hoffmann, § 240 Anm. 1 und Begründung des Regierungsentwurfs, abgedruckt bei Mittelsteiner/ Schaumburg, Abgabenordnung 1977, § 240; Hucken, KKZ, 1976, S. 223 ff., 225.

2 RGBl. I, S. 1271.

3 BGBI. I, S. 981.

4 In der Fassung des Steueränderungsgesetzes v. 15. 5. 1965, die den § 4 unverändert ließ, BGBI. I, S. 377.

5 BGBI. I, S. 981.

6 BGBI. I, S. 1477.

Änderung des Steuersäumnisgesetzes v. 24. 6. 1975¹, womit § 111 FGO wieder gestrichen und die Prozeßzinsen durch Einführung des § 4b in das Steuersäumnisgesetz vom 3. Juli 1961 materiell normiert wurden.

§ 236 AO entspricht wörtlich der bisherigen Regelung in § 4b Steuersäumnisgesetz.

Hiernach ist heute für das Steuerrecht unzweifelhaft, daß Verzugszinsen ausgeschlossen sind.

Wenn dieser Ausschluß auch - wie oben erwähnt - einen wesentlichen Teil öffentlicher Geldleistungen erfaßt, läßt sich doch nicht sagen, daß diesem Zinsausschluß rechtsgrundsätzliche Allgemeingültigkeit zukommt.

Abgesehen davon, daß auch heute gem. § 236 AO Prozeßzinsen auf Erstattungsansprüche zu zahlen sind, und abgesehen davon, daß die Säumniszuschläge, die unabhängig von Verschulden und Mahnung ein ebenso wirksames Druckmittel zur rechtzeitigen Erfüllung der Steuerpflicht darstellen wie eine Verzugshaftung, ist zu berücksichtigen, daß nach den Intentionen des Gesetzgebers die bisher fehlende Vollverzinsung im Steuerrecht kein endgültiger Zustand sein kann.

Der Gesetzgeber hat während der Beratungen der Abgabenordnung eingehend die Frage geprüft, ob eine Vollverzinsung eingeführt werden kann, d. h. eine Verzinsung von Steuerguthaben und Steuerschulden möglichst frühzeitig ab einem Zeitpunkt nach der

1 BGBI. I, S. 1509.

Entstehung des jeweiligen Anspruchs. Eine solche Regelung würde dazu führen, daß für Steuernachzahlungen Zinsen rückwirkend zu leisten wären, andererseits aber dem Steuerpflichtigen bei Steuererstattung Zinsen gezahlt würden. Aus der Begründung des Regierungsentwurfs zu § 233 AO¹ läßt sich entnehmen, daß das noch vom Arbeitskreis für die Reform der Reichsabgabenordnung gegen eine Vollverzinsung eingewandte Argument, dies würde zu einer Überlastung der Kassenapparate führen, auf Dauer nicht mehr erheblich sein kann. Hiergegen ist zutreffend schon früher eingewandt worden², daß eine solche These aus rechtsstaatlicher Sicht mit der Stellung des einzelnen als leistungsberechtigtes Verwaltungsrechtssubjekt nicht vereinbar sein kann.

Es kann zudem nicht betritten werden, daß derjenige, der seine Steuer erst spät entrichtet, beim jetzigen Zinssystem bevorzugt ist, während derjenige benachteiligt wird, der längere Zeit auf eine Erstattung warten muß, weil die Finanzbehörden seinen Fall verhältnismäßig lange bearbeiten. In Anerkennung der Tatsache, daß eine Vollverzinsung die gerechteste Lösung des Zinsproblems darstellt, hat der Gesetzgeber an den Grundsätzen des geltenden Zinsrechts zunächst dennoch festgehalten, weil eine Vollverzinsung erst dann in Angriff genommen werden könne, wenn die Kassen-

1 Abgedruckt bei Mittelsteiner / Schaumburg, Abgabenordnung 1977, vor § 233.

2 Vgl. Götz, DVBl. 1961, S. 433, 436; Eckert, DVBl. 1962, S. 11 ff., S. 19.

buchführung überall mittels elektronischer Datenverarbeitung erfolge. Der Deutsche Bundestag hat die Bundesregierung aufgefordert, bis zum 1. 1. 1978 einen Bericht über die Möglichkeit der Einführung der Verzinsung von Steuerguthaben und Steuerschulden vorzulegen¹.

B Besoldungs- und Versorgungsrecht

Gemäß § 3 Abs. 6 des Bundesbesoldungsgesetzes in der Fassung des 2. Gesetzes zur Vereinheitlichung und Neuregelung des Besoldungsrechtes in Bund und Ländern² besteht kein Anspruch auf Verzugszinsen, wenn die Bezüge nach dem Tage der Fälligkeit gezahlt werden. Mit diesem Gesetz ist die Vereinheitlichung des teilweise erheblich differierenden Besoldungsrechtes in Bund und Ländern im wesentlichen abgeschlossen.

In die vorhergehenden Bemühungen, das Besoldungsrecht der Beamten zu vereinheitlichen, war der ausdrückliche Ausschluß einer Verzugshaftung noch nicht aufgenommen³.

Das Bundesbesoldungsgesetz gilt nunmehr für alle Beamten des Bundes und der Länder. Von den durch die Gesetzgebungskompetenzänderung⁴ überholten Landesbesoldungsgesetzen gelten ab 1. 7. 1975 nur noch wenige Vorschriften und meist nur übergangs-

1 Vgl. BT-Drcks. 7/4292, S. 49, vorgelegt am 6. 1. 1978, BR-Drcks. 8/1410.

2 Vom 23. Mai 1975, BGBl. I 1975, S. 1173.

3 Vgl. 1. Gesetz zur Neuregelung des Besoldungsrechtes v. 6. Juli 1967, BGBl. I 1967, S. 629; 2. Besoldungsneuregelungsgesetz v. 14. 5. 1969, BGBl. I 1969, S. 365; 1. Gesetz zur Vereinheitlichung und Neuregelung des Besoldungsrechtes in Bund und Ländern v. 18. 3. 1971, BGBl. I, S. 208.

4 Durch das 28. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes, Art. 74a GG, v. 18. 3. 1971, BGBl. I 1971, S. 206; vgl. dazu BVerfG v. 26. Juli 1972, in ZBR 1972, S. 248 f.

weise¹. Einige Länder haben ihre Besoldungsgesetze dem durch Bundesrecht gesetzten Rahmen² angepaßt³. Für die Versorgungsbezüge bestimmt § 49 Abs. 6 des Gesetzes über die Versorgung der Beamten und Richter in Bund und Ländern⁴: Werden Versorgungsbezüge nach dem Tage der Fälligkeit gezahlt, so besteht kein Anspruch auf Verzugszinsen.

Im Besoldungsgesetz v. 23. Mai 1975 fehlt es - wie in allen vorherigen Besoldungsgesetzen - an einer einheitlichen Definition des Besoldungsbegriffs. Der Gesetzgeber hat, anstatt eine einheitliche Begriffsbestimmung zu wählen, die einzelnen Bestandteile der Besoldung aufgeführt und die "Besoldung" als Oberbegriff ausgestaltet, um hierdurch die bezweckte Klarheit zu erreichen⁵.

1 Vgl. Art. IX § 14 - 23 des Bundesbesoldungsgesetzes vom 23. Mai 1975.

2 Vgl. § 1 Abs. 4 BBesG.

3 Vgl. etwa Bayrisches Besoldungsgesetz in der Fassung v. 23. 12. 1976, GVBl. S. 570; Hessisches Besoldungsgesetz in der Fassung v. 23. 12. 1976, GVBl. 1977, S. 57; Niedersächsisches Besoldungsgesetz in der Fassung v. 28. 4. 1977, GVBl., S. 88; Nordrhein-Westfälisches Landesbesoldungsgesetz in der Fassung vom 13. 12. 1977, GVBl. S. 456.

4 Beamtenversorgungsgesetz v. 24. 8. 1976, BGBl. I 1976, S. 2485.

5 Vgl. amtliche Begründung, BT-Drucks. 7/1906 zu § 1: Während der Begriff der Besoldung in den bisherigen besoldungs- und beamtengesetzlichen Bestimmungen nicht abschließend bestimmt ist, soll nunmehr klargestellt werden, daß hierzu Dienstbezüge und sonstige Bezüge gehören. Damit macht der Bundesgesetzgeber von der ihm übertragenen Kompetenz auf dem Gebiet der Besoldung umfassenden Gebrauch und regelt sämtliche Bereiche, die der Besoldung zugehören, in einem Gesetz. Die bisher teilweise bestehenden Unklarheiten, welche Bezüge der Besoldung zuzurechnen sind, werden beseitigt.

Welche Bezüge von dem Verzugszinsausschluß des § 3 Abs. 6 BBesG erfaßt werden, ist nun durch die Aufzählung in § 1 Abs. 2 BBesG abschließend geregelt¹.

Hierunter fällt als wichtigster Bestandteil der Besoldung das Grundgehalt (§ 19 BBesG), der Ortszuschlag (§ 39 BBesG); die Zulagen und Vergütungen (§ 42 ff. BBesG), die Auslandsdienstbezüge (§ 52 ff. BBesG), die Anwärterbezüge (§ 59 ff. BBesG), die jährlichen Sonderzuwendungen und die vermögenswirksamen Leistungen (§§ 67 und 68 BBesG)². Hiermit ist jedoch der Rahmen der geldlichen Leistungen im Beamtenrecht nur teilweise erschöpft. Nicht zur Besoldung und mithin nicht ausdrücklich unter den Ausschluß von § 3 Abs. 6 BBesG subsumierbar sind alle anderen sondergesetzlich geregelten Leistungen³.

Sie können im Einzelfall von beträchtlichem Umfang sein und quantitativ einzelne Besoldungsbestandteile erreichen und auch übersteigen.

Hierzu gehören Beihilfen⁴, die im Krankheits-, Ge-

1 Vgl. dazu GKÖD III K § 1, Rz. 17; Schütz, Beamtenrecht des Bundes und der Länder, § 94 LBesG NW, Rz. 2a.

2 Vgl. dazu GKÖD III K § 1 Rz. 17, wo aus der abschließenden Aufzählung im BBesG abstrahierend eine Definition der Besoldung vorgenommen wird.

3 Vgl. dazu GKÖD III K § 1 Rz. 17; Schütz, Beamtenrecht des Bundes und der Länder, § 94 LBesG NW.

4 Vgl. § 88 Landesbesoldungsgesetz Nordrhein-Westfalen; § 92 Landesbesoldungsgesetz Baden-Württemberg; § 11 Hamburgisches Besoldungsgesetz; § 92 Hessisches Besoldungsgesetz; Art. 47 Bayrisches Besoldungsgesetz; § 24a Bremisches Landesbesoldungsgesetz; § 87 Niedersächsisches Beamtenbesoldungsgesetz; § 95 Schleswig-Holsteinisches Landesbesoldungsgesetz.

burts- und Todesfall gezahlt werden¹. Ferner die auf Grund der Fürsorgepflicht gewährten Unterstützungen bei außerdienstlichen Belastungen², Jubiläumszuwendungen³ und Auslagenentschädigungen für Reisen und Umzüge⁴, Kleidergeld⁵, Belohnungen⁶, Prämien für Verbesserungsvorschläge im dienstlichen Bereich⁷.

Es wäre nun denkbar, dem in § 3 Abs. 6 BBesG enthaltenen Verzugszinsausschluß bereits deshalb keine grundsätzliche Bedeutung beizumessen, wenn offenbar nur ein, wenn auch wesentlicher, Teil beamtenrechtlicher Geldleistungen von ihm erfaßt

1 Vgl. beispielhaft die Verordnung über die Gewährung von Beihilfen v. 27. 3. 1975, GVBl. Nordrhein-Westfalen 1975, S. 332.

2 Beispielhaft hierzu der Runderlaß des Finanzministers Nordrhein-Westfalen v. 5. 5. 1972, Ministerialblatt Nordrhein-Westfalen 1972, S. 964, Nr. 1 Ziff 1: "Die Gewährung von einmaligen und offenen Unterstützungen setzt voraus, daß der Antragsteller unverschuldet in eine außerordentliche wirtschaftliche Notlage geraten ist, aus der er sich aus eigener Kraft nicht zu befreien vermag".

3 Vgl. § 90 Landesbesoldungsgesetz Nordrhein-Westfalen; § 80a Bremisches Besoldungsgesetz; § 95 Saarländisches Besoldungsgesetz.

4 Vgl. dazu Bundesreisekostengesetz in der Fassung des Änderungsgesetzes v. 18. 12. 1975, BGBI. I 1975, S. 3091; und beispielhaft das Landesreisekostengesetz Nordrhein-Westfalen in der Fassung des Änderungsgesetzes v. 1. 7. 1974, GVBl. 1974, S. 214; das Bundesumzugskostengesetz in der Fassung des Änderungsgesetzes v. 20. 12. 1974, BGBI. I, S. 3716 und ebenfalls beispielhaft das Landesumzugskostengesetz NW in der Fassung des Änderungsgesetzes v. 18. 3. 1975.

5 Vgl. § 82 Landesbesoldungsgesetz Nordrhein-Westfalen und die bei Schütz, Kommentar zum Beamtenrecht des Bundes und der Länder, § 82 Rz. 1 ff. zitierten Verwaltungsvorschriften.

6 Z. B. nach § 23 Bundesbahngesetz in der Fassung des Änderungsgesetzes v. 21. 12. 1970, BGBI. I 1970, S. 1765.

7 Vgl. beispielhaft den Erlaß der Bundesregierung über das Vorschlagswesen i. d. F. v. 11. 10. 1965, Ministerialblatt 1965, S. 367.

wird. Ob jedoch für den nicht ausdrücklich von § 3 Abs. 6 Bundesbesoldungsgesetz und § 49 Abs. 3 Bundesversorgungsgesetz geregelten Bereich ein Verzugszinsanspruch besteht, ist fraglich.

Aus der im Beamtenrecht stattgefundenen Entwicklung im Hinblick auf Verzugszinsen läßt sich vielmehr zum einen zwar folgern, daß für die gesamten geldlichen Leistungen Verzugszinsansprüche ausgeschlossen sind, zum anderen aber auch, daß sich hieraus kein allgemeiner auf das gesamte öffentliche Recht übertragbarer und nur noch der Konkretisierung bedürftiger Rechtsgrundsatz entwickeln läßt.

Schon Art. 7 Abs. 1 der Verordnung über die 12. Ergänzung des Besoldungsgesetzes v. 12. 12. 1923¹ bestimmte, daß kein Rechtsanspruch auf Verzinsung oder Ersatz des durch die späte Auszahlung von Dienst- und Versorgungsbezügen entstandenen Schadens bestünde. Zweck dieser Vorschrift sollte es sein, den Fiskus in der damaligen Zeit der Währungsumstellung bei Verzögerungen in der Auszahlung der Gehälter und Versorgungsbezüge mit Verzugszinsen und Ersatzansprüchen nicht zu belasten, weil bei den damaligen Verhältnissen solche Verzögerungen unvermeidbar waren². Die verfassungsrechtlichen Bedenken gegen diese Vorschrift hatte das Reichsgericht in mehreren Entscheidungen zerstreut³ und auch entschieden, daß der Ausschluß

1 RGBl. I 1923, S. 1181.

2 Vgl. dazu BGHZ 10, S. 127 ff.

3 Vgl. RGZ 109, S. 121; RGZ 124, S. 216; RGZ 150, S. 368.

jeglichen durch schuldhafte Pflichtverletzung herbeigeführten Schadens wegen Art. 131 Weimarer Reichsverfassung nicht möglich sei¹.

Ebenfalls war in der Durchführungsverordnung zu § 38 DBG von 1937 in Nr. 3 ein Verzinsungs- oder Ersatzanspruch ohne Berücksichtigung des Verschuldens ausgeschlossen. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts hatte unter der Geltung sowohl des Art. 7 der Verordnung zur Ergänzung des Besoldungsgesetzes als auch der Durchführungsverordnung zu § 38 DBG auch einen Anspruch auf Prozeßzinsen abgelehnt². Nach § 98 Abs. 3 Landesbeamtengesetz Nordrhein-Westfalen v. 15. Juni 1954³ waren die Ansprüche von Beamten und Versorgungsberechtigten bei verspäteter Auszahlung von Bezügen auf die Prozeßzinsen beschränkt.

Der Bundesgerichtshof⁴ vertrat demgegenüber die Auffassung, daß der Anspruch auf Prozeßzinsen nicht ausgeschlossen sei.

Es entspricht auch der Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts, daß "die unbedingte generelle Zinsverpflichtung des Schuldners von Beginn des Prozesses an dem das gesamte Rechtsleben beherrschenden Grundsatz von Treu und Glauben entspricht"⁵.

1 Vgl. RGZ 111, S. 366 ff., 369; RGZ 150, S. 364 ff., 370; RGZ 153, S. 129 ff., 131.

2 Vgl. RGZ 124, S. 214 und HRR 1 § 38, S. 606.

3 Vgl. ferner §§ 4 Abs. 3, 29 Baden-Württembergisches Landesbesoldungsgesetz; §§ 4 Abs. 3, 171 Abs. 3 Hessisches Besoldungsgesetz; §§ 93, 117 Niedersächsisches Besoldungsgesetz.

4 BGHZ 10, S. 126 ff., S. 128, S. 129.

5 BVerwGE 7, S. 95 ff., 97.

Wenngleich der sachliche Grund, der zum Erlaß des Art. 7 der Verordnung über die 12. Ergänzung des Besoldungsgesetzes führte, weggefallen ist und einen Verzinsungsausschluß nicht mehr rechtfertigen kann, gelten heute für die §§ 3, Abs. 6 Beamtenbesoldungsgesetz und 49 Abs. 6 Bundesversorgungsgesetz die gleichen Rechtswirksamkeitsgründe wie für die von ihnen verdrängte Durchführungsverordnung zu § 38 DBG Nr. 3¹.

Der Ausschluß von Verzugszinsen im Falle verspäteter Zahlung von Dienst- und Versorgungsbezügen rechtfertigt sich, insbesondere im Vergleich zu Ansprüchen anderer Gläubiger als Beamter, aus den durch die Treuepflicht und das Alimentationsprinzip geprägten Rechtsbeziehungen zwischen Dienstherren und Beamten. Der Bundesgerichtshof hat zur Rechtswirksamkeit des Ausschlusses in dem zu Ziff. 3 der Durchführungsverordnung zu § 38 DBG ergangenen Urteil, BGHZ 10, S. 129 ff., S. 130 ausgeführt: "Ein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz liegt nicht vor..., weil das beamtenrechtliche Verhältnis den Dienstverhältnissen der Angestellten und Arbeiter nicht gleichgestellt werden kann, sondern nach anderen Maßstäben zu werten ist, und zwar auch hinsichtlich der Gehalts- und Versorgungsansprüche, die sich ihrer Natur nach von den Lohnansprüchen der Angestellten und Arbeiter unterscheiden. Der Beamte genießt gegenüber den letzte-

¹ Die Wirksamkeit dieser Bestimmung war lange im Streit, vgl. hierzu Bursche, Die Verzinsung von Dienst- und Versorgungsbezügen, ZBR, 1955, S. 69 ff.; Götz, DVBl. 1961, S. 433, 436; Plog/Wiedow/Beck, Kommentar zum BBG § 80 Rz. 21; Das Bundesverwaltungsgericht hat in ständiger Rechtsprechung die Anwendung bejaht und die Vorschrift für verfassungsmäßig erachtet: BVerwGE 14, S. 222 ff., S. 233; 16, S. 346 ff., S. 347; 24, S. 186 ff., S. 190.

ren gewisse, aus der Treuepflicht des Dienstherrn sich ergebende Vorzüge, wie z. B. den Anspruch auf lebenslängliche Alimentation oder auf Beihilfe in Notfällen, die gewisse Nachteile, wie sie sich aus der genannten Verordnung ergeben, rechtfertigen können. In dieser Vorschrift kann auch keine Enteignung gesehen werden, da eine solche schon dadurch ausgeschlossen ist, daß den Beamten nie ein Anspruch erwachsen ist, also auch nicht genommen werden kann. Ebenso liegt kein Eingriff in wohlerworbene Rechte oder gar eine Verletzung hergebrachter Grundsätze des Berufsbeamtenums (Art. 33 Abs. 5 GG) vor, da der Anspruch auf Verzugszinsen kein dem Beamten eigentümliches Recht ist, seine Verneinung auch nicht als Gefährdung des standesgemäßen Unterhaltes angesehen werden kann¹.

An der Tragfähigkeit dieser Gründe hat sich seit der Entscheidung des BGH nichts geändert. Sie gelten auch für die der Bundesgesetzgebungskompetenz gem. Art. 74a GG nicht unterfallenden sowie für die fürsorglich gewährten geldlichen Leistungen im Rahmen des Beamtenverhältnisses.

Hiergegen kann nicht erheblich eingewendet werden, das Alimentationsprinzip verlange erhöhte Sorgfalts- und deshalb auch verschärfte Ersatzpflichten des Dienstherrn auch im Hinblick auf die Auszahlung der Dienstbezüge².

Gewiß besteht heute Einigkeit darüber, daß, obwohl der Beamte nicht wie der Arbeiter und Angestellte in einem Vertragsverhältnis, sondern in einem durch

¹ Vgl. ebenso BVerwGE 16, S. 346 ff., S. 348; 24, S. 186, S. 191.

² So Schwär, Diss., S. 62 und Bursche, ZBR 1959, S. 69 ff.

Verwaltungsakt begründeten "Dienstverhältnis" steht, dem Dienstherrn besondere Treuepflichten obliegen, deren Verletzung wie bei einer privatrechtlichen Vertragslage Ersatzpflichten auslösen können¹. Es unterliegt aber auch der Beamte einer durch - wie oben aufgezeigt - umfangreiche geldliche Leistungen und Versorgung abgegoltene Treuepflicht, die es gerechtfertigt erscheinen läßt, anders als bei sonstigen Gläubigern eine meist auf personellen Schwierigkeiten oder Versehen mithin auf typischem Geschäftsgang beruhenden, verspäteten Auszahlung von Dienst- und Versorgungsbezügen hinzunehmen², zumal wirtschaftliche Nachteile durch Abschlagszahlungen ausgeglichen werden können und der Schadenersatzanspruch bei Pflichtverletzungen des Dienstherrn nicht völlig ausgeschlossen ist, wenn ein konkreter Schaden nachgewiesen werden kann³.

Der Ausschluß der Mindestschadensvermutung nach § 288 BGB verstößt auch nicht gegen Art. 33, Abs. 5 GG, der die Anwendung des Art. 14 GG auf dem Gebiet des Besoldungswesens ausschließt, insoweit als er die vermögensrechtlichen Ansprüche aus dem Beamtenverhältnis sichert⁴. Zu den von Art. 33 Abs. 5 GG garantierten "hergebrachten Grundsätzen" gehört eine angemessene Besoldung⁵. Mit dem Aus-

1 BVerwGE 13, S. 7 ff.

2 Vgl. BVerwGE 14, S. 222 ff., S. 232.

3 BVerwGE 16, S. 346 ff., S. 348; vgl. auch Schütz, Beamtenrecht des Bundes und der Länder, § 98 LBG NW, Rz. 26.

4 Vgl. BVerfGE 3, S. 153; BVerfGE 16, S. 94 ff., S. 94; BVerwG DÖV 1965, S. 167 ff.

5 BVerfGE 8, S. 1 ff., S. 12.

schluß von Verzugszinsen wird dagegen nicht in die wohlverworbenen Rechte oder hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamten eingegriffen, "da der Anspruch auf Verzugszinsen kein dem Beamten eigentümliches Recht ist, seine Verneinung auch nicht als Gefährdung des standesgemäßen Unterhalten angesehen werden kann"¹. Ihrer Rechtsnatur nach sind Dienstbezüge und Versorgung nicht Vergütung, sondern Unterhaltsgewährung, eine Alimentation also, die der Dienstherr infolge seiner sich aus dem "Treueverhältnis"² ergebenden Fürsorgepflicht gewährt.

Hieraus folgt, daß nicht nur für den Anwendungsbereich des Bundesbesoldungsgesetzes und des Bundesversorgungsgesetzes Verzugszinsen im Beamtenrecht ausgeschlossen sind, sondern auch für die von der Bundeskompetenz gem. Art. 74a GG nicht erfaßten, aber der Fürsorgepflicht des Dienstherrn unterfallenden geldlichen Leistungen.

Aus der Tatsache, daß der Verzugszinsausschluß letztlich aus der Eigenart des Beamtenverhältnisses zu rechtfertigen ist, ergibt sich eine Beschränkung dieses Haftungsausschlusses auf das Teilrechtsgebiet Beamtenrecht und das Verbot, ihn als Mittel der Ergänzung und Wertmaßstab auf andere Rechtsgebiete zu übertragen.

§ 2 Positive Regelungen

Den vorgenannten Bestimmungen stehen verschiedene öffentlich-rechtliche Regelungen gegenüber, die eine Verzinsung von Geldforderungen anerkennen und ihrerseits Ausdruck eines dem öffentlichen Recht immanenten Grundsatzes sein könnten.

¹ BGHZ 10, S. 129 ff., 130; ebenso BVerwG 24, S. 186 ff., S. 191.

² Art. 33 Abs. 4 GG.

A. Sozialrecht

Mit dem Erlaß des Sozialgesetzbuches Allgemeiner Teil (SGB-AT)¹ ist für einen weiten Bereich der gewährenden Verwaltung eine Verzinsungspflicht eingeführt worden.

§ 44 SGB-AT, der aus rechtspolitischen Gründen gem. Art. 2 § 23 Abs. 2 SGB erst am 1. 1. 1978 in Kraft getreten ist², bestimmt, "Ansprüche auf Geldleistungen sind nach Ablauf eines Kalendermonats nach dem Eintritt ihrer Fälligkeit bis zum Ablauf des Kalendermonats vor der Zahlung mit 4 v. H. zu verzinsen. Die Verzinsung beginnt frühestens nach Ablauf von 6 Kalendermonaten nach Eingang des vollständigen Leistungsantrages beim zuständigen Leistungsträger, beim Fehlen eines Antrages nach Ablauf eines Kalendermonats nach der Bekanntgabe der Entscheidung über die Leistung. Verzinst werden volle Deutsch-Mark-Beträge. Dabei ist der Kalendermonat mit 30 Tagen zugrunde zu legen".

Vonder Zinspflicht des § 44 SGB-AT werden alle in den Besonderen Teilen des Sozialgesetzbuches³ genannten sozialen Geldleistungen erfaßt, d. h. die Ansprüche sozialleistungsberechtigter Bürger gegen die Leistungsträger⁴.

¹ v. 13. 12. 1975, BGBl. I 1975, S. 3015.

² Diese Vorschrift war im Gesetzgebungsverfahren umstritten, die geltende Fassung geht auf einen Kompromißvorschlag des Vermittlungsausschusses zurück, mit der Maßgabe, daß sie erst am 1. 1. 1978 in Kraft treten sollte, vgl. BT-Drcks 7/868, 7/3738, 7/3786 und 7/4067 zu Art. I § 44 und Art. II § 17; BR-Drcks 295-75 und 600-75 zu Art. I § 44 und Art. II § 17.

³ Art. II § 1 SGB-AT.

⁴ § 11 SGB-AT.

Hierzu gehören Leistungen nach dem Bundesausbildungsförderungsgesetz¹, Geldleistungen nach dem Arbeitsförderungs-gesetz², nach dem Schwerbehinderten-gesetz³, Leistungen aus der gesetzlichen Kranken-versicherung⁴, der Unfallversicherung⁵, der gesetz-lichen Rentenversicherung einschließlich der Alters-hilfe für Landwirte⁶, Versorgungsleistungen bei Gesundheitsschäden nach dem Bundesversorgungsgesetz⁷, Leistungen nach dem Bundeskindergeldge-setz⁸, dem 2. Wohngeldgesetz⁹, dem Jugendwohl-fahrtsgesetz¹⁰, nach dem Bundessozialhilfegesetz¹¹ und Leistungen zur Eingliederung Behinderter¹².

§ 44 SGB-AT unterscheidet hinsichtlich des Beginns des Zinslaufes zwischen Leistungen, die auf Antrag und ohne Antrag gewährt werden. Beiden Verfahrens-modalitäten gemeinsam ist die Voraussetzung Fälligkeit der Leistung. Nach § 41 SGB-AT werden Ansprüche auf Sozialleistungen mit ihrem Entstehen fällig, soweit die besonderen Teile des Sozialgesetz-buches keine abweichende Regelung enthalten. Fälligkeit im Sinne des § 41 SGB-AT ist zu verstehen gem. § 271 BGB als Zeitpunkt, von dem an der Gläu-biger die Erfüllung seines Anspruchs geltend machen kann¹³.

1 § 18 SGB-AT

2 § 19 SGB-AT

3 § 20 SGB-AT

4 § 21 SGB-AT

5 § 22 SGB-AT

6 § 23 SGB-AT

7 § 24 SGB-AT

8 § 25 SGB-AT

9 § 26 SGB-AT

10 § 27 SGB-AT

11 § 28 SGB-AT

12 § 29 SGB-AT

13 Rüfner, in: Wannagat, SGB § 41 Rz. 2.

Die subsidiäre Vorschrift des § 41 hat wegen der zahlreichen Sonderregelungen des besonderen Teils nur geringe praktische Bedeutung. Regelungen zur Fälligkeit von Sozialleistungsansprüchen sind ent-halten z. B. in § 15 BAFÖG, §§ 66, 79, 122 Abs. 1, 134 Abs. 2 AFG; §§ 182 Abs. 1 Nr. 2 i. V. m. Abs. 3; -580, 1276, 1291 Abs. 2 RVO. Im übrigen werden Ansprüche auf Sozialleistungen fällig, sobald ihre im Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes bestimmten Voraussetzungen vorliegen¹.

Bei in das Ermessen der Leistungsträger gestellten Leistungen entsteht der Anspruch in dem Zeitpunkt, zu dem die durch Verwaltungsakt getroffene Entsch-eidung nach allgemeinen Regeln² durch Bekanntgabe an den Betroffenen wirksam wird³.

Da die Verzinsung von Geldleistungen nach dem So-zialgesetzbuch die Fälligkeit der Leistung voraus-setzt, Ermessensleistungen aber erst mit der Be-kanntgabe der Entscheidung des Leistungsträgers fäl-lig werden, sind zwar die Absätze 1 und 3 sowie die zweite Alternative des Absatzes 2 des § 44 SGB-AT, nicht aber die erste Alternative des Absatzes 2 ent-sprechend anwendbar, denn diese geht von einer Fäl-ligkeit der Geldleistung vor der Verwaltungsent-scheidung aus.

Weitere Voraussetzung für den Beginn des Zinslaufes im Falle einer Leistung auf Antrag ist die Einrei- chung eines vollständigen Leistungsantrages mit al-len für die Entscheidung erforderlichen Unterlagen⁴.

1 § 40 Abs. 1 SGB-AT.

2 Vgl. § 39 Abs. 1 VerwvFG.

3 § 40 Abs. 2 SGB-AT; § 41 Abs. 1 VerwvFG; vgl. hierzu Rüfner, in: Wannagat, SGB, § 40, Rz. 8.

4 Vgl. Thieme, in: Wannagat, SGB § 44, Rz. 3.

Der Gesetzgeber hat hierbei berücksichtigt, daß es für den sozialleistungsberechtigten Bürger tatsächlich schwierig sein kann, einen Antrag zu stellen.

Um den in § 1 Sozialgesetzbuch genannten Gesetzeszweck - die Verwirklichung sozialer Gerechtigkeit und sozialer Sicherheit - möglichst umfassend erfüllen zu können, sind in § 17 SGB-AT allgemeine Verpflichtungen des Leistungsträgers enthalten, die der Ausführung der Sozialleistungen dienen, u. a. besteht die Verpflichtung, die Sozialleistung in zeitgemäßer Weise umfassend und schnell zu gewähren.

Im besonderen haben die Leistungsträger darauf hinzuwirken, daß unverzüglich klare und sachdienliche Anträge gestellt und unvollständige Angaben ergänzt werden¹, um insoweit auch ihrer Aufklärungs-, Beratungs- und Auskunftspflicht² zu genügen. Durch das Erfordernis eines vollständigen Leistungsantrages soll sichergestellt werden, daß vorzeitig gestellte und unvollständige Anträge die Zinspflicht nicht begründen. Ein einfaches Schreiben an den Leistungsträger reicht nach der gesetzlichen Bestimmung nicht aus. Vielmehr muß der Antrag alle Tatsachen enthalten, die zumindest den Anspruchsgrund erkennen lassen und für den Leistungsträger nachprüfbar sind, damit er in der Sache entscheiden kann. Weitergehende Ermittlungen auf Grund der vom Antragsteller gemachten Angaben können dagegen den Zinslauf nicht hemmen.

Der Hilfspflicht der Behörde gegenüber steht die Mitwirkungspflicht des Leistungsberechtigten, §§ 6 ff. SGB-AT. Kommt er ihr in ausreichendem

¹ § 16 Abs. 3 SGB-AT.

² Vgl. §§ 13, 14, 15 SGB-AT.

Maße nicht nach, kann die Behörde die Leistung ganz oder teilweise versagen¹ und damit natürlich auch die Zahlung von Zinsen ablehnen. Maßgebend für den Zinsbeginn ist der Eingang der Anfragen beim zuständigen deutschen Leistungsträger. Anträge nach zwischenstaatlichem Recht, die bei einem ausländischen Leistungsträger gestellt werden, lösen die Sechsmonatsfrist des § 44 Abs. 2 SGB-AT erst aus, wenn sie beim deutschen Leistungsträger eingegangen sind². Wird der Antrag bei einem unzuständigen deutschen Leistungsträger gestellt, gilt gem. § 16 Abs. 2 SGB-AT dieser Zeitpunkt für den Fristbeginn.

Die Konzeption der Vorschrift ist den Eigentümlichkeiten sozialer Geldleistungen angepaßt. Der Verwaltung wird für die Bearbeitung ein Zeitraum von 6 Monaten eingeräumt, vor deren Ablauf die Zinspflicht nicht beginnen kann. Bei dieser Frist ist der Gesetzgeber von Durchschnittswerten ausgegangen und hat bewußt in Kauf genommen, daß es Anträge gibt, die sofort erledigt werden können, und daß es Tatbestände gibt, die einen längeren Bearbeitungszeitraum als 6 Monate erfordern³.

Diese Regelung, ebenso wie der feste Zinssatz von 4%, dessen Höhe sich an die Regelung in § 288 Abs. BGB anlehnt, die Abrundung auf volle Deutsche-Mark-Beträge und die Berechnung des Kalendermonats mit 30 Tagen dient der Verwaltungsvereinfachung⁴.

¹ § 66 SGB-AT.

² Vgl. Hauck/Haines, K., § 44 Anm. 6.

³ Etwa Einholung ärztlicher Gutachten in Rentensachen.

⁴ Vgl. Hauck/Haines, K., § 44 Anm. 7, 8.

Dementsprechend ist der Zinsanspruch vom oftmals nur schwer nachweisbaren Verschulden nicht abhängig. Das Verschulden spielt nur insofern dann eine gewisse Rolle, wenn die verspätete Auszahlung der Geldleistung darauf zurückzuführen ist, daß der Leistungsberechtigte seinen Mitwirkungspflichten nach § 60 ff. SGB-AT trotz Zumutbarkeit nicht nachkommt; in diesen Fällen kann der Leistungsträger eine Verzinsung der Geldleistung ganz oder teilweise ablehnen¹.

Schließlich wird von § 44 SGB-AT auch nicht jede rückständige Geldleistung erfaßt. Nach dem Zweck der Vorschrift soll die Verzinsung nur dem berechtigten Bürger zugute kommen². Erstattungsansprüche und Ersatzansprüche der Leistungsträger untereinander werden nicht verzinst. Das gleiche gilt für rückständige Beiträge und für die Erstattung zu Unrecht gerichteter Beträge. § 44 SGB-AT gilt ebenfalls nicht, wenn ein Sozialleistungsanspruch kraft Gesetzes, z. B. nach § 183 Abs. 2 Satz 2 RVO oder durch Überleitungsanzeige nach § 90 BSHG, auf einen anderen Sozialleistungsträger übergeht.

B. Enteignungs- und Leistungsrecht

Als ein weiterer Erweis dafür, daß die Verzinsung von Geldforderungen dem öffentlichen Recht nicht fremd ist, kann § 99 Abs. 3 BBauG gelten. Nach dieser Vorschrift, die in der Tradition anderer Enteignungsgesetze steht³, wird im Falle einer Enteignung

¹ §§ 66, 67 SGB-AT.

² Vgl. dazu Hauck/Haines, K., § 44 Rz. 10.

³ Z. B. § 17 Abs. 4 LBG, § 21 Schutzbereichsgesetz, § 9 Abs. 4. Baulandbeschaffungsgesetz, § 36 Abs. 2 Preußisches Enteignungsgesetz.

nung nach §§ 95, 93 ff. BBauG der Entschädigungsbetrag von dem Zeitpunkt an verzinst, in dem die Enteignungsbehörde über den Enteignungsantrag entscheidet. Im Falle der vorzeitigen Besitzeinweisung ist der Zeitpunkt maßgebend, in dem diese wirksam wird. Eine ähnliche Regelung enthält § 29 BLG, wonach der zur Leistung Verpflichtete die Verzinsung des Entschädigungsbetrages oder der Ersatzleistung nach Ablauf eines Monats nach Einigung über den Entschädigungsbetrag, im übrigen 3 Monate nach Bewirken seiner Leistung verlangen kann.

Bei der Enteignung nach dem BBauG ist die Verzinsung der Enteignungsentschädigung Ausfluß des Gedankens, daß die Entschädigungssumme an die Stelle des Grundstücks tritt und die Zinsen die Entschädigung für die Nutzungen darstellen, die dadurch entfallen, daß trotz teilweiser Entziehung der Grundstückssubstanz der Gegenwert in Form der Enteignungsentschädigung noch nicht an den Betroffenen gezahlt ist¹.

Demnach sollen die Zinsen aus der noch nicht gezahlten Entschädigung die entzogene Nutzung des Grundstücks, genauer: des an die Stelle des Grundstücks getretenen Entschädigungsbetrages ausgleichen². Entsprechendes gilt für den Zinsanspruch nach § 29 BLG. Auch dort dient die Entschädigung als Ausgleich für den Verlust von geleisteten Gegenständen, wobei die

¹ hM, vgl. hierzu BGHZ 37, S. 269 ff., 275 ff. = NJW 1962, S. 2051; BGHZ 43, S. 120 ff., S. 122; 48, S. 291 ff., S. 294; BGH NJW 1972, S. 447; QLG München, BayVbl. 1972, S. 390 ff.; BayObstLG, BayVbl. 1973, S. 187 ff.; ferner Ernst/Zinkahn/Bielenberg, § 99 Rz. 18 ff.

² So BGHZ, S. 337 ff., S. 340.

Verzinsung des Wertes des Leistungsobjektes lediglich ein Berechnungsmodus für die entgangene abstrakte Nutzungsmöglichkeit des Leistungsgegenstandes ist.

Es ist fraglich, ob die "Zinsen" im Sinne des § 99 Abs. 3 BBauG und des § 29 BLG Zinsen im Sinne des § 246 BGB sind, die als Vergütung für den Gebrauch eines auf Zeit überlassenen Kapitals geschuldet werden¹, denn der Zinsanspruch ist Entschädigung für die entzogene Nutzungsmöglichkeit, mithin Teil der Entschädigung selbst; jedenfalls handelte es sich bei den Bestimmungen nicht um eine Haftung für Leistungsstörung im Sinne des Verzuges, sondern um den nach Art. 14 GG garantierten "Ausgleich für die auferlegte Vermögenseinbuße"², der unabhängig von Pflichtverletzung, Verschulden und Mahnung vorzunehmen ist. Ein allgemein gültiges Haftungsprinzip ist diesen Regelungen dabei weder im Hinblick auf den allgemeinen Verzugstatbestand noch auf die Schadenersatzvermutung des § 288 BGB zu entnehmen.

C. Kriegsfolgenrecht

Nach dem Bundesentschädigungsgesetz v. 29. Juni 1956 i. d. F. des 2. Änderungsgesetzes v. 14. 9. 1965³ haben Opfer nationalsozialistischer Verfolgung Anspruch auf Entschädigung.

¹ Vgl. hierzu OLG München, BayVbl. 1972, S. 390 ff., S. 391; BGH NJW 1962, S. 294; Bauch/Dankelmann/Kerst, BLG § 29 Anm. 1.

² So BGHZ 24, S. 270 ff., S. 295.

³ BGBl. I 1965, S. 1315.

Nach § 169 BEG werden Kapitalentschädigungen, die bis zum Ablauf des Rechnungsjahres 1969 nicht festgesetzt sind, und die Summe der bis zu diesem Zeitpunkt aufgelaufenen und noch nicht festgesetzten Beträge ab 1. 1. 1970 bis zum Zeitpunkt der Zuerkennung des Anspruchs verzinst. Für Ansprüche, die erst nach dem 1. 1. 1969 geltend gemacht werden, besteht ein Zinsanspruch erst nach Ablauf eines Jahres. Nach Abs. 3 beträgt der Zinszuschlag 1 v. H. für jedes angefangene Vierteljahr, die Geltendmachung eines Verzugschadens ist ausgeschlossen.

Der Entschädigungsanspruch nach dem BEG ist ein öffentlich-rechtlicher Ausgleichsanspruch für das Unrecht, das der NS-Staat mit seinen rechtswidrigen Verfolgungsmaßnahmen angerichtet hat. Bedingt durch den u. U. erheblichen Ermittlungsaufwand zur Feststellung der Berechtigung von Ansprüchen können die Ansprüche, die aus einem abgeschlossenen Zeitraum von Schädigungen stammen, erst nach einem geraumen Zeitlauf nach dem Zusammenbruch des NS-Regimes befriedigt werden. Der den Antragstellern durch den zwangsläufig sich ergebenden Bearbeitungszeitraum von der Antragstellung bis zur Festsetzung der Entschädigungssumme entstehende Vermögensnachteil soll durch die Zinsgewährung ausgeglichen werden. Der Anspruch ist dabei lediglich an den Zeitablauf gebunden. Hierbei ist der Gesetzgeber von Erfahrungswerten ausgegangen, wobei ohne Berücksichtigung geblieben ist, daß die in Vollzug des Gesetzes sich ergebenden Leistungsverzögerungen die einzelnen Berechtigten ungleich treffen können. Die Zinsverpflichtung entsteht allerdings nicht erst bei Vorliegen der Verzugsvoraussetzungen. Deshalb kommt es nicht darauf an, ob die Behörde eine Pflichtverletzung begangen und schuldhaft die Befriedigung

des Anspruchs verzögert hat. Eine Haftung für Leistungsstörungen im Sinne der Verzugshaftung kommt daher in dieser Vorschrift nicht zum Ausdruck¹.

Entsprechend verhält es sich mit der Zinsregelung des § 250 Abs. 3 LAG i. d. F. v. 1. 10. 1962². Das Lastenausgleichsgesetz dient der Abgeltung von Schäden und Verlusten, die infolge der Vertreibungen und Zerstörungen der Kriegs- und Nachkriegszeit entstanden sind. Die Ausgleichsleistungen werden u. a. in Form von Hauptentschädigungen gewährt. Auf den zuerkannten Entschädigungsbetrag erhält der Berechtigte einen Zinszuschlag von 1 v. H. für jedes angefangene Vierteljahr seit dem 1. 1. 1953. Diese Zinsregelung ist - wie der vorerwähnte § 169 BEG - keine Verzugsschadenshaftung, was sich bereits daraus ergibt, daß sich der Anspruch auf Hauptentschädigung gem. § 251 LAG durch Addition von Zinszuschlag zum zuerkannten Endgrundbetrag - gleich Auszahlungsbetrag - erfüllt.

Im übrigen wird auch hier die Verzinsung der Entschädigung ohne Rücksicht auf Pflichtverletzung, Verschulden, Fälligkeit und Mahnung gewährt.

Zusammenfassend kann daher gesagt werden, daß die gesetzlichen Bestimmungen des Kriegsfolgenrechts, die eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung zur Zahlung von Zinsen begründen, im vorliegenden Zusammenhang deshalb nicht einschlägig sind, weil sie einen Schuldnerverzug, als eine schuldhaft rechtswidrige Verzögerung der Leistung, nicht voraussetzen.

¹ So auch Brunn/Hebenstreit/Klee BEG § 169 Rz. 5.
² BGBl. I 1969, S. 1909, 1983.

D. Vertragsrecht

In den Verwaltungsverfahrensgesetzen des Bundes und der Länder ist der öffentlich-rechtliche Vertrag als Handlungsinstrument der Verwaltung anerkannt und sind wichtige Fragen des öffentlichen Vertragsrechts einheitlich geregelt. Die Verwaltungsverfahrensgesetze enthalten jedoch keine Regelungen für Leistungsstörungen mit Ausnahme des § 60, der den Wegfall der Geschäftsgrundlage kodifiziert. Für die übrigen Fälle der Leistungsstörungen verweist § 62 auf die "übrigen Vorschriften" des Gesetzes, "ergänzend gelten die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches entsprechend".

Wenngleich jeweils in § 2 der Verwaltungsverfahrensgesetze eine Reihe von Sachgebieten von dem Anwendungsbereich ausgenommen ist, unterfällt der überwiegende Teil der Verwaltungstätigkeit von Bund, Ländern, Kommunen, Körperschaften und sonstigen Personen des öffentlichen Rechts dem neuen öffentlichen Vertragsrecht¹. Mit der subsidiären Verweisung in § 62 ist der Weg geöffnet, bei Leistungsstörungen innerhalb öffentlich-rechtlicher Verträge die Verzugsvorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches entsprechend anzuwenden.

Ob in der Ergänzungsnorm zudem mittelbar noch ein auf andere Handlungsformen, derer sich die Verwaltung bei der Durchführung von zinsfähigen Leistungen bedient, übertragbares Rechtsprinzip bezüglich der Verzinsung von Geldleistungen enthalten ist, muß verneint werden.

¹ Vgl. hierzu im einzelnen Kopp, VwvFG § 2 Rz. 1 ff.; Meyer/Borgs, VwvFG § 2 Rz. 1 ff.

Es steht außer Frage, daß der Verwaltungsvertrag als Mittel des Verwaltungshandelns einen qualitativ bedeutenden Teil der Verwaltungspraxis eingenommen hat, weil er einem unabweisbaren Bedürfnis der Verwaltung und des Bürgers entspricht, ohne daß durch seine Anwendung das öffentliche Interesse Schaden leiden muß¹.

Beispiele für öffentlich-rechtliche Verträge, auf Grund derer Geldleistungen geschuldet werden können, sind: Vereinbarungen über einen Brückenunterhaltszuschuß², Enteignungsverträge, Folgekostenverträge, Subventionsverträge, Vereinbarungen über die Erteilung von Konzessionen gegen Entgelt.

Gleichwohl werden die öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnisse, in denen Geldleistungen geschuldet werden, heute noch im wesentlichen durch Verwaltungsakt geregelt, dies gilt für die normierten Ansprüche ebenso wie für die gesetzessfrei gewährten Ansprüche, Zuschüsse, Subventionen u. ä. Hierfür ist § 62 VwvFG ohne Bedeutung.

Im übrigen verweist § 62 zunächst auf die übrigen Bestimmungen des Gesetzes. Erst wenn diese nicht eingreifen, können zur Ergänzung die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches entsprechend angewendet werden. Aus der dogmatischen Trennung von öffentlichem Recht und privatem Recht ergibt sich, daß die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches

¹ Vgl. hierzu Entwurf 70, S. 61 BT-Drcks. 7/1173; Entwurf 73, S. 77 BT-Drcks. 7/910.

² BVerwG DVBl. 1971, S. 410.

auch dann nicht generell für entsprechend anwendbar erklärt werden können¹. Der öffentliche Vertragspartner bleibt auch bei der Abwicklung eines vertraglich begründeten Rechtsverhältnisses nicht frei von den Bindungen, die sich aus seiner Stellung als Verwaltungsträger gegenüber dem Bürger ergeben, was zur Folge hat, daß es bei jeder einzelnen Vorschrift der Prüfung bedarf, ob sie auf den besonderen, konkreten öffentlich-rechtlichen Vertrag übertragen werden kann. So kann eine über § 62 Verwaltungsverfahrensgesetz hergeleitete entsprechende Anwendung des § 288 BGB in den Rechtsgebieten nicht in Betracht kommen, wo ein Verzugszinsausschluß ausdrücklich normiert ist.

Hat sich z. B. eine Gemeinde in NW in einem Vergleichsvertrag verpflichtet, die von ihr rechtswidrig zuviel erhobenen kommunalen Beiträge an den Beitragsschuldner zurückzuerstatten², und gerät

¹ Vgl. hierzu Wolff, H.J., AÖR, Bd. 76, S. 205 ff.; Knack, VwvFG § 62 Rz. 3; Meyer/Borgs, VwvFG, § 62 Rz. 2; Stelkens/Bonk/Leonhardt, VwvFG § 62 Rz. 11; Weiß, S. 115 ff.; Wolff/Bachof, VerwR I § 44 III.

² Nach § 2 der VwvFG des Bundes und der Länder, vgl. z. B. § 2 Abs. 2 Ziff. 1 VwvFG NW, gilt das Gesetz nicht, soweit Rechtsvorschriften der Abgabenordnung anzuwenden sind. Da die Länder, vgl. z. B. § 12 KAG NW, in ihren Kommunalabgabengesetzen für die genannten Abgaben die Abgabenordnung des Bundes in wesentlichen Teilen für anwendbar erklärt haben, unterfällt das kommunale Abgabenrecht an sich nicht den Verwaltungsverfahrensgesetzen. Man wird dennoch, schon weil in § 78 Nr. 3 AO der öffentlich-rechtliche Vertrag ausdrücklich als zulässige Handlungsform anerkannt ist und eine möglichst parallele Behandlung von Abgabenrecht und allgemeinem Verwaltungsverfahrenrecht als wünschenswert angesehen wird - vgl. BT-Drcks 7/4292 S. 1 für die Abgabenordnung und 7/4494 S. 3/4 für das Verwaltungsverfahrensgesetz -, eine entsprechende Anwendung der §§ 54 VwvFG befürworten müssen - vgl. hierzu Knack, § 2 Randnr. 2.2; Kopp, VwvFG, § 2 Anm. 2b; Meyer, Das neue öffentliche Vertragsrecht und die Leistungsstörungen, NJW 1977, S. 1705 ff., 1706; Waldhausen, VwvFG NW, § 2 Anm. 3; wohl auch Stelkens/Bonk/Leonhardt, § 2 Rz. 3 -.

sie mit ihrer Leistung in Verzug, ist für den Erstattungsgläubiger kein Zinsanspruch gem. § 62 Vwvfg i. V. m. § 288 BGB begründet, denn gem. § 12 Abs. 1 Ziff. 5 KAG NW i. V. m. § 233 Abgabenordnung sind Zinsansprüche, soweit sie nicht ausdrücklich normiert sind, ausgeschlossen und zuviel entrichtete Kommunalabgaben lediglich in den in § 236 AO genannten Fällen verzinsbar.

Maßgeblich für die rechtliche Behandlung des Verzuges bei einem öffentlich-rechtlichen Vertrag sind mithin nach § 62 Vwvfg zunächst die öffentlich-rechtlichen Regeln des vertragsbezogenen öffentlich-rechtlichen Gegenstandes, in denen diese Art der Leistungsstörung kodifiziert ist. So hat bei einem Entschädigungsvertrag nach § 110 BBauG der Enteignete einen Anspruch auf den in § 99 Abs. 3 BBauG genannten Zinssatz, wenn die Enteignungsbehörde mit der Zahlung des Entschädigungsbeitrages in Verzug gerät¹. Ist allerdings für den Gegenstandsbereich des öffentlich-rechtlichen Vertrages die Zahlung von Verzugszinsen nicht ausgeschlossen, so ist gem. § 62 Vwvfg § 288 BGB entsprechend anwendbar.

§ 3 Allgemeine Wertungsmaßstäbe

Der Überblick über die gesetzlichen Sonderregelungen zeigt, daß weite Bereiche des öffentlichen Rechts hinsichtlich der Verzinsung öffentlicher Geldforderungen abschließend geregelt sind. Dazu gehören wesentliche Teile des Sozialrechts, das Steuerrecht, das Beamtenrecht und das Enteignungsrecht.

¹ Vgl. auch Obermayer, BayVbl. 1977, S. 546 ff., S. 550.

Der Überblick macht darüber hinaus deutlich, daß dem geltenden Recht keine einheitliche Ausrichtung für die Leistungsverzögerung als Unterfall der Leistungsstörung entnommen werden kann. Die einzelnen gesetzlichen Regelungen sind in Voraussetzungen und Rechtsfolgen der spezifischen Funktion des jeweiligen Hauptanspruchs angepaßt. Bezüglich der Zinshöhe wird das besonders transparent, wenn man etwa die Zinssätze von § 99 Abs. 3 BBauG und § 250 LAG gegenüberstellt.

Eine Sachverhaltsähnlichkeit mit den §§ 284 ff., 288 BGB ist nicht erkennbar. Keine Regelung setzt ein Verschulden des Hoheitsträgers voraus, ebenso wird auf eine Mahnung verzichtet. Auch für den Zinslauf ist kein übereinstimmendes Prinzip erkennbar. § 44 SGB-AT etwa knüpft die Zinszeit an Fälligkeit und Antragstellung, § 250 LAG und § 169 BEG an einen mehr oder minder willkürlich bestimmten Stichtag. Im Steuerrecht ist den Zinsarten gemeinsam, daß der Beginn der Zinspflicht an einen Zeitpunkt anknüpft, der regelmäßig später liegt als der Zeitpunkt der Feststellung des jeweiligen Anspruchs. Eine Verzinsung für einen Zeitraum vor der erstmaligen Festsetzung und Fälligkeit des Anspruchs ist mit Ausnahme der Hinterziehungszinsen nicht vorgesehen.

Im Steuerrecht waren für den Gesetzgeber rein wirtschaftliche Gründe ausschlaggebend, an der traditionellen Rechtslage festzuhalten.

Obwohl bekannt war, daß die Einführung einer Vollverzinsung u. a. Unterschiede in der Steuererhebung ausgleichen und der Gleichmäßigkeit der Be-

steuerung dienen würde¹, hat den Gesetzgeber die Befürchtung vor einer Überlastung des Kassenapparates² veranlaßt, von einer Vollverzinsung vorerst Abstand zu nehmen.

Nach dem am 6. 1. 1978 vorgelegten Bericht der Bundesregierung kann mit der Einführung der Vollverzinsung nach dem augenblicklichen Stand der Kassenautomation allenfalls in der ersten Hälfte der 80er Jahre gerechnet werden³. Wenngleich dieses Argument aus rechtsstaatlicher Sicht nicht zulässig erscheint⁴, ist doch die unter Abwägung der Interessen erfolgte gesetzliche Regelung auf diesem besonders verwaltungsintensiven Rechtsgebiet zulässig⁵.

Dem Ausschluß der Verzugszinshaftung im Steuerrecht kann keine für andere Gebiete des öffentlichen Rechts geltende allgemeine Bedeutung beigemessen werden. Abgesehen davon, daß auch bei der zur Zeit geltenden Rechtslage Steuererstattungs- und Steuervergütungsansprüche gem. § 236 AO unter dem Gesichtspunkt der Rechtshängigkeit verzinst werden und an die Stelle der Verzugshaftung des Bürgers bei nicht rechtzeitiger Steuerzahlung gemäß § 240 AO

¹ Vgl. Bericht der Bundesregierung über die Möglichkeit der Einführung einer Vollverzinsung im Steuerrecht, BT-Drcks. 8/1410, § 4; vgl. auch Huken, KKZ 1978, S. 32.

² BT-Drcks. 6/1982, S. 96 Nr. 7.

³ BT-Drcks. 8/1410, S. 8.

⁴ Vgl. Eckert, DVBl. 1962, S. 11 ff., 19; Götz, DVBl. 1961, S. 433 ff., 436; Martens, NJW 1965, S. 1704 f.

⁵ So schon Eckert, DVBl. 1962, S. 11 ff., 19.

Säumniszuschläge als Druckmittel eigener Art treten¹, verbietet gerade der Umstand, daß die ausdrückliche Präklusion im Steuerrecht aus Verwaltungsvereinfachungsgründen vorgenommen wurde und den Charakter einer Ausnahmeregelung hat, sie etwa als Positivierung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes zu verstehen.

Auch im Beamtenrecht ist der Zinausschluß nicht systemwidrig erfolgt, sondern rechtfertigt sich durch die Eigenart dieses besonderen Dienstverhältnisses².

Für den Ausschluß gelten zwei nicht unwesentliche Einschränkungen. Er ist zunächst begrenzt auf den Zeitpunkt der Rechtshängigkeit. Die Beamten (Richter) und Versorgungsberechtigten haben einen Anspruch auf Prozeßzinsen i. S. d. § 291 BGB³. Ferner kann, gerade auch unter Berücksichtigung der Rechtsentwicklung⁴, nicht davon ausgegangen werden, daß die §§ 3 Abs. 6 BBesG und 49 Abs. 5 BeamtVG jedweden Verzugsschaden ausschließen. Bei der Ablehnung eines Anspruchs auf Verzugszinsen galt schon bei Erlass der Verordnung über die 12. Ergänzung des Besoldungsgesetzes v. 12. 12. 1923,

¹ Vgl. Kühn/Kutter/Hoffmann § 240 Anm. 1; Huken, KKZ 1976, S. 223 ff., 225.

² Der vielfach verwendete Ausdruck Gewaltverhältnis ist mit negativer Wertung zu sehr belegt, als daß er einer zeitgemäßen Charakterisierung des Beamtenrechtsverhältnisses gerecht werden könnte.

³ BGHZ 10, S. 126 ff., 128/129; vgl. auch BVerwGE 7, S. 95 ff., 97.

⁴ Vgl. Bursche, ZBR 1955, S. 69 ff.; Götz DVBl. 1961, S. 433 ff., 435; OVG Münster, VerwRspr. Bd. 13, S. 474 f.; BVerwGE 16, S. 946 ff.

die Überlegung, den Fiskus treffe bei bloßer Verzögerung im Geschäftsgang in der Regel kein oder nur ein geringes Verschulden¹, die dabei entstehenden, meist geringfügigen Nachteile könnten dem Beamten zugemutet werden². Aus der weiteren Erwägung, daß der völlige Ausschluß eines Schadenersatzanspruchs wegen Art. 34 GG, § 839 BGB unwirksam wäre³, folgt, daß die § 3 Abs. 6 BBesG und 49 Abs. 5 BeamtVG lediglich die entsprechende Anwendung des § 288 Abs. 1 BGB untersagen. Der Ersatz eines konkreten, nachgewiesenen Verzugsschadens⁴ kann daher, das Vorliegen eines verzugsbegründenden Tatbestandes unterstellt, auch im Beamtenrecht verlangt werden. Dieser Anspruch besteht nicht nur, wenn der Dienstherr seiner Verpflichtung zur pünktlichen Zahlung nicht nachkommt, sondern auch, wenn "die Fürsorgepflicht in einer nicht durch überwiegendes öffentliches Interesse zu rechtfertigenden Weise verletzt worden ist"⁵. Der entstandene Schaden ist dann nach "allgemeinen Rechtsgrundsätzen"⁶ zu ersetzen. Das Alimentationsprinzip einerseits und die Treuepflicht des Beamten andererseits können dem nicht entgegenstehen.

1 BGHZ 10, S. 126 ff., 129; ebenso BVerwGE 16, S. 346 ff., 348.

2 BVerwGE 14, S. 222 ff., 232.

3 BVerwGE 14, S. 222 ff., 232; 16, S. 346 ff., 348; vgl. auch Schütz, Beamtenrecht des Bundes und der Länder § 49 BeamtVG Rdn 15c.

4 Vgl. BVerwG 24, S. 186 ff., 192, 193; die dort angegebene Begründung zum Ausschluß des § 288 BGB im Beamtenrecht die Mindestschadenvermutung können hier nicht gelten, weil die Dienstbezüge dem sofortigen Verbrauch dienen und nicht zinstragend angelegt würden, vermag nicht zu überzeugen, denn auf die Anlagemöglichkeit der vorenthaltenen Schuldsumme stellt § 288 BGB gerade nicht ab.

5 BVerwGE 16, S. 346 ff., S. 349.

6 BVerwG a.a.O., S. 350.

Die Verzinsung eines Entschädigungsanspruchs von einem zurückliegenden, von dem Zeitpunkt der Festsetzung der Entschädigung unabhängigen Zeitpunkt dient zwar als Ausgleich für den nicht rechtzeitigen Erhalt der für die Beeinträchtigung zu zahlenden Entschädigungssumme. Rechtsgrund hierfür ist jedoch nicht die von einem Schuldner zu vertretende Leistungsstörung in Form der Leistungsverzögerung. Die Verzinsung ist Ausfluß des Gedankens, daß die Entschädigungssumme an die Stelle des Eigentums tritt und die Zinsen die Entschädigung für die Nutzungen darstellen, die dadurch entfallen, daß trotz teilweiser oder vollständiger Entziehung des Eigentums der Gegenwert in Form der Entzugsentschädigung noch nicht gezahlt ist und deshalb von dem Betroffenen noch nicht genutzt werden kann. Daher kann eine Enteignungsentschädigung nur dann als angemessen i. S. d. Art. 14 GG bezeichnet werden, wenn sie dem Betroffenen zum Zeitpunkt des Entzuges sofort zur Verfügung steht oder zumindest die ihm durch die zeitweilige Vorenthaltung der Entschädigung entstehenden Nachteile ersetzt werden¹. Diese prinzipiellen Erwägungen zu Art. 14 GG zeigen, daß die Zinsen der Entschädigungssumme ebenso wie die Entschädigung selbst keine Schadenersatzleistung² für nicht rechtzeitige Leistungsbewirkung darstellen, gegenüber den Verzugszinsen also auch aus diesem Grunde ein aliud sind. Parallelität besteht nur insofern, als beide Zinsarten, verbunden durch das Zeitmoment, dazu dienen, Nachteile der Vorenthal-

1 BGH NJW 1962, S. 2051 ff., 2052, 2053; ebenso BGH NJW 1969, S. 1897 f. Unzutreffend, weil nicht an Art. 14 Abs. 3 GG orientiert, insoweit BVerwG DVBl. 1962, S. 507, wonach die Verzinsung der Entschädigungssumme nur dann zur Entschädigung gehöre, wenn die Angemessenheit der Entschädigung gesetzlich vorgeschrieben sei.

2 Vgl. Schmidt-Bleibtreu/Klein Art. 14 Rdnr. 21.

tung eines Wertes anzugleichen. Die Entschädigungszinsen werden aber nicht auf Grund einer zu vertretenden Forderungsverletzung gezahlt, sondern sind Teil der verfassungsrechtlichen garantierten Entschädigung beim Eingriff in das Eigentum.

Dies gilt auch für den Zinsanspruch nach § 29 BLG. Soweit dort Beträge für Ersatzleistungen und Entschädigung geschuldet werden, sollen hoheitliche Eingriffe in das Eigentum und andere Opferlagen nach Enteignungsgrundsätzen "unter gerechter Abwägung der Interessen der Allgemeinheit und der Beteiligten" (§ 20 BLG) ausgeglichen werden¹. Der Zinsanspruch ist demgemäß nicht an die Voraussetzungen eines Haftungstatbestandes für Leistungsverzögerung geknüpft, sondern entsteht kraft Gesetzes unabhängig von Fälligkeit und Verschulden. Maßgebend für den Beginn der Verzinsung ist allein der Ablauf einer bestimmten Frist (1 Monat) nach erfolgter Festsetzung oder Einigung². Bis dahin wird dem Berechtigten ein Verzicht auf die Verzinsung zugemutet³. Die Verzinsung des § 29 BLG ist somit ebenfalls nicht Verzugshaftung, sondern Entschädigung.

Auch die Zinshöhe ist demgemäß im Enteignungsrecht nach Entschädigungsgrundsätzen zu bemessen. In den neueren Enteignungsgesetzen⁴ ist sie auf 2 % über dem Diskontsatz der Deutschen Bundesbank bestimmt.

1 Vgl. v. Spreckelsen vor § 20; Bauch/Dankelmann/Kerst, Vorbem. § 20 Anm. 1, 2.

2 Vgl. v. Spreckelsen § 29 Anm. 3; Bauch/Dankelmann/Kerst § 29 Anm. 6.

3 v. Spreckelsen § 29 Anm. 2.

4 § 99 Abs. 3 BBauG, § 29 BLG, Art. 13 Abs. 2 des bay. Gesetzes über die entschädigungspflichtige Enteignung vom 11. 11. 1974, GVBl. S. 610.

Diese Regelungen können als "angemessen" und über ihren Anwendungsbereich hinaus als verbindlich bezeichnet werden¹. Dabei ist bei der Berechnung einer Enteignungsentschädigung grundsätzlich auf den Zeitpunkt des Eingriffs, d. h. also auf den Zeitpunkt, ab dem der Betroffene sein Eigentum nicht mehr nutzen kann, abzustellen. Dafür soll ihm dann anstatt des enteigneten Objektes der entsprechende Geldbetrag zur Verfügung stehen. Mit dem Entzug ist das betroffene Eigentum von einer konjunkturellen Weiterentwicklung ausgeschlossen². Das rechtfertigt es, im Rahmen einer angemessenen Entschädigung für die Verzinsung den im Verkehr üblichen Zinssatz in Ansatz zu bringen³, der in einem vom jeweiligen Diskontsatz der Bundesbank abhängigen Zinsfuß gesehen werden kann⁴. Die Anwendung des in § 99 Abs. 3 BBauG geregelten Zinssatzes auf unregelmäßige Entschädigungstatbestände ist somit eine verfassungskonforme Berechnung der angemessenen Entschädigung.

Kein Zinsanspruch i. S. d. §§ 246, 248 BGB ist die Entschädigung für den Entzug der Nutzungsmöglichkeit bei einer vorläufigen Besitzeinweisung. Hier ist die Entschädigung in Form der Verzinsung lediglich ein Berechnungsmodus für die zu bewertende Nutzungsmöglichkeit des Grundstückes⁵. Mit diesem "Zinsanspruch"⁶ werden die durch die Besitzeinweisung entstehenden Vermögensnachteile abge-

1 Vgl. Jung NJW 1967, S. 231 ff., 233; BGH NJW 1966, S. 2012 ff., 2013.

2 BGH NJW 1969, S. 1897 f.

3 BGH NJW 1972, S. 447.

4 BGH, a.a.O.

5 BGH NJW 1964, S. 294; Kimminich BK Art. 14 Rdnr. 396.

6 Vergleichbar einem Pachtzins.

golten. Das Verbot des Zinseszinses greift nicht ein. Bei der Bemessung der Entschädigung für die Vollenteignung werden die Nutzungszinsen angerechnet¹.

Die in § 44 SGB-AT enthaltene Regelung, deren Berechtigung im Schrifttum bereits angezweifelt worden ist², erfaßt nicht alle materiell zum sozialen Bereich zählenden Geldleistungen. Der Gesetzgeber hat den Gegenstandsbereich des SGB-AT in Art. I § 18 - 29 und Art. II § 1 SGB-AT konkret aufgezählt. Weder das Lastenausgleichsrecht noch das weitere Wiedergutmachungsrecht³ sollen zum Besonderen Teil des Sozialgesetzbuches gehören und unterfallen damit auch nicht unmittelbar dem Anwendungsbereich des § 44 SGB-AT. Für ihren Ausschluß war der Gedanke entscheidend, daß es sich um nicht auf Dauer angelegte, auslaufende Sozialleistungsbereiche handelt⁴.

1 Kimminich, a.a.O.

2 Vgl. Thieme, in: Wannagat SGB § 44 Rz. 1.

3 LAG i. d. F. v. 1. 10. 1969; Bundesentschädigungsgesetz v. 14. 9. 1965; Bundesvertriebenengesetz i. d. F. v. 3. 9. 1971; Bundesevakuierungsgesetz i. d. F. v. 13. 10. 1961; Heimkehrergesetz v. 19. 6. 1950; Kriegsgefangenenentschädigungsgesetz i. d. F. v. 2. 9. 1971; Häftlingshilfegesetz i. d. F. v. 29. 9. 1969; Flüchtlingshilfegesetz i. d. F. v. 15. 5. 1971.

4 Vgl. Burdenski/von Maydell/Schellhorn, SGB-AT, Einleitung Rdn. 23, 24 und beispielhaft Art. VIII viertes Gesetz zur Änderung des Bundesentschädigungsgesetzes - BEG Schlußgesetz - v. 14. 9. 1965, BGBI. I, S. 1315, wonach Ansprüche nach dem 31. 12. 1969 nicht mehr angemeldet werden können.

Da § 44 SGB-AT nicht unmittelbar bei Geldzahlungsansprüchen nach diesen Gesetzen angewendet werden kann, fragt es sich, ob eine analoge Anwendung dieser Vorschrift in Betracht kommt.

Die Analogie ist das häufigst verwendete Hilfsmittel, um Lücken der gesetzlichen Regelung auszufüllen. Sie wird gemeinhin bestimmt als die Anwendung einer Rechtsfolge eines rechtlich geregelten Sachverhaltes auf einen wesentlich ähnlichen nicht geregelten Sachverhalt¹. Während also die Tatbestandsseite modifiziert wird, bleibt die Rechtsfolge unverändert². Die Heranziehung des § 44 SGB-AT zur Lückenergänzung in den nicht vom Gegenstandsbereich des Sozialgesetzbuches erfaßten obengenannten Rechtsbereichen stößt auf Bedenken. Zwar können nach diesen Gesetzen gewährte Leistungen zu den Leistungen im Bereich des Sozialrechts gezählt werden³, insoweit als auch sie den in § 1 SGB-AT genannten Aufgaben dienen, soziale Gerechtigkeit und soziale Sicherheit zu verwirklichen. Unerheblich ist diesbezüglich auch, daß der ausgeklammerte Bereich ausschließlich zur So-

1 Vgl. die wesentlich übereinstimmenden Definitionen bei Larenz, Methodenlehre, S. 287; Menger, System, S. 68; Schack, Festschrift für Laun, S. 275 ff., 278; Wolff/Bachof, VerwR I § 28 III d.

2 Menger, System, S. 69.

3 Vgl. v. Maydell, DVBl. 1976, S. 1 ff., S. 5; Wertenbruch, in v. Münch, BesVerwR S. 371, 373.

zialversorgung gehört, worunter das Gewähren von Leistungen aus staatlichen Mitteln wegen eines Opfers oder aus sonstigen Entschädigungsgründen zu verstehen ist¹, denn auch der Regelungsbereich des Bundesversorgungsgesetzes unterfällt dieser Grundform des Sozialrechts und wird von den Regelungen des SGB-AT erfaßt².

Andererseits kann nicht durch eine extensive Auslegung der in §§ 3 - 10 SGB-AT genannten Rechte der in Art. II § 1 SGB kasuistisch abgesteckte Gesetzesrahmen erweitert und können nicht zusätzlich vom SGB erfaßte Rechte eingeräumt werden³.

Die Tatsache, daß das Bundesversorgungsgesetz als besonderer Teil des Sozialgesetzbuches gilt, andere Regelungen der sozialen Sicherung dagegen nicht, verdeutlicht beispielhaft, daß der Gesetzgeber den Anwendungsbereich des Allgemeinen Teils des Sozialgesetzbuches beschränkt wissen wollte auf auf Dauer angelegte Bereiche, wohingegen Regelungen mit temporärer Bedeutung bewußt ausgeklammert worden sind⁴. Es erscheint dann methodisch verfehlt, für die ausgeschlossenen Rechtsgebiete, was die konkrete, einen eigenstän-

1 Vgl. Wolff/Bachof, VerwR III § 139 III b.

2 SGB Art. II § 1 Ziffer 11.

3 Zur normativen Relevanz der §§ 3 - 10 SGB-AT vgl. Schnapp/Meyer, DRV 1973, S. 66 ff., S. 78.

4 Ob unter diesen Umständen die im 3. Abschnitt SGB-AT genannten allgemeinen Grundsätze (Anhörnung Beteiligter, Geheimhaltung u. ä.), die letztlich eine Kodifizierung des bisher in Literatur und Rechtsprechung entwickelten Rechts darstellen, für die nicht in Art. II § 1 SGB-AT genannten besonderen Bereich des Sozialrechts entsprechend anwendbar sind, kann wohl vermutet werden.

digen Anspruch begründende Zinsvorschrift des § 44 SGB-AT angeht, von einer "planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes"¹ zu sprechen, denn die Verwendung des Enumerationsprinzips in Art. II § 1 SGB-AT zeigt, daß der Gesetzgeber eine Analogie nicht wollte². Sonst hätte er den Gegenstandsreich mit einer Generalklausel bestimmen können, was aber offenbar aus Gründen der Rechtssicherheit unterblieben ist. Nicht unberücksichtigt bleiben darf in diesem Zusammenhang auch die ausdrücklich³ erklärte Intention des Gesetzgebers, die Verzinsung im Sozialgesetzbuch habe keine präjudizielle Wirkung auf andere Bereiche des öffentlichen Rechts.

Bezogen auf die nicht zum Besonderen Teil des Sozialgesetzbuches gehörenden Gesetze konnte der Gesetzgeber zudem von einer vom BVerwG für das LAG und das Kriegsgefangenenentschädigungsgesetz herbeigeführten Klärung der Zinsfrage ausgehen⁴ und hinsichtlich des BEG von einer abschließenden Normierung⁵. Zur Anwendung des § 44 SGB-AT hätte es deshalb einer ausdrücklichen Regelung durch den Gesetzgeber bedurft.

1 Als Definition der Gesetzeslücke allgemein verwandt, vgl. Canaris, S. 16.

2 Zum Analogieverbot in diesen Fällen vgl. Canaris, S. 184 ff.

3 BT-Drcks. 7/868, S. 30 m § 44.

4 Während das BVerwG einen Anspruch auf Gewährung von Verzugszinsen für verspätet gezahlte Kriegsgefangenenentschädigung aus allgemeinen Erwägungen ablehnte, BVerwGE 14, S. 1 ff., hob das Gericht den Ausnahmecharakter der Verzinsung der Hauptentschädigung nach § 250 Abs. 3 LAG hervor und betonte, schon das verbiete die Übertragung der Zinspflicht auf andere Ausgleichsleistungen des LAG, BVerwGE 21, S. 44 f; 38, 49 ff., 50.

5 Nach der Ansicht von Blessing/Geissler, § 169, S. 801, bezieht sich der Zinsschluß in § 169 Abs. 3 S. 2 BEG nicht nur auf die Kapitalentschädigung, sondern auf alle Geldleistungen des Gesetzes.

Die Einführung einer Verzinsungspflicht von rückständigen Leistungen im Sozialrecht stellt eine Tendenzwende dar¹. Hatte doch das Bundessozialgericht in bisher ständiger Rechtsprechung einen Anspruch auf Verzugs- und sogar Prozeßzinsen im Sozialrecht verneint² und ausgeführt, daß der Gesetzgeber bewußt keine Lücke gelassen habe, die durch entsprechende Anwendung der bürgerlich-rechtlichen Vorschriften über die Verzugszinsen auszufüllen wäre. Es bestehe keinerlei Anhalt dafür, daß der Gesetzgeber die Folge der von ihm getroffenen Regelung, nach der ein Anspruch auf Verzugszinsen nicht besteht, nicht bedacht habe. Diese Folgen seien vielmehr in hohem Grade sinnvoll³. Die ständige Rechtsprechung des Bundessozialgerichts wurde in der Literatur unterschiedlich kommentiert⁴.

Die ablehnende Haltung gegenüber einer Verzinsung im Sozialrecht kommt insbesondere bezüglich eines Anspruchs auf Prozeßzinsen zum Ausdruck. Während in den übrigen Teilrechtsgebieten des öffentlichen Rechts die Gewährung von Prozeßzinsen allgemein anerkannt worden ist⁵, weil § 291 BGB Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes sei, hat das Bundessozialgericht dem Leistungsberechtigten einen Anspruch auf Prozeßzinsen nicht zuerkannt. Der Ge-

1 Vgl. hierzu Burdenski, BlStSozArbR 1975, S. 1365.

2 Vgl. BSGE 22, S. 150 ff.; BSGE 24, S. 16 ff.; 24, S. 118 ff.

3 BSGE 20, S. 150 ff., S. 153.

4 Zustimmung Schwankhardt, in ZfS 1965, S. 405 ff., und in NJW 1970, S. 1301; demgegenüber ist Martens für die Gewährung von Prozeßzinsen eingetreten, vgl. seine Anmerkung zu den Urteilen des BSG v. 16. 12. 1964 und v. 25. 5. 1965 in NJW 1965, S. 1703 und NJW 1965, S. 1198.

5 Vgl. BVerwGE 7, S. 95 ff.; 11, S. 314 ff.

setzgeber habe dadurch, daß er in einigen besonderen Fällen Verzugszinsen vorgesehen habe, deutlich zu erkennen gegeben, daß im übrigen ein Anspruch auf Zinsen mit Einschluß der Prozeßzinsen nicht bestehe. Hierfür spreche auch, daß im Beitrags- und Leistungsrecht die frühere Rechtsprechung¹ keinen Anspruch auf Prozeßzinsen zuerkannt habe und zwar mit solcher Stetigkeit, daß sogar die Meinung vertreten worden sei, es bestehe insoweit Gewohnheitsrecht².

Die Berechnung der Zinsen von rückständigen Leistungen würde schließlich die Versicherungsträger mit einer Menge kleinlicher und vielfach zeitrauender Arbeit belasten³.

Die Argumentationsmethode des Bundessozialgerichts, aus Verzugszinseinzelregelungen des Gesetzgebers in den §§ 397a, 751, 1400 Abs. 3, 1436 Abs. 2 RVO, § 12 Abs. 2, 158 Abs. 2 AFG im Umkehrschluß einen generellen Ausschluß für Verzugszinsen und auch Prozeßzinsen zu begründen, war bedenklich, weil diese den Bürger belastenden Bestimmungen lediglich die dem Gesetzesvorbehalt gemäße Ermächtigungsgrundlage enthalten⁴.

Hinsichtlich der Prozeßzinsen war das "argumentum e contrario" schon nicht geeignet, weil sich über diese Zinsart überhaupt keine gesetzliche Vor-

1 Vgl. Reichsversicherungsgericht, RVGE 3, S. 280 ff.; 12, S. 99 ff., S. 103; Versicherungsamt RVAAN 1894, S. 344, Nr. 13270; 1895, S. 232, Nr. 1426; 1896, S. 172, Nr. 1477; 1910, S. 448, Nr. 2381; 1911, S. 413, Nr. 2476; 1914, S. 819, Nr. 1936.

2 BSGE 24, S. 118 ff.; anderer Ansicht Martens, NJW 1965, S. 1703, 1704; Burdenski, BlStSozArbR 1975, S. 365 ff., S. 366.

3 BSG 22, 150 ff., 154.

4 Vgl. Martens, NJW 1965, S. 1703.

schrift finden ließ und man auch nicht von einem "beredten Schweigen"¹ des Gesetzgebers sprechen konnte. Es hätte vielmehr nahegelegen, in Anbetracht der mittlerweile gefestigten Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu § 291 BGB eine hieran orientierte Prüfung vorzunehmen. Im Übrigen waren die Zweckmäßigungs- und Billigkeits-erwägungen des Bundessozialgerichts im Hinblick auf die Kostenfreiheit im sozialgerichtlichen Verfahren und auf die Lähmung der Verwaltung durch zeitraubende Zinsberechnung² unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten zweifelhaft und in tatsächlicher Hinsicht³ nicht überzeugend.

Gleichwohl war dem Bundessozialgericht im Ergebnis zuzustimmen, daß im Sozialrecht nur in gesetzlich geregelten Fällen ein Anspruch auf Verzugszinsen gewährt werden konnte. Die teilweise Normierung von Verzugszinsen sprach aber wiederum dagegen, von einem rechtsgrundsätzlichen, auf andere Rechtsgebiete übertragbaren Ausschluß zu sprechen⁴.

Gleichermaßen muß es nun fraglich sein, ob, die in unmittelbarem Widerspruch zur früheren Rechtslage erlassene Normierung in § 44 SGB-AT als Konkretisierung eines dem öffentlichen Recht immanenten Rechtsgrundsatzes der Haftung für die verzögerte Erfüllung einer öffentlichen Geldforderung zu betrachten ist⁵.

1 Zu den Voraussetzungen, dieser Art das Gesetz zu berichtigen, vgl. Canaris, S. 40 ff.

2 Dieses Argument wurde verteidigt von Schwankhardt, in NJW 1967, S. 378 ff.

3 Vgl. dazu Martens, NJW 1965, S. 1703 ff., 1704.

4 So auch Schwär, S. 62 - 63.

5 Die Existenz eines solchen Rechtsgrundsatzes soll unter Kap. 4. näher untersucht werden.

Nicht bereits deshalb, weil diese Regelung für die sie handhabende Verwaltung und Rechtsprechung noch neu ist und durch sie mit einer rund 80-jährigen, gegenläufigen Tradition gebrochen wird, denn im Unterschied zum Gewohnheitsrecht kann für die Frage, ob ein positiver Rechtssatz über seinen Anwendungsbereich hinaus eine auch für andere Lebensverhältnisse gültige Interessenlage reflektiert, das Zeitmoment nicht von Bedeutung sein.

Abstrahiert man ~~von~~ § 44 SGB-AT auf seinen maßgeblichen Kerninhalt, so gilt, daß durch die zeitlich fixierte Verzögerung einer fälligen Leistung der dem Sozialleistungsberechtigten entstehende Nachteil durch eine pauschale Verzinsung der Schuldsumme abgegolten werden soll.

Ausdruck eines Rechtsgrundsatzes oder selbst ein Satz solcher Bedeutung kann § 44 SGB-AT sein, wenn er ein der Disposition des einfachen Gesetzgebers entzogenes, tragendes Prinzip der gesamten Rechtsordnung verkörpert¹, sein für Haftungstatbestand und Rechtsfolge maßgeblicher Inhalt aus der Anwendung des Gerechtigkeitsprinzips in Übereinstimmung gebracht werden könnte mit den vom Gesetz bezüglich Verzinsung nicht geregelten Fällen in anderen Teilgebieten des öffentlichen Rechts.

Bedenken an einer grundsätzlichen Bedeutung der Vorschrift im Hinblick auf die Haftung für Leistungsverzögerung im öffentlichen Recht aus dem Umstand, daß der Gesetzgeber nicht - etwa in Ablehnung an die §§ 284, 286 BGB - eine Verschul-

1 So das vom BVerwG, DOV 1973, S. 784, 785, für wesentlich erachtete Argument zur Bestimmung eines Rechtsgrundsatzes; vgl. dazu auch Larenz, Methodenlehre, S. 410 ff., 458; Wolff/Bachof, VerwR I § 25 I.

denshaftung geschaffen hat, die ihrerseits Grundprinzip jeder Haftung sein müsse, ließen sich ausräumen. Zum einen wird auch die zivilrechtliche Haftung im allgemeinen nicht durch Verschulden, sondern durch die Verursachung des schädigenden Erfolges ausgelöst, das Verschulden selbst stellt den Maßstab der Erfolgshaftung dar¹, im besonderen spielt das Verschulden bei der Verzugs haftung wegen §§ 279 und 285 BGB nur eine untergeordnete Rolle, zum anderen gehen auch die herkömmlichen Tatbestände einer unmittelbaren Staatshaftung wie etwa der enteignungsgleiche Eingriff, der Aufopferungsanspruch und der Folgenbeseitigungsanspruch das Erfordernis des Verschuldens nicht vor, schließlich wird das Staatshaftungsrecht de lege ferenda die Unrechtshaftung normieren².

Die Entstehungsgeschichte der Vorschrift läßt erkennen, daß ihr nach dem Willen des Gesetzgebers eine solche Bedeutung nicht zukommen soll. Die Vorschrift war im Gesetzgebungsverfahren umstritten. Während Bundesregierung und Bundestag eine Verzinsung von fälligen Ansprüchen befürworteten, lehnte der Bundesrat eine Verzinsung von rückständigen Sozialleistungen ab³, weil er befürchtete, daß die Einführung der Verzinsung im Sozialrecht ein Präjudiz für das gesamte öffentliche Recht, insbesondere das Steuerrecht, sein könnte.

1 Vgl. Schwär, Diss., S. 89; Erman Battes, § 276, Rz. 5.

2 § 1 EStHG, Gesetzentwurf der Bundesregierung BR-Drcks 215/78.

3 Vgl. BT-Drcks. 7/868, 7/3738 und 7/4067 zu Art. I § 44 BR-Drcks. 395/75 und 600/75 zu Art. I § 44.

Hierzu heißt es in der Begründung zum Entwurf eines Sozialgesetzbuchs - Allgemeiner Teil -, daß "wegen der besonderen Aufgabe und Funktion von Sozialleistungen die Regelung der Verzinsung im Sozialgesetzbuch keine präjudizielle Wirkung für das Steuerrecht oder andere Bereiche hat"¹. Was Aufgabe und Funktion der Vorschrift angeht, so dient sie - wie die anderen Normierungen des SGB-AT - der Konkretisierung des Sozialstaatsprinzips und des Gleichbehandlungsgrundsatzes². Dem Gerechtigkeitsgebot im Sozialrecht wird mit dieser Vorschrift insoweit Genüge getan, als bisher teilweise rückständige Leistungen des Bürgers, nicht aber rückständige Leistungen der Verwaltung zu verzinsen waren. Durch das Gesetz v. 27. März 1923³ wurde in die RVO ein neuer Paragraph 397a eingefügt, wonach Arbeitgebern, die mit der Zahlung der Beiträge für Beschäftigte im Verzug waren, ein Zuschlag zu den Beiträgen auferlegt wurde. Das Rentenversicherungs-Neuregelungsgesetz 1957 räumte den Krankenkassen das Recht ein, einen einmaligen Säumniszuschlag in Höhe von 2 % der rückständigen Beiträge zu erheben. Dazu wurde die Regelung über die Säumniszuschläge auf die Rentenversicherung ausgedehnt⁴, und nach § 1400 Abs. 3 RVO konnten vom Arbeitgeber, der länger als 3 Monate mit Beiträgen im Verzug war, neben dem einmaligen Säumniszuschlag Zinsen in Diskontsatzhöhe erhoben werden.

1 BT-Drcks. 7/868 S. 30 zu § 44

2 Vgl. BT-Drcks. 7/868, S. 30 zu § 44; Burdenski BLSZArbR 1975, § 365 ff., 366.

3 RGL. I 1923, S. 225.

4 Vgl. § 1400 RVO i. d. F. ArVnG v. 23. 2. 1957, RGL. I 1957, S. 45; § 122 AVG i. d. F. des AnVnG v. 23. 2. 1957, RGL. I 1957, S. 588.

Mithin hatte sich seit 1923 die gesetzliche Situation, die die Gleichbehandlung zwischen Anspruchsberechtigten und Leistungsträgern vorsah - keinerlei Zinsanspruch weder für rückständige Leistungsansprüche der Berechtigten noch für rückständige Beitragsansprüche der Sozialleistungsträger - zugunsten der Leistungsträger verschoben.

Das Bundessozialgericht hatte hierin keinen Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz gesehen und in ständiger Rechtsprechung Verzugszinsansprüche der Beitragszahler abgelehnt¹, hingegen Zinsansprüche von Leistungsträgern sogar über den normierten Anwendungsbereich hinaus mit entsprechender Anwendung der §§ 284 ff. BGB anerkannt².

§ 44 SGB-AT erfüllt insoweit eine sozialpolitische Forderung und bringt eine notwendige Klarstellung der Rechtslage³.

Es scheint auch nicht der mit sozialen Geldleistungen verfolgte Zweck für eine Gleichstellung mit den bürgerlichen Verzugsnormen zu sprechen. Die Geldleistungen des bürgerlichen Rechts werden in der Regel neutral geleistet, d. h. sie dienen zwar dem Erfüllungsinteresse des Empfängers, aber nicht unter dem Gesichtspunkt einer bestimmten Zweckverfolgung. Das Zivilrecht kann daher jede Geldleistung als im Wirtschaftsleben zinstragendes Kapital ansehen und seine Vorenthaltung als Verlust der Anlage betrachten. Die sozialen Geldleistungen dienen dagegen besonderen Zwecken, sie sind in erster Linie zur Befriedigung der lau-

¹ Vgl. etwa Urteil v. 26. 1. 1967, Breithaupt 1967, S. 737.

² BSGE 35, S. 78 ff.

³ Hauck/Haines SGB I K 44 Rz. 2.

henden dringenden Lebensbedürfnisse bestimmt und werden im allgemeinen sofort verbraucht, so daß sie in der Regel nicht zinsbegründend angelegt werden. Der dem § 288 BGB zugrunde liegende Gedanke, den Gläubiger durch Zinsen für entgangene Nutzung zu entschädigen, trifft daher in der Regel nicht zu¹.

Andererseits ist - ebenfalls eine Besonderheit sozialer Geldleistungen - zu berücksichtigen, daß diese vielfach die Lebensgrundlage des Leistungsberechtigten bilden. Ihre verspätete Auszahlung kann dazu führen, daß der Leistungsberechtigte gezwungen ist, Ersparnisse aufzulösen, Kredite aufzunehmen oder sich in seiner Lebensführung einzuschränken². Wenn auch in vielen Fällen der Lebensunterhalt bis zum Beginn der beantragten Sozialleistung durch andere öffentliche Mittel wie Krankengelder, Vorschußzahlungen und Sozialhilfe gewährleistet sein sollte, erscheint es doch gerechtfertigt, die Nachteile, die den Leistungsberechtigten durch Vorenthaltung von Sozialhilfe entstehen, durch pauschalisierte Verzinsung auszugleichen. Schließlich sprechen die Fassung der Vorschrift und ihre Stellung im Gesetz dafür, daß es sich trotz der Eliminierung der Verschuldensvoraussetzung um einen Fall der Leistungsstörung regelnde Norm handelt. In der amtlichen Begründung heißt es, daß die durch verspätete Auszahlung dem Leistungsberechtigten entstehenden Nachteile ausgeglichen werden sollte, "da auf Sozialleistungen beim Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen ein Rechtsanspruch besteht"³. Demgemäß tritt eine Haftung nach § 44 SGB-AT nur bei fälligen Ansprüchen ein. Wann einem Leistungsbe-

¹ Vgl. Thieme, in: Wannagat, SGB § 44 Rz. 1.

² Vgl. amtliche Begründung, BT-Drcks. 7/868, S. 30, § 44.

³ BT-Drcks. 7/868, S. 40 zu § 44.

rechtigten ein Rechtsanspruch entsteht und wann eine Geldleistung fällig wird, ist in den §§ 38 und 41 SGB-AT geregelt. Den Verzugsvoraussetzungen entsprechend werden daher nicht die Verzögerungen erfaßt, die vor der Fälligkeit eintreten, wenn etwa der Leistungsträger die Begründung einer in sein Ermessen (§ 39 SGB-AT) gestellten Geldleistung hinauszögert oder pflichtwidrig ablehnt.

Zwischenergebnis zum 2. Kapitel

Vergleicht man von den genannten Regelungen diejenigen, die eine Verzinsung ausschließen, mit denen, die Zinsansprüche normieren, so ergibt die Gegenüberstellung zunächst in zeitlicher Hinsicht, daß eine gesetzgeberische Tendenz weder in dem einen noch in dem anderen Fall festzustellen ist. Vielmehr hat der Gesetzgeber je nach der Typik des Rechtsgebietes beinahe gleichzeitig entweder den spezifischen Interessen der Verwaltung (Steuerrecht, Beamtenrecht) oder den wirtschaftlichen Bedürfnissen des einzelnen (Sozialrecht, Enteignungsrecht) den Vorzug gegeben. Daß aber auch hierbei keine durchgehende Systematik beobachtet wurde, macht der Vergleich zwischen Steuerrecht und Sozialrecht deutlich. Die Zweckmäßigkeitserwägungen und wirtschaftlichen Gesichtspunkte, die den Gesetzgeber bewogen haben, von einer Vollverzinsung im Steuerrecht zunächst abzusehen, haben ihn im Sozialrecht nicht daran gehindert, eine von der Rechtsprechung, gerade aus diesen Gründen, bekämpfte Verzinsung einzuführen. Im übrigen wäre in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, daß die vom Bundesverwaltungsgericht bejahte Prozeßverzinsung die Praxis - soweit ersichtlich - auch nicht vor unüberwindliche Berechnungsschwierigkeiten gestellt hat.

All dies deutet darauf hin, daß die "ratio" des Gesetzgebers, die in den einzelnen Normen zum Ausdruck kommt, einer sondergesetzlichen Interessenlage Rechnung trägt, nicht aber einem allgemeingültigen Haftungssystem für Leistungsstörung.

Drittes Kapitel

Die Haftung für Verzug im öffentlichen Recht nach den überkommenen Anspruchsgrundlagen

Wenn eine Geldforderung infolge von Untätigbleiben der Verwaltung oder infolge eines Rechtsstreites mit Verzögerung ausgezahlt wird, kann durch Zinsverlust und andere Umstände der Wertverlust der Leistung im Verhältnis zu einer rechtzeitig erbrachten Leistung erheblich sein und der Antragsteller (Leistungsempfänger) unter Umständen in unzumutbarer Weise beeinträchtigt werden¹.

Erst wenn die Benachteiligung des Betroffenen - von zumutbaren, nach rechtsstaatlichen Grundsätzen vertretbaren Beeinträchtigungen abgesehen², ausgeglichen wird, kann der mit der Leistung verfolgte wirtschaftliche und soziale Zweck als nach rechts- und sozialstaatlichen Grundsätzen erreicht angesehen werden³.

Bei der Frage nach einem selbständigen, dem Privatrecht entsprechenden Haftungssystem ist zunächst zu prüfen, ob die überkommenen Haftungsinstitute für Staatsunrecht die öffentlich-rechtliche Leistungsverzögerung erfassen.

- 1 z. B. der nichtbeschiedene BaFÖG-Empfänger, der Rentenberechtigte, der Empfänger einer Subvention.
- 2 Schon § 74 der Einleitung zum ALR bestimmte: "Einzelne Rechte und Vorteile der Mitglieder des Staates müssen den Rechten und Pflichten zur Förderung des gemeinschaftlichen Wohls nachstehen, wenn zwischen beiden ein wirklicher Widerspruch eintritt"; vgl. hierzu auch BVerwG (DVBL. 1963, S. 503 ff., 506: ein Beamter hat die Verzögerung hinzunehmen, falls sich diese in erträglichen Grenzen hält.
- 3 so ausdrücklich Schwär, Diss., S. 30.

§ 1 Der Amtshaftungsanspruch

A. Funktion und Eigenart der Amtshaftung

In dem aus mehreren Anspruchsgrundlagen bestehenden System der öffentlich-rechtlichen Ersatzleistungen¹, regelt die Amtshaftung den Ersatz für Schäden, wenn eine Person, deren Handeln dem Staat oder einem sonstigen Träger öffentlicher Verwaltung zugerechnet wird, ihr dem Geschädigten gegenüber bestehenden Amtspflichten schuldhaft verletzt hat und dadurch ein Schaden entstanden ist. Die Eigenart der Amtshaftung besteht darin, daß die Haftung, anders als bei der Haftung aus Enteignung oder Aufopferung, nicht originär dem Staat zuzurechnen ist. Vielmehr übernimmt der Staat eine im bürgerlichen Gesetzbuch konzipierte deliktische Haftung des hoheitlich handelnden Beamten². Der Staat haftet nur insoweit, als der Beamte nach § 839 BGB haften würde, wenn er unmittelbar in Anspruch genommen werden könnte.

Umfang und Grenzen der Amtshaftung ergeben sich aus einer Zusammenschau des Art. 34 GG und des § 839 BGB. Nach der sich aus der Verfassungsnorm ergebenden Voraussetzung des Handelns in Ausübung eines öffentlichen Amtes ist der Staat zum Schadenersatz verpflichtet, wenn ein Amtswalter die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht schuldhaft verletzt.

Im System des zivilrechtlichen Deliktrechts ist § 839 BGB eine Spezialbestimmung gegenüber den allgemeinen Deliktvorschriften der §§ 823 ff. BGB.

1 Vgl. zum Begriff Bender, Staatshaftungsrecht, Rdn. 1.

2 Vgl. Dagtoglou BK Art. 34 Rdn. 1; Bender Rdn. 169; Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, S. 5/6.

§ 839 BGB schließt die Tatbestände der §§ 823 ff. aber insofern ein, als eine Amtspflichtverletzung jedenfalls dann immer vorliegt, wenn die Voraussetzungen einer unerlaubten Handlung im Sinne dieser Bestimmungen erfüllt sind¹.

B. Die Pflicht zur raschen Sachentscheidung

Ein Verzinsungsanspruch wegen verspäteter Erfüllung einer öffentlich-rechtlichen Geldforderung gem. Art. 34 GG i. V. m § 839 BGB kommt in Betracht, wenn die Verzögerung der Geldleistung die Verletzung einer einem Dritten gegenüber obliegenden Amtspflicht darstellt.

Was zu den Amtspflichten zu rechnen ist, ergibt sich ebenso wie ihr Inhalt und Umfang aus den auf die Amtsfunktionen bezogenen allgemeinen und besonderen Rechtssätzen und aus amtlichen Anordnungen². Die Amtspflicht muß dem Dritten gegenüber obliegen (Dritter ist gleich Anspruchsteller, Geschädigter). Das ist der Fall, wenn die Amtspflicht wenigstens auch den Zweck verfolgt, die Interessen des Dritten zu schützen³.

Die Amtspflicht einer Behörde, die einem Dritten geschuldete Geldleistung in angemessener Frist und rechtzeitig auszuzahlen, ist nicht generell geregelt. Es läßt sich jedoch allgemein sagen, daß ein Träger hoheitlicher Gewalt zur "raschen Sachentscheidung"⁴ verpflichtet ist.

1 So BGHZ 16, S. 11 ff., S. 113.

2 So Bender, Staatshaftungsrecht, S. 146 ff.; Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, S. 36; Palandt-Thomas, § 839 Anm. 4a.

3 Vgl. BGH NJW 1971, S. 1699; BGH NJW 1974, S. 1764, 1765; Wolff/Bachof, VerwR I § 64 I b; Palandt-Thomas, § 839 Anm. 5a.

4 So Kopp, VwGO, § 75 Anm. 4; Dagtoglou BK Art. 34 GG, Rdn. 128.

"Im Rechtsstaat ist es grundsätzlich Amtspflicht jeder Behörde, an sie gestellte Anträge innerhalb einer angemessenen Frist zu bearbeiten und nach Abschluß einer ordnungsgemäßen Prüfung ungesäumt zu entscheiden"¹.

Dieser Grundsatz kommt in einigen spezialgesetzlichen Regelungen, z. B. § 19 Abs. 4 BBauG; § 32 Wasserstraßengesetz, zum Ausdruck. Mit § 17 Abs. 1 Ziff. 1 SGB-AT hat er für ein umfangreiches Gebiet öffentlicher Geldleistungen eine Normierung gefunden.

Im Verwaltungsverfahrensgesetz ist das Prinzip nicht ausdrücklich genannt, gilt jedoch in § 10 S. 2 Verwaltungsverfahrensgesetz durch die dort normierten Anforderungen "Einfachheit" und "Zweckmäßigkeit" mit geregelt². Der Grundsatz der einfachen und zweckmäßigen Verfahrensdurchführung ist ein einheitliches Verfahrensprinzip, das die Maximen der Beschleunigung und Konzentration mitumschließt³.

Gleichrangig dazu gehört eine sachgerechte Abwägung aller auf dem Spiel stehenden Belange, so wie es der Behörde ohne Nachteil für die gebotene Gründlichkeit möglich ist. "Es kann in der Regel nicht verlangt werden, daß Anträge von einer Behörde sofort erledigt werden, vielmehr besteht nur die Pflicht, einen Antrag mit der im Einzelfall entsprechend gebotenen Beschleunigung zu bear-

1 BGH MDR 1964, S. 300; vgl. ferner BGH NJW 1955, S. 297 ff.; Kopp, Verfassungsrecht und Verwaltungsverfahrenrecht; S. 110 ff.; Kopp, VerwGO, Anm. 4 zu § 75.

2 So Knack/Clausen, § 10 Rdn. 3.7; Ule/Laubinger, S. 192.

3 Vgl. Knack/Clausen, § 10 An. 3.6 und 3.7; Wolff/Bachof, VerwR III § 156 IVa.

beiten. Dabei bestimmt sich die Frage, welche Frist angemessen ist oder welche Beschleunigung geboten ist, nicht allein nach den Interessen des Antragstellers oder des durch die erbetene Entscheidung betroffenen einzelnen, sondern auch nach dem Interesse der Verwaltung an ihren ordnungsgemäßen Funktionen, d. h., daß eine den Einzelfall betreffende sachgerechte Entscheidung ausreichend vorbereitet und ermöglicht wird"¹.

Die Pflicht zur raschen, unverzügerten Sachentscheidung dient also neben dem Interesse an einer leistungsfähigen Verwaltung gerade auch den Interessen des Bürgers. Wenn schon die Verwaltung im Hinblick auf Art. 19 Abs. 4 GG einen Rechtsbehelf nicht beliebig verzögern darf², muß dies a fortiori für die mit dem Rechtsbehelf begehrte Handlung gelten³. Nicht zugestimmt werden kann deswegen der amtlichen Begründung zu § 10 VerwVfG⁴, der Grundsatz des einfachen und zweckmäßigen Verfahrens habe nur die Bedeutung eines Programmsatzes⁵. Die Pflicht zur raschen Sachentscheidung ist deshalb eine Amtspflicht im Sinne des Art. 34 GG i. V. m. § 839 BGB.

1 BGH MDR 1964, S. 300.

2 Ule, DVBl. 1959, S. 537 ff., 539.

3 So auch Kopp, DÖV 1967, S. 843 ff., 844.

4 Abgedruckt bei Tschira/Schmitt-Glaser, VerwVfG Begründung des Entwurfes zum VerwVfG 1973, § 10.

5 So auch Knack/Clausen, § 10 Rdn. 3; wie hier auch Kopp, VerwVfG, § 10 Anm. 1; Ule/Laubinger, S. 92, der Grundsatz hat rechtsnormativen Charakter, da seiner Beachtung eben nicht nur verwaltungsinterne Relevanz beizumessen ist.

C. Die Entwicklung der Rechtsprechung zu Verzinsung von öffentlichen Geldforderungen unter den Voraussetzungen des Amtshaftungsrechts

Die ältere Rechtsprechung hatte die Frage, ob öffentlich-rechtliche Geldforderungen zu verzinsen sind, uneinheitlich entschieden.

Das Bundesamt für Heimatwesen¹, der Verwaltungsgeschichtshof Bayern² und das Sächsische Obergerverwaltungsgericht³ haben einen Anspruch auf Verzugszinsen anerkannt, während ihn der Badische Verwaltungsgerichtshof⁴ abgelehnt hat. Das Preußische Obergerverwaltungsgericht hat zwar in ständiger Rechtsprechung⁵ die Verzinsung von Erstattungsansprüchen abgelehnt, aber mindestens teilweise einen Anspruch auf Verzugszinsen bejaht⁶.

Das Reichsgericht hat Verzinsungsansprüche auch für das öffentliche Recht grundsätzlich gewährt⁷ und die bürgerlich-rechtlichen Verzugsvorschriften auch für Rückforderungsansprüche angewandt⁸.

1 Urteil vom 22. 12. 1906, Entscheidungsband 39, S. 77; vom 18. 9. 1918, Band 55, S. 93 ff., 96.

2 Bayrische VGHE a. F. 7 S. 315; 11, S. 436 ff., 441; 23, S. 6 ff., 9.

3 Sächsisches Obergerverwaltungsgericht, Jahrbuch 14, S. 97.

4 Badischer VGH Reger, Entscheidungen Band 35, S. 70.

5 OVGE 28, S. 115; 37, S. 90 ff., 95; 71, S. 288 ff., S. 306; 76, S. 390 ff., S. 409.

6 OVGE 37, S. 378; 43 S. 193; 67, S. 211, S. 214.

7 RGZ 72, S. 368 ff., 269; RGZ 92, S. 376 ff., 379.

8 Recht 1913, Nr. 2851; RGZ 92, S. 376 ff., 397: "Die Heranziehung der Bestimmungen des bürgerlichen Rechts zur Zahlung von Zinsen und insbesondere von Verzugszinsen ... entsprechend der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts".

Später haben dann das OVG Lüneburg¹ und das OVG Koblenz² ebenfalls und teilweise unter Berufung auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts³ die Anwendung der bürgerlich-rechtlichen Zinsvorschriften bejaht.

Im Urteil vom 27. 6. 1957⁴ führte das OLG München aus, die den §§ 284, 285 BGB zugrunde liegende Regelung, der Schuldner habe für eine schuldhaftige Leistungsverzögerung einzustehen, sei ein allgemeiner, nicht auf bürgerlich-rechtliche Forderungen beschränkter Rechtsgedanke. Der Eintritt der Verzugsfolgen sei unabhängig von der Rechtsnatur des Hauptanspruches.

Die aus der älteren Rechtsprechung erkennbare grundsätzliche Anwendung der §§ 284 ff. BGB auf öffentlich-rechtliche Zinsansprüche bei fehlender gesetzlicher Grundlage hat das Bundesverwaltungsgericht mit der bereits oben zitierten Entscheidung in BVerwGE 14, S. 1 ff. unterbrochen.

"Die bei der Abwicklung (von) Über- und Unterordnungsverhältnissen entstehenden Schäden, einschließlich der durch die verzögerte Abwicklung verursachten Schäden, sind nach Art. 34 GG und § 839 BGB zu beurteilen und im Rechtsweg zu den Zivilgerichten geltend zu machen"⁵.

1 ZMR 1957, S. 100 ff., 103.

2 ASRh-Pf Band 1 (1954), S. 313 ff., 317.

3 OVG Lüneburg, a.a.O.

4 MDR 1957, S. 740.

5 BVerwGE 14, S. 1 ff., 3, 4; so auch BVerwG vom 18. 5. 1973 in NJW 1973, S. 1854.

Der vom Bundesverwaltungsgericht eingeschlagene Weg, Verzugsschäden allenfalls nach den Voraussetzungen der Amtshaftung auszugleichen, offenbarte bald die dem geltenden Amtshaftungsrecht grundsätzlich innewohnenden Widersprüche und die unzumutbare Zersplitterung der Rechtswege.

Bei einer öffentlich-rechtlichen Streitigkeit, bei der der Kläger Schadenersatz wegen Verzögerung nicht aus Amtspflichtverletzung, sondern wegen der Verletzung von öffentlichen Pflichten aus einem öffentlich-rechtlichen Verhältnis anderer als vertraglicher Art begehrte, hat das Bundesverwaltungsgericht in seiner Entscheidung vom 17. 2. 1971¹ den im Streit befindlichen Verzugsanspruch deshalb an das ordentliche Gericht nach § 40 Abs. 2 S. 1 i. V. m. § 41 Abs. 3 VwGO verwiesen, weil ein aktueller Zusammenhang mit dem Amtshaftungsanspruch bestünde².

Danach ist der Kläger, der den (Haupt-)Erfüllungsanspruch und den (Neben-)Verzugsanspruch getrennt geltend macht, gezwungen, zwei Rechtswege zu bestreiten. Ob dies allerdings auch der Fall ist, wenn der (Neben-)Zinsanspruch gleichzeitig mit dem gem.

¹ DVBl. 1971, S. 412 ff. = BVerwGE 37, S. 231 ff.

² Vgl. auch die ähnlich lautende amtliche Begründung zu § 40 VwGO, BT-Drucks. 3/1904. In diesem Zusammenhang soll noch erwähnt werden, daß das OVG Münster (DVBl. 1972, S. 614 ff.) noch weiter differenziert. Danach sind Schadenersatzansprüche aus vertraglicher Haftung wegen ihrer Sachnähe zum Erfüllungsanspruch dem Rechtsweg vor dem Verwaltungsgericht zugeordnet, dagegen Ansprüche aus sic wegen der engeren Sachnähe zum Schadenersatzanspruch aus Amtspflichtverletzung dem Zivilrechtsweg zugewiesen.

§ 40 Abs. 1 VwGO vor die Verwaltungsgerichte gehörenden Hauptanspruch aus einem öffentlich-rechtlichen Verhältnis begehrt wird, ist - soweit ersichtlich - noch nicht entschieden. Den obiter dicta des Urteils vom 17. 2. 1971 kann aber entnommen werden, daß es in diesen Fällen beim Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten bleiben soll¹.

Abgesehen davon, daß sich das Bundesverwaltungsgericht der dogmatischen und argumentativen Schwierigkeiten weitgehend begeben hätte, wenn es das im Streit befindliche Rechtsverhältnis als öffentlich-rechtliches Schuldverhältnis und die Schadenersatzbegründende Verzögerung als Forderungsverletzung beurteilt hätte, ist nicht einsichtig, daß die Trennung der Rechtswege davon abhängen soll, ob Haupt- und Nebenanspruch gleichzeitig oder nacheinander geltend gemacht werden. Das weiteren aber setzt sich das Bundesverwaltungsgericht mit seiner These, bei gleichzeitigen Anspruchsbegehren sei der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten geöffnet, in Widerspruch zu seiner ansonsten vertretenen Ansicht, über Verzugs- bzw. Verzugszinsansprüche hätten die ordentlichen Gerichte nach Art. 34 GG i. V. m. § 839 BGB zu entscheiden.

D. Kritische Würdigung

Die mangelnde Unmittelbarkeit der Staatshaftung wird bei Leistungsverzögerungen besonders problematisch, denn für den (Erfüllungs-)Hauptanspruch haftet der

¹ "Das die Klägerin, wenn die Beklagte auch den Unterhaltszuschuß nicht gezahlt hätte, den Hauptanspruch vor den Verwaltungsgerichten, den Nebenanspruch dagegen vor dem ordentlichen Gericht einzuklagen müßte, kann gewiß nicht als angemessen angesehen werden." BVerwG DVBl. 1971, S. 412 ff., 414.

Staat unmittelbar, wohingegen es bei dem Verzögerungsanspruch, bei dem letztlich die Verletzung des Hauptanspruches in Frage steht¹, um die Übernahme einer im BGB zivilrechtlich normierten deliktischen Verantwortung des Beamten durch den Staat geht. Die Amtshaftung knüpft an das schuldhaft pflichtwidrige Verhalten einer natürlichen Person, nicht aber an das rechtswidrige Verhalten des Staates oder einer sonstigen juristischen Person des öffentlichen Rechts an. Diese personale Konstruktion der Amtshaftung wird als deren Hauptmangel betrachtet und hat Anlaß zu Kritik und den augenblicklich im Gesetzgebungsverfahren befindlichen Reformbestrebungen gegeben².

De lege lata ist die Amtshaftung vom Gesetzgeber als befreiende Haftungsübernahme des Staates konstruiert. Es handelt sich um eine mittelbare Staatshaftung³, die nicht durch die Verletzung staatlicher Rechtspflichten, sondern durch die dem Amtswalter obliegenden Amtspflichten ausgelöst wird. Haftungssubjekt ist mithin der Staat oder eine öffentlich-rechtliche Körperschaft, während Zurechnungssubjekt für die den Ersatzanspruch begründende Pflichtwidrigkeit der handelnde Amtswalter ist⁴.

1 Vgl. BGHZ 19, S. 1., S. 5.

2 Vgl. dazu im einzelnen die Übersichten bei Heidenhain, Amtshaftung, S. 15; Bender, Staatshaftungsrecht, S. 139; Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, S. 2 ff.

3 Vgl. Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, S. 5; Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht I § 64 IIa.

4 Vgl. Bender, Staatshaftungsrecht, S. 68.

Die Begründung der Staatshaftung mit der Haftung, die den Amtswalter, quasi als Privatperson treffen würde, hat die Konsequenz, daß der Amtshaftungsanspruch nur solche Forderungen erfassen kann, die auch der Beamte selbst als Privatperson erfüllen könnte¹, und als weitere Folge, daß der Staat nur unter den Voraussetzungen haftet, unter denen auch der Beamte persönlich haften würde, womit ihm also alle Haftungsvorteile zugute kommen, die auf die Person des Amtswalters zugeschnitten sind. Die dem noch geltenden Staatshaftungsanspruch zugrunde liegende Amtspflichtwidrigkeit erweist sich gerade bei der Anspruchsverletzung, die aus verzögerter Erfüllung des (Haupt-)Geldzahlungsanspruches resultiert, als dogmatisch unbefriedigend. In dem nach Antragstellung des Leistungsbegehrenden entstehenden Rechtsverhältnis ist Leistungsverpflichteter allein der Träger hoheitlicher Gewalt, dem die Erfüllung des Anspruches rechtssatzmäßig zugewiesen ist. Seine Erfüllungshandlung bewirkt die im öffentlichen Interesse stehende Befriedigung des Antragstellers.

Der im Streit befindliche Anspruch und die ihm korrespondierende Pflicht der Verwaltung ergeben sich, da sie nur aus Rechtssätzen entspringen können, aus dem Außenrechtsverhältnis Bürger - Staat². Allein dieses Rechtsverhältnis ist Maßstab für die Beurteilung, ob der Anspruch des Klägers von der Verwaltung zu erfüllen ist. Es wäre nur folgerichtig, wenn die neben der Erfüllung des Anspruchs durch eine Verzögerung der

1 Hierzu ausführlich die Entscheidung des BGH zum Widerruf amtlicher ehrenkränkender Behauptungen in BGH 34, S. 99 ff. = NJW 1961, S. 658 ff.

2 Vgl. Rupp, Grundfragen, S. 266 ff.

begehrten Handlung eingetretene Rechtsverletzung ebenfalls ausschließlich nach den Kriterien des Außenrechtsverhältnisses beurteilt würde, nicht unbedingt schon deshalb, weil das durch Ablehnung oder Unterlassung primär verletzte Recht identisch wäre mit dem in Reaktion dazu entstandenen weiteren relativen Anspruch¹, vielmehr weil durch die "sekundäre" Pflichtwidrigkeit, die die Rechtsverletzung voraussetzt, keine Änderung der Rechtsbeziehungen eingetreten sein kann.

Wird der Ausgleich des sekundär entstandenen Anspruchs nicht nach Maßstäben beurteilt, die für die auf Rechtssätzen beruhenden Rechtspflichten gelten, sondern nach Amtspflichten, die ihre Prägung von der Funktion der Aufgabentätigkeit des Amtswalters gegenüber dem Staat als Dienstherrn erfahren, verläßt man das Außenrechtsverhältnis und begibt sich in das Innenrechtsverhältnis zwischen Staat und seinem Amtswalter. Es wird mithin eine Rechtsbeziehung beurteilensrelevant, die bei der Rechtsfrage nach der Erfüllung des Primäranspruchs ohne Bedeutung war².

Hieran ändert auch nicht, daß bestimmte - die Pflicht zur raschen Sachentscheidung zählt wie oben erwähnt hierzu - Amtspflichten als externe, d. h. im Sinne des § 839 BGB "Dritten gegenüber obliegende", Amtspflichten gelten, denn wird die aus einer extern bestehenden Amtspflicht herrührende Pflichtwidrigkeit gleichgesetzt mit der Rechtswidrigkeit dergestalt, daß Amtspflichtverletzung und Rechtsverletzung durch die Verwaltung erfüllt

1 Vgl. Hoffmann, Abwehranspruch, S. 62.

2 So Bender, Staatshaftungsrecht, S. 188.

würden, was teilweise vertreten wird¹, gelangt man zu einer objektiven Staatshaftung. Art. 34 GG konstituiert jedoch die privative Übernahme der Pflichtwidrigkeit mindestens eines Amtswalters, somit eine subjektive Staatshaftung².

Das Verlassen des Außen- und der Eintritt in das Innenrechtsverhältnis kann zu Inkongruenzen im übrigen Verwaltungsrecht führen, die nicht mehr angemessene Ergebnisse produzieren. So ist etwa die zunächst erfolgte Ablehnung oder Unterlassung einer beantragten Geldleistung rechtswidrig, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen für ihre Bewirkung vorlagen. Dagegen ist die Amtshandlung nicht amtspflichtwidrig und kann aus der Verzögerung kein Schadenersatzanspruch begründet werden, wenn der Amtswalter den Gesetzesverstoß nach Weisung begangen hat und nach Beamtenrecht eine Befolgungspflicht bestand.

Zwar werden die Amtspflichten für den Regelfall ausgefüllt durch die staatlichen Rechtspflichten, auch sind die Bemühungen der Rechtsprechung, eine Kongruenz von Amtspflichtwidrigkeit und Rechtswidrigkeit über eine Erweiterung externer Amtspflichten herzustellen, unverkennbar³, dennoch ist die Feststellung der Rechtswidrigkeit und des Rechtspflichtverstoßes relativ, "sie ist abhängig von der jeweils zu beurteilenden Rechtsrelation"⁴.

1 Vgl. Dagoglou, BK Art. 34, Rdn. 145.

2 Vgl. Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, S. 37.

3 Vgl. etwa BGH NJW 1971, S. 2222; BGH NJW 1965, S. 911; BGHZ 65, S. 196 ff., S. 200.

4 So Papier, JZ 1975, S. 585 ff., 588. Papier führt an der zitierten Stelle aus, daß nur dann, wenn die staatliche Rechtspflicht identisch ist mit der Amtspflicht, wenn Staatsunrecht unmittelbar sanktioniert wird, der Verstoß gegen relative Pflichten der öffentlichen Gewalt umfassend ersetzt wird.

Die Haftung für Amtspflichtverletzungen ist im Zusammenhang der §§ 823 ff. BGB geregelt. Die Verantwortlichkeit, die Art. 34 GG meint, ist die sich aus § 839 BGB ergebende Haftung. Sie bildet also einen - allerdings öffentlich-rechtlichen - Unterfall der unerlaubten Handlung.

Versucht man den im BGB bewußt begrenzten Anwendungsbereich der Deliktshaftung durch eine Ausdehnung der Amtshaftung auf nicht deliktische Pflichtverstöße auszudehnen, müssen rechtssystematische Schwierigkeiten die Folge sein¹. Neben den bereits oben erwähnten ergeben sich weitere Ungeheimheiten bei der Rechtsfolgenanordnung der Art. 34 GG, § 839 BGB.

Die Amtshaftung gewährt dem Beeinträchtigten zwar vollen Schadenersatz, die Deliktstatbestände des BGB normieren jedoch - abgesehen von dem für die fraglichen Fälle verzögerlicher Geldleistungen nicht eingreifenden § 849 BGB - keinen Zinsanspruch.

Verzugszinsen werden als Ersatz für die Entbehrung und verhinderte Nutzung eines Kapitals durch den Gläubiger geschuldet². Daß es sich bei Verzugszinsen ihrem Charakter nach um Schadenersatz handelt³, schließt nicht aus, daß sie als Nebenleistungen einer auf Gattungsschulden oder Geld gerichteten Hauptschuld erfüllt werden. Die Zinsschuld muß, um als solche qualifiziert zu werden, sich als Ertrag der Hauptschuld darstellen, also zu ihren Früchten gehören, was bedeutet, daß der Zinsertrag unter Erhaltung der Hauptforderung ge-

1 Vgl. dazu im einzelnen Papier, Forderungsverletzung, S. 23 ff.

2 Staudinger-Weber, Vorbem. §§ 246 bis 248 BGB Rdn. 2; Larenz § 12 II; Soergel-Schmidt § 246 Rdn. 2.

3 Vgl. Staudinger-Weber, § 288 Anm. 8.

wonnen wird. Daher ist die Zinsschuld neben der Hauptschuld selbständig zu zahlen. Dieses Erfordernis ergibt sich aus dem Gedanken, daß Zinsen eine Vergütung für die Benutzung des Kapitals enthalten. Damit steht keinesfalls im Widerspruch, wenn die Zinsen zugleich zum Inhalt eines Schadenersatzanspruches gehören. Der Schaden besteht bei der verzögerten Erfüllung einer Geldleistung darin, daß dem Gläubiger das Kapital entzogen war, und dieser Schaden wird dadurch ersetzt, daß dem Gläubiger eine Vergütung für die fehlende Nutzung gewährt wird, also schließen sich die Begriffe Zinsen und Schadenersatz nicht aus. Deshalb sind auch die Verzugszinsen als wirkliche Zinsen anzusehen¹.

Dagegen kann im Deliktsrecht nur der deliktische Anspruch auf Schadenersatz Hauptschuld sein und verzinsbar, nicht dagegen der Erfüllungsanspruch². Zinsen sind, wie bereits erwähnt, begrifflich Früchte eines Rechtes, und zwar Früchte einer Forderung auf Leistung einer Summe Geldes oder anderer vertretbarer Sachen. Diese in § 288 BGB unterstellte Relation der Zinsen zur Hauptforderung wird übersehen, wenn man den Amtshaftungsanspruch - ohne Berücksichtigung seines deliktischen Ursprungs - als selbständigen Zinsanspruch gewährt und dabei die Früchte (Zinsen) und das hervorbringende Recht (Geldforderung) in ihren Anspruchsvoraussetzungen voneinander trennt.

1 Vgl. Leonhardt, S. 106; Staudinger-Weber, a.a.O.

2 Vgl. den Wortlaut des § 288 BGB "Verzinsung einer Geldschuld"; § 849 "Verzinsung eines Betrages".

Auch das bürgerliche Deliktsrecht kennt keinen unabhängig von der deliktischen Hauptforderung entstehenden Zinsanspruch. Es handelt sich auch bei dem im Deliktsrecht geregelten Zinsanspruch des § 849 BGB - der auch i. V. m. § 839 VGB angewendet werden kann - genauso wie bei dem Verzugszinsanspruch des § 288 BGB um einen pauschalieren Mindestbetrag der Nutzbarkeit in Höhe des gesetzlichen Zinssatzes¹. Zwar hat der Deliktsschuldner im Falle des § 849 BGB Schadenersatz zu leisten, weil er die Sache des Gläubigers entzogen oder beschädigt hat, und hat diesen Ersatz in Geld zu leisten. Aus dieser Funktion folgt aber nicht, daß die Zinsen auf die zu leistende Schadenersatzsumme Verzugszinsen sind. Denn sie sind nicht zu leisten als Ersatz eines Schadens, der dadurch entstanden ist, daß der Deliktsschuldner pflichtwidrig keine Zinsen gezogen hat oder daß der Gläubiger seinerseits Zinsen hat auslegen müssen, sie sind vielmehr Ausgleich dafür, daß die äquivalente Leistung für den Sachentzug oder die Beschädigung nicht zugleich nach dem Eintritt des Schadens erfolgt², der Gläubiger also insoweit unfreiwillig Kredit gibt, als er die unmittelbare Nutzung des als Schadenersatz zu leistenden Geldbetrages entbehrt. Mithin sind die Zinsen des § 849 Zinsen der Deliktsforderung.

Ein weiterer Nachteil der Abwicklung von Verzugszinsansprüchen bei schuldhafter Verzögerung über Amtshaftung ergibt sich aus dem beschränkten An-

¹ So Staudinger-Schäfer § 849 Anm. 2.

² Vgl. Palandt-Thomas § 849 Anm. 1.

wendungsbereich dieses Institutes. Ersatzansprüche aus Amtshaftung sind als Folge einer einheitlich veranlaßten Vermögensminderung stets gegen den Träger öffentlicher Verwaltung gerichtet, dessen Amtswalter die Amtspflichtverletzung zu verantworten hat, wohingegen im öffentlichen Bereich Zivilpersonen aus diesem Tatbestand nicht verpflichtet werden können und ebenso bei Leistungsbeziehungen von Hoheitsträgern untereinander und vertraglichen Rechtsverhältnissen trotz gleicher Interessenlage keine Zinsen geschuldet würden. Der Amtshaftungsanspruch kann demnach nicht alle Fälle verzögerlicher Geldleistungen im Rahmen öffentlicher Rechtsbeziehungen erfassen.

Die weiteren Nachteile des Amtshaftungsanspruchs, die Anwendung der Subsidiaritätsklausel (§ 839 Abs. 1 S. 2 BGB), die verhältnismäßig kurze Verjährungsfrist von 3 Jahren sowie der dem Betroffenen auferlegte Verschuldensnachweis sind offenkundig. Deshalb nennt Redeker die Anwendung des Amtshaftungsrechts auf die hier fraglichen Fälle eine "Wiederkehr des Dulde und Liquidiere im Sinne Otto Mayers"¹. § 839 BGB sei die "ultima ratio" für den Bürger.

§ 2 Der Folgenbeseitigungsanspruch

A. Die Ansicht von Redeker

Die dogmatischen Probleme, durch fehlerhaftes Verwaltungshandeln hervorgerufene Leistungsstörungen unter Amtspflichtverletzungen zu subsumie-

¹ So in DVBl. 1963, S. 509 f.

ren, sowie die entstehenden Nachteile für den betroffenen Bürger bei der Durchsetzung von Ansprüchen unter Anwendung dieser Rechtsgrundlage haben Redeker¹ bewogen, bei Zinsansprüchen gegen die Öffentliche Hand wegen verspäteter Erfüllung beantragter Leistungen den Folgenbeseitigungsanspruch zu bejahen. Verletze die Verwaltung die Pflicht, über an sie gerichtete Anträge alsbald zu entscheiden, so seiert damit Folgen verbunden, die beseitigt werden müßten.

Der Folgenbeseitigungsanspruch finde, wegen seiner Nähe zum öffentlich-rechtlichen Entschädigungsanspruch, in der Höhe seine Begrenzung in einer "angemessenen Entschädigung", die die Geldentwertung entgangenen Gewinns ausschließe, "so daß sich der Anspruch in Verzögerungsfällen auf den Zinsanspruch als eingebüßte Kapitalnutzung beschränkt"².

B. Rechtsgrundlage und Charakter des Folgenbeseitigungsanspruchs

Der Folgenbeseitigungsanspruch kann heute nach eingehender Erörterung im Schrifttum³ und trotz noch bestehender Meinungsverschiedenheiten als allgemeiner Grundsatz des Verwaltungsrechts angesehen werden. Die Schwierigkeiten, ihn als Rechtsgrundsatz genau zu kennzeichnen, rühren daher, daß Inhalt und Umfang weitgehend von der Fundierung seiner Rechtsgrundlage abhängen⁴.

1 DVBl. 1963, S. 509 ff., Anm. zu Urteilen des BVerwG vom 7. 6. 1962, DVBl. 1963, S. 504 ff. und vom 25. 10. 1962, DVBl. 1963, S. 507 ff.

2 Redeker, a.a.O., S. 510, 511.

3 Vgl. die Nachweise bei Wolff/Bachof, VerwR I, § 54 II; Bender, Staatshaftungsrecht, Rdn. 215 ff.; Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, S. 190.

4 Vgl. hierzu Bender, S. 91; Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, S. 192.

Die Begründungsversuche in der Literatur lassen sich im Ergebnis darin zusammenfassen, daß der Folgenbeseitigungsanspruch als materieller Reaktionsanspruch verstanden wird, der sich auf die Freiheitsgrundrechte und den mit diesen zusammenhängenden Gesetzesvorbehalt stützt¹. Mit dem Folgenbeseitigungsanspruch verlangt der Bürger von einem Träger hoheitlicher Verwaltung, dessen Behörde einen rechtswidrigen Zustand herbeigeführt hat, Wiederherstellung des tatsächlichen Zustandes, wie er vor dem Vollzug bestanden hat², oder Herstellung eines möglichst gleichwertigen Zustandes³, dies ist der auf den gemeinsamen Nenner der Erörterungen reduzierte Charakter des Folgenbeseitigungsanspruchs. Je nachdem, wie die gesetzlichen Grundlagen des Anspruchs auf Folgenbeseitigung befunden werden⁴, wird der Anwendungsbereich des Anspruchs auf Wiederherstellung beschränkt oder erweitert und gipfelt in einem auf Geldausgleich

1 So auch BVerwG in NJW 1972, S. 269 ff. = DÖV 1971, S. 857 ff., 858; Wolff/Bachof, VerwR I § 54 IIB m. w. N.

2 § 3 ESTHG regelt ihn als "Anspruch auf Herstellung des früheren oder eines gleichwertigen Zustandes".

3 Vgl. Wolff/Bachof, VerwR I § 54 IIA; Bender, Staatshaftungsrecht, Rdn. 219.

4 Bachof, Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung, II. Aufl. 1968, S. 126 ff., legt den Akzent auf das Prinzip der Gesetzmäßigkeit und auf eine Rechtsanalogie zu den §§ 717 Abs. 2, 945, 302 Abs. 4, 600 Abs. 2 ZPO; Bettermann, Zur Lehre vom Folgenbeseitigungsanspruch, DÖV 1958, S. 528 ff., nimmt Rückgriff bei den §§ 12, 862, 1004 BGB; Rösslein, Der Folgenbeseitigungsanspruch 1968, S. 75 ff. und Rupp, Grundfragen, S. 258 ff., wollen den Folgenbeseitigungsanspruch als Reaktionsanspruch auf Verletzungen des Status negativus sehen. Vgl. auch Menger, Identität des Rechtsgrundes, Gedächtnisschrift für W. Jellinek, S. 347 ff.

gerichteten Folgenentschädigungsanspruch¹.

Der Charakter des Folgenbeseitigungsanspruchs als Restitutionsanspruch impliziert, daß nur die unmittelbaren Beeinträchtigungen rechtswidrigen hoheitlichen Handelns² und Wiederherstellung des Zustandes, wie er vor dem rechtswidrigen Eingriff bestanden hat, verlangt werden kann. Dagegen soll der verursachte Schaden nicht - wie etwa beim Amtshaftungsanspruch - durch Geldausgleich dergestalt kompensiert werden, daß Naturalrestitution i. S. d. § 249 BGB, also Herstellung des Zustandes, der ohne das rechtswidrige hoheitliche Verhalten bestehen würde, begehrt werden kann. Der Kommissionsbericht zu dem Entwurf eines Staatshaftungsgesetzes³ will den Folgenbeseitigungsanspruch als einen "gegenüber § 249 S. 1 BGB gewissermaßen verkürzten Anspruch auf Naturalrestitution" verstanden wissen.⁴ Dagegen erweitert Redeker⁴ den Folgenbeseitigungsanspruch unter dem Hinweis "auf manche Wechselbeziehungen zu der zivilrechtlichen restitutorischen Beseitigungsklage" als allgemeinen Schadenersatzanspruch für Vermögensbeeinträchtigungen.

Hiergegen ist einzuwenden, daß dem Zivilrecht ein allgemeiner Wiederherstellungsanspruch für rechtswidrige Beeinträchtigungen unbekannt ist. Die zivilrechtliche Wiederherstellungsklage ist auf die Verletzung absoluter oder gesetzlich geschützter

1 So Wolff/Bachof, VerwR I, § 54 II f, 2.

2 So Franke, Verwaltungsarchiv Band 57 (1966), S. 367 ff.; vgl. auch Weyreuther, Gutachten B für den 47. Deutschen Juristentag, 1969, S. 135 ff.; Hauelsen, DVBl. 1973, S. 739 ff.

3 Kommissionsbericht, S. 89.

4 DVBl. 1963, S. 509, § 10.

Rechtsgüter beschränkt¹. Für diese Beeinträchtigung sonstiger Vermögensinteressen steht in erster Linie das System der im Schuldrecht normierten Ersatzansprüche zur Verfügung. Mit einem als quasi-negatorischen Wiederherstellungsanspruch verstandenen Folgenbeseitigungsanspruch könnte zwar die volle Restitution verlangt werden, der Anspruch wäre aber auf die Verletzung absoluter oder gesetzlich geschützter Rechtsgüter zu beschränken².

C. Die Rechtsfolgenanordnung des Folgenbeseitigungsanspruchs

Nach der soeben skizzierten Charakterisierung des Folgenbeseitigungsanspruchs kann die Rechtsfolgenanordnung dieses Instituts nicht auf solche hypothetische Beeinträchtigungen zielen, die durch verzögerliche Erfüllung eines öffentlich-rechtlichen Anspruchs des Verletzten entstehen können. Der Folgenbeseitigungsanspruch umfaßt grundsätzlich nicht den Ersatz des vollen Vermögensschadens³. Eine über die Beseitigung des rechtswidrigen Zustands hinausgehende Eingriffsfolge, wie sie der entgangene Zinsnutzen darstellt, gehört nicht mehr zum Schutzzweck dieses Grundsatzes.

Die Rechtsprechung hat daher den Folgenbeseitigungsanspruch als Anspruchsgrundlage für die Gel-

1 §§ 12, 823, 1004 BGB.

2 Vgl. zur dogmatischen Kritik Simons, Leistungsstörungen, S. 100 ff., 103.

3 So ausdrücklich BVerwG, Urteil vom 18. 5. 1973, S. 1854 = DÖV 1974, S. 134.

tendmachung von Zinsforderungen abgelehnt¹.

Dem ist aus folgenden Erwägungen zu zustimmen: Die Verpflichtung einer Behörde zum Erlaß eines Verwaltungsaktes oder zur Vornahme einer sonstigen Amtshandlung richtet sich nach den für die beantragten Entscheidungen maßgeblichen Regeln. War die Behörde zum Erlaß des Verwaltungsaktes verpflichtet, so besteht nach dessen Ablehnung oder Verzögerung diese Verpflichtung weiter, konnte sie nach ihrem Ermessen entscheiden, hat sie auch jetzt noch nur eine Bescheidspflicht². Für die Vornahme einer anderen Amtshandlung gilt dasselbe. Die Frage der Folgenbeseitigung bleibt davon deswegen unberührt, weil die Nichtvornahme (Verzögerung) der Amtshandlung keine Folge der Verzögerung ist, sondern die Nichtvornahme selbst. Die unmittelbare Beeinträchtigung, die Untätigkeit der Behörde bzw. deren Weigerung, über den gestellten Antrag zu entscheiden, kann der Betroffene mit dem ihm zu Gebote stehenden Rechtsmittel³ beseitigen⁴.

Der Zinsanspruch ist dagegen nicht auf die Beseitigung von unmittelbaren Eingriffsfolgen gerichtet⁵. Mit ihm wird⁶ nicht Beseitigung in natura

1 BVerwG NJW 1973, S. 1854; HbgOVG, Mdr 1967, S. 1039; OVG Münster, KStZ 1965, S. 178 ff.; das Bundesverwaltungsgericht, BVerwGE 14, S. 1 ff., allerdings noch mit der nach heute übereinstimmenden Ansicht nicht mehr ausreichenden Begründung, der Folgenbeseitigungsanspruch sei nur gegenüber verwirklichten, rechtswidrigen Verwaltungsakten gegeben. Daß der Folgenbeseitigungsanspruch auch gegenüber anderen rechtswidrigen hoheitlichen Rechtshandlungen und Realakten anzuwenden ist, ist seit BVerwG, DÖV 1971, S. 807 ff. unstreitig.

2 Vgl. § 113 Abs. 4 VerwGO.

3 §§ 42 Abs. 2, 75 VwGO.

4 HbgOVG Mdr 1967, S. 1039; BVerwG JR 1966, S. 431.

5 Bachof, VerfassR, VerwR, VerfR, Bd. II, S. 360.

6 Was insbesondere § 288 Abs. 2 BGB verdeutlicht.

verlangt, sondern die durch die Verzögerung eingetretenen, unmittelbaren Vermögenseinbußen, bei denen eine Naturalherstellung nicht möglich ist. Dies wird auch daran deutlich, daß der Zinsanspruch erst infolge des Verzugs entsteht, etwa wie der Anspruch auf Mahnkosten, Gerichts- und Anwaltskosten. Der Gläubiger kann also u. U. auch etwas vor der Verzögerung noch nicht Dagewesenes fordern, nämlich den Kapitalnutzen, den er ohne den Verzug des Schuldners haben würde.

Nach dem so allgemein verstandenen Anwendungsbereich des Folgenbeseitigungsanspruchs kann er als öffentlich-rechtlicher Zinsanspruch nicht in Betracht kommen, wobei allerdings nicht verkannt werden soll, daß einige seiner Merkmale, Reaktionsanspruch auf eine Verletzungshandlung, Beseitigung von Folgen hoheitlichen Handelns, eine gewisse Nähe zum Verzugsfolgenanspruch aufweisen.

§ 3 Der Anspruch wegen enteignungsgleichem Eingriff

Zur Sanktionierung verzögerlich erbrachter hoheitlicher Geldleistung kommt schließlich noch die weitere Erscheinungsform für Staatsunrecht, der enteignungsgleiche Eingriff, in Betracht. Auf die Begründung dieses von der Rechtsprechung zu einer selbständigen Haftungsgrundlage des Staates für rechtswidriges und schuldhaftes sowie schuldloses Handeln entwickelten Institutes soll und braucht hier nicht näher eingegangen zu werden. Sie liegt - nach der Rechtsprechung - in einer Analogie zur Art. 14 Abs. 3 GG mit der zu Art. 14 GG gemäßen Enteignung bestehenden Besonderheit, daß mit der Rechtswidrigkeit zugleich die Außer-

legung eines besonderen Opfers feststeht¹.

Die generelle Anwendung dieses Entschädigungsanspruchs auf die hier fraglichen Leistungsstörungen hätte für den Betroffenen im Vergleich zum Amtshaftungsrecht einige Vorteile. Die Einschränkungen des Amtshaftungsrechts, die Subsidiaritätsklausel des § 839 Abs. 1 S. 2 BGB, der Wegfall der Haftung bei schuldhafter Nichteinlegung eines Rechtsmittels, § 839 Abs. 3 BGB, die 3jährige Verjährungsfrist des § 852 BGB bestehen im Fall der Haftung aus enteignungsgleichem Eingriff nicht. Auch der bei der Amtshaftung geltend gemachte Einwand, weil es sich um übernommene Haftung für Amtswalterunrecht handele, müßten bei Haupt- und Nebenanspruch zwei Rechtspflichtkreise beachtet werden, greift hier nicht durch. Die Haftung aus enteignungsgleichem Eingriff ist unmittelbare Staatshaftung und unabhängig vom Verschulden eines Amtswalters, sie würde deshalb auch weiter als die privatrechtliche Regelung bei Leistungsstörungen eingreifen, die grundsätzlich Verschulden des Schuldners voraussetzen (vgl. §§ 280, 285, 325 BGB) und lediglich in den Fällen der §§ 282, 285 BGB den Schuldner zwingen, sich zu exkulpieren.

Hinsichtlich der Rechtsfolgen - unbeschadet des Unterschiedes zwischen Entschädigung und Schadenersatz - bleibt diese Regelung allerdings hinter der privatrechtlichen zurück, da beim Verzug

¹ Im Ansatz bereits BGHZ 6, S. 290 ff.; ferner ausdrücklich BGHZ 32, 208 ff., 212 ff.; BGHZ 58, 124 ff., 127; vgl. für die parallele Problematik zum aufopferungsgleichen Eingriff BGHZ 66, S. 118 ff.; kritisch dazu Bender, Staatshaftungsrecht, Rdn. 94 ff.

nicht nur eine Schadenersatzpflicht normiert ist, sondern dem Gläubiger auch alternativ ein Rücktrittsrecht eingeräumt wird und bei Geldforderungen ein Zinsanspruch gem. § 288 BGB garantiert ist.

Gleichrangig und für die hier zu untersuchenden Ansprüche umfassend wäre eine Haftung nach enteignungsgleichem Eingriff nur, wenn die Entschädigung den ohne Nachweis des Gläubigers unwiderleglich vermuteten Mindestverzugschaden einbeziehen würde. So gesehen wäre dieser Anspruch in seinen Voraussetzungen allerdings anders strukturiert als der privatrechtliche Verzugszinsanspruch. Nach der Rechtsprechung des BGH¹ indiziert die Rechtswidrigkeit der hoheitlichen Maßnahme das für die Enteignung typische Sonderopfer. Dies hat die Konsequenz, daß die Verwaltung auch in jenen Fällen, in denen sie sich bei Zweifeln über die Rechtslage schuldlos zu einer Ablehnung der begehrten Leistung entschließt, zur Entschädigung verpflichtet ist. Der BGH² hat ausdrücklich betont, daß bei Zweifelhafteit einer Sach- und Rechtslage das Risiko der Eingriffsfolge zu Lasten der Verwaltung geht.

A. Enteignung durch Unterlassen

Voraussetzung dafür, den Entschädigungsanspruch auch auf eine Verzinsung der geschuldeten Geldsumme auszudehnen, ist zunächst, daß die verzögerliche oder ausdrückliche Nichterfüllung einen Eingriff darstellt und dieser Eingriff das Eigentum i. S. d. Art. 14 GG des Gläubigers beeinträchtigt.

¹ BGHZ 32, S. 208 ff.

² BGHZ 32, S. 208 ff., S. 212 ff.

Der BGH hat mehrfach zum Ausdruck gebracht, daß ein "Eingriff" positives Handeln voraussetzt, Ent-eignung meine die Inanspruchnahme, nicht das Vor-enthalten¹.

Von einer Enteignung könnte demnach nicht ausge-gangen werden, wenn die Nicht- oder nicht recht-zeitige Erfüllung eines Geldzahlungsanspruchs durch bloße Untätigkeit begangen wird. Häufig wird jedoch die Nichterfüllung eines solchen Anspruchs mit dem Erlaß eines ablehnenden Verwaltungsaktes verbun-den. Dementsprechend hat der BGH seine oben er-wähnte Ansicht modifiziert. Seit BGHZ 33, S. 208 ff. nimmt er an, ein Unterlassen könne dann wie ein Handeln im Sinne eines hoheitlichen "Eingriffs" bewertet werden, wenn es sich "wie ein in den Rechtskreis der Betroffenen eingreifendes Handeln qualifizieren läßt"².

Nach dieser Rechtsprechung liegt ein "qualifizier-tes" Unterlassen im Sinne eines Eingriffs vor, wenn die Behörde gebotenes Handeln förmlich oder unförmlich, aber unzweideutig verweigert³. Diese Ansicht, eine unterlassene Handlungspflicht der Verwaltungsbehörde unter bestimmten Umständen einem Eingriff gleichzustellen, kann nicht los-gelöst von der in Frage stehenden Rechtsposition

1 Vgl. BGHZ 12, S. 52 ff.; 15, S. 84 ff., S. 86; 32, S. 208 ff., S. 211; BGH DVBl. 1969, S. 209.

2 So auch BGH DVBl. 1969, S. 209; BGHZ 56, S. 40 ff., S. 42 = NJW 1971, S. 1172.

3 Beispiel für ein "qualifiziertes" Unterlassen durch förmliche Verweigerung ist die rechtswidri-ge Ablehnung einer beantragten Baugenehmigung, vgl. hierzu BGH DVBl. 1971, S. 464 ff., S. 465 mit Anm. von Schrödter/Schmaltz. Beispiel für eine faktische Verweigerung bietet BGH DVBl. 1972, S. 827; BGHZ 58, S. 124 ff. = NJW 1972, S. 724; BGH DVBl. 1973, S. 142 mit Anm. von Schrödter/Schmaltz.

des Betroffenen bewertet werden. Denn die Rechts-pflicht einer Behörde, tätig zu werden, kann nur dann in entschädigungsrechtlicher Hinsicht von Bedeutung sein, wenn das der Pflicht der Behörde korrelierende Recht des Bürgers schützenswert i. S. d. Art. 14 GG ist.

Von dieser Rechtsprechung, die die Gleichwertig-keit von positivem Tun und Unterlassen ablehnt, werden nur Ausnahmen gemacht, wenn ablehnende Ver-waltungsakte den "Status negativus" des Bürgers verletzen¹, da in diesen Fällen nicht die Ver-letzung des Anspruchs, sondern des Grundeigentums eingriffsrelevant sei.

Danach werden jedoch die allermeisten Fälle verzö-gerlicher Geldleistungen nicht entschädigungs-pflichtig sein, weil die Behörde ihre Handlungs-pflicht gegenüber dem Betroffenen bereits vor Er-laß eines förmlich bejahenden oder ablehnenden Ak-tes verletzt, wenn sie mit anderen Worten schlicht untätig die Bearbeitung des Verfahrens verzögert.

Wenn man hingegen mit der diese Ansicht kritisie-renden Literatur² der Meinung ist, jedes Un-terlassen einer dem Bürger gegenüber obliegenden Rechtspflicht sei als Eingriff zu qualifizieren, ist damit noch nicht entschieden, inwieweit eine verzögerte bzw. nicht erfüllte Geldleistung, ent-schädigungspflichtig i. S. d. Art. 14 GG ist.

1 Beispiel: Versagung von Baugenehmigungen, vgl. da-zu BGH VerwRspr 13, S. 53 ff., 58; BGH DVBl. 1971, S. 464 ff., 465 mit Anm. von Schrödter/Schmaltz.

2 Schrödter/Schmaltz, DVBl. 1971, S. 465; Bender, Staatshaftungsrecht, Rdn. 105; Ossenbühl, Staats-haftungsrecht, S. 157; Papier, Forderungsver-letzung, S. 89; vgl. auch Menger, VerwArch 1972, S. 81 ff.

Die Frage, ob die Späterfüllung eines öffentlich-rechtlichen Geldzahlungsanspruchs eine Enteignung darstellt, ist nämlich nicht ausschließlich im Hinblick auf die Eingriffsproblematik von Bedeutung, sondern hängt entscheidend davon ab, ob ein nach Art. 14 GG geschütztes Rechtsgut betroffen ist.

B. Eigentumsverletzung durch Späterfüllung

Es wird vertreten¹, daß die Verletzung jeder Forderungsrechte, nicht nur des durch Schlechterfüllung verletzten Rechte des "Status negativus", zum Tatbestand des enteignungsähnlichen Eingriffs gehörten. Die Schutzbedürftigkeit des Bürgers bei Nichterfüllung sei höher als bei Eingriffen in den "Status negativus", da bei der gewährenden Verwaltung die Möglichkeit einer Schadensverhütung mit Hilfe des Suspensiveffektes der Anfechtung nicht gegeben sei. Ferner habe der Betroffene bei rechtswidrigem Eingriff in den "Status negativus" einen Folgenbeseitigungsanspruch. Darüber hinaus versage auch die Möglichkeit des einstweiligen Rechtsschutzes nach § 123 Verwaltungsgerichtsordnung, weil dieser im Regelfall nicht die Entscheidung in der Hauptsache vorwegnehmen dürfe. Gleichwohl hält auch Papier² die Nichterfüllung eines öffentlich-rechtlichen Anspruches dann nicht für entschädigungspflichtig, wenn subjektive öffentliche Rechte, einschließlich der Forderungsrechte, dem verfassungsrechtlichen Eigentumsschutz nicht unterfallen.

¹ Namentlich Papier, Forderungsverletzung, S. 92 ff. unter Bezugnahme auf Luhmann, S. 112; vgl. auch Menger, VerwArch. 1972, S. 81 ff.

² a.a.O., S. 93.

Art. 14 GG soll - nach einhelliger Meinung - die gesamte Vermögenssphäre der Bürger schützen. Diese bestand ehemals im wesentlichen aus Sacheigentum. Da mit zunehmender Staatstätigkeit damit gerechnet werden muß, daß der Staat auch auf andere Positionen, Verträge, Ansprüche, Mitgliedschaftsrechte, Beteiligungen etc.¹ zurückgreift, müssen auch sie in den Kreis enteignungsfähiger Gegenstände einbezogen werden². Der Bundesgerichtshof hat dazu ausgeführt: "Wenn die staatliche Enteignung nach dem ganzen Vermögen der Bürger greift, muß die Eigentumsgarantie und der Enteignungsschutz auch das ganze Vermögen des Bürgers decken. Sie müssen daher folgerichtigerweise auf jedes vermögenswerte Recht bezogen werden"³.

In zahlreichen Entscheidungen haben das Bundesverfassungsgericht, das Bundesverwaltungsgericht und das Bundessozialgericht einen abweichenden, differenzierten Standpunkt eingenommen.

Nach dem Bundesverfassungsgericht entscheiden zwei Merkmale, ob vermögenswerte öffentliche Rechte dem Schutz des Art. 14 GG unterfallen. Zum einen wird darauf abgestellt, ob im Einzelfall ein subjektives öffentliches Recht dem Inhaber eine Rechtsposition verschafft, die dem eines Eigentümers gleichkommt⁴. Zum anderen soll der Eingriff in ein subjektives öffentliches Recht entschädigungspflichtig

¹ Vgl. dazu Mangold/Klein I, S. 424 b.

² So Wolff/Bachof, VerwR I § 62 IIIa.

³ BGHZ 6, S. 270 ff., 278.

⁴ Vgl. BVerfGE 4, S. 219 ff., 240; 15, S. 167 ff., 200.

sein, wenn die daraus herrührende Vermögensposition nicht ausschließlich auf staatliche Gewährung, sondern auf eigene Leistung zurückzuführen ist¹. Das letztere ist der Fall bei öffentlich-rechtlichen Versorgungs- und Versicherungsleistungen, gilt mithin für einen großen Teil staatlicher Geldleistungen².

In der Literatur wird die aufgeworfene Problematik kontrovers diskutiert³. Teilweise ist die Einbeziehung öffentlich-rechtlicher Ansprüche in den verfassungsrechtlichen Eigentumsschutz unter den vom Bundesverfassungsgericht verwendeten Maßstäben begrüßt worden⁴.

Maunz⁵ hat die Formel des Bundesverfassungsgerichts kritisiert. Die Funktion des Eigentumsschutzes und der Eigentumsgarantie sei es, "das ganze Vermögen des Bürgers zu der Zeit zu schützen, in der die staatliche Enteignung nach dem Vermögen des Bürgers greife". Für Geldleistungen gelte die Regel, "daß bereits fällig gewordene Ansprüche verfassungsrechtlichen Schutz genießen".

1 Vgl. BVerfGE 22, S. 241 ff., S. 253; 14, S. 288 ff., S. 293; 11, S. 211 ff., S. 226.

2 Das BVerwG hat sich im wesentlichen der Rechtsprechung des BVerfG angeschlossen, BVerwGE 11, S. 68; 13, S. 331; 17, S. 24; 16, S. 68; 25, S. 210 ff., S. 220; auch das Bundessozialgericht, vgl. BSGE, 9, S. 127 hat entscheidend auf die eigene Leistung abgestellt.

3 Vgl. etwa die Zusammenstellungen bei Brinkmann, Art. 14 Abs. 1 Ziff. 1a.

4 So von Wolff/Bachof, VerwR I § 62 IIIa Ziff. 4; Kimminich BK Drittbearbeitung, Art. 14 Rdn. 68 ff.

5 In: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, 15. Lieferung, Mai 1977, Art. 14 Rdn. 33 ff.

Diese an die zivile Normierung von der schuldrechtlichen Entstehung an Vermögenswerten (§ 271 BGB) angelehnte und auf den breiten und undifferenzierten Eigentumsbegriff des BGH fußende Meinung vermag bei weitem nicht alle Fälle rechtswidrig verzögerter öffentlich-rechtlicher Geldleistungen zu erfassen. Im Unterschied zum bürgerlichen Recht, wo die Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes oder die Abgabe einer Willenserklärung das Recht des Gläubigers, die Leistung zu fordern, unverzüglich begründet, werden öffentlich-rechtliche Geldleistungen meist erst nach Ablauf eines die Funktionen staatlicher Verwaltung berücksichtigenden Verfahrens fällig und dem Bürger zur Verfügung gestellt. Verzögert die Verwaltung nach Antragstellung rechtswidrig den Ablauf des Verfahrens bis zur Entscheidung über den Zahlungsanspruch, kann dieses Handeln, auch nach der Ansicht von Maunz, keine Verletzung des Eigentums bedeuten. Die Folgen, die durch die unangemessene Verzögerung vor Erlass des Verwaltungsaktes entstehen, können aber für den Betroffenen genauso beeinträchtigend wirken wie Verzögerungen nach Erlass des Verwaltungsaktes.

Zusammenfassend ist daher festzustellen: Selbst mit der Ansicht, jedes Unterlassen einer dem Bürger obliegenden Rechtspflicht könne einen Eingriff darstellen, und damit gegen die ständige Rechtsprechung des BGH zum Eingriff kann der Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff nur unzureichend die hier fraglichen Fälle erfassen. Hinzukommen müßte zudem noch, daß man - quasi unter Aufgabe eines jeden Bezuges zu Art. 14 GG¹ - bei

1 So Papier, Forderungsverletzung, S. 97.

rechtswidrigem Handeln von einer Bestimmung der Entschädigung unter gerechter Abwägung der Interessen der Allgemeinheit und der Beteiligten absieht und anstatt Kompensation, d.h. nicht vollem wirtschaftlichem Schadenersatz, Restitution, auch im Hinblick auf die gedachte Vermögenslage, gewährt. Dies würde letztlich zu einer rechtspolitisch möglicherweise wünschenswerten, aber nur vom Gesetzgeber zu verwirklichenden Verdrängung des Amtshaftungsrechts führen.

Ergebnis zum 3. Kapitel

Abschließend ist somit festzustellen, daß von den vorhandenen öffentlich-rechtlichen Anspruchsgrundlagen weder der Folgenbeseitigungsanspruch noch die Entschädigung im Falle eines enteignungsgleichen Eingriffs nach überwiegender, wenn auch z. T. anfechtbarer Meinung eingreift, sondern lediglich der Amtshaftungsanspruch in begrenztem Umfang und unter Hinzunahme seines dogmatisch zweifelhaften Anwendungsbereiches Schutz gegen die durch säumiges Verhalten des Hoheitsträgers hervorgerufenen Beeinträchtigungen bietet.

§ 4 Exkurs: Die Reform des Staatshaftungsrechts

Die im noch geltenden Staatshaftungsrecht zutage tretenden Widersprüche und Unstimmigkeiten haben von Anfang an zu Kritik und Reformbestrebungen geführt. Nachdem der 47. Deutsche Juristentag¹ eine umfassende gesetzliche Neuregelung empfohlen hatte, legte eine von den Bundesministern der Justiz und des Inneren eingesetzte unabhängige Sachverständigenkommission das Ergebnis ihrer Beratungen 1973 in einem Kommissionsbericht unter dem Titel "Reform des Staatshaftungsrechts"² vor. Nach zahl-

¹ Verhandlungen des 47. DJT, Bd. II (1968), S. I 145.

² Zitiert KB.

reichen Stellungnahmen aus der Literatur¹ haben die Bundesminister der Justiz und des Innern ihrerseits Referentenentwürfe zur Reform des Staatshaftungsrechts erarbeiten lassen². Am 3. 5. 1978 hat das Bundeskabinett die Regierungsentwürfe der Reformgesetze verabschiedet³ und den parlamentarischen Körperschaften zur Beratung vorgelegt⁴.

Die Konzeption der eingeleiteten Reform des Staatshaftungsrechts als verschuldensunabhängige Haftung beruht nach der Begründung⁵ auf dem Gedanken der Überlegenheit der öffentlichen Gewalt gegenüber dem einzelnen und in der Wiederherstellung der pflichtwidrig gestörten Rechtsstaatlichkeit⁶. Darauf basiert die neue Fassung des zentralen Tatbestandes der Staatshaftung. Sie soll einerseits die unmittelbare Staatshaftung kennzeichnen, vor allem aber den Wegfall des Verschuldens als notwendiger Haftungsvoraussetzung ausdrücken. Konkurrierend anwendbar sein soll daneben die Haftung aus öffentlich-rechtlichen Verträgen oder "ähnlichen Rechtsverhältnissen"⁷.

¹ Vgl. die Nachweise bei Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, S. 237.

² Reform des Staatshaftungsrechts - Referentenentwürfe - Herausgeber: Der Bundesminister der Justiz, Der Bundesminister des Innern, 1976, zitiert mit RE.

³ Gesetzentwürfe der Bundesregierung: Entwurf eines Staatshaftungsgesetzes (mit Begr.), BR-Drcks. 215/78 vom 26. 5. 1978; Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes (mit Begr.), BR-Drcks. 214/78 vom 26. 5. 1978.

⁴ BT-Drcks. 8/2079 vom 5. 9. 1978, zitiert mit GE. Das Gesetz soll nach § 53 GE-StHG am 1. 1. 1982 in Kraft treten.

⁵ Vgl. KB S 52, RE S 68.

⁶ Vgl. Vogel, DVBl. 1978, S. 657 ff., 662.

⁷ RE-StHG § 16 Ziffer 1.

Auch wenn man in der Überlegenheit der öffentlichen Gewalt den geeigneten Grundgedanken des neuen Rechts sieht, bleibt zu fragen, ob die haftungsrechtlich relevanten Voraussetzungen im Tatbestand des § 1 hinreichend bestimmt sind; bezogen auf den Gegenstand dieser Untersuchung: Wann wird durch Unterlassung oder Verzögerung objektiv eine Pflicht i. S. d. § 1 verletzt, nach welchen Maßstäben sind die "ähnlichen" Rechtsbeziehungen zu beurteilen?¹ Eindeutige Antwort hierauf geben weder das Gesetz selbst noch seine Initiatoren und Verfasser. Unklar bleibt auch - wie beim jetzt geltenden Rechtszustand -, wann eine Pflicht gegenüber dem Betroffenen verletzt wird. Gewiß dann, wenn ein schon bestehendes Recht verletzt wird². Wie aber ist zu beurteilen, wenn die Verwaltung - etwa bei der Geltendmachung von Ermessensleistungen - das Recht erst schaffen soll, dies aber unterläßt oder verzögert? Tritt nicht auch in diesen Verhältnissen die Überlegenheit der öffentlichen Gewalt - vielleicht sogar besonders - zutage? Sicherlich kann eine zum Geldersatz verpflichtende Verzögerung oder Unterlassung bei den hier in erster Linie in Frage kommenden Antragsachen erst beginnen, wenn ein Antrag vorliegt; damit ist aber noch nichts darüber gesagt, ab wann eine verzögerliche Bearbeitung eines Antrages rechtswidrig wird. Ein schwaches Indiz und ein Hinweis ergibt sich daraus, daß mit der Betonung der Verletzung von Rechten durch die öffentliche Gewalt der Anschluß an die grundrechtliche Rechtsschutznorm des Art. 19 Abs. 4 GG und an die dieser Verfassungsnorm entsprechenden prozessualen Rechtsschutznormen der VWGO³ mithin auch des § 75 VWGO gewonnen werden

1 Zum Folgenden vgl. Michaelis, Festschrift für W. Weber, S. 567 ff.

2 GE § 1 S. 1.

3 So KB, S. 76; vgl. auch RE S. 83.

soll. Für die Frage, ab wann die Verzögerung rechtswidrig ist, kann § 75 VWGO - um das klarzustellen - allenfalls ein Anhaltspunkt sein. Denn im Falle der Untätigkeitsklage hat das Gericht nicht darüber zu befinden, ob durch das Zögern ein Schaden entstanden und dafür zu haften ist, sondern darüber, ob nach seiner objektiven Bearbeitung jetzt gehandelt und entschieden werden muß.

Gleichfalls nur tendenzielle Wirkung haben die im Gesetz selbst in den §§ 29 Abs. 2 und 32 RE-StHG enthaltenen Fristen. § 28 Abs. 2 RE-StHG macht es der zuständigen Behörde zur Pflicht, innerhalb von 3 Monaten über den geltend gemachten Staatshaftungsanspruch zu entscheiden, nach § 32 wird dem Geschädigten, wenn ihm nach Anmeldung seines Anspruchs keine Entscheidung mitgeteilt wird - eine Klage-(-Warte-)frist von 3 Monaten vorgeschrieben. Diese Fristen besagen also nur etwas, insbesondere § 29 Abs. 2 RE-StHG, über den rechtmäßigen Bearbeitungszeitraum der sekundären Verpflichtung, bezüglich des angemessenen Prüfungs- und Bearbeitungszeitraums der primären Erfüllungspflicht ist unmittelbar nicht bestimmt.

Das Rechtsvorhaben leistet auch keine eindeutige Antwort auf die Frage, ob schon vor einer etwaigen Pflichtverletzung ein öffentlich-rechtliches Pflichtverhältnis durch Antragsstellung entsteht. Nach § 16 Ziffer 1 RE-StHG soll zwischen der Haftung nach diesem Gesetz und aus öffentlich-rechtlichen Verträgen und ähnlichen Rechtsverhältnissen Anspruchskonkurrenz bestehen. Die Begründungen hierzu führen aus¹, daß zu den "ähnlichen Rechts-

1 KB, S. 114; RE S. 119.

verhältnissen" sonstige verwaltungsrechtliche Schuldverhältnisse und Sonderverbindungen¹, u. a. die Hingabe von öffentlichen Darlehen und Geldzuschüssen, zählen.

Die Konkurrenz zwischen Ansprüchen aus Forderungsverletzung und der deliktischen Amtshaftung besteht schon nach der jetzigen Rechtslage. Denn nach der herrschenden Lehre² gewährt der Amtshaftungsanspruch als deliktischer Tatbestand - im Gegensatz zu § 823 BGB - auch Haftungsschutz gegen die Verletzung von Leistungspflichten, wenn darin auch die Verletzung von Amtspflichten gesehen werden kann. Fraglich ist und bleibt jedoch, wann im öffentlichen Recht neben öffentlich-rechtlichen Vertragsverhältnissen relative Rechte begründet werden, deren Verletzung zur Haftung unter dem Gesichtspunkt der Forderungsverletzung führt, mithin: für welche rechtlichen Sonderverbindungen auf die Regeln einer vertraglichen oder vertragsähnlichen Haftung zurückgegriffen werden soll³.

Für den hier interessierenden Fall der verzögerten Amtshandlung fehlt es an öffentlich-rechtlichen Vorschriften, nach denen sich die objektive Rechtswidrigkeit der Verzögerung feststellen ließe. Ob unter diesen Umständen sich ohne die eventuell durch Beweislastregeln⁴ modifizierte Voraussetzung des Verschuldens sachgerechte Ergebnisse erzielen

1 RE a. a. O.

2 Vgl. Papier, Diss. S. 19 passim.

3 Vgl. Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, S. 226.

4 § 285 BGB.

lassen, bleibt unter Beachtung dessen, was hierzu bereits an Erkenntnissen vorliegt und orientiert an den Besonderheiten öffentlicher Verwaltung zu klären. Eine Konkurrenz der Haftung aus dem neuen Staatshaftungsrecht mit der aus öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnissen scheint jedenfalls entbehrlich, wenn bei letzteren die Überlegenheit der öffentlichen Gewalt nicht erheblich zum Ausdruck kommt; davon kann bei der Unterlassung und Verzögerung einer Leistung ausgegangen werden. Denn diese stellen sich in den meisten Fällen als schlichtes Verhalten dar, das nicht durch einen verbindlichen Akt hoheitlicher (Entscheidungs-)Gewalt manifestiert wird. Es ist zumindest fraglich, ob auch in diesen Fällen, in denen der Staat zur Erfüllung von öffentlichen Aufgaben zwar hoheitlich tätig wird, sich aber faktisch wie eine verpflichtende Privatperson verhält, die Staatshaftung zwingend geboten ist. Eine deliktische Haftung kann nur dann sinnvoll sein, wenn die Regeln über die Leistungsstörungen angesichts der Gegebenheiten öffentlich-rechtlicher Rechtsbeziehungen versagen, gleichwohl die Hinnahme einer Benachteiligung für den Bürger nicht rechtens sein kann.

Viertes Kapitel

Die Begründung der Verzugszinshaftung aus einem besonderen Rechtsgrundsatz

Wenn demnach ein Grundsatz, wonach öffentlich-rechtliche Forderungen zu verzinsen bzw. nicht zu verzinsen sind, anhand der im öffentlichen Recht normierten Zinsregeln nicht aufzufinden ist und die überkommenen Anspruchsgrundlagen für die unregelmäßigten Bereiche keine bzw. keine befriedigende dogmatische Lösung (Amtshaftungsrecht) bieten, bleibt weiter zu untersuchen, ob eine Haftung im öffentlichen Recht für nicht rechtzeitig erbrachte Leistungen in gleicher, möglicherweise durch die Besonderheiten des öffentlichen Rechts modifizierte Art existiert wie im Bürgerlichen Recht. Dies wäre der Fall, wenn die Normsituation der §§ 284, 288 BGB auch der spezifischen Interessenlage der Lebenssachverhalte des öffentlichen Rechts entspräche und insoweit Erkenntnisgrund für auch im öffentlichen Recht geltendes positives Recht darstellte.

§ 1 Die zivilrechtliche Verzugsregelung als Ausdruck eines besonderen Rechtsgrundsatzes

Der Rückgriff auf Vorschriften des Bürgerlichen Rechts in gleich welcher Methode zur Lückenausfüllung oder Lückenfeststellung ist ein legitimes Mittel, die auf dem Gebiete des Verwaltungsrechts bestehenden zahlreichen Normlücken zu entdecken oder zu schließen. Die Rechtfertigung hierfür ergibt sich daraus, daß das öffentliche und das private Recht Bestandteile unserer Rechtsordnung sind, die sich zwar rechtsinhaltlich durch die Betonung des individuellen bzw. des öffentlichen Interesses unterscheiden. Beide Rechtsgebiete sind jedoch Be-

standteile einer rechtsstaatlichen Ordnung mit der Funktion, das menschliche Zusammenleben gerecht zu regeln¹.

Eine strikte Trennung der Rechtsbereiche dergestalt, daß sowohl das Zivilrecht als auch das öffentliche Recht zwei in sich abgeschlossene Rechtssysteme bilden, kann den Erfordernissen der modernen Verwaltung, der der Bürger nicht mehr im wesentlichen als Adressat reglementierender Eingriffe, sondern zunehmend als Empfänger staatlicher Leistungen gegenübersteht, nicht gerecht werden, da das Verwaltungsrecht in erster Linie konzipiert ist, die Verwaltungsträger mit der Rechtsmacht für die Maßnahmen auszustatten, die sie für die Erfüllung ihrer offenen Funktionen benötigen.

Dem Anspruch, den das Sozialstaatsprinzip an die leistende Verwaltung stellt, die Bedürfnisse des Bürgers zu befriedigen, kann das historisch früher kodifizierte und wissenschaftlich länger durchgebildete Zivilrecht dienen². Die Kodifikationen des Zivilrechts enthalten eine Vielzahl vertypisierter Rechtslagen, in denen Rechtsfolgenanordnungen zugunsten bestimmter, als vorzugswürdig gewerteter Interessenlagen geregelt wurden. Worauf insbesondere auch Simons³ hingewiesen hat, sind einige der zi-

1 Vgl. Giacometti, S. 112; Gehe, Fischers Zeitschrift 34, S. 142 ff.

2 Vgl. hierzu Forsthoff, S. 168; Giacometti, a.a.O.; Wolff/Bachof, VerwR I § 44 III; Simons, S. 112.

3 Simons, a.a.O., S. 112.

vilrechtlichen Normenkomplexe notwendig auf ihren Anwendungsbereich beschränkt, weil sie soziale Gegebenheiten zum Gegenstand haben (Ehe-, Erb- recht, Familie), die sich einer Bewertung über ihre Regelungsbereiche hinaus per se verschließen.

Hingegen hat "eine große Anzahl privatrechtlicher Rechtsvorschriften Sachverhalte zum Gegenstand, deren juristische Bewertung nicht das Ergebnis ausschließlich privatrechtsbezogener Betrachtungsweise ist, sondern vielmehr auf allgemeinen juristischen Erwägungen beruht. Die konkrete vor- gestellte Normsituation ist zwar auf das Bürger- liche Recht beschränkt. Die zu ihrer Regelung her- angezogenen Bewertungsmaßstäbe lassen sich jedoch auf in der Rechtsordnung allgemeingültige Gedan- ken zurückführen, so daß die Aufstellung bestimm- ter Tatbestandsvoraussetzungen durch den Gesetz- geber im Bereich des Bürgerlichen Rechts nur als eine auf die speziell zivilrechtlichen Probleme zugeschnittene Konkretisierung dieser allgemeinen Erwägungen anzusehen ist"¹.

Die Vorrangsregeln des BGB könnten in diesem Sinne "Ausprägung eines Rechtsprinzips"² sein, das mit rechtsnormativer Verbindlichkeit auch im öffent- lichen Recht Gültigkeit beanspruchen kann, um im Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 GG dem Ausgleich einer sachlich nicht gerechtfertigten Härte zu dienen.

Bevor jedoch diese Frage beantwortet werden kann, sind zunächst die anderen Methoden des Rückgriffs auf die bürgerlich-rechtlichen Vorschriften, deren Anwendbarkeit und Rangverhältnis darzustellen.

¹ Simons, S. 112 - 113.

² Dieses Merkmal verwendet das BVerwG, DÖV 1973, S. 784, 785 zur Definition eines Rechtsgrund- satzes.

A. Die besonderen Rechtsgrundsätze als Rechts-
quellen des öffentlichen Rechts und ihre Ab-
grenzung zu anderen Methoden des Rückgriffs
auf zivilrechtliche Vorschriften

Es werden mehrere Hilfsmittel (Methoden) unter-
schieden, die Normen des Zivilrechts dem öffent-
lichen Recht, genauer dem Verwaltungsrecht, dienst-
bar zu machen, und zwar die Lehre vom allgemeinen
Teil des Rechts, die Lehre von den allgemeinen
Rechtsgedanken, die Anwendung von Rechtsgrund-
sätzen und die Analogie.

I. Die Analogie

Bei der Analogie, die man in Gesetzes- und Rechts-
analogie unterteilen kann¹, wird eine positiv ge-
regelte Vorschrift auf einen gesetzlich nicht ge-
regelten Fall angewendet, der den geregelten Fäl-
len wesensgleich oder ähnlich ist².

¹ Während die Gesetzesanalogie von einem einzelnen
Rechtssatz ausgeht und aus ihm einen auf ähnli-
che Fälle anwendbaren Grundgedanken entnimmt,
geht die Rechtsanalogie "von einer Mehrzahl ein-
zelner Rechtsvorschriften" aus und "entwickelt
aus ihnen allgemeinere Prinzipien und wendet
diese auf Fälle an, die unter keine der Gesetzes-
vorschriften fallen". So Enneccerus-Lehmann, Lehr-
buch des Bürgerlichen Rechts, Bd. I., 15. Aufl.,
§ 58 II 1; vgl. auch Canaris, S. 97. Beispiel
für eine Rechtsanalogie ist es, wenn man aus
einer Reihe von BGB-Vorschriften, die eine Haf-
tung für schuldhaftes Handeln im Laufe der Ver-
tragsverhandlungen konstituieren - vgl. z. B.
§§ 112, 179, 307, 309, 463 Satz 2, 523 Abs. 1
BGB -, den allgemeinen Grundgedanken ableitet, daß
bereits eine Verletzung von vorvertraglichen
Sorgfaltspflichten eine Haftung auslösen soll. Es
ist ersichtlich, daß der so verstandene Unter-
schied zwischen Gesetzes- und Rechtsanalogie nur
ein gradueller ist, dessen Dimension sich mit der
Hinzunahme der verwendeten Vorschriften vergrößert.

² Vgl. Schack, Festschrift für Laun, S. 278; La-
renz, Methodenlehre, S. 359, Forsthoff, S. 167;
Menger, System, S. 68.

Während also die Tatbestandsseite des Rechts-satzes modifiziert wird, bleibt die Rechtsfolge unverändert¹. Um die "wesentliche Ähnlichkeit" der Sachverhalte festzustellen, kommt es darauf an, die für die Anordnung der Rechtsfolge des analog anzuwendenden Rechtssatzes wesentlichen Tatbestandsmerkmale von den unwesentlichen zu unterscheiden².

Ursprünglich hatte das Reichsgericht diese Methode der Lückenausfüllung gewählt³. Später jedoch, zusammenhängend mit der Qualifizierung des Beamtenverhältnisses als öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis, wechselte das Reichsgericht die Methode und ging mit RGZ 97, S. 43 ff., 44, dazu über, § 618 BGB als Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens anzuwenden⁴.

Otto Mayer hielt eine analoge Anwendung von Privatrechtsverträgen im öffentlichen Recht noch für unzulässig⁵. Es hat sich jedoch die Auffassung durchgesetzt, daß die entsprechende Anwendung der Rechtsfolgen einer privaten Norm auf ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis interessengerecht und angemessen sein kann⁶.

1 Menger, System, S. 69.

2 Hoffmann, Abwehranspruch, S. 31.

3 Vgl. RGZ 63, S. 430 ff., 432; 71, S. 243 ff., 247; 83, S. 429 ff., 433.

4 Vgl. auch RGZ 98, S. 341 und 112, S. 290, zur Anwendung des § 278 BGB bei öffentlich-rechtlicher Anstaltsbenutzung.

5 VerwR I, S. 117.

6 Vgl. Forsthoff, S. 168; Meier-Brancke AÖR 50 (1926), S. 230 ff. 243 ff.; Schack, Festschrift für Laun, S. 275 ff.; Simons, S. 86 ff. der dem Analogieverfahren prinzipiell zustimmt, aber vor einer nicht richtigen Würdigung des öffentlichen Interesses warnt. Beispielhaft für die Rechtsprechung BGHZ 59, S. 303 ff. - Anwendung des bürgerlicher Kaufrechts bei öffentlich-rechtlichem Benutzungsverhältnis.

Eine Analogie der Vorschriften über Verzugszinsen hat Nebinger¹ ausdrücklich bejaht.

Wird unter Beachtung der oben genannten Voraussetzung die Frage, ob die analoge Anwendung der §§ 284 ff. BGB im Verwaltungsrecht möglich ist, beantwortet, so muß eine Übernahme dieser Vorschriften in das öffentliche Recht im Wege der Analogie abgelehnt werden.

Nicht bereits deshalb, weil das privatrechtliche Schuldverhältnis einander gleichgeordnete Parteien voraussetzt, dessen Vorschriften also bei Subordinationsverhältnissen keine Anwendung finden könne².

Eine Analogie verlangt die wesentliche Ähnlichkeit des geregelten und des ungeregelten Sachverhalts. Die in § 284 BGB geregelten Sachverhalte haben einen Ausgleich der Interessen von Schuldner und Gläubiger nach Maßgabe ihrer Verantwortlichkeit für den Eintritt der Leistungsverzögerung zum Ziel, wobei die Art der Leistungsverzögerung für die Rechtsfolge, Beseitigung der durch Späterfüllung hervorgerufenen Nachteile, durch Schadenersatz ohne Bedeutung ist.

Für die Zulässigkeit der Analogie kommt es nunmehr entscheidend darauf an, ob die Leistungsverzögerung bei hoheitlichem Handeln sich derart von privater Leistungsverzögerung unterscheiden kann, daß die wesentliche Ähnlichkeit der Sachverhalte nicht mehr gegeben ist.

1 VerwR, S. 56 f.

2 So u.a. BVerwGE 14, 1 ff.; vgl. zu dieser These die ausführliche Kritik bei Papier, Diss., S. 64 ff.

Gemäß § 284 Abs. 1 BGB tritt Verzug ein, wenn der Gläubiger den Schuldner auf eine fällige Leistung mahnt. Fälligkeit und einseitige Aufforderung bewirken den Eintritt des Verzuges. Geschützt ist allein das Interesse des Gläubigers an der Leistung, das Interesse des Schuldners an einer Überprüfung seiner Verpflichtung bleibt unberücksichtigt¹.

Das öffentliche Recht weist dagegen bereits Besonderheiten hinsichtlich der Anspruchsentstehung von öffentlichen Geldforderungen auf. Es sind Ansprüche denkbar, die durch die Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes entstehen und solche, die durch hoheitliche Entscheidung gestaltet werden. Bereits diese wesentliche Besonderheit würde bei einer undifferenzierten analogen Anwendung der privatrechtlichen Verzugsvorschriften unberücksichtigt bleiben. Hinzu kommt, daß im öffentlichen Recht die Rechtsbeziehungen des privaten Gläubigers zum hoheitlichen Schuldner häufig durch den Antrag auf die Leistung und immer durch das behördliche Prüfungsverfahren geprägt werden². Diese wesentliche Unähnlichkeit verbietet eine analoge Anwendung der zivilrechtlichen Vorschriften.

¹ Vgl. Götz, DVBl. 1961, S. 433 ff., 436.

² Götz, a.a.O.

II. Die Lehre vom allgemeinen Rechtsgedanken

Bei der Anwendung eines allgemeinen Rechtsgedankens wird nicht ein einzelner oder mehrere vergleichbare Rechtssätze - wenn auch etwa ihren Besonderheiten entkleidet - sondern der durch Reduzierung auf das wesentliche entdeckte, der normimmanente Rechtsgedanke zur Entscheidung eines von der Norm abweichenden Tatbestandes verwendet¹.

Die Analogie und die Anwendung eines allgemeinen Rechtsgedankens unterscheiden sich also zunächst darin, daß bei der Analogie die Besonderheiten, die der unregelte und der damit verglichene geregelte Sachverhalt aufweisen, diejenige Basis gemeinsam haben, auf denen die gesetzliche Regelung beruht².

Ist dagegen bei den für die Beurteilung des Tatbestandes wesentlichen Gesichtspunkten keine Ähnlichkeit mehr festzustellen, kann die positive Norm nicht mehr analog angewandt werden. Die Lehre vom allgemeinen Rechtsgedanken setzt nicht die Beschränkung auf den konkreten Normbereich voraus, sondern hier ist die Anwendung über das Rechtsgebiet hinaus, mithin die Allgemeingültigkeit für das gesamte Rechtsgebiet typisch³.

¹ Vgl. Schüle, VerwArch 38 (1933), S. 405 ff.; bezugnehmend darauf Schack, Festschrift für Laun, S. 278; dazu kritisch Simons, S. 110; Eckert, DVBl. 1962, S. 11 ff., S. 14 hat anhand dieser Methode den Versuch unternommen, die privatrechtlichen Regeln über die Leistungsstörungen, modifiziert durch das jeweilige öffentliche Interesse, auf verwaltungsrechtliche Schuldverhältnisse zu übertragen; vgl. im übrigen Larenz, Methodenlehre, S. 365.

² Vgl. Engisch, Einführung, S. 142.

³ Vgl. Schack, Festschrift für Laun, S. 277; Menger, System, S. 72; Simons, S. 108, unter besonderem Bezug auf Schüle, VerwArch 38 (1933), S. 405 f.

III. Die Lehre vom allgemeinen Teil des Rechts

Allgemein gültige Rechtssätze zu entdecken, die sowohl für das öffentliche Recht als auch für das private Recht Geltung besitzen, ist Ziel einer vornehmlich älteren Lehre¹. Die Lehre geht davon aus, daß es in beiden Rechtsgebieten Begriffe und Lehren gibt, die notwendigerweise in jedem Zweig der Rechtsordnung als "eigenes Gut" angewandt werden müssen², wie etwa Willenserklärungen, Geschäftsfähigkeit, Verjährung, Handlungsfähigkeit.

In Anbetracht der Wesensverschiedenheit der beiden Rechtsgebiete ist es jedoch zweifelhaft, über begriffliche Gemeinsamkeiten hinaus eine Summe von Rechtssätzen anzunehmen, deren Rechtsfolgeanordnung identisch ist in den jeweiligen Rechtsbereichen³. Verfehlt wäre insbesondere die Ansicht, die Regeln über die Leistungsstörungen der §§ 275 ff. BGB, konkret der §§ 284 ff. BGB, zu einem allgemeinen Teil des Rechts zu zählen mit der Folge, daß die Erfüllung der Tatbestände dieser privaten Rechtssätze auch konkrete Rechtsfolgeanordnungen im öffentlichen Recht zeitigen. Eine nähere Überprüfung muß nämlich erweisen, daß der Normplan dieser bürgerlichen Vorschriften nicht einschränkungslos in das durch öffentliches Interesse gekenn-

1 Friederichs, Der allgemeine Teil des Rechts, Berlin 1927; derselbe, Wie weit sind die Vorschriften des BGB auf Schuldverhältnisse des öffentlichen Rechts anwendbar, Archiv des Bürgerlichen Rechts, Bd. 42 (1916), S. 328 ff.; Fezner, Die Privatrechtstitel im öffentlichen Recht, AÖR Bd. 9 (1894), S. 325 ff., S. 489 ff.; vgl. auch Skaupe, S. 47 ff.; Gygi, S. 27 f., 31 f.

2 So Friederichs, Der allgemeine Teil des Rechts, S. 12.

3 Ablehnend auch Menger, System, S. 72, Fußnote 10; Simons, S. 110; Schwär, S. 78.

zeichnete System öffentlich-rechtlicher Vorschriften übertragen werden kann¹. Auch der Gesetzgeber hat in den neueren Kodifikationen: Abgabenordnung, Sozialgesetzbuch allgemeiner Teil, Verwaltungsverfahrensgesetz, nicht den Weg beschritten, einen Katalog allgemein gültiger Normen aufzustellen. Zwar wird auf bürgerlich-rechtliche Vorschriften zurückgegriffen, dies geschieht jedoch in modifizierter Form².

Muß somit die Existenz eines formellen (Summe von Rechtssätzen) allgemeinen Teil des Rechts aus dogmatischen Gründen verneint werden, so kann andererseits nicht verkannt werden, daß beide Rechtsgebiete Grundsätze enthalten, deren Wirkung nicht auf das Rechtsgebiet beschränkt ist, dem die den Grundsatz enthaltende oder konkretisierende positive Regel entstammt.

IV. Die besonderen Rechtsgrundsätze

Mit der Qualifizierung von im bürgerlichen Recht zum Ausdruck gelangten, fundamentalen Normen als Rechtsquellen auch des öffentlichen Rechts be-

1 Vgl. hierzu Götz, DVBl. 1961, S. 431 f., 433; so auch Simons, S. 105; zu diesem Ergebnis gelangt auch Friedrichs, Wieweit sind Vorschriften des BGB auf Schuldverhältnisse des öffentlichen Rechts anwendbar, Archiv des Bürgerlichen Rechts, Bd. 42 (1916), S. 29 ff., 47 ff.

2 Vgl. z. B. § 12, Abs. 1 Ziff. 2 Verwaltungsverfahrensgesetz, § 79, Abs. 1 Ziffer 1 Abgabenordnung; oder unter entsprechender Verweisung auf die bürgerlichen Vorschriften, vgl. § 62 Verwaltungsverfahrensgesetz.

schäftigt sich eine neuere Lehre¹. Ausgangspunkt ist hierbei, daß alle Rechtsquellen notwendigerweise auf die Prinzipien des Rechts überhaupt, auf die Gerechtigkeit einerseits und die Macht andererseits zurückweisen müssen². Das letztere wird dadurch gewährleistet, daß als "Fundgrube"³ für Rechtsgrundsätze das geschriebene Recht in Betracht kommt. Sodann ergeben sich Rechtsgrundsätze als Ableitungen aus dem Prinzip der Gerechtigkeit im Hinblick auf ganz allgemeine, typische Situationen und Interessenlagen des menschlichen Zusammenlebens, die entweder dauernd oder in gewissen raumzeitlichen Begrenzungen konstant sind⁴. Um eine subjektive, u. U. zufällige Einsicht in die Erkenntnis vom Gerechtigkeitsprinzip zu vermeiden und die der Anwendung von Recht notwendige Objektivität zu garantieren, verlangt Wolff⁵, daß die Rechtsgrundsätze von keinem Rechtsgenossen ernstlich angezweifelt werden können⁶.

1 Vgl. Menger, System, S. 70; H.J. Wolff, Rechtsgrundsätze und verfassungsgestaltende Grundentscheidungen, in Festschrift für Walter Jellinek, S. 33 ff.; vgl. aber auch schon Fleiner, Institutionen des Verwaltungsrechts, 8. Aufl., 1928, S. 55 und 57 ff., Jellinek, System subjektiver öffentlicher Rechte, 2. Aufl. 1905, S. 66; auch die Rechtsprechung verwendet in neuerer Zeit diese Methode bei der Ausfüllung von Lücken im öffentlichen Recht durch den Rückgriff auf Normen des bürgerlichen Rechts, vgl. BGH NJW 1972, S. 1364 ff. = DÖV 1972, S. 858 zur Anwendbarkeit des § 313 BGB bei öffentlich-rechtlichen Verträgen; BVerwGE 13, S. 17 ff., 22; OVG Koblenz, DÖV 1965, S. 55; BGHZ 43, S. 178 ff., 184; vgl. auch BVerwGE 7, 95 ff., 97, wo von einem allgemein gültigen Grundsatz der Zinspflicht des Schuldners die Rede ist.

2 H.J. Wolff, a.a.O., S. 36.

3 Menger, System, S. 71.

4 H.J. Wolff, a.a.O., S. 37; Wolff/Bachof, VerwR I, § 25 Ia; so auch Menger, System, S. 70 - 71.

5 a.a.O., S. 38.

6 So auch Menger, System, S. 71.

Es werden zwei Arten von Rechtsgrundsätzen unterschieden¹. Allgemeine Rechtsgrundsätze sind Ableitungen aus dem Rechtsprinzip, die bezogen sind auf allgemeine und typische Situationen und Interessenlagen, die keine weiteren sozialen Gegebenheiten voraussetzen als die Existenz einer Vielheit von Menschen als Rechtsgenossen und den Bestand irgendeiner Rechtsordnung². Die besonderen Rechtsgrundsätze sind Ableitungen aus dem Rechtsprinzip im Hinblick auf allgemeine typische Situationen und Interessenlagen. Im Unterschied zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen haben sie nicht allein eine Vielheit von Menschen als Voraussetzung, sondern sind bedingt durch bestimmte raum-zeitlich besondere soziale Lebensverhältnisse und Lebensordnungen³. Wenn die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches Ausdruck von Rechtsgrundsätzen sein können, können sie also innerhalb der Lehre von den Rechtsgrundsätzen nur den besonderen Rechtsgrundsätzen zugerechnet werden⁴.

Die Rechtsgrundsätze gehören zwar ihrer Geltung nach dem positiven Recht an, infolge ihrer inhaltlichen Unvollständigkeit stellen sie jedoch selbst noch keine unmittelbar geltenden Rechtssätze dar, da es ihnen an der für die Rechtssätze notwendigen Bestimmtheit mangelt. Zu ihrer unmittelbaren Anwendung auf Sachverhalte bedürfen sie daher

1 Wolff, a.a.O., S. 39 ff.; Wolff/Bachof, VerwR I § 25 Ia; Menger, Die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts als Rechtsquellen, in Festschrift für Boggs, S. 89 ff., 93 f.

2 Beispiele bei Menger, a.a.O., S. 94; Die Würde des Menschen, Der Gleichheitssatz, Das Gebot der guten Sitten, Der Grundsatz von Treu und Glauben.

3 H.J. Wolff, Rechtsgrundsätze, S. 40 - 41; Menger, Allgemeine Grundsätze des Verwaltungsrechts, S. 94.

4 mit Ausnahme des Grundsatzes von "Treu und Glauben".

einer Konkretisierung, einer "individualisierenden Normierung"¹, in der die in den Rechtsgrundsätzen enthaltene Interessenbewertung für typische Interessenlagen zum Ausdruck gebracht wird.

Daraus folgt ein wichtiger Unterschied zum Analogieverfahren. Die in den Privatrechtssätzen aufgefundenen Rechtsgrundsätze sind für verschiedene typische Interessenlagen auch verschieden zu konkretisieren, während bei einer Analogie die Interessenlage gleich sein muß und die Rechtsfolge des Privatrechtssatzes unverändert gleich anzuwenden ist.

Eine Rückschau auf die genannten Methoden, die Normen des bürgerlichen Rechts auch im öffentlichen Recht anzuwenden, läßt eine gewisse Verwandtschaft erkennen². Diese beruht nicht zuletzt darauf, daß Rechtsfindung anhand der Methoden nicht allein eine logische Entscheidung ist; zwar muß das logische Schlußverfahren in Ordnung sein, hierzu gelangt man jedoch erst in Verbindung mit einer wertenden Beurteilung³ vom Standpunkt der dem Gesetz immanenten Teleologie⁴. Gleichwohl unterscheiden sich die Methoden nicht nur - wie bereits teilweise angedeutet - in begrifflicher Hinsicht. Die Terminologie ist uneinheitlich⁵. Be-

1 Wolff/Bachof, VerwR I, § 25 Ia, b.

2 Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, S. 228, mißt deshalb der Frage, ob die vertraglichen Haftungsgrundsätze im öffentlichen Recht auf Grund Analogie oder Rechtsgrundsatzes angewandt werden, keine praktische Relevanz bei.

3 Vgl. Larenz, Methodenlehre, S. 361.

4 So Larenz, Methodenlehre, S. 360; vgl. auch Menger, System, S. 70.

5 Vgl. hierzu Menger, System, S. 70; verwirrend z. B. BGHZ 59, S. 303 ff., 305; sinngemäße Anwendung des vertraglichen Schuldrechts als Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens.

sonders bei der Frage nach der Anwendbarkeit der Regeln über die Leistungsstörungen kann und ist es¹ zur Verquickung terminologischer und methodischer Möglichkeiten gekommen. Die Gefahr besteht deshalb, weil - was insbesondere auch hinsichtlich der §§ 284 ff., 288 BGB von Bedeutung ist - eine analoge Anwendung der Vorschriften über die Forderungsverletzung methodisch als Rechts-(Gesamt-)analogie zu erfolgen hätte. Dabei kann insoweit ein "allgemeiner Rechtsgedanke" oder "besonderer Rechtsgrundsatz" unterstellt bzw. gefunden werden², da bei der Rechtsanalogie mehrere Gesetzesbestimmungen, die einander ähnlich sind, also übereinstimmende Rechtsfolgen haben, als wesentlich erachtet werden und es soll dann die gleiche Rechtsfolge auch für solche Tatbestände gelten, welche im Tatbestand Ähnlichkeiten aufweisen, aber nicht ausdrücklich gesetzlich geregelt sind. Es wird mithin die in einer Summe von Rechtssätzen getroffene Regelung, quasi der gemeinsame Nenner, auf einen gesetzlich nicht geregelten Fall angewandt.

Dagegen braucht ein besonderer Rechtsgrundsatz nicht immer das Ergebnis eines Vergleichs mehrerer Gesetzesbestimmungen zu sein. Es ist möglich, einen besonderen Rechtsgrundsatz bereits aus einer einzigen Norm abzuleiten. Beispiel hierfür ist etwa im Verwaltungsverfahren das Handlungsverbot bei Befangenheit, das in § 73 Abs. 3 BBG konkretisiert ist, und im übrigen als besonderer

1 BGHZ 59, S. 303 ff.; ein anderes Beispiel bietet OVG Münster, DÖV 1969, S. 214 f.

2 Larenz, Methodenlehre, S. 365.

Rechtsgrundsatz im gerichtlichen und Verwaltungsverfahren gilt¹. Ein weiterer Unterschied ergibt sich aus der durch die Methode vorgegebenen Art des Erkenntnisverfahrens und entscheidend daraus, daß der Rechtsgrundsatz durch Typisierung von der Rechtsquelle zum Rechtssatz wird. Während bei der Analogie von der Ähnlichkeit der Tatbestände auf die Gleichheit der Rechtsfolgen geschlossen wird, erfolgt die Konkretisierung des Rechtsgrundsatzes im Einzelfall an der jeweiligen Interessenlage, der Struktur und Funktion des Rechtsverhältnisses, um zunächst festzustellen, ob die positive Regelung ein Erkenntnisgrund für positives Recht enthält, eine Rechtsquelle darstellt. Im weiteren Stadium der Untersuchung wird, da es dem soeben aufgefundenen Rechtsgrundsatz noch an der Sinnbestimmtheit (individualisierenden Normierung) fehlt, aus dem Rechtsgrundsatz der spezielle Rechtssatz in bezug auf einen bestimmten Sachverhalt abgeleitet. Ist diese rechtssatzmäßige Spezialisierung vorgenommen, so muß er unmittelbar angewandt werden, weil seine anlage Anwendung die Rechtsfindung zu weit von der gesetzten Rechtsfindung entfernen könnte².

Der Rückgriff auf die Rechtsgrundsätze und die Analogie können, wenn die Lückenausfüllung durch Normen des gleichen Rechtsgebietes vorgenommen werden kann, praktisch die gleichen Ergebnisse haben. Sollen jedoch, wie vorliegend, Normen eines anderen Rechtsgebietes herangezogen werden, dann ermöglicht die Anwendung von Rechtsgrund-

¹ Vgl. Wolff/Bachof, VerwR III, § 156 IIIe.

² Menger, VerwArch, Bd. 61 (1970), S. 89/90.

sätzen sachgerechtere Ergebnisse als die Analogie, weil in einer Norm die wesensmäßige Typik eines Rechtsgebietes nicht unbedingt zum Ausdruck kommen muß. Die Frage nach einem besonderen Rechtsgrundsatz beinhaltet hierbei gerade, die die Norm prägende Interessenlage des Rechtsgebietes zu berücksichtigen, weil Bezugspunkte des besonderen Rechtsgrundsatzes grundlegende und typische Interessenlagen innerhalb besonderer sozialer Lebensverhältnisse sind, die in spezialgesetzlichen Regelungen Ausdruck gefunden haben können.

B. Haftung als Folge einer Forderungsverletzung

Vorbehaltlich einer noch zu bestimmenden Begriffsklärung kann zunächst allgemein davon ausgegangen werden, daß es auch im öffentlichen Recht nichtvertragliche Sonderverbindungen zwischen zwei Rechtssubjekten gibt, wie schon durch den Hinweis auf die Sonderstatusverhältnisse, namentlich die Anstaltsbenutzungsverhältnisse hinreichend belegt werden kann.

Die Existenz solcher verwaltungsrechtlicher Schuldverhältnisse gebietet es, Regeln für den Fall der Leistungsstörung zu entwickeln, vorliegend für die Leistungsverzögerung bei öffentlich-rechtlichen Geldforderungen.

Die bisherigen Erörterungen haben gezeigt, daß weder die vorhandenen verwaltungsrechtlichen Vorschriften noch die analoge Anwendung der BGB-Vorschriften generell zur Beantwortung der Frage

geeignet sind, welche Folgerungen sich aus dem Eintritt von Verzug in verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnissen ergeben. Damit ist der bereits angedeutete Weg der Untersuchung vorgegeben, bei den Rechtsquellen anzusetzen und einen besonderen Rechtsgrundsatz zu formulieren. Als Anhalt eines derartigen Rechtsgrundsatzes kommt zunächst das geschriebene Recht in Betracht, wobei im Wege der Abstraktion aus positiv rechtlich geregelten Vorschriften die typische Interessenlage und deren Regelung durch die Rechtsordnung aufzufinden ist¹.

I. Die zivilrechtliche Interessenlage bei Leistungsverzögerung

Das Schuldverhältnis als Sonderverbindung zweier Rechtssubjekte, durch die besondere Pflichten begründet werden, ist geprägt durch die Leistungspflicht des Schuldners². Die dem Schuldner obliegende Pflicht zur Leistung wäre unvollkommen bestimmt, wenn die Erfüllung der Leistung nicht erzwungen werden könnte. Es ist jedoch nicht ausreichend, die Erfüllung der Leistungspflicht zu statuieren. Nicht jedes Schuldverhältnis entwickelt sich reibungslos ab. Es können Hemmnisse und Schwierigkeiten auftreten, die der vorausgesetzten Abwicklung des Schuldverhältnisses durch Erfüllung im Wege stehen. In einem solchen Fall spricht man von Leistungsstörung³.

¹ Vgl. Menger, Die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts, in Festschrift für Bogs, S. 89 ff., S. 95.

² Vgl. Larenz, Schuldrecht, § 2 I; Erman-Sirp, Einleitung zu § 241 Rdn. 2 ff.; Enneccerus-Lehmann, § III; Siebert-Schmidt, Vorbem. vor § 241 Rdn. 3.

³ Vgl. Enneccerus-Lehmann, § 55 I und II; Erman-Battes, Vor §§ 275 - 292 Rdz. 1.

Welche konkrete Ausgestaltung das sich durch diese Feststellungen abzeichnende Prinzip der Forderungsverletzung hat, läßt sich noch nicht erkennen. Es muß daher zurückgegriffen werden auf die Grundlagen des geschriebenen Rechts, in denen die Leistungsstörungen eine Regelung erfahren haben.

In den schuldrechtlichen Regelungen der §§ 275 ff., 323 ff. des Bürgerlichen Gesetzbuches widerspiegelt sich die Bevorzugung der Interessen eines der an dem Rechtsverhältnis beteiligten Rechtssubjekte¹. Bei oder nach Eingehung des Schuldverhältnisses stehen sich einander widerstreitende Interessen gegenüber². Diese gegensätzlichen Interessen wirken zusammen, um einen Ausgleich herbeizuführen. Jeder kann sein Interesse nur insoweit verwirklichen, als er zugleich das des anderen respektiert³. Wie der einzelne seine Interessen wahrnimmt, ist ihm überlassen, erheblich ist allein, daß er die für den Vertragsschluß von der Rechtsordnung gesetzten Grenzen einhält³.

Dem Gläubiger ist im Falle eines rechtsgeschäftlich begründeten Verhältnisses das Recht eingeräumt, vom Schuldner ein Verhalten zu verlangen (§ 241 BGB), das im Ergebnis zu einer Erweiterung der Rechtsposition des Gläubigers führen soll.

¹ Zum folgenden Simons, S. 134 ff.

² Vgl. zu dieser Interessenlage Stoll, AcP, Bd. 136 (1932), S. 257 ff., 286 ff.

³ So Larenz, Schuldrecht, § 4.

⁴ So Flume, § 1, 4.

Der mit der Begründung der Verbindlichkeit verfolgte Zweck kommt in der Bestimmung der Hauptleistungspflicht zum Ausdruck, die das Schuldverhältnis als Kauf-, Dienst- oder Werkvertrag qualifiziert. Mit der Verpflichtung zur Erfüllung der Hauptleistung anerkennt der Schuldner die Zweckvorstellung des Gläubigers als vorzugswürdig und verspricht, den Zweckvorstellungen des Gläubigers zu genügen, alles den Eintritt des Leistungserfolges Erschwerende oder Vereitelnde zu unterlassen.

Dem Gläubiger obliegt es seinerseits, auf die Belange des Schuldners Rücksicht zu nehmen und Beeinträchtigungen seiner Rechtsstellung zu vermeiden.

Die gesetzlichen Schuldverhältnisse entsprechen dieser Vorstellung. An Stelle der rechtsgeschäftlich begründeten Zweckvereinbarung tritt hier eine gesetzliche Wertung, wie etwa die den Ausgleich ungerechtfertigter Vermögensverschiebungen anordnenden §§ 812 ff. BGB. Auch hier haben sich die Interessen des Schuldners gegenüber den auf den Leistungserfolg gerichteten Interessen des Gläubigers unterzuordnen.

Die Ausbreitung dieser Interessenlage verrät, welche Rechtsposition bei Eintritt einer Leistungsstörung geschützt und welches Interesse soweit als möglich gewahrt bleiben soll¹. Nach dieser Interessenbewertung hat sich dann auch zu richten, wen die Nachteile nach Eintritt einer Leistungs-

¹ So Simons, a.a.O.

störung treffen sollen. Die Gläubigerinteressen an der Erreichung eines Leistungszwecks sind hierbei höher zu bewerten als das Interesse des Schuldners an einer Verzögerung bzw. dem Fortfall jeder Leistungspflicht, es sei denn, der Gläubiger verwerke die Vorzugswürdigkeit seiner Rechtsposition durch ein von ihm zu verantwortendes Verhalten.

Dies wird bei der Verzugsregelung des Bürgerlichen Gesetzbuches besonders sinnfällig. Nach den §§ 284 ff. BGB löst die rechtswidrige Verzögerung der Leistung aus einem vom Schuldner zu vertretenden Grunde die Rechtsfolgen der §§ 286 ff. BGB aus. Der Schuldner haftet auf Schadenersatz, der Gläubiger kann sich gegebenenfalls vom Vertrag lösen. Den entgegengesetzten Fall einer vom Gläubiger selbst zu vertretenden Verzögerung hat das Gesetz nur hinsichtlich des Annahmeverzuges geregelt (§§ 293 ff. BGB), der keine Schadenersatzpflicht nach sich zieht, dafür aber auch den Schuldner von der Haftung befreit, denn eine vom Gläubiger zu vertretende Verzögerung der Leistung stellt sich rechtlich als unverschuldete Verspätung des Schuldners dar¹.

Aber nicht allein die Pflichtverletzung soll ausschlaggebend für den Ausgleich der durch eine Forderungsverletzung einzutretenden Nachteile sein. Es muß in subjektiver Hinsicht eine Verantwortlichkeit hinzukommen, die Verschulden genannt wird. Eine Forderungsverletzung ist dann zu ver-

¹ Vgl. Erman-Battes, Vor § 293 Rdn. 2 ff.

treten, wenn sie vorsätzlich oder fahrlässig herbeigeführt wird. Dieser Haftungsmaßstab, den § 276 Abs. 1 BGB wiedergibt, gilt auch in verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnissen¹. Während der Vorsatzbegriff in Übereinstimmung mit der zivilrechtlichen Definition als wissenschaftliche und willentliche Herbeiführung der Unrechtsfolgen begriffen wird, gilt im Verwaltungsrecht ein Maßstab, der sich nicht an der "im Verkehr erforderlichen Sorgfalt", sondern an der Erfüllung der konkreten öffentlichen Aufgabe orientiert².

Als Zwischenergebnis kann zunächst festgehalten werden, daß im Bürgerlichen Recht eine Haftungsfolge im Falle zu vertretender Leistungsstörung eintritt. Dieses Ergebnis wurde im wesentlichen dem Begriff und der Funktion des privatrechtlichen Schuldverhältnisses entnommen.

II. Das öffentlich-rechtliche Schuldverhältnis

Zu fragen ist nun, ob sich die im Zivilrecht vorgefundene, in den §§ 275 ff., 284 ff. BGB normativ bewertete Interessenlage auch in Rechtsverhältnissen des öffentlichen Rechts finden läßt. Die Untersuchung hat dabei auszugehen von dem Begriff eines verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnisses und - sofern sich dieser Begriff umreißen läßt - von der Abgrenzung einer solchen Rechtsbeziehung zu anderen Rechtsbeziehungen des öffentlichen Rechts.

1 h.M.: RGZ 152, S. 131; 161, S. 181; BGHZ 4, S. 152; BVerwGE 13, S. 17 ff., 21; BVerwGE 18, S. 21 ff.; BGH NJW 1962, S. 101, wo eine Zinsverpflichtung mit Hinweis auf mangelndes Verschulden abgelehnt wurde; vgl. auch Wolff/Bachof, VerwR I, § 44 IIIb; Eckert, DVBl. 1962, S. 11 ff., 14 ff.; Simons, S. 147 ff.

2 Vgl. Simons, S. 148; Eckert, a.a.O., S. 15; Wolff/Bachof, VerwR I, § 44 IIIb.

Nach der vom Grundgesetz vorgegebenen Staatszielbestimmung, das Sozialstaatsprinzip zu verwirklichen¹, darf sich der Staat nicht darauf beschränken, Rechtssätze zu erlassen und deren Einhaltung zu überwachen. Er muß vielmehr darüber hinaus Mittel verteilen oder zur Verfügung stellen, deren sich der Bürger zur Befriedigung seiner wesentlichen Interessen bedienen kann². Die Zunahme der leistenden Verwaltungstätigkeit³ in Gestalt der Subventionen auf den Gebieten der gewerblichen Wirtschaft, z. B. Landwirtschaft, Bergbau und der sonstigen Förderungen, z. B. der Vermögensbildung, Wohnungsbau-, Jugend-, Ausbildungs-, Wissenschaftsförderung, hat eine Vielzahl von Rechtsbeziehungen zwischen der Verwaltung und dem Bürger zum Entstehen gebracht, in denen die Überordnung des Hoheitssubjekts nicht wie sonst zum Ausdruck kommt. In Anlehnung an die privatrechtliche Terminologie werden die auf diesen Rechtsgebieten entstehenden Rechtsbeziehungen Schuldverhältnisse und das Rechtsgebiet Verwaltungsrecht genannt⁴.

Im Jahre 1928 hatte die Württembergische Landesregierung mit dem Entwurf einer Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg den Versuch unternommen,

1 Vgl. dazu Wernicke, in BK, Art. 20, Erläut. 1d; Schmidt-Bleibtreu/Klein GG, 2. Aufl., 1970, Art. 20, Anm. 15.

2 Wolff/Bachof, VerwR III, § 137 Ia; so auch Lepsein, Diss., S. 34 f; Bullinger, Öffentliches Recht und Privatrecht, S. 78.

3 Zur Terminologie Wolff/Bachof, a.a.O., § 137 Ia, b.

4 Vgl. Wolff/Bachof, VerwR I, § 44; BGHZ 61, S. 7 f.

die Schuldverhältnisse des öffentlichen Rechts zu kodifizieren¹.

Ausgangspunkt sind dort Rechtsverhältnisse, in denen sich zwei oder mehrere Gläubiger und Schuldner mit der Rechtsfolge gegenüberstehen, daß der Gläubiger berechtigt ist, vom Schuldner eine Leistung zu fordern². Unter Berücksichtigung der Gesamtkonzeption des Entwurfes³ und unter Berücksichtigung des Ursprunges der Schuldverhältnisse und der an ihnen Beteiligten wurde der Anwendungsbereich des Systems in zweierlei Hinsicht eingeschränkt.

Schuldverhältnisse i. S. d. Entwurfes mußten eine Leistung von Vermögenswert zum Gegenstand haben und durften nicht auf Verpflichtungen beruhen, die dem einzelnen auf Grund von Rechtsvorschrift oder Verwaltungsakt gegenüber der öffentlichen Gewalt oblagen (Art. 188). Für die insoweit hinsichtlich der Subordination modifizierten Schuldverhältnisse wurde eine Verzugshaftung mit Zinsanspruch konzipiert (Art. 199).

Zur Begründung⁴ wird ausgeführt, daß dem Verzug des Schuldners auch auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts mannigfache Bedeutung zukomme, jedenfalls insoweit, als die öffentliche Leistungspflicht ihrer Art nach mit der bürgerlich-rechtlichen Leistungspflicht in Vergleich gestellt werden könne, wie dies bei Geldzahlungen zweifellos der Fall sei.

1 Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg, Entwurf eines Gesetzes mit Begründung, Stuttgart 1931.

2 Art. 189 des EntVerwO Wü.

3 Vgl. hierzu Begründung, a.a.O., S. 586.

4 a.a.O., S. 600.

Neben dem durch die Landessteuerordnung abschließend geregelten Abgabenrecht gebe es eine Vielzahl von Leistungen i. S. d. Art. 188, die soviel Gemeinsamkeiten mit Geldleistungen aus bürgerlich-rechtlichen Schuldverhältnissen ähnlicher Art hätten, daß die Gestaltung der allgemeinen Vorschriften über den Verzug im öffentlichen Recht nach dem Vorgang der Vorschriften des bürgerlichen Rechts begründet erschiene¹. Deshalb müßten für den Verzug des Schuldners bei öffentlichen Schuldverhältnissen dieselben Voraussetzungen maßgebend sein und dieselben Rechtsfolgen gelten wie im bürgerlichen Recht. "Dabei ist zu bemerken, daß die Verpflichtung zur Verzinsung von Geldschulden im Falle des Verzuges im Deutschen Verwaltungsrecht schon seit längerer Zeit fast allgemein anerkannt ist"².

Der Begriff Schuldverhältnis wird auch im 2. Teil, 2. Abschnitt Abgabenordnung 1977 verwendet. § 37 AO definiert eine Quantität des Steuerschuldverhältnisses, indem enumerativ Ansprüche aufgezählt werden, die zum Steuerschuldverhältnis zählen.

Die Rechtsprechung, namentlich, das Reichsgericht, ist bei der Begriffsbestimmung des öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnisses kasuistisch vorgegangen und hat die Anwendung von Vertragsnormen des Zivilrechts vorsichtig für einzelne konkrete Anspruchsinstitute übernommen. Auf diese Weise sind im Laufe der Zeit öffentlich-rechtliche Schuldverhältnisse nichtvertraglicher Art anerkannt worden, für die die Anwendung der schuldrechtlichen Haftungsnormen dem Grunde nach unbestritten ist.

1 Vgl. hierzu die Begründung, a.a.O., S. 601.

2 Begründung, a.a.O., S. 604.

Zu diesen gehören die öffentlich-rechtliche Ver-
wahrung¹, die öffentlich-rechtliche Geschäfts-
führung ohne Auftrag², die öffentlich-rechtli-
chen Benutzungs- und Leistungsverhältnisse³ und
die Ansprüche aus der Verletzung der beamten-
rechtlichen Fürsorgepflicht⁴.

Den Versuch, dem Verwaltungsschuldverhältnis einen
grundsätzlichen Begriffsinhalt zu geben, hat der
BGH in BGHZ 21, S. 214 ff., 218 unternommen: "Die
Rechtsprechung hat (zwar) seit langem die sinngemä-
ße Anwendung des vertraglichen Schuldrechts als
Ausdruck allgemeiner Rechtsgedanken auch auf öf-
fentlich-rechtliche Verhältnisse da bejaht, wo
ein besonders enges Verhältnis des einzelnen zum
Staat oder zur Verwaltung begründet worden ist
und mangels ausdrücklicher gesetzlicher Regelung
ein Bedürfnis zu einer angemessenen Verteilung
der Verantwortung innerhalb des öffentlichen
Rechts vorliegt."

Diese Formulierung, die in späteren Entscheidun-
gen wieder verwendet worden ist⁵, bietet aber
nicht viel für die Beantwortung der Frage, für
welche Sonderverbindungen auf die Regeln über
die Vertragshaftung zurückgegriffen werden soll.

1 Vgl. BGHZ 1, S. 369 ff.; 34, S. 349 ff.; BGH MDR
1975, S. 213 f.

2 Vgl. BGH NJW 1975, S. 205 f. = BGHZ 63, S. 167
ff.; Wolff/Bachof, § 44 I b 5 m. w. N.

3 Vgl. BGHZ 17, S. 191 ff. und die Rechtspre-
chungsübersicht bei Ossenbühl, Staatshaftungs-
recht, S. 222 f.

4 Vgl. BVerwGE 13, S. 17 ff.; 25, S. 138 ff.

5 Z. B. BGH NJW 1974, S. 1816 m. w. N.

Insbesondere der 2. Teil der Formulierung "Be-
dürfnis für eine angemessene Verteilung der Ver-
antwortlichkeit innerhalb des öffentlichen Rechts"
ist zu unscharf, um als Definitionsmerkmal zur
Klärung des Begriffsinhalts beizutragen. Letzt-
endlich wird damit nur das Motiv für eine entspre-
chende Heranziehung der Vertragshaftung ausge-
drückt¹.

Mit dem 1. Teil der Formulierung "besonders enges
Verhältnis des einzelnen zum Staat" wird jedoch
die Richtung für einen dem privatrechtlichen
Schuldverhältnis nach Struktur und Interessenla-
ge ähnlichen Begriffsrahmen angegeben.

Allerdings wird nach Sicht der mit diesem Begriff
operierenden Urteile deutlich², daß der BGH letzt-
lich nicht die Qualifizierung relativer Beziehun-
gen, sondern eine dem Privatrecht entsprechende
Koordination für maßgeblich ansieht.

Für den Begriff der verwaltungsrechtlichen Schuld-
verhältnisse hat sich in der Literatur noch keine
einheitliche Meinung gebildet. Die wohl weiteste Cha-
rakterisierung findet sich bei Friedrichs³.
Unter Anlehnung an § 241 BGB begreift Friedrichs
Schuldverhältnisse des öffentlichen Rechts über-
all da, "wo ein Gläubiger von einem Schuldner aus

1 Vgl. auch die Stellungnahme von Ossenbühl,
Staatshaftungsrecht, S. 227.

2 Vgl. hierzu auch RGZ 78, S. 325 ff.; BGHZ 21,
S. 214 ff.; 25, S. 231 ff., 238; BGH NJW 1962, S.
1053, 1054; BGH NJW 1963, S. 1828 und modifizie-
rend BGH NJW 1974, S. 1816 ff.

3 Archiv des bürgerlichen Rechts, Bd. 42 (1916),
S. 28 ff.

einem Titel des öffentlichen Rechts ein Geben, Tun oder Unterlassen verlangen kann"¹.

Ausgeschlossen sind damit die Pflichten, die auf normativer Grundlage beruhen oder durch Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes entstehen. Unberücksichtigt bleibt das sonst in der Literatur verwendete Merkmal der schlicht hoheitlichen Tätigkeit. Warum - im Unterschied zu § 241 BGB - das Vorliegen eines Titels gefordert wird, läßt Friederichs unbegründet.

Eckert² nimmt die Begriffsbestimmung der Württembergischen Entwurfsverfasser auf, will allerdings die Gruppe von Schuldverhältnissen nicht ausscheiden, die keinen Vermögenswert besitzen, da das Bürgerliche Recht eine derartige Einschränkung des Leistungsgegenstandes nicht kenne.

In der neueren Literatur haben Simon, Schwär und Papier eine Begriffsbestimmung des verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnisses vorgenommen. Das entscheidende Kriterium für die Kennzeichnung eines öffentlichen Rechtsverhältnisses als verwaltungsrechtliches Schuldverhältnis sieht Simons³ in der wesensmäßigen Verschiedenheit von Verwaltungsrecht und bürgerlichem Recht. Während für das bürgerliche Recht die Funktion der Einzelinteressen bestimmend sei, sei das Verwaltungsrecht notwendig auf Gegenstände des öffentlichen Interesses gerichtet⁴. Aus der Wesensverschiedenheit der

1 Archiv des bürgerlichen Rechts, Bd. 42 (1916), S. 31.

2 DVBl. 1962, S. 11 ff.

3 Leistungsstörungen verwaltungsrechtlicher Schuldverhältnisse, S. 59 ff.

4 a.a.O., S. 43.

Rechtsgebiete folge, daß nicht jedem öffentlich-rechtlichen Anspruch eine Handlungspflicht entspreche. Die Ausrichtung des Verwaltungsrechts auf die Interessen der Gemeinwesen bedinge, daß die Zuordnung eines Anspruchs auf ein Rechtssubjekt des öffentlichen Rechts ebenso wie auf eine Zivilperson in der Regel nicht bedeute, daß dessen Geltendmachung ausschließlich als die Verfolgung irgendwelcher Einzelinteressen zu werten sei. Demnach seien die Erhebung von Steuern und Zöllen, Beiträgen und Verwaltungsgebühren, die Geltendmachung von Ansprüchen auf Sozialleistungen sowie die Verpflichtung zur Zahlung von Zwangsgeldern oder Verwaltungsstrafen, wenn hier auch Leistungspflicht mit Forderungsrecht korrespondiere, keine Schuldverhältnisse, sondern "Erscheinungsformen allgemeiner Normierung"¹. Zur Abgrenzung der Schuldverhältnisse müsse - in Anlehnung an das Rechtsinstitut des Zivilrechts - dieses als Sonderrechtsbeziehung begriffen werden, als deren kennzeichnendes Merkmal eine gesteigerte Berücksichtigung hervortrete². Als weiteres Abgrenzungsmerkmal von den allgemeinen, auf Grund Normwirkung existierenden öffentlichen Rechtsverhältnissen fordert Simons die Vermögenswertigkeit der vom Schuldner zu erbringenden Leistung, um so z. B. Polizei- und Ordnungspflichten, Freiheits- und politische Rechte, sowie Rechte und Pflichten aus Ehrenämtern ausklammern zu können.

1 Leistungsstörungen verwaltungsrechtlicher Schuldverhältnisse, S. 48.

2 a.a.O., S. 49.

Auch Schwär¹ will nur auf vermögensrelevante Handlungen gerichtete Pflichten als verwaltungsrechtliche Leistungspflichten im Sinne des Leistungsstörungenrechts verstanden wissen². Hoheitliche Maßnahmen, die sich nur mittelbar und zufällig auf das Vermögen eines Beteiligten auswirkten, seien Ausfluß obrigkeitlicher Funktion und nicht der sozialen Funktion des Staates³. Nur solche Leistungsbeziehungen, die eine beiderseitige Vermögensänderung zum Gegenstand hätten, seien als verwaltungsrechtliche Leistungsverhältnisse zu qualifizieren.

Ausgehend von dem privatrechtlichen Gegensatz von Forderungsverletzung und Deliktsrecht und der sich hieraus entsprechenden Unterscheidung von relativen und absoluten Rechten stellt Papier⁴ zunächst eine begrifflich dogmatische Trennung relativer und absoluter Pflichten im öffentlichen Recht⁵ fest. Nach Kritik an der herrschenden Lehre und Rechtsprechung, die nach Ansicht von Papier die Anwendbarkeit der privatrechtlichen Regeln der Forderungsverletzung unzutreffend auf subordinationsrechtliche Rechtsverhältnisse und (oder) ver-

1 Leistungsstörungen bei der Erfüllung öffentlich-rechtlicher Leistungspflichten, S. 14 ff.

2 a.a.O., S. 17.

3 a.a.O., S. 18.

4 Die Forderungsverletzung im öffentlichen Recht, S. 19 ff.

5 a.a.O., S. 24/25.

mögenswerte Leistungen beschränken, gelangt Papier zu dem Ergebnis, daß die Staatshaftung aus Art. 34 GG nicht auf deliktisches Staatsunrecht zu beschränken ist, sondern diese zugleich Haftungsnorm für schuldrechtliche Forderungsverletzung sei¹. Die verfassungsrechtliche Anspruchsgrundlage müsse aber - um eine Schlechterstellung des Gläubigers eines öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnisses gegenüber dem privaten Gläubiger zu vermeiden - durch entsprechende Anwendung von Normen des Privatrechts, u.a. der §§ 284, 288 BGB modifiziert werden.

Der wiedergegebene Meinungsstand verdeutlicht, daß das Problem, wie verwaltungsrechtliche Schuldverhältnisse und die daraus entstehenden Haftungsfolgen bei Leistungsstörungen, mithin die Frage nach dem Umfang der Vertragshaftung, näher zu kennzeichnen ist, noch nicht befriedigend gelöst wurde².

Richtig erscheint der von Papier erarbeitete Ansatzpunkt, daß nur solche subjektiv-öffentlichen Rechte des Privaten gegenüber dem Hoheitsträger bei einer hoheitlichen Verletzung das besondere Haftungsregime des Verwaltungsschuldrechts auslösen können, die - in privatrechtlicher Terminologie ausgedrückt - als relative Rechte zu charakterisieren sind. An die im privatrechtlichen Haf-

1 Papier, a.a.O., S. 113 ff.

2 Vgl. im übrigen Hans Meyer, Das neue öffentliche Vertragsrecht und die Leistungsstörungen, NJW 1977, S. 1705 ff.; Bullinger, Leistungsstörungen beim öffentlich-rechtlichen Vertrag, DÖV 1977, S. 812 ff.; Wolff/Bachof, VerwR I, § 44 I m.w.N.

tungssystem vorgegebene Unterscheidung zwischen relativen oder besonderen und absoluten oder allgemeinen Rechten und den hieraus sich ergebenden zwei Arten der Haftung wegen Forderungsverletzung und wegen unerlaubter Handlung knüpfen letztlich auch die Rechtsprechung und die Lehre des öffentlichen Rechts an, wenn die als lückenhaft erkannte deliktische Haftung eines Trägers öffentlicher Gewalt mit Hilfe des Rechts der Forderungsverletzung geschlossen werden soll.

Die Unterscheidung von zwei Haftungsarten im öffentlichen Recht setzt notwendigerweise voraus, daß zwischen relativen und absoluten Rechten unterschieden werden kann. Als letztere kommen die Grundrechte des "status negativus" in Betracht¹.

Dieser Status garantiert dem Bürger, daß sein individueller Freiheitsraum von jedem Hoheitsträger beachtet wird².

Außer Betracht bleiben soll hier die Tendenz, die grundrechtlichen Freiheitsgarantien auch als Teilhaberechte i. S. individueller Rechte auf ein staatliches Tätigwerden zu verstehen³.

¹ Vgl. zum Begriff, Georg Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, Kapitel VIII.

² Vgl. hierzu Maunz/Dürig/Herzog, Art. 19 IV, Rdn. 33 ff.; Rupp, Grundfragen, S. 161; Menger, System, S. 118; Hesse, Grundzüge, S. 119.

³ Offen gelassen in BVerfGE 33, S. 303 ff., 330 ff., "Numerus clausus" Urteil, und BVerfGE 35, S. 39 ff., 115 ff.; vgl. hierzu auch Friesenhahn, Der Wandel des Grundrechtsverständnisses, S. 29 und Martens, Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30, S. 21 ff.

Verwaltungsschuldrechtlich ist zunächst von Bedeutung, daß die verfassungsrechtlich garantierte Berechtigung des Bürgers, hoheitliche Eingriffe in den Freiheitsraum abzuwehren, als absolut gelten kann, insofern als sie sich gegen alle, in ihrer Vielzahl unbestimmten Subjekte hoheitlicher Gewalt richtet¹.

Ansprüche, die diesen "absoluten" Rechten entspringen, können keine Haftungsfolge aus Verwaltungsschuldrecht auslösen. Die rechtswidrige Verweigerung der Erfüllung oder die Verzögerung dieser Ansprüche kann allerdings unter Umständen zu einem Rechtsverhältnis führen, indem der Hoheitsträger zur Entschädigung verpflichtet ist².

Ähnlich dem Privatrecht sind auch im öffentlichen Recht von diesen absoluten Verpflichtungen und Berechtigungen gegenüber einer Vielheit von Rechts-subjekten die relativen Verpflichtungen und Berechtigungen gegenüber einem oder mehreren bestimmten Rechtssubjekten zu unterscheiden, etwa die Verpflichtung eines Subventionsempfängers gegenüber dem Subventionierenden, die Berechtigung des Sozialhilfeempfängers gegenüber dem Leistungsträger³.

¹ Vgl. die Unterscheidung bei Wolff/Bachof, VerwR I, § 40 IIIb, in transitive (relative) und intransitive (absolute) Rechte und Pflichten.

² Hierzu gehören die Fälle, in denen die rechtswidrige Versagung den Schutzbereich eines Grundrechts verletzt; Beispiel: Rechtswidrige Versagung einer Baugenehmigung, vgl. dazu BGHZ 19, S. 1 ff.; 32, S. 208 ff., 211; Bender, Staatshaftungsrecht, Rdn. 110.

³ Vgl. zur Unterscheidung von absoluten und relativen Rechten und Pflichten Wolff/Bachof, VerwR I, § 40 IIIb; Simons, S. 57; Menger, Grundrechte III/2, S. 750.

Mit der Erkenntnis, daß diese Zweiteilung von Pflichten und Rechten auch im öffentlichen Recht vorgegeben ist, kann beantwortet werden, mit welchen Begriffsmerkmalen die besonderen Rechtsverbindungen im öffentlichen Recht zu umschreiben sind, die eine ähnliche Interessenlage wie die relativen Rechtsbeziehungen des Privatrechts reflektieren, denn der unterschiedliche Charakter der Rechtspflichten resultiert aus der unterschiedlichen Intensität der Rechtsbeziehungen.

Zum einen sind hierfür jene öffentlichen Rechtsätze relevant, die bewirken, daß zwei Rechtssubjekte in einen besonderen Kontakt zueinander treten können.

Im allgemeinen indiziert jede Rechtsnorm für den Normadressaten die Pflicht, den Normbefehl zu befolgen. In dem mit der Normsetzung entstandenen weiten Rechtsverhältnis besteht für den Adressaten die in der Norm konkretisierte allgemeine Gehorsamspflicht gegenüber dem Normgeber. Typisches Beispiel für eine solche, aus einem allgemeinen Rechtsverhältnis folgende Pflicht ist die, die Strafgesetze zu beachten und einen Verstoß gegen sie zu unterlassen².

1 Zur Beziehung von Rechtssubjekt und Rechtsnorm vgl. Nawiasky, Allgemeine Rechtslehre, S. 244; Menger, System, S. 233 ff., 235; Wolff/Bachof, VerwR I, § 40 I.

2 Nawiasky, Allgemeine Rechtslehre, S. 154.

Das so verstandene Rechtsverhältnis im weiteren Sinne gewinnt zum anderen an Intensität, wenn es auf einem Verwaltungsrechtssatz beruht, der verwaltungsrechtliche Pflichten und Berechtigungen zwischen der Verwaltung und dem Bürger zuordnet.

Wenn auf Grund einer verwaltungsrechtlichen Norm eine Verpflichtung oder Berechtigung des Bürgers besteht, so ist diese bereits transitiv, insoweit, als sie gegenüber einem bestimmten Subjekt besteht¹, aber hinsichtlich ihres Realisierungsgrades zunächst noch abstrakt², wenn der die Rechtsfolge auslösende Tatbestand noch nicht verwirklicht ist. Der abstrakten Pflichtigkeit der Verwaltung entspricht das Recht des Bürgers, diese Verpflichtung zu konkretisieren und zu aktualisieren. Dieses Recht ist noch so lange potentiell, bis die materiellen Voraussetzungen des Handelns der Verwaltung gegeben sind, was durch die Setzung des dem Tatbestand entsprechenden Sachverhaltes geschieht. Auf Grund des dadurch konkret gewordenen³, auf einer Norm beruhenden Rechtsverhältnisses kann der Bürger seine Berechtigung aktualisieren und von der Verwaltung die Erfüllung der Verpflichtung verlangen.

Im Verwaltungsrecht ergehen häufig Verwaltungsakte, um eine abstrakte Pflichtigkeit in eine konkrete Pflicht umzuwandeln und diese zu aktualisieren⁴,

1 Wolff/Bachof, VerwR I, § 40 IIIb.

2 W. Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 193, nennt diesen Grad einer Pflicht "Pflichtigkeit".

3 Vgl. Wolff/Bachof, VerwR I, § 40 IVb.

4 Vgl. Haueisen, Das Verhältnis von Norm und Verwaltungsakt und seine Bedeutung für Klage und Urteil, DVBl. 1959, S. 793 ff.

insbesondere dort, wo ein normativ begründetes Verwaltungs-Grundrechtsverhältnis nicht - Fall der gesetzesfreien Verwaltung - oder nur unvollkommen - Fall des Ermessens - existiert. In diesen Fällen muß zwar ein Verwaltungsakt erlassen werden, damit eine konkrete Rechte- und Pflichtenbeziehung entsteht, ein besonderes Rechtsverhältnis kann aber bereits durch seine Anbahnung, Anspruchsanmeldung, Verhandlungen etc., begründet werden. Darüberhinaus kann die Konkretisierung von Pflichten und Rechten durch einseitige Willenserklärung, durch verwaltungsrechtlichen Vertrag oder durch erstattungsverpflichtende oder schadenersatzauslösende Handlung erfolgen¹.

In einem solchen Anspruchs- oder Forderungsverhältnis steht einem bestimmten Recht eine bestimmte Pflicht gegenüber, die beide inhaltlich auf Grund einer Norm, eines Verwaltungsaktes oder durch Vereinbarung so eindeutig umschrieben sind, daß das Recht des einen und die Pflicht des anderen deckungsgleich sind, die Beteiligten eines solchen Rechtsverhältnisses stehen rechtsrelativ auf der gleichen Stufe.

Diese Gleichordnung wird von einem Teil der Literatur² für das Verhältnis zwischen Bürger und Verwaltung nur dann angenommen und eine Anwendung des Rechts der Forderungsverletzung auf öffentlich-rechtliche Verhältnisse nur dann bejaht, wenn der Staat

¹ Dazu im einzelnen die Übersicht bei Wolff/Bachof, VerwR I, § 44 Ib.

² A. Mayer, Diss., S. 7; Schack, Festschrift für Laun, S. 281, 282; Blume, Diss., S. 131; Eckert, DVBl. 1962, S. 11; Rübner, Formen, S. 297, 298; Enneccerus-Lehmann, § 44 II 5.

schlicht-hoheitlich und nicht obrigkeitlich tätig wird. Gerade auch in der Rechtsprechung zur Verzugsverzinsung im öffentlichen Recht¹ ist immer wieder zum Ausdruck gekommen, daß die dem privatrechtlichen Schuldverhältnis zugrunde liegende Koordination so wesentlich bestimmend für das Recht der Forderungsverletzung sei, daß dessen Heranziehung bei öffentlich-rechtlichen Subjektions- oder Subordinationsverhältnissen nicht in Betracht komme.

Papier² hat diese Ansicht kritisch gewürdigt und ihre Widersprüche offengelegt. Mit ihm³ ist davon auszugehen, daß ein als Gewaltverhältnis⁴ verstandenes Subjektionsverhältnis nicht Kriterium für die Anwendung oder Nichtanwendung des Rechts der Forderungsverletzung auf öffentliche Verhältnisse sein kann, weil Gewaltverhältnisse und Schuldverhältnisse keine Gegensätze sind. Gerade für die besonderen Gewaltverhältnisse, insbesondere für Anstaltsverhältnisse, ist die Anwendung der zivilrechtlichen Regeln über die Leistungsstörung bejaht worden⁵. Unzweifelhaft kann auch im Rahmen eines Gewaltverhältnisses ein Schuldverhältnis entstehen. Entscheidend ist allein, ob in einem öffentlichen Rechtsverhältnis eine dem zivilrechtli-

¹ BVerwGE 14, S. 1 ff.; 15, S. 78 ff., 81; BVerwG NJW 1973, S. 1854.

² Forderungsverletzung, S. 64 ff.

³ a.a.O., S. 68.

⁴ Zur Gegenüberstellung von Forderungsverhältnis und Gewaltverhältnis Nawiasky, Rechtslehre, S. 53.

⁵ So BGHZ 17, 191 ff.; 54, S. 299 ff., 59, S. 303 ff.; 61, S. 7 ff.; BGH NJW 1974, S. 1816.

chen Schuldverhältnis entsprechende Rechtsrelation bestehen kann oder nicht.

Das ist zu bejahen und gilt unbeeinflusst davon, daß in einem öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnis der Hoheitsträger, sofern er Gläubiger ist, das Recht haben kann, selbst zu vollstrecken¹.

Denn dieses Recht ist nicht der Sonderverbindung zwischen Bürger und Verwaltung eigentümlich und nicht in der Natur des konkreten Rechtsverhältnisses begründet, sondern liegt in der allgemeinen Kompetenz des Trägers öffentlicher Gewalt.

Der Begriff des verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnisses kann an dieser Stelle nicht trennscharf definiert werden. Festzustellen ist aber, daß es derartige Rechtsverhältnisse im öffentlichen Recht gibt, die sich in Wesen und Funktion nicht von denen des Privatrechts unterscheiden.

Ob nun der Leistungsgegenstand eines verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnisses vermögenswerter Art sein muß - wie ein nicht unwesentlicher Teil der Literatur² fordert - kann dahingestellt bleiben, da für diese Untersuchung ohnehin nur solche Schuldverhältnisse in Betracht kommen.

Da sich der Begriffsinhalt des verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnisses von dem des zivilen Schuldverhältnisses nicht wesentlich unterscheidet und die unterschiedliche Funktion dieses In-

¹ Zur Bedeutung der Koinzidenz von Gläubigerfunktion und Vollstreckungsbefugnis eines Hoheitsträgers vgl. Papier, Forderungsverletzung, S. 69.

² Vgl. Simons, S. 56; Wolff/Bachof, VerwR I, § 44 I, Art. 188 I EntVerwOBawü.

stitutes im öffentlichen Recht im Hinblick auf die Erfüllung öffentlicher Angelegenheiten im Gegensatz zu der Verfolgung privater Interessen den aus dem Schuldverhältnis abzuleitenden Grundsatz der Erfüllungspflicht und deren Umgestaltung im Falle einer Leistungsstörung nicht berührt, dieser Grundsatz vielmehr im öffentlichen Recht wie im Privatrecht in gleicher Weise der Effektivität der Sonderverbindung dient, erstreckt sich der besondere Rechtsgrundsatz, daß jede zu vertretende Forderungsverletzung den hierfür Verantwortlichen mit einer Haftungsfolge belastet, auch auf das öffentliche Recht¹.

¹ So auch Wolff/Bachof, VerwR I, § 44 IIIb, 2; Papier, Forderungsverletzung, S. 112, der diesen Rechtsgrundsatz ebenfalls anwendet, allerdings Art. 34 GG als Haftungsnorm interpretiert; Simons, Leistungsstörungen, S. 136, 137; Schwär, Diss., S. 95, 131.

§ 2 Die rechtssatzmäßige Konkretisierung der Haftung für Leistungsverzögerung im öffentlichen Recht

Aus der Tatsache, daß es den Rechtsgrundsätzen noch an der für den Rechtssatz notwendigen Sinnbestimmtheit mangelt, folgt, daß sie noch nicht unmittelbar angewendet werden können.

Der vorgenannte Rechtsgrundsatz ist bezüglich der Frage nach den Rechtsfolgen für Leistungsverzögerungen im öffentlichen Recht noch nicht mehr als ein Indiz dafür, wie die Rechtsordnung die Gestaltung dieses Sachverhaltes vorsieht. Eine Subsumtion zur Entscheidung eines konkreten Streitfalles ist erst möglich, wenn die Ableitung eines Rechtssatzes aus dem Rechtsgrundsatz gelingt¹, d. h. die Konkretisierung des vorgefundenen Rechtsgrundsatzes für den Fall der Leistungsverzögerung.

Dabei ist voranzuschicken, daß zur rechtssatzmäßigen Konkretisierung verwendete Normen lediglich teilweise den Rechtsgrundsatz zum Ausdruck bringen können und damit nicht verallgemeinerungsfähig sind². Es muß deshalb für jede einzelne Verzugsnorm des Bürgerlichen Gesetzbuches untersucht werden, ob sie die vorerwähnte Wertung zuläßt. Dabei ist ein strenger Maßstab anzulegen: "Als unmittelbar anwendbare Rechtsgrundsätze, die nur spezialgesetzlichen Ausdruck gefunden haben, aber trotzdem für das gesamte Rechtsleben gelten, können nur diejenigen anerkannt werden, die als solche wegen ihres allgemeinen Inhalts und ihrer Sinnfälligkeit evident sind"³.

¹ Vgl. Menger, Festschrift für Bogs, S. 89 ff., S. 95 - 96.

² Vgl. Menger, a.a.O., S. 98.

³ Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 173.

Das bedeutet, auch Normen, die Ausprägung eines all-gemeingültigen Rechtsgrundsatzes sind, können in ihrer Gestaltung so speziell auf das jeweils geregelte Rechtsgebiet ausgerichtet sein, daß eine Geltung für die gesamte Rechtsordnung ausscheidet. In diesen Fällen ist nur der hinter der Norm stehende Rechtsgedanke verallgemeinerungsfähig, nicht aber seine Konkretisierung in der Spezialnorm.

Bevor nun zu untersuchen ist, ob die §§ 284 ff., 288 BGB in ihrer zivilrechtlichen Normierung sich zur rechtssatzmäßigen Konkretisierung für das öffentliche Recht eignen, ist eine gedankliche Unterscheidung vorzunehmen.

Bei der Verletzung von Leistungspflichten und der daraus entstehenden Sekundärverpflichtung ist der Haftungsgrund von der Haftungsfolge zu trennen. Der Frage nach Art, Inhalt und Umfang der Sekundärverpflichtung im Rahmen eines Schuldverhältnisses ist logischerweise die Frage nach ihrer Entstehung vorgelagert. Die Unterscheidung in Haftungsgrund und Haftungsfolge ist keine Eigenart der zivilrechtlichen Haftung und wird auch im öffentlichen Recht vollzogen¹. Gerade auch in den Verzugsregeln des BGB wird deutlich, daß zu Lasten des verantwortlichen Schuldners die Tatsache des Verzuges² eine Haftung dem Grunde nach auslöst, die verschiedenartigen Haftungsfolgen³ davon jedoch getrennt zu sehen sind. Die Anwendung des § 288 Abs. 1 BGB auf öffentlich-rechtliche Geldforderung hat somit zur Voraussetzung, daß der Haftungstatbestand des Verzuges und die Pflicht zum Ersatz von Verzugschäden auch im öffentlichen Recht gelten.

¹ Vgl. die Entscheidung BGHZ 34, S. 99 ff. = NJW 1961, S. 658, ob auf Grund des § 839 BGB als Haftungstatbestand die Haftungsfolge, nämlich Widerruf einer amtlichen ehrenkränkenden Behauptung, verlangt werden kann.

² § 284 BGB.

³ §§ 286, 288 BGB.

A. Die Fälligkeit einer öffentlich-rechtlichen Geldforderung

Entscheidende Bedeutung bei der Untersuchung, ob die §§ 284, 286, 288 BGB einen besonderen Rechtsgrundsatz verkörpern, kommt der Frage zu, ab wann der Gläubiger eines verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnisses die Erfüllung der Leistung verlangen kann.

Die §§ 284, 288 BGB setzen einen fälligen, wirksamen Anspruch voraus.

Die Bedeutung einer zeitlichen Fixierung der Leistungshandlung erfolgt zum einen aus dem Interesse des Verpflichteten, die zur rechtzeitigen Leistungsbewirkung notwendigen Handlungen vorzunehmen, zum anderen aus dem Interesse des Gläubigers, den Zeitpunkt des Leistungsvorteils zu erfahren. Normalerweise ist dieses Interesse des Gläubigers allein beachtlich. Das Zivilrecht bestimmt daher die Leistungszeit nach der Sicht des Gläubigers und enthält in § 271 BGB die Regel, daß der Gläubiger die Leistung sofort, d. h. bei fehlender Parteierklärung und mangels gesetzlicher Anordnung mit der Entstehung des Schuldverhältnisses, verlangen kann¹.

Die Frage nach dem Entstehen eines Forderungsrechtes bereitet im Privatrecht deshalb keine Schwierigkeiten, weil bei vertraglich begründeten Schuldverhältnissen die Verpflichtungen und Berechtigten miteinander korrespondieren und auch aus einer gesetzlichen Verpflichtungsnorm stets auf eine Berechtigung geschlossen werden kann. Dies beruht letztlich darauf, daß es im Privatrecht um den Ausgleich individueller Interessen geht. Im öffentlichen Recht dienen die Normen dagegen nicht nur dem Aus-

¹ Vgl. Staudinger-Werner, § 271 Rz. 2; Palandt-Heinrichs, § 271 Anm. 1.

gleich des gemeinen Wohls mit kollidierenden Zivilinteressen, sondern verpflichten auch die Hoheitssubjekte zur Herstellung des objektiven Rechts, ohne daß dieser Verpflichtung zugleich immer auch die Berechtigung einer Zivilperson entspräche¹. Zur Begründung eines Forderungsrechts kommen daher im öffentlichen Recht nur solche Normen in Betracht, in denen der Gesetzgeber Zivilpersonen eine Berechtigung ausdrücklich eingeräumt hat. Die Intensität der Berechtigung kann dabei unterschiedlich ausgedrückt und die Bestimmung von Art und Umfang der Berechtigung dem Hoheitsträger überlassen sein².

Von der grundsätzlichen Frage nach der Berechtigung des Anspruchstellers abgesehen, besteht eine weitere Schwierigkeit, die Leistungszeit im Verwaltungsrecht zu bestimmen. Selbst wenn alle Voraussetzungen einer Leistungspflicht hinsichtlich des anspruchsbegründenden Tatbestandes, der Person des Berechtigten und des Anspruchsumfanges durch Rechtsatz geregelt sind, ist der Hoheitsträger befugt, die Berechtigung des Anspruchstellers zu prüfen und über den Anspruch zu entscheiden; ein Gebot des verfassungsgemäß vorgegebenen Prinzips, gesetzmäßig zu handeln³. Dem zivilrechtlichen Schuldner ist - wie bereits oben erwähnt - nach der Leistungsaufforderung durch den Gläubiger der Einwand verwehrt, er müsse die Berechtigung der Forderung überprüfen. Sofortige Leistungspflicht bedeutet im Zivilrecht, daß der Gläubiger auf die Leistung klagen und durch Mahnung Verzug herbeiführen kann.

¹ Vgl. Wolff/Bachof, VerwR I § 43, Ib.

² Vgl. Wolff/Bachof, a.a.O., zum Unterschied von vollr Einräumberechtigung und Destination.

³ Vgl. auch Götz, DVBl 1961, S. 433 ff., S. 437; Papier, Forderungsverletzung, S. 130, Schwär, S. 132; Für das Verwaltungsverfahren ist in § 24 Abs. 2 Satz 2 VwVfG der als "Prinzip der materiellen Wahrheit" - Kopp, Verfassungsrecht und Verwaltungsverfahrenrecht 1971, S. 71 - qualifizierte Untersuchungsgrundsatz normiert - vgl. Pestalozza, Der Untersuchungsgrundsatz, S. 185 ff.

Das verwaltungsrechtliche Schuldverhältnis ist weitgehend geprägt von den typisch verwaltungsrechtlichen Erscheinungsformen des Leistungsantrages und des Leistungsbescheides. Dazwischen handelt der Verwaltungsträger in einem in vielen Fällen sondergesetzlich ausgestalteten Verfahren, in dem er Grund und Umfang des Anspruchs prüft und das mit einer "potentiell verbindlichen"¹ Entscheidung abschließt². Unabhängig davon, welcher Handlungsform sich die Verwaltung bedient, ihrer Verpflichtung zu genügen, ist ein interner Willensbildungsprozeß, mithin Tätigkeit und Zeit vor der Entscheidung notwendig³.

Unter Berücksichtigung dieser Besonderheiten des öffentlichen Rechts ist es fraglich, ob die Leistung eines Hoheitsträgers ebenso wie nach § 271 BGB⁴ im Zweifel "sofort" fällig wird.

Führt man systematische Gesichtspunkte ein, so ist zunächst zu untersuchen, unter welchen materiellen Voraussetzungen ein öffentlich-rechtlicher Geldzahlungsanspruch entsteht und welche Bedeutung dabei - was auch in prozessualer Hinsicht von Bedeutung ist - der Entscheidung der Behörde durch Erlaß des bewilligenden Verwaltungsaktes zukommt. Darüber

¹ Menger, DÖV 1955, S. 587 ff., 590.

² Vgl. Götz, DVBl. 1961, S. 431 ff., 436; BVerwG, DVBl. 1963, S. 507 ff. mit Anmerkung von Redeker.

³ Vgl. Krause, Rechtsformen des Verwaltungshandelns, S. 48 ff.; so auch BGH DVBl. 1962, S. 334 ff., 335.

⁴ Vereinzelt ist die Ansicht vertreten worden, § 271 gelte uneingeschränkt auch im öffentlichen Recht, vgl. dazu Friederichs, Archiv des Bürgerlichen Rechts, Bd. 42 (1916), S. 29 ff., S. 39; Art. 196, Entwurf einer Verwaltungsrechtsordnung für Baden-Württemberg; vgl. auch Staudinger-Werner, § 271, Rz. 2.

hinaus, ob der dem hoheitlichen Schuldner einzuräumende Prüfungs- und Entscheidungszeitraum die Leistungsverzögerung nach Anspruchsentstehung rechtfertigen kann.

I. Übersicht über die Ansichten in Rechtsprechung und Literatur

In Rechtsprechung und Lehre werden hinsichtlich der Fälligkeit einer öffentlichen Geldleistung, insbesondere, wenn der Hoheitsträger über seine Leistungspflicht durch Erlaß eines Verwaltungsaktes entscheiden kann, unterschiedliche Auffassungen vertreten. Schwär¹ vertritt die Ansicht, aus dem Erfordernis der amtlichen Prüfungspflicht könne nicht auf einen vom Willen der Behörde abhängigen Fälligkeitszeitpunkt geschlossen werden. Dies würde zu einer willkürlichen, mit dem öffentlichen Interesse nicht zu vereinbarenden Bestimmung der Leistungszeit führen². Genauso wenig dürfe die Fälligkeit von der Antragstellung des Berechtigten abhängen, da auch in diesen Fällen der Leistungszeitpunkt subjektiv bestimmt würde, was zur Folge hätte, daß nicht geltend gemachte Ansprüche auch nicht verjähren könnten. Der Leistungszeitpunkt müsse daher objektiv bestimmt werden. Maßgebliches Kriterium hierfür sei allein die Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes. Die nachfolgende behördliche Willensentschließung in der Form eines Festsetzungs- oder Bewilligungsbescheides habe die Funktion, den Antragsteller nach der amtlichen Prüfung zu bescheiden, ob nach der Ansicht der Behörde die tatbestandlichen Voraussetzungen der gesetzlichen Regelung gegeben sind³. Der insoweit "deklaratorische" Verwaltungsakt habe lediglich verfahrens-

¹ Schwär, Diss. S. 131 ff.

² a.a.O., S. 133.

³ a.a.O., S. 137.

technische Bedeutung, als mit ihm nicht darüber entschieden werde, ob der materielle Anspruch bestehe. Da der Berechtigte auch Anspruch auf den Erlaß des bewilligenden Bescheides habe, sei der Verwaltungsakt notwendige Voraussetzung für den Leistungserfolg, aber nicht Voraussetzung des Bestehens - und damit der Fälligkeit des Anspruchs. Der Anspruch sei stets fällig, sobald der gesetzliche Tatbestand verwirklicht werde¹.

Die Ansicht von Schwär wird von einem Teil der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zur Fälligkeit von Zahlungsansprüchen nach der RVO vor Inkrafttreten des Sozialgesetzbuches Allgemeiner Teil bestätigt. Der vierte Senat des Bundessozialgerichts hatte hierzu entschieden², daß ein Anspruch auf Leistungen aus der Rentenversicherung frühestens mit der Antragstellung fällig wird. Der 11. Senat³ stellte fest, die Ansicht des Versicherungsträgers, der Anspruch auf Rentenleistung sei erst dann fällig, wenn der Anspruch durch Rentenbescheid festgestellt sei, sei abzulehnen. Im konkreten Fall entschied das Bundessozialgericht, daß die Verjährungsfrist des § 29 Abs. 3 Reichsversicherungsordnung erst mit Geltendmachung des Anspruchs durch den Rentenbewerber gegenüber dem Rentenversicherungsträger zu laufen beginne⁴. Die Kontroverse um die Fälligkeit von Rentenansprüchen, die sich vordergründig nur auf die Verjährung von rückständigen Rentenleistungen bezug, sollte durch eine Entscheidung des Großen Senats des Bundessozialgerichts bereinigt werden. Das Gericht führte aus⁵, der Entstehungsgeschichte und den Gesetzes-

1 Schwär, a.a.O., S. 139.

2 BSG 21, S. 162 ff.

3 BSG 23, S. 62 ff.

4 Kritisch zu dieser Rechtsprechung Kluge, NJW 1965, S. 463 f.

5 BSG 34, S. 1 ff.

materialien sei zu entnehmen, daß die Fälligkeit keineswegs erst mit der Antragstellung oder gar mit der Feststellung der Leistungen, sondern bereits mit der Entstehung des materiellen Anspruchs beginnen solle. Wende man die bürgerlich-rechtliche Vorschrift des § 271 BGB, im Zweifelsfall "sofortige" Fälligkeit, auf das öffentlich-rechtliche Rentenrecht analog an, so träte an die Stelle der Möglichkeit zur sofortigen Klageerhebung die Möglichkeit zur sofortigen Geltendmachung des Anspruchs beim Versicherungsträger. Etwas anderes könne nur in den Fällen gelten, in denen der Antrag materiell-rechtliche Voraussetzung des Anspruchs sei, weil der Anspruch erst durch den Antrag zur Entstehung gelange.

Unter Berücksichtigung dieser Rechtsprechung - Fälligkeit bereits mit Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes - hat der Gesetzgeber bei der Normierung des Zinsanspruchs aus § 44 SGB-AT - um zu vermeiden, daß für längere Zeiträume in der Vergangenheit Zinsen gewährt werden müssen, obwohl der Antrag gar nicht vorlag - neben der Fälligkeit das Vorliegen eines Antrages auch in den Fällen, in denen der Antrag nicht zur Voraussetzung des Anspruchs gehört, zur materiellen Voraussetzung des Zinsanspruchs gemacht.

Nach der Auffassung von Fischer¹ führt nicht bereits die Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes vor oder mit der Antragstellung, sondern erst der bewilligende bzw. festsetzende Verwaltungsakt des Hoheitsträgers die Fälligkeit des Anspruchs herbei.

1 Diss. S. 179, S. 62 ff.; und in NJW 1969, S. 1883 ff.

Ein öffentlich-rechtlicher Geldzahlungsanspruch entsteht zwar regelmäßig bereits mit der Verwirklichung des vorgeschriebenen Tatbestandes, ein Bescheid brauche diesen Anspruch auch nicht erst zu begründen, jedenfalls soweit es sich nicht um die Bewilligung von Ansprüchen auf Grund von Ermessensvorschriften handele¹. Man müsse jedoch - wie im Abgabenrecht - zwischen dem Anspruch auf Begründung eines Zahlungsanspruchs und dem eigentlichen Zahlungsanspruch unterscheiden. Der Berechtigte könne im allgemeinen nicht die Auszahlung des ihm nach dem Gesetz zustehenden Betrages verlangen, bevor er die Leistung nicht beantragt und der Hoheitsträger mit Bewilligungsbescheid über sie entschieden habe².

Das Besoldungsrecht, teilweise das Sozialrecht und die Vorschriften des Lastenausgleichsgesetzes würden zeigen, daß der feststellende, an sich nur gesetzsvollziehende Verwaltungsakt den Berechtigten begünstige, weil er jedenfalls die Rechtsstellung des Betroffenen konkretisiere. Insofern werde der durch die Tatbestandsverwirklichung entstandene Anspruch erst durch Hinzutreten des Verwaltungsaktes in einen Geldzahlungsanspruch umgestaltet, dabei komme dem Verwaltungsakt nicht nur feststellende, sondern teilkonstitutive Wirkung zu³. Erst nach der Festsetzung durch den Hoheitsträger könne der Berechtigte die Zahlung verlangen, vorher bleibe ihm - wie Hauelsen⁴ dargelegt habe - nur der Weg, die Festsetzung des zu zahlenden Betrages mittels Ver-

1 Diss., S. 70 - 71.

2 Diss., S. 73.

3 Diss., S. 80 ff.

4 DVBl. 1959, S. 793 ff., S. 794.

pflichtungsklage zu verlangen¹. Auch der öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch entstehe - sofern der Zuvielzahlung ein gültiger Verwaltungsakt zugrunde liege -, sobald die Zuvielzahlung erfolgt sei. Er werde jedoch erst durch die Aufhebung des der Zahlung zugrunde liegenden Verwaltungsaktes in den Rückzahlungsanspruch umgestaltet².

Auch die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung hat, jedenfalls teilweise, die Geltendmachung eines öffentlich-rechtlichen Zahlungsanspruchs vom Erlaß des Bewilligungsbescheides abhängig gemacht.

Die Rechtsprechung ist kasuistisch und kann daher nur punktuell Indiz für die hier zu erörternde Frage sein. In seiner Entscheidung zur Verjährung falsch berechneter Versorgungsbezüge hat das Bundesverwaltungsgericht³ zu erkennen gegeben, Versorgungsbezüge entstünden mit der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes. Bei Entscheidungen, in denen es sich nicht um die Bewilligung von Versorgungsbezügen auf Grund von Kannvorschriften handele, konkretisiere der Festsetzungsbescheid lediglich bereits bestehende Ansprüche, spreche aber selbst nicht Ansprüche zu. Der Anspruch unterliege jedenfalls mit dem Beginn der Tatbestandsverwirklichung der Verjährung. Für den Anspruch eines Geschädigten nach dem BWGÖD hat das Bundesverwaltungsgericht⁴ entschieden, vor einer endgültigen Entscheidung über die Wiedergutmachung und vor der Erfüllung der weiteren nach dem Besoldungs- und Versorgungsrecht des Dienst-

1 Diss., S. 85.

2 Diss., S. 92, 93.

3 DÖV 1967, S. 63 ff., S. 64.

4 BVerwGE 15, S. 78 ff. = DVBl. 1963, S. 507 ff.

herrn vorgeschriebenen Voraussetzungen wurden die dem Geschädigten zu gewährenden Bezüge nicht fällig in dem Sinne, daß er die Zahlung bestimmter Beträge verlangen könne.

Auch in einer Entscheidung vom 18. 5. 1973¹ hat das Bundesverwaltungsgericht die Fälligkeit nach dem Erlaß des die Zahlung auslösenden Verwaltungsaktes beurteilt. "Bei der Verpflichtungsklage tritt an die Stelle der Fälligkeit der Zeitpunkt, in dem der Berechtigte Anspruch auf Erlaß eines den Staat sofort zur Zahlung verpflichtenden Verwaltungsaktes hatte. Diesen hatte die Klägerin schon vor Klageerhebung bei Festsetzung des Übernahmepreises"².

Für den Fall, daß kraft gesetzlicher Anordnung nach der Entstehung des Anspruchs vor Auszahlung der Geldleistung ein Bewilligungsbescheid des Hoheitsträgers zwischengeschaltet ist, kann nach der Ansicht von Papier³ die Nichterfüllung für einen bestimmten Zeitraum keine rechtswidrige Forderungsverletzung sein. Für Papier ist damit nicht so sehr die Bestimmung der Fälligkeit für die Anwendung der Verzugsvoraussetzungen im öffentlichen Recht entscheidend, sondern die Bestimmung des Zeitpunktes, ab dem die Verwaltung rechtswidrig handelt. Ein Hinweis hierfür und gleichzeitiger Aufschluß darüber, welcher Zeitraum der Behörde zur pflichtgemäßen Prüfung zugebilligt werden könne, biete § 75 der VwGO. Die Vorschrift betreffe zwar in ihrer unmittelbaren Regelung die Zulässigkeit von Anfechtungs- und Verpflichtungsklage, enthalte jedoch mittelbar auch

¹ Bayrisches Verwaltungsblatt 1974, S. 20 f.

² BVerwG, a.a.O.

³ Forderungsverletzung, S. 129 ff.

eine Aussage darüber, wann eine durch Verwaltungsakt zu bewilligende Leistung klageweise geltend gemacht werden könne. Die Vorschrift lasse jedenfalls den Schluß zu, daß der dort bestimmte Zeitraum der Behörde zur sachgerechten Prüfung zur Verfügung stehen solle und in deren Verlauf Verzug mangels Rechtswidrigkeit nicht eintreten könne¹. Eine Besonderheit gegenüber dem Privatrecht bestehe noch insofern, als bei antragsbedingten Leistungen erst die Antragstellung die Fälligkeit der Leistung begründe².

Götz³ begründet seine in diesem Zusammenhang vertretene Auffassung, auf öffentlich-rechtliche Geldforderungen des einzelnen Bürgers gegen den Staat seien die Verzugsvorschriften des BGB beschränkt anwendbar, mit den vorhandenen Strukturunterschieden von öffentlichem und privatem Recht. Abgesehen davon, daß es im öffentlichen Recht keine für die Mahnung vorauszusetzende Gleichheit der Beteiligten weder in ihrer Stellung noch hinsichtlich der ihre Rechte begründende Normen und der ihnen zur Verfügung stehende Gestaltungsmittel gebe, hätten die Träger hoheitlicher Verwaltung - anders als der private Schuldner - das Recht, in einem durch den Antrag, die Prüfung dieses Antrages und des abschließenden Bescheides geprägten Verwaltungsverfahren über die von ihnen geschuldete, fällige Geldleistung zu entscheiden. Ebenso wie ein mit dem Anspruch befaßtes Gericht könne auch die Verwaltungsbehörde innerhalb des Verwaltungsverfahrens nicht gemahnt werden und so in Verzug geraten.

¹ Forderungsverletzung, S. 132; so auch Martens, NJW 1965, S. 1703 unter Bezug auf § 88 FGG für die Verzugsverzinsung im Sozialrecht vor Inkrafttreten des Sozialgesetzbuches allgemeiner Teil.

² Papier, a.a.O., S. 133.

³ DVBl. 1961, S. 433 ff., 436.

II. Die Funktion des Verwaltungsaktes bei der Gewährung einer öffentlich-rechtlichen Geldleistung im Hinblick auf die Verzugsvoraussetzungen

Die Übersicht über den Meinungsstand läßt erkennen, daß nach Überwiegender Ansicht die Leistungszeit im öffentlichen Recht durch einen festsetzenden oder bewilligenden Verwaltungsakt bestimmt wird. Die folgenden Überlegungen sollen deshalb zunächst der Bedeutung und Funktion des Verwaltungsaktes bei der Gewährung einer öffentlichen Geldforderung gelten.

1. Die Daseinsberechtigung des Verwaltungsaktes im Bereich der gewährenden Verwaltung

Der Verwaltungsakt als Handlungsform zur Erfüllung hoheitlicher Aufgaben hatte zunächst ausschließliche Bedeutung für den Bereich der Eingriffsverwaltung. Otto Mayer verstand unter Verwaltungsakt einen "obrigkeitlichen Ausspruch", der dem Untertanen gegenüber im Einzelfall bestimmt, was "für ihn rechtens sein soll"¹. Ausgehend von der von Otto Mayer behaupteten Parallelität zur Rechtsprechung² folgte die klassische Lehre vom Verwaltungsakt dem Modell des für die Eingriffsverwaltung typischen wörtlichen Befehls. Der Begriff des Verwaltungsaktes als hoheitliche Regelung eines Einzelfalles wurde zum Grundbegriff der Verwaltungsrechtslehre des liberalen Rechtsstaates, weil mit

1. VerwR I, 3. Aufl., S. 93.

2. a. a. O., S. 93.

ihm das Instrument gefunden war, hoheitliche Eingriffe in die individuelle Freiheit auf ihre Übereinstimmung mit der gesetzlichen Ermächtigung gerichtlich überprüfen zu lassen¹. Diese Sicht des Verhältnisses von Staat und Bürger als eine prinzipiell zweiseitige Beziehung der Subordination hat sich gewandelt. Das an Norm und gesetzesvollziehendem Verwaltungsakt orientierte Verwaltungsrechtsdenken stößt auf Schwierigkeiten, wo die Verwaltungszwecke nicht mehr nur durch punktuelle Eingriffe erfüllt werden können, sondern wo Lenkung und Planung von der Verwaltung erwartet werden².

Die Berechtigung des Verwaltungsaktes im Bereich der leistenden Verwaltung ist demnach sowohl in funktioneller als auch in rechtsstaatlicher Hinsicht angezweifelt worden.

Menger³ hält die Zwischenschaltung des "noch ganz der alten obrigkeitlichen Verwaltung zugehörigen" Verwaltungsaktes, "der legitimes Mittel der Eingriffsverwaltung" sei, innerhalb der "pflegenden Verwaltung" für "lediglich aus rechtstechnischen Gründen zweckmäßig", führe "materiell aber in der Regel zu eigenartig konstruiert, ja verzerrt wirkenden Lösungen"⁴. Menger hält daher generell die allgemeine Leistungsklage für den richtigen Rechtsbehelf für die Geltendmachung der nach dem Gesetz bereits feststehenden Leistungsansprüche⁵.

1. So Riefner, in VVDStRL 28, S. 187 ff., S. 202.

2. Vgl. Thieme, Hamburgische Festschrift für Schack, S. 157 - 158.

3. DÖV 1955, S. 587 ff., 590; VerwArch 1960, S. 149 ff., S. 161.

4. Bei Kannleistungen hält Menger, VerwArch 1960, S. 149 ff., S. 161, Fn. 40, den Verwaltungsakt für unentbehrlich. Hier entstehe der Leistungsanspruch erst mit Erlaß des Verwaltungsaktes.

5. So auch Bettermann, NJW 1959, S. 66 - 67, Anmerkung zum Urteil des BSG vom 11. 7. 1958.

Der Kläger begehre sowohl mit seinem Antrag als auch mit der Klage die ihm unmittelbar auf Grund des Gesetzes zustehende Leistung und nicht¹ einen Bescheid über die Gewährung der Leistung².

Hieran ist richtig, daß der Antragsteller zunächst (vordergründig) allein an der Erbringung der Leistung, so wie sie von ihm beantragt wurde, ein Interesse hat. Die Handlungsform - schlichte Amtshandlung oder Bewilligungsakt mit dem sich anschließenden Realakt der Auszahlung - ist für ihn ohne Bedeutung, zumal die stattgebende Entscheidung zunächst ein interner Akt ist, die erst zum Verwaltungsakt werden kann, wenn sie gegenüber dem Antragsteller durch Vornahme der Amtshandlung bekanntgegeben wird³. Nur für den Fall, daß dem Antrag nicht entsprochen wird, wünscht der Antragsteller einen Verwaltungsakt, d. h. einen förmlichen und begründeten, mithin die Entscheidung der Behörde überprüfbaren Ablehnungsbescheid⁴.

Allerdings muß das Interesse des Bürgers an dem Ergebnis der behördlichen Prüfung nichts darüber besagen, daß der Bescheid in Form eines Verwaltungsaktes ergehen müßte. Dem Bedürfnis des Betroffenen

1 Wie das Bundessozialgericht in dem kritisierten Urteil angenommen hatte.

2 Bettermann, a.a.O., vertritt die Ansicht, daß es im öffentlichen Recht nicht anders sein könne als im Zivilrecht, wo der Gläubiger den Schuldner auch nicht auf Anerkennung oder Feststellung seiner Schuld verklagt, sondern auf die Verurteilung zur Leistung, bei Geldschulden also auf Zahlung. Dies müsse jedenfalls dann unzweifelhaft sein, wenn der Anspruch sich mit der Erfüllung des gesetzlichen Tatbestandes von selbst ergebe.

3 § 43 Abs. 1 VwVfG.

4 Vgl. im übrigen auch Bettermann, DVBl. 1969, S. 703 ff., Anmerkung zum Urteil vom 25. 2. 1969, in diesem Zusammenhang zu den Vor- und Nachteilen von Leistungs- und Verpflichtungsklage.

wäre auch mit einer schlichten und begründeten Ablehnung Genüge getan, denn die Geltendmachung des Anspruchs, und hierauf kommt es den Betroffenen letztlich an, wird dadurch nicht ausgeschlossen.

2. Im besonderen bei der Vergabe von Subventionen

Die Geeignetheit und Zulässigkeit des Verwaltungsaktes als Handlungsform bei der Vergabe geldlicher Leistungen ist insbesondere für den hier interessierenden, weil weitgehend unregelmäßig, Bereich der Subventionsverwaltung kritisiert worden. Geldleistungen an Private werden zunehmend im Rahmen wirtschaftsfördernder Maßnahmen gewährt. Mehr als ein Drittel des Bundeshaushalts wird als Finanzhilfen oder Steuervergünstigungen ausgegeben¹.

Es ist davon auszugehen, daß dies in den Ländern und Gemeinden nicht anders ist. Die Formen der Wirtschaftsförderung sind vielseitig, es gibt "verdeckte" Subventionen und solche, die unmittelbar in der Art von Finanzhilfen gewährt werden². Nach Wolff³ sind Subventionen vermögenswerte Leistungen, die ein Träger öffentlicher Verwaltung privaten Unter-

1 Vgl. dazu den Subventionsbericht der Bundesregierung für die Jahre 1975 bis 1978, BT-Drucks. 8/1195, S. 1 - 308; und die Übersicht bei Hummel-Liljegren, S. 134.

2 Vgl. dazu Rinck, Wirtschaftsrecht, Rdn. 323; Wolff/Bachof, VerwR III, § 154 Ia. Nur die letzten Mittel sind im Haushalt ausgewiesen und unterfallen dem juristischen Subventionsbegriff, der im übrigen noch nicht abschließend geklärt ist; vgl. zum Begriff: Götz, Recht der Wirtschaftssubventionen, S. 3, 13 ff.; Wolff/Bachof, VerwR III, § 154 Ia; Rinck, Wirtschaftsrecht, Rdn. 329 ff.; Hummel-Liljegren, S. 140; BVerwG NJW 1959, S. 1098; BGH NJW 1959, S. 1419; VGH Mannheim, NJW 1978, S. 2050 f.; § 12 Stabilitätsgesetz v. 8. 6. 1967, BGBI. I 1967, S. 582, unterscheidet nach "Finanzhilfen" (§ 12 Abs. 1) und "Steuervergünstigungen" (§ 12 Abs. 3). Für das Strafrecht ist die Subvention nunmehr in § 264 Abs. 6 StGB definiert. Danach ist die Subvention eine Leistung aus öffentlichen Mitteln, die ohne marktmäßige Gelegenheit gewährt wird und der Förderung der Wirtschaft dient.

3 a.a.O.

nehmen unmittelbar oder durch Dritte gewährt, um sie in den Stand zu setzen, öffentlichen Bedürfnissen zu entsprechen.

Für die vorliegend allein interessierende unmittelbare Subventionierung durch Hingabe von Geldmitteln an Private, nimmt die herrschende Meinung an, die Subventionsgewährung erfolge in der Form des Verwaltungsaktes².

Diese Auffassung ist insbesondere wegen rechtsstaatlicher Bedenken immer wieder kritisiert worden³. Aber auch im Hinblick darauf, daß der von den Beteiligten erklärte Rechtsfolgswille übereinstimmt⁴ und nach seinem objektiven Erklärungswert als Vertragsschluß aufgefaßt werden kann⁵.

Für letzteres spricht, daß die mit der Subvention verfolgten Zwecke gemeinsam angestrebt werden, unbeschadet des Umstandes, daß der Subventionsempfänger meistens keine Möglichkeit hat, auf den Inhalt

1 Vgl. u. a. BVerwG, DVBl. 1969, S. 665, 666 f.; BVerwGE 40, S. 85 ff., S. 89; BVerwG, DÖV 1970, S. 284; BVerwG NJW 1977, S. 1838 ff.; OVG Münster, DÖV 1967, S. 271; OVG Berlin, NJW 1972, S. 1384 f.; Bayrischer VGH, GewArch 1976, S. 291 f.; Maunz, BayVbl 1962, S. 1 ff., S. 2; Pieper, DVBl. 1967, S. 11 ff., S. 18; Rinck, Wirtschaftsrecht, Rdn. 344.

2 Genauer in der Form des Verwaltungsaktes auf Unterwerfung, vgl. hierzu Wolff/Bachof, VerwR I, § 48 IIIa.

3 Vgl. statt aller Menger, VerwArch 1978, S. 93 ff. mit weiteren Nachweisen; Wolff/Bachof, VerwR I § 44 III f 1 und Menger, Demokratie und Verwaltung 1972, S. 299 ff., S. 307.

4 Vgl. hierzu Menger, VerwArch 1978, S. 93 ff., S. 99.

5 So Menger, a.a.O., mit weiteren Nachweisen.

des Subventionsverhältnisses Einfluß zu nehmen¹.

Hauptgründe für die Subvention aus der Sicht des Staates können sein die Erhaltung der Produktion, die Anpassung der Produktion an neue Bedingungen, Wachstumshilfen, die Verbilligung von Gütern für private Haushalte und die Sparförderung². Der Subventionsempfänger will dagegen in erster Linie seine wirtschaftliche Existenz erhalten oder verbessern, gleichzeitig will er aber auch an dem vom Staat angestrebten Ziel mitarbeiten³.

Rechtsstaatliche Bedenken gegen die Vergabe von Subventionen durch Verwaltungsakt werden aus dem Prinzip des Vorbehaltes der Gesetze erhoben. Die Subvention beeinflusst und lenkt das Wirtschaftsleben in erheblichem Maß, sie verschiebt die Wettbewerbslage und ändert die Chancengleichheit der Mitbewerber, wer keine Subvention bekommt, ist benachteiligt gegenüber dem Subventionierten. Deshalb kann die staatliche Hilfe zugunsten des einzelnen gleichzeitig den Nichtsubventionierten ebenso belasten wie ein Eingriff⁴.

1 Das Bundesverwaltungsgericht, NJW 1977, S. 1838, 1839, lehnt die Annahme eines öffentlich-rechtlichen Vertrages ab, wenn sich der Antragsteller genau bezeichneten Bedingungen unterwerfen mußte, um die Subvention zu erhalten. In einer anderen Entscheidung, DVBl. 1969, S. 665 f., 666 wird in mißverständlicher Weise darauf abgestellt, ob sich die Beteiligten gleichberechtigt gegenüberstehen; dies wird kritisiert von Rinck, Jus 1971, S. 77 f., 78; ders. BayVbl. 1977, S. 76 ff., 77; vgl. auch dazu Bauer, J.Z. 1963, S. 41 f., 45; der darauf hingewiesen hat, daß auch im Zivilrecht das Diktat einseitiger Geschäftsbedingungen nicht die Annahme eines Vertrages hindert.

2 Vgl. dazu im Einzelnen Hummel-Liljegren, S. 131.

3 So Menger, VerwArch 1978, S. 93 ff., 99.

4 Folgerichtig hat die Rechtsprechung deshalb die Anfechtung von Subventionsbescheiden durch Konkurrenten des Begünstigten zugelassen, vgl. BVerwGE 30, S. 191 ff.

Dennoch verlangt das Bundesverwaltungsgericht¹ für die Subventionsvergabe nicht unter allen Umständen eine insoweit sich erforderliche formell gesetzliche Grundlage, sondern läßt die etatmäßige Bereitstellung der Mittel als hinreichende Legitimation ausreichen. Die Etatisierung der Mittel im Haushaltsplan und die Feststellung des Planes durch das Haushaltsgesetz sollen hiernach - soweit eine detaillierte gesetzliche Ermächtigung fehlt - die eigentliche Ermächtigung des Gesetzgebers an die Exekutive darstellen.

Hiergegen ist von einem Teil der Literatur³ eingewandt worden, die Bereitstellung der Mittel im Haushaltsplan reiche als (gesetzliche) Ermächtigung nicht aus, der Gesetzgeber sei aufgerufen, dieses Rechtsgebiet gesetzlich zu regeln, oder die Subventionsvergabe solle durch öffentlich-rechtlichen Vertrag erfolgen⁴, für den die allgemeine Ermächtigung nunmehr mit § 54 Verwaltungsverfahrensgesetz gegeben sei.

Diese Ansicht ist aus mehreren Gründen zutreffend. Sie wird zum einen dem rechtsstaatlich unverzichtbaren Erfordernis gerecht, den Gesetzesvorbehalt auf die Leistungsverwaltung zu erstrecken. Solange dies nicht geschieht, kann die Verwaltung ungehin-

1 NJW 1977, S. 1838, 1839.

2 Vgl. dazu auch Rübner, Formen der öffentlichen Verwaltung, S. 220, 230.

3 Renck, Jus 1971, S. 77 ff., 78; ders. BayVbl. 1977, S. 76 ff., 77; Menger, Demokratie und Verwaltung, S. 299, 314 - 315; ders. VerwArch 1978, S. 93 ff., 95.

4 So insbesondere Menger, VerwArch 1978, S. 93 ff., 95.

dert durch den Erlaß von Richtlinien die verfassungsmäßig angeordnete Kompetenz des Gesetzgebers überspielen¹. Im Rechtsstaat ist eben nur das Gesetz die Grundlage der Verwaltung. Zum anderen scheint der Verwaltungsakt auch nicht das eigentliche geeignete Gestaltungsmittel für die Subventionsvergabe zu sein. Es bedeutet nicht nur ein Mehr an Demokratisierung, wenn die Verwaltung anstatt durch einseitige Regelung den Bürger durch Vertragsverhandlungen an der gemeinsamen Zweckverfolgung partizipieren läßt. Erfolgt die Subventionsvergabe durch öffentlich-rechtlichen Vertrag, kann damit auch jene Transparenz verwaltungsrechtlichen Handelns und Motivation erreicht werden, die den Subventionsempfänger in den Stand setzt, sich seiner Rechte und Aufgaben so bewußt zu werden, daß Rechtsstreitigkeiten weitgehend vermieden werden können².

Hinzu kommt, daß der Erhalt von Subventionen für einige Empfängerbereiche (Landwirtschaft, Bergbau, Filmwirtschaft) existenznotwendig geworden ist. Der Antragsteller ist hier wirtschaftlich gezwungen, die Bedingungen der Subventionsbehörde zu akzeptieren. Handelt er diesen zuwider, kann die Behörde die öffentlichen Mittel sofort durch Leistungsbescheid zurückfordern. Anderenfalls wäre die Behörde gehalten, den Subventionsvertrag unter Einhaltung einer Frist zu kündigen und im Streitfall Leistungsklage beim Verwaltungsgericht zu erheben, da im Rahmen eines öffentlich-rechtlichen

1 So auch Menger, Demokratie und Verwaltung, S. 299, 314 - 315; Renck, Jus 1971, S. 77 ff., 78.

2 Vgl. hierzu Bosse, Der subordinationsrechtliche Verwaltungsvertrag, S. 106 ff.

Vertrages die Rückforderungen durch Leistungsbe-
scheid nicht zulässig sind¹.

Die Praxis hat die geäußerte Kritik bisher nicht
zum Anlaß genommen, von der ständig geübten
Rechtsauffassung Abstand zu nehmen². Nach über-
wiegender, wenngleich - wie aufgezeigt - proble-
matischer, aber vom Bundesverfassungsgericht ge-
billigter Meinung³ bedarf der Staat keiner gesetz-
lichen Grundlagen, wenn er lediglich Wohltaten
verteilt. Das Bundesverwaltungsgericht⁴ hält bei
der Bestimmung der zulässigen und geeigneten
Handlungsform nach wie vor an der Rechtsfigur
des Verwaltungsaktes auf Unterwerfung fest⁵.

Es soll daher, trotz aller Bedenken, bei der Fra-
ge nach der Fälligkeit eines Subventionsanspruchs
mit der herrschenden Meinung und Praxis davon aus-
gegangen werden, daß die Vergabe von Subventionen
durch Verwaltungsakt erfolgt.

1 Meyer/Borgs, VwVfG § 61, Rdn. 4; BVerwG, DÖV
1976, S. 353; a. A. VGH Mannheim, NJW 1978, S.
2050 f., 2052.

2 Vgl. VGH Mannheim, NJW 1978, S. 2050, 2052, wo-
nach sogar bei der Förderung durch Abschluß
eines privaten Vertrages aus Gründen der Rechts-
klarheit (?) der Subventionscharakter der Lei-
stung durch Verwaltungsakt klargestellt werden
soll.

3 Vgl. etwa BVerfGE 20, S. 56 f., einschränkend
BVerfGE 33, S. 337.

4 NJW 1977, S. 1838 f.

5 Kritisch zu dieser Rechtsfigur Renck, Jus 1971,
S. 77 ff., 78.

3. Die Begründung einer öffentlich-rechtlichen Geldforderung durch Verwaltungsakt

Der Anspruch des Gläubigers auf die Leistung ist
fällig, wenn der Gläubiger die Leistung verlangen
kann¹. Die Fälligkeit eines Anspruchs setzt dessen
Entstehen voraus. Das öffentliche Recht kennt Nor-
men, in denen die Anspruchsentstehung nur fakultativ
vorgesehen ist. In ihnen ist die Berechtigung
einer Zivilperson, von einem Träger hoheitlicher
Gewalt etwas fordern zu können, nur unvollkommen
ausgedrückt². Das Gesetz umschreibt hier zwar einen
Tatbestand, überläßt aber die Setzung der Rechts-
folgen nach Verwirklichung des Tatbestandes dem
Ermessen der zuständigen Behörde³.

Die Wahlfreiheit der Behörde, die Rechtsfolge im
Einzelfall zu bestimmen, ermöglicht es ihr, den be-
sonderen Umständen des Einzelfalles Rechnung zu
tragen und ihn in seiner Eigenart zweckmäßig und
gerecht zu entscheiden. Wann ein Rechtssatz der
Verwaltung die Möglichkeit einräumt, ohne strenge
Gesetzesgebundenheit⁴ die Wahl unter alternativen
Rechtsfolgen zu treffen, ergibt sich in der Regel
aus dem Wortlaut der Vorschrift⁵, kann manchmal

1 Staudinger-Werner, § 284, Rz. 2.

2 Vgl. Wolff/Bachof, VerwR I, § 43 IIIb; Bachof,
Vornahmeklage S. 67 ff.

3 Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 84 ff.; Wolff/Bachof,
a.a.O.; Giacometti, S. 64 ff.; Eyermann/Fröhler, § 114 VwGO,
Rdn. 7; von Ermessensentscheidungen spricht man,
wenn der Gesetzgeber mehrere Entscheidungen als
rechtmäßig ansieht.

4 Zu diesem Begriff vgl. Wolff/Bachof, VerwR I § 31
IIIa.

5 Durch Wendungen wie "kann", "darf", "ist befugt"
oder durch Einräumen von Alternativen; vgl. hier-
zu Wolff/Bachof, VerwR I § 37 IIc, 2.

auch erst aus dem Sinn erschlossen werden¹.

Gesetzliche Vorschriften, die die Verwaltung ermächtigen, Leistungen nach Ermessen zu gewähren, finden sich besonders häufig im Bereich der leistenden Verwaltung².

Die allgemeine Regelung des § 41 in Verbindung mit § 40 Abs. 2 SGB-AT trägt nunmehr für das Sozialrecht dem Gedanken Rechnung, daß bei "Kann-Vorschriften" Ansprüche nicht bereits durch Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes entstehen und fällig werden können, weil sie eine Entscheidung der Behörde voraussetzen³, und bestimmt, daß Leistungen, deren Erbringung im Ermessen des Leistungsträgers steht, mit Zugang des die Leistung feststellenden Verwaltungsaktes fällig werden.

Geldleistungen auf Grund von Ermessensentscheidungen werden häufig im Bereich der Subventions-

1 Hierzu beispielhaft BSGE 38, S. 207 f., wo das Wort "kann" in § 1744 Abs. 1 Nr. 6 RVO nicht als Ermessenseinräumung beurteilt wird; weitere Nachweise bei Eyermann/Fröhler, VWGO §-114 Rz. 10 ff.

2 Vgl. hierzu Hauelsen NJW 1964, S. 2398 f. mit Beispielen von "Kann-Vorschriften" nach dem BVG.

3 Mißverständlich in diesem Zusammenhang Rüfner, in Wannagat, SGB-AT § 40, Anm. 2, wenn die Ermessungsentscheidung dort nur als Erfüllungshandlung betrachtet wird.

Verwaltung vergeben¹.

Mangels durchgehender gesetzlicher Normierung läßt sich der Anspruch des Antragstellers auf Gewährung öffentlicher Mittel ohne Verwaltungsentscheidung nur selten feststellen. Die Einwirkung des Verfassungsrechts dergestalt, daß die Anwendung der Sozialstaatsklausel einen als subjektives Recht verstandenen Rechtsanspruch verleiht, reicht zur Begründung eines Subventionsverhältnisses grundsätzlich nicht aus². Auch die den Gesetzesvorbehalt ersetzende Etatisierung der Mittel im Haushaltsplan vermag keine Verpflichtungswirkung der Behörde und eine ihr korrespondierende Berechtigung des Antragstellers zu erzeugen, denn der Haushaltsplan äußert keine Rechtswirkung außerhalb des Bereiches der beschließenden Organe³. Ein Rechtsanspruch auf Subvention kann daher zunächst überhaupt nur dort entstehen, wo ein Gesetz im materiellen Sinn den einzelnen berechtigt und einen Träger öffentlicher

1 Wann und wie ein Subventionsanspruch entsteht, hängt nicht davon ab, ob man in der Subventionsgewährung ein gemischtes Rechtsverhältnis im Sinne der "Zweistufenlehre" sieht - vgl. dazu grundlegend Ipsen, Öffentliche Subventionierung Privater, 1956, S. 62 ff.; Wolff/Bachof, VerwR. III, § 154 VI; BGHNJW 1969, S. 1434 ff. - oder das gesamte Subventionsrechtsverhältnis öffentlich-rechtlichen Rechtssätzen unterstellt - so Zuleeg, Rechtsformen, S. 58 ff., 92 -, denn die Begründung dieses verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnisses findet in jedem Falle auf der ersten, durch öffentlich-rechtliche Rechtssätze geprägten Stufe statt, in der der Rechtsschutz durch die Verwaltungsgerichte gewährt wird - so Schlichter, DVBl. 1966, S. 738 ff., 739; a. A. Götz, Recht der Wirtschaftssubventionen, S. 41 ff. -.

2 Vgl. hierzu Rinck, Wirtschaftsrecht, Rdn. 339 ff.

3 So ausdrücklich BVerfGE 38, S. 121 ff., 125.

Gewalt entsprechend verpflichtet¹. Allerdings bestehen nur wenige spezialgesetzliche Vorschriften, die Zweck, Voraussetzung und Form der Subventionsvergabe eingehend festlegen und begrenzen².

Meist gehen die wirtschaftsfördernden Gesetze weniger weit und ermächtigen lediglich die zuständigen Stellen zur Subventionsvergabe³.

Die Entscheidung, ob und in welcher Höhe die Subvention zu gewähren ist, steht dann im pflichtgemäßen Ermessen der Subventionsverwaltung; ebenso wenn das Subventionsvorhaben nur im Haushaltsplan und/oder seinen Erläuterungen ausgewiesen ist, nach Programmrichtlinien oder Rahmenplänen von Gemeinschaftsaufgaben nach Art. 91a GG gewährt wird⁴. In allen diesen Fällen entsteht der Anspruch des Subventionsbegehrenden nicht schon mit der Erfüllung der von ihm erbrachten Voraussetzungen und der Stellung eines Antrages, sondern erst mit Erlaß des Verwaltungsaktes der Subventionsbewilligung⁵.

¹ Vgl. Rinck, a.a.O., Götz, Recht der Wirtschaftssubventionen, S. 33; Wolff-Bachof, VerwR III, § 154 IVb; BVerwG, DVBl. 1958, S. 869 ff., 871.

² Vgl. die beispielhaften Aufzählungen bei Götz, Recht der Wirtschaftssubventionen, S. 33; ferner die §§ 7, 8 des Gesetzes zur Förderung des deutschen Films in der Fassung des Gesetzes vom 6.5.1974, BGBI. I 1974, S. 1048, wonach von einem gesetzlichen Anspruch auf Förderung für programmfüllende Filme unter den dort genannten Voraussetzungen auszugehen ist.

³ Vgl. beispielhaft das Landwirtschaftsgesetz v. 5.9.1955, BGBI. I 1955, S. 565 und hierzu Bayrisches VGH, VerwRspr. 19, S. 347 ff.

⁴ Vgl. im einzelnen Kormann, Gewerbearchiv 1975, S. 151 ff.

⁵ Vgl. Wolff/Bachof, VerwR III, § 154 VIIb; Papier, DVBl. 1972, S. 601 ff., 604.

Wenn die Behörde befugt ist, nach ihrem Ermessen über den Anspruch zu befinden, kann erst mit Erlaß des positiven Verwaltungsaktes die begehrte Rechtsposition gewährt werden. Die Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes reicht bei Ermessensvorschriften allein nicht aus, den Normplan zu erfüllen, hinzukommen muß die gestaltende Rechtsanwendung durch die Verwaltungsbehörde, in der sich der Wille des Gesetzgebers niederschlägt¹. In diesem Sinne hat der das behördliche Subsumtionsverfahren abschließende Verwaltungsakt die Funktion einer förmlichen Entscheidung der Verwaltung über das Rechtsverhältnis zwischen dem Staat und dem Bürger. Durch das Gesetz wird ein Rahmen für die Erbringung von Leistungen gesetzt, der durch einen Verwaltungsakt auszufüllen ist. Diese Wertung ist nunmehr mit § 40 Abs. 2 SGB-AT in grundsätzlicher Weise normiert worden.

Als Zwischenergebnis kann daher vermerkt werden, daß in den Fällen, in denen die Vergabe einer hoheitlichen Geldleistung ausdrücklich in das Ermessen der Verwaltungsbehörde gestellt ist oder im Bereich gesetzesfreier Verwaltung erfolgt, die Verwirklichung der an den Anspruchsteller gestellten Voraussetzungen zur Begründung des Anspruches nicht ausreicht. Die nach der Antragstellung entstandene Rechtsposition des einzelnen erstreckt sich zunächst auf das Recht, eine fehlerfreie Ausübung des Ermessens zu verlangen².

¹ Giacometti, S. 339, 342.

² Bachof, Vornahmeklage, S. 93; Eyermann/Fröhler, VwGO § 114, Rdn. 8.

Für den Anspruch auf die Leistung bedarf es eines Verwaltungsaktes, der insoweit nicht lediglich verfahrensrechtliche, sondern anspruchsbegründende Funktion hat¹.

Vor Erlass und Bekanntgabe der behördlichen Entscheidung können daher die Fälligkeit der Leistung und Verzug nicht eintreten.

Dies muß auch gelten für diejenigen, wiederum im Bereich der Subventionsverwaltung zahlreichen, Fälle, bei denen sich eine feste Verwaltungsübung des Ermessens ausgebildet oder sich der vom Gesetz eröffnete Ermessensrahmen durch Erlass von Verwaltungsvorschriften verengt hat². Auch hier kann der Bürger seinen Anspruch nicht vor Bekanntgabe der behördlichen Entscheidung geltend machen. Die Ermessensentscheidung mag zwar inhaltlich auf die Bewirkung der allein rechtmäßigen Rechtsfolge reduziert sein, was - insbesondere im Falle der Selbstbindung der Verwaltung - allenfalls zu einer rascheren Verfahrensweise und dementsprechend zu einer vergleichsweise schnellen Vornahme von Erfüllungshandlungen führen kann, gleichwohl ist die Verwaltung noch nicht der Pflicht enthoben, durch Verwaltungsakt in einem formalisierten Verfahren über die Begründung des Anspruchs zu entscheiden.

In diesen Fällen wird teilweise ein aus Artikel 3 Abs. 1 GG hergeleiteter Rechtsanspruch auf Gleichbehandlung und im Subventionsrecht auf "Gleichsub-

1 So auch Fischer, Diss., S. 30; Schwär, Diss., S. 144; Menger, DÖV 1955, S. 587 ff., 582.

2 Zur Selbstbindung der Verwaltung und zur Ermessensreduzierung auf Null vgl. grundsätzlich Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Grundgesetz, Art. 3, Abs. 1, Rdn. 428 ff.; Wolff/Bachof, VerwR I, § 31 IIIe; Eyermann/Fröhler, VwGO, § 113 Rdn. 62b; Erichsen-Martens, § 12, II, 2; Menger, In Demokratie und Verwaltung, S. 299 ff., 300; BVerwGE 11, S. 95 ff.; BVerwG DVBl. 1969, S. 586.

ventionierung" angenommen¹ und hieraus geschlossen, es handele sich nur noch formell um eine Ermessensentscheidung, die Fälligkeit trete bereits mit der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes ein².

Diese Ansicht ist insoweit zutreffend, als Artikel 3 Abs. 1 GG den Betroffenen das Recht gibt, von der Verwaltung die Einhaltung der in den Verwaltungsvorschriften erlassenen Regeln zu verlangen und von einer ständigen Verwaltungsübung nicht ohne sachlichen Grund abzuweichen³. Die aus dem Gleichheitssatz hergeleitete rechtliche Bindung der Verwaltung bedeutet jedoch nicht, daß dem einzelnen vor Erlass der behördlichen Entscheidung bereits ein Rechtsanspruch im Sinne eines bezifferbaren Zahlungsanspruchs zusteht⁴.

Darüber hinaus kann eine aus Artikel 3 Abs. 1 GG folgende Bindung an Verwaltungsübung und Verwaltungsvorschriften wegen des Inhalts des Gleichheitssatzes nicht von gleicher Intensität sein wie die Gesetzesbindung. Artikel 3 Abs. 1 GG steht einer Abweichung bei besonderen Umständen des Einzelfalles⁵ nicht entgegen. So schränkt etwa die Knappheit der Haushaltsmittel im Subventionsbereich⁶

1 Vgl. dazu Rinck, Rdn. 341; Kormann, GewArch 1975, S. 151 ff., 151. Zum Anrecht auf gleichmäßige Berücksichtigung bei der Subventionsvergabe vgl. Götz, Recht der Wirtschaftssubvention, S. 36 f.

2 So Schwär, Diss., S. 141.

3 Dazu Menger, in Demokratie und Verwaltung, S. 299 ff., 300 f.

4 Götz, Recht der Wirtschaftssubventionen, S. 37; vgl. auch J. Wolff, DB, 1970, S. 333 ff., 335.

5 Ähnliches gilt für sog. "Soll-Vorschriften", vgl. etwa den Härteausgleich nach § 85 Städtebauförderungsgesetz, auch hier findet eine behördliche Überprüfung wie bei einer Ermessensentscheidung statt, die Behörde trifft allerdings die Beweislast dafür, daß besondere Umstände für ein Abweichen vorliegen, so Eyermann/Fröhler, VwGO, § 114, Rdn. 10.

6 Dazu Götz, Recht der Wirtschaftssubventionen, S. 39.

die Möglichkeit ein, bei ähnlichen Verhältnissen Gleiches zu gewähren. Ferner hat die Verwaltung in jedem konkreten Fall die Förderungsziele zu beobachten und zu prüfen, ob der Antragsteller ihnen gerecht wird. Im Subventionsbereich muß die Gestaltungsfreiheit¹ zur Förderung eines bestimmten Verhaltens groß bleiben. Schließlich wird erst mit der abschließenden Entscheidung der zuständigen Behörde festgestellt, daß der mit dem Antrag unterbreitete Sachverhalt mit bereits entschiedenen vergleichbaren Fällen übereinstimmt und kein sachlicher Grund für eine andere Entscheidung besteht².

Auch in diesen Fällen der Ermessensreduzierung sind so schwierige Ermittlungen und Bewertungen erforderlich³, daß der Zeitpunkt für die Entstehung des Anspruchs durch behördlichen Akt fixiert werden muß. Bis zu diesem Zeitpunkt fehlt es mithin auch an einer für den Haftungstatbestand des §. 284 BGB erforderlichen Voraussetzung. Ein Verzug des hoheitlichen Schuldners scheidet bis dahin aus.

1 Vgl. BVerfGE 17, S. 210, 216 zur Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers im Bereich der gewährenden Staatstätigkeit.

2 Dies verkennt Schwär, a.a.O.

3 So die Begründung der Bundesregierung, für den die Leistungszeit regelnden § 40, Abs. 2 SGB-AT, vgl. BT-Drcks. 7/868, S. 29; man stelle sich hierzu etwa das Subsumtionsverfahren bei Ansprüchen nach dem Filmförderungsgesetz vor.

III. Geldforderungen, die durch die Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes fällig werden

Neben den durch Verwaltungsakt eines Trägers öffentlicher Gewalt erst begründeten Ansprüchen kennt das öffentliche Recht Geldleistungsansprüche, die bereits durch die Verwirklichung eines gesetzlichen Tatbestandes entstehen¹.

Ob für diese Ansprüche das zivilrechtliche Verzugsprinzip, das die Verzugsfolgen ohne weiteres an die einseitige Mahnung des Gläubigers oder an die kalendermäßig bestimmte Fälligkeit knüpft, anzuwenden ist, ist fraglich. Geht man davon aus, daß der zur Leistungsbewirkung zuständige Hoheitsträger von Amts wegen zur Prüfung der Leistungsverpflichtung gehalten ist², so muß der Prüfungszeitraum für die Bestimmung der Verzugsvoraussetzungen von Bedeutung sein, und es wäre dann zu fragen, ob noch Parallelen zu den zivilrechtlichen Verzugsvoraussetzungen gezogen werden können, da dem zivilrechtlichen Schuldner eine "Entscheidung" über den Anspruch, mit der er dessen Fälligkeit hinauschieben könnte, nicht eingeräumt ist.

Betrachtet man die Fälle, in denen die hoheitliche Geldleistung nach Erlaß eines festsetzenden oder bewilligenden Bescheides gewährt wird, so

1 Vgl. etwa die §§ 7, 8 des Gesetzes über Maßnahmen zur Förderung des deutschen Films; Schadenersatzansprüche aus verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnissen, vgl. etwa VGH München, Bayrisches Verwaltungsblatt 1973, S. 135 f.; Ansprüche wegen Amtspflichtverletzungen; Erstattungsansprüche; Ansprüche aus dem Getreidegesetz v. 24.11.1951, vgl. etwa dazu BVerwG, in BayVbl. 1974, S. 20 ff.

2 So Götz, GVBl. 1961, S. 433 ff., 437; Papier, Forderungsverletzung, S. 130.

3 Vgl. dazu Götz, DVBl. 1961, S. 433 ff., 437.

• ließe sich in diesem Zusammenhang erwägen, daß, wenn der Berechtigte die Leistung erst nach der amtlichen Entscheidung, Festsetzungsbescheid oder Leistungsanordnung geltend machen kann, die Forderung auch erst nach dieser behördlichen Handlung fällig wird. Andererseits könnte die amtliche Entscheidung nach Abschluß des Prüfungsverfahrens, für die objektiv, durch Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen erreichte Fälligkeitszeit nicht relevant und die Dauer des behördlichen Prüfungsverfahrens für die Verzugsvoraussetzungen nur im Hinblick auf Rechtswidrigkeit hoheitlichen Handelns bedeutsam sein¹.

Die Bestimmung des Leistungszeitpunktes durch den Erlaß des Verwaltungsaktes würde voraussetzen, daß der Verwaltungsakt den bereits materiell begründeten Anspruch hinsichtlich seiner Fälligkeit gestaltet.

1. Die Funktion des Verwaltungsaktes bei der Entscheidung über eine gesetzlich begründete Geldleistungspflicht

Für das Abgabenrecht wurde die Meinung vertreten, der Steuerverwaltungsakt wirke zwar nicht konstitutiv für die Steuerschuld - diese ergebe sich vielmehr bereits auf Grund der gesetzlichen Normierung - er habe jedoch teilkonstitutive Wirkung, indem erst durch ihn die Pflicht zur Zahlung von

1 So Papier, Forderungsverletzung, S. 130; was den Fälligkeitszeitpunkt angeht im Ergebnis auch Schwär, Diss., S. 146, der allerdings das Prüfungsverfahren als schuldausschließende behördliche Handlung begreift.

Steuern begründet werde¹. Insoweit äußere der Verwaltungsakt, an dessen Erlaß die Zahlungspflicht hinsichtlich eines der Höhe nach bestimmten Steuerbetrages geknüpft sei, gestaltende Wirkung. Erst durch die Veranlagung sei die Steuerschuld "zahlbar" und in der Regel fällig geworden². Fischer³ unterscheidet zwischen der Steuerschuld vor Erlaß des Bescheides und der Steuerzahlungsschuld nach Festsetzung. Ausgehend⁴ von dieser im Abgabenrecht vorgefundenen Unterscheidung kommt Fischer bei der Untersuchung der Fälligkeit eines durch Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes bereits entstandenen gegen den Staat gerichteten Anspruchs zu dem Ergebnis, auch hier werde der abstrakte Leistungsanspruch erst durch Hoheitsakt zu einem Geldzahlungsanspruch umgewandelt und fällig⁵.

Der Bewilligungsbescheid habe nicht nur deklaratorischen Charakter, insofern als er das abstrakt Normierte auf den konkreten Einzelfall übertrage, sondern wirke auch gestaltend, teilkonstitutiv, indem er den Leistungsanspruch in einen Geldzahlungsanspruch wandle⁶. Die Fälligkeit könne daher erst nach der Umgestaltung eintreten⁷.

1 Vgl. Becker/Riewald/Koch, Vorbem. 1e Abs. 1 und Abs. 3 zu § 97 ff. RAO und Fischer, Diss., S. 49 ff. m. w. N.

2 So Fischer, Diss., S. 54; ders., im Ergebnis auch in NJW 1968, S. 1883 ff.

3 Diss., a.a.O.

4 a.a.O., S. 80.

5 a.a.O., S. 70 ff., 179.

6 a.a.O., S. 82.

7 a.a.O., S. 179.

Die Ansicht, mit dem Erlaß des Bewilligungsbescheides werde in jedem Falle der Fälligkeitszeitpunkt durch die Behörde bestimmt, stößt auf Bedenken. Bereits dem Ausgangspunkt dieser These - die Parallele zum Abgabenrecht - kann nach der Novellierung der Abgabenordnung nicht mehr zugestimmt werden¹. § 220 Abs. 1 AO bestimmt allgemein, daß sich die Fälligkeit von Ansprüchen aus dem Steuerschuldverhältnis (§ 37 AO) nach den Vorschriften der einzelnen Steuergesetze richtet. So ist zum Beispiel für die Veranlagungssteuer in den Einzelsteuergesetzen bestimmt, daß Jahresabschlußzahlungen innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe des Steuerbescheides zu entrichten sind². Für den Fall, daß die Steuergesetze keine Fälligkeitsregelungen enthalten, bestimmt § 220 Abs. 2 Satz 1 AO³, daß der Anspruch mit seinem Entstehen fällig wird, es sei denn, daß in einem Leistungsgebot (§ 254 AO) eine Zahlungsfrist bewilligt ist. Ergibt sich der Anspruch in den Fällen des § 220 Abs. 2 Satz 1 aus der Steuerfestsetzung, so tritt die Fälligkeit nach § 220 Abs. 2 Satz 1 nicht vor Bekanntgabe der Festsetzung ein. Aus der Regelung des § 220 AO, insbesondere aus § 220 Abs. 2 Satz 2 AO ergibt sich mit hin, daß der Steuerbescheid nur in den vom Gesetz ausdrücklich bestimmten Fällen Merkmal der Fälligkeit ist. Soweit er lediglich den Bereich des gesetzlich begründeten Anspruchs konkretisiert, ist er deklaratorischer Natur⁴. Der Steueranspruch

1 § 220 AO differenziert nunmehr gegenüber § 99 RAO hinsichtlich der Fälligkeit.

2 Vgl. § 36 Abs. 4 Einkommensteuergesetz; § 49 Abs. 1 Körperschaftsteuergesetz; § 20 Abs. 2 Gewerbesteuersteuergesetz; § 18 Abs. 4 Vermögensteuergesetz; § 18 Abs. 4 Umsatzsteuergesetz.

3 Entsprechend der Regelung des § 271 BGB.

4 Vgl. auch Tipke, S. 112, S. 477; Kühn/Kutter/Hoffmann, § 220 Anm. 2, Anm. 3.

wird fällig mit der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes.

Fraglich ist auch, ob die Handlung der Behörde, mit welcher die gesetzlich bestimmte hoheitliche Leistungspflicht festgestellt oder erfüllt wird, in jedem Fall einen Verwaltungsakt darstellt und ob die Feststellung zutreffend ist, zu den Verwaltungsakten gehörten auch die Maßnahmen, durch die über die Bewilligung oder die Ablehnung öffentlich-rechtlicher Leistungen entschieden wird¹.

Begründet wird diese Ansicht damit, der bewilligende Bescheid sei nicht lediglich Abschluß des behördlichen Subsumtionsverfahrens, sondern begünstige auch den in seiner Rechtsstellung Betroffenen².

Das Bundesverwaltungsgericht ist davon in seinem Urteil v. 21.3.1956³ ausgegangen; der Fürsorgebescheid sei ein Verwaltungsakt, "denn die Tätigkeit der Behörde erschöpft sich hierbei nicht in der Zahlung eines Geldbetrages. Sie enthält vielmehr zugleich die Entscheidung über das Vorliegen und den Umfang der Hilfsbedürftigkeit, die die Voraussetzungen für die Anordnung der Unterstützungszahlung bildet".

Diese Ansicht unterstützt gewissermaßen die von Fischer in Bezug auf die Fälligkeit vertretene These, daß die Verwaltungsbehörde bei der Entscheidung über eine Geldleistung sowohl dem Grun-

¹ So Ule, Verwaltungsprozeßrecht, S. 132; Götz, DVBl. 1961, S. 433 ff., 437.

² Vgl. Stelkens/Bonk/Leonhardt, VerwVfG § 48 Rdn. 20.

³ BVerwGE 3, S. 212 ff., 213 betreffend einen Rechtsanspruch auf Fürsorgeleistungen.

de nach - Festlegung der Leistungspflicht als solcher - als auch der Höhe nach - Festsetzung des Geldbetrages - befindet¹.

Damit ist jedoch noch nicht festgestellt, daß die Behörde in jedem Falle über eine öffentliche Geldleistung durch Verwaltungsakt zu entscheiden hat, vielmehr ist nur damit angedeutet, daß eine solche Handlungsform möglich ist.

Die Unterscheidung zwischen einem regelnden Verwaltungsakt und der nichtregelnden "schlichten" Verwaltungshandlung wird allgemein am Merkmal der unmittelbaren, nach außen gerichteten Rechtswirkung² des Verwaltungsaktes vorgenommen³.

Während die schlicht-hoheitliche Handlung externe Wirkung allein durch ihre Existenz herbeizuführen vermag, ist der Verwaltungsakt final auf die Herbeiführung von Rechtsfolgen gerichtet⁴.

Soweit die Behörde eine Rechtsfolge ausspricht, die sich bereits aus dem Gesetz ergibt, soll nach dem Bundesverwaltungsgericht⁵ für die Charakterisierung einer Feststellung als Verwaltungsakt sprechen, wenn die gesetzlichen Tatbestandsmerkmale nur schwer feststellbar sind und die Subsumtion nur auf Grund einer intensiven Prüfung erfolgen kann.

¹ Vgl. auch Söhn, VerwArch 1969 (Bd. 60), S. 64 ff., 67 f.

² Vgl. die Legaldefinition in § 35 VwVfG.

³ Vgl. hierzu Kopp, VwVfG, § 35 Anm. 2; Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht I, § 46 Vc m. w. N.

⁴ Kopp, VwVfG, § 35, Anm. 2e m. w. N.

⁵ BVerwGE 34, S. 353 ff., 354.

Die Feststellung des Leistungsanspruchs durch die Behörde unterrichtet den Bürger darüber, daß der Hoheitsträger nach förmlicher Prüfung seiner Leistungspflicht nachkommen wird. Kann der Leistungsanspruch nach Art und Umfang am Gesetz abgelesen werden, erscheint eine gesonderte Feststellung durch die Verwaltung überflüssig, soweit die Verwaltung unmittelbar erfüllen und der Bürger Erfüllung unmittelbar verlangen kann¹. Die bloße Zuerkennung des Anspruchs durch Verwaltungsakt beeinflusst die Rechtsstellung der Betroffenen insofern, als sie ihn weitgehend vor Rückzahlungsansprüchen schützt und ihm einen Anspruch auf die Leistung gibt, solange der Bescheid besteht. Eine rechtliche Sicherstellung des Bürgers vor dem Entzug der Leistung bewirkt die Bewilligung durch Verwaltungsakt zwar nicht². Sie bildet jedoch einen in gewissem Maße vom Gesetz unabhängigen Rechtsgrund³ für die Leistung. Der Bürger kann davon ausgehen, daß die Verwaltung die geprüfte und festgestellte Pflicht auch ohne Zwangsmaßnahmen erfüllen wird; die Festsetzung gibt ihm einen verfassungsrechtlichen Schutz, weil der Bescheid gesondert aufgehoben werden muß, ehe die Verwaltung ihre Leistung einstellt oder Ansprüche auf Rückzahlungen erhebt. Der Bürger bleibt zwar im Streitfall auf die Rolle des Klägers verwiesen, die er auch sonst einnehmen müßte, der Streitgegenstand ändert sich jedoch⁴. Zudem ist die unmittelbare Klage ausgeschlossen, wenn die Verwaltungsbehörde über Gebühr untätig bleibt.

1 Vgl. Menger, DÖV 1955, S. 587 ff., 590; ders., in VerwArch 1960 (Bd. 51), S. 161; Bettermann, NJW 1959, S. 66 ff.; Rübner, VVDStRL 28, S. 205.

2 § 48 Abs. 2 VwVfG, Rücknahme nur unter den dort aufgezählten Voraussetzungen.

3 Vgl. dazu Hoffmann-Becking, DÖV 1972, S. 196 ff., 198 f., 202.

4 Vgl. dazu Bachof, JZ 1966, S. 395 ff., S. 396 - 397 und Menger, DÖV 1955, S. 587 ff., 590.

Die Erstentscheidung der Behörde¹ ist abzuwarten. Jedenfalls dient der das förmliche Prüfungsverfahren abschließende Verwaltungsakt der Klarstellung² und Stabilisierung³ des Rechtsverhältnisses. Nicht unerwähnt bleiben soll auch, daß sich diese Verfestigung des Anspruchs im Verwaltungsprozeß in einer - allerdings angesichts des dort herrschenden Untersuchungsgrundsatzes nicht zu überschätzenden - Beweislastumkehr ausdrückt. Bei der Erhebung einer allgemeinen Leistungsklage hat prinzipiell der klagende Bürger die Anspruchsberechtigung nachzuweisen. Hat die Behörde den Anspruch durch Verwaltungsakt anerkannt, so geht die Unsicherheit über das Bestehen des Anspruchs zu ihren Lasten⁴.

Wenn man somit davon ausgehen kann, daß die hoheitliche Festsetzung unmittelbare rechtliche Wirkung gegenüber den Betroffenen äußert⁵, so ist noch nicht gesagt, daß damit auch die Leistungszeit des gesetzlichen Anspruchs gestaltet wird⁶ und inwieweit die behördliche Festsetzung für die Verzugsvoraussetzungen von Relevanz ist.

1 Haueisen, NJW 1957, S. 1657 ff., 1660.

2 So Rübner, VVDStRL 28, S. 187 ff., 205; Schmitt-Glaeser, Anspruch, Hoffnung und Erfüllung, S. 34 ff.

3 Dies anerkannt auch Menger, DÖV 1955, S. 587 ff., 590.

4 Vgl. BVerwG, DVBl. 1964, S. 759 f., 760 m. w. N.

5 Vgl. dazu im einzelnen auch Freitag, Zur Bedeutung subjektiver öffentlicher Rechte, DVBl. 1976, S. 6 ff.

6 So aber Fischer, Diss., S. 82, 179.

Die Unterteilung in einen durch Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes begründeten primären Grundanspruch und einen sekundären Anspruch auf Zahlung hat Konsequenzen, die hier auf Grund Gesetz eingeräumten Rechtsposition des Berechtigten nicht entsprechen. Die Annahme, der Zahlungsanspruch fließe aus dem Grundanspruch, erst mit der Gestaltung des Zahlungsanspruchs durch den Festsetzungsbescheid könne der Berechtigte Zahlung verlangen, bedingt nämlich, daß der Hoheitsträger erst auf Grund des Bescheides verpflichtet ist, die festgestellte Leistung zu erbringen. Dann beginnt auch erst mit Bescheiderteilung die schuldrechtsähnliche Bindung. Erst jetzt rückt der Berechtigte in die Gläubigerstellung und erwirkt den Zahlungsanspruch. Demnach hat der gesetzliche Grundanspruch keine unmittelbaren Folgen für den Berechtigten. Er ist lediglich Grundlage für die Festsetzung und Gestaltung des Zahlungsanspruchs und setzt keine zeitliche Kongruenz beider Ansprüche voraus. Dagegen zeigt bereits das in verwaltungsrechtlicher Terminologie verstandene Wort Festsetzung¹, daß es sich um eine deklaratorische Feststellung dessen handelt, was nach dem Gesetz rechtens ist. Durch den Verwaltungsakt werden keine Rechte geschaffen, sondern nur nach dem Gesetz bereits feststehende Rechte festgestellt. Der Verwaltungsakt hat in erster Linie verfahrensrechtliche Bedeutung für die Erhebung der Klage. Der Berechtigte hat mit der Antragstellung einen Anspruch auf die Erteilung eines Bescheides, den er erforderlichenfalls gerichtlich durchsetzen kann, dieser Anspruch ist unabhängig vom Bestehen des materiellen Anspruchs. Wenn hinsichtlich der Fälligkeit gesetzlich nichts geregelt ist und ansonsten bei abschließend normierten Leistungen durch deklaratori-

¹ Vgl. dazu Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht I § 47 Ib.

schen Verwaltungsakt die Leistungszeit nicht bestimmt wird, bleibt als objektiv bestimmbarer Zeitpunkt nur die Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes. Dies entspricht dem im Privatrecht geltenden, die Fälligkeit regelnden § 271 BGB, dem wiederum neuere öffentlich-rechtliche Fälligkeitsregelungen nachgebildet worden sind¹. Nach dieser Vorschrift kann der Gläubiger die Leistung, wenn für sie eine Zeit weder bestimmt noch aus den Umständen zu entnehmen ist, sofort verlangen. § 271 BGB ergänzt fehlende Parteierklärung und bestimmt in den Fällen, in denen über die Leistungszeit nichts vereinbart oder aus den Umständen zu entnehmen ist, daß die Fälligkeit sofort eintritt. Damit ist die sofortige Fälligkeit zum gesetzlichen Regeltatbestand gemacht worden². Die Leistung kann danach in den Fällen, in denen nichts anderweitiges bestimmt ist, sofort verlangt werden, was bedeutet, daß sie mit der Entstehung des Schuldverhältnisses fällig wird³.

Gleichzeitig mit der Fälligkeit besteht im Bürgerlichen Recht grundsätzlich die Möglichkeit, den Anspruch sofort durch Klage geltend zu machen⁴. Die Fälligkeit eines Anspruchs fällt somit in der Regel mit seiner Klagbarkeit zusammen⁵. Klagbar-

¹ So § 220 Abs. 2 AO - vgl. dazu die Begründung des Regierungsentwurfes, abgedruckt bei Mittelsteiner/Schaumburg, AO 1977, § 220 und Schwarz/Dröger, AO 220 Rz. 3; so auch § 41 SGB-AT, vgl. dazu Thiele in Wannagat, SGB-AT, § 41, Anm. I.

² So Palandt-Heinrichs, § 271, Anm. 1b.

³ So Staudinger/Werner, § 271, Rz. 2.

⁴ Vgl. Staudinger/Werner, a.a.O., S. 1124; daß der Gläubiger wegen der sich aus § 93 ZPO ergebenden Kostenfolge in der Regel von der sofortigen Klageerhebung absehen und den Schuldner zunächst zu einer Stellungnahme veranlassen wird, spricht nicht dagegen.

⁵ Staudinger/Werner, a.a.O., S. 1124; Sörgel-Siebert, § 198, Rdn. 3.

keit bedeutet die Möglichkeit, unverzüglich Klage zu erheben. Es kommt nicht darauf an, wann die Klage tatsächlich erhoben wurde, sondern wann sie erhoben werden konnte. Aus § 271 BGB ergibt sich mithin, daß die Fälligkeit einer Leistung im Zweifel mit dem Zeitpunkt beginnt, in dem die Klage erhoben werden kann, d. h. in dem die sofortige Klageerhebung deshalb möglich ist, weil die materiell-rechtlichen Voraussetzungen des Anspruchs vorliegen, dieser also entstanden ist.

2. Die Antragstellung als Voraussetzung des Verzuges im öffentlichen Recht

Da bestimmte öffentlich-rechtliche Ansprüche nur auf besonderen Antrag oder Anmeldung des Berechtigten hin festgesetzt und gewährt werden¹, ist fraglich, welche Bedeutung die Antragstellung für die Bestimmung der Verzugsvoraussetzungen im allgemeinen und im besonderen für die Fälligkeit hat.

Wendet man die in den §§ 271 BGB, 41 SGB-AT und 220 AO enthaltene Regel auf das übrige öffentliche Recht an², so hat an die Stelle der Möglichkeit zur sofortigen Klageerhebung die Möglichkeit zur sofortigen Geltendmachung des Anspruchs bei der zuständigen Behörde zu treten. Zutreffend hatte das Bundessozialgericht³ betont, daß der Berechtigte im öffentlichen Recht die Leistung nicht unmittelbar einklagen darf, sondern zunächst die Ver-

¹ Vgl. z. B. § 7 Abs. 1 Filmförderungsgesetz; § 9 Kriegsfolgenentschädigungsgesetz; § 26 ESTHG.

² Vgl. hierzu Staudinger-Werner, § 271 Anm. 2; im Ergebnis auch Kluge, NJW 1965, S. 463; BSG 34, S. 1 ff., 16; Friederichs, Archiv des Bürgerlichen Rechts, Bd. 42 (1916), S. 29 ff., 39.

³ Urteil v. 21. 10. 1971, BSGE 23, S. 62 ff., 64.

waltung zur Einleitung eines Verwaltungsverfahrens veranlassen muß, indem der Sachverhalt aufzuklären und nach Prüfung der Rechtsfragen ein Bescheid zu erteilen ist. Hinsichtlich der "Geltendmachung" des Anspruchs kann also zu Recht auf die Antragstellung abgestellt werden, weil die Verwaltung vorher zu diesem spezifisch öffentlich-rechtlichen Tätigwerden nicht verpflichtet ist. Indiz hierfür ist auch die aus § 220 BGB in Verbindung mit §§ 209, 210 BGB zu entnehmende Regelung. Diese Vorschriften machen deutlich, daß bei entsprechender Anwendung der bürgerlich-rechtlichen Verjährungsvorschriften im öffentlichen Recht die Anspruchsanmeldung bei der Verwaltungsbehörde der zivilrechtlichen Klageerhebung gleichgestellt werden muß¹. Zur Frage der Unterbrechung der Verjährung bestimmt § 220 BGB nämlich für den Fall, daß der Anspruch vor einer Verwaltungsbehörde geltend zu machen ist, die entsprechende Anwendung der §§ 209 - 213 BGB, also die Unterbrechung der Verjährung.

Was für die Unterbrechung der Verjährung gilt, muß insoweit in gleicher Weise für den Beginn der Verjährung der Fälligkeit, gelten, die mit der Möglichkeit zur sofortigen Geltendmachung des Anspruchs bei der Verwaltungsbehörde identisch ist².

Übertragen auf den in §§ 271 BGB, 41 SGB-AT und § 220 AO enthaltenen Grundsatz hieße dies wiederum,

¹ Vgl. auch Kopp, VerwVfG, § 22, Anm. 3.

² So BSG 34, S. 1 ff., 18.

daß die Fälligkeit des Anspruchs in dem Zeitpunkt beginnt, in dem die Möglichkeit zur sofortigen Geltendmachung des Anspruchs bei der Verwaltungsbehörde gegeben ist, also der Anspruch entstanden ist. Es ist also hinsichtlich der Fälligkeit nicht darauf abzustellen, wann der Antrag gestellt wurde, sondern wann er frühestens mit Erfolg hätte gestellt werden können, nämlich unverzüglich nach der Entstehung des Anspruchs. Wenn die Fälligkeit von der Antragstellung abhängig wäre, läge die Bestimmung des Leistungszeitpunktes letztlich allein in der Hand des Berechtigten. Nicht geltend gemachte Ansprüche könnten, da sie nicht fällig geworden sind, auch nicht verjähren¹.

Der deklaratorische Verwaltungsakt ist somit nicht Voraussetzung für das Entstehen und damit die Fälligkeit des Anspruchs. Insofern besteht auch kein Unterschied zwischen den Leistungen, die zuvor förmlich festgestellt werden, und solchen, die unmittelbar gefordert werden können. Mit der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes ist der Anspruch stets fällig².

¹ U. a. mit diesem Argument wendet sich Kluge NJW 1965, S. 463, gegen eine Fälligkeit mit Antragsentstehung.

² So ausdrücklich auch Schwär, Diss., S. 139; a.A. Fischer, Diss., S. 179, nicht eindeutig Papier, Diss., S. 133.

B. Die Bedeutung des behördlichen Prüfungsverfahrens hinsichtlich der weiteren Verzugsvoraussetzungen

Nach dem Eintritt der Fälligkeit kann der privatrechtliche Gläubiger seinen Schuldner zur Erfüllung der Leistung auffordern und ihn damit ohne weiteres den scharfen Verzugsfolgen aussetzen. Ist der Fälligkeitszeitpunkt nach dem Kalender bestimmt, gerät der Schuldner bei nicht rechtzeitiger Leistung auch ohne Mahnung in Verzug. Der privatrechtliche Schuldner handelt objektiv rechtspflichtwidrig¹ bzw. vertragswidrig, wenn er eine fällige Forderung nicht erfüllt. Der privatrechtliche Schuldner hat also grundsätzlich kein Recht, die an ihn gestellte Forderung zu überprüfen² oder seine Leistungsbewirkung vorzubereiten³.

Einer Übertragung dieser schuldrechtlichen Typik steht die im Verwaltungsverfahren zum Ausdruck gelangende besondere öffentlich-rechtliche Stellung des hoheitlichen Schuldners entgegen. Würde man dem behördlichen Prüfungsverfahren im Hinblick auf die Voraussetzungen des Verzuges im öffentlichen Recht keine Erheblichkeit beimessen und den eigentlich in diesem Verfahren begründeten Strukturunterschied in der Rechtsbeziehung negieren⁴, stünde einer Anwendung der privatrechtlichen Verzugsbe-

¹ Vgl. Palandt-Heinrichs, § 284 Anm. 1c.

² Bei Ansprüchen aus unerlaubter Handlung soll allerdings Schuldnerverzug erst nach Ablauf eines Zeitraumes eintreten, den der Schuldner zur unverzüglichen Prüfung benötigt, so jedenfalls die herrschende Meinung, vgl. Staudinger/Weber, § 284 Rz. 28; Sörgel/Schmidt, § 284, Rz. 1; BGH NJW 1964, S. 1467.

³ Staudinger/Weber, § 284, Rdn. 28; Erman/Battes, § 284, Rdn. 29.

⁴ So Simons, Leistungsstörungen, S. 145, nach dessen Auffassung weder die begrifflichen noch die funktionalen Besonderheiten des Verwaltungsrechts zumindest den teilweisen Ausschluß der Verzugshaftung gebieten.

stimmungen im öffentlichen Recht nichts mehr im Wege¹.

I. Der Einfluß der Gesetzmäßigkeit des Verwaltungshandelns auf die hoheitliche Leistungsbewirkung

Nicht nur das Recht, sondern auch die Pflicht des Hoheitsträgers, über den an ihn gestellten Anspruch zu entscheiden, ergibt sich aus der Verfassungsforderung nach materieller Rechtmäßigkeit, Art. 20 Abs. 3 GG. Im Unterschied zu den Beteiligten eines privatrechtlichen Schuldverhältnisses ist ein Hoheitsträger sowohl in der Begründung als auch in der Abwicklung (Erfüllung) eines Rechtsverhältnisses niemals so frei, daß Erklärungen und Gestaltungen in das Belieben der Handelnden gestellt wären². Die Verwaltung ist stets an die Verfassung und an die Gesetze gebunden. Hieraus ergibt sich die Pflicht aller Verwaltenden zur gewissenhaften und-gesetzmäßigen Wahrnehmung der ihnen anvertrauten Funktionen. Artikel 20 Abs. 3 GG normiert nur das Prinzip des Vorranges von Gesetz und Recht und enthält ausdrücklich nichts darüber, was alles zu "Gesetz und Recht" gehört und demnach von der Verwaltung zu beachten ist. Aus dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung lassen sich aber zulässig allgemeine Gebote und Verbote ableiten³, die auch dann zu beachten sind, wenn die Verwaltung

¹ Dieser Ansicht neigt Schwär, Diss., S. 131 ff.; 145, zu der grundsätzlich für den objektiven Tatbestand des Verzuges Fälligkeit und Mahnung genügen läßt.

² Vgl. Wolff/Bachof, VerwR I, § 29 Ia hinsichtlich der Bindung der Verwaltung an das öffentliche Interesse; vgl. auch § 56 BBG, § 38 BRRG, wonach der Beamte die volle persönliche Verantwortung für die Rechtmäßigkeit seiner amtlichen Handlungen trägt.

³ Vgl. dazu die Übersicht bei Wolff/Bachof, VerwR I, § 30 IIb.

zu einer bestimmten Handlung, konkret: zur Erfüllung eines Geldanspruchs, verpflichtet ist. Der Hoheitsträger ist gehalten, bevor er die Geldleistung bewirkt, zu prüfen, ob der an ihn gestellte Anspruch zu Recht besteht.

Die Prüfung erstreckt sich u. a. auf die Feststellung des Kompetenzbereichs, auf die Wahl der in Betracht kommenden normativen Tatbestände, die Ermittlung des Sachverhaltes, auf die Subsumtion und Konklusion, bei Ermessensentscheidungen tritt die Abwägung ermittelter Alternativen hinzu.

Diese Prüfung kann sich schwierig und damit zeitraubend gestalten, wenn etwa Sachverhaltsaufklärung zu betreiben ist, Erklärungen anderer Behörden einzuholen sind oder unter unbestimmte Rechtsbegriffe zu subsumieren ist, bei denen der Behörde ein Beurteilungsspielraum eingeräumt wurde. Hinzu kommt ein Weiteres. Während ein privatrechtlicher Schuldner die von ihm ohne rechtlichen Grund erbrachte Leistung gem. § 812 ff. BB konzipieren kann, ist die Rückforderung des von einem hoheitlichen Schuldner auf Grund eines Bewilligungsbescheides Geleisteten, erst nach der unter erschwerten Voraussetzungen zulässigen Rücknahme (§ 48 Abs. 2 VwVfG) des rechtswidrigen Verwaltungsaktes möglich.

Eine weitere Unterscheidung zum Privatrecht ergibt sich daraus, daß die Verwaltung die Erfüllungshandlung erst vornehmen kann, wenn sie vom Bestehen des Forderungsrechts in Kenntnis gesetzt wurde¹. Der Anspruchsteller muß daher zunächst sei-

¹ Vgl. Kluge, NJW 1965, S. 463.

nen Anspruch bei dem zuständigen Hoheitsträger geltend machen, ihn anmelden oder beantragen. Dies gilt im Hinblick auf die Verzugsbestimmung ohne Einschränkung, also unabhängig davon, ob die Leistung antragsbedingt erbracht wird oder nicht. Zwar kann die Behörde die Leistung ohne Anmeldung nicht bewirken. Die Anmeldung wird aber dadurch - wie oben ausgeführt - nicht etwa zur materiellen Voraussetzung für die Fälligkeit der Leistung, sie bleibt vielmehr verfahrensrechtliches Erfordernis und Voraussetzung für die Erfüllungshandlung. Insoweit ist die Anmeldung des Anspruchs bzw. die Antragstellung für die Bestimmung der Verzugsvoraussetzungen im öffentlichen Recht von Bedeutung¹.

In den Fällen, in denen die Behörde durch Verwaltungsakt über die Forderung zu entscheiden hat, ergibt sich das Erfordernis der Prüfung der Behörde in einem förmlichen Verfahren bereits durch die Anwendbarkeit des Verwaltungsverfahrensgesetzes².

Es kann jedoch im Hinblick auf die hier entscheidende Dauer der amtlichen Prüfung kein prinzipieller Unterschied gemacht werden zwischen den Fällen, in denen der Hoheitsträger ausdrücklich, weil vorgeschrieben, über den Anspruch zunächst durch Verwaltungsakt entscheidet und sodann die Erfüllungshandlung, Zahlung, vornimmt, und solchen Fällen, denen ein förmlicher Bewilligungsbescheid nicht vorausgeht.

¹ Vgl. BSG 34, S. 1 ff., 19; Schmidinger, Sozialversicherung 1969, S. 203 ff., 207.

² So auch Götz, DVBl. 1961, S. 433 ff., 437, der allerdings davon ausgeht, daß über Geldleistungen grundsätzlich durch Verwaltungsakt entschieden wird und dementsprechend bei Geldleistungen, die schlicht hoheitlich gewährt werden, die Verzugsbestimmungen des BGB entsprechend angewendet.

Es wird allerdings die Ansicht vertreten, daß nur in den Fällen, in denen die Leistungsbewirkung durch Bewilligungsbescheid vorbereitet wird, der Behörde ein gewisser Prüfungszeitraum einzuräumen ist¹.

Hierfür spricht zunächst die Ausgestaltung des Verwaltungsverfahrensgesetzes, wonach Gegenstand der verfahrensmäßigen Tätigkeit der Behörde u. a. die Vorbereitung und der Erlaß eines Verwaltungsaktes sind (§ 9 VwVfG). Danach wäre die Einhaltung der Verfahrensgrundsätze, u. a. des Untersuchungsgrundsatzes, § 24 VwVfG, nur vorgeschrieben, wenn die Vorbereitung und der Erlaß eines Verwaltungsaktes beabsichtigt ist², die schlicht-hoheitlichen Verwaltungsrechtshandlungen³ von der Anwendbarkeit der Verfahrensgrundsätze des Verwaltungsverfahrensgesetzes ausgeschlossen.

Dagegen könnte allerdings bereits eingewandt werden, daß es für die ersuchte Behörde bei der Anmeldung des Anspruchs noch ungewiß ist, ob eine Verpflichtung besteht und in diesem Stadium auch ein ablehnender Bescheid in Betracht kommt, der jedenfalls als Verwaltungsakt zu qualifizieren⁴ und somit potentiell Gegenstand des Verfahrens ist, wenn die Behörde damit bezweckt und zu erkennen gibt, daß das Verfahren abgeschlossen ist und der erneuten Anspruchsgeltendmachung der ablehnende Be-

¹ So Papier, Forderungsverletzung, S. 133; vgl. im Ergebnis auch Götz, DVBl. 1961, S. 433 ff., 437.

² Nach Kopp, VwVfG § 9 Anm. 1, ist Zulässigkeitsvoraussetzung für die Einleitung eines Verwaltungsverfahrens i. e. S., daß ein Verwaltungsakt Gegenstand des Verfahrens ist; vgl. auch Stelkens/Bonk/Leonhardt, VwVfG § 9, Rz. 16.

³ Zum Begriff vgl. Tschira/Schmitt-Glaeser, Prozeßrecht, S. 221.

⁴ Vgl. zum ablehnenden Bescheid Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht I § 46 Vb, § 47 Ib.

scheid entgegenstehen soll¹. Vorliegend ist aber entscheidend, daß das Prinzip der Gesetzmäßigkeit des Verwaltungshandelns nicht nach Handlungsformen zu differenzieren ist. Daher ist es geboten, die wesentlichen Verfahrensgrundsätze, die Konkretisierungen verfassungsrechtlicher Prinzipien darzustellen, auch auf solche Verfahren anzuwenden, die nicht unter die Bestimmung des § 9 VwVfG fallen². Würde man das normative Verwaltungsverfahren auf den Erlaß von Verwaltungsakten und den Abschluß verwaltungsrechtlicher Verträge begrenzen, bestünde im übrigen die Gefahr, daß die Verwaltung sich der verfahrensrechtlich nicht ausdrücklich genannten Handlungsform bedient, um sich der verfahrensrechtlichen Bindungen zu entledigen.

Die Geltung des Untersuchungsgrundsatzes und damit auch das Erfordernis der amtlichen Prüfung des Anspruchs entspricht dem öffentlichen Interesse an der Richtigkeit der Entscheidung, die nur bei einer möglichst vollständigen und zutreffenden Sachaufklärung gewährleistet sein kann³.

Eine Überprüfung des an sie gestellten Anspruchs hat die Behörde in jedem Falle vorzunehmen, auch dann, wenn ihre Entscheidung nicht förmlich nach außen tritt. Eine andere Auffassung würde mit dem

1 Vgl. Höffmann-Becking, DÖV 1972, S. 199 ff.; zur Rechtsnatur der Ablehnung eines Anspruchs vgl. im übrigen Krause, Handlungsformen, S. 196 ff. m. w. N.

2 Schmitt-Glaeser, in: Festschrift für Boorberg-Verlag, S. 31; vgl. auch die amtliche Begründung zum Verwaltungsverfahrensgesetz, BT-Drcks. 7/910, S. 42.

3 Vgl. Tschira/Schmitt-Glaeser, Verwaltungsverfahrensgesetz, A 24 f. m. w. N. und Pestalozza, in: Festschrift für Boorberg-Verlag, S. 185 ff.

Prinzip der Gesetzmäßigkeit des Verwaltungshandelns nicht in Einklang stehen. Für die Bestimmungen der Verzugsvoraussetzungen im öffentlichen Recht ist daher der behördliche Prüfungszeitraum die entscheidende Besonderheit gegenüber dem Privatrecht und die Frage, ob jeder Handlung oder Unterlassung eine förmliche Entscheidung vorangestellt sein soll¹, dagegen nur von sekundärer Bedeutung. Dies erweist sich auch daraus, daß die Begründung der Leistungspflicht oder die Feststellung, daß dem Bürger die Leistung zusteht, die Verzögerung der Geldleistung nicht beendet. Denn erst nach der Feststellung oder der Begründung der Leistungspflicht hat die Behörde das zu tun, wozu sie eigentlich verpflichtet ist, was der Bürger eigentlich begehrt, die reale Erbringung der Geldleistung. Erst damit ist der Geldzahlungsanspruch des Bürgers erfüllt.

II. Die Dauer der rechtmäßigen Prüfung des Anspruchs

Der besonderen Prüfungspflicht der Behörde steht die Pflicht zur raschen Sachentscheidung - wie oben bereits erwähnt - gegenüber. Auch sie besteht

1 Dafür BVerwGE 31, S. 301 ff., kritisch dazu Menger-Erichsen, VerwArch 60 (1969), S. 388 ff.

im öffentlichen Interesse und ist für die Behörde in gleichem Maße wie die Prüfungspflicht beachtlich¹. Die Prüfung der Anspruchs kann daher so lange die Verzögerung der Erfüllung rechtfertigen, wie die ordnungsgemäße Bearbeitung des Antrages notwendig ist. Welcher Zeitraum der Behörde für eine rechtmäßige, verzugsausschließende Überprüfung zur Verfügung steht, ist ausdrücklich nicht allgemein geregelt. Da sich die Prüfungspflicht und die Pflicht, den Antrag rasch zu bescheiden, gegenseitig bedingen und im öffentlichen Interesse wahrgenommen werden, ist die Dauer der rechtmäßigen Verzögerung nach objektiven Kriterien zu bestimmen² und nicht nach der subjektiven Voraussetzung einer Mahnung des Gläubigers.

Als zureichende Gründe einer rechtmäßigen Verzögerung kommen u. a. in Betracht: besonderer Umfang und Schwierigkeiten der Sachaufklärung³, Überlastung der Behörde als Folge einer Gesetzesänderung⁴, die Notwendigkeit der Einholung von Stellungnahmen anderer Behörden⁵.

Einen Maßstab für die Begrenzung eines regelmäßig rechtmäßigen Verzögerungszeitraumes bieten einige, zumeist verfahrensrechtliche Normierungen. So bestimmt § 75 Verwaltungsgerichtsordnung: "Ist über

¹ Vgl. BGH MDR 1964, S. 300.

² So auch Papier, Forderungsverletzung, S. 131; vgl. Eyermann/Fröhler, § 75 Anm. 2.

³ Vgl. BGH MDR 1964, S. 300; Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, § 75 VWGO, Anm. II 2; BFG JZ 1959, S. 570.

⁴ Vgl. OVG Lüneburg 1964, S. 625.

⁵ a. A. Redeker/van Oertzen, § 75 VWGO Rz. 5, vgl. im übrigen auch BVerwGE 42, S. 108 f., wo auch ein behördlicher Umzug und andere organisatorische Änderungen als rechtfertigend für die Untätigkeit der Behörden angesehen werden.

einen Widerspruch oder über einen Antrag auf Vornahme eines Verwaltungsaktes ohne zureichenden Grund in angemessener Frist sachlich nicht entschieden worden, so ist die Klage abweichend von § 68 zulässig. Die Klage kann nicht vor Ablauf von 3 Monaten seit der Einlegung des Widerspruchs oder seit dem Antrag auf Vornahme des Verwaltungsaktes erhoben werden, außer wenn wegen besonderer Umstände des Falles eine kürzere Frist geboten ist".

Entsprechende Regelungen enthalten § 88 SGG - mit der Anordnung einer Sperrfrist von 6 Monaten - und § 46 FGO¹.

Die "Untätigkeitsklage" des § 75 VwGO setzt u. a. voraus, daß die Erstbehörde im Zeitpunkt der Klageerhebung über den Antrag sachlich noch nicht entschieden hat. Zwar betrifft § 75 VwGO unmittelbar nur die Zulässigkeit von Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen und eröffnet den Klageweg abweichend von §§ 68 ff., 74 VwGO bei Fehlen eines abgeschlossenen Vorverfahrens².

Neben seiner Funktion als Prozeßvoraussetzung³, dem Bürger bei Untätigkeit der Verwaltung den in Artikel 19 Abs. 4 GG garantierten Rechtsschutz zu

¹ Sperrfrist 6 Monate; vgl. auch § 32 EStHG, wo nach Staatshaftungsansprüche auf Geldersatz und Folgenbeseitigung gerichtlich erst verfolgbar sind, wenn die Erfüllung der Ansprüche durch Bescheid abgelehnt oder dem Geschädigten innerhalb von drei Monaten nach Eingang der Anmeldung keine Entscheidung zugegangen ist.

² Vgl. Kopp, VwGO § 75, Anm. 1; Redeker/van Oertzen, § 75 Rz. 2; § 75 VwGO gilt im übrigen auch für Leistungs- und Feststellungsklagen aus dem Beamtenverhältnis, § 126 BRRG.

³ Vgl. zum Begriff von Mutius, Widerspruchsverfahren, S. 30.

gewähren¹, soll § 75 VwGO jedoch auch sicherstellen, daß die Verwaltung von vorzeitiger Klageerhebung ungestört die Rechtmäßigkeitskontrolle in angemessener Frist durchführen kann².

Als angemessene Frist des § 75 S. 1 VwGO versteht das Gesetz die Sperrfrist des Satzes 2 von 3 Monaten³. So lange muß der Bürger der Behörde Zeit zur "sachlichen" Entscheidung lassen.

Es bestehen keine Bedenken, in Anlehnung an § 75 VwGO der Behörde eine dreimonatige Prüfungs- und Erfüllungsfrist einzuräumen, innerhalb derer die Verzögerung der Leistung nicht rechtswidrig ist und somit Verzug nicht eintreten kann. Im Hinblick auf die Geltendmachung einer Geldforderung durch Erhebung einer Verpflichtungsklage kommt eine kürzere Frist nicht in Betracht, da anderenfalls die Behörde mit der Erfüllung einer Forderung in Verzug geraten könnte, deren Klagbarkeit noch nicht besteht⁴. Darüber hinaus besteht ein Interesse an der Präzisierung der zeitlichen Begrenzung der behördlichen Prüfung nicht nur in prozessualer Hinsicht. Die Behörde erhält mit der dreimonatigen Frist einen objektiven Maßstab zur Erfüllung ihrer Pflicht für den Regelfall und ausreichend Zeit zu prüfen, um sich über die Erfüllung oder Nicht-Erfüllung des Anspruches auch bei umfangreichen Ermittlungen schlüssig zu werden.

¹ Ule, DVBl. 1959, S. 537 ff., 539; Kopp, VwGO, § 75 Anm. 1.

² Vgl. von Mutius, a.a.O., S. 186.

³ Redeker/van Oertzen, § 75, Rz. 6; Kopp, VwGO, § 75 Anm. 4; Eyermann/Fröhler, § 75, Rz. 5; Bettermann, NJW 1960, S. 1081 ff., 1085.

⁴ So zutreffend Papier, Forderungsverletzung, S. 132.

Im Interesse des Bürgers kann innerhalb der Frist bei ungewisser Sach- und Rechtslage eine gütliche Einigung angestrebt werden, um eine gerichtliche Auseinandersetzung zu vermeiden.

Daß es gerechtfertigt erscheint, einen Prüfungszeitraum von 3 Monaten für den Regelfall anzunehmen, bestätigt das Reformvorhaben zum Staatshaftungsrecht. Die verfahrensrechtliche Regelung in § 29 Abs. 2 ESTHG macht es der zuständigen Behörde zur Pflicht, im Regelfall innerhalb von 3 Monaten seit der Anmeldung über den geltend gemachten Anspruch zu entscheiden¹. In der Begründung² der Referentenentwürfe wird - wenn auch nicht expressis verbis - auf das die zeitliche Fixierung beschränkende Spannungsverhältnis von Entscheidungspflicht und Prüfungspflicht hingewiesen.

Mit § 32 ESTHG, wonach die Klageerhebung erst möglich ist, wenn die Erfüllung der Ansprüche durch Bescheid abgelehnt oder dem Geschädigten innerhalb von 3 Monaten nach Eingang der Anmeldung keine Entscheidung zugegangen ist, soll vor einer gerichtlichen Auseinandersetzung eine behördliche Überprüfung sichergestellt sein³. Desgleichen setzt auch § 29 BLG voraus, daß die Verzögerung der Leistung bis zu 3 Monaten im öffentlichen Interesse an einer sachgerechten Prüfung und damit an der Gesetzmäßigkeit der Entscheidung für den Betroffenen zumutbar und für den Hoheitsträger angemessen ist⁴.

¹ Vgl. Reform des Staatshaftungsrechts, Referentenentwürfe, S. 146.

² A.a.O.

³ Vgl. Reformen des Staatshaftungsrechts, Referentenentwürfe, S. 147.

⁴ Vgl. Bauch/Danckelmann/Kerst, § 29 BLG Anm. 1; siehe auch die Regelung im § 1585 RVO.

Es kann daher davon ausgegangen werden, daß ein Zeitraum von 3 Monaten für die ordnungsgemäße Bearbeitung eines Antrages notwendig ist, sofern nicht besondere Umstände eine kürzere oder längere Frist¹ erforderlich machen. Besondere Umstände, die eine kürzere Frist als 3 Monate gebieten, können in der Person des Anspruchsberechtigten liegen, wenn für ihn eine Verzögerung mit unverhältnismäßig großen Nachteilen verbunden ist oder für ihn eine besondere Härte darstellen würden². Diese Umstände werden jedoch außerhalb des hier nicht interessierenden, da hinsichtlich der Verzinsung von Geldforderungen abschließend geregelten, Sozialrechts selten sein. Die Regelung in § 44 SGB-AT läßt im übrigen - entsprechend der hier vertretenen Auffassung - erkennen, daß die Verzögerung einer öffentlichen Geldleistung erst nach Ablauf einer bestimmten Frist Rechtsfolgen auslösen soll.

Wird nach Antragstellung und Ablauf der 3-monatigen Wartefrist der fällige Zahlungsanspruch nicht erfüllt, ist das Unterlassen der Leistungsbewirkung objektiv rechtswidrig. Es ist dann auch kein Grund mehr ersichtlich, das Unterlassen der Behörde nicht als Forderungsverletzung zu bewerten und den Hoheitsträger für diese Pflichtwidrigkeit nicht haften zu lassen.

Insoweit lassen sich bei gesetzlich begründeten Ansprüchen die Verzugsgrundsätze des BGB im öffentlichen Recht konkretisieren. Gleiches gilt

¹ Im Falle eines Stationierungsschadens soll nach BGH JW 1964, S. 1467 LS ein Prüfungszeitraum von 4 Monaten erforderlich sein.

² Vgl. die entsprechende Kommentierung zu § 75 VwGO, bei Redeker/van Oertzen, § 75 Rz. 6, Kopp, VwGO, § 75 Anm. 4.

bei Ermessensleistungen, wenn die Behörde eine Leistung nicht erbringt, die sie bereits durch Verwaltungsakt zuerkannt hat¹. In diesem Fall ist mit Abschluß des Entscheidungsverfahrens und Erlaß des konstitutiven Verwaltungsaktes der Anspruch des Bürgers fällig geworden. Zur Erfüllung bedarf es lediglich noch der faktischen Vornahme der Leistungsbewirkung. Jede Verzögerung dieser Handlung stellt eine objektive Pflichtverletzung dar.

C. Mahnung

Zu den objektiven Voraussetzungen des Verzuges gehört nach § 284 BGB im Zivilrecht die Mahnung des Gläubigers nach Fälligkeit der Forderung. Der Verzug tritt im Zivilrecht nicht von selbst ein, erst wenn der Gläubiger den Schuldner zur Leistung aufgefordert hat, ist der Verzug begründet².

Von dieser Voraussetzung im öffentlichen Recht Abstand zu nehmen, besteht an sich kein durch die Besonderheiten des öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnisses begründeter Anlaß. Fraglich ist insoweit nur, ob im öffentlichen Recht bereits die Antragstellung diesem Erfordernis genügt.

Begrifflich ist die Mahnung, die an den Schuldner gerichtete, bestimmte Aufforderung, die geschuldete Geldleistung zu bewirken³. Inhaltlich soll die

¹ Vgl. Götz, DVBl. 1961, S. 439 ff., 438.

² Daß die Verzugsfolgen erst durch die Mahnung ausgelöst werden, ist ein allgemeiner Grundsatz des Verzuges, vgl. Eckert, DVBl. 1962, S. 11 ff., 20; Art. 199 des Entwurfes einer Verwaltungsrechtsordnung für Baden-Württemberg, Sörgel-Schmidt, § 284 Rz. 3; Staudinger-Weber, § 284 Rz. 14.

³ Vgl. Staudinger-Weber, § 284 Rz. 14.

Mahnung für den Schuldner erkennen lassen, daß das Ausbleiben der Leistung Folgen haben werde¹. Dagegen hat die Anmeldung des Anspruchs bei der Behörde, die zu dem gegebenenfalls vor der Fälligkeit erfolgen kann, eine andere Zielrichtung. Die Anmeldung ist bei Ansprüchen auf Ermessensleistungen zunächst auf die Begründung und weiter auf die Bewirkung der Leistung gerichtet, bei den gesetzlichen Ansprüchen auf die Tätigkeit der Behörde im Verwaltungsverfahren und ebenfalls auf die Auszahlung des Betrages².

Hält man sich an den Wortlaut des § 284 BGB auch im öffentlichen Recht, daß nämlich die Mahnung nach³ oder jedenfalls bei Fälligkeit erfolgen muß⁴, dann würde die Antragstellung bei den Ansprüchen, die durch Verwaltungsakt erst begründet werden, als Mahnung nicht ausreichen. Darüber hinaus kann bei den gesetzlichen Ansprüchen auch immer nur anhand der Umstände des konkreten Einzelfalles geklärt werden, ob darin bereits eine eindeutige Aufforderung enthalten ist, die erkennen läßt, daß das Ausbleiben der Leistung für die Verwaltungsbehörde Folgen haben wird.

Konsequenz daraus wäre, daß eine gesonderte Mahnung an den Hoheitsträger zu richten ist, die allerdings

1 BGH MDR 1952, S. 155; Staudinger-Weber, § 284 Rz. 19; Sörgel-Schmidt, § 284 Rz. 4; Palandt-Heinrichs, § 284 Anm. 3a.

2 Arnolds, NJW 1962, S. 571 f., 572, folgert daraus, daß der Antrag keinen Hinweis auf das Ausbleiben der Leistung haben könne und deshalb als Mahnung nicht ausreiche.

3 So Schwär, Diss., S. 143 ff.

4 RGZ 97, S. 6 ff., 11; BGH WPM 1970, S. 1141; Sörgel-Schmidt, § 284 Rz. 4.

im Widerspruch gegen den ablehnenden Bescheid enthalten sein kann¹ und entsprechend § 284 Abs. 1 Satz 2 BGB durch die Erhebung der Leistungsklage ersetzt wird.

Das Erfordernis einer gesonderten Zahlungsaufforderung erübrigt sich jedoch im öffentlichen Recht². Mit dem Vorliegen eines vollständigen Antrages ist die Behörde über ihre Verpflichtung in Kenntnis gesetzt. Sie hat nun - wie ausgeführt - die Anspruchsberechtigung mit der gebotenen Sorgfalt zu überprüfen und den Anspruch so rasch wie möglich zu erfüllen. Aus dem Prinzip der Gesetzmäßigkeit des Verwaltungshandelns ist der Hoheitsträger - anders als ein Privatmann - hinreichend "aufgefordert", rechtmäßig zu handeln und Verzug nicht eintreten zu lassen³. Einer zusätzlichen Erinnerung dieser Pflicht bedarf es daher nicht.

D. Verschulden

Als subjektive Voraussetzung erfordert die Haftung wegen Verzuges das verschuldete Verzögern der Leistung. Der Verschuldensmaßstab, Vorsatz oder Fahrlässigkeit, findet auch im öffentlichen Recht Anwendung, allerdings mit der Besonderheit, daß der Begriff der Fahrlässigkeit an der konkret zu erfüllenden öffentlichen Aufgabe zu messen ist, womit das maßgebende öffentliche Interesse bestimmend für die anzuwendende Sorgfalt wird⁴.

1 So Schwär, Diss., S. 141; vgl. auch Götz, DVBl. 1961, S. 433 ff., S. 439.

2 Davon auch ausgehend BGH NJW 1961, S. 1531.

3 So auch im Ergebnis Eckert, DVBl. 1962, S. 11 ff., 20; a. A. Schwär, S. 144; Götz, DVBl. 1961, S. 433 ff., 439 hält - aus sinngemäßer Anwendung des Gedankens der Selbstmahnung - eine Mahnung für entbehrlich, wenn der Hoheitsträger nach Erlaß des Bewilligungsbescheides nicht erfüllt.

4 Simons, Leistungsstörungen, S. 147 ff. m. w. N.; Wolff/Bachof, VerwR I § 44 IIIb, 3; so im Ergebnis auch Eckert, DVBl. 1962, S. 11 ff., S. 15.

Orientiert man - wie dargelegt - die behördliche Prüfungsfrist an der Frage nach der Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns, dann ist der Verzug im öffentlichen Recht weitgehend verschuldensunabhängig. Es bleiben für die schuldhafte Verzögerung der Leistung in erster Linie nur die Fälle relevant, bei denen (zunächst) die Leistung auf Grund rechtsirriger Ansicht abgelehnt worden ist.

Für diese Fälle ist vorzuschicken, daß ein Hoheitsträger, der im Rahmen eines verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnisses verpflichtet ist, unter dem Aspekt der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung besonders sorgsam bei der Erfüllung sein muß. Das Maß der bei der Amtsausübung erforderlichen Sorgfalt ist von den Kenntnissen und Fähigkeiten des konkret handelnden Beamten unabhängig und objektiv zu bestimmen¹. Die Rechtsprechung hätte zunächst nur bei zweifelhafter und durch höchstrichterliche Rechtsprechung noch nicht geklärter Rechtslage ein Verschulden des handelnden Beamten ausgeschlossen. Der Bundesgerichtshof hatte die Anforderungen noch erhöht und - eine sorgfältige Prüfung der Rechtslage unterstellt - zusätzlich gefordert, daß der Schuldner nicht mit einer von der behördlichen Entscheidung abweichenden Entscheidung durch die Gerichte rechnen brauche².

Im Urteil v. 19. 2. 1962³ hat der Bundesgerichtshof diese Anforderungen wieder zurückgenommen und unter entsprechender Anwendung des § 286 BGB ein Ver-

¹ Dağtoglou BK, Art. 34, Rz. 182.

² BGH NJW 1951, S. 398; BGH NJW 1957, S. 1759.

³ BGH NJW 1962, S. 1012, 1013.

schulden verneint, wenn der handelnde Beamte nach sorgfältiger Prüfung zu einem vertretbaren Ergebnis kommt. Spätere gegenteilige Gerichtsentscheidungen könnten ihm dann nicht mehr rückwirkend als Verschulden angelastet werden. Nach BGHZ 30, S. 19, 22 handelt der Beamte schuldhaft, wenn er sich in Gegensatz zu einer gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung stellt¹. Eine grundsätzliche Klärung dieser Problematik kann an dieser Stelle nicht erfolgen. Es soll hier nur festgehalten werden, daß ein Rechtsirrtum allgemein einen Verzug ausschließen kann, wobei allerdings die Zweifelhafteit der Rechtslage allein nicht genügen darf, denn je länger sich ein Hoheitsträger bei der Sachentscheidung Zeit nimmt, desto geringer sollte grundsätzlich seine Exkulpationsmöglichkeit sein. Das Risiko der Verzugshaftung sollte der öffentlich-rechtliche Schuldner jedenfalls dann tragen, wenn er mit einer abweichenden gerichtlichen Entscheidung rechnen muß. Auch ein Abweichen von der gefestigten Rechtsprechung dürfte nicht entschuldigen, denn deren Auffassung wird erfahrungsgemäß in der gerichtlichen Auseinandersetzung obsiegen².

Hinsichtlich der Beweislast gilt auch im öffentlichen Recht § 285 BGB. Danach hat sich der Schuldner für das Nichtvertretenmüssen des Verzuges zu exkulpieren. Papier³ hat zutreffend ausgeführt,

¹ Weiter Kommentierung der Rechtsprechung und Erörterung des Problems, inwieweit die Verwaltung an die höchstrichterliche Rechtsprechung gebunden ist, bei Dağtoglou BK, Art. 34, Rz. 183 ff.; Ossenbühl, AÖR 92 (1967), S. 478 ff.

² A. A. Ossenbühl, AÖR 92 (1967), S. 478 ff., 492.

³ Forderungsverletzung, S. 126 - 127.

daß die entscheidende Voraussetzung dieser Beweislastregel in der Verletzung relativer Pflichten liegt und die Interessenlage bei der öffentlich-rechtlichen Forderungsverletzung in dieser Beziehung keine andere ist als bei der privatrechtlichen¹.

Als Zwischenergebnis ist demnach festzustellen, daß die öffentlich-rechtliche Leistung verlangt werden kann und der öffentlich-rechtliche Geldzahlungsanspruch fällig wird, wenn der gesetzliche Tatbestand verwirklicht ist. Nur wenn die Begründung des Anspruchs in das Ermessen des Hoheitsträgers gestellt ist, tritt die Fälligkeit mit dem Erlaß des Verwaltungsaktes ein.

Die Verwaltungsbehörde hat regelmäßig eine dreimonatige Frist nach Antragstellung zur Prüfung und Erfüllung der Forderung. In diesem Zeitraum kann Verzug nicht eintreten. Nach Ablauf der behördlichen Prüfungsfrist liegen die objektiven Verzugs Voraussetzungen vor, einer neben der Antragstellung gesonderten Zahlungsaufforderung bedarf es nicht.

Unter Berücksichtigung der genannten öffentlich-rechtlichen Besonderheiten der Begriffe Fälligkeit, Rechtmäßigkeit der Verzögerung, Mahnung, kann somit der im Zivilrecht positiviert Rechtsgrundsatz der Verzugshaftung auch im öffentlichen Recht konkretisiert werden. Die Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts², die Verzugsvorschriften seien nur anwendbar, wenn sich die Beteiligten gleichrangig gegenüberstünden, ist jedenfalls nicht zutreffend.

¹ So auch Schwär, Diss., S. 107 - 108.

² BVerwGE 14, S. 1 ff.

E. Die Anwendbarkeit des § 288 BGB

Geht man mit der hier vertretenen Ansicht davon aus, daß der Haftungstatbestand des Verzuges bei verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnissen erfüllt sein kann, dann hängt der Zinsanspruch nach § 288 Abs. 1 BGB lediglich davon ab, ob dieser Mindestschaden auch im öffentlichen Recht unwiderlegbar vermutet wird.

Seiner Rechtsnatur nach ist der Anspruch auf Verzugszinsen nach § 288 Abs. 1 BGB ebenso ein Schadenersatzanspruch wie der Anspruch auf Ersatz des "weiteren Schadens" nach § 288 Abs. 2 BGB¹. Gegenüber § 288 Abs. 2 BGB enthält § 288 Abs. 1 BGB eine Begünstigung des Gläubigers, da dieser bei § 288 Abs. 1 BGB einen konkreten Schaden bis zu einer Höhe von 4 % der Schuldsumme nicht nachzuweisen braucht. Es ist auch nicht erforderlich, daß der Gläubiger einen konkreten Schaden erlitten hat². Ihm wird vielmehr abstrakt³ eine bestimmte Schadenssumme in 4 % vom Kapital zugebilligt. Bei der Regelung des § 288 BGB handelt es sich demnach um den gesetzlich vermuteten Mindestvermögensverlust. Der Zinsanspruch dient nicht dem Ausgleich des auf die Hauptleistung bezogenen Erfüllungsisinteresses, er tritt als Verzugschadenersatz neben den Anspruch auf die Leistung⁴.

¹ Vgl. Staudinger-Weber, § 288 Rz. 9.

² Vgl. RGZ 92, S. 283 ff., 284; Staudinger-Weber, § 284, Rz. 4.

³ Zur abstrakten Schadensberechnung beim Zins-schaden vgl. Belke, JZ 1969, S. 586 ff.

⁴ Vgl. Enneccerus-Lehmann, § 53 I.

Die Anwendung des § 288 Abs. 1 BGB wäre im öffentlichen Recht in Frage zu stellen, wenn der im Privatrecht verwendete Schadensbegriff vom öffentlich-rechtlichen Schadensbegriff abweicht. Auch nach den öffentlich-rechtlichen Grundsätzen ist als Vermögensnachteil der Schaden anzusetzen, den das schädigende Ereignis verursacht hat. Neben dem Ausgleich der nachteilig veränderten, tatsächlichen und rechtlichen Lage im Wege der Folgenbeseitigung ist der Geldersatz das wichtigste Mittel des Schadenausgleichs. Der durch rechtswidrige öffentliche Gewalt verursachte Schaden wird nach den im Zivilrecht entwickelten Grundsätzen abgewickelt¹.

Bereits vor Inkrafttreten des BGB wurde in einigen Regelungen² grundsätzlich zum Ausdruck gebracht, daß im Falle schuldhafter Vorenthaltung eines geschuldeten Geldbetrages ein Mindestschaden des Gläubigers in Höhe eines prozentualen Zinssatzes zugrunde zu legen ist.

Es ist kein Grund ersichtlich, daß die mit § 288 Abs. 1 geregelte Rechtsfolge entfallen soll, wenn der Schuldner ein Träger hoheitlicher Gewalt ist, die Besonderheiten der öffentlich-rechtlichen Leistungsbeziehungen erfordert dies nicht. Die grundsätzliche Bejahung einer Schadenersatzpflicht des hoheitlichen Schuldners im Falle der Späterfüllung gebietet es, den bürgerlichen Gläubiger im Verzugsfall den unwiderleglich vermuteten Mindest-

¹ Vgl. zum öffentlich-rechtlichen Schadensbegriff Bender, Rz. 724 ff.; ferner Reform des Staatshaftungsrechts, Referentenentwürfe, S. 71.

² Vgl. die Übersicht bei Staudinger-Weber, § 284, Rdn. 3.

schaden und - bei entsprechendem Nachweis - durch höhere Verzinsung den weiteren Schaden zu ersetzen¹.

§ 288 BGB geht von der nicht auf das bürgerliche Recht beschränkten Interessenlage aus, daß eine Leistungsverzögerung bei dem Leistungsberechtigten typischerweise einen Schaden hervorruft, der ebenso typisch, also ohne Nachweis eines besonderen Verzugsschadens, ersetzt werden muß.

Abgesehen von den Rechtsverhältnissen, die hinsichtlich der Verzugsverzinsung eine ausdrückliche Regelung erfahren haben, ist also auch im öffentlichen Recht, in entsprechender Anwendung des § 288 BGB, die Geldschuld mit 4 % zu verzinsen.

¹ Die Anwendung des § 288 BGB im öffentlichen Recht wird - unter Berücksichtigung der verschiedenen Ansichten zum Haftungstatbestand - in der Literatur allgemein gebilligt. Vgl. Götz, DVBl. 1961, S. 433 ff., 438; Schwär, S. 152 - 153; Simons, Leistungsstörungen, S. 144; Papier, Forderungsverletzung, S. 137; Fischer, Diss., S. 204; Eckert, DVBl. 1962, S. 11 ff., 19 - 20.

Fünftes Kapitel

Der Verzögerungsanspruch bei nichtrechtzeitiger Begründung von in das Ermessen der Behörde gestellten Geldzahlungsansprüchen

Auch in den Fällen, in denen die Verwaltungsbehörde die konstitutive Entscheidung über den Leistungsanspruch verzögert, eine Konkretisierung der zivilrechtlichen Verzugsgrundsätze aber mangels Fälligkeit des Anspruchs nicht zulässig ist, kann dem Anspruchsteller ein Schaden entstehen, denn die Verzögerung der Begründung des Anspruchs führt zwangsläufig zu einer Verzögerung der Erfüllung und hat damit ebenso nachteilige Wirkung für den Anspruchsteller wie bei der Verzögerung von gesetzlich begründeten Ansprüchen. Stellt man die Verzögerung der konstitutiven Entscheidung der Verzögerung jeder anderen Erfüllungshandlung in ihren Wirkungen gleich, so wäre daran zu denken, sie auch gleichen Haftungstatbeständen zuzuordnen¹.

Fraglich ist aber, ob die dem Anspruchsteller hierdurch entstehenden Vermögensnachteile nach Verzugsgrundsätzen ausgeglichen werden können. Der Verzug setzt zwingend eine begründete Forderung, das Recht auf eine bestimmte Leistung, hier, eine bestimmte Summe Geld, voraus.

Wie nun bereits oben² erwähnt, wird ein in das Ermessen der Behörde gestellter Anspruch erst durch Verwaltungsakt in einen Geldzahlungsanspruch gestaltet. Bis dahin

¹ Dem neigt Redeker, DVBl. 1963, S. 509 ff., 510, zu, der - ausgehend von der Sanktionierung der Verzögerungsfolgen mit Hilfe des Folgenbeseitigungsanspruchs - aus diesem Grunde dem Verwaltungsakt keine tatbestandliche Bedeutung beimisst.

² 5. Kapitel, § 2 A II 3

hat der Berechtigte nach Antragsstellung zunächst nur einen Anspruch auf die Ausübung des Ermessens.

Ob nun die unangemessene Verzögerung dieses Anspruchs eine Verzugsrechtsfolgen auslösende Leistungsstörung darstellt, muß nach der Qualifizierung von Wesen und Struktur dieses Anspruchs beantwortet werden.

§ 1 Die forderungsrechtliche Qualität des Anspruchs auf fehlerfreie Ausübung des Ermessens

Es ist heute unzweifelhaft, daß der Anspruch auf fehlerfreie Ermessensentscheidung ein subjektives öffentliches Recht beinhaltet¹.

Unterscheidet sich dieses Recht nun inhaltlich und seinem Ziele nach von dem Recht auf die Sache, insoweit es nur ein "Vorrecht" darstellt, so kann nur die Verletzung des letzteren verzugsbegründend wirken, denn nur die Verzögerung der Leistungshandlung, die auf Grund der Erfüllungsverpflichtung zu bewirken ist, ist leistungsstörend von Relevanz.

Eine Unterscheidung ist aber nicht bereits dadurch gewonnen, daß man die Rechte des Bürgers danach abgrenzt, ob die Behörde in ihrer Entscheidung voll gebunden ist und in diesen Fällen ein materielles subjektives Recht annimmt oder ob die Behörde einen weitgespannten Entscheidungsrahmen besitzt, dann soll der Bürger nur ein formelles Recht² auf die Einhaltung des Verfahrens haben.

¹ Vgl. BVerfGE 27, S. 297 ff., 307 f.; BVerwGE 39, S. 235 ff., 237; Wolff/Bachof, VerwR I, §§ 31 II, 43 IIb; Stelkens/Bonk/Leonhard, § 40 Rz. 21 m. w. N.; Hoffmann-Becking, DVBl. 1970, S. 850 ff. m. w. N.

² Vgl. Hoffmann-Becking, DVBl. 1970, S. 850 ff., 851 Fn. 5 m. w. N.

Diese Unterscheidung würde nämlich dazu führen, den Anspruch auf fehlerfreie Ermessensentscheidung nur als verfahrensrechtliche Rechtsposition zu begreifen, was schon deshalb nicht zwingend ist, weil sich Ermessensentscheidungsnormen nicht nur im Verfahrensrecht, sondern überwiegend im Bereich des materiellen Rechts finden lassen.

Auch aus der Sicht des Berechtigten vermag diese terminologische Abgrenzung nicht zu befriedigen. Beiden Ansprüchen, dem auf fehlerfreie Ermessensentscheidung wie dem auf die Sachentscheidung, liegt das Interesse des Bürgers an einer ihm günstigen Entscheidung zugrunde. Deshalb liegt der qualitative Unterschied der beiden Ansprüche nicht in der Art des Interesses, sondern in dem Maß der Bestimmtheit des Verhaltens, das von der Behörde verlangt werden kann¹.

Bei gesetzlich bestimmten Ermessensansprüchen ist vom Gesetzgeber zunächst und lediglich das Ziel der Regelung vorgegeben. Die ausführende Behörde ist keiner Bindung dergestalt unterworfen, daß ihre eine bestimmte Rechtsfolgensetzung zur verbindlichen Pflicht gemacht wird. Sind die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt, wird die Verwaltung ermächtigt, unter Abwägung der für und gegen die verschiedenen Verhaltensweisen sprechenden Gründe² und bei Beachtung des der Ermächtigung entsprechenden Zweckes, die Rechtsfolge zu setzen.

1 Hoffmann-Becking, DVBl. 1970, S. 850 ff., 852; Randeizhofer, BayVBl. 1975, S. 1975, 573 ff., 574.

2 Wolff/Bachof, VerwR I § 31 II 2; Menger, Demokratie und Verwaltung, S. 299 ff., 304.

Die Pflichtigkeit der Behörde bei einer gesetzlich in ihr Ermessen gestellten Leistung bezieht sich also darauf, zu handeln und von den ihr gegebenen Möglichkeiten im Sinne des Gesetzes Gebrauch zu machen¹, hierauf hat der Begehrende einen Rechtsanspruch, nicht auf das für ihn günstige Verwaltungshandeln².

Grundsätzlich nicht anders zu beurteilen ist das Recht des Bürgers, der sich nicht auf eine gesetzliche Ermessensnorm, sondern nur auf Verwaltungsvorschriften, Richtlinien oder Programme bei seinem Anspruch auf eine Summe Geldes berufen kann, was insbesondere bei der Beantragung einer Subvention häufig vorkommt³.

Ist ein gesetzlicher Anspruch auf eine bestimmte Subvention nicht eingeräumt, erfüllt der Antragsteller aber die Vergabebedingungen, so besitzt er zunächst nur ein Anrecht auf gleichmäßige Berücksichtigung bei der Verteilung der Subventionsmittel⁴. Die in den Vergabebedingungen enthaltenen behördlichen Anordnungen können einen bestimmten Zahlungsanspruch nicht begründen.

Als Anspruchsgrundlage für ein Leistungsrecht des Bürgers kommen - abgesehen von der Möglichkeit einer vertraglichen oder verwaltungsmäßigen Grundlage - nur Gesetze in Betracht⁵. Eine Ausnahme

1 Weitergehend Rupp, Grundfragen, S. 206, der auch bei ermessenseinräumenden Rechtssätzen Erfüllungsansprüche für denkbar hält, kritisch dazu Menger, a.a.O.

2 Vgl. Eyermann/Fröhler, VwGO, § 114 Rz. 8; Wolff/Bachof, VerwR I § 31 IIe.

3 Zur Unterscheidung der Bedeutung von Verwaltungsvorschriften bei Ermessensnormen und im Bereich gesetzessfreier Verwaltung, Menger, Demokratie und Verwaltung, S. 299 ff., 310.

4 Götz, Recht der Wirtschaftssubventionen, S. 36; Kormann, GewArch 1975, S. 151.

5 BVerwG, DVBl. 1958, S. 869 ff., 871.

bilden die von H. J. Wolff¹ als Sonderverordnungen bezeichneten Anordnungen zur Regelung besonderer Gewaltverhältnisse einschließlich der Anstaltsnutzungsverhältnisse².

Ansonsten aber bleibt dem Anspruchsteller nur die Berufung auf die behördliche Pflicht sachgerecht zu entscheiden, auf die bisherige Verwaltungspraxis, eben auf das vorgenannte Recht auf Gleichsubventionierung.

Es ist augenscheinlich, daß insofern der Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 Abs. 1 GG) grundlegende Bedeutung für die Rechtsstellung des einzelnen gegenüber der Verwaltung erhält.

Die verwaltungsgerichtliche Praxis, meist unmittelbar mit dem Problem befaßt, ob die gewährende Verwaltung auch ohne gesetzliche Ermächtigung tätig werden darf, geht³ davon aus, daß das Haushaltsgesetz mit dem Haushaltsplan eine ausreichende gesetzliche Grundlage darstellt und die in den Verwaltungsvorschriften vorgesehenen Vergünstigungen für den einzelnen auf Grund des Gleichheitssatzes einklagbar sein können⁴.

Dies würde im Ergebnis darauf hinauslaufen, mit Hilfe des Art. 3 Abs. 1 GG aus dem Anspruch auf fehlerfreie Ermessensentscheidung eine Umwandlung von Verwaltungsvorschriften in neben Gesetz und Rechtsverordnungen stehende anspruchsbegründende Normen herzuleiten.

1 Wolff/Bachof, VerwR I § 25 VIII.

2 Als Sonderverordnung qualifiziert BVerwGE 45, 8 ff., eine auf Grund § VI S. 2 Filmförderungsgesetz erlassene Richtlinie betreffend die Förderung für Filmtheater.

3 Vgl. Kap. 5 § 2 A II 2.

4 Vgl. BVerwGE 31, S. 279 ff., 285.

Man würde jedoch die Garantie der Verfassungsnorm als auch den Rechtscharakter der Verwaltungsvorschriften verkennen, wenn man für den einzelnen Erfüllungsrechte mit Hilfe des Gleichheitssatzes dort begründet, wo die Gewährung öffentlicher Leistungen durch Verwaltungsvorschriften geregelt ist. Die aus dem Gleichheitssatz hergeleitete rechtliche Bindung an die Verwaltungsvorschriften bedeutet zunächst, daß die Verwaltung bei der Gewährung der Leistung nicht von den Vorschriften abweichen darf¹, die als konkretisierte Ermessensausübung von den zuständigen Ressortministern erlassen wurden. Die rechtliche Bindung des Ermessens der Verwaltungsbehörde begründet aber noch keinen materiellen Erfüllungsanspruch des Bürgers², selbst wenn man mit einem Teil der Literatur³ der Ansicht ist, bei versagter Begünstigung gewähre Art. 3 Abs. 1 GG einen Anspruch auf Vermeidung eines Ermessensfehlers, wenn der Betroffene anders behandelt würde als Bewerber in gleichgelagerten Fällen vor ihm. Art. 3 GG kann über den Anspruch auf gleiche Behandlung hinaus kein Recht des einzelnen, eine bestimmte Leistung zu erhalten, gewähren⁴. Die Rechtsstellung des Bürgers hat sich in diesen Fällen, selbst wenn die subventionsverteilende Behörde durch Richtlinien in der Ermessensausübung beschränkt ist oder sich durch Verwaltungspraxis gebunden hat, noch nicht in einer Anspruchsgrundlage verfestigt.

1 Vgl. Meister, DVBl. 1972, S. 593 ff., 594, der zutreffend klarstellt, daß durch Art. 3 GG ein Gesetz nicht geschaffen werden kann.

2 Papier, DVBl. 1972, S. 601 ff., 604.

3 Vgl. den Meinungsstand bei Hoffmann-Becking, DVBl. 1970, S. 850 ff., 854 und Erichsen, VerwArch 1973, S. 299 ff., 304.

4 Vgl. Götz, Recht der Wirtschaftssubventionen, S. 37.

Bisher geübte Verwaltungspraxis oder Ermessensrichtlinien zwingen die Behörde nicht zu starrem Verwaltungshandeln. Es können Besonderheiten des Falles ein Abweichen von der bisherigen Übung rechtfertigen, selbst dann, wenn der Betroffene für frühere Zeiträume Subventionen erhalten hat¹.

Finanz- und wirtschaftspolitische Gesichtspunkte, insbesondere die Begrenzung der Gesamtheit der einzelnen Subventionsakte auf die im Haushalt bereitgestellten Mittel, der die Verwaltungsvorschriften in der Regel durch eine entsprechende Bestimmung Rechnung tragen², können die Versagung rechtfertigen³.

Der Anspruch des Bürgers auf gleichmäßige Berücksichtigung bei der Leistungsvergabe unterscheidet sich nach allem von dem Erfüllungsanspruch. Er ist mit diesem nur potentiell identisch⁴. Der Bürger erwirbt mit der Antragsstellung eine Anwartschaft auf die im Ermessen der Behörde stehende Leistung. Ein Forderungsverhältnis, in dem die Verwaltung die Erfüllung schuldet, entsteht noch nicht. Dies wird erst mit Erlaß des den Erfüllungsanspruch gestaltenden Verwaltungsakt begründet.

Aus Verzugsgrundsätzen kann deshalb kein Anspruch auf Schadenersatz hergeleitet werden, wenn die Verwaltung die in ihr Ermessen gestellte Entscheidung über die Leistung verzögert.

1 Vgl. BGH, DÖV 1975, S. 823 ff. = MDR 1975, S. 826 ff.

2 Vgl. die beispielhafte Aufzählung bei Götz, Recht der Wirtschaftssubventionen, S. 39.

3 Vgl. dazu auch BGH, a.a.O. Dagegen können finanzielle Erwägungen die Rechtsstellung des Begünstigten nicht beeinträchtigen, wenn der Anspruch gesetzlich bestimmt ist.

4 Götz, Recht der Wirtschaftssubventionen, S. 40.

§ 2 Prozeßverzinsung vor Klageerhebung

Um die Haftungslücke bei der Verzinsung von Geldforderungen, die durch Verwaltungsakt begründet werden, teilweise zu schließen, haben Götz¹ und Fischer² vorgeschlagen, bei der Versagung einer Geldleistung mit Beginn des Verwaltungsvorverfahrens Prozeßzinsen zu gewähren. Das BVerwG³ hat dies ausdrücklich mit dem Hinweis abgelehnt, für eine solche Verzinsung hätte es einer besonderen gesetzlichen Regelung bedurft, nach § 173 VwGO sei es lediglich gerechtfertigt, im öffentlichen Recht die Vorschrift des § 291 BGB anzuwenden. Hieran ist zunächst richtig, daß die von der Rechtsprechung anerkannten Grundsätze der Prozeßverzinsung von Geldforderungen in Anlehnung an die für das Zivilrecht gültige und in § 291 BGB zum Ausdruck gelangte Prozeßlage formuliert worden sind.

Die im Zivilrecht für die Regelung des § 291 BGB ausschlaggebende, gewohnheitsrechtlich gebildete Erwägung⁴, daß nämlich der Schuldner billigerweise dem Gläubiger für die Nutzung Ersatz zu leisten hat, die er ihm während des auf sein Risiko geführten Prozesses vorenthält, hat auch das BVerwG⁵ bewogen, sich für die sinngemäße Anwendung des § 291 BGB zu erklären. Diese Ansicht hat allgemeine Anerkennung gefunden⁶. Beim Streit um eine Abgabenfor-

1 DVBL. 1961, S. 433 ff., 439.

2 NJW 1968, S. 1883 ff.

3 BVerwGE 14, S. 1 ff., 4.

4 Vgl. Staudinger-Weber, § 291 Rdn. 2 m. w. N.

5 BVerwGE 7, S. 95 ff., 97.

6 BVerwGE 11, S. 314 ff., 318; 21, S. 44 ff., 45; 25, S. 72 ff., 82; 37, S. 159 ff., 161; BVerwG NJW 1973, S. 1854 f.; OVG Lüneburg, VRspr 23, S. 1001 f.; HbgOVG, DÖV 1975, S. 861 f.; Wolff/Bachof, VerwR I § 44 IIIh 6; Redeker/von Oetzen, § 42 Anm. 97; Eyermann/Fröhler, § 113 Rdn. 58a; Weber, S. 137; gegen eine Anwendung des § 291 BGB die frühere Rechtsprechung des BSG, BSGE 22, S. 150 f.; BSGE 28, S. 218 ff.

derung, auch kommunalrechtlicher Art, ist dagegen die für den Bürger günstigere Regelung des § 111 FGO¹ angewandt worden².

Der Gewährung von Prozeßzinsen liegt die Erwägung zugrunde, daß der Schuldner sich auf seine Gefahr hin in einen Rechtsstreit einläßt. Unterliegt er, so soll er dem Gläubiger den durch die Zahlungsverweigerung während des Prozesses vermutlich entstehenden Schaden ersetzen. Der Schuldner ist verpflichtet, Prozeßzinsen als reinen Risikozuschlag unabhängig davon zu zahlen, ob er aus den zurückgehaltenen Beträgen Nutzungen gezogen oder der Gläubiger einen entsprechenden Schaden tatsächlich erlitten hat³. Richtig verstanden handelt es sich bei diesem Zinsanspruch um eine - aus dem Prozeßverhältnis erwachsende - Nebenforderung⁴, die ihren Grund allein in dem Umstand hat, daß es der Schuldner zum Prozeß hat kommen lassen.

Voraussetzung ist aber die Fälligkeit des Anspruchs sowie die Rechtshängigkeit der Streitsache.

Im Zivilprozeß kann ein Rechtsstreit sofort vor dem Gericht ausgetragen werden, nach dem Verwaltungsprozeßrecht muß hingegen zunächst auf den Widerspruch des Betroffenen ein Vorverfahren durchgeführt werden. Nach Ansicht von Götz und Fischer⁵, rechtfertigt diese Besonderheit des Verwaltungsprozeßrechts, den Verzinsungsbeginn auf den Widerspruch des Betroffenen vorzuverlegen.

1. Nunmehr § 236 AO.

2 BVerwGE 37, S. 159 ff. = NJW 1971, S. 1283, BVerwG NJW 1974, S. 1854 f.; HbgOVG, DÖV 1975, S. 861 f.; OVG Münster, Der Gemeindetag 1972, S. 176 ff.

3 Staudinger-Weber, § 291 Rz. 1, 2, BGH NJW 1965, S. 531 ff., 532.

4 BVerwG NJW 1962, S. 1412 f.

5 a.a.O.

Dieser Vorschlag vermag in praktischer Hinsicht nicht zu überzeugen, denn es bleiben die Fälle der Untätigkeit der Behörde unberücksichtigt. Ihm stehen jedoch auch erhebliche rechtliche Einwände entgegen. Zunächst einmal ist es bedenklich, vom Erfordernis der Rechtshängigkeit abzurücken. Dieser Zeitpunkt ist in § 90 Abs. 1 VwGO klar bestimmt. Danach wird die Streitsache durch die Erhebung der Klage rechtshängig. Das Schweben einer Streitsache im Klageverfahren¹, da die Risikohaftung des Schuldners auf Prozeßverzinsung begründet, kann nicht gleichgestellt werden mit der Behandlung des Anspruches im vorprozessualen Verwaltungsverfahren. Nach wohl einhelliger Meinung dient das Widerspruchsverfahren gem. §§ 68 ff. VwGO neben dem Rechtsschutz für den Betroffenen² jedenfalls auch der "Selbstkontrolle der Verwaltung"³. Sie erhält mit der Einleitung des Vorverfahrens "nochmals die Gelegenheit zur gründlicheren Prüfung und weiteren Aufklärung des Falles"⁴. Nach § 68 Abs. 1 S. 1 VwGO haben die mit dem Widerspruch befaßten Behörden auch die Zweckmäßigkeit des angegriffenen Verwaltungsaktes zu überprüfen, während die Verwaltungsgerichte gem. §§ 113 Abs. 1, 114, 115 VwGO auf die Rechtmäßigkeitskontrolle beschränkt sind, was häufig prak-

1 So die von Schunck/de Clerk, § 40 VwGO Anm. 1b verwendete Definition der Rechtshängigkeit.

2 So Eyermann/Fröhler, § 72 Rdn. 1, Redeker/von Oertzen, § 62 Rdn. 2; v. Mutius, Widerspruchsverfahren, S. 114 passim.

3 Menger/Ericksen, VerwArch 57 (1966), S. 270 ff., 283 und VerwArch 59 (1967), S. 167 ff., 182; v. Mutius, S. 125.

4 BVerwG, DÖV 1966, S. 425; vgl. auch Redeker/von Oertzen, § 68 Rdn. 6.

tisch bewirken kann, daß die Behörde bei bloßer Zweckwidrigkeit den Verwaltungsakt abändert oder aufhebt und damit den Streitfall erledigt¹. Auch bei einer Untätigkeit der Behörde, bei der ein Vorverfahren begrifflich ausgeschlossen ist, beweist die Sperrfrist in § 75 Abs. 2 VwGO von grundsätzlich 3 Monaten, daß der Verwaltung hinreichend Gelegenheit zur Durchführung der Rechts- und Zweckmäßigkeitkontrolle zu geben ist, andererseits der Antragssteller gezwungen wird, in den Grenzen dieser Frist das Ergebnis der Nachprüfung abzuwarten². Es würde dem Sinn dieser Bestimmungen widersprechen, schon zu Beginn der Überprüfung der Sach- und Rechtslage im Widerspruchsverfahren eine strenge, dem § 291 BGB entsprechende, Risikohaftung einzuführen.

Zudem ist folgendes zu bedenken:

Wie Fischer³ selbst anführt, ist Voraussetzung der Prozeßverzinsung, daß der im Streit befindliche Anspruch fällig ist. Davon geht sowohl § 291 BGB als auch § 236 AO aus. Demgemäß hat das BVerwG betont, daß die Fälligkeit der Hauptforderung unabdingbare Voraussetzung der Zubilligung von Prozeßzinsen ist⁴ und klargestellt: wenn die Hauptforderung erst nach der Rechtshängigkeit fällig wird, können Prozeßzinsen erst vom Fälligkeitszeitpunkt an gefordert werden⁵. Dem ist im Grunde nichts hinzuzufügen.

1 Vgl. Redeker/von Oertzen, § 68 Rdn. 2; BVerwG, DÖV 1966, S. 425; v. Mutius, Widerspruchsverfahren, S. 118.

2 v. Mutius, Widerspruchsverfahren, S. 119.

3 NJW 1968, S. 1883.

4 BVerwG 38, S. 49 ff., 51.

5 BVerwG, a.a.O.

Bei einem in das Ermessen der Behörde gestellten Geldzahlungsanspruch können Prozeßzinsen erst dann verlangt werden, wenn die Behörde den Anspruch nach Rechtshängigkeit gestaltet, in aller Regel wird allerdings gleichzeitig damit der Rechtsstreit erledigt.

§ 3. Schadenersatz nach Amtshaftungsgrundsätzen

In den Fällen, in denen die Träger öffentlicher Verwaltung als Schuldner einer öffentlich-rechtlichen Leistungsverpflichtung vor ihrer Entscheidung über den Antrag nicht in Verzug gesetzt werden können, scheint nur - trotz aller oben¹ geäußelter Bedenken - die Möglichkeit zu bleiben, nach Amtshaftungsgrundsätzen dem einzelnen die Nachteile auszugleichen - insbesondere Zinsverluste durch entgangene Kapitalnutzung oder durch die Notwendigkeit anderweitiger Kapitalaufnahme -, die ihm durch eine verzögerte Verwaltungstätigkeit bei der Begründung von Geldzahlungsansprüchen entstehen.

Einer Haftung der Behörde nach Art. 34 GG, § 839 BGB bei in das Ermessen der Behörde gestellten Leistungen hält Papier² dogmatische Gesichtspunkte entgegen. Zwar scheine das Amtshaftungsrecht gerade beim Fehlen rechtssatzmäßiger Leistungspflichten der öffentlichen Gewalt einzugreifen, indem es die Verletzung von Pflichten aus dem Innenbereich der Verwaltung, Amtspflichten, sanktioniere. Ausgangspunkt der Haftung sei - nach dem herrschenden Verständnis - die Amtspflicht des Organwalters, nicht die Rechtspflicht des Staates³. Diese Konstruktion sei jedoch unhaltbar, weil bei einer Schadenersatzverpflichtung gegenüber dem Bürger sinnvollerweise nur die Verletzung

1 3. Kapitel, § 1.

2 DVBl. 1972, S. 601 ff.

3 Papier, a.a.O., S. 603.

solcher Pflichten in Frage komme, die dem Bürger gegenüber bestünden. Eine Außenhaftung wegen Innenpflichtverletzung sei unvereinbar mit unserem gesamten Haftungssystem¹. Es erscheint zugegebenermaßen auf den ersten Blick nicht einleuchtend, eine sekundäre (Schadenersatz-)Verpflichtung bereits anzunehmen, wenn die primäre (Erfüllungs-)Verpflichtung noch gar nicht entstanden ist.

- Aber abgesehen davon, daß eine Sanktionierung von Pflichtverletzungen vor der Begründung von Primärverpflichtungen unserer Rechtsordnung mit dem Institut der "culpa in contrahendo" nicht fremd ist, versperrt die Sicht allein auf den Erfüllungsanspruch im Bereich des Amtshaftungsrechts den Blick die eigentümliche Ausgestaltung dieser Haftungsgrundlage, die sich von der Haftung aus Forde- rungsverletzung ihrer Struktur nach unterscheidet.

Bildet man einen Konsens bei den sich aus dem Begriff der Amtspflicht i. S. d. Art. 34 GG und § 839 BGB ergebenden Widersprüche² des geltenden Staatshaftungsrechts, so lassen sich bestimmten Amtspflichten Außenwirkung beilegen, dergestalt, daß der Amtswalter nicht nur gegenüber dem Staat, sondern aus ihnen auch gegenüber dem Bürger verpflichtet ist³. Hierzu ist die Amtspflicht zur raschen Sachentscheidung zu zählen.

1 Papier, a.a.O., S. 603.

2 Vgl. hierzu ausführlich Papier, Diss., S. 99 ff.

3 Vgl. Dagtoglou, BK Art. 34, Rdn. 110; Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, S. 32.

Sie besteht unabhängig von den schuldrächtlichen Pflichten des Staates aus einem Forderungsverhältnis. Nach ihr haben die über eine öffentliche Leistung zu befindenden Amtsträger Anträge mit der gebotenen Beschleunigung zu bearbeiten und sobald ihre Prüfung abgeschlossen ist, ohne Verzögerung zu bescheiden¹, das gilt sowohl bei einer Ermessensleistung als auch bei einem gesetzlich begründeten Anspruch.

Welche Frist für die Bearbeitung angemessen ist, ist ebenso wie bei der Haftung nach Verzugsgrundsätzen - nach objektiven Kriterien anhand des Einzelfalles zu bestimmen, die in der Sphäre der Behörde liegen. Anhaltspunkte für eine äußerste Frist bieten etwa die §§ 29 Abs. 2 BLG und 75 VwGO mit 3 Monaten.

Bei einer rechtswidrigen, d. h. ermessenfehlerhaften Ablehnung² wird der für die Schadenersatzpflichtige Verzögerung wesentliche Zeitpunkt fixiert. Jeder Tag nach der Versagung ist eine rechtswidrige Schadenersatzauslösende Verzögerung, denn die Verwaltung hätte zum Zeitpunkt der Versagung den Anspruch erfüllen können. Dies gilt auch, wenn die Ablehnung vor Ablauf der angemessenen Prüfungs- und Bearbeitungsfrist erfolgt, denn der Schadenersatzanspruch entsteht mit der rechtswidrigen Versagung.

¹ Vgl. BGHZ 30, S. 19 ff., 26; Dagtaglou, BK Art. 34, Rdn. 128; Götz, DVBl. 1961, S. 433, 438; Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, S. 35; BGH DVBl. 1971, S. 464 f., 465.

² Vgl. hierzu Dagtaglou, BK Art. 34, Rdn. 119 ff.; BGHZ, S. 69 ff., 72; BVerwG DöV 1964, S. 167.

Entscheidet die Behörde im übrigen nicht innerhalb der im Einzelfall angemessenen Frist, so kann im allgemeinen¹ auch von einer schuldhaften Verzögerung ausgegangen werden, eine Vermutung, die auch ohne entsprechende Anwendung des § 285 BGB nach der einhellig² für das Verschulden der Amtswalter geltenden Beweislastregelung von der Behörde zu entkräften ist³.

Die Haftung besteht daneben nur, wenn das amtspflichtgemäße alternative Verhalten ein Eintritt des Schadens mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit verhindert hätte⁴. Eine Schadenersatzpflicht kommt demnach nicht in Betracht, wenn der verzögerlich behandelte Antrag wahrscheinlich auch bei sofortiger Erledigung sachlich nicht hätte positiv beschieden werden dürfen.

Ferner tritt die Ersatzpflicht gem. § 839 Abs. 3 BGB nicht ein, wenn der Anspruchsteller es schuldhaft versäumt hat, den Schaden durch Einlegung eines Rechtsmittels abzuwenden⁵. Mit dieser Bestimmung wird die Vorrangigkeit des primären

¹ Vgl. Bursche, ZBR 1955, S. 69 ff., 70 f.

² Vgl. allgemein zur Objektivierung der Amtshaftung Dagtaglou, BK Art. 34, Rdn. 193 ff.; Ossenbühl, Staatshaftung, S. 46.

³ Vgl. auch BGH NJW 1974, S. 453 ff., 454.

⁴ Vgl. BGHZ 7, S. 198.

⁵ Vgl. de lege ferenda, § 7 EStHG, wo der gegenüber dem in § 839 Abs. 3 BGB enthaltene Begriff "Rechtsmittel" weitere Begriff: "Rechtsbehelf" verwandt wird.

Rechtsschutzes betont und dem Betroffenen aufgegeben, alles zu tun, den Schadenseintritt zu verhindern¹. Da mit dieser Ausschlußklausel diejenigen Mittel gemeint sind, die sich unmittelbar gegen die amtspflichtwidrige Handlung richten und zur Abwendung des Schadens geeignet sind², kommt in dem hier fraglichen Zusammenhang der Untätigkeitsklage gem. § 75 VwGO als Klage auf Vornahme des begünstigenden Verwaltungsaktes besondere Bedeutung zu. Zu restriktiv wäre die Ansicht, die Haftung des Hoheitsträgers sei immer bereits dann ausgeschlossen, wenn der Anspruchsteller nicht nach Ablauf von drei Monaten Klage erheben würde. Dagegen spricht schon, daß der Anspruchsteller in zahlreichen Fällen nur schwer feststellen kann, welche Gründe die Behörde von einer früheren Entscheidung abhalten. Ferner ist zu berücksichtigen, daß die Einlegung und prozessuale Durchführung dieses Rechtsmittels wiederum zwangsnotwendig Zeit kosten wird und nicht zu einer Abwendung des temporär bedingten gesamten Verzögerungsschadens, sondern nur zu dessen Minderung führen kann. Wenn aber der pflichtgemäße Gebrauch des Rechtsmittels den Schaden nicht abwenden kann, kann andererseits auch nicht der völlige Wegfall der Haftung des Staates in Betracht kommen. Vielmehr muß in diesen Fällen das Abwägungsprinzip des § 254 BGB eingreifen³.

¹ Zur Relation von § 839 Abs. 3 BGB und § 254 BGB vgl. Bender, S. 254, Rdn. 669.

² Vgl. BGHZ 28, S. 104 ff., 106.

³ Vgl. Dagtoglou, BK Art. 34, Rdn. 311.

Die Entscheidung über die hier interessierende Rechtsfolge, ob nämlich im Rahmen des Schadenersatzanspruchs nach Amtshaftungsrecht, entsprechend § 288 BGB ohne besonderen Schadensnachweis, Zinsen in Höhe von 4 % verlangt werden können, hatte das BVerwG¹ zunächst dahinstehen lassen. Die zuständigen ordentlichen Gerichte haben, soweit ersichtlich, eine derartige Entscheidung bisher noch nicht getroffen. Hierzu müssen aber die bereits oben² angestellten Erwägungen gelten. Die gewohnheitsrechtlich anerkannte, in § 288 BGB für den Verzug aufgestellte Vermutung, daß im Falle der schuldhaften Vorenthaltung eines Geldbetrages ohne weiteres ein Mindestschaden des Gläubigers zugrunde zu legen ist, muß auch gelten, wenn die Begründung des Anspruchs und damit seine Erfüllung schuldhaft verzögert wird, ansonsten würde man eine - jedenfalls nicht durch die Besonderheiten des Amtshaftungsrechts zu rechtfertigende - Benachteiligung eines Gläubigers der Verwaltung hinnehmen³.

Wenn allerdings der Rechtsanspruch auf diesen Mindestschaden kraft Gesetzes ausgeschlossen ist⁴, kann dieser Ausschluß nicht dadurch umgangen werden, daß man Zinsen in entsprechender Anwendung des § 288 BGB nun im Rahmen des Amtshaftungsanspruchs gewährt. Hier obliegt es vielmehr dem Geschädigten, seinen tatsächlich erlittenen Schaden in vollem Umfang nachzuweisen.

¹ BVerwGE 14, S. 1 ff.

² 5. Kapitel § 2 E

³ So auch Götz, DVBl. 1961, S. 433 ff., 438; vgl. auch Papier, Forderungsverletzung, S. 137.

⁴ Vgl. die Regelungen im Beamtenrecht, § 3 Abs. 6 BBesG, § 49 Abs. 6 BVG.

Sechstes Kapitel

Die Verzinsung des öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruchs

Für die Verzinsung einer geldlichen Bereicherungsforderung kommen im Zivilrecht zweierlei Arten von Anspruchsgrundlagen in Betracht. Zum einen kann der Entreicherte gem. § 818 Abs. 1 BGB, neben dem geleisteten "Etwas", auch die Herausgabe der nachweislich¹ vom Bereicherten gezogenen Nutzungen verlangen, also auch die tatsächlich gezogenen Zinsen². Der Anspruchsberechtigte hat den Zinsertrag nachzuweisen, falls nicht nach den Vermögensverhältnissen des Bereicherungsgläubigers eine begründete Vermutung für eine zinstragende Anlage besteht³. Zum anderen finden - allerdings erst nach Eintritt der verschärften Haftung gem. §§ 818 Abs. 4, 819, 820 BGB - die Verzugsvorschriften gem. §§ 284 ff. BGB Anwendung.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts geht der öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch eines Privaten gegen einen hoheitlichen Bereicherungsschuldner auf die zinslose Rückgewähr der rechtsgrundlos erhaltenen Leistung, da "der Staat seine Einnahmen in aller Regel nicht gewinnbringend anlegen (soll), sondern die öffentliche Hand verfügt über die ihr zur Ver-

1 Vgl. BGHZ 35, S. 360 ff.

2 Vgl. hierzu RGZ 72, S. 135 ff.; Sörgel-Siebert, § 818 Anm. 7; Palandt-Thomas, § 818, Anm. 3c.

3 Vgl. Palandt-Thomas, § 818 Anm. 3c; BGH NJW 1962, S. 1148; BGHZ 64, S. 322 f.; RGZ 53, S. 363 ff.; S. 371; Erman-Seiler, § 818 Rz. 7.

fügung gestellten Mittel stets im Interesse der Allgemeinheit"¹.

Beim Erstattungsanspruch des Staates gegen einen gewerbetreibenden Bürger erspart das Bundesverwaltungsgericht² dem entreicherten Hoheitsträger Beweisschwierigkeiten, indem es die zivilrechtlichen Beweiserleichterungen zugunsten des Hoheitsträgers Anwendung finden läßt und ausführt, daß Geldleistungen an Gewerbetreibende zur gewerblichen Nutzung in aller Regel Nutzungen erwarten lassen. Darüber hinaus hält das Gericht auch eine pauschalierte Bestimmung von Art und Höhe der Nutzung seitens des Staates für zulässig.

In der Literatur hat sich zur Verzinsung des Erstattungsanspruchs noch keine einhellige Meinung gebildet, es wird jedoch tendenziell ein Zinsanspruch bejaht.

Während Haueisen³ und Bachof⁴ unter Berufung auf das Hamburgische OVG⁵ Zinsen als mitherauszugebende Nutzungen verstehen, wollen Götz⁶ und Weber⁷ die Grundsätze des Schuldnerverzuges und damit auch § 288 BGB anwenden⁸.

1 BVerwG NJW 1973, S. 1854; BVerwG NJW 1973, S. 2122 - 2123; so auch BVerwGE 12, S. 222 ff., 231; im Urteil v. 26.2.1965 = JR 1966, S. 431 ff., 432 hatte das BVerwG noch geprüft, ob der Staat Nutzungen gezogen hatte und damit einen Nutzungsertrag also immerhin noch für möglich erachtet.

2 BVerwG NJW 1973, S. 2122 - 2123.

3 NJW 1954, Erstattungsanspruch, S. 977 ff., 980.

4 Vornahmeklage, S. 105.

5 Urteil v. 9.7.1930, in: DJZ 1931, Sp. 174.

6 DVBl. 1961, S. 433 ff., 439.

7 Erstattungsanspruch, S. 141 ff.

8 Unentschieden dazu Wolff-Bachof, VerwR I, § 44b, I. 6.

Inwieweit die vorausgegangenen Überlegungen, daß der Verzugstatbestand im öffentlichen Recht verwirklicht wird, wenn der Hoheitsträger die Geldleistung rechtswidrig verzögert und hieraus ein Ersatzanspruch des Privaten entsteht, auch für den öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch zutreffen könne, bemißt sich nach der Grundlage und der Struktur dieses Anspruchs.

§ 1 Die Grundlage des Erstattungsanspruchs

Der öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch wird allgemein als die Parallele zum zivilrechtlichen Bereicherungsanspruch bezeichnet¹, da bei beiden Ansprüchen der Mangel des Rechtsgrundes charakteristisches Merkmal ist. "Der Erstattungsanspruch ist ein Rechtsinstitut des allgemeinen Verwaltungsrechts und stellt die Kehrseite des Leistungsanspruchs dar"².

Rechtsgrundlose Vermögensverschiebungen der hier interessierenden Art sind überall denkbar, wo der einzelne vom Staat auf Zahlung in Anspruch genommen wurde. Wo dies am häufigsten und am umfassendsten geschieht, im Steuerrecht, ist unzweifelhaft³, daß der Erstattungsanspruch als solcher nicht zu verzinsen ist, sondern, daß auf ihn lediglich Prozeßzinsen⁴ zu zahlen sind.

1 So OVG Münster 1971, S. 350 f.; BVerwGE 25, S. 72 ff., 81.

2 BVerwGE 4, S. 215; 6, S. 1 ff., 10; 20, S. 297; BVerwG NJW 1974, S. 2247, 2248; BVerwG NJW 1977, S. 1838, 1839.

3 § 233 AO i. V. m. § 236 AO.

4 § 236 Abs. 1 AO vom Tage der Rechtshändigkeit an bis zum Auszahlungstag.

Wenngleich im Steuerrecht eine eindeutige gesetzliche Regelung vorliegt, ist die Frage nach der Verzinsung des Erstattungsanspruchs noch nicht im allgemeinen beantwortet. Es ist davon auszugehen, daß eine Vielzahl von Tatbeständen den Erstattungsanspruch zur Entstehung bringen¹ und es sich erübrigt, sie im einzelnen zu untersuchen, wenn feststeht, daß jede rechtswidrige Bereicherung erstattet wird.

Rechtswidrig ist im öffentlichen Recht eine Vermögensverschiebung, wenn der ihr zugrunde liegende Verwaltungsakt nicht oder nicht mehr gültig ist oder wenn - falls kein Verwaltungsakt ergangen ist - kein Rechtssatz eine Vermögensverschiebung sanktioniert². Das Merkmal der Rechtswidrigkeit der Vermögensverschiebung ist eine wesentliche Besonderheit in der Tatbestandsstruktur des öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruchs gegenüber dem zivilrechtlichen Bereicherungsanspruch. Der Erstattungsanspruch soll, ebenso wie der Bereicherungsanspruch im Zivilrecht, rechtsgrundlose Vermögensverschiebungen ausgleichen³. Die Rechtswidrigkeit ist im öffentlichen Recht jedoch eine Bedingung dafür, ob der vorhandene Rechtsgrund beseitigt werden kann⁴.

1 Beispielsweise Zahlung auf Grund öffentlich-rechtlicher Mitgliedschaften in öffentlich-rechtlichen Zwangsverbänden, Anstaltsbenutzungsgebühren, Rückforderungsansprüche auf Grund öffentlich-rechtlichen Vertrages, Rückforderungen von Erschließungsbeiträgen, Rückforderungen von Vorschußzahlungen.

2 E. Weber, "Erstattungsanspruch", S. 119.

3 Vgl. Wolff/Bachof, VerwR I, § 44, Ib 6; H. Weber, Jus 1970, S. 169 ff., 170.

4 Vgl. dazu Ossenbühl, DöV 1967, S. 246 ff., 247; ders., Staatshaftungsrecht, S. 212; BVerwG NJW 1977, S. 1838, 1839.

Im Rahmen öffentlich-rechtlicher Rechtsverhältnisse kann eine Leistung "schlicht" oder auf Grund eines Verwaltungsaktes erfolgen oder gar auf Grund eines Verwaltungsaktes zwangsweise beigetrieben werden.

Wird die Geldleistung vom Bürger "schlicht" gegeben¹, dann richtet sich die Frage nach dem Bestehen des Rechtsgrundes nach dem materiellen Recht. Erfolgt die Leistung auf Grund eines Verwaltungsaktes, dann ist dieser Rechtsgrund für die Vermögensverschiebung, auch wenn er rechtswidrig ergangen ist. Auf Grund seiner Tatbestandswirkung² stellt auch ein rechtswidriger (nicht ein nichtiger) Verwaltungsakt einen gültigen Rechtsgrund dar, der die Entstehung eines Erstattungsanspruchs hindert, so daß ein Anspruch auf Rückgewähr einer Leistung nicht mehr besteht, wenn der Verwaltungsakt unanfechtbar geworden ist. "In diesem Fall bildet der wirksame Verwaltungsakt den rechtlichen Grund für die Leistung"³. Erst wenn der Verwaltungsakt zurückgenommen⁴ worden ist, kann wegen des Wegfalles des Rechtsgrundes die Leistung zurückverlangt werden. Das Bestehen des Rechtsgrundes ist somit weitgehend an die Wirksamkeit des Verwaltungsaktes geknüpft, die wiederum von der Frage nach dessen Rechtmäßigkeit abhängt.

1 Beispielsweise Zahlung eines Mitgliedsbeitrages in einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft, vgl. dazu OVG Hamburg, MDR 1968, S. 1036 ff. = VerwRSpr, Bd. 19, S. 923 ff.

2 Vgl. Wolff/Bachof, VerwR I, § 50 Ic.

3 BVerwG, DVBl. 1968, S. 918; BVerwGE 14, S. 279 ff., 284 = DVBl. 1965, S. 889, 900; Wolff-Bachof, VerwR I, § 44 Ib, 6; H. Weber, Jus 1970, S. 169 ff., 171; im Ergebnis auch E. Weber, S. 40 ff.

4 Unter welchen Voraussetzungen die Verwaltungsbehörde befugt ist, über einen nicht mehr anfechtbaren Verwaltungsakt zu entscheiden, regelt nun § 58 Verwaltungsverfahrensgesetz.

Die rechtswidrige vermögenswerte Inanspruchnahme des einzelnen durch den Staat wirft die Frage nach der Fundierung des Anspruches auf, der zur Rückgängigmachung der Vermögensverschiebung verpflichtet. Diese Frage nach der Rechtsgrundlage des Erstattungsanspruches hat gewisse praktische und dogmatische Konsequenzen. Wird der öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch auf eine Analogie zu den zivilrechtlichen Bereicherungsvorschriften der §§ 812 ff. BGB gestützt¹, würde dies eine Anwendung des § 818 Abs. 3 und 4, 819 und § 820 BGB einschließen. Eine Verzugsverzinsung käme dann beim öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch erst ab Rechtshängigkeit oder mit Eintritt der Bösgläubigkeit des Hoheitsträgers in Betracht. Eine an den Besonderheiten des öffentlichen Rechts orientierte Betrachtungsweise müßte demgegenüber versuchen, die Rückgewähr nach öffentlich-rechtlichen Grundsätzen zu beurteilen.

Nach der herrschenden Meinung in Schrifttum und Rechtsprechung beruht der Erstattungsanspruch nicht auf einer Analogie zu den §§ 812 ff. BGB. Er stellt vielmehr ein eigengeartetes, originäres Institut des allgemeinen Verwaltungsrechts dar².

1 Vgl. z. B. OVG Münster, DÖV 1967, S. 270; OVG Lüneburg, NJW 1953, S. 839; OVG Koblenz, AS 4, S. 87.

2 Wolff/Bachof, VerwR I, § 44, Ib 6; E. Weber, Der Erstattungsanspruch 1970; Wallerath, System der öffentlich-rechtlichen Erstattungsansprüche, DÖV 1972, S. 221 ff.; Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, S. 207 ff.; BVerwGE 20, S. 295 ff., 297.

§ 2. Der Umfang des Erstattungsanspruchs, insbesondere der Ausschluß der Berufung auf den Wegfall der Bereicherung

Mit der Feststellung, der Erstattungsanspruch ist als eigenständiges Rechtsinstitut das öffentlich-rechtliche Gegenstück zur "ungerechtfertigten Bereicherung" des BGB, ist an sich nur belegt, daß vergleichbare Tatbestände auch im öffentlichen Recht auftreten können, damit ist noch nicht geklärt, welche Rechtsfolgenanordnungen daraus erwachsen¹.

Das Problem stellt sich insbesondere bei der Frage nach dem Wegfall der Bereicherung. Dieser Gesichtspunkt bezeichnet ein Kernproblem des bürgerlichen Bereicherungsrechts, das in den §§ 819 - 820 BGB den Umfang der Herausgabepflicht des Leistungsempfängers und dessen Haftung nach einem Wegfall der Bereicherung regelt. Ist auch im öffentlichen Recht eine Berufung auf den Wegfall der Bereicherung möglich, kann in diesen Fällen eine Wiederherstellung des gesetzmäßigen Zustandes nicht mehr erfolgen, der Anspruch auf Herausgabe der Nutzungen wäre damit auch ausgeschlossen.

Der Bereicherungswegfall ist in erster Linie beim Erstattungsanspruch des Staates gegen den einzelnen diskutiert worden. Hier sprechen gegen die

¹ Wolff/Bachof, VerwR I, § 44 Ib 6, empfiehlt einen Rückgriff auf BGB-Vorschriften bei kongruenter Interessenlage; gegen eine dem BGB entsprechende Rechtsfolgenanordnung Hauelsen, NJW 1955, S. 212 ff.; Forsthoff, S. 175, fordert aus der Eigenständigkeit des öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruchs gegenüber dem zivilrechtlichen Bereicherungsanspruch, daß es geboten sei, die "überflüssigen Krücken des bürgerlichen Rechts abzuwerfen".

pauschale Annahme, die den §§ 818 Abs. 3, 819 BGB zugrunde liegenden Erwägungen hätten im öffentlichen Recht keine Berechtigung¹, zunächst die öffentlich-rechtlichen Normen, die den Bereicherungswegfall in den Erstattungsanspruch einbeziehen².

Die Berufung auf den Bereicherungswegfall ist jedenfalls auch im öffentlichen Recht nicht gänzlich ausgeschlossen³. Wesentlich ist aber, daß der Umfang des Erstattungsanspruchs nicht durch die §§ 818 ff. BGB, sondern durch das Vertrauensschutzprinzip reguliert wird⁴.

Kann also der Private im Einzelfall sein Vertrauen in den Bestand der empfangenen Leistung zur Abwehr des gegen ihn gerichteten Erstattungsanspruchs anspruchshindernd geltend machen, muß umgekehrt dem erstattungsverpflichteten Hoheitsträger dieser Einwand versagt bleiben. Eine andere Beurteilung würde übersehen, daß der Erstattungsanspruch des Staates gegen den einzelnen und der des einzelnen gegen den Staat sich zwar aus dem einheitlichen Grundgedanken rechtfertigen⁵, aber in ihren Ausgestaltungen divergieren.

¹ So weitgehend Bachof, VerfassR, VerwR, VerfR., Bd. 2, S. 360.

² Vgl. z. B. § 53, Abs. 2 BRRG; § 87, Abs. 2 BBG, § 98 Abs. 2 LBG NW; § 48 Abs. 2, 5 bis 8 VwvFG

³ Vgl. Wolff/Bachof, VerwR I, § 44 Ib, 6; VGH München, NJW 1974, S. 2021, 2022; BVerwGE 6, S. 1 ff., 10; 20, S. 295 ff., 299; eingehend E. Weber, S. 48 und passim.

⁴ Wolff/Bachof, VerwR I, § 44 Ib, 6; E. Weber, S. 61.

⁵ E. Weber, S. 121.

Nur einen vordergründigen Aspekt verfaßt diesbezüglich die Ansicht, der Staat könne sich weder auf den Grundsatz des Vertrauensschutzes, noch auf den Wegfall der Bereicherung berufen, weil die Träger öffentlicher Verwaltung regelmäßig nur nach Haushaltsgrundsätzen wirtschaften und Überschüsse nur zur Verminderung ihres Kreditbedarfes und zur Schuldentilgung verwenden dürfen¹, die Bereicherung im Sinne des § 818 Abs. 3 BGB demnach tatsächlich nicht wegfallen könne.

Wesentlicher erscheint der Gedanke, daß der hoheitliche Bereicherungsschuldner die Leistung nur dann behalten darf, wenn der Rechtsgrund rechtswirksam ist, die Träger hoheitlicher Gewalt ansonsten aber grundsätzlich verpflichtet sind, die Folgen rechtswidrigen Handelns zu beseitigen.

So verstanden, rückt der Erstattungsanspruch gegen den Staat in seiner Grundlegung in eine tatbestandliche Nähe zum Folgenbeseitigungsanspruch, wenn der Folgenbeseitigungsanspruch dem Ansatz nach im Rechtsstaatsprinzip gesehen wird² oder wenn man davon ausgeht, allen hoheitlichen Schadenersatz- und Restitutionspflichten liege der Gedanke der öffentlich-rechtlichen Wiedergutmachung zugrunde³.

Aus der sich aus der Rechtswidrigkeit des hoheitlichen Handelns und damit aus dem Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip ergebenden Parallellität

1 Vgl. OVG Hamburg, MDR 1968, S. 1036 = VerwRspr, Bd. 19, S. 923 ff.; BVerwGE 36, S. 108 ff., 113; H. Weber, Jus 1970, S. 169 ff., 173.

2 So Bächöf, Vornahmeklage, S. 98.

3 Vgl. hierzu Menger, in Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, S. 347 ff.

tät¹ folgt aber nicht ohne weiteres, daß die Anspruchsarten in Inhalt und Rechtsfolgen übereinstimmen, denn das Fehlen des Rechtsgrundes und die Vermögensverschiebung charakterisieren den Erstattungsanspruch². Verwandt sind die Ansprüche allerdings im Merkmal der Rechtswidrigkeit, was sich besonders - und im Hinblick auf den Umfang des Erstattungsanspruchs wesentlich - bei auf Grund rechtswidriger Aufforderung vom Bürger verlangten Leistung dokumentiert.

Nach dem Erstattungsprinzip besteht die Verpflichtung des Bereicherten im Grundsatz, den gesetzmäßigen Zustand durch Rückgewähr der Leistung wieder herzustellen. Ist eine Wiederherstellung der ursprünglichen Vermögenslage nicht mehr möglich, so muß eine Regelung getroffen werden, wer das Risiko der beim Bereicherungsgläubiger eintretenden Vermögensverschlechterung zu tragen hat. Das bürgerliche Recht bürdet dieses Risiko dem Leistungsempfänger auf, wenn er den Mangel des rechtlichen Grundes kannte (§ 819 BGB).

Die unterschiedliche Ausgangslage im öffentlichen Recht rechtfertigt eine andere Risikoverteilung. Wenn der Hoheitsträger die Leistungsverpflichtung des Bürgers durch Verwaltungsakt festsetzt, dann

1 Vgl. dagegen die Ansichten von Rösslein, Der Folgenbeseitigungsanspruch, S. 57; Weyreuther, Gutachten zum 47. Deutschen Juristentag, S. 105 und Hoffmann, Abwehranspruch, S. 64 ff., den Folgenbeseitigungsanspruch aus der Verletzung geschützter Rechte herzuleiten; aber auch diesen Ansichten ist das Tatbestandsmerkmal der Rechtswidrigkeit des hoheitlichen Handelns gemeinsam.

2 Vgl. Rösslein, Folgenbeseitigungsanspruch, S. 88 - 89; Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, S. 312.

muß sich dieser binnen kurzer Frist darüber im Klaren sein, ob er sich gegen die Inanspruchnahme verteidigen soll. Nimmt er seine Rechte durch Widerspruch und Anfechtungsklage nicht wahr, ist der Rechtsgrund für seine Leistungsverpflichtung endgültig von Bestand. Die Möglichkeit einer zwangsweisen Beitreibung nach Festsetzung verdeutlicht im übrigen, daß die Verantwortlichkeit für die Vermögenszuordnung den rechtswidrig handelnden Hoheitsträger treffen muß¹.

Aber auch, wenn die Leistung nicht auf Grund hoheitlicher Festsetzung angefordert wird, ist die Interessenlage nicht mehr mit derjenigen, die im bürgerlichen Recht eine Berufung auf den Wegfall der Bereicherung rechtfertigen würde, vergleichbar. In diesen Fällen wird die Geldzahlung auf Grund eines Rechtssatzes verlangt, nur selten erfolgt die Leistung auf einer dem bürgerlichen Bereicherungsrecht entsprechenden rechtsgeschäftlichen Vereinbarung. Die Träger hoheitlicher Gewalt sind dafür verantwortlich, daß die öffentlichen Mittel sachgerecht und rechtmäßig verwendet werden². Sie unterliegen vor Erhalt und Verbrauch der Beträge anderen, strengeren Bedingungen als ein bürgerlicher Leistungsempfänger. Es wäre mit der Verpflichtung der Verwaltung zu gesetzmäßigem Handeln unvereinbar, wenn die Verwaltung unrechtmäßig eingenommene Geldbeträge risikofrei verbrauchen könnte³. Es muß daher der Verwaltung generell verwehrt sein, sich auf den Wegfall der Bereicherung zu berufen.

¹ So schon Meier-Braneck, AÖR, Bd. 50, 1926, S. 230 ff., 259; ferner H. Weber, Jus 1970, S. 169 ff., 173; so auch E. Weber, S. 122 f.

² BVerwGE 36, S. 108 ff., S. 114.

³ Vgl. BVerwGE 36, S. 108 ff., 114; OVG Hamburg, VerwRspr Bd. 19, S. 923 ff., 926.

§ 3 Verzinsung nach Verzugsgrundsätzen

Wenn somit dem Bürger der gesamte von ihm geleistete Betrag zurückzuerstatten ist, bleibt es fraglich, ob der Hoheitsträger den herauszugebenden Betrag zu verzinsen hat. Entnimmt man mit W. Jellinek¹, Bachof², Haueisen³ und der Entscheidung des OVG Hamburg⁴ die Antwort dem Rechtsgedanken des § 818 Abs. 1 BGB - Zinsen als mit herauszugebende Nutzungen - wird das Problem mit dem Begriff der tatsächlich gezogenen Nutzungen belastet. Soll nämlich die Vermögensverschiebung "auch die unrechtmäßig gezogenen Nutzungen" erfassen⁵, dann muß an sich der einzelne der Verwaltung nachweisen, daß sie das Kapital tatsächlich zinstragend genutzt hat. Der Bürger würde damit in eine kaum lösbare Beweissituation gedrängt, muß er doch - meist ohne Einblick in den behördlichen Verwaltungs- und Kassenapparat - tatsächliche Feststellungen treffen, wohin der von ihm geleistete Einzelbeitrag geflossen ist und wozu er verwendet wurde⁶. Berücksichtigt man dagegen die Interessen des Entreicherten und kehrt zu seinen Gunsten die Beweislast um oder bejaht eine Beweisvermutung für einen Nutzungsertrag⁷,

¹ VerwR, S. 238, 239.

² Vornahmeklage, S. 105

³ NJW 1954, Erstattungsanspruch, S. 977 ff., 980.

⁴ DJZ 1931, Sp. 174.

⁵ OVG Hamburg, a.a.O.

⁶ Diese Anforderungen stellte das Reichsgericht in RGZ 73, S. 152 ff., 153.

⁷ So OVG Hamburg, a.a.O.

so sieht man sich mit dem vom Bundesverwaltungsgericht verwendeten Argument konfrontiert, der Staat lege die von ihm vereinnahmten Mittel nicht zinserttragsfähig an, sondern verwende sie im Interesse der Allgemeinheit¹. Diese Ansicht ist nicht so unhaltbar, wie Kessler² dies annimmt.

Der in § 818 Abs. 1 BGB verwendete Nutzungsbegriff wird durch die §§ 100, 99 BGB näher definiert. Danach erstreckt sich die Herausgabe auf die Sach- und Rechtsfrüchte sowie die Gebrauchsvorteile, die tatsächlich aus dem Erlangten gezogen werden³. Deshalb bleiben die Nutzungen außer Betracht, die gezogen werden konnten, aber nicht gezogen worden sind. Das bürgerliche Recht stellt daher - um beim Bereicherungsschuldner keine Vermögenseinbußen eintreten zu lassen - nicht auf die Möglichkeit der Nutzung, sondern auf die wirklich gezogenen Nutzungen ab, die sein Vermögen vermehrt haben. Hoheitsträger, Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts wirtschaften nach genau festgelegten und abzurechnenden Haushaltsplänen. Alle Einnahmen des Staates dienen als Deckungsmittel für seinen gesamten Ausgabenbedarf, § 8 BHO⁴.

Entsprechend sollen nur die Einnahmen erzielt werden, die zur Aufrechterhaltung der Verwaltung sowie zur Erfüllung der öffentlichen Aufgaben und

1 BVerwG NJW 1973, S. 1854; BVerwG NJW 1973, S. 2122 - 2123.

2 NJW 1974, S. 537 f.

3 Vgl. Palandt-Thömas, § 818 Anm. 3; Erman-Seiler, § 818, Rdn. 5.

4 Vgl. Wolff/Bachöf, VerwR III, § 162 IIIe.

der Verpflichtungen notwendig sind¹. Überschüsse sind zur Verminderung des Kreditbedarfs, zur Tilgung von Schulden oder als Konjunkturrücklage zu verwenden². In der Verwendung der eingenommenen Beträge liegt der fundamentale Unterschied zwischen dem bereicherten Hoheitsträger und einem bereicherten Privaten begründet. Während der private Vermögensträger bestrebt ist, sein Kapital gewinnbringend anzulegen, es dort einzusetzen, wo ein Ertrag zu erwarten ist, ist die öffentliche Verwaltung beherrscht vom Prinzip der Aufgabenerfüllung. Das Gewinnstreben ist dem Wesen des Staates fremd³.

Hiergegen ließe sich einwenden, daß die Zweckverfolgung bei der Verwendung öffentlicher Mittel noch nichts Endgültiges über die Nutzung und Verzinsung des von Hoheitsträgern bewirtschafteten Kapitals besagt. Immerhin nimmt der Staat in zunehmendem Maße wie ein Privater am Wirtschaftsverkehr teil und erwirtschaftet wie dieser Zinserträge. Im weiteren ist zu berücksichtigen, daß, wenn die regelmäßigen Einnahmen zur Durchführung der öffentlichen Ausgaben nicht ausreichen, sich der Staat seine Mittel auf dem Kapitalmarkt besorgen muß. Diese, in Form von Anleihen, Kassenobligationen oder ähnlichem aufgenommenen Beträge, sind zu verzinsen.

1 Wolff/Bachöf, a.a.O., § 162 III.

2 § 17 Haushaltsgrundgesetz; § 25 BHO.

3 Krüger-Spitta/Bronck, Einführung in das Haushaltsrecht, S. 24 f.

Mit der Untersuchung allein darüber, ob der Staat mit den von ihm zuviel erhobenen Geldern tatsächlich Nutzungen gezogen hat, wird jedoch der Blick für eine systemgerechtere Lösung des Problems versperrt. Götz¹ betont in diesem Sinne, daß es für den Gläubiger des Erstattungsanspruchs ganz ohne Interesse sein müsse, was die Verwaltung mit seinem Geld gemacht hat, insbesondere, ob sie es zinstragend angelegt hat oder nicht: Entscheidend sei vielmehr, daß dem Betroffenen durch die zu Unrecht erfolgte Abgabenerhebung auch die Möglichkeit genommen wurde, selbst das Geld zinstragend anzulegen. Deshalb sei neben dem Kapital auch die entzogene Kapitalnutzung auf Grund gebotener, entsprechender Anwendung des § 288 Abs. 1 BGB vom Tage der Zahlung an zu verzinsen. Zur Begründung verweist Götz auf die allgemeine Entwicklung des Erstattungsanspruchs, der gegenüber dem zivilrechtlichen Bereicherungsanspruch verselbständigt worden sei, um unsachgerechte Bestimmungen des Bereicherungsrechts auszuschalten². Götz und auch E. Weber ist im Ergebnis zuzustimmen, daß sich der Erstattungsanspruch auch im Hinblick auf die Verzinsungsfrage maßgeblich vom bürgerlich-rechtlichen Bereicherungsanspruch unterscheidet. Der Unterschied ist darin zu sehen, daß im Privatrecht die (rechtsgrundlose) Leistung auf Grund freien Entschlusses nach rechtsgeschäftlicher Vereinbarung erbracht wird. Der privatrechtliche Bereicherungsschuldner kann daher grundsätzlich darauf vertrauen, daß ihm der Vermögenszuwachs verbleibt. Anders dagegen erfolgt die Vermögensverschiebung im öffentlichen

¹ DVBl. 1961, S. 431 ff., 439.

² Auch E. Weber, S. 142, bejaht eine entsprechende Anwendung des § 288 Abs. 1 BGB beim öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch.

Recht. Dort ergeht an den privaten Zahlungspflichtigen ein hoheitliches (rechtswidriges) Gebot zur Zahlung, welches im Widerspruch zur materiellen Rechtslage steht. Im Gegensatz zu privatrechtlichen Anordnungen, die gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen, sind Verwaltungsakte, soweit sie nicht nichtig sind, wirksam und verbindlich, bis sie durch das Gericht aufgehoben oder durch die Verwaltung zurückgenommen werden. Sie sind vom Adressaten zu befolgen, können von der Behörde unter den Voraussetzungen des § 80 Abs. 2 VwGO schon vor dem Ablauf der Rechtsmittelfrist zwangsweise durchgesetzt werden und müssen von jeder anderen Behörde und jedem Gericht, das nicht über ihre Anfechtung entscheidet, beachtet werden¹. Die Verbindlichkeit auch des rechtswidrigen Verwaltungsaktes dient dazu, die Erfüllung öffentlicher Aufgaben zu sichern. Damit dies möglichst effektiv und ohne Zeitverlust geschieht, müssen die konkreten hoheitlichen Anordnungen mit einem Gehorsamsgebot ausgestattet und vorläufig durchsetzbar sein. Da der Erlaß eines Verwaltungsaktes die Entscheidung der Behörde enthält, das Gebot stehe im Einklang mit der Rechtsordnung, darf jedermann, insbesondere der Adressat, auf dessen Zulässigkeit vertrauen² und im Vertrauen auf die Rechtmäßigkeit des Rechtsgrundes für seine Verpflichtung die Zahlung vornehmen. Wird aber die Rechtswidrigkeit und rechtsverletzende Wirkung des Zahlungsgebotes festgestellt, besteht kein Grund mehr, die

¹ Wolff/Bachof, VerwR I, § 50 Ic.

² Wolff/Bachof, a.a.O., § 50 Ib 2.

Verbindlichkeit der hoheitlichen Anordnung zu beachten, vielmehr kommt es nun darauf an, das Vertrauen des Leistenden in den Bestand seiner Pflichtigkeit zu berücksichtigen, andererseits das nur "potentiell" begründete Vertrauen der Behörde in den Leistungsempfang zu negieren. Es ist deshalb geboten, ihr das Risiko aufzuerlegen, daß eine nachträglich rückwirkende Wiederherstellung der Vermögenslage nicht mehr ausreichend ist, sondern auch noch durch den Entzug des Kapitals erlittene Vermögensbeeinträchtigungen zu beseitigen sind.

Eine Beschränkung des Erstattungsanspruchs auf die Beseitigung des bestehenden, genauer bei der Zahlung bestehenden Vermögenszustand, wird den Besonderheiten des Erstattungsanspruchs gegenüber dem zivilrechtlichen Bereicherungsanspruch nicht gerecht. Die Verbindlichkeit des rechtswidrigen Verwaltungsaktes versetzt die Behörde in die Lage, daß sie im öffentlichen Interesse befugt ist, eine etwaige Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes bewußt in Kauf zu nehmen und ihn zu vollstrecken, wenn der Bürger die Erfüllungshandlung nicht sofort vornimmt und dadurch den für ihn schädigenden Erfolg herbeiführt. Es liegt daher nahe, nicht erst bei der Rücknahme des Verwaltungsaktes anzusetzen, sondern bei der Verbindlichkeit des rechtswidrigen Verwaltungsaktes, die ja bereits die Möglichkeit des Vollzuges mit einschließt. Wegen dieser Besonderheit muß nicht nur für die Veränderung der Rechtslage durch Rücknahme des Verwaltungsaktes, sondern auch für die Veränderung der Lage des Betroffenen gelten, daß wenigstens nachträglich der durch den Erlaß des Verwaltungsaktes entstandener Schaden in Form der entzogenen Nutzung kompensiert wird.

Für den Betroffenen ist es in gleichem Maße beeinträchtigend, ob er nun unrechtmäßig zur Leistung eines Geldbetrages herangezogen wird oder ob ihm eine Geldleistung rechtswidrig vorenthalten wird¹. In beiden Fällen wird die rechtswidrige Handlung des Hoheitsträgers typischerweise eine Vermögensbeeinträchtigung bei ihm hervorrufen.

Dagegen kann nicht eingewendet werden, solange der der Leistung zugrunde liegende Verwaltungsakt noch nicht zurückgenommen worden sei, werde die unrechtmäßig abverlangte Leistung gerechtfertigt und folglich müsse bis dahin auch eine Vermögensminderung des Bereicherungsgläubigers außer Betracht bleiben. In die gleiche Richtung zielt das Argument des Preußischen OVG², der Erstattungsanspruch sei mit dem Erbringen der Leistung noch gar nicht entstanden oder jedenfalls noch nicht fällig, so lange die Vermögensverschiebung noch durch einen rechtswidrigen, aber gültigen Verwaltungskät gerechtfertigt sei.

Hierzu ist zunächst - mit Hauelsen³ - darauf hinzuweisen, daß die spätere Aufhebung eines solcherart belastenden Verwaltungsaktes immer ex tunc wirkt⁴.

1 So schon Sächsisches OVG, Jahrbücher Bd. 14 (1910), S. 97, 98.

2 OVG E 28, S. 115; 37, S. 90 ff., 95; 71, S. 288 ff., 306; 76, S. 409 ff., 409.

3 NJW 1954, S. 977 ff., 980 "sobald rechtskräftig festgestellt ist, daß kein Anspruch bestanden hat, steht auch fest, daß das 'Erlangte' von vornherein ohne rechtlichen Grund geleistet worden ist".

4 So auch Stelkens/Bonk/Leonhardt, VwVfG, § 48, Rz. 7, 15; Wolff/Bachof, VerwR I, § 53 VIh.

Im übrigen würde man mit der Ansicht, der Erstattungsanspruch werde erst mit der Rücknahme des Verwaltungsaktes entstehen, dieser Entscheidung der Behörde konstitutive Wirkung beigemessen. Dazu ist jedoch nach dem oben Ausgeführten kein Grund ersichtlich. Der Erstattungsanspruch entsteht vielmehr mit dem Eintritt der Bereicherung, also der Zahlung, die im Widerspruch zur materiellen Rechtslage steht und wird fällig mit der Möglichkeit der Geltendmachung dieses Anspruchs. Das weitere Tatbestandsmerkmal - Fehlen des Rechtsgrundes - wird durch Aufhebung des Verwaltungsaktes rückwirkend auf den Zahlungszeitpunkt verwirklicht¹.

Anders als im Fall der verzögerten Erfüllung ist der Verwaltung bei der Erstattung keine rechtfertigende Prüfung des gegen sie geltend gemachten Anspruchs einzuräumen, denn der Pflicht zum gesetzmäßigen Handeln, verbunden mit der Überprüfung ihrer Forderungsberechtigung, unterlag die Verwaltung bereits vor der erhobenen Abgabe. Es ist augenscheinlich, daß die Verwaltung Leistungen nur anfordern - genau wie umgekehrt nur erfüllen - darf, wenn sie von der Rechtmäßigkeit ihrer Handlung überzeugt ist². Hieraus ergibt sich auch, daß es auf die Kenntnis der Verwaltung von der Rechtsgrundlosigkeit, die mit der Antragstellung regelmäßig vorliegen wird, nicht ankommen kann.

¹ a. A. Fischer, Diss., S. 90 ff.; Offenbar auch E. Weber, S. 143.

³ So auch E. Weber, S. 141.

Etwas anderes gilt jedoch in den Fällen, in denen der Private von sich aus, ohne verbindliche Aufforderung eine Leistung erbringt. Hier rechtfertigt der Umstand, daß die Vermögensänderung nicht durch rechtswidriges hoheitliches Handeln bewirkt wurde, ein Abweichen von der Zinsverpflichtung der Behörde bereits mit der Entstehung des Erstattungsanspruchs. Es bietet sich an, diesen Zahlungsanspruch des Bürgers hinsichtlich der Verzinsung ähnlich zu beurteilen, wie jeden anderen, gegen einen Hoheitsträger gerichteten Geldzahlungsanspruch. Der Erstattungsanspruch, dem keine verbindliche Aufforderung zugrunde liegt, wird fällig mit der Zahlung, die Verzinsungspflicht der Behörde beginnt mit dem Ablauf einer angemessenen Prüfungsfrist nach der Anmeldung des Anspruchs.

Zusammenfassung

Zinsansprüche des Bürgers gegen die öffentliche Verwaltung sind in Teilrechtsgebieten des öffentlichen Rechts unterschiedlich geregelt. Die Regelungen entsprechen den Besonderheiten der Rechtsmaterie, der Gesetzgeber hat je nach Erfordernis den Belangen der Verwaltung oder dem Ausgleich wirtschaftlicher Nachteile des Bürgers den Vorzug gegeben. Allgemeine Wertungsmaßstäbe für die unregulierten Rechtsgebiete lassen sich diesen Regelungen nicht entnehmen.

Der Verzugszinsanspruch des Bürgers wird von den überkommenen Anspruchsgrundlagen nicht oder nur dogmatisch unbefriedigend erfaßt.

Das Amtshaftungsrecht sanktioniert deliktisches Verhalten. Dehnt man seinen Anwendungsbereich aus auf relative Leistungsverhältnisse, sind rechtssystematische Widersprüche unvermeidbar.

Der Folgenbeseitigungsanspruch enthält keine zinsgewährende Rechtsfolge.

Die öffentlich-rechtliche Forderungsverletzung, insbesondere die hoheitliche Leistungsverzögerung, stellt keinen enteignungsgleichen Eingriff dar.

Die zivilrechtlichen Regeln über die Leistungsstörung in einem Schuldverhältnis sind Ausdruck eines auch im öffentlichen Recht geltenden Rechtsgrundsatzes, daß jede zu vertretende Forderungsverletzung den hierfür Verantwortlichen mit einer Haftungsfolge belastet.

Dieser Rechtsgrundsatz kann im Hinblick auf die Verzugsvorschriften für gesetzlich begründete und durch Verwaltungsakt gestaltete Ansprüche des Bürgers konkretisiert werden.

Ein gesetzlich begründeter Anspruch wird fällig, sobald die im Gesetz bestimmten Voraussetzungen vorliegen. Ein bewilligender Verwaltungsakt gestaltet den Anspruch nicht hinsichtlich der Fälligkeit.

Nach Antragstellung hat die Verwaltung den Anspruch nach angemessener Prüfungsfrist - im Einzelfall bis zu drei Monaten - zu erfüllen. Verzögert die Behörde die Erfüllung des Anspruchs, kann der Bürger Verzugszinsen gemäß § 288 BGB ohne gesonderte Mahnung geltend machen.

Bei Ermessensleistungen konstituiert der Verwaltungsakt die Fälligkeit des Anspruchs. Für vor Erlass des Verwaltungsaktes eintretende unangemessene Verzögerungen haftet der Hoheitsträger nach Amtshaftungsrecht.

Der öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch ist nach Verzugsgrundsätzen zu verzinsen.

Lebenslauf

Am 9. 10. 1946 wurde ich als Sohn des Versicherungskaufmanns Josef Harnischmacher und seiner Ehefrau Elisabeth Harnischmacher in Olpe geboren. Dort besuchte ich von 1953 bis 1957 die katholische Volksschule und von 1957 das Städtische Neusprachliche Gymnasium, wo ich am 3. 11. 1966 das Abitur ablegte.

Nach Ableistung der Wehrpflicht studierte ich vom WS 1968/69 bis zum WS 1973/74 an der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster Jura, unterbrochen von einem einsemestrigen juristischen Aufenthalt bei der Université de Lausanne im SS 1970. Das erste juristische Staatsexamen bestand ich am Oberlandesgericht Hamm am 17. November 1973. Den Vorbereitungsdienst absolvierte ich im Landgerichtsbezirk Münster ab 1. 1. 1974, gleichzeitig arbeitete ich als wissenschaftliche Hilfskraft am Kommunalwissenschaftlichen Institut der Universität Münster bei Prof. Dr. Menger. Am 26. 9. 1976 bestand ich das zweite juristische Staatsexamen.

Seit Juni 1977 bin ich als Rechtsanwalt zugelassen.