

Die Veröffentlichung des Werkes

„Leistungsstörungen verwaltungsrechtlicher Schuldverhältnisse“

erfolgt mit freundlicher Genehmigung des Autors.

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 45

Leistungsstörungen verwaltungs-
rechtlicher Schuldverhältnisse

Von

Dr. Lothar Simons

Kommunalwissenschaftliches Institut



67 K 4/101

DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

Meinen Eltern

Alle Rechte vorbehalten
© 1967 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1967 bei Buchdruckerei Bruno Luck, Berlin 65
Printed in Germany
D 6

Vorwort

Die Frage, ob auch das Verwaltungsrecht entsprechend dem Bürgerlichen Recht schuldrechtliche Beziehungen kennt und — hiermit untrennbar verbunden — die Problematik der rechtlichen Behandlung etwaiger verwaltungsschuldrechtlicher oder -schuldrechtsähnlicher Rechtsverhältnisse gewinnen in der Rechtsentwicklung der neuesten Zeit eine ständig wachsende Bedeutung, die ihren Ausgangspunkt allerdings schon in den älteren grundlegenden Abhandlungen zum verwaltungsrechtlichen Vertrag hat.

Die vorliegende Abhandlung stellt einen Versuch dar, die qualifizierenden Merkmale eines Verwaltungsschuldrechts zu umschreiben und damit das Rechtsinstitut eines verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnisses zu entwickeln. Das eigentliche Anliegen dieser Untersuchung ist jedoch die Frage, nach welchen Grundsätzen innerhalb des Verwaltungsrechts die Tatbestände zu behandeln sind, die im Zivilrecht mit dem Oberbegriff „Leistungsstörungen“ umschrieben zu werden pflegen. In bewußter Überschreitung dieser Themenstellung ist auch die Frage nach einer Geltung der „culpa in contrahendo“ und der „clausula rebus sic stantibus“ im Verwaltungsrecht in die Untersuchung mit einbezogen worden, da sie den Leistungsstörungen ähnliche Sachverhalte erfassen und damit eine Behandlung in diesem Rahmen rechtfertigen. Abschließend war auch die Problematik des zulässigen Rechtsweges für Klagen aus verwaltungsrechtlichen Leistungsstörungen zu erörtern.

Die vorliegende Abhandlung wurde von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Münster als Dissertation angenommen. Das Manuskript wurde am 30. April 1966 abgeschlossen, später veröffentlichte Rechtsprechung und Literatur konnte nicht mehr berücksichtigt werden.

An dieser Stelle möchte ich zunächst meinem verehrten Lehrer, Herrn Prof. Dr. Hans J. Wolff aufrichtig danken für die vielfache Förderung,

die er mir hat zukommen lassen. Mein Dank gilt weiterhin der Gemeinde Grefrath bei Krefeld, die meine Arbeit mit einem finanziellen Beitrag unterstützt hat. Danken möchte ich insbesondere auch Herrn Ministerialrat a. D. Dr. J. Broermann für die Aufnahme der Arbeit in sein Verlagsprogramm.

Schließlich schulde ich Dank für die Hilfe meiner Frau.

Grefrath b. Krefeld, im Februar 1967

Lothar Simons

Inhaltsverzeichnis

§ 1 Einleitung	15
Erster Teil	
Das verwaltungsrechtliche Schuldverhältnis	17
<i>Erster Abschnitt</i>	
Wesen und Begriff des verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnisses	17
1. Kapitel: <i>Das Schuldverhältnis des Zivilrechts</i>	17
§ 2 Definition des zivilrechtlichen Schuldverhältnisses	17
§ 3 Entstehungsgründe des zivilrechtlichen Schuldverhältnisses	18
a) Schuldverhältnisse aufgrund Gesetzes	18
b) Schuldverhältnisse aufgrund Gewohnheitsrechts	18
c) Schuldverhältnisse aufgrund Rechtsgeschäfts	18
d) Schuldverhältnisse aufgrund Verwaltungsakts	19
e) Schuldverhältnisse aufgrund Richterspruchs	19
§ 4 Wirkungen des zivilrechtlichen Schuldverhältnisses	19
a) Einseitig verpflichtende Schuldverhältnisse	19
b) Zwei- oder mehrseitig verpflichtende Schuldverhältnisse	19
c) Gegenseitige Verträge	19
2. Kapitel: <i>Das Schuldverhältnis des Verwaltungsrechts</i>	19
§ 5 Bedenken gegen eine bloße Übertragung des zivilrechtlichen Begriffs auf das Verwaltungsrecht	19
§ 6 Das Problem der Abgrenzung des öffentlichen und privaten Rechts	20
a) Die ablehnende Ansicht <i>Kelsens</i>	20
b) Die älteren Abgrenzungstheorien	22
c) Die Interessentheorie	23
d) Die Subjektionstheorie	25
e) Die Zuordnungstheorie <i>Wolffs</i>	29
§ 7 Das Wesen des Verwaltungsrechts	39
a) Der Begriff „Verwalten“ im allgemeinen Sprachgebrauch	39
b) Die „öffentlichen Angelegenheiten“ als Objekt der Verwaltungstätigkeit	39
c) Verwaltungsrecht und Privatrecht	42
§ 8 Folgerungen für das verwaltungsrechtliche Schuldverhältnis	43

10	Inhaltsverzeichnis	
§ 9	Das verwaltungsrechtliche Schuldverhältnis als zivilrechtsähnliche Sonderrechtsbeziehung zwischen mehreren Subjekten des Verwaltungsrechts	48
§ 10	Unterschiede in der Abgrenzung von den allgemeinen verwaltungsrechtlichen Rechtsverhältnissen	49
	a) Hoheitssubjekte als Schuldner der Zivilpersonen	50
	b) Verwaltungsrechtliche Schuldverhältnisse zwischen Zivilpersonen	52
	c) Zivilpersonen als Schuldner der Hoheitssubjekte	52
	d) Verwaltungsrechtliche Schuldverhältnisse zwischen Hoheitssubjekten	54
	e) Zusammenfassung	55
§ 11	Die Vermögenswertigkeit der Leistung als Wesensmerkmal des verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnisses	56
§ 12	Definition des verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnisses	59

Zweiter Abschnitt

Arten der Schuldverhältnisse 60

§ 13	Unterscheidung nach den Rechtswirkungen	60
	a) Einseitig verpflichtende Schuldverhältnisse	60
	b) Zweiseitig verpflichtende Schuldverhältnisse	60
§ 14	Übersicht über die Schuldverhältnisse des Verwaltungsrechts	60

Zweiter Teil

Leistungsstörungen der verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnisse 71

§ 15	Vorbemerkung	71
------	--------------	----

Erster Abschnitt

Die Regelung der Leistungsstörungen im bürgerlichen Recht 73

<i>1. Kapitel: Die Leistungsstörungen i.e.S.</i>		
§ 16	Unmöglichkeit der Leistung	73
§ 17	Verzug	74
§ 18	Schlechterfüllung (sog. „positive Forderungsverletzung“)	75
<i>2. Kapitel: Die Leistungsstörungen i.w.S.</i>		
§ 19	Verletzung vorvertraglicher Sorgfaltspflichten (sog. „culpa in contrahendo“)	73
§ 20	Wegfall der Geschäftsgrundlage	76

Zweiter Abschnitt

Notwendigkeit eines eigenen Systems der Leistungsstörungen von Schuldverhältnissen des Verwaltungsrechts 77

§ 21	Rückgriff auf die Haftungstatbestände im System staatlicher Ersatzleistungen	77
------	--	----

a)	Die Hoheitsträger als ausschließlich Verpflichtete innerhalb der Ausgleichsverhältnisse	77
b)	Unzulänglichkeiten des staatlichen Ersatzleistungssystems	78
c)	Schadensersatz- und Entschädigungspflichten als ausschließliche Haftungsfolgen	79
§ 22	Die Rechtsprechung des BGH zur Haftung des Dienstherrn und des Schulträgers	79
	a) Ansprüche aus der Verletzung beamtenrechtlicher Fürsorgepflicht	80
	b) Die Haftung des Schulträgers	82

Dritter Abschnitt

Bisherige Meinungen über die Behandlung der Leistungsstörungen im Verwaltungsrecht 85

<i>1. Kapitel: Übernahme des im bürgerlichen Recht geltenden Haftungssystems</i>		
§ 23	Unmittelbare Anwendung der einschlägigen Rechtssätze des BGB	87
§ 24	Übernahme der privatrechtlichen Regelung in das Verwaltungsrecht	87
	a) Analoge Anwendung des Zivilrechts	88
	b) Gewohnheitsrechtliche Geltung des BGB im öffentlichen Recht	94
	c) Die Lehre Imbodens	95
	d) Anwendung des „clausula“-Gedankens	96
<i>2. Kapitel: Öffentlich-rechtliche Lösungsversuche</i>		
§ 25	Heranziehung der Amtshaftungsgrundsätze	97
§ 26	Ausbildung eines allgemeinen öffentlich-rechtlichen Entschädigungsanspruchs	99
§ 27	Ausschließliche Verwendung öffentlich-rechtlicher Rechtssätze	100
§ 28	Der Folgenbeseitigungsanspruch als allgemeines Prinzip zur Regelung verwaltungsrechtlicher Leistungsstörungen	100
<i>3. Kapitel: Der Allgemeine Teil des Rechts</i>		
<i>4. Kapitel: Die Lehre vom allgemeinen Rechtsgedanken</i>		
§ 29	Abgrenzung zur Analogie	108
§ 30	Abgrenzung zum Allgemeinen Teil des Rechts	109
§ 31	Der Lösungsvorschlag Eckerts	110
§ 32	Kritische Stellungnahme	112
<i>5. Kapitel: Die Lehre von den allgemeinen und besonderen Rechtsgrundsätzen</i>		
§ 33	Allgemeine Rechtsgrundsätze als Rechtsgrundlage verwaltungsrechtlicher Entscheidungen	118
§ 34	Darstellung der Lehre Hans J. Wolffs	119
	a) Allgemeine Rechtsgrundsätze	123
	b) Besondere Rechtsgrundsätze	124

§ 35 Abgrenzung der besonderen Rechtsgrundsätze zu den allgemeinen Rechtsgedanken	125
§ 36 Rechtsgrundsätze und anerkannte Rechtssätze	126

Vierter Abschnitt

**Entwicklung eines Systems der Leistungsstörungen
verwaltungsrechtlicher Schuldverhältnisse**

§ 37 Haftung als Folge einer schuldhaften Forderungsverletzung im privaten und im öffentlichen Recht	129
a) Haftungsgrund und Haftungsfolge	129
b) Rechtsgrundsätze als Rechtsquellen zur Herleitung eines Haftungssystems für Leistungsstörungen	130
(1) Allgemeine Rechtsgrundsätze	131
(2) Besondere Rechtsgrundsätze	131
§ 38 Die zivilrechtliche Kodifikation der Rechtsfolgen eingetretener Leistungsstörungen als allgemeine Rechtsgedanken	141
a) Rückabwicklung des Schuldverhältnisses	141
b) Abstreifen vom Verträge	143
c) Schadensersatz als Surrogat der Hauptverbindlichkeit	143
d) Schadensersatz neben der weiterbestehenden Hauptverbindlichkeit	143
e) Zusammenfassung	145
§ 39 Das Verschulden im Verwaltungsrecht	147
a) Vorsatz	147
b) Fahrlässigkeit	148
c) Verschuldensmodifikationen in öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Rechtssätzen	149
§ 40 Die Zurechnung fremden Verschuldens	153
a) § 278 BGB als Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens	154
b) Die Kritik Deneckes	155
c) Eigene Stellungnahme	155
§ 41 Die regulierende Funktion des Faktors „öffentliches Interesse“	156
a) Inhalt des Begriffs „öffentliches Interesse“	157
b) Folgerungen für die Rechtsfolgenanordnung	161
§ 42 Leistungsstörungen ohne Verschulden	168
§ 43 Haftung bei schuldhafter Verletzung vorvertraglicher Sorgfaltspflichten (sog. „culpa in contrahendo“)	172
a) Sorgfaltspflichten der Träger hoheitlicher Gewalt	173
b) Sorgfaltspflichten der Zivilpersonen	176
c) Sorgfaltspflichten innerhalb verwaltungsrechtlicher Koordinationsverhältnisse	178
§ 44 Wegfall der Verwaltungsgrundlage	178
a) Der Grundsatz von Treu und Glauben im Verwaltungsrecht	180
b) Inhaltliche Bestimmung der „Geschäftsgrundlage“	181
c) Terminologische Klarstellung	183

d) Der Grundsatz des Wegfalls der Verwaltungsgrundlage als allgemeines Regelungsprinzip des Verwaltungsrechts	184
e) Folgerungen aus der Anwendung des Grundsatzes im Verwaltungsrecht	186

Dritter Teil

Rechtsschutzfragen

§ 45 Vorbemerkung	189
1. Kapitel: Rechtsweg für Klagen auf Erfüllung verwaltungsrechtlicher Schuldverhältnisse	189
2. Kapitel: Rechtsweg für Klagen aus verwaltungsrechtlichen Leistungsstörungen	190
§ 46 Problemstellung	190
§ 47 Kritische Stellungnahme	194
Literaturverzeichnis	201

Abkürzungsverzeichnis

AcP	= Archiv für die civilistische Praxis
ArchfKomW	= Archiv für Kommunalwissenschaften
AöR	= Archiv des öffentlichen Rechts
BayVwBl.	= Bayerische Verwaltungsblätter
BuG	= Bauamt und Gemeindebau
Diss.	= Dissertation
Gruchot	= Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, begr. von Gruchot
HWBRW	= Handwörterbuch der Rechtswissenschaft
KomHdb	= Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis
KStZ	= Kommunale Steuerzeitung
RiA	= Recht im Amt
Rspr.	= Rechtsprechung
RWS	= Recht und Wirtschaft der Schule
VerwArch	= Verwaltungsarchiv
VerwRspr.	= Verwaltungsrechtsprechung
VVDStRL	= Veröffentlichung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
WM	= Wertpapierrechtliche Mitteilungen
ZBR	= Zeitschrift für Beamtenrecht

§ 1 Einleitung

Die steigende Abhängigkeit der Zivilpersonen von den Gewährungen der Verwaltung, die zunehmende Reglementierung der Existenzsphäre des einzelnen durch die Funktionsabläufe der öffentlichen Verwaltung, deren Maßnahmen er sich in seiner sozialen Bedürftigkeit ausgeliefert sieht¹, und der hiermit verbundene Wandel in der Betrachtungsweise der öffentlichen Verwaltung² von einem reinen Ordnungsfaktor zu einem Garanten der Existenz des einzelnen³ hatte unumgänglich auch einen Wandel in der Ausgestaltung ihrer Handlungsformen zur Folge. War zunächst die einseitig verbindliche, ggfs. mit obrigkeitlichem Zwang durchsetzbare Anordnung ausschließliche Ausdrucksform hoheitlichen Handelns⁴, so traten nicht zuletzt auch als Folge der zunehmend eigengesetzlichen Entwicklung des öffentlichen Rechts weitere Handlungsformen in den Vordergrund, als deren am meisten verbreitete und in der Wissenschaft zunächst am eingehendsten behandelte der verwaltungsrechtliche Vertrag genannt werden kann. Die immer stärkere Zunahme der leistenden Verwaltung⁵, z. B. in Gestalt der Subventionen auf den Gebieten der gewerblichen Wirtschaft (z. B. Landwirtschaft, Bergbau) und der sonstigen Förderung auf den Gebieten der Kultur- (z. B. Ausbildungsförderung) und Gesellschaftspolitik (z. B. Vermögensbildung in privater Hand)⁶,⁷ oder in der Bedarfsdeckung durch Versorgungs- und Entsorgungseinrichtungen⁸ und in der Errichtung von Einrichtungen der Gesundheitspflege, des Unterrichts- und des Bildungswesens, von Forsthoff⁹ als „Daseinsvorsorge“¹⁰ bezeichnet, hat dar-

¹ Vgl. Lepsius: „Prinzipien der Leistungsverwaltung“, Diss. jur. Münster 1961, S. 35.

² Vgl. Forsthoff: „Rechtsfragen der leistenden Verwaltung“ (1959), S. 9 ff.

³ Wolff § 137 I a; vgl. auch Kull: „Privatrecht als Mittel der Verwaltung“, Diss. jur. Heidelberg (ungedr.) 1957, S. 1 ff.

⁴ Siebert: Festschrift für Niedermeyer 1953, S. 218; Moebis: „Geschäftsführung ohne Auftrag im Verwaltungsrecht“, Diss. jur. Heidelberg 1934, S. 8.

⁵ Zur Terminologie vgl. Wolff § 137 II b) u. c), der die übliche Gegenüberstellung von Eingriffs- und Leistungsverwaltung mit zutreffender Begründung als unrichtig bezeichnet.

⁶ Diese Tätigkeit ist mit Wolff (§ 137 III b 3) unter dem Oberbegriff der sog. Förderungsverwaltung zusammenzufassen.

⁷ Wolff § 155.

⁸ Vgl. hierzu Wolff § 137 III b 1 β) — δ).

⁹ „Die Verwaltung als Leistungsträger“ (1938).

¹⁰ Der Begriff „Daseinsvorsorge“ hat einen eigenen Aussagewert nur im Hinblick auf den Zweck einer Verwaltungstätigkeit, er enthält jedoch keine

über hinaus eine Vielzahl von Rechtsbeziehungen zwischen Verwaltung und Zivilpersonen zur Entstehung gebracht, die sich unter den herkömmlichen Begriffen des Verwaltungsrechts nicht mehr einordnen lassen. Es ist daher Aufgabe von Wissenschaft und Rechtsprechung, die aus der Vielfältigkeit der Leistungsbeziehungen und -arten sich ergebenden Fragen zu lösen und konkrete Regeln für die Behandlung dieser Rechtsverhältnisse zu entwickeln.

Eine zusammenfassende Erörterung der hier zu entscheidenden Fragen steht bisher noch aus¹¹, obwohl die Notwendigkeit einer Aufstellung allgemeiner Regeln stets anerkannt wurde¹². Auch die vorliegende Arbeit kann diesem Mangel insgesamt nicht abhelfen, da sie nur einen Teil der Problematik, nämlich den weitgehend noch ungelösten¹³ Bereich der Leistungsstörungen in verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnissen behandelt.

Aktuelle Bedeutung gewinnt diese Frage durch den Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes (EVwVerfG 1963), der in Teil IV Vorschriften über den öffentlich-rechtlichen Vertrag enthält und damit einen Teilbereich der hier zu behandelnden Problematik erfaßt. Die nachfolgenden Ausführungen stellen daher, soweit sie die Regelung der Leistungsstörungen öffentlich-rechtlicher Verträge betreffen, gleichzeitig einen Beitrag zum Verwaltungsverfahrenrecht dar.

Umschreibung der Rechtsform staatlichen Handelns. *Depenbrock* ("Die Stellung der Kommunen in der Versorgungswirtschaft" (1961), S. 44) will diesem Begriff eine Nützlichkeit sogar nur im Rahmen einer soziologischen Betrachtungsweise zusprechen. Die von *Forsthoff* vorgenommene Ausdehnung auf jede dem einzelnen Staatsbürger unmittelbaren Nutzen bringende Tätigkeit liefere für eine Abgrenzung der staatlichen und privaten Lebensbereiche keine Anhaltspunkte mehr, und der Begriff „Daseinsvorsorge“ sei darüber hinaus für die Versorgungswirtschaft unbrauchbar, da die verschiedenartigsten Beteiligungsformen der öffentlichen Hand die — von *Forsthoff* geforderte! — Einteilung in Betriebe der Daseinsvorsorge und privatwirtschaftliche Unternehmen nicht zulasse.

¹¹ Eine Ausnahme stellt der wüEVRO (1931) dar, der im IV. Buch eine stark an den Vorschriften des BGB ausgerichtete Regelung der Schuldverhältnisse des öffentlichen Rechts enthält.

¹² Vgl. Begründung zum wüEVRO, Vorbem. zum IV. Buch, S. 585. — *Beinhardt* (VerwArch 55 (1964), S. 251 f.) spricht von einer „stiefmütterlichen Behandlung der eigentlichen Fragen des Vertragsrechts, wie Vertragsabschluß, -durchführung und -vollstreckung“, während sich die Lehre nahezu ausnahmslos auf die Definition und die Zulässigkeit der öffentlich-rechtlichen Verträge konzentriert habe. Er anerkennt somit gleichfalls die Notwendigkeit einer Behandlung dieser Fragen und führt die bisherige Säumnis auf die Existenzschwierigkeiten zurück, die dem öffentlich-rechtlichen Vertrag in Deutschland zuteil wurden.

¹³ *Redeker*: DVBl. 1963, S. 509.

Erster Teil

Das verwaltungsrechtliche Schuldverhältnis

Erster Abschnitt

Wesen und Begriff des verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnisses

1. Kapitel: Das Schuldverhältnis des Zivilrechts

Eine Behandlung der Problematik der Leistungsstörungen setzt zunächst eine Klarstellung des Begriffs des verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnisses und dessen gleichzeitige Abgrenzung gegen ähnliche Erscheinungsformen und Institutionen des Verwaltungsrechts voraus. Die Übernahme der Terminologie aus dem bürgerlichen Recht läßt auf eine Anlehnung an den dort gefestigten Begriff schließen. Die Untersuchung soll daher von dem Rechtsinstitut des zivilrechtlichen Schuldverhältnisses ausgehen.

§ 2 Definition des zivilrechtlichen Schuldverhältnisses

Ausgangspunkt der Betrachtung ist § 241 BGB:

„Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern. Die Leistung kann auch in einem Unterlassen bestehen.“

Das privatrechtliche Schuldverhältnis ist somit als eine besondere Rechtsbeziehung, d. h. als ein Sonderrechtsverhältnis¹ aufgrund objektiven Zivilrechts zwischen mehreren natürlichen oder juristischen Personen zu verstehen, die einander zu bestimmten, durch den Inhalt der Rechtsbeziehung näher konkretisierten Leistungen verpflichtet sind².

¹ Dabei ist ein Rechtsverhältnis im Anschluß an *Enneccerus-Nipperdey* (§ 71 I) zu definieren als ein rechtlich bedeutsames und deshalb vom objektiven Recht bestimmtes Lebensverhältnis, das in einer rechtswirksamen Beziehung einer Person zu einer anderen Person oder zu Gegenständen besteht.

² Vgl. *Larenz* § 2 I; *Enneccerus-Lehmann* § 1 III; *Siebert-Reimer Schmidt* Vorbem. vor § 241 RdNr. 3; *Ernst Wolf*: Festgabe für *Herrfahrdt* 1961, S. 197 ff.

Kennzeichnend für das Schuldverhältnis des BGB ist die jeweils mit dem gegen den Schuldner gerichteten Gesetzesbefehl korrespondierende Rechtsmacht des Gläubigers: die die Leistungsverpflichtung anordnende Rechtsnorm gibt dem Gläubiger das Recht, diese Leistung zu verlangen³. Dabei sind die primären Leistungspflichten als die durch die Eigenart des Rechtsverhältnisses gekennzeichneten und mit der Begründung unmittelbar gegebenen Verpflichtungen zu trennen von den sekundären Leistungspflichten, die zu den erstgenannten hinzukommen oder aber an deren Stelle treten können, und den weiteren Verhaltenspflichten⁴ in Gestalt der allgemeinen Rücksichts- und Treuepflichten⁵. Gegenstand der Verpflichtung ist eine dem objektiven Zivilrecht zuzuordnende Leistung, die für den Gläubiger einen konkreten Vorteil, der nicht notwendig einen Vermögenswert haben muß⁶, beinhaltet⁷.

§ 3 Entstehungsgründe des zivilrechtlichen Schuldverhältnisses

Nach ihren möglichen Entstehungsgründen sind die Schuldverhältnisse des Privatrechts einzuteilen in

- a) solche *aufgrund Gesetzes* (z. B. Geschäftsführung ohne Auftrag, ungerechtfertigte Bereicherung, unerlaubte Handlung) oder
- b) *Gewohnheitsrechts* (z. B. culpa in contrahendo, positive Forderungsverletzung)⁸,
- c) *rechtsgeschäftliche Schuldverhältnisse*, die durch
 - (1) *einseitige Rechtsgeschäfte* (z. B. Stiftungsgeschäft, Auslobung, Vermächtnisanordnung) oder durch
 - (2) *Vertrag* (Kauf-, Dienst- und Werkvertrag) begründet werden können,

mwN. Im Gegensatz hierzu meint das BGB im 3. Abschnitt des 2. Buches in erster Linie die Einzelforderung, d. h. den aus der rechtlichen Sonderverbindung sich ergebenden schuldrechtlichen Anspruch, wenn es vom Erlöschen der Schuldverhältnisse spricht. Vgl. *Palandt-Danckelmann Überblick 1*) vor § 362. Zum Doppelsinn des Wortes Schuldverhältnis vgl. auch *Fikentscher* § 7, 1 und *Ernst Wolf aaO*.

³ Die Rechte iS. des Schuldrechts lassen sich daher stets auf die Pflichten reduzieren. Vgl. hierzu *Engisch S. 20 ff.* Vgl. auch *Wolff § 43 I b 1*.

⁴ Ohne daß eine Ausgrenzung dieser Neben-, Schutz- oder Verhaltenspflichten aus dem Leistungsinhalt vorgenommen werden soll. Vgl. dazu *Fikentscher* § 8, 3.

⁵ *Esser § 33 Ziff. 2 und 3*.

⁶ *Larenz § 2 I; Enneccerus-Lehmann § 1 IV 2; Fikentscher § 8, 6; Palandt-Danckelmann § 241 Anm. 2; so auch schon Stammier S. 1—7.*

⁷ aA.: *Fikentscher § 8, 6*.

⁸ *Fikentscher* (§ 20 I) ordnet sie unter die gesetzlichen Schuldverhältnisse ein.

d) *Schuldverhältnisse aufgrund Verwaltungsakts* (z. B. § 16 WBewG) oder

e) *Richterspruchs* (z. B. § 5 HausratsVO).

§ 4 Wirkungen des zivilrechtlichen Schuldverhältnisses

Nach ihrer Wirkung sind zu unterscheiden:

- a) *einseitig verpflichtende Schuldverhältnisse* (z. B. die meisten gesetzlichen Schuldverhältnisse, Schenkungsversprechen und Darlehensvertrag),
- b) *gewöhnliche zwei- oder mehrseitig verpflichtende Schuldverhältnisse*⁹ (z. B. Auftrag, Leihe, unentgeltliche Verwahrung),
- c) *gegenseitige Verträge* (z. B. Kauf-, Dienst-, Werkvertrag, entgeltliche Verwahrung).

2. Kapitel: Das Schuldverhältnis des Verwaltungsrechts

§ 5 Bedenken gegen eine bloße Übertragung des zivilrechtlichen Begriffs auf das Verwaltungsrecht

Die Herleitung des Begriffs des verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnisses aus dem Zivilrecht kann nicht allein in der Weise erfolgen, daß in Übertragung der zivilrechtlichen Definition auf das Verwaltungsrecht ausschließlich die Zuordnung der zu erbringenden Leistung zu diesem vorgenommen wird. Erforderlich ist vielmehr darüber hinaus, die wesensmäßige und funktionelle Verschiedenheit des Verwaltungsrechts zum Zivilrecht im Rahmen der Gesamtrechtsordnung zu berücksichtigen. Eine Begriffsdefinition des verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnisses erfordert daher unter Auswertung der für das bürgerliche Recht geltenden Merkmale eine Festlegung der Abgrenzungskriterien zwischen Zivil- und Verwaltungsrecht (§ 6) und eine Erörterung des Wesens des Verwaltungsrechts (§ 7). Erst die aus der Erkenntnis der Wesensverschiedenheit zu ziehenden Folgerungen (§ 8) weisen den Weg zu einer inhaltlichen Ausfüllung des Rechtsbegriffs „verwaltungsrechtliches Schuldverhältnis“ (§ 9) und dessen Abgrenzung zu den allgemeinen verwaltungsrechtlichen Rechtsverhältnissen (§ 10), und erst die Hinzufügung der im Wesen des Verwaltungsrechts begründeten Besonderheiten (§ 11) läßt die endgültige Umschreibung dieses Rechtsbegriffs zu (§ 12).

⁹ Häufiger ist die Bezeichnung als „unvollkommen zweiseitig verpflichtende Verträge“. Vgl. *Palandt-Danckelmann Einf. vor § 320 Anm. 1 b)*, *Fikentscher* § 10 II 4.

§ 6 Das Problem der Abgrenzung des öffentlichen und privaten Rechts

Die Abgrenzung des Verwaltungsrechts vom bürgerlichen Recht ist eine der ältesten und der am meisten behandelten Streitfragen der Rechtswissenschaft. Eine mittlerweile unübersehbar gewordene Literatur und eine reichhaltige Rechtsprechung haben eine Klärung in dieser Frage bisher nicht herbeiführen können¹. Ihre ausführliche Erörterung würde jedoch die der vorliegenden Arbeit gezogenen Grenzen überschreiten. Im folgenden soll daher nur ein Überblick über die wesentlichsten Theorien gegeben² und auch nur insoweit eine eigene Stellung bezogen werden.

a) Eine Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht wird abgelehnt von *Kelsen*³, der eine Trennung vornimmt zwischen dem Staat als Träger der Rechtsordnung und dem Staat als Subjekt von Rechten und Pflichten. Eine Subordination liege nur im ersten Fall vor. Die Tätigkeit der Exekutive jedoch sei Erfüllung einer Rechtspflicht, und insoweit sei der Staat wie alle anderen Rechtssubjekte der Rechtsordnung unterworfen. Diese rein formale Argumentation, die auf die Beziehung der Rechtssubjekte zur Rechtsordnung abstellt, ohne materielle Gesichtspunkte zu berücksichtigen⁴ und auf den Inhalt der Erscheinungen einzugehen, ist unhaltbar. Denn aus einer gleichzeitigen

¹ *Wolff* § 22 II. — *Schulze* Meinung („Baudispensverträge“ (1964), S. 53), dies sei eine Folge des intensiven Leistungseinsatzes im Massenstaat der modernen Gesellschaft, übersieht, daß diese Problematik nicht erst in neuerer Zeit entstanden ist. Über die Abgrenzungskriterien hat bisher zu keinem Zeitpunkt Klarheit bestanden, und bereits im Jahre 1904 zählt *Holliger* („Das Kriterium des Gegensatzes zwischen dem öffentlichen Recht und dem Privatrecht“, Diss. jur. Zürich 1904, S. 11 ff.) insgesamt 17 Theorien auf.

² Eine sehr ausführliche Behandlung des Problemkreises enthält die Monographie *Molitors*: „Über Öffentliches Recht und Privatrecht“ (1949). Dort (S. 25–35) findet sich auch eine ausführliche Übersicht über die hierzu vertretenen Lehrmeinungen.

³ „Hauptprobleme der Staatsrechtslehre“ (1923), S. 268–270, „Allgemeine Staatslehre“ (1925), S. 80–91. Ebenso *Merkel*: „Allgemeines Verwaltungsrecht“ (1927), S. 84: „Was man an rechtlichen Unterschieden zwischen öffentlichem und privatem Recht feststellen zu können vermeint hat, sind Ausgebirnen naturrechtlicher Phantasie.“ Ablehnend auch *Krabbe* „Die Lehre von der Rechtssouveränität“ (1905), S. 42. Vgl. auch die Übersicht bei *Walter Burckhardt* „Die Organisation der Rechtsgemeinschaft“ (1943), S. 27 Anm. 21. — Auch die Ideologie des Nationalsozialismus verwarf eine Unterscheidung öffentliches Recht — Privatrecht mit der Erwägung, daß der völkisch-politische Charakter allen Rechts eine derartige Unterscheidung nicht mehr zulasse, da alles Recht auf die Gemeinschaft bezogen und daher öffentlich sei. Vgl. den Hinweis von *E. R. Huber* „Neue Grundlagen des hoheitlichen Rechts“ (1935), S. 7. Auch in der sowjetisch besetzten Zone Deutschlands wurde die Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht als Folge der dort nach Ende des 2. Weltkrieges propagierten Ideologie aufgegeben. Vgl. dazu *Jacobi*: Festgabe für *Rudolf Smend* 1952, S. 145–165.

⁴ Von *Turegg-Kraus* (S. 36) sprechen zutreffend von einer „inhaltlichen Entleerung“.

Unterwerfung von Staat und Bürger unter die geltende Rechtsordnung kann keineswegs gefolgert werden, daß damit auch insoweit eine rechtliche Gleichartigkeit zwischen beiden vorliegt. Denn die Rechtsordnung kann z. B. ein Rechtssubjekt, wie beispielsweise den Staat oder eine unterstaatliche Körperschaft, mit stärkeren Machtbefugnissen ausstatten als andere Rechtssubjekte, sie kann den staatlichen oder kommunalen Körperschaften Rechte einräumen oder Pflichten auferlegen, die ihrem Wesen nach nur von diesen wahrgenommen werden können, und die gleichzeitig bestimmte Gehorsamspflichten der Gewaltunterworfenen begründen (z. B. Gefahrenabwehr, Landesverteidigung, Bauplanung), während umgekehrt ein derartiges Sonderrecht von Zivilpersonen undenkbar ist. Damit soll jedoch andererseits die gleichmäßige Bindung jeder Gewaltausübung an Gesetz und Recht (Art. 20 (3) GG) nicht in Zweifel gezogen werden, nur darf hierbei die Unterschiedlichkeit der Begründung der jeweiligen Befugnisse nicht übersehen werden. Die gleichzeitige Unterwerfung von Staat und Bürger unter die Rechtsordnung schließt damit deren rechtliche Ungleichwertigkeit i. S. *Kelsens* im Verhältnis der Rechtssubjekte zueinander keineswegs aus.

Zudem setzt die Rechtsordnung, wie sich auch aus § 13 GVG, § 40 VwGO, § 89 BGB und § 7 HGB ergibt, die historisch bedingte⁵ Unterscheidung zwischen öffentlichem und bürgerlichem Recht voraus⁶, wenn auch nicht übersehen werden soll, daß beide Rechtsgebiete vielfach ineinander übergreifen⁷. So kann z. B. ein privatrechtliches Verhältnis Anknüpfungspunkt einer öffentlich-rechtlichen Regelung oder Tatbestandsmerkmal eines öffentlich-rechtlichen Rechtssatzes sein⁸, wie auch andererseits eine privatrechtliche Regelung das Vorliegen eines öffent-

⁵ *Bachof*: AöR 83 (1958), S. 227; *Zuleeg*: „Bürgerlichrechtliche Schuldverhältnisse zwischen Hoheitsträger und Staatsbürger aufgrund Verwaltungsakts“, Diss. jur. Erlangen 1959, S. 33 ff.; *Enneccerus-Nipperdey* S. 137; *Nowiasky*: „Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe“ (1948), S. 306.

⁶ *Bullinger*: „Vertrag und Verwaltungsakt“ (1962), S. 29 ff.; *Hoffmann*: „Der öffentlich-rechtliche Vergleich“, Diss. jur. München (ungedr.) 1953, S. 22; *Radbruch*: „Rechtsphilosophie“ (1963), S. 224 f. rechnet die Gliederung in öffentliches und privates Recht zu den „apriorischen Kategorien“. Ebenso: *Kull* S. 17; *Schlitzberger*: „Formzwang bei fiskalischen Rechtsgeschäften“, Diss. jur. Münster 1965, S. 1; *Terrahe*: „Die Beileihung als Rechtsinstitut der Staatsorganisation“, Diss. jur. Münster 1961, S. 27; *Stern*: *VerwArch* 49 (1958), S. 154. AA.: *Bachof*: AöR 83 (1958), S. 227: „Die Zweiteilung öffentliches und privates Recht ist keine apriorische, sondern eine Regelung des positiven Rechts.“ Vgl. auch ders.: *VVDStRL* 12, S. 65.

⁷ Vgl. *Baur*: *JZ* 1963, S. 41 ff.

⁸ z. B.: Die Fälligkeit der Erbschaftsteuer nach dem Erbschaftsteuergesetz idF. v. 1. 4. 1959 (BGBl. S. 188) setzt entweder einen zivilrechtlich gültigen Erwerb von Todes wegen (vgl. hierzu § 2) oder eine nach den §§ 516 ff. BGB wirksame Schenkung unter Lebenden (vgl. § 3) voraus (§ 1 I Ziff. 1 u. 2).

lich-rechtlichen Verhältnisses zur Voraussetzung haben kann⁹. Gegen die grundsätzliche Trennung beider Rechtsbereiche läßt sich hieraus jedoch nichts herleiten¹⁰.

b) Für die heutige Rechtswissenschaft nur noch historische Bedeutung haben die Theorien, die die Unterscheidung im Unterschied zwischen Vermögensrechten und Nichtvermögensrechten (sog. Fiskustheorie)¹¹, in den dem öffentlichen und privaten Recht jeweils eigenen Handlungsformen¹², im zwingenden Charakter des öffentlichen Rechts im Gegensatz zu der im Privatrecht herrschenden Privatautonomie (sog. Verfügungstheorie)¹³, im Parteiwillen oder in der Verschiedenheit von Rechtsetzung und Rechtsfindung¹⁴ suchen wollen. Im Vordergrund der heutigen wissenschaftlichen Diskussion und der sich mit Abgrenzungsfragen befassenden Rechtsprechung stehen im wesentlichen drei Theorien¹⁵: die Interessentheorie, die Subjektions- und die Zuordnungstheorie.

⁹ Zugunsten des Unternehmers kann im Enteignungsverfahren gemäß § 24 IV prEnteignungsG v. 11. 6. 1874 (prGS S. 47) eine Vormerkung eingetragen werden. Dies setzt jedoch die Feststellung der Enteignung durch den Regierungspräsidenten voraus.

¹⁰ Zur Methode der Bestimmung des öffentlichen und privaten Rechts vgl. auch Ernst Wolf: Festschrift für Erich Molitor 1962, S. 1 ff., der als mögliche Gegenstände der Abgrenzung bezeichnet:

- (1) Subjektive Rechte, Rechtspflichten und sonstige Einzelbeziehungen,
- (2) Rechtsverhältnisse,
- (3) Rechtsnormen.

¹¹ Sie wurde in der 2. Hälfte des 19. Jahrhunderts vor allem in zahlreichen Entscheidungen des RG vertreten (vgl. u. a. RGZ 11, S. 65; 22, S. 288; 25, S. 330; 57, S. 350; 70, S. 81; 74, S. 192; 75, S. 40). Auch das öffentliche Recht kennt jedoch Vermögensrechte (z. B. Anspruch auf Enteignungsschädigung, Steuerrechte, Rechte der Sozialversicherung), während sich im Privatrecht auch zahlreiche Nichtvermögensrechte (z. B. allgemeines Persönlichkeitsrecht, Namensrechte, Familienrechte) finden.

¹² E. R. Huber: ZgesStW 98 (1938), S. 319 ff.; ders.: „Neue Grundbegriffe des hoheitlichen Rechts“ (1935), S. 7 ff., S. 152 ff. In der Terminologie der damaligen Zeit fand diese Theorie Ausdruck in dessen Formulierung: „Die Grundkategorie des öffentlichen Rechts ist die hoheitliche Führung, Grundkategorie des Privatrechts das volksgenössische Zusammenwirken.“ Gerade aber die zunehmende Verwendung ursprünglich nur zivilrechtlicher Rechtsinstitute im öffentlichen Recht (Vertrag, Verzicht, Verwirkung, Geschäftsführung ohne Auftrag) läßt dieses Unterscheidungsmerkmal entfallen.

¹³ Burckhardt: „Methode und System des Rechts“ (1936), § 8; ders.: „Die Organisation der Rechtsgemeinschaft“ (1943), S. 34 ff. Die freiwillige Übernahme öffentlich-rechtlicher Verpflichtungen ist jedoch ebenso möglich (z. B. Begründung des Beamtenverhältnisses, Immatrikulation, freiwillige Anstaltsnutzung und freiwilliger Beitritt zu öffentlich-rechtlichen Genossenschaften, Einbürgerung) wie die durch zwingenden Rechtssatz angeordnete Belastung mit privatrechtlichen Pflichten (z. B.: Pflicht zur Unterhaltsleistung, Personensorge und Schadensersatzleistung).

¹⁴ Zu den Einzelheiten vgl. Wolff § 22 II a) 1—5.

¹⁵ In Abweichung hiervon will Schulze (S. 53) nur noch den beiden letztgenannten Theorien eine aktuelle Bedeutung beimessen. Diese Einteilung ist

c) Anknüpfungspunkt der Interessentheorie ist die vielzitierte Definition *Ulpian's*¹⁶:

„publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem“.

Soweit die Auswirkungen des konkreten Rechtsverhältnisses auf das öffentliche Interesse gerichtet sind, soll öffentliches Recht, soweit vornehmlich private Interessen berührt werden, soll Privatrecht vorliegen. Die Interessentheorie stellt damit weder auf die Beziehung der am Rechtsverhältnis Beteiligten zueinander, noch — jedenfalls in ihrer ursprünglichen Form — auf den zugrunde liegenden Rechtssatz ab. Ausschließlicher Bezugspunkt ist vielmehr die Auswirkung der jeweiligen Sonderbeziehung auf die beteiligten Interessen¹⁷.

In leichter Abwandlung der ursprünglichen Formulierung will *Nawiasky*¹⁸ nicht auf die Berührung öffentlicher Interessen durch das jeweilige Rechtsverhältnis, sondern auf den Charakter des jeweils zur Anwendung kommenden Rechtssatzes abstellen: Sind in diesem die Interessen der Gesamtheit höher bewertet als diejenigen des einzelnen Privatrechtssubjekts, so soll öffentliches Recht vorliegen, während die Bevorzugung der Einzelinteressen auf Privatrecht schließen lassen soll.

Das öffentliche Interesse¹⁹ kann jedoch als Abgrenzungskriterium zwischen privatem und öffentlichem Recht nicht befriedigen. Denn alles objektive Recht dient dem Zusammenleben der Menschen sowohl in

jedoch zu eng und übersieht, daß auch die Interessentheorie heute noch vertreten wird. Vgl. z. B. BVerwG 31. 8. 1961: NJW 1962, S. 170. Darüber hinaus findet sie vielfach Verwendung in den Fällen, in denen eine Abgrenzung nach den übrigen Theorien nicht möglich erscheint. Daher spricht *Menger* (VerwArch 53 (1962), S. 394) von einer „Renaissance der Interessentheorie“. Selbst *Schulze* führt aus (S. 60), daß Baudispensverträge idR. abgeschlossen werden, „um den Interessen der Gemeinde in ausreichender Weise Rechnung zu tragen.“

¹⁶ Dig. I 1. 1 § 2.

¹⁷ Die Interessentheorie wurde namentlich vertreten von *Triepel*: Festschrift für *Brunner* 1914, S. 545; von *Savigny*: „System des heutigen römischen Rechts“ (1840) I Bd., S. 22 ff.; von *Ihering*: „Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung“ (1907) III. Bd., § 61; *Apelt*: „Der verwaltungsrechtliche Vertrag“ (1920), S. 129 f.; *Ruppert*: „Der öffentlich-rechtliche Vertrag im Verwaltungsrecht“, Diss. jur. Würzburg 1935, S. 11 f. *Jedlicka*: „Der öffentlich-rechtliche Vertrag im Verwaltungsrecht“, Diss. jur. Zürich 1928, S. 17 f. In neuerer Zeit wird sie vertreten von *Nebinger* S. 218; *Stern*: VerwArch 49 (1958), S. 155 f. für den koordinationsrechtlichen Vertrag; *Hoffmann* S. 27 ff. *Eyermann-Fröhler* § 40 Anm. 5 für die öffentlich-rechtlichen Gleichordnungsverhältnisse; ebenso *Wannagat*: NJW 1961, S. 1191 (1193); *Menger*: VerwArch 53 (1962), S. 394; *Rupp*: JuS 1961, S. 60; vgl. auch RGZ 154, S. 201 (206); BVerwG 13, S. 49/50.

¹⁸ „Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe“ (1948), S. 294 ff.

¹⁹ Zu diesem Begriff vgl. u. § 41 a).

privatrechtlichen als auch in öffentlich-rechtlichen Korporationen. Es regelt den Ausgleich mannigfacher widerstreitender Interessen und dient damit letztlich dem öffentlichen Interesse²⁰. Auch kann an privatrechtlichen Gestaltungen in gleicher Weise ein vorrangiges öffentliches Interesse bestehen, wie umgekehrt ein privates Interesse an öffentlich-rechtlichen Maßnahmen vorhanden sein kann²¹. Darüber hinaus ist die Verwaltung nicht gehindert, in privatrechtlichen Formen unmittelbar öffentliche Verwaltungszwecke zu verfolgen²², so daß auch aus diesem Grunde die Berührung öffentlicher Interessen keinen Rückschluß auf den Charakter des Rechtsverhältnisses zuläßt. Letztlich gibt auch der Begriff des öffentlichen Interesses infolge Fehlens eines für jede Fallgestaltung festumgrenzten Inhalts²³ der subjektiven Wertung der Beteiligten einen zu weiten Spielraum, indem er auch auf den im Einzelfall von ihnen verfolgten Zweck abstellt²⁴. Eine sichere Abgrenzung läßt sich nach dieser Theorie daher nicht vornehmen.

Aber auch in der von *Nawiasky*²⁵ vertretenen Modifizierung ist die Interessentheorie zur Abgrenzung nicht geeignet. Denn mehrere Bestimmungen des BGB, deren Zuordnung zum bürgerlichen Recht nicht zweifelhaft ist, stellen gerade auf eine Berücksichtigung öffentlicher Interessen ab, wie z. B. die §§ 525 II, 679, 2194 S. 2 BGB²⁶. Andererseits

²⁰ *Kelsen*: „Hauptprobleme der Staatsrechtslehre“ (1923) S. 269; *Wolff* § 22 II a) 6; *Schlitzberger* S. 5.

²¹ *Wolff* aaO.

²² *Dahm*: „Deutsches Recht“ (1963), S. 143; *Kohl*: „Die Möglichkeit öffentlich-rechtlicher Verträge im Verwaltungsrecht“, Diss. jur. Freiburg 1934, S. 23; *Siebert*: Festschrift für *Niedermeyer* 1953, S. 219 f. ders.: *DÖV* 1959, S. 733 ff.; *Bachof*: *AöR* 83 (1958), S. 234; *Flessa*: *NJW* 1958, S. 1276; *Reuss*: Staatsbürger und Staatsgewalt 1963, Bd. II, S. 255 ff.; *Schuegraf*: *NJW* 1964, S. 2088 f.; *BVerfG* v. 28. 2. 1961 *NJW* 1961, S. 547 (548/49); vgl. dagegen *RGZ* 154, S. 201 (207): „Aus einem öffentlich-rechtlichen Verhältnis können sich grundsätzlich nur öffentlich-rechtliche Beziehungen der Beteiligten entwickeln.“ — Diese nur formell, aber nicht mehr inhaltlich fiskalische Tätigkeit ist als „Verwaltungsprivatrecht“ zu bezeichnen. Vergl. *Wolff* § 23 II b); *Wertenbruch*: *JuS* 1961, S. 105 ff.

²³ Dieses Moment bezeichnet *Ruppert* (S. 11) gerade als einen Vorteil der von ihm gebilligten Interessentheorie, da hierdurch das Recht von seiner Starre und seinem mangelnden Gleichklang mit dem jeweiligen Rechtsempfinden befreit werde. Eine Abgrenzungstheorie soll jedoch nicht die Begründung eines vorgefaßten Ergebnisses erleichtern, sondern eine für Wissenschaft und Praxis brauchbare Einteilung der einzelnen Rechtsverhältnisse ermöglichen.

²⁴ So auch *Moebis* S. 17; *Bullinger* S. 37; *BVerfGE* 7, S. 342 (355).

²⁵ Vgl. o. S. 12 Fußn. 18.

²⁶ *Molitor* S. 30; *Zuleeg* (Diss.) (S. 40/41) wendet unter Berufung auf *Nawiasky* (S. 295) hiergegen ein, es sei ein Unterschied zu machen zwischen dem öffentlichen Interesse an der Regelung und der Bevorzugung öffentlicher Interessen in der Regelung. Diese Unterscheidung ist jedoch unhaltbar. Wenn das öffentliche Interesse in der Regelung bevorzugt wird, besteht gleichzeitig auch ein öffentliches Interesse an der Regelung. Ablehnend insoweit auch *Menger*: *VerwArch* 53 (1962), S. 394; *Ruck* S. 37 Fußn. 71.

kennt das öffentliche Recht auch eine Anzahl von Rechtsinstituten, die unmittelbar und ausschließlich den Einzelinteressen dienen, wie z. B. den Folgenbeseitigungsanspruch. Zudem stellt die Formulierung *Nawiasky*s keine Lösung, sondern nur eine Verschiebung des Problems von der Ebene des Rechtsverhältnisses auf die Ebene der Rechtssätze dar.

d) Die lange Zeit herrschende und auch heute noch vielfach vertretene²⁷ Subjektionstheorie sucht das Unterscheidungsmerkmal zwischen öffentlichem und privatem Recht in der Stellung der am Rechtsverhältnis Beteiligten zueinander: Während das öffentliche Recht dadurch gekennzeichnet sei, daß sich dort ein Subjekt öffentlicher Verwaltung als Träger hoheitlicher Gewalt und eine dieser Hoheitsgewalt unterworfenen Zivilperson gegenüberstehen, seien die Rechtssubjekte des Privatrechts grundsätzlich mit gleichen Rechten ausgestattet. Schlagwortartig wird das öffentliche Recht als Subordinationsrecht, das Privatrecht als Koordinationsrecht bezeichnet.

Unrichtig ist es jedoch, diese Überordnung aus der Rechtsfolge einer im konkreten Fall zur Anwendung gelangenden Rechtsnorm abzuleiten²⁸, da dann nur die mit einseitigem Befehl und Zwang vorgehende Eingriffsverwaltung als öffentlich-rechtlich zu qualifizieren wäre²⁹. Denn unstreitig ist auch die schlicht-hoheitliche Verwaltung in ihren verschiedenen Handlungsformen dem öffentlichen Recht zuzuordnen³⁰.

Die Subordination im Sinne der Subjektionstheorie kann daher stets nur so zu verstehen sein, daß die Subjekte der hoheitlichen Verwaltung die *Befugnis* zur einseitig verbindlichen Regelung haben. Als Kriterien der Subjektionstheorie kommen daher nur in Betracht der „potentielle

²⁷ Vertreter dieser Theorie waren bzw. sind u. a.: *Stödter*: „Öffentliche Entschädigung“ (1933), S. 6; *Moebis* S. 18; *Zuleeg* (Diss.) S. 46 ff. ders.: („Subventionen“) S. 34 ff.; ders.: *DVBl* 1963 S. 34; *Friedrichs*: „Der Allgemeine Teil der Rechts“ (1927), S. 5; *Molitor* S. 48; *Georg Jellinek*: „Allgemeine Staatslehre“ (1960), S. 386; *Radbruch*: „Einführung in die Rechtswissenschaft“ (1964), S. 88 f.; *Forsthoff* S. 100 ff.; *Schack*: Festschrift für *Rudolf Laun* 1948, S. 280; *Katholnigg*: *DVBl* 1962, S. 902. Aus der Rechtsprechung vgl. u. a. *RGZ* 125, S. 400; 166, S. 216 (218); 167, S. 281 (284); 170, S. 284; *BGHZ* 14, S. 227; v. 5. 7. 1957: *DÖV* 1958, S. 861; v. 25. 6. 1961: *DVBl* 1962, S. 102; *BayVerfGH* v. 20. 6. 1956: *BayVwBl* 1956, S. 274 f. Teilweise wird die Subjektionstheorie um ein Element der Interessentheorie erweitert, indem der Zweck der jeweiligen Regelung mit einbezogen wird. Vgl. von *Turegg* S. 35 ff.; *Lehmann* S. 1 ff.; *Boehmer*: „Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung“ (1950) I. Buch S. 167. Vgl. auch *BVerwG* v. 31. 8. 1961: *NJW* 1962, S. 170.

²⁸ So aber z. B. *Zuleeg* (Diss.) S. 46; mißverständlich auch *Terrahe* S. 28.

²⁹ Es ist allerdings nicht zu leugnen, daß die Subjektionstheorie von der Struktur der Eingriffsverwaltung her bestimmt ist. Vgl. *Bachof*: *VVDStRL* 12, S. 65.

³⁰ Die Fälle des Verwaltungsprivatrechts sollen hier einmal außer Betracht bleiben.

Verwaltungsakt“ oder die „potentielle Rechtsverordnung“³¹, nicht jedoch der konkrete Verwaltungsakt bzw. die konkrete Verordnung, so daß der einseitig mit Zwang verbundene Befehl nur ein Indiz für ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis sein kann³².

Die Subjektionstheorie ist jedoch zur Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht nicht geeignet, wie vor allem aus den von Wolff³³ erhobenen Bedenken offenbar wird³⁴: Die Subordination ist nur die Folge eines öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnisses, sie ist lediglich Ausdruck einer logischen Konsequenz³⁵. Es ist daher eine *petitio principii*³⁶, in der Überordnung gleichzeitig die Voraussetzung des öffentlichen Rechts sehen zu wollen. Auch die Hervorhebung, die Beteiligung des Trägers hoheitlicher Gewalt als solchen habe eine Subordination zur Folge, geht ins Leere, wie schon die heute anerkannte Möglichkeit verwaltungsprivatrechtlichen Handelns verdeutlicht. Darüber hinaus ist die Anerkennung eines ausschließlichen Über-Unterordnungsverhältnisses Staat/Bürger mit der heutigen juristischen und sozialen Wirklichkeit kaum noch vereinbar. Während einerseits unverkennbar ein Abbau der Staatsmacht eingesetzt hat und „an die Stelle eines weit hin straff organisierten, hierarchisch aufgebauten Behördenapparates eine Vielzahl locker koordinierter oder kontrollierter selbständiger Verwaltungsträger“³⁷ getreten ist, haben nicht zuletzt die Verbände des Wirtschaftslebens (Arbeitgeberverbände, Gewerkschaften), dessen Institutionen (Banken) und Funktionsträger (Absatz- und Verwertungsgenossenschaften) Machtpositionen erhalten, die in gleicher Weise wie im staatlichen Bereich von einer tatsächlichen Subordination trotz privatrechtlicher Gestaltung sprechen lassen. Zudem sind auch Fälle rechtlicher Unterordnung dem Privatrecht nicht fremd³⁸ (z. B. Kindschaft, Arbeits- und Ausbildungsverhältnis), während das öffentliche Recht zu-

³¹ Zutreffend spricht Buchner („Die Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts“, Diss. jur. München (ungedr.) 1958, S. 52 f.) von der Möglichkeit (!) der Anwendung obrigkeitlicher Gewalt als besonderem Wesenszug aller staatlichen Verwaltungstätigkeit.

³² Zutreffend insoweit Schulze S. 56. Vgl. auch Bachhof: VVDStRL 12, S. 65; Georg Jellinek: „System der subjektiven öffentlichen Rechte“ (1919), S. 265 ff.; Wolff § 3 I e): „Die Subjekte öffentlicher Verwaltung ... verfügen ... über eine rechtliche Überlegenheit und sogar das Oligopol legalen Zwanges ... in besonderen, nur ihnen zustehenden rechtlichen Formen und Weisen.“

³³ § 22 II a) 7; AöR 76 (1950/51), S. 205 ff.

³⁴ Zweifel an der Verwendbarkeit der Subjektionstheorie äußert auch Bachhof aaO.

³⁵ So auch Stern: AöR 84 (1959), S. 316.

³⁶ Wolff § 22 II a) 7.

³⁷ Bullinger S. 32.

³⁸ So auch Boehmer S. 165.

nehmend von Gleichordnungsverhältnissen durchsetzt ist³⁹, ⁴⁰. Vollends versagt die Subjektionstheorie in den Fällen öffentlich-rechtlicher Rechtsverhältnisse zwischen Privatrechtssubjekten⁴¹, zwischen denen eine Subordination als Folge hoheitlicher Gewalt undenkbar ist.

In unlösbare Schwierigkeiten gerät die Subjektionstheorie ebenfalls bei der Einordnung der verwaltungsrechtlichen Verträge, da der Vertrag begrifflich die rechtliche Gleichberechtigung der Vertragspartner verlangt und eine Subordination aus diesem Grunde als Abgrenzungskriterium ausschließt⁴². So ist es denn auch nicht verwunderlich, wenn die Verfechter der Subjektionstheorie außerhalb der von ihnen vertretenen Lehre liegende Kriterien heranziehen und dabei teilweise die Überschreitung der Grenzen der Privatautonomie der Hoheitsträger für

³⁹ z. B. Erstattungsansprüche des zur vorläufigen Hilfeleistung verpflichteten Fürsorgeverbandes gegen den endgültig verpflichteten Fürsorgeverband gemäß §§ 103 ff. BSHG; sonstige Rechtsverhältnisse zwischen Körperschaften des öffentlichen Rechts; verwaltungsrechtliche Verträge.

⁴⁰ Das Zugeständnis, daß die Subjektionstheorie gegenüber dem Argument der privatrechtlichen Subordinationen versagt, muß selbst Zuleeg machen, der in seiner Monographie: „Die Rechtsform der Subventionen“ (1965) einer Beibehaltung der überkommenen Theorie — zumindest als Grundlage einer Kombination der verschiedenen Lehren — das Wort redet. Dem Argument Wolffs, daß auch das Privatrecht eine Subordination kenne, will Zuleeg durch eine Hereinnahme der zuvor (S. 32 f.) von ihm abgelehnten Zuordnungstheorie begegnen. Im übrigen erscheint der Wert der von ihm angesichts der von Wolff vorgetragenen Kritik vorgenommenen Modifizierung (S. 38 f.), wonach öffentliches Recht dann vorliegen soll, wenn die handelnden Organe zu erkennen geben, daß sie als rechtlich übergeordnete dem Bürger gegenüber treten wollen, und Privatrecht, wenn sie sich auf eine rechtlich gleiche Ebene begeben, sehr zweifelhaft. Soll der Grad der Offenkundigkeit des hoheitlichen Handelns entscheidend sein? Zudem ist der „Wille zur Subordination“ in weiten Teilen der leistenden Verwaltung gerade nicht zu erkennen.

⁴¹ Ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis zwischen Privatpersonen lag der Entscheidung des BGH v. 25. 5. 1961 (NJW 1961, S. 1356) zugrunde: Der Kläger war Eigentümer eines mit Bäumen bewachsenen Grundstückes gewesen. Im Zuge eines Umlegungsverfahrens wurde ihm das Eigentum hieran zugunsten des Beklagten entzogen. Er machte nunmehr Wegnahmeansprüche aus § 50 II S. 3 FlurbG geltend. Der BGH versucht hier in Anwendung der Subjektionstheorie den öffentlich-rechtlichen Charakter des Rechtsverhältnisses zwischen den Parteien zu begründen: Das Verhältnis sei öffentlich-rechtlich, da der einzelne Beteiligte unmittelbar kraft seiner Unterwerfung unter die Gewalt des Staates zu dem der gleichen Gewalt Unterworfenen in Beziehung stehe. Die über den allgemeinen Status hinausgehende Rechtsbeziehung bei beiden Beteiligten am Umlegungsverfahren soll die öffentlich-rechtliche Natur des Rechtsverhältnisses zwischen den Privaten (!) begründen. Damit liegt aber nicht mehr eine Anwendung der Subjektionstheorie vor. Denn die Unterwerfung unter die hoheitliche Gewalt mit der Folge der Subordination kann nur im Verhältnis der unmittelbar Beteiligten zueinander bestehen, nicht aber im Verhältnis zu einem Dritten. Daß eine über den allgemeinen Status hinausgehende öffentlich-rechtliche Beziehung beide Beteiligten aufgrund des gleichen Sachverhalts in gleicher Weise trifft, kann den öffentlich-rechtlichen Charakter ihres Verhältnisses zueinander nicht begründen.

⁴² Vgl. Rupp: JuS 1961, S. 60.

erheblich erachten⁴³, oder einen hoheitlichen oder hoheitsbezogenen Charakter der Vereinbarung als entscheidend ansehen⁴⁴. Teilweise findet auch ein Rückgriff auf die Interessentheorie statt⁴⁵, oder es wird versucht, eine „Subjektionstheorie im weiteren Sinne“ zu entwickeln⁴⁶. Letztlich hat man versucht⁴⁷, auf die Wirkungen der Übereinkunft abzustellen und einen Vertrag dann als öffentlich-rechtlich zu qualifizieren, wenn er auf die Begründung, Veränderung oder Aufhebung eines Rechtsverhältnisses des öffentlichen Rechts gerichtet ist. Dies ist jedoch ein Zirkelschluß und damit als Kriterium der Abgrenzung unbrauchbar.

Wenn Schulze⁴⁸ ausführt, daß die Subjektionstheorie für die Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht oft gute Dienste tue, und er hierbei auf die Fälle obrigkeitlichen Verwaltungshandelns verweist, so kann auch dem nicht gefolgt werden, denn die Qualifizierung dieses Handelns der Träger öffentlicher Verwaltung als öffentlich-rechtlich ist nach keiner Abgrenzungstheorie zweifelhaft und wird auch von keiner Seite in Zweifel gezogen. Warum es ein Vorteil gerade der Subjektionstheorie sein soll, daß auch sie zu diesem Ergebnis führt, ist nicht ersichtlich. Zudem erscheint es sehr zweifelhaft, einer im Ansatzpunkt verfehlten Theorie deswegen folgen zu wollen, weil für einen begrenzten Bereich des Rechts das „in ihrer Anwendung“ erzielte Ergebnis als richtig erscheint. Denn in Wirklichkeit kann überhaupt nicht von der Anwendung einer Theorie gesprochen werden. Es wird vielmehr in allen Fällen nur eine mögliche Folge aus dem öffentlich-rechtlichen Charakter eines Rechtsverhältnisses, nämlich die Über/Unterordnung der Beteiligten, zum Abgrenzungskriterium erhoben. Die Abgrenzung selbst erfolgt nach juristisch nicht faßbaren Momenten, so daß die Subjektionstheorie letztlich ein nicht unbeträchtliches Maß an Unsicherheit in sich birgt und aus diesem Grunde, der zu den konstruktiven Unzulänglichkeiten noch hinzukommt, abzulehnen ist⁴⁹.

⁴³ Imboden: „Der verwaltungsrechtliche Vertrag“ (1958), S. 40.

⁴⁴ Salzwedel: „Die Grenzen der Zulässigkeit eines öffentlich-rechtlichen Vertrages“ (1958), S. 100.

⁴⁵ Eyermann-Fröhler § 40 Anm. 5.

⁴⁶ Zuleeg („Subventionen“) S. 37 f.

⁴⁷ Steffen: „Der öffentlich-rechtliche Vertrag“, Diss. jur. Königsberg 1938, S. 10 f.

⁴⁸ aaO. S. 56.

⁴⁹ In Erkenntnis dieser Unzulänglichkeiten war die Rechtsprechung oftmals gezwungen, eine Abgrenzung nach anderen Kriterien vorzunehmen, und stellte daher auf die „Umstände des Einzelfalles“ oder die „Natur der Sache“ ab. Diese auf eine zusammenhanglose Kasuistik hinausführende Abgrenzungspraxis ist mit den Grundsätzen eines Rechtsstaates unvereinbar und als willkürlich letztlich abzulehnen. Vgl. auch Schulze S. 57 f., dort auch Nachweise über die hier abgelehnte Rechtsprechung.

e) Die Unzulänglichkeiten der bisher aufgezeigten Theorien führten zur Entwicklung der Zuordnungstheorie durch Wolff⁵⁰, der vom Inhalt des objektiven Rechts ausgehend die Unterscheidung in den konstituierenden Rechtssätzen sucht: Da das objektive Recht aus Rechtssätzen bestehe, müsse Anknüpfungspunkt der Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht dieser Bestandteil der Rechtsverhältnisse sein. Die logische Form eines Rechtssatzes besage, daß bei Erfüllung eines Tatbestandes ein Zuordnungsobjekt eine Rechtsfolge setzen solle. Unser Rechtssystem kenne als mögliche Zurechnungs- und Zuordnungsobjekte Rechtsträger des öffentlichen und des privaten Rechts. Offenkundig sei nun, daß der Unterschied in den zu trennenden Rechtsbereichen nicht im rechtsfolgebedingenden Tatbestand⁵¹ und ebenso nicht in einer Verschiedenheit der Rechtsfolgen⁵² gesehen werden könne. Entscheidend sei vielmehr die Art der beteiligten Rechtssubjekte⁵³, nämlich die Verschiedenheit der Zuordnungsobjekte, d. h. derjenigen Rechtssubjekte, denen subjektive Rechte und Pflichten zugeordnet seien. Das Privatrecht sei dadurch gekennzeichnet, daß es sowohl den Trägern hoheitlicher Gewalt als auch den Privatpersonen Tatbestände zurechne bzw. Rechtsfolgen zuordne, es sei daher „ein allgemeines, potentiell alle Rechtspersonen berechtigendes oder verpflichtendes objektives Recht“⁵⁴. Das öffentliche Recht sei demgegenüber der öffentlichen Regierung und Verwaltung zugeordnet und müsse verstanden werden als „der Inbegriff derjenigen Rechtssätze, deren Zuordnungsobjekt ausschließlich ein Träger hoheitlicher Gewalt“ sei⁵⁵. Nach Wolff sind öffentlich-rechtlich daher

⁵⁰ § 22 II c); AöR 76 (1950/51), S. 205 ff.; JZ 1953, S. 551; DVBl. 1961, S. 209.

⁵¹ z. B. ist die Willenserklärung ein Rechtsinstitut sowohl des privaten wie des öffentlichen Rechts. Vgl. Forsthoff S. 183 ff.; Wolff § 44 II a) — c).

⁵² Dem öffentlichen wie dem privaten Recht sind gleichermaßen Verpflichtungen zu Schadensersatz, zur Herausgabe und zur Verzinsung von Geldforderungen bekannt.

⁵³ Jedoch nicht iS. der älteren Subjektstheorie, nach der alle Rechtssätze dem öffentlichen Recht angehören, deren Zuordnungsobjekt der Staat oder irgendein anderes Gemeinwesen als solches, in dieser seiner Eigenschaft ist. Vgl. dazu u. a. Prazak: AöR 4 (1889), S. 260; Richter: AöR 8 (nF) (1925), S. 18; Kohl S. 25; Otto Mayer Bd. I S. 15, 114 f.; Enneccerus-Nipperdey S. 228. Gegen diese Theorie ist geltend zu machen, daß die Träger hoheitlicher Gewalt auch Zuordnungsobjekt privatrechtlicher Rechtssätze sein können (z. B. Abschluß von Kauf- und Dienstverträgen, Beteiligung an Aktiengesellschaften und Genossenschaften), wie auch Personen des Privatrechts Zuordnungsobjekt öffentlich-rechtlicher Rechtssätze sein und in Anwendung öffentlichen Rechts handeln können (z. B. Beleihung). Bachof (AöR 83 (1958), S. 229) spricht insoweit zutreffend von einer „doppelfunktionellen Stellung der Rechtssubjekte“. Die ältere Subjektstheorie ist daher inzwischen aufgegeben worden. Vgl. Terrahe S. 30 f.

⁵⁴ AöR 76 (1950/51), S. 208.

⁵⁵ § 22 II c).

„diejenigen Pflichten, Rechte, Ansprüche und Rechtsverhältnisse, die sich aus einem Rechtssatz ergeben, der nicht jedermann (potentiell oder aktuell) verpflichtet oder berechtigt, sondern notwendig nur einen Staat, eine Religionsgemeinschaft oder ein Subjekt verpflichtet oder (!) berechtigt, das durch Staatsakt zur Wahrnehmung gemeinsamer Angelegenheiten einer über individuelle Bezeichnungen hinausgehenden Personenvielheit verpflichtet ist“.

Für das Handeln der Träger hoheitlicher Gewalt folgt hieraus, daß sie Privatrechtssubjekte sind, sofern sie sich derselben Rechtssätze bedienen, die für alle Rechtspersonen gelten oder Tatbestände verwirklichen, die von jedermann ebenso verwirklicht werden können; sofern sie sich jedoch eines nur ihnen eingeräumten *Sonderrechts* bedienen oder Tatbestände verwirklichen, die so nur von Trägern oder anderen Subjekten hoheitlicher Gewalt verwirklicht werden können, sind sie Subjekte des öffentlichen Rechts.

Die Zuordnungstheorie *Wolffs* geht vom einzig richtigen Ausgangspunkt der Unterscheidung des öffentlichen und privaten Rechts, den den Inhalt des Rechts bildenden Rechtssätzen aus⁵⁶. Sie sieht das entscheidende Kriterium somit in der Grundlage und Voraussetzung der Rechtsverhältnisse, nicht wie die Subjektionstheorie in deren Folgerung, so daß ihr bereits aus Gründen der Systematik der Vorzug zu geben ist⁵⁷. Zudem ermöglicht sie eine sichere Abgrenzung der beiden Rechtsbereiche und wird daher auch den Anforderungen des Rechtsstaates gerecht. Demgegenüber vermögen die gegen sie vorgebrachten Einwendungen nicht zu überzeugen:

*Jentsch*⁵⁸ wendet gegen diese Theorie ein, daß viele — wenn nicht sogar alle — Rechtsbeziehungen zwischen Rechtsträgern vom Gesetzgeber entweder in der Form des öffentlichen Rechts oder in der Form des Privatrechts geregelt werden könnten, und daß es dann für ihn eine politische Frage sei, ob er eine Materie dem öffentlichen oder dem privaten Recht zuordne. Es sei vielmehr festzustellen, daß es ein Merkmal des öffentlichen Rechts sei, daß eine Verfügungsmöglichkeit über das Rechtsverhältnis *allein* dem Staat und den öffentlich-rechtlichen Körperschaften und Stiftungen eingeräumt sei⁵⁹.

⁵⁶ Hieraus folgt gleichzeitig, daß dieser Unterschied jeder Rechtsordnung eigen ist, gleichgültig, ob hieraus ein kompetenzieller Unterschied für die Entscheidung öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Streitigkeiten folgt.

⁵⁷ Ebenso *Schulze* S. 59.

⁵⁸ DÖV 1956, S. 299.

⁵⁹ Öffentliches Recht sollen danach alle diejenigen Rechtsbeziehungen zwischen Rechtsträgern sein, welche „nur die Organe des Staates oder der mit Staatsaufgaben betrauten Körperschaften und Anstalten durch Rechtssatz, Verwaltungsakt oder Rechtsgestaltungsurteil begründen, ändern oder aufheben können.“ Damit wäre der gesamte Bereich der schlichten Hoheitsverwaltung, sowie der durch öffentlich-rechtliche Rechtsgeschäfte begründeten oder geänderten Rechtsverhältnisse dem Privatrecht zuzuordnen. Ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis zwischen Privatpersonen wäre undenkbar.

Der Ausgangspunkt der Argumentation von *Jentsch* unterliegt bereits starken Zweifeln. Denn das öffentliche Recht als Sonderrecht der Träger hoheitlicher Gewalt kann nicht die Rechtsbeziehungen der Privatrechtssubjekte erfassen. Soweit es sich also um die Regelung dieser Rechtsbeziehungen handelt (Kauf, Miete, Aktienrecht), liegt ein allgemeines Recht und damit wesensnotwendig Privatrecht vor. Eine Regelung in der Form des öffentlichen Rechts wäre daher unsinnig und würde gleichzeitig den Rechtsverkehr lähmen. Soweit jedoch die öffentlich-rechtliche oder die privatrechtliche Regelung einer Materie alternativ zur Verfügung stehen⁶⁰, besteht kein Widerspruch zur Zuordnungstheorie, da ihr nur die systematische Trennung der Rechtsbereiche, nicht jedoch eine Bindung des Gesetzgebers obliegt. Die Bedenken von *Jentsch* sind daher nicht begründet.

*Kull*⁶¹ lehnt die Theorie *Wolffs* mit der Begründung ab, es liege kein zutreffendes Kriterium vor, wann es sich um einen ausschließlich dem Staat oder einem von ihm sich ableitenden Verband zugeordneten Rechtssatz oder Anspruch handelt. Dieser Einwand kann nicht als gegen den Kern der Zuordnungstheorie gerichtet angesehen werden. Denn die Unterscheidung, ob ein Träger öffentlicher Gewalt oder ein Rechtssubjekt des Privatrechts bei Vorliegen einer Tatbestandserfüllung eine Rechtsfolge setzen soll bzw. darf, ob der in dieser Weise Handelnde, also der Staat oder eines seiner körperschaftlichen oder anstaltlichen Glieder oder ein mit öffentlicher Gewalt Beliehener⁶² oder mit öffentlicher Last Belasteter ist, oder ob es sich um eine natürliche oder juristische Person des Privatrechts handelt, ist im Anschluß an *Wolff*⁶³ in der Weise vorzunehmen, daß die Individualität der natürlichen Person des Privatrechts durch die Tatsache der Geburt, die der juristischen Privatpersonen durch tatsächliches Verhalten von Menschen bestimmt wird. Demgegenüber wird die Individualität der Subjekte des öffentlichen Rechts durch einen Staatsakt (Verwaltungsakt, Rechtssatz oder Organisationsakt) bestimmt. Während dem staatlichen Handeln insoweit konstitutive Bedeutung zuzusprechen ist, haben Rechtssatz und Verwaltungsakt — bezogen auf die natürlichen und juristischen Privatpersonen — nur die Funktion der Anerkennung als Person im Rechtssinne (Beurkundung einer Geburt, Eintragung eines Vereins, Genehmigung eines Stiftungsgeschäfts, Eintragung einer Aktiengesellschaft) und der näheren Regelung ihrer Außen- und Innenverhältnisse. Die

⁶⁰ So bei den unter Beteiligung von Trägern hoheitlicher Gewalt mit diesen oder mit den von ihnen getragenen Einrichtungen zustande gekommenen Rechtsbeziehungen (z. B. Anstaltsnutzungsverhältnisse).

⁶¹ S. 21.

⁶² Zur Beleihung vgl. *Wolff* § 104; *Buchner* S. 68 ff. jeweils mwN.

⁶³ AöR 76 (1950/51), S. 209; ebenso *Stern*: AöR 84 (1959), S. 318.

Einwände *Kull*s sind daher nicht haltbar, da ein Abgrenzungskriterium der Zuordnungssubjekte durchaus besteht⁶⁴.

Gewichtiger, wenn auch im Ergebnis nicht durchgreifend, ist die hiergegen vorgetragene Kritik *Zuleegs*⁶⁵, der geltend macht, die Abgrenzung der Personen des Privatrechts von den Subjekten des öffentlichen Rechts sei in der vorgenommenen Weise nicht haltbar. Denn auch die Individualität der juristischen Personen des Privatrechts werde durch einen Staatsakt aufgrund eines Rechtssatzes bestimmt. Ein besonderes Wesensmerkmal der juristischen Personen des öffentlichen Rechts lasse sich daher überhaupt nicht finden⁶⁶. *Zuleeg* verkennt hierbei, daß dem staatlichen Handeln mit der Folge der Individualitätsbestimmung der juristischen Privatpersonen ein auf die Erreichung dieses Zieles gerichtetes Handeln von natürlichen Privatpersonen vorgelagert ist (Gründung eines Vereins oder einer Genossenschaft, Stiftungsgeschäft), daß also der Staatsakt ohne das ihn vorbereitende und erstrebende menschliche Handeln undenkbar ist. Ein weiterer wesentlicher Unterschied folgt aus dem Inhalt und der Funktion der verschiedenen Hoheitsakte: Während der die Individualität der juristischen Personen des Privatrechts bestimmende Staatsakt sich in dieser seiner Wirkung erschöpft und weitergehende, z. B. auf Dritte oder auf die Allgemeinheit unmittelbar bezogene Wirkungen nicht enthält⁶⁷, ist es gerade das Merkmal des die Individualität der juristischen Personen des öffentlichen Rechts bestimmenden Staatsakte, daß sie notwendig zur Wahrnehmung gemeinsamer Angelegenheiten einer nicht näher bestimmbareren Vielheit von natürlichen und juristischen Personen verpflichtet. Der Bezug auf das allgemeine Wohl und die rechtliche Notwendigkeit

⁶⁴ Wenn *Kull* in der Folge nach Ablehnung aller Theorien die Unterscheidung im Wege einer Kombination der verschiedenen Lehren vornehmen will, und „im Zweifel auch die historische Entfaltung einer Rechtsmaterie“ den Ausschlag geben soll (S. 29 f.), so kann dem ebensowenig gefolgt werden. Denn dies würde das Moment der Unsicherheit in einem unzulässigen Umfang vergrößern und zudem die unlösbare Frage aufwerfen, in welcher Weise die Gegensätzlichkeiten der einzelnen Theorien überbrückt werden sollen. Der Hinweis auf die historische Entfaltung einer Rechtsmaterie legt darüber hinaus den Verdacht nahe, daß *Kull* auch auf die längst überwundene Fiskus- theorie zurückgreifen will. Vgl. auch S. 79: „Für die Regelung der Leistungsverhältnisse ist der Tradition wie der Sache nach das bürgerliche Recht prädestiniert.“

⁶⁵ (Diss.) S. 44 f.

⁶⁶ Ebenso *Molitor* S. 36 f.

⁶⁷ Das schließt nicht aus, daß ein begrenzter Personenkreis mittelbar irgendwie betroffen wird, wie z. B. im wirtschaftlichen Konkurrenzkampf mit der gegründeten Aktiengesellschaft stehende Unternehmen, die durch das Stiftungsgeschäft Begünstigten usw. Diese Wirkung folgt erst aus dem Vollzug des durch die Interessenverfolgung der Privatrechtssubjekte intentionierten hoheitlichen Handelns, der durch den Staatshoheitsakt lediglich ermöglicht worden ist.

der Subjekte hoheitlicher Verwaltung qualifizieren daher die die Individualität der juristischen Personen des öffentlichen Rechts bestimmenden Hoheitsakte^{68, 69}.

Ein neuerdings von *Zuleeg* vorgetragenes Argument⁷⁰, daß die analoge Anwendung einer privatrechtlichen Norm gegen die Zuordnungstheorie *Wolffs* spreche, ist ebenfalls nicht stichhaltig. Es erweist sich hieran vielmehr die Richtigkeit der hier vertretenen Abgrenzungsmethode. Denn eine Analogie setzt bei Gleichheit der Interessenlage und des Normzwecks gerade eine Verschiedenheit der Rechtsbereiche voraus⁷¹. Die analoge Anwendung einer privatrechtlichen Bestimmung im öffentlichen Recht macht daher gleichzeitig den Unterschied der Rechtsgebiete deutlich. Zudem erfolgt die Verwendung eines Rechtssatzes des Zivilrechts im Wege der Analogie im Verwaltungsrecht nicht als ein privatrechtlicher, sondern als ein öffentlich-rechtlicher Rechtsatz⁷². Die Bedenken *Zuleegs* sind daher auch insoweit nicht begründet.

*Bettermann*⁷³ und in der Folge auch *Zuleeg*⁷⁴ haben gegen die Zuordnungstheorie eingewandt⁷⁵, daß die Träger hoheitlicher Gewalt ausschließliche Zuordnungssubjekte von Rechtssätzen sein können, die nach allgemein herrschender Meinung dem Privatrecht zugeordnet werden müssen, und in diesem Zusammenhang auf die Tarifordnungen der Angestellten und Arbeiter des öffentlichen Dienstes und auf die §§ 45, 46, 88, 928 II, 981, 1936, 1942 II BGB, § 7 II SchiffsrechteG⁷⁶ und § 32 MSchG⁷⁷ hingewiesen. Diese Erwägungen sprechen jedoch nicht gegen die hier vertretene Zuordnungstheorie *Wolffs*, da Rechtssätze nur dann als öffentlich-rechtlich zu qualifizieren sind, wenn sie sich eindeutig auf den Staat und seine ihm an- und ausgegliederten Organisationen als Träger hoheitlicher Gewalt beziehen. Sonderrechte, die nur dem Staat

⁶⁸ Demgegenüber will *Buchner* (S. 51 ff.) die Beleihung mit Hoheitsfunktionen als entscheidendes Begriffsmerkmal der juristischen Personen des öffentlichen Rechts ansehen.

⁶⁹ Träger hoheitlicher Gewalt sind demnach: der Bund, die Länder, die Selbstverwaltungskörperschaften, die Anstalten, Stiftungen, Körperschaften und Genossenschaften des öffentlichen Rechts.

⁷⁰ („Subventionen“) S. 393

⁷¹ Vgl. u. § 24 a).

⁷² *Bergmann*: „Die Auswertung von Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches im Rechtsbereich der Verwaltung“, Diss. jur. (ungedr.) Leipzig 1946, S. 7.

⁷³ DVBl. 1958, S. 867.

⁷⁴ S. 45.

⁷⁵ Obwohl *Bettermann* sie als einen „wesentlichen Fortschritt gegenüber der herrschenden Subjektionstheorie“ bezeichnet.

⁷⁶ Gesetz über Rechte an eingetragenen Schiffen und Schiffsbauwerken v. 15. 11. 1940 (RGBl. S. 1499).

⁷⁷ Mieterschutzgesetz v. 1. 6. 1923 (BGBl. S. 353).

als Fiskus⁷⁸ eingeräumt sind, sind privatrechtlich^{79, 80}. So stellen auch die aufgeführten Tarifordnungen nur eine Regelung der privatrechtlichen Rechtsverhältnisse der im öffentlichen Dienst stehenden Angestellten und Arbeiter zu den Trägern öffentlicher Verwaltung als Subjekten des Privatrechts dar. Auch die zitierten Rechtssätze sind lediglich als Fälle privatrechtlicher Privilegierung der Träger hoheitlicher Gewalt zu werden, die nicht eine Zuordnung zum öffentlichen Recht zur Folge hat.

Die Zuordnungstheorie bedarf jedoch einer Erweiterung für die Fälle der auf Vertrag⁸¹ oder Gesetz beruhenden koordinationsrechtlichen öffentlich-rechtlichen Verhältnisse zwischen Privatpersonen. Denn während die subordinationsrechtlichen Rechtsverhältnisse mittels der Theorie *Wolffs* als öffentlich-rechtlich qualifiziert werden können, wenn die zugrunde liegenden Rechtssätze sich auf einen Träger hoheitlicher Gewalt als ausschließliches Zuordnungssubjekt beziehen, fehlt dieses Zuordnungssubjekt bei Rechtsverhältnissen zwischen Privatpersonen.

Im Anschluß an die o. vorgenommene Abgrenzung der juristischen Personen des öffentlichen und der Rechtssubjekte des privaten Rechts und die Bestimmung der Kriterien der ihre Individualität bestimmenden Hoheitsakte ist von der Verpflichtung der Rechtspersonen des öffentlichen Rechts zur Wahrnehmung der Interessen einer unbegrenzten Personenvielheit auszugehen. Die Wahrnehmung dieser Aufgabe ist jedoch nicht an den Hoheitsträger gebunden, sondern kann im Einzelfall auch durch ein Rechtssubjekt des Privatrechts erfolgen. Dies kann einerseits unter ausdrücklicher Übertragung der Hoheitsbefugnisse auf dieses geschehen (sog. Beleihung), so daß die Zivilperson Dritten gegenüber als Träger hoheitlicher Gewalt auftritt und auch aufgrund ausschließlich ihr zugeordneter Rechtssätze tätig wird (z. B. Notar). Andererseits kann die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben durch Zivilpersonen auch in der Weise geschehen, daß letztere kraft eines ausdrücklichen Auftrages oder im vermuteten Einverständnis der Hoheitsträger Dritten gegenüber ursprünglich den Hoheitsträgern obliegende Handlungen vornehmen, und durch diese bzw. durch die rechtsgeschäftliche Erklärung des Amtswalters öffentlich-rechtliche Be-

⁷⁸ Zum Begriff des Fiskus vgl. *Siebert: Festschrift für Niedermeyer 1953*, S. 220 ff.; *Reuss: Staatsbürger und Staatsgewalt 1963*, Bd. II, S. 262 ff.

⁷⁹ *Wolff § 22 II c*; *Terrähe S. 32 ff.*; vgl. auch *Menger: VerwArch 50 (1959)*, S. 198: „Sonderrecht ist nur das Recht, das allein und ausschließlich auf Träger oder sonstige Subjekte hoheitlicher Gewalt bezogen ist. Es muß dabei durch Ausrichtung auf ein Subjekt des öffentlichen Rechts eine völlig abweichende objektiv-rechtliche Ausprägung erfahren haben.“

⁸⁰ Insoweit liegt schließlich auch kein Handeln vor, das sich an dem die Individualität bestimmenden Hoheitsakt orientiert.

⁸¹ Zur Untergliederung der öffentlich-rechtlichen Verträge in solche sub-

ziehungen zwischen ihnen und den Trägern hoheitlicher Gewalt entstehen. Dabei stellen die Handlungen der Rechtssubjekte des Privatrechts — im Gegensatz zu den Fällen der Beleihung — keine Ausübung öffentlicher Gewalt gegenüber Drittbeteiligten dar. Die Entstehung dieses öffentlich-rechtlichen Verhältnisses hat somit die Ausübung von Hoheitsrechten gegenüber Dritten weder zur Voraussetzung noch zur Folge, ist also von den Auswirkungen dieses Verhältnisses gegenüber den von den Vollzugsmaßnahmen Betroffenen unabhängig, sondern ausschließlich orientiert an der von dem Hoheitssubjekt auf die Privatpersonen übertragenen Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben. Öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnisse dieser Art haben unter den Bezeichnungen „öffentlich-rechtliches Auftragsverhältnis“⁸² und „öffentlich-rechtliche Geschäftsführung ohne Auftrag“⁸³ Eingang in Rechtsprechung und Wissenschaft gefunden. In Weiterführung dieses Gedankens, daß eine Rechtsbeziehung auch dann als öffentlich-rechtlich qualifiziert werden kann, wenn die Ausübung von Hoheitsbefugnissen gegenüber Zivilpersonen nicht in Frage steht, sofern nur — wenn auch nicht als ausschließliches Kriterium — das jeweilige Handeln an der Erfüllung öffentlicher Aufgaben orientiert ist⁸⁴, läßt sich zur Frage der rechtlichen Einordnung der Rechtsbeziehungen zwischen Privatpersonen folgendes feststellen: Eine Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben durch Zivilpersonen bei gleichzeitigem Fehlen irgendwelcher Hoheitsrechte gegenüber den jeweils Beteiligten ist nicht nur denkbar als Folge und Vollzug eines Rechtsverhältnisses zwischen einem Träger hoheitlicher Gewalt und einem oder mehreren Subjekten des Privatrechts, sondern auch im Wege der Abwicklung eines Rechtsverhältnisses zwischen Privatpersonen. Die von diesen getroffene rechtsgeschäftliche Vereinbarung kann dann nicht als eine durch die Verfolgung eigensüchtiger Interessen motivierte Übereinkunft angesehen werden. Ihr ist vielmehr ein wesentlicher Unterschied zu den unter individuellen Zielvorstellungen der Vertragspartner stehenden zivilrechtlichen Vereinbarungen insofern eigen, als sie in der Regel eine Modifikation des aus der ausschließlichen Zuordnung auf einen Träger hoheitlicher Gewalt als öffentlich-rechtlich zu qualifizierenden Rechtssatzes enthalten und damit gleichfalls unmittelbar an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben orientiert sind.

Ein Beispiel möge dies verdeutlichen: Gemäß § 5 prWegeReinG⁸⁴ können die Gemeinden ein Ortsstatut erlassen, inhaltlich dessen die Eigen-

ordinationsrechtlichen und koordinationsrechtlichen Charakters vgl. *Wolff § 44 I b*).

⁸² Zu den Einzelheiten vgl. u. § 14.

⁸³ Auch eine Vielzahl öffentlich-rechtlicher Koordinationsverhältnisse zwischen Hoheitsträgern ist frei von der Ausübung irgendwelcher hoheitlicher Befugnisse gegenüber Zivilpersonen und erhält ihren Rechtscharakter letztlich aus der wahrzunehmenden Aufgabe. Vgl. dazu u. a. die Beispiele u. § 14 b) (1).

⁸⁴ Gesetz über die Reinigung öffentlicher Wege v. 1. 7. 1912 (prGS S. 187).

tümer angrenzender Grundstücke zur polizeimäßigen Reinigung öffentlicher Wege verpflichtet werden⁸⁵. Da das Recht, die Erfüllung dieser Verpflichtung zu verlangen, ausschließlich den Gemeinden, also einer Körperschaft des öffentlichen Rechts, zugeordnet ist, liegt hier unzweifelhaft ein Rechtssatz des öffentlichen Rechts vor. Es entsteht damit ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis zwischen Gemeinde und Zivilperson. Gemäß § 6 prWegeReinG kann letztere nunmehr eine rechtsgeschäftliche Vereinbarung mit einem Dritten schließen, kraft der dieser zur Wahrnehmung der ursprünglich ihm obliegenden Reinigungspflicht verpflichtet wird. Dieser Vertrag ist öffentlich-rechtlich, da der dem Hoheitsträger zugeordnete Rechtssatz, nämlich § 5 prWegeReinG, im Ausspruch der Rechtsfolge abgeändert wird, d. h. im konkreten Beispiel: die weiterhin bestehende (!) Pflicht zur Wegereinigung obliegt nicht mehr dem ursprünglich Verpflichteten, sondern primär dessen Vertragspartner und wird als öffentliche Aufgabe von diesem der Allgemeinheit gegenüber wahrgenommen. Die Modifikation der Zuordnungsnorm und die gleichzeitige Qualifizierung der wahrzunehmenden Aufgabe als öffentliche läßt somit den öffentlich-rechtlichen Charakter eines zwischen Privatpersonen abgeschlossenen Vertrages deutlich werden.

Die Begründung öffentlich-rechtlicher Verhältnisse zwischen Privatpersonen kann jedoch nicht nur durch Rechtsgeschäft, sondern auch durch Gesetz erfolgen⁸⁶. Auch für diese Fälle bedarf die Zuordnungstheorie einer Ergänzung, da ein Hoheitsträger als Zuordnungsobjekt der den Rechtsverhältnissen zugrunde liegenden Rechtssätze an dieser Rechtsbeziehung nicht beteiligt ist. Ausgangspunkt ist auch hier die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben durch einen Träger hoheitlicher Gewalt vermöge eines ausschließlich ihm zugeordneten Rechtssatzes, dessen Qualifizierung als öffentlich-rechtlich nach der Zuordnungstheorie unproblematisch ist. Aus dem so entstandenen Rechtsverhältnis des öffentlichen Rechts können sich neben den Primäransprüchen zwischen Verwaltung und Zivilperson⁸⁷ auch sog. Sekundär- oder auch abgeleitete Ansprüche ergeben, die sich einerseits gegen den Träger hoheitlicher Gewalt richten können, andererseits jedoch zur Entstehung einer Rechtsbeziehung der am Primärverhältnis beteiligten Zivilperson zu hieran ebenfalls beteiligten oder aber auch zu den diesem Rechtsverhältnis nicht unmittelbar unterworfenen Zivilpersonen führen können. Diese Sekundärverhältnisse sind als unmittelbare Konsequenz der

öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnisse ebenfalls als öffentlich-rechtlich zu qualifizieren.

Zur Verdeutlichung möge auch hier ein Beispiel dienen⁸⁸: Zur Förderung der land- und forstwirtschaftlichen Erzeugung und der allgemeinen Landeskultur kann zersplitterter und unwirtschaftlich geformter ländlicher Grundbesitz nach neuzeitlichen betriebswirtschaftlichen Gesichtspunkten zusammengelegt werden (§ 1 FlurbG⁸⁹). Die Durchführung dieses Verfahrens obliegt den Flurbereinigungsbehörden⁹⁰. Durch den rechtskräftigen Erlaß des Flurbereinigungsplanes, der eine Zusammenfassung der Ergebnisse des Verfahrens darstellt, erfolgt die neue Einteilung der Ländereien. Während Bäume, Sträucher, Kulturdenkmäler und Gehölz, deren Erhaltung wegen des Landschaftsschutzes oder aus anderen Gründen geboten ist, vom Empfänger der Landabfindung bei Zahlung einer Abfindung in Geld durch die Teilnehmergeinschaft zu übernehmen sind (§ 50 I FlurbG), hat der bisherige Eigentümer für noch verpflanzbare Bäume und Sträucher oder solche minderen Wertes ein Wegnahmerecht (§ 50 II S. 3 FlurbG). Dieser Wegnahmeanspruch ist, auch wenn er unter Privatpersonen geltend gemacht wird, öffentlich-rechtlicher Natur⁹¹. Dies ergibt sich jedoch nicht aus der vom BGH herangezogenen gleichzeitigen Unterordnung der Parteien unter eine gesteigerte öffentliche Gewalt⁹², sondern aus der Rechtsnatur dieser Forderung als eines abgeleiteten Anspruchs aus einem kraft ausschließlicher Zuordnung auf die Flurbereinigungsbehörde als einem Subjekt öffentlicher Verwaltung als öffentlich-rechtlich zu qualifizierenden Rechtsverhältnis⁹³.

Die Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht ist bei den durch Gesetz begründeten Rechtsverhältnissen zwischen Privaten danach zu treffen, ob dieses Rechtsverhältnis unmittelbar abgeleitet werden kann aus einer Rechtsbeziehung, deren Zuweisung zum öffentlichen Recht sich daraus ergibt, daß Zuordnungsobjekt des zugrunde liegenden Rechtssatzes nur ein Träger öffentlicher Gewalt ist⁹⁴.

⁸⁵ Im Anschluß an BGHZ aaO.

⁸⁶ Flurbereinigungsgesetz v. 14. 7. 1953 (BGBl. S. 591).

⁸⁷ In NW die Kulturämter, vgl. § 1 nWFlurbAG v. 8. 12. 1953 (GS NW S. 739).

⁸⁸ Im Ergebnis ebenso BGH aaO.

⁸⁹ Zur Widerlegung dieser Ansicht vgl. o. S. 27 Fußn. 41.

⁹⁰ Gleiches gilt u. a. für das Rechtsverhältnis zwischen dem Enteignungsschuldner und dem Unternehmer im Verfahren nach den Enteignungsgesetzen.

⁹¹ Über die hier entwickelte Figur des sog. „abgeleiteten öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnisses“ lassen sich eine Reihe von Rechtserscheinungen als öffentlich-rechtlich qualifizieren, deren Zugehörigkeit zum öffentlichen Recht zwar zu einem großen Teil nicht zweifelhaft ist, ohne daß hierfür jedoch eine Begründung gegeben worden ist, so z. B.:

⁸⁵ Die einzelnen Ausgestaltungsmöglichkeiten sind in diesem Zusammenhang ohne Bedeutung.

⁸⁶ Ebenso BGHZ v. 25. 5. 1961; NJW 1961, S. 1356.

⁸⁷ z. B. Zahlung der Steuerschuld, Unterlassung jeder Bebauung als Folge einer Bauplanung, eines Enteignungsverfahrens usw.

Unter Zugrundelegung der Zuordnungstheorie ist daher das öffentliche Recht zu definieren als *der Inbegriff der Rechtssätze, deren Zuordnungsobjekt ausschließlich ein Träger hoheitlicher Gewalt ist sowie der Rechtssätze, die eine Modifikation öffentlich-rechtlicher Rechtssätze enthalten oder aus diesen unmittelbar ableitbare Rechtsbeziehungen regeln*⁸⁵.

a) Der *Folgenbeseitigungsanspruch* (vgl. hierzu *Bachof*: „Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung“ (1951), S. 98 ff.; *Obermayer*: JuS 1963, S. 110 ff.; *Wolff* § 54 II; OVG Koblenz v. 19. 2. 1964: DÖV 1965, S. 55; OVG Münster v. 21. 4. 1964: NJW 1964, S. 1872) ist als öffentlich-rechtlicher Anspruch anerkannt, obgleich — von dem Sonderfall des § 113 IVwGO abgesehen — ein ausschließlich ein Träger hoheitlicher Gewalt als Zuordnungsobjekt verpflichtender geschriebener Rechtssatz nicht vorhanden ist. Es liegt auch hier ein von einem öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnis abgeleitetes Rechtsverhältnis vor, als dessen Verpflichteter nur ein Träger hoheitlicher Gewalt in Betracht kommt.

b) Die gleichen Erwägungen gelten für den sog. *Erstattungsanspruch* (vgl. hierzu *Bachof* S. 100 ff. ders. JZ 1962, S. 754; *Wolff* § 44 II c) 2 (8); OVG Lüneburg v. 25. 5. 1962: VerwRSpr. 15 Nr. 237) mit der Besonderheit, daß hier als Verpflichteter auch eine Privatperson zur Rückgewähr des rechtsgrundlos Erlangten verpflichtet sein kann. aA: OLG München v. 8. 4. 1965: MDR 1965, S. 988, wonach dieser Anspruch privatrechtlicher Natur sein soll.

c) Der *Amtshaftungsanspruch* (§ 839 BGB iVm. Art. 34 GG) ist materiell ebenfalls als öffentlich-rechtlicher Anspruch anzusehen, der in seiner heutigen Ausgestaltung nur noch ein Relikt der längst überwundenen Fiskustheorie darstellt. Die Zugehörigkeit zum öffentlichen Recht folgt dabei aus der zwischen Bürger und Behörde bestehenden öffentlich-rechtlichen Rechtsbeziehung. Vgl. auch *Otto Mayer* Bd. I, S. 198 f. *Bettmann*: JZ 1961, S. 482 f.; ders.: MDR 1961, S. 837 f.; *Barkhau*: „Öffentlich-rechtliche Entschädigung bei Nothilfeleistungen“ (1954), S. 47; *Wertenbruch*: JuS 1963, S. 183. In neuester Zeit: *Stich*: Staatsbürger und Staatsgewalt 1963, Bd. II, S. 387 ff., der sich für eine Parallelität der Grenzlinien zwischen Verwaltungs- und Zivilgerichtsbarkeit einerseits, sowie dem bürgerlichen und öffentlichen Recht andererseits ausspricht, und eine Zuständigkeit der Zivilgerichte nur noch gerechtfertigt hält für die Justizverwaltungsakte (§§ 23 ff. EGGVG), die Personenstands-, Landwirtschafts- und Patentsachen, sowie die Notar- und Rechtsanwaltsachen. Ausdrücklich offengelassen wurde diese Frage von BVerwG v. 28. 1. 1965: DÖV 1965, S. 670.

d) Die gleichen Erwägungen gelten für die übrigen Ansprüche im Rahmen der staatlichen Ersatzleistungen (Enteignung, Aufopferung, enteignungs-gleicher Eingriff).

⁸⁵ Der Theorie *Wolffs* stimmen zu: *Terrahe* S. 31 ff.; *Schulze* S. 58 ff.; *Schlitzberger* S. 5 ff.; *Vogel*: „Öffentliche Wirtschaftseinheiten in privater Hand“ (1959), S. 149; *Dahm* S. 143; *Stern*: AöR 84 (1959), S. 316 ff.; *Menger*: VerwArch 49 (1958), S. 276; ders. VerwArch 50 (1959), S. 197 ff.; *Schoen*: DÖV 1955, S. 137 ff.; *Fettig*: DVBl. 1960, S. 881 ff.; *Rupp*: JuS 1961, S. 61; *Klinger* § 40 Anm. B I I; *Ule* § 40 Anm. II. Im wesentlichen auch *Siebert*: DÖV 1959, S. 733 ff. Vgl. auch *Franz Mayer*: „Staatslexikon“ Bd. 8, Sp. 240: „Verwaltungsrecht ist nur das der Verwaltung besonders zugeordnete, d. h. das ihr eigentümliche Recht.“ Aus der Rechtsprechung vgl. u. a. BGHZ v. 17. 12. 1960: NJW 1961, S. 606; v. 27. 3. 1961: DÖV 1961, S. 619; BVerwG v. 23. 7. 1958: NJW 1958, S. 2128; 7. S. 181; v. 18. 10. 1960: DVBl. 1961, S. 207; BSG v. 20. 12. 1957: NJW 1958, S. 886; OVG Münster v. 16. 11. 1961: DVBl. 1962, S. 274; 18. S. 384 ff.; bwVG v. 29. 5. 1961: VerwRSpr. 15, S. 788 (Nr. 222); VG Köln v. 20. 4. 1964: DVBl. 1965, S. 882; VG Neustadt v. 7. 8. 1962: DVBl. 1962, S. 761. 277

§ 7 Das Wesen des Verwaltungsrechts

Die Erörterung des Wesens des Verwaltungsrechts in seiner Gegenüberstellung zum Privatrecht hat vom Begriff der öffentlichen Verwaltung auszugehen. Denn öffentliche Verwaltung ist notwendig an einem Zweck orientiert, insoweit also bereits auf ein materielles Kriterium ausgerichtet, das damit auch zur Grundlage der wesensmäßigen Unterscheidung gemacht werden kann. Will man nunmehr den Versuch machen, eine erschöpfende Begriffsbestimmung der öffentlichen Verwaltung zu geben, so sieht man sich — beginnend mit der negativen Definition *Otto Mayers*⁸⁶ — einer Vielzahl von in der Wissenschaft vertretenen Definitionen gegenüber, denen eine treffende Umschreibung bisher jedoch nicht gelungen ist⁸⁷. Da für den Rahmen der vorliegenden Untersuchung jedoch nur der spezifische Inhalt des öffentlichen Verwaltungens, nicht jedoch die handelnden Rechtssubjekte und ihre tatsächliche Tätigkeit von Bedeutung sind, kann sich die Untersuchung der wesensgemäßen und funktionellen Besonderheiten des Verwaltungsrechts ausschließlich an einem materiellen Begriff der öffentlichen Verwaltung orientieren⁸⁸.

a) Auszugehen ist hierbei vom Begriff „Verwalten“ im allgemeinen Sprachgebrauch: Danach ist „Verwaltung“ nur als zweckgerichtete und -bestimmte Tätigkeit denkbar, die unter handelnder Beteiligung des Verwaltenden die Angelegenheiten einzelner natürlicher oder juristischer Personen besorgt⁸⁹.

b) Die Projektierung dieses Begriffs auf die „öffentlichen“ Angelegenheiten als Objekt der so beschriebenen Tätigkeit gibt bereits eine Umschreibung der „öffentlichen Verwaltung“, deren inhaltliche Ausfüllung in einer Klarstellung des Begriffs der öffentlichen Angelegenheiten zu erfolgen hat. Dabei ist die Wortbedeutung des Terminus „öffentlich“, der im täglichen Sprachgebrauch in mannigfachen Zusammensetzungen Verwendung findet (öffentliche Meinung, öffentliche Kritik, öffentliches Wohl etc.), in seiner eigentlichen Bedeutung zugrunde zu legen. Besondere Erwähnung verdient in diesem Zusammenhang vor allem die zu-

⁸⁶ Bd. I, S. 7 und 13.

⁸⁷ Vgl. die Übersicht bei *Wolff* § 2 I a) und c), der die Schwierigkeiten einer Begriffsbildung zutreffend darin sieht, daß es einen in jeder Hinsicht brauchbaren Begriff der öffentlichen Verwaltung nicht gibt. Ebenso *Schlitzberger* S. 9.

⁸⁸ Dabei müssen die z. B. von *Forsthoff* (§ 1: „zukunftsorientierte Sozialgestaltung“), *Peters* (S. 1 ff.: „Konkretisierung der Staatszwecke aus eigener Initiative“) u. a. m. gegebenen Umschreibungen außer Betracht bleiben, da sie keine Abgrenzung zur Regierungstätigkeit ermöglichen.

⁸⁹ Vgl. auch „Der Große Brockhaus“ Bd. 12, S. 177: „Verwaltung ist idR. eine Tätigkeit in Ansehung fremder Objekte.“

nehmende Heranziehung des Begriffs der „öffentlichen Aufgabe“ sowohl in einzelnen Gesetzen¹⁰⁰ als auch in der höchstgerichtlichen Rechtsprechung¹⁰¹, wobei letztere vielfach aus einer entsprechenden Qualifikation einer Verwaltungssache als öffentliche Aufgabe die unterschiedlichsten Rechtsfolgen herleiten will¹⁰².

In der juristischen Terminologie erscheint der Begriff „öffentlich“ in einer Vielzahl von Gesetzen als Tatbestandsmerkmal¹⁰³ und kennzeichnet dabei idR. einen Kreis von Personen, die weder durch persönliche noch durch sachliche Beziehungen verbunden sind und der kurz als eine „unbestimmte Personenvielheit“ bezeichnet wird¹⁰⁴. Wenn hier auch bereits ein Hinweis auf eine inhaltliche Umschreibung in einem begrenzten Rahmen gegeben wird, so läßt sich doch nicht übersehen, daß die Erfassung dessen, was allgemein als das „Öffentliche“ zu begreifen ist, um so schwieriger ist, je häufiger dieser Begriff Verwendung findet¹⁰⁵. Der Versuch einer Definition hat dabei unter Rückgriff auf den angelsächsischen Begriff „public“, als dessen deutsche Wortfassung „öffentlich“ erst Ende des 18. Jahrhunderts auftrat¹⁰⁶, zu erfolgen. Danach bedeutet die Eigenschaft, öffentlich zu sein, die Zugehörigkeit zu dem Lebens-, Sinn- und Wertbereich des Volkes als Gemeinwesen. Es liegt hierin eine normative Zuordnung zu einer politisch geeinten Vielheit, d. h. zum Volk im Staat, Gemeinden und Gemeindeverbänden. Damit ist das „Öffentliche“ gekennzeichnet durch eine Orientierung an

¹⁰⁰ z. B. § 882 a II ZPO, § 1 Schriftleitergesetz v. 4. 10. 1933 (RGBl. S. 713), § 3 bwPressegesetz v. 14. 1. 1964 (GesBl. S. 11), § 3 brePressegesetz v. 16. 3. 1965 (GVBl. S. 63), § 3 hambPressegesetz v. 29. 1. 1965 (GVBl. S. 15), § 3 schllPressegesetz v. 19. 6. 1964 (GVBl. S. 71), § 62 I BBG.

¹⁰¹ Vgl. z. B. BVerfG 8, S. 51 (63); 10, S. 302 (327); 12, S. 205 (243, 246); 14, S. 312 (317); 15, S. 235 (241 ff.); 16, S. 147 (172); 17, S. 371 f.; BGHZ 29, S. 76 (80); v. 26. 10. 1961: DVBl. 1962, S. 298; v. 4. 4. 1965: BB 1965, S. 723.

¹⁰² Die Frage, inwieweit eine Unterscheidung zwischen den „öffentlichen“ und den „staatlichen“ Aufgaben getroffen werden kann, soll hier jedoch nicht weiter untersucht werden. Vgl. dazu insbesondere Peters: Festschrift für Nipperdey 1965, 2. Bd., S. 877 ff. und Klein: DÖV 1965, S. 757.

¹⁰³ Vgl. z. B. §§ 1965, 1983, 2358 II BGB; §§ 110, 126, 130, 134, 183, 187 a, 219, 220, 304, 316 b StGB; § 14 OBG; § 36 StVO.

¹⁰⁴ BGHSt 11, S. 282; OLG Köln v. 25. 8. 1953: NJW 1953, S. 1604; OLG Hamburg v. 26. 9. 1956: NJW 1957, S. 152; Schönke-Schröder § 110 RdNr. 11, § 186 RdNr. 19, § 219 RdNr. 2. Eingehend auch Tanner: „Der Begriff der Öffentlichkeit im Strafrecht“, Diss. jur. Zürich 1959.

¹⁰⁵ Scheffler: NJW 1965, S. 850. Vgl. auch Hesse: VVDStRL 17, S. 41, der die Existenz eines tragfähigen Begriffs der „Öffentlichen“ für die Gegenwart schlechthin verneint und die Gründe hierfür darin sieht, daß die Rechtswissenschaft im Zeichen des juristischen Positivismus die Verbindung zu einer gewandelten Wirklichkeit wie zu einer gewandelten Verfassungslage verloren hat.

¹⁰⁶ Zum folgenden vgl. auch Smend: Gedächtnisschrift für Walter Jellinek 1955, S. 11—20.

den rechtfertigenden Grundsätzen der Gesamtordnung, eine Teilhabe an ihren Legitimitätsprinzipien¹⁰⁷, das Gebiet des „Öffentlichen“ ist die dem politischen Gemeinwesen zugehörige Sphäre des politischen Lebens eines Volkes¹⁰⁸.

Zusammenfassend läßt sich dieser Begriff damit umschreiben als dasjenige, was unter Ausrichtung an einer Ordnungsidee der andauernden Verwirklichung des im Staatswesen geeinten und verfaßten Volkes dient, verantwortlich hierfür gegenüber dem Ganzen einsteht und von diesem hierfür einmal konstitutiv anerkannt worden ist¹⁰⁹.

Bei Zugrundelegung eines so verstandenen Begriffs der Öffentlichkeit lassen sich „öffentliche Angelegenheiten“ interpretieren als die dieser politischen Gemeinschaft unmittelbar zugeordneten Interessensgegenstände, die unabhängig von der Individualität der die Gemeinschaft konstituierenden Einzelwesen sind. So verstanden sind öffentliche Angelegenheiten vielmehr allen Angehörigen eines Volkes in ihrer jeweiligen Zusammenfassung in einer politischen Gemeinschaft mittelbar oder sogar unmittelbar gemeinsam¹¹⁰. Aus der Vielzahl der so umschriebenen Möglichkeiten des Handelns im öffentlichen Interesse müssen jedoch die Tätigkeiten ausgegrenzt werden, die nicht von den Organen der Gemeinwesen und den im Wege der Beileihung mit ihnen gleichgestellten Institutionen wahrgenommen werden^{111, 112}. Öffentliche Verwaltung kann daher im Anschluß an Wolff¹¹³ umschrieben werden als zweckbestimmte Besorgung der Angelegenheiten der Gemeinwesen und ihrer Mitglieder als solcher durch die dafür bestellten Sachwalter der Gemeinwesen. Das Wesen und die besondere Kennzeichnung des Verwaltungsrechts ist somit die — auch bereits in der Entwicklung des

¹⁰⁷ Vgl. Hesse aaO.

¹⁰⁸ Scheuner: DÖV 1958, S. 642.

¹⁰⁹ Scheffler: „Die Stellung der Kirche im Staat nach Art. 140 GG in Verbindung mit Art. 137 WRV.“ (1964), S. 152 ff. (160).

¹¹⁰ Wolff (§ 2 II b 1 B) führt in diesem Zusammenhang beispielhaft „das allgemeine Interesse unbestimmt vieler an günstigen Verkehrsmöglichkeiten oder das aller Volksgenossen an der sozialen Geltung einer Rechtsordnung oder an der Behauptung anderen Völkern gegenüber“ an.

¹¹¹ Dies folgt aus der Notwendigkeit einer Organisation der Gemeinwesen, die sowohl die zu verfolgenden Zwecke setzt als auch die Angelegenheiten bestimmt, die als öffentliche wahrzunehmen sind. Diese nach Zweckmäßigkeitgesichtspunkten zu treffenden Entscheidungen werden durch die Regierungen und damit letztlich durch das Volk getroffen, das durch seine Repräsentanten in den gesetzgebenden Organen gleichfalls die Entscheidung darüber trifft, wann eine Angelegenheit als öffentliche wahrgenommen wird. Insofern ist Jentsch (DÖV 1956, S. 299, vgl. o. S. 22 f.) durchaus zuzustimmen, daß die Zuordnung einer Materie zum öffentlichen Recht eine politische Frage ist.

¹¹² Andererseits ist nicht alles, was ein Gemeinwesen tut, Erledigung öffentlicher Aufgaben. Vgl. Klein: DÖV 1965, S. 756.

¹¹³ aaO.

öffentlichen Rechts zum Ausdruck kommende — größere Abhängigkeit von politischer Gemeinschaftsethik, der stärkere soziale Anspruch seiner in der Gemeinschaft wurzelnden Rechte und Pflichten.

c) Die Besorgung der Angelegenheiten der Gemeinwesen durch die öffentliche Organisation, legitimiert durch die Gemeinschaftsbezogenheit staatlicher Aufgaben und Ziele¹¹⁴ und deren Verwirklichung ist einer Sozialgestaltung nach der Rechtsordnung¹¹⁵, kennzeichnen daher das Verwaltungsrecht im Gegensatz zum Privatrecht, das schlagwortartig als „das Recht der eigennützigen Machtverhältnisse“¹¹⁶ bezeichnet worden ist.

Kennzeichnend für das bürgerliche Recht ist die bestimmende Funktion der Einzelinteressen¹¹⁷, die als solche im wesentlichen gleichberechtigt sind und zwischen denen ein Ausgleich herbeizuführen ist¹¹⁸. Dabei ist Grundlage des Privatrechts die grundgesetzlich geschützte Freiheit der Entfaltung der Einzelpersönlichkeit (Art. 2 GG)¹¹⁹, und die Aufgabe der privatrechtlichen Rechtssätze liegt im wesentlichen darin, diese Entfaltung der Einzelpersönlichkeit im Rahmen der durch die Gemeinschaftsordnung gezogenen Grenzen (Art. 2 I GG) zu ermöglichen, d. h. Schutz und Förderung der Individualinteressen des einzelnen durch Gewährleistung eines ordnungsgemäßen Ablaufs der Beziehungen der Privatrechtssubjekte zu garantieren. Während also das bürgerliche Recht in seiner so verstandenen Funktion durch die jeweilige politische Ordnung lediglich geschützt wird, im übrigen aber idR keine unmittelbar gemeinschaftsbezogene Funktion wahrnimmt, ist das Verwaltungsrecht notwendig auf Gegenstände des öffentlichen Interesses¹²⁰, auf die Verfolgung der Staatsziele und -zwecke im Wege der Besorgung der Angelegenheiten der Gemeinwesen durch deren Organe gerichtet¹²¹.

¹¹⁴ Bergmann: „Die Auswertung von Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches im Rechtsbereich der Verwaltung“, Diss. jur. (ungedr.) Leipzig 1946, S. 23.

¹¹⁵ Erich Becker: VVDStRL 14, S. 105.

¹¹⁶ So Lehmann S. 1.

¹¹⁷ Elster: HWBRW Bd. 6, S. 1034.

¹¹⁸ Ähnlich Gowa: „Die Rechtsnorm von Treu und Glauben im Verwaltungsrecht“, Diss. jur. Hamburg 1933, S. 51 ff., der insbesondere auf die Zweckverschiedenheit der Leistungen im Zivil- und Verwaltungsrecht hinweist. Vgl. auch Wolff § 43 I b) 1.

¹¹⁹ Zu den Einzelheiten vgl. *Enneccerus-Nipperdey* § 15 II 1 mwN.

¹²⁰ vgl. auch *Bachof*: Gedächtnisschrift für Walter Jellinek 1955, S. 290.

¹²¹ Vgl. auch Franz Mayer: „Staatslexikon“ Bd. 8, Sp. 241, der die wesentliche Aufgabe des Verwaltungsrechts in der Lösung der Konfliktsituationen zwischen Einzelinteressen und Allgemeinbelangen sieht.

§ 8 Folgerungen für das verwaltungsrechtliche Schuldverhältnis

Diese sowohl wesensmäßige als auch funktionelle Verschiedenheit des Verwaltungsrechts und des Privatrechts schließt andererseits einen Einsatz zivilrechtlicher Mittel zur Erreichung verwaltungsrechtlicher Ziele (sog. Verwaltungsprivatrecht) keineswegs aus. Ihre Erkenntnis gebietet jedoch eine Berücksichtigung der in dieser Weise ziel- und zweckgerichteten Funktion des Verwaltungsrechts bei Entwicklung des Instituts eines verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnisses. Denn bei der Suche nach den kennzeichnenden Merkmalen des verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnisses ist davon auszugehen, daß innerhalb des gesamten öffentlichen Rechts nicht ohne weiteres jeder irgendwie gearteten Verpflichtung auch gleichzeitig eine mit dieser korrespondierende Berechtigung entspricht. Dies gilt vornehmlich für die Verpflichtungen der Träger öffentlicher Verwaltung. Schon aus diesem Gesichtspunkt kann daher einer Vielzahl verwaltungsrechtlicher Verpflichtungen ein schuldrechtlicher Charakter nicht beigemessen werden.

Andererseits folgt aus der Wesensverschiedenheit der Rechtsbereiche gleichzeitig, daß nicht jedem öffentlich-rechtlichen Anspruch, d. h. also dem Recht eines Verwaltungsrechtssubjekts, von einem weiteren Subjekt des Verwaltungsrechts ein bestimmtes Verhalten zu verlangen, schon allein wegen dieser Entsprechung von Handlungspflichten und Forderungsrechten schuldrechtliche Eigenschaften zugesprochen werden können. Denn dies würde zu einer unvermeidbaren Ausweitung des Rechtsinstituts des verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnisses führen, dabei gleichzeitig dessen Eigenwert aufheben und damit die Klassifizierung einer Rechtsbeziehung als Schuldverhältnis des Verwaltungsrechts zu einer inhaltsleeren Aussage abwerten. Eine eigengesetzliche Behandlung des in dieser Weise „qualifizierten“ Instituts wäre nämlich ausgeschlossen und würde damit eine praktische Verwertbarkeit der rechtlichen Begriffsbildung im Rechtssystem des Verwaltungsrechts unmöglich machen¹²², da infolge der Gemeinschaftsbezogenheit der öffentlichen Verwaltung und infolge des Fehlens von für alle Rechtsverhältnisse gleichermaßen geltenden Grundsätzen die aus der Verfolgung der öffentlichen Interessen sich ergebenden Gesetze dominierend wären und das Problem der Entwicklung einer Systematik des Verwaltungsschuldrechts damit unlösbar würde. Denn die Aufstellung eines Rechtsbegriffes des verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnisses würde damit letztlich sinnlos, wenn die rechtliche Behandlung dieses Instituts und die sich aus diesem ergebenden rechtlichen Folgen aus Gründen der wesensmäßigen und funktionellen Besonderheiten des Verwaltungs-

¹²² Zu den an eine rechtliche Begriffsbildung zu stellenden Anforderungen vgl. *Walz*: AöR 14 (nF) (1928), S. 219.

rechts und den aus diesen sich ergebenden Eigengesetzlichkeiten einen gemeinsamen Charakter nicht mehr tragen würden und dabei teilweise einen Unterschied zu den allgemeinen verwaltungsrechtlichen Rechtsverhältnissen nicht enthalten würden. Es ist daher letztlich eine in der im Vergleich zum Zivilrecht wesensmäßigen Besonderheit des Verwaltungsrechts begründete Forderung, die qualifizierenden Merkmale aufzuzeigen, die die Schuldverhältnisse des Verwaltungsrechts aus der Gesamtheit der verwaltungsrechtlichen Beziehungen aufgrund „allgemeiner Normwirkung“¹²³ hervorheben.

Bei der Suche nach einem entsprechenden Kriterium der Eingrenzung der allgemeinen Rechtsverhältnisse ist zugrunde zu legen, daß das öffentliche Recht als Inbegriff einer Summe von Rechtssätzen¹²⁴ eine Vielzahl von Tatbeständen enthält, die an die Erfüllung gewisser Tatbestandsmerkmale der Eintritt einer bestimmten Rechtsfolge anknüpfen, welche einem Hoheitssubjekt Rechte zuspricht oder einer irgendwie eingrenzbar Summe von Zivilpersonen bestimmte Verpflichtungen auferlegt bzw. umgekehrt. So drückt z. B. die polizeiliche Generalklausel¹²⁵ die jedermann obliegende Verpflichtung aus, eine Beeinträchtigung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zu unterlassen, widrigenfalls die Ordnungs- bzw. Polizeibehörden die Beseitigung der Ursachen der Störung verlangen können. Des weiteren kann auf die durch Ortssatzung gemäß § 5 prWegeReinG statuierte Pflicht zur polizeimäßigen Reinigung öffentlicher Wege hingewiesen werden, die als von der Behörde erzwingbare Verpflichtung den tatbestandlich näher umschriebenen Rechtssubjekten obliegt. In Fällen der vorliegenden Art, in denen die bloße Existenz eines wirksamen Rechtssatzes oder seine Konkretisierung durch Verwaltungsakt eine bestimmte Verhaltenspflicht statuiert, soll im folgenden von einer „allgemeinen Normwirkung“¹²⁶ gesprochen werden.

Die Herleitung des verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnisses im Wege einer Eingrenzung der im Verwaltungsrecht auftretenden jeweiligen Gläubiger-Schuldner-Beziehungen, die heute allgemein als notwendig erkannt wird¹²⁷, ist in der älteren Literatur, soweit sich diese

¹²³ Dazu vgl. im folgenden.

¹²⁴ Vgl. o. S. 38.

¹²⁵ Vgl. z. B. § 14 nWOBG v. 11. 8. 1953 (GVBl. S. 330), § 1 rhpFPVG v. 26. 3. 1954 (GVBl. S. 31).

¹²⁶ Dabei ist „allgemein“ nicht in jeder Materie des Verwaltungsrechts in gleicher Weise eigenen Wirkung zu verstehen, sondern als Kennzeichnung für eine bestimmte Rechtserscheinung in den jeweiligen Gebieten des besonderen Verwaltungsrechts, die die Möglichkeit verschiedenartiger und auch unterschiedlich intensiver Ausgestaltung im Einzelfall offenläßt.

¹²⁷ Eckert: DVBl. 1962, S. 11; Wolff § 44 I; Art. 188, 189 wüEVRO.

überhaupt mit den Fragen eines Verwaltungsschuldrechts im allgemeinen befaßt¹²⁸, nicht zu finden. So hat z. B. *Friedrichs* in seiner Abhandlung über die Anwendbarkeit bürgerlich-rechtlicher Vorschriften auf *Schuldverhältnisse des öffentlichen Rechts*¹²⁹ diese als eigene Institute des Verwaltungsrechts mit insoweit eigenen Begriffsmerkmalen noch nicht erkannt. *Friedrichs* rechnet den öffentlichen Schuldverhältnissen alle diejenigen Rechtsverhältnisse zu, die unter die Begriffsbestimmung des § 241 BGB fallen und erkennt ein Schuldverhältnis des öffentlichen Rechts überall dort an,

„wo ein Gläubiger von einem Schuldner aus einem Titel des öffentlichen Rechts ein Geben, ein Tun oder ein Unterlassen verlangen kann. . . Ansprüche auf ein Geben bestehen bei allen Steuerforderungen, Ansprüche auf ein Tun oder ein Unterlassen können durch polizeiliche Verfügung (!) oder jeden anderen obrigkeitlichen Befehl (!) begründet werden“.

Demgegenüber scheint eine Eingrenzung vorgenommen worden zu sein in Art. 188 II wüEVRO, wenn dort die Vorschriften über die Schuldverhältnisse von einer Anwendung insoweit ausgeschlossen werden, als Verpflichtungen in Rede stehen,

„die dem Einzelnen auf Grund Rechtsvorschrift oder Verwaltungsakts gegenüber der öffentlichen Gewalt obliegen“.

Diese Formulierung beruht jedoch nicht darauf, daß den hierdurch ausgeschlossenen Rechtsverhältnissen ein schuldrechtlicher Charakter abgesprochen worden wäre. Vielmehr ergibt die Begründung des Entwurfs¹³⁰, daß — durchaus in Übereinstimmung mit der Ansicht von *Friedrichs* — auch die dem einzelnen aufgrund Rechtsvorschrift oder Verwaltungsakts gegenüber der öffentlichen Gewalt obliegenden Verpflichtungen als schuldrechtlich qualifiziert wurden, und daß ihre Ausscheidung nur aus dem Grunde vorgenommen worden war, daß die Möglichkeit einer allgemeinen Regelung verneint wurde. Für die Frage einer begrifflichen Festlegung der Schuldverhältnisse des Verwaltungsrechts gibt Art. 188 II wüEVRO daher unmittelbar nichts her.

Aber selbst wenn die dieser Regelung zugrunde liegende Meinung einmal außer Betracht gelassen wird, so ergibt doch die dortige Formulierung keinen Anhaltspunkt zur Auffindung eines Eingrenzungskriteriums der allgemeinen verwaltungsrechtlichen Rechtsverhältnisse. Denn

¹²⁸ Die frühe verwaltungsrechtliche Literatur behandelt das Verwaltungsschuldrecht als solches noch nicht. Vielmehr findet sich dort lediglich eine Erörterung einzelner Schuldverhältnisse des öffentlichen Rechts, z. B. des Vertrages oder des Erstattungsanspruchs, ohne daß jedoch der diesen Verhältnissen gemeinsame Oberbegriff erkannt worden ist. Eine Wandlung zeichnet sich hier erstmals mit dem Entwurf einer Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg (wüEVRO) von 1931 ab, in dessen 4. Buch eine Regelung der Schuldverhältnisse des öffentlichen Rechts vorgesehen war.

¹²⁹ ArchBürgR 42 (1916), S. 28 ff.

¹³⁰ Vgl. S. 584.

auch durch den Erlaß eines Verwaltungsakts kann ein Rechtsverhältnis begründet werden, dem eine Schuldrechtsqualität nicht abgesprochen werden kann, so daß also nicht schlechthin alle durch einseitig verbindliche Anordnung entstandenen Verwaltungsrechtsverhältnisse allein wegen eines derartigen Begründungstatbestandes aus dem Bereich des Verwaltungsschuldrechts ausscheiden.

Dies wird bereits an folgendem Beispiel deutlich: Das Benutzungsverhältnis in Ansehung einer öffentlichen Einrichtung kann privatrechtlich, es kann jedoch idR auch öffentlich-rechtlich ausgestaltet sein¹³¹. Ein öffentlich-rechtliches Benutzungsverhältnis kann dabei sowohl in der Form des verwaltungsrechtlichen Vertrages, als auch in der Form eines sonstigen Schuldverhältnisses des Verwaltungsrechts¹³² begründet werden¹³³. In letzterem Falle geschieht die Zulassung zur Benutzung der öffentlichen Einrichtung durch Erlaß eines Verwaltungsakts, der gleichzeitig Rechte und Pflichten der Benutzer umschreibt und damit den Inhalt des zwischen dem Träger der Einrichtung und der Zivilperson begründeten Schuldverhältnisses im wesentlichen wiedergibt. Innerhalb dieses Rechtsverhältnisses sind jedoch vielfältige Forderungsverletzungen denkbar, deren Behandlung verwaltungsschuldrechtlichen Regeln folgt, so daß also auch durch Verwaltungsakt begründete Rechtsverhältnisse, die Zivilpersonen obliegende Verpflichtungen zum Inhalt haben, Schuldrechtsqualität besitzen können.

Die von *Friedrichs* ausgesprochene und die der Regelung des § 188 II wüEVRO zugrunde liegende Ansicht ist daher unhaltbar. Ebensowenig läßt sich die als notwendig erkannte¹³⁴ Eingrenzung der verwaltungsrechtlichen Rechtsverhältnisse durch die in Art. 188 II wüEVRO ausgesprochene Herausnahme aller durch Verwaltungsakt begründeter Ver-

¹³¹ Vgl. im einzelnen u. S. 68, 138.

¹³² Nur in diesem Zusammenhang spricht man im allgemeinen von einem öffentlich-rechtlichen Benutzungsverhältnis. Diese Einschränkung ist jedoch von der Sache her nicht geboten, da durchaus im Einzelfall die Benutzung einer öffentlichen Anstalt auch durch einen verwaltungsrechtlichen Vertrag geregelt werden kann, wie der vom OVG Saarlouis (JZ 1961, S. 673) entschiedene Fall zeigt.

¹³³ Vgl. auch BVerwG v. 6. 5. 1960: NJW 1960, S. 1538.

¹³⁴ Vgl. auch BGHZ v. 28. 10. 1963: NJW 1964, S. 195: Der Kläger eines Amtshaftungsprozesses machte Ansprüche aus einer zu Unrecht erfolgten Stilllegung seines Kraftwagens geltend. Dabei war die Straßenverkehrsbehörde des beklagten Landkreises bei ihrem Vorgehen von einem unrichtigen Sachverhalt ausgegangen, und dies hätte der Kläger aus den verschiedenen Schreiben der Behörde im Laufe des sich über mehrere Monate hinziehenden Verfahrens auch erkennen müssen. Auf ein entsprechendes Verlangen des Straßenverkehrsamtes v. 15. 11. 1960, die zur Überprüfung seiner Angaben erforderlichen Unterlagen einzusenden, hatte der Kläger diese seiner Mutter ausgehändigt mit dem Auftrag, die Absendung zu besorgen. Dies war von ihr jedoch zunächst vergessen und erst am 24. 11. 1960 erledigt worden. An demselben Tage war der Wagen stillgelegt worden. Zutreffend stellt der BGH bei

pflichtungen aus dem Verwaltungsschuldrecht vornehmen. Es müssen daher andere Kriterien gefunden werden, um aus der Vielzahl der verwaltungsrechtlichen Rechtsverhältnisse diejenigen zu kennzeichnen, denen schuldrechtlicher Charakter zukommt.

Ist es die wesensmäßige Verschiedenheit von Verwaltungsrecht und bürgerlichem Recht, die diese Eingrenzung fordert¹³⁵, so stellt sich gleichzeitig die Frage, ob sich aus dieser Unterschiedlichkeit des Ziels und Zwecks der beiden Rechtsbereiche auch Anhaltspunkte zur Herleitung der Kriterien aufzeigen lassen, welche für die Einordnung eines Rechtsverhältnisses in das Verwaltungsschuldrecht bestimmend sein können. Diese Methode rechtfertigt sich darüber hinaus auch aus der Überlegung, daß sich das Schuldverhältnis des Verwaltungsrechts zu dem Bereich der allgemeinen öffentlich-rechtlichen Normwirkung als Besonderes zum Allgemeinen in gleicher Weise verhält wie das Schuldverhältnis des Privatrechts zur allgemeinen bürgerlich-rechtlichen Normwirkung¹³⁶.

der Berücksichtigung eines Mitverschuldens gemäß § 254 BGB, das auch im Rahmen von Amtshaftungsansprüchen zu berücksichtigen ist (RGZ 141, S. 355; 142, S. 379), darauf ab, daß der Kläger nicht bereits zu einem früheren Zeitpunkt die Sachlage durch eine dahingehende Information der Behörde aufgeklärt hat, obgleich ihm dies zuzumuten und ohne weitere Mühe möglich war. Ein weiteres Verschuldemoment sieht der BGH darin, daß der Kläger angesichts der Wichtigkeit der Sache sich nicht vergewissert hat, daß die Unterlagen durch seine Mutter auch wirklich abgesandt worden waren. Anknüpfungspunkt der Wertung ist daher ein eigenes Verhalten des Klägers, während die in der Folgezeit von seiner Mutter zunächst vergessene Absendung des Briefes als Mitverschulden nicht berücksichtigt werden konnte. Denn eine Anwendung von § 278 BGB, d. h. die Zurechnung des unzweifelhaft gegebenen Verschuldens der Mutter als Erfüllungsgehilfin des Klägers, setzt auch im Rahmen von § 254 BGB ein bestehendes Schuldverhältnis voraus (sehr str. vgl. RGZ 119, S. 152; 152, S. 205; 176, S. 81 BGHZ 1, S. 248; 3, S. 46; *Boehmer*: NJW 1961, S. 62; *Siebert* — *Reimer Schmidt* § 254 RdNr. 61 f.; aA.: die hL. vgl. *Enneccherus - Lehmann* § 16 II 2; *Larenz* S. 183 f.; *Esser* § 64, 8; *Gernhuber*: AcP 152, S. 69; *Kleindienst*: JZ 1957, S. 457; ders. NJW 1960, S. 2028. Dies gilt auch im öffentlichen Recht. Vgl. BGHZ v. 16. 4. 1964: NJW 1964, S. 1671. Der Entscheidung des BGH v. 28. 10. 1963 liegt damit ebenfalls eine strenge Trennung der verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnisse von den allgemeinen öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnissen zugrunde. Ebenso BGHZ v. 8. 2. 1965: NJW 1965, S. 962.

¹³⁵ Vgl. oben § 8.

¹³⁶ *Eckert* (DVBl. 1962, S. 11) spricht von einer „im besonderen Maße hoheitlichen Prägung des verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnisses“ im Gegensatz zu den Verpflichtungen, die den Privatrechtssubjekten aufgrund Gesetzes, Gewohnheitsrechts oder Verwaltungsakts gegenüber der öffentlichen Gewalt obliegen. Abgesehen davon, daß er damit ein Unterscheidungsmerkmal zu den den Hoheitssubjekten aufgrund Gesetzes einseitig obliegenden Verpflichtungen nicht gibt, ist seine Formulierung auch im übrigen nicht geeignet, zur Klarstellung beizutragen da sie — in Ermangelung näherer Erläuterungen — ohne konkreten Inhalt ist. Zudem kann, wie noch zu zeigen sein wird, von einer besonderen hoheitlichen Ausprägung beim verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnis eben nicht die Rede sein.

Ist das Privatrecht durch die bestimmende Funktion einander gleichberechtigter Individualinteressen gekennzeichnet, so ist das im Einzelfall den Privatrechtssubjekten zugeordnete Recht jeweils ein ihnen eigenes Recht zur Durchsetzung eigener individueller Ziele. Im Gegensatz hierzu folgt aus der Ausrichtung des Verwaltungsrechts auf die Interessen der Gemeinwesen als solcher¹³⁷, d. h. der von den Einzelinteressen abstrahierten Gesamtinteressen der in einer politischen Organisation geeinten Personenvielheit, daß die Zuordnung eines Anspruchs auf ein Rechtssubjekt des öffentlichen Rechts ebenso wie auf eine Zivilperson idR nicht bedeutet, daß dessen Geltendmachung ausschließlich als die Verfolgung irgendwelcher Einzelinteressen, sei es der Zivilpersonen, sei es einer juristischen Person des öffentlichen Rechts, zu werten ist. Die Erhebung von Steuern und Zöllen, Beiträgen oder Verwaltungsgebühren, Ansprüche auf Sozialleistungen sowie die Verpflichtung zur Zahlung von Zwangsgeld oder von Verwaltungsstrafen führen, obwohl hier jeweils eine Leistungspflicht mit einem Forderungsrecht korrespondiert, nicht zur Annahme von Schuldverhältnissen, sondern sind Erscheinungsformen einer allgemeinen Normwirkung im Bereich des Abgabenrechts, des Sozialhilferechts oder etwa des Verwaltungszwangsverfahrens. Denn in diesen Fällen werden Ansprüche geltend gemacht, deren Erfüllung primär öffentliche Interessen berührt, nicht aber einem reinen Individualinteresse dient, wobei jedoch nicht ausgeschlossen ist, daß in Einzelfällen — wie z. B. in den Fällen der Sozialhilfeleistungen — Individualinteressen vorrangig beteiligt sind.

§ 9 Das verwaltungsrechtliche Schuldverhältnis als zivilrechtsähnliche Sonderrechtsbeziehung zwischen mehreren Subjekten des Verwaltungsrechts

Das verwaltungsrechtliche Schuldverhältnis ist von diesen allgemeinen öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnissen abzuheben. Hierzu bieten sich zunächst mehrere unterschiedliche Ansatzpunkte an: Man könnte sowohl auf den Gegenstand der Leistung als auch auf die Person der am Rechtsverhältnis Beteiligten abstellen, oder aber die nähere Ausgestaltung ihrer Rechtsposition in den Vordergrund der Betrachtung stellen.

Von diesen verschiedenen Möglichkeiten scheidet zunächst diejenige aus, wonach die Qualifikation der Beteiligten zur Bestimmung eines verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnisses entscheidend sein soll, denn in gleicher Weise, wie natürliche und juristische Personen sowohl als Leistungsverpflichtete als auch als Forderungsberechtigte Beteiligte eines allgemeinen verwaltungsrechtlichen Rechtsverhältnisses sein kön-

¹³⁷ Bachof aaO.

nen, vermögen sie auch Gläubiger oder Schuldner eines verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnisses zu sein. Ergeben sich daher insoweit keine Abgrenzungskriterien zu den auf allgemeiner Normwirkung beruhenden verwaltungsrechtlichen Rechtsverhältnissen, so erweist sich auch ein Abstellen auf den Gegenstand der Leistung als erfolglos. Denn eine Geldschuld kann ebenso Inhalt eines allgemeinen verwaltungsrechtlichen Anspruchs sein (z. B. Steuern oder Gebühren), wie sie den Gegenstand einer schuldrechtlichen Leistungspflicht bilden kann (z. B. Schadensersatz-, Entschädigungs- oder Erstattungsansprüche).

Es verbleibt somit zur Abgrenzung der Schuldverhältnisse nur die Möglichkeit eines Abstellens auf die jeweilige Ausgestaltung der Rechtsposition der am Rechtsverhältnis Beteiligten. Damit aber nähert sich das Schuldverhältnis des Verwaltungsrechts dem gleichnamigen Rechtsinstitut des Zivilrechts. In Anlehnung an dessen Kennzeichnung als eine Sonderrechtsbeziehung zwischen mehreren natürlichen oder juristischen Personen mit daraus ableitbaren Gläubigerrechten und Schuldnerverpflichtungen¹³⁸ ist das verwaltungsrechtliche Schuldverhältnis daher gleichfalls als eine derartige Sonderrechtsbeziehung zu verstehen, als deren kennzeichnendes Merkmal eine gesteigerte Berücksichtigung der Interessen der jeweils Beteiligten hervortritt¹³⁹.

Man könnte nunmehr versucht sein, innerhalb des öffentlichen Rechts, vor allem im Hinblick auf dessen Funktion im Rahmen der Gesamtrechtsordnung, einen gesteigerten Interessenschutz einzelner Verwaltungsrechtssubjekte als mit den Zweckvorstellungen des Verwaltungsrechts unvereinbar zu erachten. Doch schließt die dargelegte besondere Funktion des Verwaltungsrechts im Rahmen unseres Rechtssystems es nicht aus, daß trotz der Orientierung an den Gemeininteressen in einzelnen Sonderbereichen des Verwaltungsrechts Rechtsverhältnisse zur Entstehung kommen, die ihrem Inhalt und ihrer Interessenlage nach Parallelen zum privatrechtlichen Schuldverhältnis aufweisen.

§ 10 Unterschiede in der Abgrenzung von den allgemeinen verwaltungsrechtlichen Rechtsverhältnissen

Dabei ist dies jedoch nicht in dem Sinne zu verstehen, daß sich derartige Parallelerrscheinungen *einheitlich* bei allen verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnissen aufzeigen lassen. Vielmehr können sowohl Intensität als auch Qualität der zivilrechtsähnlichen Erscheinungen in den einzelnen verwaltungsrechtlichen Rechtsverhältnissen durchaus verschiedenartig sein.

¹³⁸ Vgl. o. S. 18.

¹³⁹ Zu den Einzelheiten vgl. u. § 10.

Die Schuldverhältnisse des Verwaltungsrechts sind denkbar als Rechtsverhältnisse, deren Gläubigerstellung eine oder eine Vielzahl von Zivilpersonen innehaben, sowie als solche Rechtsbeziehungen, in denen das Recht, ein bestimmtes Verhalten zu verlangen, einem Subjekt öffentlicher Verwaltung zusteht, wobei in beiden Fällen Schuldner sowohl ein Hoheitssubjekt, als auch eine Zivilperson sein kann. Diese unterschiedlichen Möglichkeiten der Zuordnung einer Gläubigerstellung bedingen angesichts der Betonung des Interessenschutzes der am Rechtsverhältnis Beteiligten als entscheidendes Kriterium notwendig eine nach der Art der jeweiligen Beteiligung verschiedenartige Abgrenzung der verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnisse von den Fällen der allgemeinen verwaltungsrechtlichen Normwirkung.

a) Ein verwaltungsrechtliches Schuldverhältnis des Inhalts, daß ein Subjekt öffentlicher Verwaltung zur Erbringung einer durch den Inhalt der Rechtsbeziehung genauer qualifizierten Leistung verpflichtet ist, ist dadurch gekennzeichnet, daß die Zivilpersonen unter Aufrechterhaltung der am Gemeininteresse orientierten Tätigkeit der Verwaltung eine über die allgemeine Normwirkung hinausgehende schutzwerte Rechtsposition besitzen, kraft deren sie auf die Durchführung konkreter Verwaltungshandlungen bestimmenden Einfluß nehmen oder zumindest die Subjekte öffentlicher Verwaltung zu einer Berücksichtigung ihrer Individualinteressen in gesteigertem Umfang verpflichten können. Für derartige Sonderrechtsbeziehungen ist die Ausgestaltung mit besonderen Rücksichts- und Treupflichten der Hoheitsträger gegenüber den Zivilpersonen wesentlich¹⁴⁰. Die Parallele zum privatrechtlichen Schuldverhältnis liegt in diesen Fällen der Zuordnung des Gläubigerrechts auf Zivilpersonen somit in der gesteigerten Betonung der Individualinteressen, die — soweit eine gesetzesakzessorische Tätigkeit der Verwaltung vorliegt — über das bloße Interesse der Zivilpersonen an einem rechtlich unanfechtbaren Normenvollzug hinausgeht, sowie in den Fällen der gesetzesfreien Verwaltung eine bloße Destination¹⁴¹ übersteigt. Man kann daher von einem erhöhten Leistungsinteresse der Zivilpersonen als Gläubiger eines verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnisses zu einem Träger öffentlicher Verwaltung sprechen.

Damit wird zugleich eine formale Besonderheit der verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnisse gegenüber den auf eine allgemeine Normwirkung gegründeten Rechtsverhältnissen offenkundig: Die Tätigkeit der

¹⁴⁰ In Übereinstimmung hiermit spricht das OLG Celle in seinem Urteil v. 16. 3. 1962: VersR 1962, S. 1187 von einer Verpflichtung des Lehrers an öffentlichen Schulen, die mit dem Schulbetrieb verbundenen Gefahren im Interesse der Schüler so niedrig wie den Umständen nach möglich und geboten zu halten.

¹⁴¹ Zu diesem Begriff vgl. Wolff § 43 II c).

Exekutive erschöpft sich, soweit die Erfüllung verwaltungsschuldrechtlicher Leistungspflichten in Betracht steht, nicht in einem bloßen Gesetzesvollzug. Sie erweitert sich vielmehr, über diesen hinausgehend, zu einer in Abhängigkeit von den jeweiligen Leistungsbedürfnissen der Zivilpersonen sich bewegenden Gestaltung der Lebensverhältnisse des einzelnen.

Denkbar wäre die Annahme, es handele sich hier um ein bloßes Ermessen oder zumindest um ein ermessensgleiches oder -ähnliches Verwaltungshandeln. Dabei würde jedoch übersehen, daß von einem Ermessen stets nur IS der Unbestimmtheit einer Rechtsfolge, nicht aber der Beliebigkeit einer Tatbestandssetzung gesprochen werden kann¹⁴². Die Ausübung eines Ermessens ist stets an die Erfüllung bestimmter Tatbestandsvoraussetzungen gebunden. Erst diese eröffnet der Verwaltung die Möglichkeit, im Rahmen der durch das zur Anwendung kommende Gesetz bestimmten Zweckvorstellungen von den jeweiligen Ermächtigungen Gebrauch zu machen, d. h. also, aus der Mehrzahl generell zur Verfügung stehender Rechtsfolgen im konkreten Fall diejenige zur Anwendung zu bringen, die „nach sachlichen Gesichtspunkten unter gerechter und billiger Abwägung des öffentlichen Interesses und der Einzelinteressen“¹⁴³ als zutreffend erscheint.

Aus dieser — notwendig kurzen — Umschreibung erhellt bereits, daß schuldrechtliche Leistungspflichten der Verwaltungsträger über diese am jeweiligen Zweck des ein Ermessen einräumenden Gesetzes orientierte Tätigkeit weitgehend hinausgehen, da im Rahmen des Verwaltungsschuldrechts eine Beschränkung auf einen bloßen Gesetzesvollzug gerade nicht stattfindet, die Verwaltung vielmehr sowohl in der Begründung als auch in der näheren Ausgestaltung der Leistungsbeziehungen idR von ermächtigenden oder einschränkenden Gesetzen unabhängig ist.

Zur Verdeutlichung mag folgendes Beispiel dienen: Zum Schutz gegen besondere Seuchengefahren und für deren Dauer können der Seuche verdächtige Tiere einer behördlichen Beobachtung unterstellt und nötigenfalls an einen nur den staatlichen Organen zugänglichen Ort verbracht werden (§ 19 ViehseuchenG¹⁴⁴). Die Tätigkeit der Verwaltung ist in diesen Fällen unmittelbar am Gemeinwohl orientiert, da sie auf eine Vermeidung der Ausbreitung einer Seuche gerichtet ist. Darüber hinaus kann jedoch der Eigentümer eine Berücksichtigung seiner Individualinteressen verlangen, die darin bestehen, durch eine nach den Umständen des Falles zu ermöglichende Pflege und Wartung der Tiere

¹⁴² Wolff § 31 II a).

¹⁴³ Art. 65 wüEVRO.

¹⁴⁴ ViehseuchenGesetz v. 26. 6. 1909 (RGBl). S. 519).

ihre Gefährdung zu vermeiden und damit — z. B. im Falle der Beschlagnahme mehrerer Zuchttiere — seine berufliche Existenz nicht in Gefahr zu bringen. Es liegt daher ein verwaltungsrechtliches Schuldverhältnis in der Form einer öffentlich-rechtlichen Verwahrung vor.

b) Sind ausschließlich Zivilpersonen an einem verwaltungsrechtlichen Rechtsverhältnis schuldrechtlicher Art beteiligt, ist die Parallellität zum Zivilrecht besonders augenscheinlich. Denn hier stehen die Individualinteressen der Beteiligten unmittelbar im Vordergrund, sei es, daß eine Modifikation einer öffentlich-rechtlichen Rechtsfolge¹⁴⁵ oder ein sog. abgeleitetes öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis¹⁴⁶ vorliegt. Die Besonderheit dieser Rechtsverhältnisse ist nur darin zu sehen, daß der den Inhalt der Sonderrechtsbeziehung bildende Gegenstand der Leistungsverpflichtung dem öffentlichen Recht angehört.

c) Ist ein Subjekt öffentlicher Verwaltung Gläubiger einer Sonderrechtsbeziehung is eines Schuldverhältnisses des Verwaltungsrechts, kann eine gesteigerte Berücksichtigung der Individualinteressen des Gläubigers nicht als Abgrenzungskriterium in Betracht kommen, da Individualinteressen eines Trägers hoheitlicher Gewalt undenkbar sind, andererseits die Wahrnehmung der Angelegenheiten der Gemeinwesen jedoch gerade kennzeichnend für die öffentliche Verwaltung in jeder der ihr eigentümlichen Tätigkeitsformen ist. Da hinzukommt, daß bei weitem die Mehrzahl aller verwaltungsrechtlichen Verpflichtungen bestimmte Verhaltenspflichten der Zivilpersonen gegenüber Organen der Gemeinwesen darstellen, scheinen sich die Rechtsverhältnisse, die eine Leistungsverpflichtung der Zivilpersonen gegenüber den Trägern hoheitlicher Gewalt beinhalten, zunächst von dem die Privatrechtssubjekte als Ausfluß der allgemeinen Normwirkung eines Rechtssatzes verpflichtenden Rechtsverhältnissen nicht zu unterscheiden. Denn die — nötigenfalls mit Zwangsmitteln durchsetzbare — Leistungspflicht der Gewaltunterworfenen könnte aufgrund der Überzahl der Anwendungsfälle als Regelfall des öffentlichen Rechts erscheinen und dabei die Notwendigkeit einer Unterscheidung der einzelnen Rechtsverhältnisse entfallen lassen¹⁴⁷.

Eine derartige Betrachtungsweise ließe jedoch unberücksichtigt, daß das Verwaltungsrecht auch Rechtsbeziehungen zwischen den Subjekten öffentlicher Verwaltung und natürlichen oder juristischen Zivilpersonen

¹⁴⁵ Vgl. hierzu o. S. 34 ff.

¹⁴⁶ Vgl. hierzu o. S. 36 ff.

¹⁴⁷ Dieser Ansicht ist offensichtlich *Eckert* (aaO.), der verwaltungsrechtliche Schuldverhältnisse, welche einseitig die Zivilpersonen verpflichten, nicht auführt, sondern nur zweiseitig verpflichtende Schuldverhältnisse zwischen Hoheitsträgern und Privatrechtssubjekten anerkennt.

kennt, die sich durch eine besondere Ausgestaltung der schuldnerischen Leistungspflicht auf seiten der Zivilpersonen kennzeichnen. Denn während die auf der allgemeinen Normwirkung beruhenden Leistungspflichten ausschließlich auf die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch die hierzu zuständigen Organe der Gemeinwesen bezogen sind, tritt bei den Schuldverhältnissen des Verwaltungsrechts ein besonderes Moment zutage: Die Träger öffentlicher Verwaltung können als Gläubiger dieser Rechtsverhältnisse von den Zivilpersonen die Wahrnehmung besonderer Einzelpflichten verlangen, die sich darstellen können als Treue- und Obhutspflichten, Pflichten zur besonderen Rücksichtnahme auf die Organe der Gemeinwesen, sowie idR. eine besondere Ausgestaltung der primären Leistungspflicht, der ein aktuelles, über die Intentionen des dem Rechtsverhältnis zugrunde liegenden Rechtssatzes hinausgehendes Leistungsinteresse der Hoheitssubjekte gegenübersteht. Zum Beispiel ist die Erfüllung allgemeiner öffentlich-rechtlicher Zahlungspflichten entweder durch die Notwendigkeit einer Beschaffung der zur staatlichen Aufgabenerfüllung notwendigen Finanzmittel (Steuern, Zölle), oder eine Verringerung oder Deckung der Kosten öffentlicher Einrichtungen (Beiträge), oder durch die auf Veranlassung und im Interesse der Zivilpersonen vorgenommenen Amtshandlungen (Verwaltungsgebühren) motiviert. Sie ermöglicht damit unmittelbar die Besorgung der Angelegenheiten der Gemeinwesen durch deren Organe. Diese die allgemeine Normwirkung kennzeichnende Ausrichtung an der öffentlichen Aufgabenerfüllung wird in gleicher Weise deutlich bei den Zwangsgeldern und den Geldstrafen im Verwaltungsverfahren. Während diese mit der Ahndung von Zuwiderhandlungen gerade zukünftige Beeinträchtigungen verhindern wollen, wohnt den Zwangsgeldandrohungen das Motiv inne, einen im öffentlichen Interesse liegenden Zustand — wie z. B. die Beseitigung einer Gefahrenquelle — herbeizuführen. Im Gegensatz hierzu stehen die Zahlungspflichten, die einem öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnis entspringen, z. B. der gegen Zivilpersonen geltend gemachte öffentlich-rechtliche Bereicherungs- oder Erstattungsanspruch. Motivierend ist hier nicht die Mittelbeschaffung zur hoheitlichen Aufgabenerfüllung¹⁴⁸, sondern ein konkretes Interesse der Subjekte öffentlicher Verwaltung an der Rückabwicklung eines zwischen ihnen und den Zivilpersonen bestehenden Rechtsverhältnisses. Das bedeutet nicht, daß nur eine Rückgewähr der im Rahmen eines verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnisses bewirkten Leistungen, wie z. B. im Falle eines in Wegfall gekommenen verwaltungsrechtlichen Vertrages, diese verwaltungsrechtliche Sonderbeziehung zu einem Schuldver-

¹⁴⁸ Dem steht nicht entgegen, daß die auf diese Weise entstehenden Einnahmen als „regelmäßige Einnahmen“ gemäß § 3 RHO im Haushaltsplan einzustellen sind. Vergl. auch *Vician*: § 3 Anm. 7.

hältnis qualifiziert. Auch die Rückabwicklung der aufgrund eines Verwaltungsakts erbrachten Leistungen bringt, wie die Fälle der unter Vorspiegelung einer Hilfsbedürftigkeit erhaltenen Sozialhilfe¹⁴⁹ sowie der arglistig erschlichenen staatlichen Subventionen¹⁵⁰ zeigen, entsprechende Schuldverhältnisse zur Entstehung.

d) Sind ausschließlich Träger hoheitlicher Gewalt an einem Schuldverhältnis des Verwaltungsrechts beteiligt, so ist die Abgrenzung von den auf allgemeiner Normwirkung beruhenden Rechtsverhältnissen ebenfalls nach der Art und der Intensität des jeweiligen Leistungsinteresses des Gläubigers vorzunehmen. Das bedeutet, daß ein Rechtsverhältnis schuldrechtlicher Natur dann vorliegt, wenn die Forderung des Gläubigers nicht nur auf eine bloße Mitwirkungsmaßnahme bei einzelnen hoheitlichen Handlungen beschränkt ist, sondern auf die Vornahme von Handlungen gerichtet ist, die für ihn als vermögenswerte¹⁵¹ Leistung Teil der von ihm zu besorgenden öffentlichen Angelegenheiten ist, bzw. durch teilweise oder gänzliche Übernahme von Kosten oder sonstigen Nachteilen gegenüber dem handelnden Hoheitsträger eine nachträgliche Teilnahme an der Amtshandlung des Gläubigers oder sogar ihre gänzliche Überbürdung auf den Schuldner darstellt. Zur Verdeutlichung mögen folgende Beispiele dienen:

Gemäß § 4 nwZweckVerbG¹⁵² können sich Gemeinden und Gemeindeverbände zur Wahrnehmung einzelner Aufgaben zu Zweckverbänden, die Körperschaften des öffentlichen Rechts sind (§ 5), zusammenschließen. Soweit die Bildung eines solchen Verbandes aus Gründen des öffentlichen Wohles dringend geboten ist, kann dieser Zusammenschluß zur Wahrnehmung von Pflichtaufgaben auch zwangsweise durch die Aufsichtsbehörde angeordnet werden. Der Ausgleich von Vor- und Nachteilen, die sich für die Beteiligten aus der Bildung des Verbandes ergeben, kann durch sie vertraglich geregelt werden. Die kraft dieses Vertrages im Einzelfall geschuldete vermögenswerte Leistung soll jeweils den forderungsberechtigten Hoheitsträger in die Lage setzen, die Mitgliedschaft im Zweckverband aufrechtzuerhalten und damit öffentliche Aufgaben wahrzunehmen¹⁵³. Ein verwaltungsrechtliches Schuld-

¹⁴⁹ BVerwG v. 31. 8. 1960: VerwRspr. 13, S. 355 (Nr. 104).

¹⁵⁰ BVerwG v. 26. 2. 1965: DÖV 1965, S. 710.

¹⁵¹ Zu diesem Merkmal des Verwaltungsschuldrechts-vgl. u. § 11.

¹⁵² nw Gesetz über die kommunale Gemeinschaftsarbeit v. 26. 4. 1961 (GV NW S. 190).

¹⁵³ Vgl. z. B. auch die in einzelnen Ländergesetzen vorgesehene Bildung von Schulverbänden als Körperschaften des öffentlichen Rechts und den dort vorgesehenen Schullastenausgleich zwischen den einzelnen Mitgliedern z. B. §§ 2, 3 heSchulkostenG v. 10. 7. 53 (GVBl. S. 126); § 11 nwSchulverwaltungsG v. 3. 6. 58 (GV NW S. 241) iVm § 9 nwSchulfinanzG v. 3. 6. 58 (GV NW S. 246).

verhältnis liegt hier daher ebenso vor wie im folgenden Beispiel: Gemäß § 20 I heSchulkostenG¹⁵⁴ kann die Schulaufsichtsbehörde nach Anhörung der Gemeinden und Erziehungsberechtigten einzelne Kinder einer Gemeinde der Volks- oder Mittelschule einer anderen Gemeinde zuweisen. Zur Ausgleichung der hierdurch der aufnehmenden Gemeinde entstehenden erhöhten Sachkosten können von der kreisfreien Stadt oder dem Landkreis, in denen die zugewiesenen Kinder ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt haben, Schulbeiträge verlangt werden, über deren Höhe die Beteiligten Vereinbarungen treffen können (§ 21 aaO.). Auch hier soll der zu zahlende Schulbeitrag die Erfüllung der öffentlichen Aufgaben, hier: im Bereich des Schulwesens, durch die anspruchsberechtigte Gemeinde ermöglichen, so daß ein verwaltungsrechtliches Schuldverhältnis entsteht¹⁵⁵.

e) Zusammenfassend lassen sich die entscheidenden Kriterien des verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnisses in Gegenüberstellung zu den Rechtsverhältnissen aufgrund allgemeiner Normwirkung wie folgt formulieren:

- (1) Ist eine Zivilperson berechtigt, von einem Träger hoheitlicher Gewalt ein bestimmtes Tun oder Unterlassen zu verlangen, so kennzeichnet sich dieses Rechtsverhältnis als Schuldverhältnis durch eine sich nicht in einem bloßen Gesetzesvollzug erschöpfende Verwaltungstätigkeit und — im Zusammenhang hiermit — durch eine über die allgemeine Normwirkung hinausgehende Berücksichtigung der Individualinteressen des Gläubigers, verbunden mit besonderen Obhuts-, Fürsorge- und Treuepflichten des Hoheitssubjekts.
- (2) Ein verwaltungsrechtliches Schuldverhältnis zwischen Zivilpersonen ist gekennzeichnet durch eine zivilrechtsähnliche Ausrichtung an der Verfolgung von Einzelinteressen im öffentlich-rechtlichen Bereich mit den sich aus der Zugehörigkeit zum Verwaltungsrecht ergebenden Beschränkungen.
- (3) Die Gläubigerstellung eines Hoheitsträgers gegenüber Zivilpersonen ist schuldrechtlicher Art, wenn neben einer besonderen Ausgestaltung der primären Leistungspflicht iS. eines aktuellen, über die Intentionen der zugrunde liegenden Rechtssätze hinausgehenden Leistungsinteresses der hoheitlichen Rechtssubjekte, besondere Treue- und Obhutspflichten wahrzunehmen sind.

¹⁵⁴ heSchulkostenG v. 10. 7. 1953 (GVBl. S. 126).

¹⁵⁵ Vgl. auch die Fälle der Kostenerstattung nach den §§ 72 ff. Bundessozialhilfegesetz v. 30. 6. 1961 (BGBl. S. 815).

- (4) Verwaltungsrechtliche Schuldverhältnisse zwischen Hoheitsträgern sind gegeben, wenn die zu erbringende Leistung mit Vermögenswert Teil der vom Gläubiger zu besorgenden öffentlichen Aufgaben ist oder Folgen aus der vorläufigen Wahrnehmung bestimmter öffentlicher Angelegenheiten durch den letztlich zu ihrer Besorgung Verpflichteten ausgleicht.

Bei weitem die Überzahl der verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnisse ist jedoch nicht durch eine Ausschließlichkeit der hier aufgezeigten Kriterien gekennzeichnet. Meist liegen vielmehr zweiseitig verpflichtende Rechtsverhältnisse vor, deren Qualifizierung als Schuldverhältnisse des Verwaltungsrechts aus einer Summierung der hier im einzelnen aufgeführten Merkmale zu entnehmen ist. Dabei kann die eine Leistungspflicht stärkere verwaltungsschuldrechtliche Eigenarten aufweisen als eine andere mit ihr korrespondierende. Zweifel an der Wertbarkeit der hier dargestellten Abgrenzungsmerkmale brauchen sich daraus nicht zu ergeben, so daß die Schuldverhältnisse des Verwaltungsrechts in der aufgezeigten Weise von den allgemeinen öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnissen abgegrenzt werden können.

§ 11 Die Vermögenswertigkeit der Leistung als Wesensmerkmal des verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnisses

Bei der Abgrenzung der verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnisse zwischen Hoheitsträgern gegen die bloßen Mitwirkungsverhältnisse im hoheitlichen Bereich¹⁵⁶ wurde bereits darauf hingewiesen, daß der Leistungsgegenstand derartiger Rechtsverhältnisse notwendig Vermögenswert haben muß. Insoweit handelt es sich jedoch nicht um ein auf die Schuldverhältnisse zwischen Hoheitsträgern beschränktes Merkmal. Im Gegensatz zum Zivilrecht¹⁵⁷ muß die im Rahmen des verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnisses zu erbringende Leistung für den Gläubiger einen konkreten Vermögensvorteil beinhalten¹⁵⁸, d. h. die Leistung muß unmittelbaren wirtschaftlichen Charakter besitzen. Daraus folgt, daß z. B. Polizei- und Ordnungspflichten, Freiheits- und politische Rechte, sowie die Rechte und Pflichten aus Ehrenämtern nicht Gegenstand schuldrechtlicher Rechtsverhältnisse sein können.

Wenn demgegenüber von Eckert eingewandt wird, eine derartige Einschränkung auf Leistungen mit Vermögenswert sei nicht erforderlich, da Rechte und Pflichten nichtvermögensrechtlicher Art schon deshalb nicht in den Bereich verwaltungsrechtlicher Schuldverhältnisse gehören, weil sie absolute Rechte und keine Rechte auf Leistung seien, bzw. weil sie hoheitlich geprägte einseitige Pflichten von Privatrechtssub-

¹⁵⁶ Vgl. o. S. 54.

¹⁵⁷ Vgl. o. S. 18 nWN.

¹⁵⁸ Wolff § 44 I; Art. 188 I wüEVRO.

jekten darstellen¹⁵⁹, so kann dem nicht gefolgt werden. Der Begriff des absoluten Rechts ist in seiner Gegenüberstellung zum relativen Recht als einem Recht auf Leistung dem Privatrecht entlehnt. Dort werden letztere verstanden als die sich nur auf einzelne Personen, nämlich die Verpflichteten, beziehenden Rechte im Gegensatz zu den Rechten, die nicht auf eine bestimmte Person sich beziehende, sondern sich gegen jedermann richten, eine in diesem Sinne absolute Herrschaft geben¹⁶⁰. Während dem relativen Recht eine spezielle Verhaltenspflicht der einzelnen Personen entspricht, kennt das absolute Recht nur die generelle Verpflichtung aller Rechtssubjekte, die Rechtsherrschaft des Berechtigten nicht zu stören¹⁶¹. Das so verstandene absolute Recht kann als Konkretisierung des allgemeinen Freiheitsrechts bezeichnet werden, wonach die von Natur her vorgegebene Möglichkeit, im Rahmen der Rechtsordnung auf Gegenstände von Interessen einzuwirken, rechtlich unangetastet bleibt. Die Bedeutung dieses Freiheitsrechts bleibt jedoch nicht auf das Privatrecht beschränkt. Es findet im öffentlichen Recht seine Konkretisierung in den Abwehrrechten der Zivilpersonen gegenüber einer ungerechtfertigten Ausübung hoheitlicher Gewalt, die eine die Opfergrenze überschreitende Einschränkung der Rechtsposition zur Folge hat. Gegeben ist hier der Bereich einer vorrechtlichen Freiheit, die lediglich unter dem Schutz und der Begrenzung des objektiven Rechts steht und in den Grund- und Menschenrechten verfassungsmäßig verbürgt ist¹⁶². Die Summe der jeder Zivilperson insoweit zustehenden absoluten Rechte bildet ihren negativen Status¹⁶³ als Teil ihrer allgemeinen Rechtsstellung. Stellt sich damit das absolute Recht als nicht auf das Gebiet des Zivilrechts beschränkt dar, sondern als ein auch dem öffentlichen Recht eigenes Rechtsinstitut, so ist damit über die Qualifizierung der Rechte ohne Vermögenswert nur soviel gesagt, daß die theoretische Möglichkeit eines absoluten Normcharakters besteht.

Die Argumentation Eckerts hält jedoch einer genaueren Prüfung nicht stand¹⁶⁴. Die von diesem vorgenommene Einordnung der Polizeipflichten

¹⁵⁹ So Eckert: DVBl. 1962, S. 12.

¹⁶⁰ Vgl. Enneccerus-Nipperdey § 81 I.

¹⁶¹ Dieser Unterschied ist jedoch nicht schlechthin durchgreifend, da einzelne Rechte (z. B. Familienrechte) sowohl eine relative als auch eine absolute Seite haben können. Enneccerus-Nipperdey § 81 IV.

¹⁶² Die Frage, inwieweit hier auch absolute Rechte des Privatrechts vorliegen, die Frage einer Drittwirkung der Grundrechte also, soll hier nicht näher untersucht werden. Vgl. hierzu Enneccerus-Nipperdey § 15 II 4 c); ders.: DVBl. 1958, S. 445 ff.; Dürig: ZgesStW 109 (1953), S. 339 ff.; v. Mangoldt-Klein Bd. I, S. 61 ff., 74 f.; BAG in stRSpr.: 1, S. 185; AP Nr. 16 zu Art. 3 GG; AP Nr. 26 zu § 1 KSchG.

¹⁶³ Vgl. Georg Jellinek S. 81 ff., 87, 94 ff.

¹⁶⁴ Im Vordergrund der folgenden Erörterungen sollen die Polizeipflichten stehen, da hier am ehesten von absoluten Rechten gesprochen werden könnte.

in den Bereich der absoluten Rechte setzt — unter Zugrundelegung der dargelegten typischen Merkmale eines absoluten Rechts — daher voraus, daß sich das mit der Polizeipflicht korrespondierende Recht als Beherrschungsrecht iS. eines absoluten Rechts klassifizieren läßt. Anknüpfungspunkt der Betrachtung kann hierbei einmal die Rechtsposition der Zivilperson, zum anderen diejenige der Gemeinwesen sein. Das im Falle einer Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung entstehende Recht, eine Beseitigung der Ursachen zu verlangen, ist nicht gegeben, um einer berechtigten Zivilperson die Ausschließlichkeit ihrer Rechtsposition zu sichern, sondern zur konkreten Abwehr von Gefahren, die ein ordnungsgemäßes Zusammenleben von Menschen bedrohen. Ein absolutes Recht der Zivilpersonen ist daher insoweit undenkbar. Mithin könnten, soll die von *Eckert* vorgetragene These zutreffen, nur absolute Rechte von Gemeinwesen gegeben sein. Gegen die Zuordnung absoluter Rechte auf die Träger hoheitlicher Gewalt bestehen im Prinzip keine Bedenken. Denn auch insoweit ist eine Rechtsposition denkbar, die sich als Beherrschungsrecht darstellt mit der Folge, daß Eingriffe Dritter unterbunden werden können. Dies darf jedoch nicht bereits immer dort angenommen werden, wo die Erfüllung bestimmter Tatbestandsmerkmale den Eintritt einer Rechtsfolge bedingt, die den Zivilpersonen jeweils Rechte zuordnet bzw. Pflichten zurechnet, denen ein konkreter Vermögenswert nicht eigen ist. So ist die Verpflichtung zur Beseitigung der Ursachen einer Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung nur die Folge der Tatbestandserfüllung eines gegen alle Zivilpersonen gerichteten Rechtssatzes, d. h. eines alle Zivilpersonen potentiell verpflichtenden Gebotes. Daraus läßt sich jedoch ebensowenig auf ein absolutes Recht schließen, wie die Bestimmungen der Reichsabgabenordnung deswegen nicht als absolut zu bezeichnen sind, weil alle Zivilpersonen als Adressaten in Betracht kommen. Letztlich statuieren auch die Rechtssätze des Strafgesetzbuches allgemeine, d. h. gegen jedermann geltende Verbotsnormen. Sie implizieren damit eine Unterlassungspflicht, ohne damit bereits absoluten Charakter anzunehmen. Von absoluten Rechten des Staates läßt sich demgegenüber u. a. erst dort sprechen, wo die Institutionen der Hoheitsträger Gegenstand der Betrachtung sind. Daraus folgt, daß z. B. polizeiliche Rechte nur insoweit absoluter Natur sind, als nur Trägern hoheitlicher Gewalt die Einrichtung von Polizeibehörden eingeräumt wird. Das gleiche gilt für die Erhebung von Steuern, die nur durch Hoheitssubjekte, nicht jedoch durch Privatpersonen, erfolgen darf. Das Recht, Zivilpersonen die Errichtung einer Polizei oder die Einrichtung von Steuerbehörden zu untersagen, kann als Ausübung eines Beherrschungsrechtes iS. eines absoluten Rechtes angesehen werden. Die Argumentation *Eckerts* kann mithin nicht befriedigen, zudem sie darüber hinaus auch übersieht, daß ein absolutes Recht im konkreten Fall auch zu einem Recht auf eine Leistung (z. B.

Unterlassung künftiger Beeinträchtigung) werden kann. Der von *Eckert* behauptete Gegensatz zwischen absoluten Rechten und den auf eine Leistung gerichteten Rechten besteht daher nicht. Letztlich geht auch der Hinweis auf „hoheitlich geprägte einseitige Pflichten von Privatrechtssubjekten“ fehl. Denn es sind auch hoheitlich geprägte einseitige Verpflichtungen von Privatrechtssubjekten denkbar, die ein verwaltungsrechtliches Schuldverhältnis zur Grundlage haben, wie der durch Verwaltungsakt der Subjekte öffentlicher Verwaltung geltend zu machende¹⁶⁵ Erstattungsanspruch und das durch hoheitliche Beschlagnahme begründete verwaltungsrechtliche Verwahrungsverhältnis. Zudem sind auch nicht hoheitlich geprägte einseitige Verpflichtungen von Privatrechtssubjekten möglich, die nicht Inhalt eines verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnisses sind, so z. B. die freiwillige Übernahme eines Ehrenamtes. Da sich darüber hinaus Rechte und Pflichten aus Ehrenämtern, politische und sonstige Rechte ohne Vermögenswert als absolute iS. der obigen Definition nicht klassifizieren lassen, ist die Theorie *Eckerts* als unbrauchbar abzulehnen¹⁶⁶ und an dem Erfordernis eines Vermögenswertes der Leistung festzuhalten.

§ 12 Definition des verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnisses

Damit läßt sich das verwaltungsrechtliche Schuldverhältnis definieren als ein *Sonderrechtsverhältnis aufgrund objektiven Verwaltungsrechts zwischen Zivilpersonen oder (und) Trägern hoheitlicher Gewalt, die einander zu bestimmten, durch den Inhalt der Rechtsbeziehung näher konkretisierten Leistungen von Vermögenswert verpflichtet sind mit Ausnahme der einseitig durch verwaltungsrechtlichen Rechtssatz begründeten Leistungspflichten der Zivilpersonen gegenüber den Trägern öffentlicher Gewalt*. Als Folge dieser Konkretisierung sind kennzeichnend in Subordinationsverhältnissen das Gläubigerinteresse der Zivilpersonen durch eine über den bloßen Gesetzesvollzug hinausgehende Berücksichtigung der Individualinteressen, dasjenige der Träger öffentlicher Verwaltung durch ein über die Intentionen der zugrunde liegenden Rechtssätze hinausgehendes Leistungsinteresse, während in Koordinationsverhältnissen zwischen Zivilpersonen die Verfolgung von Einzelinteressen im öffentlich-rechtlichen Bereich, zwischen Hoheitsträgern der vermögenswertige Ausgleich aus einer anteiligen Erfüllung öffentlicher Aufgaben qualifizierend ist.

¹⁶⁵ Wolff § 44 II c) 2 s); bayVGH: VerwRspr. 13, S. 283 (Nr. 83).

¹⁶⁶ Als unbrauchbar erweist sich die Theorie *Eckerts* auch bei der Abgrenzung verwaltungsrechtlicher Schuldverhältnisse zwischen Hoheitsträgern von den Fällen bloßer behördlicher Mitwirkungsverhältnisse. Denn letztere, die eine Leistung von Vermögenswert unzweifelhaft nicht zum Gegenstand haben, sind nicht auf ein Recht gegründet, dem in irgendeiner Beziehung absoluter Charakter zugesprochen werden könnte. Das Erfordernis einer Vermögenswertigkeit der Leistung ist in diesen Fällen damit unentbehrlich.

Zweiter Abschnitt

Arten der Schuldverhältnisse

§ 13 Unterscheidung nach den Rechtswirkungen

Unter Zugrundelegung der möglichen Rechtswirkungen läßt sich nunmehr folgende Untergliederung der Arten der Rechtsverhältnisse vornehmen zwischen den Schuldverhältnissen, welche

- a) einseitig verpflichtend wirken, sei es, daß sie
- (1) die Leistungspflicht eines Hoheitssubjekts gegenüber einem Träger öffentlicher Verwaltung beinhalten,
 - (2) ein Hoheitssubjekt gegenüber einzelnen oder einer Mehrzahl von Zivilpersonen verpflichten,
 - (3) Zivilpersonen eine Obliegenheit gegenüber einem Träger hoheitlicher Gewalt auferlegen,

und denjenigen, welche

- b) zweiseitig verpflichtend wirken, sei es, daß
- (1) ausschließlich Subjekte öffentlicher Verwaltung, oder
 - (2) ausschließlich Zivilpersonen, oder aber
 - (3) Träger öffentlicher Gewalt und Zivilpersonen an ihnen beteiligt sind.

Insgesamt lassen sich damit sechs Arten von Schuldverhältnissen des Verwaltungsrechts unterscheiden¹.

§ 14 Übersicht über die Schuldverhältnisse des Verwaltungsrechts

Im folgenden soll eine Übersicht über diese Rechtsverhältnisse gegeben werden, um einen Eindruck von der Vielfalt der Erscheinungsformen verwaltungsrechtlicher Schuldverhältnisse zu vermitteln. Ange-

¹ Eckert (aaO.) zählt demgegenüber nur fünf Arten von verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnissen auf, wobei er die hier unter a) (3) aufgeführten Verpflichtungen der Zivilpersonen gegenüber Hoheitsträgern nicht erwähnt, ohne hierfür jedoch eine nähere Begründung zu geben.

sichts der Mannigfaltigkeit der öffentlichen Aufgaben und Rechtsbereiche und der Vielgestaltigkeit der jeweils zur Verfügung stehenden Handlungsformen kann dieser Überblick jedoch nur beispielhafte Bedeutung haben.

a) (1) Beispiele einseitig verpflichtender verwaltungsrechtlicher Schuldverhältnisse zwischen Hoheitssubjekten sind: Kostenerstattungsansprüche zwischen den Trägern der Sozialhilfe gemäß §§ 103 ff. BSHG², Ansprüche zur Herbeiführung eines finanziellen Ausgleichs zwischen den beteiligten Trägern der Rentenversicherung der Angestellten und der Arbeiter gemäß § 93 AnVG³ und § 1314 RVO⁴, Ausgleichsansprüche der Träger der Krankenversicherung für die Ausstellung von Wahlausweisen für die Wahlen der Rentenversicherung der Arbeiter und Angestellten gegen deren Träger nach § 99 WahlO-SozialV⁵, Ansprüche von Gemeinden und Kreisen gegen die an den Wahlen beteiligten Versicherungsträger auf Ersatz ihrer Auslagen gemäß § 100 WahlO-SozialV, Anspruch einer Gemeinde auf Gewährung eines Schulbeitrages bei Kindern oder Berufsschulpflichtigen aus Nachbargemeinden nach § 20 I und II heSchulkostenG.

(2) Einen Einblick in die Vielzahl verwaltungsrechtlicher Schuldverhältnisse mit einseitiger Leistungsverpflichtung der Hoheitsträger gegenüber Zivilpersonen gibt bereits folgende Aufzählung:

Ansprüche auf Entschädigung für enteignende Maßnahmen (Art. 14 III GG) gemäß §§ 93, 94 BBauG⁶, §§ 7 ff. prEnteignG⁷, §§ 17 ff. Landbeschaffungsg⁸, Ansprüche auf Enteignungsentuschädigung gemäß Art. 14 III S. 3 GG für die vor Inkrafttreten des GG nach vorkonstitutionellem Recht vollzogenen Enteignungsakte mit fortwirkenden Belastungen⁹, Ansprüche zum Ausgleich von Nachteilen, die Nebenfolgen von Enteignungsmaßnahmen¹⁰ oder die Folge einer rechtswidrigen

² Vgl. hierzu auch BSG v. 25. 3. 1962: DVBl. 1962, S. 490.

³ Angestelltenrentenversicherungsgesetz idF. v. 23. 2. 1957 (BGBl. S. 88).

⁴ Reichsversicherungsordnung (4. Buch: Arbeiterrentenversicherungsgesetz) idF. v. 23. 2. 1957 (BGBl. S. 45).

⁵ Wahlordnung für die Sozialversicherung idF. v. 23. 2. 1962 (BGBl. S. 105).

⁶ Bundesbaugesetz v. 23. 6. 1960 (BGBl. S. 341).

⁷ Preußisches Enteignungsgesetz v. 11. 6. 1874 (PrGS NW S. 47).

⁸ Gesetz über die Landbeschaffung für Aufgaben der Verteidigung v. 23. 2. 1957 (BGBl. S. 134).

⁹ Forsthoff S. 306 f.; BVerwG 3, S. 254 (257); 4, S. 332 (335).

¹⁰ BGHZ 8, S. 273; Wolff § 60 I c) 3. Im Gegensatz hierzu unterstellt BGH: DVBl. 1964, S. 480 die schädigenden Nebenfolgen rechtmäßigen Handelns dem „enteignungsgleichen Eingriff“. Forsthoff (S. 315 ff.) schlägt demgegenüber für alle im Zusammenhang mit staatlichem Handeln zufällig und unbeabsichtigt eintretenden Schäden eine „öffentlich-rechtliche Gefährdungshaftung“ vor, die jedoch als allgemeines Prinzip ohne Grundlage im gelten-

Sonderbeeinträchtigung in Gestalt von Vermögensschäden¹¹, bzw. eines durch rechtmäßiges oder rechtswidriges hoheitliches Handeln herbeigeführten Sonderopfers in Gestalt von Körperschäden sind¹² (sog. Aufopferungsansprüche), Ansprüche aus Amtspflichtverletzungen gemäß § 839 BGB iVm. Art. 34 GG, Entschädigungsanspruch bei Entziehung von Kriegswaffen, die im Eigentum eines Dritten standen oder mit dessen Recht belastet waren (§ 25 KriegswaffenG)¹³, Entschädigungsansprüche gemäß §§ 49 ff., 72 ff. BSeuchenG¹⁴, § 66 ViehSeuchenG, Ansprüche gemäß §§ 20 ff. BLG¹⁵, §§ 12 ff. SchutzBerG¹⁶, §§ 14—16 BevölkerungsschutzG¹⁷, Ansprüche nach dem BEG¹⁸, AllgKriegsfolgenG¹⁹, LAG²⁰ und dem KgfEG²¹, Entschädigungsansprüche gemäß §§ 40 ff., § 18 BBauG, § 26 nWLStrG²², Ansprüche auf Sozialhilfe gemäß § 4 BSHG, Ansprüche der Versicherten auf Regelleistungen aus der Rentenversicherung der Angestellten und Arbeiter nach §§ 12 ff. AnVG, aus der Krankenver-

den Recht ist. Vgl. dazu *Jansen*: NJW 1962, S. 945; *Weimar*: DÖV 1963, S. 607; *Uckan*: „Die öffentlich-rechtliche Gefährdungshaftung in der Bundesrepublik Deutschland“, Diss. jur. Münster 1964 mWn.

¹¹ RGZ 140, S. 276; *Wolff* § 60 I c) 2. Demgegenüber unterwirft der BGH in stRspr. sowohl die schuldhaft als auch die schuldlos rechtswidrige Sonderbeeinträchtigung dem von ihm begründeten Institut des „enteignungsgleichen Eingriffs“. Grundlegend: BGHZ 6, S. 270 ff. Diese Rechtsprechung ist jedoch verfehlt, da die hier auszugleichenden Beeinträchtigungen selten zum Wohle der Allgemeinheit und nie aufgrund eines die Entschädigung regelnden Gesetzes zugefügt sind. Von einer enteignungsgleichen Wirkung ließe sich daher allenfalls angesichts der Entschädigung sprechen, die jedoch lediglich die Folge einer abzulehnenden Hypothese ist. Da die Enteignung jedoch nur ein Sonderfall der Aufopferung ist (BGHZ 13, S. 91/94), ist im Falle des Fehlens der die Enteignung qualifizierenden Merkmale der allgemeine Aufopferungsgedanke heranzuziehen. Ebenso: *Wolff* aaO. Kritisch zur Rechtsprechung des BGH auch *Schneider*: DÖV 1965, S. 292 ff.

¹² BGHZ 9, S. 83; 23, S. 161; 29, S. 97; 30, S. 123; 36, S. 379 (386 ff.); OLG Hamburg v. 26. 1. 1965: DVBl. 1965, S. 613.

¹³ Ausführungsgesetz zu Art. 26 II des Grundgesetzes (Gesetz über die Kontrolle von Kriegswaffen) v. 20. 4. 1961 (BGBl. S. 444).

¹⁴ Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung übertragbarer Krankheiten beim Menschen (Bundes-Seuchengesetz) v. 18. 7. 1961 (BGBl. S. 1012).

¹⁵ Bundesleistungsgesetz idF. v. 27. 9. 1961 (BGBl. S. 1769).

¹⁶ Gesetz über die Beschränkung von Grundeigentum für die militärische Verteidigung (Schutzbereichsgesetz) v. 7. 12. 1956 (BGBl. S. 899).

¹⁷ 1. Gesetz über Maßnahmen zum Schutz der Zivilbevölkerung v. 9. 10. 1957.

¹⁸ Bundesgesetz zur Entschädigung für Opfer der nationalsozialistischen Verfolgung (Bundesentschädigungsgesetz) idF. v. 29. 6. 1956 (BGBl. S. 559).

¹⁹ Gesetz zur allgemeinen Regelung durch den Krieg und den Zusammenbruch des Deutschen Reiches entstandener Schäden idF. v. 26. 6. 1961 (BGBl. S. 785).

²⁰ Lastenausgleichsgesetz v. 14. 8. 1952 (BGBl. S. 446).

²¹ Gesetz über die Entschädigung ehemaliger deutscher Kriegsgefangener idF. v. 1. 9. 1964 (BGBl. S. 696).

²² Straßengesetz des Landes Nordrhein-Westfalen (Landesstraßengesetz) v. 28. 11. 1961 (GV NW S. 305).

sicherung nach §§ 165 ff. RVO, und Ansprüche auf Leistungen aus der Unfallversicherung nach §§ 539 ff. RVO, Subventionsverhältnisse²³, Ansprüche auf Beseitigung der durch den Vollzug eines rechtswidrigen Verwaltungsakts verursachten Beeinträchtigung sowie sonstiger Beeinträchtigungen, die mit der Aufhebung oder dem Widerruf eines rechtswidrigen Verwaltungsakts noch nicht beseitigt sind (sog. Folgenbeseitigungsanspruch)²⁴, Ansprüche auf Ausgleichung der durch sofortige Vollziehung eines Verwaltungsakts entstandenen Schäden (sog. Folgenentschädigungsanspruch)²⁵, Anspruch auf Rückgewähr einer rechtsgrundlos an einen Träger öffentlicher Verwaltung erbrachten Leistung (sog. öffentlich-rechtlicher Bereicherungsanspruch)²⁶, Ansprüche auf Erstattung bei ungerechtfertigter und unmittelbarer Vermögensverschiebung im öffentlichen Recht zugunsten eines Hoheitssubjekts (sog. Erstattungsanspruch)²⁷, unentgeltliche öffentlich-rechtliche Verwahrungs-

²³ *Zuleeg* (Diss.), S. 76 ff., 134 ff. im Gegensatz zur hM., die im Anschluß an *Ipsen* zweistufige Rechtsverhältnisse annimmt, indem sie in der Entscheidung über die Leistung einen Verwaltungsakt sieht, zur Abwicklung dieses hoheitlich begründeten Leistungsverhältnisses jedoch privatrechtliche Rechtsformen heranzieht. Eine eingehende Behandlung dieser Fragen ist an dieser Stelle nicht möglich, jedoch soll die Möglichkeit einer rein öffentlich-rechtlichen Betrachtungsweise nicht ausgeschlossen werden. Vgl. die abl. Bespr. der Monographie *Zuleegs* von *Reuss*: DVBl. 1965, S. 578. Zur Zweistufentheorie vgl. im übrigen *Ipsen*: AöR 78 (1952/53), S. 284, 292 f.; ders.: DVBl. 1956, S. 461, 498, 602; *Wolff* § 154 VI c; BVerwG 7, S. 89; 7, S. 180; BGHZ 36, S. 95/96.

²⁴ Vgl. *Bachof*, S. 98 ff.; *Schlussnus*: „Der Anspruch auf Beseitigung der Folgen aus fehlerhaften Verwaltungsakten“, Diss. jur. München 1953; *Bettermann*: DÖV 1955, S. 528 ff.; *Forsthoff* S. 239. Vgl. auch die Hinweise o. S. 33 Fußn. 94 a.

²⁵ Vgl. hierzu *Wolff* § 54 II b) 2; *Franke*: „Der Folgenentschädigungsanspruch“, Diss. jur. Münster 1963, der die Eigenständigkeit dieses Anspruchs neben dem Folgenbeseitigungsanspruch betont.

²⁶ z. B. im Falle der Nichtigkeit eines verwaltungsrechtlichen Vertrages. Vgl. *H.-J. Wolff* § 44 I c) 2 β). Gegen die allgemeine Geltung eines Anspruchs aus ungerechtfertigter Bereicherung jedoch BVerwG v. 7. 3. 1958: NJW 1958, S. 1107 mit abl. Anmerkung von *Obermayer*, der allerdings gleichfalls die Anwendung von § 818 III BGB in Frage stellt. Vgl. auch *Lassally*: Fischers Zeitschr. 59, S. 153.

²⁷ z. B. zu Unrecht gezahlte Abgaben. Vgl. hierzu *Lassar*: „Der Erstattungsanspruch im Verwaltungs- und Finanzrecht“ (1921); *Skaupy*: „Die ungerechtfertigte Bereicherung im öffentlichen Recht“ (1934); *Ruppert* S. 18; *Goetz*: „Die Verwaltungsrechtspflege in Württemberg“ (1902), S. 162; *Joachim Baumann*: „Absolute Grenzen der Anwendbarkeit des Grundsatzes von Treu und Glauben im Verwaltungsrecht“, Diss. jur. Hamburg 1956 (ungedr.), S. 192 f.; *Bergmann* S. 168 ff.; *Nebinger* S. 60; *Forsthoff* S. 160 f.; *H.-J. Wolff* § 44 I c) 2; *E. R. Huber* Bd. II, S. 596 f., 621 f.; *Götz*: DVBl. 1961, S. 433; *Haueisen*: NJW 1954, S. 977 ff.; *Bachof*: JZ 1962, S. 754 ff.; *Kilian*: NJW 1962, S. 1279 ff.; *Hurst*: DVBl. 1965, S. 757 ff.; BVerwG v. 28. 6. 1957: DVBl. 1958, S. 56; BSG v. 30. 1. 1962: AS 16 S. 151; v. 18. 10. 1962: DVBl. 1963, S. 249; OVG Münster v. 14. 2. 1962: VerwRspr. 15, S. 724 (Nr. 241); bwVG v. 29. 5. 1961: VerwRspr. 15, S. 788 (Nr. 222); VG Oldenburg v. 20. 4. 1964: NJW 1964, S. 1916. Im Gegensatz hierzu sah das prOVG und das RG diesen Anspruch rein zivilrechtlich, wofür jedoch letztlich Gesichtspunkte des Rechtsschutzes maßgebend waren. Vgl. prOVGE 37, S. 90; v. 20. 6. 1906; PrVwBl Bd. 27, S. 698; RGZ 118, S. 109, 118, S. 379; 127, S. 276; 138, S. 300; 150, S. 58.

verhältnisse, die sowohl freiwillig (z. B. Hinterlegung) als auch im Wege der Beschlagnahme begründet werden können²⁸, unentgeltliche Behandlung in öffentlichen Krankenanstalten aufgrund Einweisung durch die Sozialbehörden²⁹.

(3) Schuldverhältnisse mit einseitiger Leistungsverpflichtung der Zivilpersonen gegenüber den Trägern hoheitlicher Gewalt sind u. a.: Verpflichtungen zur Rückzahlung zuviel gezahlter Beamtenbezüge gemäß § 53 II BRRG³⁰, § 87 II BBG³¹, ³², Ansprüche auf Erstattung bei ungerechtfertigter und unmittelbarer Vermögensverschiebung im öffentlichen Recht zugunsten einer Zivilperson³³, Ansprüche auf Kostenersatz gemäß § 93 BSHG³⁴, öffentlich-rechtliche Geschäftsführung ohne Auftrag eines Hoheitssubjekts für Zivilpersonen³⁵.

b) (1) Zweiseitig verpflichtende verwaltungsrechtliche Schuldverhältnisse zwischen Hoheitsträgern sind vornehmlich rechtsgeschäftlicher Natur. Hauptanwendungsgebiet bilden insoweit die verwaltungsrechtlichen Verträge³⁶ zwischen Hoheitssubjekten (sog. koordinationsrechtliche³⁷

²⁸ Vgl. *Bergmann* S. 163 ff.; *Koch*: „Die öffentlichrechtliche Verwahrung“, Diss. jur. Hamburg (ungedr.) 1953; *Friedrich Klein*: „Untersuchungen zur sachlichen Zuständigkeit der Zivilgerichte im öffentlichrechtlichen Bereich“ (1953), S. 71 ff.; von *Arnswaldt*: *Gruchot* 73, S. 459 ff.; *Schack*: RVBL 1935, S. 189 f.; ders.: *Festschrift für Rudolf Laun* 1948, S. 275; *Forsthoff* S. 161; *Nebinger* S. 59; *Wolff* § 44 I c) 1 a); § 99 V e); ders.: AöR 76, S. 215 Fußn. 11; E. R. *Huber* II, S. 597; RGZ 115, S. 419 ff.; 138, S. 41; 166, S. 223; BVerwG v. 31. 3. 1965: NJW 1965, S. 1267 (1268); BGHZ 1, S. 369; 3, S. 162; 4, S. 192; v. 9. 3. 1961: DVBl. 1961, S. 450.

Gesetzlich vorgesehen sind öffentlich-rechtliche Verwahrungsverhältnisse u. a. in §§ 52, 257, 268, 273, 321, 432, 489, 492, 509, 590, 660, 738, 775 BGB, §§ 365, 369, 437 HGB, Art. 42, 90 WechselG, Art. 59 ScheckG, §§ 54, 78, 129, 132, 168 KO, §§ 89, 108, 110—113, 707, 713, 715, ZPO, §§ 49, 61, 65, 67, 85, 108, 115, 117, 120, 124, 126, 153, 157 ZVG, § 7 HaftpfG, § 62 EheG.

Ablehnend *Denecke*: JR 1953, S. 41 und *Münzer*: „Die Anwendung von Rechtsgrundsätzen des Privatrechts auf das öffentliche Recht in der preußischen Verwaltungspraxis“, Diss. jur. Breslau 1934, S. 34.

²⁹ Vgl. RGZ 112, S. 290; BGHZ 4, S. 192.

³⁰ Rahmengesetz zur Vereinheitlichung des Beamtenrechts (Beamtenrechtsrahmengesetz) idF. v. 1. 10. 1961 (BGBl. S. 1835).

³¹ Bundesbeamtengesetz idF. v. 1. 10. 1961 (BGBl. S. 1802).

³² Vgl. BVerwG 15, S. 15; v. 17. 12. 1963 NJW 1964, S. 739; v. 21. 2. 1964: ZBR 1964, S. 341; v. 24. 8. 1964 DÖD 1964, S. 234.

³³ Vgl. *Presting*: DÖV 1956, S. 110 ff.; BVerwG v. 26. 2. 1965: DÖV 1965, S. 710 mwN. BSG: NJW 1966, S. 1239 und die o. S. 67 Fußn. ²⁷ aufgeführte Lit. und Rspr.

³⁴ Vgl. hierzu *Wolff* § 149 I.

³⁵ OVG Münster 18, S. 384.

³⁶ Die Lit. zum verwaltungsrechtlichen Vertrag ist mittlerweile fast unüberschaubar geworden. Eine erschöpfende Aufzählung ist daher auch nicht annähernd möglich. Vgl. u. a. *Apelt*: „Der verwaltungsrechtliche Vertrag“ (1920); ders.: AöR 84 (1959), S. 249 ff.; *Speiser*: „Über öffentlich-rechtliche Verträge“, Diss. jur. Basel 1922; *Seidel*: „Zur Lehre vom öffentlich-rechtlichen Vertrag“,

Verträge), so z. B.: Gebietsänderungsverträge zwischen einzelnen Gemeinden gemäß § 15 nwGO³⁸, Bildung einer Verwaltungsgemeinschaft³⁹ (§ 2 nwZweckverbG)⁴⁰, eines Zweckverbandes⁴¹ (§§ 1, 9 aaO.) und Vereinbarungen über den Ausgleich von Vor- und Nachteilen, die sich aus dessen Bildung ergeben (§ 12 aaO.), Energiewirtschaftliche Konzessionsverträge⁴², Vereinbarungen gemäß § 5 KreuzG⁴³, Vereinbarungen zwischen Bund und Gemeinden gemäß § 5 V 2 FStRG⁴⁴, Verträge über die Aufbringung der Schulkosten gemäß § 15 II nwSchFG⁴⁵, Vertrag zwischen Stadt und Eisenbahn über die Herstellung eines Eisenbahnan schlusses für den städtischen Hafen⁴⁶, Verträge zwischen Industrie- und Handelskammern über die gemeinsame Errichtung und Unterhaltung von Fachschulen, Börsen etc.⁴⁷, Zusammenschlüsse zu Planungsverbänden gemäß § 4 I BBauG, Vertrag zwischen zwei Gemeinden über die Teilung der Besteuerungsrechte eines auf den Gemarkungen beider Gemeinden liegenden Wasserkraftwerks⁴⁸.

Diss. jur. Breslau 1927; *Jedlicka*: „Der öffentlich-rechtliche Vertrag im Verwaltungsrecht“, Diss. jur. Zürich 1928; *Burckhardt*: „Der Vertrag im Privatrecht und im öffentlichen Recht“ (1924); *Reusch*: „Der Vertrag im Verwaltungsrecht“, Diss. jur. Frankfurt a. M. 1929; *Laufkötter*: „Vereinbarungen über die Ausübung der öffentlichen Gewalt“, Diss. jur. Berlin 1937; *Steffen*: „Der öffentlich-rechtliche Vertrag im heutigen Recht“, Diss. jur. Königsberg 1938; *Imboden*: „Der verwaltungsrechtliche Vertrag“ (1958); *Salzwedel*: „Die Grenzen der Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages“ (1958); *Bullinger*: „Vertrag und Verwaltungsakt“ (1962); *Rössler*: *VerwPraxis* 1956, S. 275 ff.; *Stern*: *VerwArch* 49 (1958), S. 106 ff.; *Rupp*: DVBl. 1959, S. 81 ff.; ders.: *JuS* 1961, S. 59 ff.; *Raiser*: *Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages* (1960) I, S. 101 ff.; *Martens*: AöR 89 (1964), S. 429; von *Turegg-Kraus* S. 108 f.; *Forsthoff* S. 250 ff.; *Giacometti* S. 44 f.; *Wolff* § 44 I b); E. R. *Huber* I S. 57; BVerwGE 4, S. 111; 5, S. 128; BGHZ 32, S. 14; v. 21. 12. 1964: DVBl. 1965, S. 276. — Abgelehnt wurde der öffentlich-rechtliche Vertrag von *Otto Mayer*: AöR 3 (1888), S. 1 ff.; Bd. II, S. 262, 682 ff.

³⁷ Zur Terminologie vgl. *Wolff* aaO.

³⁸ Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen v. 28. 10. 1952 (GV NW S. 167).

³⁹ *Wolff* § 92; *Klüber*: *KomHdb.* I, S. 541 ff.

⁴⁰ Gesetz über die kommunale Gemeinschaftsarbeit v. 26. 4. 1961 (GV NW S. 190).

⁴¹ Vgl. *Wolff* § 44 I b) 1; *Stern*: *VerwArch* 49 (1958), S. 147. AA.: *Eckert*: DVBl. 1962, S. 12 Fußn. 13; *Rössler*: *VerwPraxis* 1956, S. 275 ff.

⁴² Vgl. *Stern*: AöR 84 (1959), S. 137 ff., 237 ff.

⁴³ Gesetz über Kreuzungen von Eisenbahnen und Straßen (Eisenbahnkreuzungsgesetz) v. 14. 3. 1963 (BGBl. S. 681).

⁴⁴ Bundesfernstraßengesetz idF. v. 6. 8. 1961 (BGBl. S. 1742).

⁴⁵ Gesetz über die Finanzierung der öffentlichen Schulen (Schulfinanzgesetz) v. 3. 6. 1958 (GV NW S. 246).

⁴⁶ BGH v. 17. 12. 1960: NJW 1961, S. 606.

⁴⁷ E. R. *Huber* I, S. 59.

⁴⁸ Im Gegensatz hierzu nimmt der BGH (v. 26. 2. 1952: *VerwRspr.* 4, S. 838) einen privatrechtlichen Vertrag an.

Nichtvertragliche Schuldverhältnisse des Verwaltungsrechts zwischen Hoheitssubjekten sind u. a.: Öffentlich-rechtliche Geschäftsführung ohne Auftrag eines Trägers öffentlicher Verwaltung für einen anderen⁴⁹, Dotationsverhältnisse zwischen Staat und kommunalen Wasserverbänden.

(2) Verwaltungsrechtliche Schuldverhältnisse zwischen Zivilpersonen⁵⁰ sind u. a.: Vereinbarungen im Wasserrecht zwischen den beteiligten Grundstückseigentümern⁵¹, Verträge zwischen dem Unternehmer einer Straßenbahn und dem Wegeunterhaltungspflichtigen über die Benutzung des Weges und das dafür zu entrichtende Entgelt gemäß § 32 PBefG⁵², ⁵³, Vereinbarungen zwischen Zivilpersonen über eine Übernahme der Reinigungspflicht an öffentlichen Wegen gemäß § 6 prWegeReinG und über die Übernahme der Unterhaltungspflicht gemäß § 55 nWLWG⁵⁴, Verträge über die Aufteilung von Eigenjagdreviere in mehrere selbständige Jagdreviere gemäß Art. 8 II bayJagdG⁵⁵, Vereinbarungen eines Arbeitgebers mit den bei ihm Beschäftigten, über seinen Arbeitgeberanteil hinaus auch die Arbeitnehmeranteile der Sozialversicherung zu tragen⁵⁶, Wegnahmeansprüche des bisherigen Eigentümers im Flurbereinigungsverfahren gemäß § 50 II 3 FlurbG.

c) Beispiele zweiseitig verpflichtender Schuldverhältnisse des Verwaltungsrechts zwischen Hoheitssubjekten und Zivilpersonen sind: Vereinbarungen zwischen Behörde und Antragsteller über die Höhe der

⁴⁹ Vgl. hierzu *Brennhausen*: „Geschäftsführung ohne Auftrag im öffentlichen Recht“, Diss. jur. Gießen 1934; *Isele*: „Geschäftsbesorgung“ (1935); *Bergmann* S. 181 ff.; *Tiedau*: DÖV 1952, S. 164 ff.; *Dreidoppel*: „Die Geschäftsführung ohne Auftrag im öffentlichen Recht“, Diss. jur. Köln 1957 (ungedr.), der auf einige Fälle gesetzlich anerkannter Geschäftsführung, so auf die Amtshilfe, § 12 II prPVG, § 6 I nWOBG, § 109 II nWGO, § 72 prPVG hinweist. Vgl. auch die dortigen Hinweise auf die umfangreiche Lit. und Rspr.; *Hamann*: NJW 1955, S. 481 ff.; *Weimar*: StVKV 1957, S. 81; *Hurst*: DVBl. 1965, S. 757 ff.; *Rietdorf*: DÖV 1966, S. 253 ff.

Nebinger S. 58; *Wolff* § 44 I c) 2 a); *Eyermann-Fröhler* § 40 RdNr. 18 u. 20; BVerfG v. 31. 3. 1965: DVBl. 1965, S. 477 = NJW 1965, S. 1267; RGZ 133, S. 301; BGHZ 33, S. 251; BVerwG v. 9. 12. 1955: DVBl. 1956, S. 375; 18, S. 222; BSG v. 20. 12. 1957: NJW 1958, S. 886; LVG Lüneburg v. 25. 5. 1962: VerwRspr. 15, S. 799 (Nr. 237); 18, S. 384.

⁵⁰ Gegen die Möglichkeit verwaltungsrechtlicher Schuldverhältnisse in der Form von Verträgen, an denen lediglich Nichthoheitsträger beteiligt sind, spricht sich *Menger* (VerwArch 52 (1961), S. 100 f.) aus. Zweifel auch bei von *Turegg-Kraus* S. 110. — Wie hier jedoch BGH v. 25. 4. 1960: DVBl. 1960, S. 561; *Apelt* AöR 84 (1959), S. 257.

⁵¹ Vgl. *Barocka*: VerwArch 51 (1960), S. 6.

⁵² Personenbeförderungsgesetz v. 21. 3. 1961 (BGBl. S. 241).

⁵³ *Forsthoff* aaO.; *Stern*: VerwArch 49 (1958), S. 147.

⁵⁴ Wassergesetz für das Land Nordrhein-Westfalen v. 22. 5. 1962 (GV NW S. 235).

⁵⁵ Bayerisches Jagdgesetz idF. v. 18. 7. 1962 (GVBl. S. 131).

⁵⁶ *Wannagat*: NJW 1961, S. 1194.

Entschädigung nach § 51 BesetzungsschädenabgeltungsG⁵⁷, Baudispensverträge⁵⁸, Verträge über die Subventionsgewährung an Private⁵⁹, Vereinbarungen zwischen den Trägern der Sozialversicherung und den Unternehmern der versicherungspflichtigen Betriebe über die Höhe der Beiträge oder die Einstufung des Betriebes in eine Gefahrenklasse⁶⁰, Annahme als Doktorand durch einen Hochschullehrer⁶¹, Verträge über die Vorausleistung der Anliegerbeiträge (§ 133 III BBauG)⁶² und über die Entschädigung im Verfahren über die Sicherung der Bauleitplanung (§§ 18 II, 21 III BBauG), Verwaltungsrechtliche Prozeßvergleiche (§ 106 VwGO)⁶³, Verträge zwischen Gemeinde und Anliegern über die Unterhaltungspflicht für öffentliche Wege und Straßen⁶⁴, Verwaltungsrechtliche Verträge mit Schutzwirkung zugunsten Dritter⁶⁵, Vertrag über die Benutzung eines städtischen Freibades durch einen Verein für Freikörperkultur⁶⁶, Verträge über die Wegebenutzung gemäß § 19 hamb-WegeG⁶⁷, Vereinbarungen zwischen Monopolverwaltung und Monopolbrennereien gemäß § 62 BranntweinmonopolG⁶⁸, wege- und wasserrecht-

⁵⁷ Gesetz über die Abgeltung der Besetzungsschäden v. 2. 12. 1955 (BGBl. S. 734).

⁵⁸ Vgl. eingehend *Schulze*: „Baudispensverträge“ (1964); *Clasen*: BuG 1959, S. 55 f. — Die Zulässigkeit derartiger subordinationsrechtlicher Verträge im Verwaltungsrecht wird heute allgemein bejaht. Vgl. *Barocka*: VerwArch 51 (1960), S. 6 f.; OVG Münster v. 21. 6. 1960: DÖV 1960, S. 798. Ablehnung findet dieser Vertragstypus bei *Giacometti* S. 442, *Bullinger* S. 18, und *Maunz*: „Neue Grundlagen des Verwaltungsrechts“ (1934), S. 36, wobei letzterer jedoch von einer Unvereinbarkeit mit dem „politischen Führerbegriff“ ausgeht und damit aus der juristischen Diskussion ausscheidet.

⁵⁹ Vgl. *Janknecht*: „Rechtsformen von Subventionierungen“, Diss. jur. Münster 1964, S. 66 ff.; *H.-J. Wolff* § 154 V b); *Stern*: JZ 1960, S. 518 ff., 557 ff. (560); BVerwG v. 19. 12. 1958: NJW 1959, S. 1098 OVG Münster 12, S. 177; v. 18. 9. 1957: KStZ 1958, S. 69; 13, S. 300 ff.

⁶⁰ *Wannagat*: NJW 1961, S. 1191 ff.

⁶¹ *Wolff* § 93 III e) 3; BGH v. 14. 12. 1959: DVBl. 1960, S. 741; zT. aM.: *Fettig*: DVBl. 1960, S. 881 ff.

⁶² *Clasen*: BuG 1961, S. 484. Vgl. auch OVG Koblenz v. 17. 3. 1960: KStZ 1960, S. 178.

⁶³ *Hoffmann*: „Der öffentlich-rechtliche Vergleich“, Diss. jur. München 1953 (ungedr.); *Löwer*: VerwArch 56 (1965), S. 142 ff., 236 ff.; *Mellwitz*: DVBl. 1962, S. 600 f.; *Stein*: AöR 86 (1961), S. 328; *Ule* § 106 Anm. I; BVerwGE 14, S. 103; BayVGH v. 5. 6. 1962: BayVwBl. 1962, S. 285. Vgl. auch § 41 EVwVerfG. Zum früheren Recht vgl. *Sinn*: DVBl. 1956, S. 816 ff., 849 (851).

⁶⁴ OVG Hamburg v. 6. 8. 1954: VerwRspr. 8, S. 228. Vgl. auch *Tidten*: „Das Problem der sogenannten Ablösung in der Reichsgaragenordnung“, Diss. jur. Münster 1962 S. 21.

⁶⁵ BGH v. 7. 2. 1963: VerwRspr. 15, S. 882 (Nr. 263); HansOLG Hamburg v. 9. 6. 1961: MDR 1961, S. 938; *Gieseke*: Festschrift für *Boehmer* 1954, S. 124 (131).

⁶⁶ OVG Saarlouis v. 14. 10. 1960: JZ 1961, S. 873.

⁶⁷ Hamburgisches Wegesgesetz vom 4. 4. 1961 (GVBl. S. 117).

⁶⁸ Branntweinmonopolgesetz v. 4. 4. 1922 (RGBl. S. 405); vgl. E. R. *Huber* I, S. 512 f.

liche Konzessionsverträge zwischen Gemeinden und privatrechtlich organisierten Verkehrs- und Versorgungsunternehmen⁶⁹, Rechtsverhältnis zwischen Schulträger und Schüler⁷⁰, Dienstverhältnisse der nichtbeamteten Fleischbeschauer-Tierärzte, Fleischbeschauer und Trichinenschauer zu den Trägern der Fleischschau⁷¹, öffentlich-rechtliche Treuhandverhältnisse⁷², Rechtsverhältnis zwischen Bundespost⁷³, Bundesbahn⁷⁴ und den Benutzern, Rechtsverhältnisse in bezug auf Grabstellen auf gemeindlichen Friedhöfen⁷⁵, sonstige öffentlich-rechtlich ausgestaltete Benutzungsverhältnisse an öffentlichen Einrichtungen⁷⁶, Beamtenverhältnis⁷⁷, öffentlich-rechtliche Geschäftsführung ohne Auftrag von Zivilpersonen für einen Träger öffentlicher Verwaltung⁷⁸, verwaltungsrechtliche Auftragsverhältnisse⁷⁹.

⁶⁹ Vogel S. 144, 148 ff.

⁷⁰ BGH v. 16. 4. 1964: NJW 1964, S. 1670. Zum Begriff des Schulträgers vgl. Stephany: „Staatliche Schulhoheit und kommunale Selbstverwaltung“, (1964), S. 74—90.

⁷¹ BGHZ 22, S. 246 (253).

⁷² BGH v. 13. 3. 1952: NJW 1952, S. 931; v. 3. 4. 1952: NJW 1952, S. 658; Koch S. 58 ff.

⁷³ RGZ 155, S. 333; 158, S. 83; 161, S. 174; 164, S. 273; 166, S. 1; BGHZ 12, S. 96; 16, S. 111; 20, S. 102; BVerwG v. 6. 5. 1960: NJW 1960, S. 1538; Wolff: JZ 1956, S. 489 f.; Arnade: NJW 1962, S. 996.

⁷⁴ Wolff § 64 II c) 2; ders.: JZ 1956, S. 488. AM. jedoch die hM. Vgl. RGZ 169, S. 379; BGH v. 23. 4. 1951: NJW 1952, S. 219.

⁷⁵ BVerwGE 11, S. 69 mwN.; bwVGh v. 25. 2. 1958: DÖV 1958, S. 498.

⁷⁶ Vgl. hierzu Jedlicka S. 53 f.; Siebert: Festschrift für Niedermeyer 1953, S. 215 ff.; ders.: DÖV 1959, S. 733 ff.; Schneider: NJW 1962, S. 705 ff.; Wolff § 99 V a); ders.: ArchKomW (1963), S. 160; ders.: AöR 76 (1950/51), S. 205 ff.

⁷⁷ Wolff § 44 I a) 1; Werténbruch: JuS 1963, S. 180 ff.

⁷⁸ Schack: Festschrift für Rudolf Laun 1948, S. 290; Uckan S. 117 f.; Barkhau S. 87; Wolff § 44 I c) 2 a); ablehnend: Goetz S. 160; Weil: „Geschäftsführung ohne Auftrag von Privatpersonen für die öffentliche Hand“, Diss. jur. Heidelberg 1934, S. 23/25; Brennhäusen S. 29 ff.; Tiedau: DÖV 1952, S. 165.

⁷⁹ Vgl. Krückmann: „Enteignung, Einziehung, Kontrahierungszwang, Änderung der Rechteinrichtung, Rückwirkung und die Rechtsprechung des Reichsgerichts“ (1930), der jedoch in jedem behördlichen Befehl die Begründung eines Auftragsverhältnisses sieht (S. 20 ff.); Werner Weber: „Die Dienst- und Leistungspflichten der Deutschen“ (1943); Ipsen: Festgabe für Erich Kaufmann 1950, S. 141 ff. Zutreffend weist dieser (S. 154) auf das Erfordernis einer Willensübereinstimmung freiwillig handelnder Rechtssubjekte hin. „Zwangsauftrag und Zwangsgeschäftsführung ... bedeuten einen Widerspruch in sich.“ Ebenso: Stöcker S. 235 f.

Aktuelle Bedeutung hat die Problematik dieser Rechtsverhältnisse angesichts der Regelung der Stellung der ehrenamtlichen Mitarbeiter in den Nothilfeorganisationen erlangt (z. B.: Rechtsbeziehungen der Helfer des THW mit der Bundesanstalt Technisches Hilfswerk, der Helfer im Luftschutzhilfsdienst, Luftschutzwarn- und -alarmdienst gemäß §§ 12—20 G v. 9. 10. 1957 (BGBl. S. 1696), zwischen den Helfern in der freiwilligen Feuerwehr und den Gemeinden — mit Ausnahme Bayerns, das diese Rechtsbeziehungen dem Vereinsrecht des BGB unterstellt (vgl. Art. 4 G Nr. 41 über das Feuerlöschwesen v. 17. 5.

Diese nur beispielhafte Aufzählung verwaltungsrechtlicher Schuldverhältnisse gibt bereits einen Einblick in die Vielzahl und Vielfältigkeit dieser Rechtsverhältnisse. Gleichzeitig erhellt hieraus jedoch die Notwendigkeit einer einheitlichen rechtlichen Betrachtung, eine Erkenntnis, die angesichts der ständig zunehmenden Gestaltungsformen und damit auch eines Rückgriffs auf Schuldverhältnisse des Verwaltungsrechts zur Bewältigung öffentlicher Aufgaben in wachsendem Umfang noch verstärkt wird.

1946) —). Dies gilt nicht für die privatrechtlichen Nothilfeorganisationen, z. B. Deutsches Rotes Kreuz, Deutsche Lebens-Rettungsgesellschaft, Bergwacht, Deutsche Gesellschaft zur Rettung Schiffbrüchiger. Vgl. hierzu Kriebel: DÖV 1962, S. 766 ff.; bayVGh v. 5. 6. 1962: BayVwBl. 1962, S. 284.

Zweiter Teil

Leistungsstörungen der verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnisse

§ 15 Vorbemerkung

Bemerkenswert ist im Vergleich mit der für die Praxis überaus großen Bedeutung der hier zu untersuchenden Fragen die außerordentliche Zurückhaltung der Rechtsprechung und Wissenschaft in der Behandlung dieser Problematik. Dies um so mehr, als beginnend mit der bahnbrechenden Abhandlung *Apelts* über den verwaltungsrechtlichen Vertrag ein heute bald als unübersehbar zu bezeichnendes Schrifttum zu diesem Themenkreis vorliegt¹, das mit Ausnahme weniger im folgenden anzu-führender Autoren eine Behandlung der Leistungsstörungen dieser Verträge nicht enthält, sondern sich idR. auf die Frage der Zulässigkeit einzelner Verträge² und die Möglichkeit einer Anfechtbarkeit der diese konstituierenden Willenserklärungen beschränkt. Nicht ohne Grund spricht daher *Löwer* in seiner jüngst veröffentlichten³ Abhandlung über den verwaltungsrechtlichen Prozeßvergleich als materielles Rechtsgeschäft den Wunsch aus, „daß im Schrifttum durch den Streit über die Zulässigkeitsgrenzen des öffentlich-rechtlichen Vertrages nicht weiterhin die mit dem materiellen Recht dieser Rechtsfigur verbundenen überaus interessanten Problemkomplexe vernachlässigt werden mögen“.

Diesem Zögern in der juristischen Theorie und Praxis steht heute jedoch die Tatsache gegenüber, daß im öffentlich-rechtlichen Bereich in Gestalt der verschiedenartigsten verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnisse soziologische Phänomene auftreten, die eine rechtliche Ordnung unausweichlich verlangen. Im Anschluß an *Coing*⁴ ist hier ebenso wie bei den ausschließlich privaten personen- oder sachbezogenen soziologischen Erscheinungsformen von gesellschaftlich vorgeformten, geschlossenen Tatsachenkomplexen und Lebenskreisen zu sprechen, denen sich

¹ Vgl. o. S. 64 Fußn. 36.

² Vgl. auch die ausführliche Darstellung von *Stern*: *VerwArch* 49 (1958), S. 113 ff.

³ *VerwArch* 56 (1965), S. 142 ff., 237 ff. (263).

⁴ „Grundzüge der Rechtsphilosophie“ (1950), S. 272.

die Rechtsordnung nicht verschließen kann. Aus diesen „sozialen Sinn-einheiten“⁵ entwickeln sich, bedingt durch eine zwangsläufige Gesetzmäßigkeit ihrer gesellschaftlichen Voraussetzungen ganze Rechtsinstitute, als deren am meisten hervorstechendes Beispiel der Vertrag als jeder positiven Rechtsordnung vorgegebene rechtliche Ordnung zwischenmenschlicher Beziehungen im Wege der Selbstbestimmung der Beteiligten⁶ genannt werden kann.

Durch die Anerkennung bestimmter Rechtsinstitute entsteht dann aber auch unausweichlich das Bedürfnis nach bestimmten Rechtsregeln, nach denen sich die rechtliche Behandlung einzelner Personen- oder Sachkonstellationen vollzieht. Dabei sind einzelne grundlegende Verhaltensnormen unmittelbar durch die Anerkennung der Rechtsinstitute selbst gegeben. So besitzt z. B. das Gebot „pacta sunt servanda“ Imperativcharakter nicht aufgrund irgendeiner gesetzlichen Fixierung, sondern es folgt unmittelbar aus der Anerkennung des Rechtsinstituts eines Vertrages⁷. Welche Folgerungen im einzelnen jedoch aus einer Mißachtung dieses Gebots zu ziehen sind, welchem Schicksal also die Forderung des Gläubigers im Falle ihrer Verletzung unterliegt, kann erst nach einer an der Grunderscheinung des Rechtsinstituts orientierten Weiterentwicklung der ursprünglichen Rechtsregeln gesagt werden. Daher enthält die Aussage über die Existenz von verwaltungsrechtlichen Rechtsbeziehungen schuldrechtlicher Art zwar die Anerkennung eines Gebots zur Erfüllung der jeweiligen Schuldnerverpflichtungen. Die Folgerungen aber, die aus der schuldhaften Nicht- oder verspäteten Erfüllung zu ziehen sind, können erst nach Herleitung eines Haftungssystems für Leistungsstörungen in verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnissen umschrieben werden. Die Entwicklung eigener Haftungsregeln innerhalb des Verwaltungsschuldrechts hat sich daher unter Berücksichtigung der unterschiedlichen Interessen der jeweils am Rechtsverhältnis Beteiligten⁸ unmittelbar am Rechtsinstitut des verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnisses zu orientieren und stellt damit im Rückgriff auf jenes vielgestaltige Rechtsgebilde mit dem Ziel, aus der Natur der Sache die Rechtserkenntnis zu schöpfen⁹, eine echte Ableitung und Fortbildung der sich aus dem Rechtsinstitut selbständig entwickelnden ursprünglichen Rechtsregeln dar.

⁵ Dahm S. 82.

⁶ Raiser: Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages Bd. I, S. 104; Burckhardt S. 2. Vgl. auch von Hippel: „Das Problem der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie“ (1936), S. 91 ff.; Ruppert S. 1 f.; Lünstedt S. 77 f.

⁷ Tezner: AöR 9 (1894), S. 509; Burckhardt S. 5; Jedlicka S. 116; Kohl S. 12; OVG Münster v. 18. 9. 57: KStZ 1958, S. 69.

⁸ Koch S. 20.

⁹ Wolff: Gedächtnisschrift für Walter Jellinek 1955, S. 46.

Erster Abschnitt

Die Regelung der Leistungsstörungen im bürgerlichen Recht

1. Kapitel: Die Leistungsstörungen i.e.S.

Schuldverhältnisse sind als Leistungsbeziehungen stets darauf gerichtet, einen bestimmten Zustand entweder herbeizuführen (sog. Handlungspflichten) oder aber zu erhalten (sog. Unterlassungspflichten). In jedem Falle wird dem Schuldner eine durch das Rechtsverhältnis konkretisierte Verhaltenspflicht auferlegt, deren Durchsetzung der jeweilige Gläubiger — notfalls unter Zuhilfenahme staatlicher Machtmittel — betreiben kann. Wird die von dem Verpflichteten geschuldete Leistung im beiderseitigen Einverständnis über den Charakter der Tilgung erbracht, so erlischt das Schuldverhältnis (§ 362 BGB). Erlöschensgrund ist hier die Erfüllung¹.

Neben diese ordnungsgemäße Abwicklung der Schuldverhältnisse treten die Fälle, in denen sich eine Störung einstellt mit der Folge, daß eine zeitlich oder gegenständlich der Verpflichtung gemäße Leistung verhindert wird. Hier ist dann von „Leistungsstörungen“² zu sprechen, ohne daß damit bereits eine Umschreibung ihrer Voraussetzungen und Rechtsfolgen gegeben wäre. Diese soll vielmehr im folgenden in einem Überblick über die gesetzliche Regelung des Privatrechts vermittelt werden.

§ 16 Unmöglichkeit der Leistung

Hat der Schuldner die ihm obliegende Leistung infolge eines nach Begründung des Schuldverhältnisses eintretenden Umstandes³ noch nicht

¹ Die Rechtsnatur der Erfüllung gehört zu den umstrittensten Gebieten des Schuldrechts überhaupt. Dabei stehen sich die Vertragstheorie, die Theorie der realen Leistungsbewirkung und die beschränkte Vertragstheorie gegenüber. Zu den Einzelheiten vgl. Larenz I § 26 I und Fikentscher § 38 II jeweils mwN.

² Zum folgenden vgl. auch Stoll-Felgentraeger: „Vertrag und Unrecht“ (1943), S. 159 f.

³ Die Fälle ursprünglicher Unmöglichkeit gehören, obgleich sie in der Wissenschaft meist im Zusammenhang mit den Leistungsstörungen behandelt

erbracht, so liegt bei fehlender Nachholbarkeit eine Unmöglichkeit vor, die sowohl objektiver als auch subjektiver Art⁴ sein kann. Die Auswirkungen auf das Schuldverhältnis bestimmen sich dabei nach der Verteilung der Verantwortlichkeit für den Eintritt der für die Unmöglichkeit kausalen Ereignisse: Hat der Schuldner die Unmöglichkeit nicht zu vertreten, so wird er unter Verpflichtung zur Herausgabe des Ersatzes oder Abtretung des Ersatzanspruchs (§ 281 I BGB) von seiner Leistungspflicht befreit (§ 275 I BGB), verliert bei gegenseitigen Verträgen jedoch den Anspruch auf die Gegenleistung, es sei denn, den Gläubiger treffe die Verantwortung für die Unmöglichkeit (§ 324 I BGB), oder er befinde sich im Zeitpunkt des Eintritts der Unmöglichkeit im Annahmeverzug (§ 324 II BGB). Hat der Schuldner die Unmöglichkeit zu vertreten, entsteht zu seinen Lasten eine Schadensersatzpflicht (§ 280 BGB). Bei gegenseitigen Verträgen kann der Gläubiger Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, vom Vertrage zurücktreten (§ 325 I 1 BGB), sich auf die Befreiung von seiner Leistungspflicht berufen oder eine von ihm bereits bewirkte Gegenleistung nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zurückfordern (§§ 325 I 3, 323 BGB).

§ 17 Verzug

Wird die geschuldete Leistung nicht rechtzeitig aus einem vom Schuldner zu vertretenden Grunde erbracht, oder beruht eine Verzögerung der Erfüllung der Leistungspflicht darauf, daß der Gläubiger ihm obliegende Mitwirkungshandlungen unterläßt, so liegt ein Verzug vor, der sich einmal als Schuldnerverzug, zum anderen als Gläubigerverzug darstellt. Im Falle des Schuldnerverzuges tritt neben die primäre Leistungspflicht eine Verpflichtung zum Ausgleich des Verzugschadens, bei Wegfall des Gläubigerinteresses an der Leistung kann unter Ablehnung derselben Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt werden (§ 286 II BGB). Eine Haftungserweiterung (§ 287 BGB) und die Pflicht zur Zahlung von Verzugszinsen (§ 288 BGB) sind weitere Folgen des Verzuges. Bei gegenseitigen Verträgen kann der Gläubiger nach erfolgloser Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung, bei verzugsbedingtem Wegfall des Gläubigerinteresses an der Leistung auch ohne diese, Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder vom Vertrage zurücktreten (§ 326 BGB). Der Gläubigerverzug hat demgegenüber im wesentlichen

werden, nicht hierher. Denn eine Störung des Gläubigerrechts setzt begrifflich dessen Entstehung voraus, so daß hier nicht von Leistungsstörungen gesprochen werden kann.

⁴ Zu dieser Unterscheidung vgl. *Palandt-Danckelmann* § 275 Anm. 1 und 2; *Fikentscher* § 42 IV 1 a). Rechtserhebliche Bedeutung für den Bereich der Leistungsstörungen kommt dieser Unterscheidung jedoch nicht zu (vgl. § 275 II BGB).

lediglich eine Haftungserleichterung für den Schuldner (§ 300 I BGB), einen Übergang der Leistungsgefahr (§ 300 II BGB) und eine Verpflichtung des Gläubigers zum Ersatz der durch das erfolglose Angebot bedingten Mehraufwendungen (§ 304 BGB) zur Folge. Die während der Dauer des Gläubigerverzuges eintretende, vom Schuldner nicht zu verantwortende Unmöglichkeit der Leistung läßt die Gegenleistungspflicht des Gläubigers unberührt (§ 324 II BGB).

§ 18 Schlechterfüllung (sog. „positive Forderungsverletzung“)

Sonstige Forderungsverletzungen, die sich weder als Verzug noch als Unmöglichkeit darstellen, haben eine Einstandspflicht zur Folge, gleichgültig, ob eine Verletzung von Haupt- oder Nebenpflichten, letztere insbesondere in Gestalt der sog. sekundären Unterlassungspflichten vorliegt⁵. Die Rechtsfolgen der Schlechterfüllung ergeben sich aus einer analogen Anwendung der Verzugs- und Unmöglichkeitsregeln (h.M.)⁶.

2. Kapitel: Die Leistungsstörungen iW.S.

Bei den bisher aufgeführten Erscheinungsformen der Leistungsstörungen handelte es sich um gesetzlich (§§ 16, 17) bzw. gewohnheitsrechtlich (§ 18) anerkannte Regelungsformen der nach Begründung eines Schuldverhältnisses eingetretenen Verhinderungen einer ordnungsgemäßen Erfüllung der Leistungspflicht. Darüber hinaus sind in Rechtsprechung und Wissenschaft zum bürgerlichen Recht Rechtsinstitute anerkannt, deren Verwandtschaft zum Gebiet der Leistungsstörungen eine Behandlung in diesem Rahmen rechtfertigt⁷. Aus Gründen terminologischer Klarstellung sollen diese unter dem Begriff der Leistungsstörungen iW.S. zusammengefaßt werden.

§ 19 Verletzung vorvertraglicher Sorgfaltspflichten (sog. „culpa in contrahendo“)

Der Eintritt in Vertragsverhandlungen erzeugt, selbst wenn es nicht zu einem endgültigen Vertragsschluß kommt, zwischen den Parteien ein vertragsähnliches Vertrauensverhältnis, das zur Wahrnehmung gewisser Sorgfaltspflichten verpflichtet. Im einzelnen können dies Obhuts-, Aufklärungs- oder etwa Unterlassungspflichten sein, deren schuldhaft

⁵ Bahnbrechend waren die Ausführungen *Staub's* in seiner Schrift: *Die positiven Vertragsverletzungen* (1913), sowie in der Festschrift zum 26. Deutschen Juristentag 1902, S. 29 ff.

⁶ Vgl. *Enneccerus-Lehmann* § 55 II; *Larenz* § 23 I a); *Palandt-Danckelmann* § 276 Anm. 7 a); *BGHZ* 11, S. 86.

⁷ So leitet z. B. *Fikentscher* (§ 20 III 4) aus der vertragsähnlichen Behandlung des vorvertraglichen Schuldverhältnisses eine Gleichstellung der in diesem Bereich auftretenden Verletzungstatbestände mit den vertraglichen Leistungsstörungen her.

Verletzung in Analogie zu den §§ 179, 307, 309, 463, 663 BGB zum Schadensersatz verpflichtet⁸.

§ 20 Wegfall der Geschäftsgrundlage

Haben sich die Parteien eines Vertrages im Zeitpunkt des Vertragschlusses über das Vorhandensein oder Fehlen wesentlicher Voraussetzungen ihrer Vereinbarung falsche Vorstellungen gemacht oder in einem beiderseitigen Rechtsirrtum befunden⁹, oder sind diese grundlegenden Umstände, die zwar nicht Vertragsinhalt geworden, andererseits jedoch auch nicht bloß Motiv geblieben sind, nachträglich weggefallen, so ist das Rechtsgeschäft an die nunmehr veränderte Rechtslage anzupassen. Ist ein Festhalten an der Leistungspflicht für den Schuldner unzumutbar geworden, kann die Lösung vom Verträge gerechtfertigt sein. Bei jeder Heranziehung der Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage ist eine den berechtigten Interessen der Vertragspartner möglichst gerecht werdende Lösung unter Anerkennung und Zugrundelegung der beiderseitigen Vertragspflichten herbeizuführen¹⁰. Dies folgt aus der Tatsache, daß die Lehre von der Geschäftsgrundlage letztlich nur eine Konkretisierung des Grundsatzes von Treu und Glauben (§ 242 BGB) ist^{11, 12}.

⁸ Vgl. *Larenz* § 4 V mwN.

⁹ BGHZ 25, S. 393.

¹⁰ Vgl. *Oertmann*: „Geschäftsgrundlage“ (1921); *Larenz*: „Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung“ (1963); ders.: Lb § 20 II jeweils mwN.; *Brox*: NJW 1963, S. 689 ff.

¹¹ Aus diesem Gesichtspunkt rechtfertigt sich auch die Behandlung im Zusammenhang mit den Leistungsstörungen, die letztlich auch nur „spezialisierte Anwendungsfälle der ‚Bindungskorrekturen‘ durch Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte (sind) und durch ihre positiv-rechtliche Ausgestaltung den Anwendungsbereich von § 242 BGB im negativen Sinne bestimmen.“ *Fikentscher* § 42 IV 1.

¹² Entgegen der bei *Beinhardt* (VerwArch 55 (1964), S. 259 f.) vertretenen These gehört die Verwirkung nicht in den Rahmen der Leistungsstörungen. Diese ist ein Sonderfall einer gegen Treu und Glauben verstoßenden und damit unzulässigen Rechtsausübung (vgl. *Staudinger-Weber* § 242 Anm. D 601; *Wolff* § 37 III e) 1 a); *Stich*: DVBL 1959, S. 234 ff.). Sie setzt voraus, daß der Berechtigte längere Zeit hindurch sein Recht nicht ausgeübt hat, obgleich er hierzu in der Lage und ein entsprechendes Vorgehen von ihm zu erwarten war. (Vgl. auch *Lünstedt*, S. 49 ff.). Der Verpflichtete muß aus dem Verhalten des Gegners entnehmen können, daß der Berechtigte sein Recht nicht mehr geltend machen werde, und sich darauf eingerichtet haben, so daß ihm ein unbilliger Nachteil entstehen würde, wenn dem Berechtigten ein nachträgliches Zurückgreifen auf sein Recht gestattet würde (*Lünstedt* aaO.; *Bergmann* S. 100; *BVerwG* v. 9. 5. 1958: DVBL 1958, S. 619; v. 25. 5. 1960: DVBL 1960, S. 678; v. 30. 1. 1963: DÖV 1965, S. 784; v. 18. 2. 64: DÖV 1965, S. 780; *VGH München* v. 3. 11. 1964: DVBL 1966, S. 151). Im Falle der Verwirkung tritt daher keine Störung in dem Sinne ein, daß der Schuldner verspätet leistet bzw. ihm die Leistung unmöglich wird, sondern es liegt lediglich eine materiell-rechtlich bedingte Vernichtung der Rechtsverfolgung durch den Gläubiger und damit gerade das Gegenteil einer Leistungsstörung vor.

Zweiter Abschnitt

Notwendigkeit eines eigenen Systems der Leistungsstörungen von Schuldverhältnissen des Verwaltungsrechts

§ 21 Rückgriff auf die Haftungstatbestände im System staatlicher Ersatzleistungen

Die vorliegende Themenstellung wirft zunächst die Frage nach der Notwendigkeit der Entwicklung eines eigenen Haftungssystems für Leistungsstörungen im Rahmen verwaltungsrechtlicher Schuldverhältnisse auf. Denn angesichts der Ausweitung des Systems staatlicher Ersatzleistungen durch Gesetzgeber, Wissenschaft und Praxis erscheint die Erwägung gerechtfertigt, auf ein eigenes System der Leistungsstörungen zu verzichten und die Lösung ausschließlich im Bereich der staatlichen Ersatzleistungen zu suchen¹. Hiergegen sprechen jedoch entscheidend folgende Gesichtspunkte:

a) Ersatzansprüche aus Amtshaftung, Aufopferung, Enteignung und enteignungsähnlichem Eingriff sind Konkretisierungen des Ausgleichsprinzips² und als Folge einer hoheitlich veranlaßten Vermögens- oder Erwerbsminderung stets gegen den Träger öffentlicher Verwaltung gerichtet, dessen Organe die Amtspflichtverletzung zu verantworten haben, bzw. denen der Vorteil aus einer Sonderbeeinträchtigung der Zivilpersonen zuwächst. Undenkbar ist es also, daß im öffentlich-rechtlichen Bereich Zivilpersonen aus den genannten Tatbeständen verpflichtet werden³. Eine Regelung der Leistungsstörungen ausschließlich unter dem

¹ So z. B. von *Arnswaldt* (*Gruchot* 73 (1933), S. 459 ff.) für das Gebiet der öffentlich-rechtlichen Verwahrung. Für eine Anwendung der Grundsätze über die Enteignung spricht sich auch *Otto Mayer* (I. Aufl.) II, S. 330 ff. in bezug auf die aus öffentlich-rechtlicher Anstaltsnutzung erwachsenden Nachteile aus. Hiergegen schon *Koch* S. 44 f.

² Zu diesem vgl. *Lerche*: „Übermaß und Verfassungsrecht“ (1961, S. 144 ff.; *Wolff* § 44 III a); *Lepsius* S. 46 ff., 174 f.; *Scheuner*: *Gedächtnisschrift für Walter Jellinek* 1955, S. 331 ff.; *Menger*: ebd. S. 347 ff.

³ Ihnen kann demgegenüber nur eine Schadensersatzpflicht aus unerlaubter Handlung (§§ 823 ff. BGB) bzw. eine Entschädigungspflicht aus einem sog. „unechten (zivilrechtlichen) Aufopferungsanspruch“ entstehen. Zu letzterem vgl. *Schack*: *JuS* 1963, S. 263 ff. mwN.

Gesichtspunkt der im System staatlicher Ersatzleistungen entwickelten Haftungstatbestände kann daher sämtliche auf seiten der Zivilpersonen gegebenen Forderungsverletzungen nicht erfassen. Ebenso wenig wäre eine Regelung der Leistungsstörungen in koordinations-rechtlichen Verhältnissen zwischen Hoheitssubjekten gewährleistet. Im Wege einer Anwendung der Staatshaftungsbestimmungen können daher bei weitem nicht alle Erscheinungsformen von Leistungsstörungen in verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnissen erfaßt werden, so daß bereits aus diesem Gesichtspunkt erhebliche Bedenken gegen eine Lösung der Problematik im soeben aufgezeigten Sinne bestehen.

b) Aber auch in einer Beschränkung auf die nur auf seiten der Hoheitsträger vorliegenden Leistungsstörungen läßt sich eine Lösung über die Tatbestände der staatlichen Ersatzleistungen nicht vertreten⁴. Dies ergibt sich aus mehreren Gesichtspunkten: Eine Heranziehung der Staatshaftungsbestimmungen, und hier insbesondere der vornehmlich wohl in Betracht kommenden Rechtssätze über die Haftung aus Amtspflichtverletzungen (§ 839 BGB iVm. Art. 34 GG) kann bei weitem nicht sämtliche Fälle von Forderungsverletzungen im öffentlich-rechtlichen Bereich erfassen, es sei denn, der Begriff der Amtspflicht erführe eine Ausdehnung, die ihn zu einem inhaltsleeren Begriff machen würde⁵. Ein den Interessen der betroffenen Zivilpersonen gerecht werdendes lückenloses Haftungssystem wäre daher bei einer Heranziehung der Staatshaftungsregeln unter Beibehaltung des Begriffs der Amtspflicht im bisher verstandenen Sinne nicht gewährleistet.

Ein Rückgriff auf die Amtshaftungsbestimmungen ohne Herausbildung eines eigenen Haftungssystems innerhalb der Schuldverhältnisse des Verwaltungsrechts würde zudem der Sachlage und den Interessen

⁴ So aber von *Arnswaldt aaO.*; *Denecke*: JR 1953, S. 40 ff. Vgl. jedoch *Gygi* S. 21 f.

⁵ So läßt sich z. B. in dem Fall, daß eine Angestellte des städtischen Krankenhauses nach der Vornahme von Bügelarbeiten in einem Zimmer der Anstalt das Abschalten des Eisens vergißt und hierdurch einen Brand verursacht, durch den ein aufgrund eines verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnisses behandelter Patient verletzt wird, schwerlich von der Verletzung einer diesem gegenüber bestehenden Amtspflicht sprechen (vgl. BGH v. 14. 2. 1957: NJW 1957, S. 709). Die Angestellte hat vielmehr eine ihr gegenüber ihrem Dienstherrn obliegende Dienstpflicht verletzt, durch die nur mittelbar in die Interessen von Zivilpersonen eingegriffen worden ist. (Vgl. auch BGH v. 13. 12. 1951: NJW 1952, S. 382. Das Zurücklassen eines Fremdkörpers in der Operationswunde wird hier zutreffend nicht als eine Amtspflichtverletzung gewürdigt, sondern bei ausdrücklicher Ablehnung einer Ausübung öffentlicher Gewalt ausschließlich unter dem Gesichtspunkt einer schuldrechtsähnlichen Haftung gemäß § 278 BGB behandelt. Vgl. auch die dortigen Hinweise auf die Rspr. des RG.) Hier bereits von einer Amtspflichtverletzung sprechen zu wollen, erscheint demgegenüber nicht angängig.

der Beteiligten nicht entsprechen. Denn die Subsidiaritätsklausel (§ 839 I 2 BGB), die verhältnismäßig kurze Verjährungsfrist von drei Jahren (§ 852 BGB) sowie der dem Betroffenen auferlegte Verschuldensnachweis sind schlechthin unvereinbar mit der Tatsache, daß zwischen Zivilperson und Hoheitssubjekt schuldrechtliche Beziehungen und Bindungen (!) bestehen, aus denen gegenseitige (!) Pflichten zur Rücksichtnahme und Sorgfalt erwachsen. Darüber hinaus ist auch kein Grund ersichtlich, der es rechtfertigen könnte, dem Gläubiger eines verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnisses eine im Verhältnis zu dem kraft Zivilrechts Forderungsberechtigten um ein Vielfaches nachteiligere Rechtsposition einzuräumen, zumal gerade die Ähnlichkeit in der Ausgestaltung von Gläubiger- und Schuldnerstellung mit derjenigen des Zivilrechts als kennzeichnend für das verwaltungsrechtliche Schuldverhältnis erkannt wurde. Letztlich wird auch in vielen Fällen der den Grad des Verschuldens auf seiten des Gläubigers außer Betracht lassende Haftungsausschuß in § 839 III BGB den Interessen der am Schuldverhältnis Beteiligten nicht gerecht. Vielmehr wäre hier die Heranziehung einer der privat-rechtlichen Anordnung in § 254 BGB entsprechenden Regelung sachnäher, um auf diese Weise u. U. im Rahmen einer Vereinbarkeit mit den Grundsätzen des Verwaltungsrechts eine Haftungsmilderung und damit eine gerechte Abwägung des beiderseitigen Verschuldens zu ermöglichen.

c) Schließlich spricht gegen eine Heranziehung der Tatbestände des staatlichen Ersatzleistungssystems als Regelung der Leistungsstörungen in verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnissen, daß sie als Haftungsfolge lediglich den Ausspruch einer Entschädigungspflicht gestatten, obgleich im Einzelfall etwa eine Rückabwicklung des gesamten Rechtsverhältnisses oder die Rückgewähr einseitig erbrachter Leistungen sowohl der objektiven Sachlage als auch den Intentionen der Parteien eher entsprechen würde.

§ 22 Die Rechtsprechung des BGH zur Haftung des Dienstherrn und des Schulträgers

Erwähnung verdient in diesem Zusammenhang die Rechtsprechung des BGH in Gegenüberstellung zur sonstigen höchstrichterlichen Rechtsprechung im Hinblick auf die Frage der Haftung in einzelnen verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnissen. Das Fehlen einer einheitlichen Betrachtungsweise der Leistungsstörungen im Verwaltungsrecht wird hier besonders augenscheinlich, wie bereits aus einer Darstellung der höchstrichterlichen Rechtsprechung zum Beamtenverhältnis und zum Rechtsverhältnis zwischen Schulträger und Schüler erhellt.

a) Die mittlerweile sehr umfangreiche Judikatur des RG⁶, BGH⁷, BVerwG⁸, BAG⁹ und einiger Obergerichte¹⁰ zum Problem der Haftung des öffentlich-rechtlichen Dienstherrn für die dem Beamten durch eine Verletzung der Fürsorgepflicht entstandenen Schäden zeigt die Unterschiedlichkeit der Betrachtungsweise in der hier erheblichen Frage einer eigenen schuldrechtlichen Haftung innerhalb des Verwaltungsrechts. Während das RG zunächst¹¹ von einer Analogie zu § 618 BGB ausging, hat es in der Folgezeit diese Bestimmung lediglich als Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens bezeichnet, dessen sinngemäße Anwendung auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts für das Beamtenverhältnis im Rahmen der durch die Besonderheit dieser Rechtsbeziehung gebotenen Modifikationen zulässig sei¹².

Diese Rechtsprechung des RG wurde vom BVerwG, BAG, zunächst auch vom BGH sowie von den meisten Obergerichten unter Billigung der Wissenschaft¹³ fortgesetzt, wobei jedoch angesichts der gesetzlichen Festlegung des Gebotes beamtenrechtlicher Fürsorge in § 36 DBG¹⁴ eine ausdrückliche Bezugnahme auf § 618 BGB vielfach unterblieb, die Schadensersatzpflicht vielmehr ausschließlich aus einer schuldhaften Verletzung der Fürsorgepflicht hergeleitet wurde. In seiner Entscheidung vom 16. 2. 1959¹⁵ hat der BGH diese Rechtsprechung aufgegeben und die Pflichten gegenüber dem Beamten lediglich als Amtspflichten iSv. § 839 BGB iVm. Art. 34 GG bezeichnet mit der Folge, daß eine schuldhafte Verletzung dieser Pflichten nach den Regeln der Amtshaftung unter Ausschluß sonstiger Ansprüche zum Schadensersatz verpflichtet. Im Ergebnis kommt somit der BGH unzweifelhaft dazu, diese in den Fällen einer schuldhaften Verletzung der Fürsorgepflicht gege-

⁶ RGZ 18, S. 174; 71, S. 243; 92, S. 178; 97, S. 43; 111, S. 22; 146, S. 369; 155, S. 232.

⁷ BGHZ 7, S. 69; 14, S. 122; v. 9. 1. 1956 — III ZR 195/54 (unveröff.); v. 16. 2. 1959: NJW 1959, S. 1124; v. 9. 3. 1965: DVBl. 1965, S. 441.

⁸ BVerwGE 13, S. 17; v. 25. 10. 1962: DVBl. 1963, S. 503 v. 20. 3. 1963: VerwRspr. 16, S. 427 (Nr. 133); v. 3. 5. 1963: VerwRspr. 16, S. 163 (Nr. 53); v. 28. 1. 65: DÖV 1965, S. 670.

⁹ BAGE 6, S. 300; v. 8. 12. 1959: NJW 1960, S. 358.

¹⁰ heVGH v. 22. 10. 1959: DVBl. 1960, S. 328; hambOVG v. 26. 2. 1959: DVBl. 1960, S. 745; bayVGH v. 19. 12. 60: BayVwBl. 1961, S. 90; OLG Celle v. 15. 10. 1960: MDR 1961, S. 145.

¹¹ RGZ 18, S. 174; 71, S. 243.

¹² Vgl. auch die ausführliche Darstellung von Friebe: „Die Haftpflicht des Lehrers und Schulträgers“, (1957), S. 251 ff. mit umfangreichen Nachweisen aus der früheren Rechtsprechung.

¹³ Vgl. Fischbach § 79 Anm. I; Imboden S. 133; Friebe aaO.; Idel: NJW 1955, S. 1300; Pentz: NJW 1960, S. 85 f.; Krause: ZBR 1960, S. 65; Schack: ZBR 1961, S. 132; Wertenbruch: JuS 1963, S. 180.

¹⁴ Deutsches Beamtengesetz v. 26. 1. 1937 (RGBl. S. 39).

¹⁵ NJW 1959, S. 1124 = DVBl. 1959, S. 440.

bene Leistungsstörung eines verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnisses zwischen einem Träger hoheitlicher Verwaltung und einer Zivilperson¹⁶ den Amtshaftungsgrundsätzen zu unterwerfen und damit gleichzeitig eine eigene schuldrechtliche Haftung innerhalb des Verwaltungsrechts auszuschließen, soweit das Beamtenverhältnis in Frage steht. In einer Entscheidung aus der neuesten Zeit¹⁷ hat der BGH die Unhaltbarkeit seiner mit dem Urteil vom 16. 2. 1959 eingeleiteten Rechtsprechung erkannt und ist zu seiner früheren Judikatur zurückgekehrt, ohne jedoch — und hierin liegt auch weiterhin ein entscheidender Mangel dieser Rechtsprechung — auf den schuldrechtlichen Charakter des Beamtenverhältnisses und die Frage einer Störung der Leistungsbeziehungen innerhalb des Verwaltungsschuldrechts einzugehen.

In einem, zu einem anderen Fragenbereich ergangenen Urteil vom 16. 4. 1962¹⁸ nimmt der BGH teilweise den Gedanken einer Anwendung der Entschädigungsregeln der Sache nach ebenfalls auf, indem er davon ausgeht, daß einige Rechtsverhältnisse wie die öffentlich-rechtliche Geschäftsführung mit und ohne Auftrag und das öffentlich-rechtliche Auftragsverhältnis nach schuldrechtsähnlichen Gesichtspunkten, andere Rechtsverhältnisse wiederum nach den Grundsätzen der Amtshaftung oder der Enteignung zu behandeln seien. Abgrenzungskriterium der im Verhältnis der Alternativität (!) stehenden Ersatzansprüche sei, welche Klagegründe das rechtliche Bild des Sachverhaltes entscheidend formen. Der BGH verkennt damit auch hier die Möglichkeit, daß ein Sachverhalt gleichzeitig sowohl unter dem Gesichtspunkt der Amtshaftung als auch unter verwaltungsschuldrechtlichen Gesichtspunkten gewürdigt werden kann, daß also zwischen einer schuldrechtlichen Haftung und einer Haftung nach den Tatbeständen des staatlichen Ersatzleistungssystems kein begrifflicher Gegensatz besteht, und daß eine Amtshaftung nie an die Stelle einer eigenen schuldrechtlichen Haftung treten kann. Zumindest für einen Teil der Schuldverhältnisse des Verwaltungsrechts bleibt durch diese Rechtsprechung auch hier wiederum eine Regelung der Leistungsstörungen über die Tatbestände der staatlichen Ersatzleistungen vorbehalten¹⁹.

¹⁶ Wertenbruch aaO.

¹⁷ BGH v. 9. 3. 1965: DVBl. 1965, S. 441 ff. = JZ 1965, S. 282 = NJW 1965, S. 1177.

¹⁸ VerwRspr. 15, S. 141 (Nr. 49).

¹⁹ Im Gegensatz hierzu geht der BGH in seinem Urteil v. 7. 2. 1963: VerwRspr. 15, S. 882 (Nr. 263) davon aus, daß in einem öffentlich-rechtlichen Benutzungsverhältnis eine schadensstiftende Pflichtverletzung eines Bediensteten einer öffentlichen Anstalt die Grundlage für Ansprüche sowohl aus Amtspflichtverletzung als auch aus einer sinngemäßen Anwendung von §§ 276, 278 BGB bilden kann. Für den Regelfall wird sogar eine Koppelung dieser Ansprüche bejaht.

b) Zu diesen gehört u. a. auch das Rechtsverhältnis zwischen Schulträger und Schüler. In einer Entscheidung vom 16. 4. 1964²⁰ hatte der BGH über den Schadensersatzanspruch einer Schülerin, gerichtet gegen die Stadt Berlin als Schulträger, zu entscheiden. Die Klägerin besuchte im Zeitpunkt des ersatzbegründenden Ereignisses — sie war damals sechs Jahre alt — die Grundschule aufgrund der in § 7 berlSchulG²¹ angeordneten Schulpflicht und stand damit, wie auch der BGH anerkennt, in einem verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnis. Aus Sicherheitsgründen hatte sie auf Geheiß der Klassenlehrerin vor Beginn des Turnunterrichts das von ihr getragene goldene Armband abgelegt. Nach Beendigung des Unterrichts kam das Armband aufgrund leichter Fahrlässigkeit der Lehrerin abhanden. Der BGH lehnt — im Ergebnis zutreffend — eine Schadensersatzpflicht der Stadt ab, würdigt diesen Sachverhalt jedoch ausschließlich unter dem Gesichtspunkt der Amtshaftung. Es ist daher auch hier die Annahme gerechtfertigt, und der Hinweis auf die ebenfalls nicht eingreifende Haftung aus öffentlich-rechtlicher Verwahrung verstärkt diesen Eindruck noch, daß der BGH die Möglichkeit einer Haftung wegen schuldhafter Forderungsverletzung des verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnisses zwischen Schulträger und Schüler nicht anerkennen, sondern jeweils auf die Ersatzansprüche aus Amtspflichtverletzung zurückgreifen will²².

Bereits im Urteil vom 27. 6. 1963²³ hatte der BGH eindeutig in diesem Sinne Stellung genommen. Anlässlich der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen eines Schülers aus einem Turnunfall wird ausgeführt, daß

„die sinngemäße Anwendung des vertraglichen Schuldrechts als Ausdruck allgemeiner Rechtsgedanken auch auf öffentlich-rechtliche Verhältnisse nur dort zu bejahen ist, wo ein besonders enges Verhältnis des einzelnen zum Staat oder der Staatsverwaltung begründet worden ist und wo mangels ausdrücklicher gesetzlicher Regelung ein Bedürfnis zu einer angemessenen Verteilung der Verantwortlichkeit innerhalb des öffentlichen Rechts vorliegt. ... Hauptaufgabe der Schule ist die Erziehung und Unterrichtung der ihr anvertrauten jungen Menschen. Um dieses Zieles willen kann sie in weitem Umfang über Zeit, Person und Entwicklung des Schülers verfügen. Bei der Durchführung ihrer Erziehungs- und Unterrichtsaufgabe trifft die öffentliche Schule freilich die Pflicht, die ihr anvertraute Schuljugend vor gesundheitlichen Schäden zu bewahren. Aber diese Pflicht erscheint mehr als eine die

²⁰ NJW 1964, S. 1670.

²¹ Berliner Schulgesetz v. 7. 8. 1961 (GVBl. S. 1101).

²² In Übereinstimmung hiermit stellt Weimar: RiA 1962, S. 248 f. seine Untersuchung über die Haftung bei Unfällen auf Schulausflügen nur auf eine mögliche Ersatzpflicht aus Amtshaftungsgrundsätzen bzw. eine deliktische Eigenhaftung des Lehrers ab. Ebenso Becker: RWS 1964, S. 368 f.

²³ NJW 1963, S. 1828; vgl. auch BGH v. 16. 5. 1963: VersR 1963, S. 947; OLG Düsseldorf v. 27. 6. 1963: NJW 1963, S. 2277.

Hauptpflicht begleitende Pflicht derart, daß man daran denken kann, sie als eine Nebenpflicht der Schule zu beurteilen“.

Eine Unterscheidung von Haupt- und Nebenpflichten in diesem Sinne mit der Folge der Herleitung unterschiedlicher Rechtsfolgen, hier also entweder eine Bejahung oder eine Ablehnung einer schuldrechtlichen Haftung, ist jedoch nicht möglich. Denn — und dabei soll die Richtigkeit dieser unterschiedlichen Einstufung einmal dahinstehen — es ist gerade auch die schuldhafte Verletzung der als Nebenpflichten zu qualifizierenden Fürsorge- und Obhutspflichten, die nach den Grundsätzen der positiven Forderungsverletzung Haftungsfolgen begründet²⁴, so daß der Entscheidung des BGH bereits in diesem Punkte nicht gefolgt werden kann. Letztlich hatte das Gericht diese Entscheidung jedoch offengelassen, da es zumindest an einem Bedürfnis und einer Notwendigkeit fehle, dem Schüler einer öffentlichen Schule unabhängig von der Amtshaftung der Schulträger noch zusätzlich einen besonderen Schadensersatzanspruch wegen Verletzung einer die Schule treffenden öffentlich-rechtlichen Pflicht zur Fürsorge für die Gesundheit des Schülers zu geben²⁵. Denn der Schüler einer öffentlichen Schule sei durch die der Schule und jeder Lehrkraft wie auch dem Schulträger und dessen Bediensteten obliegende Amtspflicht, auf die Gesundheit der ihr anvertrauten Schuljugend im Schulbetrieb zu achten, und durch die ihm jederzeit offenstehende Möglichkeit, im Falle einer schuldhaften Amtspflichtverletzung die Schule oder den Schulträger aus dem Gesichtspunkt der Amtshaftung auf Ersatz des ihm entstandenen und künftig entstehenden Schadens in Anspruch zu nehmen, in ausreichendem Maße geschützt. Daß dies jedoch gerade nicht der Fall ist, erhellt bereits aus den obigen Überlegungen, und auch der BGH mußte in Konsequenz seiner Ausführungen eine Erleichterung der Beweislast zugunsten des Schülers nach den Regeln des vertraglichen Schuldrechts, die aufgrund des Rechtsverhältnisses zwischen diesem und dem Schulträger eigentlich geboten gewesen wäre, letztlich ablehnen. Darüber hinaus erscheint es sehr zweifelhaft, ob aus einem als fehlend unterstellten Bedürfnis nach einer Regelung auf ihre begriffliche Unmöglichkeit geschlossen werden kann, da auch im übrigen unser Rechtssystem ein gleichberechtigtes²⁶ Nebeneinander von vertraglichen und deliktischen Ansprüchen durchaus anerkennt²⁷.

²⁴ Larenz § 23 I a); Enneccerus-Lehmann § 55 I 1.

²⁵ Ebenso bereits RGZ 135, S. 12. — Mit den gleichen Erwägungen schied BGHZ 21, 214 sogar das Unterbringungsverhältnis in Anschauung der Strafgefangenen aus dem Verwaltungsschuldrecht aus.

²⁶ BGH v. 21. 12. 1960: NJW 1961, S. 499 f.

²⁷ Vgl. Dietz: „Anspruchskonkurrenz bei Vertrag und Delikt“ (1934), S. 72 ff.; 125 ff.; 333 f.; Koch S. 37 f. BGHZ v. 23. 3. 1966 I b ZR 150/63. — So ausdrücklich für den Bereich des Verwaltungsschuldrechts in neuester Zeit auch Mengler: VerwArch 57 (1966), S. 188.

Aus der Rechtsprechung des BGH zu diesen Fragen von eminent praktischer Bedeutung wird schließlich erkennbar, daß in der Judikatur dieses Gerichts der Begriff eines verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnisses als einer nicht auf einzelne Bereiche des öffentlichen Rechts beschränkten, sondern in allen Gebieten des Verwaltungsrechts möglichen Rechtsbeziehung zwischen mehreren Subjekten des Verwaltungsrechts noch nicht in voller Klarheit zum Durchbruch gekommen ist. Die ausschließliche Heranziehung der Amtshaftungsbestimmungen im Bereich des Schulrechts beruht daher auf einer sehr anzweifelbaren Grundlage²⁸.

Im Gegensatz hierzu steht dann auch die Rechtsprechung zur öffentlich-rechtlichen Verwahrung²⁹ und zur fehlerhaften Durchführung der durch die Einweisung von Sozialbehörden veranlaßten Krankenbehandlung³⁰, wo eigene Schadensersatzansprüche wegen Unmöglichkeit der Herausgabe der Sache bzw. wegen Forderungsverletzung unter Heranziehung der Haftung für Erfüllungsgehilfen (§ 278 BGB) auch vom BGH stets anerkannt worden sind.

Es läßt sich daher nicht von einer einheitlichen Judikatur des BGH sprechen, obgleich eine Neigung zur Heranziehung der Amtshaftungsgrundsätze nicht zu verkennen ist. Diese regelmäßig anzutreffende Verweisung auf die Tatbestände im System staatlicher Ersatzleistungen kann jedoch, wie *Redeker*³¹ zutreffend feststellt, den Mangel eines Systems der Leistungsstörungen nicht verdecken. Sie ist darüber hinaus unbefriedigend und wird der Interessenlage in verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnissen nicht gerecht. Als Lösung der hier gegebenen Problematik ist sie daher abzulehnen.

Dritter Abschnitt

Bisherige Meinungen über die Behandlung der Leistungsstörungen im Verwaltungsrecht

1. Kapitel: Übernahme des im bürgerlichen Recht geltenden Haftungssystems

Seit der Trennung der Rechtsbereiche des Verwaltungsrechts und des Privatrechts und der hierdurch bedingten Entwicklung eines eigenen Rechtssystems der öffentlichen Verwaltung findet die Problematik der Übernahme bürgerlich-rechtlicher Vorschriften in das Verwaltungsrecht eine ständig steigende Beachtung, eine Tatsache, die letztlich in dem Umstand begründet ist, daß eine das öffentliche Recht in seinen allgemeinen Lehren auch nur annähernd erschöpfende systematisch geordnete Gesetzgebung nicht vorhanden ist¹, während dem die umfassende Kodifikation des bürgerlichen Rechts im BGB und seinen Nebengesetzen gegenübersteht².

Ein derartiges Vorgehen scheint darüber hinaus gerechtfertigt zu sein in der Überlegung, daß einzelne Erscheinungen des Privatrechts (z. B. Verjährung) sich auch im Verwaltungsrecht finden und auf eine Übernahme der zivilrechtlichen Ausgestaltung hinzudeuten scheinen. Aus der Vielzahl der Untersuchungen zu diesem Problembereich sei in diesem Zusammenhang u. a. nur hingewiesen auf die teilweise schon älteren Abhandlungen von *Meier-Branecke*³, *Lassally*⁴, von *Gehe*⁵,

¹ OVG Münster 16, S. 60 (62).

² Es trifft daher durchaus den Kern der Sache, wenn *Kriebel* (DÖV 1962, S. 767) unter Heranziehung des öffentlich-rechtlichen Vertrages ausführt, daß die Schwierigkeiten insoweit weniger in der Bejahung dieses Rechtsinstituts als darin bestanden hätten (und wohl auch heute noch bestehen!), „daß für diesen öffentlich-rechtlichen Vertrag positive Normen ähnlich wie sie im Privatrecht z. B. durch das BGB oder das HGB kodifiziert wurden, nicht gegeben sind“. Im gleichen Sinne *Koch* S. 10 für den Bereich der öffentlich-rechtlichen Verwahrung.

³ AöR 11 (1896), S. 243 ff.

⁴ Fischers Zeitschr. 59, S. 133 ff.

⁵ Fischers Zeitschr. 34, S. 134 ff.

²⁸ Neuerdings bezeichnet es auch *Menger* (aaO.) in einer Besprechung des Urteils des BGH v. 8. 2. 1965: NJW 1965, S. 962 zum Postbenutzungsverhältnis als unverständlich, daß der BGH in seinem hier (S. 82) aufgeführten Urteil v. 16. 4. 1964 zum Schulbenutzungsverhältnis nicht ebenfalls eine Haftung nach verwaltungsschuldrechtlichen Grundsätzen herangezogen hat.

²⁹ BGHZ 1, S. 369; 3, S. 162.

³⁰ BGH v. 13. 12. 1951: NJW 1952, S. 382.

³¹ DVBL 1963, S. 509.

Dronke⁶, Tezner⁷, Fleiner⁸, Bergmann⁹, Schack¹⁰ und Moecke¹¹, die jeweils die Frage der Übernahme zivilrechtlicher Rechtssätze in das Verwaltungsrecht zum Gegenstand haben¹².

Eindeutig abgelehnt wurde ein Rückgriff auf die Bestimmungen des Zivilrechts von Otto Mayer¹³ mit der Erwägung, daß für den Willen eines Zivilrechtssatzes ein öffentlich-rechtliches Verhältnis nie etwas Rechtsähnliches sein könne, und daß es keine dem öffentlichen und dem privaten Recht gemeinsamen Rechtsinstitute geben könne. Diese Ansicht, deren Richtigkeit z. Zt. der Jahrhundertwende schon zu bezweifeln ist, hier aber insoweit dahinstehen kann, ist heute vollends unhaltbar, denn das moderne Verwaltungsrecht ist in seinen verschiedenartigen Handlungs- und Erscheinungsformen zu mannigfaltig, als daß eine derartig summarische Ablehnung der Übernahme zivilrechtlicher Rechtssätze noch möglich wäre¹⁴. Gegen sie spricht auch die heute nicht mehr bestrittene Möglichkeit der Verfolgung öffentlicher Verwaltungszwecke in privatrechtlichen Formen¹⁵ und die in manchen öffentlich-rechtlichen Gesetzen geübte Verweisung auf Rechtssätze des BGB. Ist somit von einer im Prinzip zulässigen Übernahme einer Privatrechtsnorm in das Verwaltungsrecht auszugehen, so gehen doch über die dogmatische Begründung einer im Einzelfall bejahten Anwendung die Meinungen sehr auseinander. Die folgenden Ausführungen können jedoch keine erschöpfende Darstellung aller im Zusammenhang mit der Geltung bürgerlich-rechtlicher Rechtssätze im öffentlichen Recht entstehenden Fragen geben, sie sollen daher auf die wesentlichen Punkte beschränkt bleiben und den Zusammenhang zum Bereich der Leistungsstörungen wahren¹⁶.

⁶ Zeitschr. f. Zollwesen- und Reichssteuern 11 (1911), S. 165, 198 ff.

⁷ AöR 9 (1894), S. 325 ff., 489 ff.

⁸ „Umbildung zivilrechtlicher Institute durch das öffentliche Recht“ (1906).

⁹ „Die Auswertung von Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches im Rechtsbereich der Verwaltung“, Diss. jur. Leipzig 1946 (ungedr.).

¹⁰ Festschrift für Rudolf Laun 1948, S. 275 ff.

¹¹ NJW 1965, S. 567 ff.

¹² Dort auch jeweils weitere Nachweise über die Rechtsprechung und Literatur zu diesem Themenkreis. Vgl. auch die Übersicht bei Hofacker: „Die Staatsverwaltung und die Strafrechtsreform“ (1919), S. 91 ff., sowie bei Moebis S. 19 ff. — In neuerer Zeit vgl. Kempfner: NJW 1965, S. 1951 zur Frage einer Anwendbarkeit des § 130 BGB im öffentlichen Recht.

¹³ Bd. I S. 117.

¹⁴ So auch Forsthoff S. 154.

¹⁵ Hierzu vgl. o. S. 24 Fußn. 22.

¹⁶ Ohne eingehende Behandlung bleibt daher vor allem auch die — in erster Linie im Schrifttum zum verwaltungsrechtlichen Vertrag sich findende — Problematik einer Anwendung der zivilrechtlichen Rechtssätze über die Gültigkeit oder Anfechtbarkeit verwaltungsrechtlicher Willenserklärungen. Vgl. hierzu auch Wolff § 44 II; Forsthoff S. 255 f.

§ 23 Unmittelbare Anwendung der einschlägigen Rechtssätze des BGB

Eine unmittelbare Anwendung der Vorschriften des BGB, hier also der §§ 275 ff., 323—326, auf die Schuldverhältnisse des Verwaltungsrechts in Fällen eingetretener Leistungsstörungen ist nicht möglich¹⁷. Denn die Begriffe des BGB und die in ihm enthaltenen Rechtssätze sind auf das Gebiet des bürgerlichen Rechts beschränkt. Im öffentlich-rechtlichen Bereich kann sich daher eine Haftung von Hoheitssubjekten ebensowenig unmittelbar nach zivilrechtlichen Vorschriften bemessen wie die Haftung von Zivilpersonen für eine schuldhaft verursachte Unmöglichkeit oder Verzögerung der Leistung.

§ 24 Übernahme der privatrechtlichen Regelung in das Verwaltungsrecht

Während über die Ablehnung einer direkten Anwendung des BGB im Verwaltungsrecht Übereinstimmung besteht, gehen die Ansichten sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Wissenschaft weit auseinander, soweit eine Übernahme der Regeln des BGB in das Verwaltungsrecht in Frage steht. Im wesentlichen können hier drei Gruppen von Meinungen unterschieden werden: die Befürwortung einer analogen Anwendung des Zivilrechts zur Ausfüllung der Lücken im Verwaltungsrecht (a), die Meinung von der gewohnheitsrechtlichen Geltung des BGB im öffentlichen Recht (b) sowie vereinzelte Lehren mit mehr oder weniger starker Anlehnung an zivilrechtliche Grundsätze (c, d). Dabei muß jedoch beachtet werden, daß auch innerhalb der einzelnen Richtungen nicht unerhebliche Unterschiede bestehen mit der Folge, daß sich von einheitlichen Linien in den zum Problem der Übernahme des Zivilrechts in das Verwaltungsrecht vertretenen Lehren nicht ohne weiteres sprechen läßt.

Abzulehnen ist es, wenn Löwer¹⁸ in seiner jüngst veröffentlichten Abhandlung über den verwaltungsrechtlichen Prozeßvergleich als materielles Rechtsgeschäft den Streit darüber, ob bürgerlich-rechtliche Vorschriften direkt oder entsprechend anwendbar sind, ob sie inhaltsgleich auch im öffentlichen Recht bestehende Rechtsgrundsätze aufweisen oder ob es ein apriorisches allgemeines Vertragsrecht gibt, das im Privat-

¹⁷ So die hM. Vgl. Kriebel: DÖV 1962, S. 767; Brennhäuser S. 15; Eckert: DVBL 1962, S. 14; Schneider: NJW 1962, S. 706; Soergel-Siebert Vorbem. 14 vor § 241. Mißverständlich jedoch BGH v. 18. 9. 1958: VerwRspr. 11, S. 287 (Nr. 68): „Für vermögensrechtliche Ansprüche, mögen sie bürgerlich-rechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Art sein, gilt in unmittelbarer (!) oder entsprechender Anwendung des § 195 BGB im allgemeinen die dreißigjährige Verjährungsfrist.“ Im Gegensatz hierzu bezeichnet Henrichs (DÖV 1965, S. 685 ff.) die Frage der Verjährung öffentlich-rechtlicher Rechte und Pflichten als durch Rechtsprechung und Schrifttum noch nicht hinreichend geklärt.

¹⁸ VerwArch 56 (1965), S. 263 f.

recht sichtbaren Niederschlag gefunden hat und aus ihm herausgelesen werden kann, als „akademisch“ abtut¹⁹ und im Anschluß daran ohne jede dogmatische Begründung die auf den verwaltungsrechtlichen Vertrag anzuwendenden rechtlichen Regelungen dem Zivilrecht entnehmen oder aus zivilrechtlichen Vorschriften heraus ermitteln will. Denn eine Heranziehung der Regeln des BGB kann nicht allein einem Gebot praktischer Notwendigkeiten folgend mit dem Fehlen einer eigenen öffentlich-rechtlichen Regelung gerechtfertigt werden²⁰. Hierauf aber läuft letztlich die Argumentation *Löwers* hinaus.

a) Einen breiten Raum nehmen im Rahmen der wissenschaftlichen Diskussion die Theorien ein, die eine analoge Anwendung der zivilrechtlichen Rechtssätze auf die „gleichgelagerten“ Verhältnisse des Verwaltungsrechts befürworten. Ausgehend von der Tatsache, daß das öffentliche Recht in Ermangelung einer Kodifikation seiner allgemeinen Lehren Lücken in der Behandlung vieler ihm angehörender Rechtsverhältnisse aufweist, gewinnt die Ansicht Raum, daß eine entsprechende Anwendung der bürgerlich-rechtlichen Bestimmungen geboten sei, um auf diese Weise eine umfassende Behandlung aller Rechtssituationen zu ermöglichen.

Das Wesen und die Voraussetzungen der analogen Anwendung einzelner Rechtssätze oder der aus einer Mehrzahl einzelner Rechtsvorschriften entwickelten allgemeinen Prinzipien auf Sachverhalte, die als tatbestandsmäßige Konkretisierung nicht ausdrücklich zur Voraussetzung der Rechtsfolgeanordnung im speziellen Fall gemacht sind, ist weitgehend geklärt. Ihre Zulässigkeit wird heute nicht mehr in Zweifel gezogen²¹. Daher kann eine ausführliche Untersuchung und Rechtfertigung der Analogie zugunsten einer Skizzierung des Rechtsbegriffs Gesetzes- bzw. Rechtsanalogie unterlassen werden.

Danach ist die Analogie zu kennzeichnen als eine „Ausdehnung der aus dem Gesetz zu entnehmenden Prinzipien auf Fälle, die den im Ge-

¹⁹ Ebenso bezeichnen *Eckert* (DVBl. 1962, S. 14) und *Beinhardt* (VerwArch 55 (1964), S. 252) es als einen müßigen Wortstreit, ob die im Privatrecht normierten Grundsätze im Verwaltungsrecht analog heranzuziehen sind oder ob man einer Anwendung apriorischer, im Zivilrecht wie im öffentlichen Recht geltender Rechtsgrundsätze das Wort redet. Gleichwohl entscheiden sich beide Autoren für eine Allgemeingültigkeit der privatrechtlichen Rechtssätze und damit gegen eine Analogie.

²⁰ Dies ist vor allen Dingen auch gegen *Bergmann* geltend zu machen, wenn er im Zusammenhang der Behandlung einer rechtsgeschäftlichen Vertretung im öffentlichen Recht ausführt (S. 69 ff.), auf das Privatrecht als der „beachtenswerten Fundgrube für allgemeine Rechtsgedanken“ müsse zurückgegriffen werden, da (!) es im öffentlichen Recht an Regeln über die Wirkung einer Willenserklärung des Vertreters und die Bevollmächtigung fehle.

²¹ *Enneccerus-Nipperdey* § 58 II 3.

setz entschiedenen rechtsähnlich sind, d. h. ihnen in den für den Grund der Entscheidung maßgebenden Teilen gleichen“²², sie bedeutet „eine Gleichsetzung zweier Größen, die einander nicht in jeder Hinsicht gleich, sondern nur ähnlich sind“²³. Ist eine hinreichende Ähnlichkeit des im Gesetz geregelten und des im Einzelfall zu regelnden Tatbestandes erkannt, so sind diesen die gleichen Rechtsfolgen zuzuordnen. Die Rechtfertigung der Analogie ist mit *Larenz*²⁴ letztlich in einem Postulat der Gerechtigkeit zu finden, Gleichartiges auch rechtlich gleich zu behandeln. Im einzelnen zu unterscheiden sind die vom einzelnen Rechtssatz ausgehende Gesetzesanalogie²⁵ und die Rechtsanalogie, nach der aus einer Mehrzahl einzelner Rechtsvorschriften allgemeine Prinzipien entwickelt werden, die dann auf den im Einzelfall zu entscheidenden, unter keinen der Rechtssätze fallenden Sachverhalt zur Anwendung gebracht werden²⁶. Einheitliche Voraussetzung beider Analogiearten ist eine Übereinstimmung der zu regelnden mit den gesetzlich geregelten Fallgruppen in den Punkten, die für die angeordnete Rechtsfolge wesentlich sind²⁷. Dabei ist die zur Festlegung der Wesentlichkeit erforderliche Wertung nicht durch Feststellung einer äußeren Ähnlichkeit der miteinander verglichenen Tatbestände vorzunehmen, sondern unmittelbar an dem Gehalt des Gesetzes selbst zu orientieren, d. h. Maßstab der gedanklichen Deduktion ist die im Rechtssatz verobjektivierte Wertung bestimmter Lebenssachverhalte durch den Gesetzgeber²⁸.

Eine Analogie privatrechtlicher Rechtssätze ist teilweise in verwaltungsrechtlichen Bestimmungen ausdrücklich angeordnet²⁹, und auch der EVwVerfG 1963 sieht für den öffentlich-rechtlichen Vertrag eine ergänzende analoge Anwendung der Vorschriften des bürgerlichen Gesetzbuches vor³⁰. Zur Frage der Zulässigkeit der Anwendung der §§ 275 ff., 323–326 BGB im Wege der Analogie auf die Leistungsstörungen in verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnissen läßt sich hieraus jedoch nichts gewinnen.

²² *Enneccerus-Nipperdey* § 58 II 1; ebenso *Schack*: Festschrift für Rudolf Lahn 1948, S. 278. Vgl. auch *Klug*: „Juristische Logik“ (1958), S. 106 ff.

²³ *Larenz*: NJW 1965, S. 4.

²⁴ aaO.

²⁵ Vgl. hierzu BGHZ 7, S. 215; 10, S. 386; 24, S. 11; 26, S. 349.

²⁶ *Enneccerus-Nipperdey* § 58 II 1 b); *Engisch* S. 147 f.; *Schack* aaO.

²⁷ *Engisch* S. 132 ff.; *Wolff* § 28 III d) 1 a); *Enneccerus-Nipperdey* § 58 II 3.

²⁸ Zu den Einzelheiten vgl. *Larenz*: NJW 1965, S. 4 f.

²⁹ Vgl. z. B. § 87 BGG, § 98 II nwlBG, § 24 IV BBauG, § 24 IV prEnteignG.

³⁰ Vgl. § 48: „Soweit sich aus den Vorschriften dieses Abschnitts nichts Abweichendes ergibt, gelten die übrigen Vorschriften dieses Gesetzes. Ergänzend gelten die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches entsprechend.“

Eine ausführliche Stellungnahme zum Problem der Leistungsstörungen — allerdings in Beschränkung auf die öffentlich-rechtliche Verwahrung — findet sich in der Hamburger Dissertation von Koch³¹. Nach eingehender Prüfung des Sinngehalts der einzelnen bürgerlich-rechtlichen Bestimmungen über die Verwahrung und der Rechtssätze über Unmöglichkeit und Verzug kommt Koch nach Ablehnung einzelner Rechtssätze über den Verwahrungsvertrag (z. B. §§ 690, 695 BGB) zu einer weitgehenden Bejahung der Analogie:

„Werden die Pflichten zur Aufbewahrung und Rückgabe der Sache schuldhaft verletzt, so tritt eine Schadensersatzpflicht des Verwaltungsträgers im Wege analoger Anwendung des § 280 BGB ein. Inhalt und Umfang dieser Schadensersatzpflicht ergeben sich aus den §§ 276, 278 BGB, welche ebenfalls analog anwendbar sind.“³²

Eine nähere Begründung für seine These, die darüber hinaus mit dem Irrtum behaftet ist, die §§ 276, 278 BGB enthielten auch eine Aussage über den Haftungsgrund und -umfang einer Leistungsstörung³³, nicht jedoch — wie heute allgemein anerkannt wird³⁴ — eine bloße Festlegung des Haftungsmaßstabs, gibt Koch jedoch nicht.

Ohne nähere Ausführungen geht auch Uckan³⁵ von einer entsprechenden Anwendung der privatrechtlichen Grundsätze über die Geschäftsführung ohne Auftrag im öffentlichen Recht aus.

Eine Analogie der Vorschriften über Verzugszinsen und Verwahrungsvertrag sowie eine entsprechende Anwendung des § 618 BGB auf das Beamtenverhältnis bejaht auch Nebinger³⁶.

Die analoge Heranziehung schuldrechtlicher Vorschriften im Beamtenrecht und im Schadensersatzrecht wird auch von Gygi zugelassen³⁷, der sich allgemein angesichts der Lückenhaftigkeit des Verwaltungsrechts für eine vorzugsweise Heranziehung des Privatrechts zur Regelung der Rechtsbeziehungen der öffentlichen Verwaltung ausspricht.

Von Gehe³⁸ rechtfertigt die von ihm befürwortete Analogie des Privatrechts in erster Linie mit dem Fehlen einer systematisch geordneten Gesetzgebung im Bereich des Verwaltungsrechts. Das öffentliche und

³¹ Koch: „Die öffentlich-rechtliche Verwahrung“, Diss. jur. Hamburg (ungedr.) 1953, S. 46 ff.

³² Koch S. 54.

³³ So das RG in stRspr.: RGZ 65, S. 17; 106, S. 22.

³⁴ Vgl. Palandt-Danckelmann § 276 Anm. 7 a) mwN.

³⁵ S. 17 ff.

³⁶ S. 56 ff.

³⁷ S. 32 ff., 56 f.

³⁸ Fischers Zeitschr. 34, S. 142 ff.

das private Recht seien Teile eines einheitlichen Großen und Ganzen. Während das Privatrecht aber die einzelnen Begriffe und Rechtsnormen bis ins kleinste Detail mit höchster Feinheit ausgearbeitet habe, entbehre das öffentliche Recht noch in vielen Beziehungen der technischen Entwicklung und Vollendung. Es sei daher angesichts des Fehlens einer verwaltungsrechtlichen Gesetzgebung eine der vornehmsten und wichtigsten Aufgaben des Verwaltungsrichters, auf dem seiner Jurisdiktion unterliegenden Gebiete durch Anwendung der Analogie rechtsschöpfend und rechtsergänzend zu wirken.

Als Vertreter dieser Lehrmeinung sind weiterhin zu nennen: Lassally³⁹, Kormann⁴⁰, Walter Jellinek⁴¹, Moebis⁴², Merk⁴³, Spanner⁴⁴ und Burkard⁴⁵.

Eine ausführliche Behandlung des gesamten Themenkreises findet sich bei Schack, der in einer Abhandlung aus dem Jahre 1935⁴⁶ die Haftung bei öffentlich-rechtlicher Verwahrung behandelt sowie in einem Beitrag zur Festschrift für Rudolf Laun aus dem Jahre 1948⁴⁷ zum Problem der Analogie und der Verwendung allgemeiner Rechtsgedanken bei der Ausfüllung von Lücken in den Normen des Verwaltungsrechts Stellung nimmt. Während er sich in der erstgenannten Abhandlung vorwiegend mit der Lehre vom allgemeinen Rechtsgedanken⁴⁸ auseinandersetzt und im Anschluß daran eine Analogie der privatrechtlichen Haftungsbestimmungen befürwortet, gibt er diese Ansicht in der Folge teilweise wiederum auf, indem er weitgehend eine Rechtsähnlichkeit zwischen dem privaten und dem öffentlichen Recht verneint. Diese Verschiedenheit der Rechtsbereiche sieht Schack darin, daß das Privatrecht Beziehungen Gleichgeordneter, das öffentliche Recht Beziehungen zwischen einer übergeordneten Macht und den dieser Unterworfenen ordnet⁴⁹. Daraus will er die Folgerung ziehen, daß eine Analogie in sehr beschränktem Umfang, so bei der Verletzung der Fürsorgepflicht des Dienstherrn, weitgehend auch bei den Auftragsverhältnissen, der Ge-

³⁹ Fischers Zeitschr. 59, S. 154 f., 166.

⁴⁰ „System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte“ (1910), S. 9 ff.

⁴¹ „Verwaltungsrecht“ (1948), S. 143 ff.

⁴² S. 29.

⁴³ S. 912.

⁴⁴ Gutachten für den 43. Deutschen Juristentag, Bd. I, 2. Teil A, S. 20.

⁴⁵ „Das Zurückbehaltungsrecht im öffentlichen Recht“, Diss. jur. Freiburg (ungedr.) 1950, S. 29.

⁴⁶ RVBl. 1935, S. 189 ff.

⁴⁷ S. 275 ff.

⁴⁸ Vgl. hierzu u. S. 106 ff.

⁴⁹ Diese Theorie ist jedoch in dieser Ausschließlichkeit unhaltbar, wie bereits o. § 6 d) gezeigt wurde.

schaftsführung ohne Auftrag und der öffentlich-rechtlichen Verwahrung anzuerkennen ist. Im übrigen soll eine Ergänzung durch allgemeine Rechtsgedanken eingreifen.

Die Rechtsprechung des RG, die sich — soweit für den vorliegenden Themenkreis von Bedeutung — vornehmlich mit den Fragen einer Haftung aus öffentlich-rechtlicher Verwahrung oder im Falle einer durch die Fürsorgebehörden veranlaßten Krankenhauseinweisung sowie mit der Haftung des Dienstherrn in Beamtenverhältnissen befaßt hat, geht nur in früherer Zeit von einer Analogie der privatrechtlichen Haftungsnormen aus⁵⁰. Demgegenüber ist in der Judikatur des BVerwG⁵¹, des BGH⁵² und einiger Obergerichte^{53, 54}, zuweilen zwar von einer entsprechenden Anwendung schuldrechtlicher Bestimmungen die Rede, doch ergibt sich sowohl aus dem Zusammenhang der Erörterungen, als auch aus der in diesen Urteilen herangezogenen Literatur und Rechtsprechung, daß hier nicht eine Analogie des bürgerlichen Rechts stattfindet⁵⁵, sondern in Wirklichkeit das Privatrecht als sog. Ausdruck allgemeiner, auch im öffentlichen Recht geltender Rechtsgedanken herangezogen wird⁵⁶.

Wenn auch von der prinzipiellen Zulässigkeit einer Analogie des Privatrechts im Rahmen des Verwaltungsrechts auszugehen ist⁵⁷, so sind doch im Einzelfall bei der Prüfung, ob sich eine entsprechende Anwendung des zivilrechtlichen Rechtssatzes vertreten läßt, jeweils die

⁵⁰ Vgl. RGZ 48, S. 255; 67, S. 335. Eine zutreffende Umschreibung dieser zivilistischen Denkweise gibt RGZ 83, S. 429 ff.: „Bei dem Mangel selbständiger Vorschriften, die etwa in dieser Beziehung das öffentliche Recht enthielte, kann es keinem Bedenken unterliegen, die auf dem insoweit rechtsähnlichen Gebiet des bürgerlichen Vertragsrechts bestehenden Bestimmungen entsprechend anzuwenden, d. h. soweit dem nicht die besondere Natur der hier in Betracht kommenden öffentlich-rechtlichen Verhältnisse entgegensteht.“ Eine ausführliche Übersicht findet sich bei *Bergmann* S. 12 ff. und dem dort nachgewiesenen Schrifttum.

⁵¹ v. 31. 3. 1965: DVBl. 1965, S. 477.

⁵² 3, S. 162; v. 19. 2. 1962: DVBl. 1962, S. 334; v. 7. 2. 1963: VerwRspr. 15, S. 882 (Nr. 263) — Etwas unklar spricht BGHZ v. 31. 1. 1966: DÖV 1966, S. 343 von einer rechtsähnlichen Anwendung des § 852 BGB auf die durch Art. 5 MRK geschaffenen Schadensersatzansprüche.

⁵³ HansOLG Hamburg v. 9. 6. 1961: MDR 1961, S. 938.

⁵⁴ Entsprechendes gilt für *Wolff* § 138 VI.

⁵⁵ So jedoch OVG Lüneburg v. 25. 5. 1962: VerwRspr. 15, S. 799 (Nr. 237), wo die Analogie der §§ 688 ff. BGB teilweise zugelassen wird.

⁵⁶ Zu dieser Theorie vgl. u. S. 106.

⁵⁷ Zutreffend hält auch *Wolff* (§ 44 II a)) bei Kongruenz der Interessenlage eine entsprechende Anwendung der grundlegenden Sätze des Privatrechts für gerechtfertigt und verweist hierbei auf die Nichtigkeit verwaltungsrechtlicher Willenserklärungen wegen Formmängel. Übereinstimmend: *Friedrich Sturm*: DÖV 1966, S. 259. Vgl. aus neuester Zeit *Fritz Rietdorf*: DÖV 1966, S. 253 ff., der eine Analogie der §§ 677 ff. BGB im Verwaltungsrecht für das Verhältnis mehrerer Hoheitssubjekte zueinander für möglich hält.

Verschiedenheit der beiden Rechtsbereiche zu beachten und in den Vordergrund der gesamten Untersuchung zu stellen⁵⁸. Erst im Anschluß hieran läßt sich dann eine Antwort auf die Frage finden, ob die für eine Analogie erforderliche Ähnlichkeit zwischen dem im Gesetz geregelten und auf dem Hintergrund des privaten Interessenausgleichs zu wertenden einerseits und dem im Einzelfall zu regelnden, an einer irgendwie gearteten öffentlichen Aufgabe orientierten Tatbestand andererseits vorhanden ist. Diese Prüfung hat daher jeweils unter dem Gesichtspunkt zu erfolgen, ob die für die im Zivilrecht angeordnete Rechtsfolge maßgebliche „ratio“ des Gesetzes auch auf den verwaltungsrechtlichen Tatbestand zutrifft, ob also in den wesentlichen Punkten einer getroffenen und einer zu treffenden Regelung die erforderliche Ähnlichkeit der jeweiligen Sachverhalte besteht.

Geht man unter diesen Voraussetzungen nunmehr an die Fragestellung, ob die analoge Anwendung der §§ 275 ff., 323—326 BGB auf die Schuldverhältnisse des Verwaltungsrechts möglich ist, so muß eine Übernahme dieser privatrechtlichen Rechtssätze in das öffentliche Recht auf dem Wege der Analogie abgelehnt werden. Denn die zivilrechtlichen Vorschriften haben ausschließlich einen gerechten Ausgleich der beiderseitigen Interessen von Schuldner und Gläubiger nach Maßgabe ihrer Verantwortlichkeit für das Eintreten der Leistungsstörung zum Ziele und bestimmen daher die sekundären Leistungspflichten immer nur unter dem Gesichtspunkt einer größtmöglichen Beseitigung der durch Nicht- oder Späterfüllung hervorgerufenen Nachteile (z. B. Schadensersatz) bzw. einer geringstmöglichen Belastung des für die Leistungsstörung nicht Verantwortlichen nach dem Grad der Zumutbarkeit eines weiteren Festhaltens an dem jeweiligen gesetzlichen oder vertraglichen Schuldverhältnis (z. B. Rücktritt, Abstehen vom Vertrag). Demgegenüber ist das Verwaltungsrecht, wie bereits bei der Herleitung des Begriffs eines verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnisses ausführlich dargelegt wurde⁵⁹, unmittelbar an der Erfüllung öffentlicher Angelegenheiten orientiert, die von ihm erfaßten Tatbestände sind stets unter dem Gesichtspunkt einer bestmöglichen Verfolgung der öffentlichen Interessen zu behandeln. Entscheidend muß daher bei der Herleitung der Rechtsfolgen aus Forderungsverletzungen im Verwaltungsrecht nicht so sehr die Erwägung sein, in welcher Weise eine für die unmittelbar Beteiligten möglichst interessegemäße Verteilung der in der Störung der primären Leistungspflicht gegründeten Nachteile zu erfolgen hat, sondern in erster Linie muß sich diese Rechtsfolge an der

⁵⁸ Ein anschauliches Beispiel aus jüngster Zeit bietet OVG Münster v. 11. 5. 1965: NJW 1965, S. 2420. Das OVG wendet den § 113 BGB entsprechend auf die Weiterverpflichtung eines minderjährigen Bundeswehrangehörigen an.

⁵⁹ Vgl. o. § 7.

durch das konkrete Rechtsverhältnis verfolgten öffentlichen Angelegenheit orientierten, d. h. nach den Gesichtspunkten, die für jedes Verwaltungshandeln sowie das Verhalten der Zivilpersonen im öffentlich-rechtlichen Bereich richtungweisend sind. Daraus erhellt gleichzeitig, daß angesichts der Vielgestaltigkeit des Rechtsinstituts „verwaltungsrechtliches Schuldverhältnis“ und damit der Tatsache, daß es in fast sämtlichen Sachgebieten des Verwaltungsrechts mit den dort verfolgten unterschiedlichsten öffentlichen Aufgaben auftreten kann, die jeweiligen Rechtsfolgen im Falle von Unmöglichkeit, Verzug oder etwa positiver Forderungsverletzung keineswegs stets die gleichen zu sein brauchen, da infolge der unterschiedlichen Ausgestaltung und Intensität der maßgebenden öffentlichen Interessen für ein Schuldverhältnis auf dem Gebiet des Baurechts durchaus nicht die selben Erwägungen bestimmend sein müssen wie etwa für schuldrechtliche Beziehungen im Bereich des Schulrechts, des Sozialhilfe- und des Enteignungsrechts. Auch können innerhalb eines einzelnen Sachgebietes nach Art der Beteiligung der Verwaltungsrechtssubjekte die unterschiedlichsten Faktoren von Bedeutung sein, so daß auch insoweit eine nicht unerhebliche Abweichung zum bürgerlichen Recht festzustellen ist.

Da also nicht allein Kriterien des Schuldverhältnisses als Rechtsinstitut des Verwaltungsrechts entsprechend der Rechtslage im Zivilrecht für die Herleitung der möglichen Rechtsfolgen aus Leistungsstörungen maßgeblich sind, sondern auch außerhalb dieser Sonderrechtsbeziehung liegende Kriterien eine erhebliche, vielfach sogar eine bestimmende Bedeutung innehaben, ist die für eine Analogie erforderliche Rechtsähnlichkeit zwischen dem verwaltungsrechtlichen und dem zivilrechtlichen Tatbestand nicht gegeben. Die Verschiedenheit der Rechtsinstitute „privatrechtliches“ und „verwaltungsrechtliches“ Schuldverhältnis verbietet vielmehr eine analoge Anwendung der §§ 275 ff., 323—326 BGB im öffentlichen Recht⁶⁰.

b) In gewissem Gegensatz zur Übernahme des BGB im Wege der Analogie befindet sich die vereinzelt vertretene Meinung⁶¹, daß ein Gewohnheitsrecht dahingehend bestehe, die privatrechtlichen Vorschriften im öffentlichen Recht anzuwenden, soweit es dort an einer besonderen gesetzlichen Regelung fehle und die öffentlich-rechtlichen Verhältnisse den privatrechtlichen ähnlich seien.

Diese Ansicht hält jedoch einer genauen Prüfung bereits in ihrem Ausgangspunkt nicht stand. Denn von einem Gewohnheitsrecht ist nur

⁶⁰ Im Ergebnis ebenso u. a. Brennhäuser S. 18; Henrichs: DVBl. 1953, S. 232; Soergel-Siebert Vorbem. 14 vor § 241.

⁶¹ Vgl. Dronke: Zeitschr. f. Zollwesen und Reichssteuern 11, S. 165, 168, 198. Anklänge auch bei Weigelin: IherJahrb 88 (1939/40), S. 11 ff.

dort zu sprechen, wo durch einen allgemeinen, idR. durch Übung der Gerichts- oder Verwaltungsbehörden manifestierten Rechtsgeltungswillen der Gemeinschaft unmittelbar Recht erzeugt wird⁶². Erforderlich ist also eine stetige und dauernde Übung mit dem Vorsatz, eine bindende Regel zu verwirklichen, indem man sie durchsetzt oder ihr gehorcht. Gerade die ausführlichen und in ihren jeweiligen Stellungnahmen so unterschiedlichen Abhandlungen im Bereich der Wissenschaft sowie die umfangreiche Rechtsprechung zum Problem einer Ausfüllung der Lücken des Verwaltungsrechts im Wege einer Heranziehung der privatrechtlichen Rechtssätze zeigen jedoch bereits deutlich, daß von einer gleichmäßigen Übung der Beteiligten und dem Vorhandensein einer Überzeugung von der rechtlichen Geltung des Geübten bei weitem nicht die Rede sein kann. Die in Einzelfällen — ob zu Recht oder im Widerspruch zu den geltenden Regeln, kann hier dahinstehen —, befürwortete Übernahme von Privatrechtsnormen durch Verwaltungs- oder Gerichtsorgane führt noch nicht zur Entstehung von Gewohnheitsrecht⁶³. Von einer gewohnheitsrechtlichen Geltung des Privatrechts im Verwaltungsrecht kann daher keine Rede sein, die §§ 275 ff., 323—326 BGB vermögen daher auch nicht auf diesem Wege Eingang in das öffentliche Recht zu finden.

c) Besonderer Erwähnung bedarf die Ansicht *Imbodens*⁶⁴, der für den verwaltungsrechtlichen Vertrag zum Problem der Leistungsstörungen Stellung nimmt. Ausgehend von der These, daß sich das Privatrecht als „Fundus bewährter Regeln“ für die Gestaltung rechtsgeschäftlicher Beziehungen im Bereich des öffentlich-rechtlichen Kontraktes niemals entbehren lasse, und daß im wesentlichen eine Übereinstimmung der Interessenlagen im Bereich des privatrechtlichen wie des verwaltungsrechtlichen Vertrages bestehe, soll eine Rezeption der allgemeinen Grundsätze insoweit erfolgen, als nicht besondere Bedürfnisse eine abweichende Ordnung nahelegen⁶⁵. In Konsequenz dieser These soll zu Lasten des Schuldners eine Schadensersatzpflicht wegen Nichterfüllung der primären Leistungspflicht eintreten können. Der Grund der Ersatzleistung sei dabei in dem begründeten Rechtsverhältnis zu sehen⁶⁶. Zu den „ordentlichen Ersatzleistungen“ soll auch der Verzugszins bei Rückstand in der Erbringung einer rechtsgeschäftlich begründeten Geldzahlungspflicht gehören⁶⁷.

⁶² Vgl. *Enneccerus-Nipperdey* § 38 I; *Forsthoff* S. 133 f.; *Wolff* § 25 III a); *Palandt-Danckelmann* Art. 2 EGBGB Anm. 1 e); *Höhn*: „Gewohnheitsrecht im Verwaltungsrecht“ (1960), S. 40 ff.; *RGZ* 75, S. 41; *BGHZ* 22, S. 317.

⁶³ *Wolff* aaO.; *Forsthoff* aaO.; ebenso bereits *Otto Mayer* I S. 91 f.

⁶⁴ S. 94 ff.

⁶⁵ Weitgehend übereinstimmend: *Hauelsen*: DVBl. 1964, S. 710 ff.

⁶⁶ S. 105 f.

⁶⁷ S. 107.

Selbst wenn einmal von der Unvollständigkeit dieses Haftungssystems angesichts der hier vorgeschlagenen Lösung abgesehen wird — es fehlt eine genauere Behandlung des Verzuges ebenso wie ein Eingehen auf die Tatbestände, die im Privatrecht als sog. positive Forderungsverletzung erfaßt werden —, so spricht schon entscheidend gegen die Ansicht *Imbodens*, daß er eine dogmatische Begründung für die von ihm bejahte Regelung schuldig bleibt⁶⁸. Der bloße Hinweis auf das rechtsgeschäftlich begründete Rechtsverhältnis⁶⁹ vermag diesem Mangel ebensowenig abzuwehren wie der — im übrigen unzutreffende⁷⁰ — Hinweis auf die Gleichheit der Interessenlage zwischen verwaltungsrechtlichem und privatrechtlichem Vertrag. Letztlich spricht gegen die Theorie *Imbodens* auch, daß dort nur der Eintritt einer Schadensersatzpflicht angeordnet ist, die Möglichkeit eines Rücktritts oder etwa des Abstehens vom Verträge demgegenüber unerwähnt bleibt, obgleich im Einzelfall die Anordnung einer derartigen Rechtsfolge zwingend geboten sein kann⁷¹. Auch diese Lehre ist daher nicht geeignet, den Mangel eines Systems der Leistungsstörungen im Verwaltungsrecht auszugleichen.

d) Im Zusammenhang dieser Erörterungen von Bedeutung sind noch die zum öffentlich-rechtlichen Vertrag entwickelten Lösungsversuche von *Apelt* und *Kohl*. Beiden Autoren ist gemeinsam, daß sie sich weitgehend von einer Anwendung des Prinzips der „*clausula rebus sic stantibus*“⁷² leiten lassen. Im besonderen Maße anschaulich wird dies bei *Kohl*⁷³, der zunächst eine Behandlung der Folgen einer Unmöglichkeit vermissen läßt, bei Verzug des Vertragspartners dem Berechtigten aber ein Rücktrittsrecht aus Gründen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage zubilligen will.

Diese These beruht jedoch auf einem entscheidenden Irrtum insofern, als *Kohl* den Gegenstand des Vertrages gleichzeitig zur Geschäftsgrundlage der Vereinbarung erhebt, während in Wirklichkeit als Geschäftsgrundlage gerade nur die dem Vertragsschluß zugrundeliegenden bzw. ihn begleitenden Umstände tatsächlicher Art, nicht aber der Leistungsgegenstand selbst, bezeichnet werden können.

⁶⁸ Die ablehnende Kritik, die *Imboden* (S. 94) der zunehmenden Verdrängung der privatrechtlichen Analogie im Verwaltungsrecht zuteil werden läßt, legt jedoch den Schluß nahe, daß er zumindest dem Gedanken einer Analogie oder eines analogieähnlichen Verfahrens zur Übernahme des Zivilrechts in das Verwaltungsrecht sehr nahesteht.

⁶⁹ S. 105.

⁷⁰ Vgl. o. S. 88 ff.

⁷¹ Vgl. o. S. 93 f.

⁷² Zu den Einzelheiten vgl. u. § 44.

⁷³ S. 28 f.

Diese Bedenken bestehen im Prinzip auch gegen die Lehre *Apelts*⁷⁴, die jedoch nicht als eine ausschließliche Erörterung der Frage der Leistungsstörungen i.e.S. verstanden werden kann, da *Apelt* mit dem Problem einer Behandlung der Unmöglichkeit der Leistung allgemeine Erörterungen zu der Frage verknüpft, welche Auswirkungen auf einen Vertrag seine Unvereinbarkeit mit den öffentlichen Interessen hat⁷⁵. Dies hat dann zur Folge, daß er das Problem der Leistungsstörungen fast ausschließlich unter diesem Gesichtspunkt sieht und die Fälle einer echten Unmöglichkeit — eine Behandlung des Verzuges fehlt gänzlich — als im öffentlichen Recht nur als „äußerst selten praktisch werdend“ bezeichnet⁷⁶. Für die Fälle einer Unvereinbarkeit mit den öffentlichen Interessen nimmt *Apelt* ein Erlöschen des Vertrages an unter Anführung einer der Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage entsprechenden Begründung.

Neben den schon gegen *Kohl* geltend gemachten Bedenken spricht gegen die Theorie *Apelts* die Beschränkung auf einen Wegfall des Vertrages als Folge des Eintritts einer Unmöglichkeit, da auch eine Schadensersatzpflicht oder etwa ein Rücktritt vom Verträge mit den sich hieraus ergebenden Rückabwicklungspflichten im Einzelfall als Rechtsfolge geboten sein können. Sowohl die These *Kohls* als auch die Ausführungen *Apelts* können aus den angeführten Gründen insoweit nicht befriedigen und müssen daher als in diesem Zusammenhang unzureichend abgelehnt werden.

2. Kapitel: Öffentlich-rechtliche Lösungsversuche

§ 25 Heranziehung der Amtshaftungsgrundsätze

Bei einer Aufzählung der öffentlich-rechtlichen Lösungsversuche sind in erster Linie zu nennen die Vertreter der Ansicht, wonach bei Störungen in verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnissen nur die Grundsätze über die Amtshaftung herangezogen werden sollen¹. Die Unhaltbarkeit dieser Theorie wurde bereits o. § 21 und bei der Behandlung

⁷⁴ S. 215 ff. Anklänge auch bei *Barocka*: *VerwArch* 51 (1960), S. 1 ff.

⁷⁵ Dies ist jedoch, wie noch zu zeigen sein wird, ausschließlich unter dem Gesichtspunkt eines Wegfalls der Verwaltungsgrundlage zu erörtern. Vgl. dazu u. § 44.

⁷⁶ S. 215. Da *Apelt* auch auf die Frage eines Verschuldens nicht eingeht, fehlt auch notwendig eine Stellungnahme zu einer Ersatzpflicht des verantwortlichen Vertragspartners.

¹ Von *Arnswaldt*: *Gruchot* 73 (1933), S. 459 ff.; *Denecke*: *JR* 1953, S. 40; *Zuleeg* (*Diss.*) S. 109 f. Die Meinung von *Arnswaldts* wurde ausdrücklich abgelehnt bereits in *RGZ* 166, S. 218 (224).

der Rechtsprechung des BGH zum Beamtenverhältnis und zum Rechtsverhältnis zwischen Schulträger und Schüler öffentlicher Anstalten nachgewiesen². Eines Eingehens bedarf es in diesem Zusammenhang daher lediglich auf die Argumentation *Zuleegs*³, der — ausgehend von der Einordnung der staatlichen Finanzhilfen zugunsten Privater sowie der Übernahmeverträge in den Bereich öffentlich-rechtlich ausgestalteter Leistungsverhältnisse — für eine Beschränkung der Haftung der Hoheitsträger auf § 839 BGB iVm. Art. 34 GG eintritt und eine Ersatzpflicht nach den §§ 325, 326 BGB, nach speziellen Haftungsnormen sowie nach den Grundsätzen für positive Forderungsverletzungen ausdrücklich ablehnt⁴. Mit der Ersatzpflicht der Hoheitssubjekte nach Amtshaftungsgrundsätzen soll die Ersatzpflicht der Zivilpersonen gemäß §§ 823 ff. BGB korrespondieren, wobei *Zuleeg* insbesondere auf die Möglichkeit einer Schadensersatzpflicht wegen Verstoßes gegen § 263 StGB als Schutzgesetz iSv. § 823 II BGB hinweist.

Neben den gegen eine Heranziehung der Tatbestände des staatlichen Ersatzleistungssystems bereits geltend gemachten Bedenken⁵ spricht gegen die Argumentation *Zuleegs* im besonderen noch die Tatsache, daß im Rahmen öffentlich-rechtlich ausgestalteter Leistungsbeziehungen ohne eine nähere Begründung eine ausschließlich dem privatrechtlichen Deliktsrecht zugehörige Haftungsnorm (§ 823) Anwendung finden soll. Doch selbst wenn diese Systemwidrigkeit einmal außer Betracht gelassen wird, so wird darüber hinaus in vielen Fällen der Tatbestand einer Deliktshaftung auf Seiten der Zivilpersonen nicht erfüllt sein, da bloße Vermögensschädigungen, nicht aber die Verletzung eines der in § 823 BGB genannten Vermögensgüter gegeben sind, während mangels einer Sittenwidrigkeit der Schadenszufügung bereits der Tatbestand des § 826 BGB ausscheiden dürfte. Auch die Hervorhebung einer möglichen Schutzgesetzverletzung vermag in dieser Beurteilung keine Änderung herbeizuführen, zumal eine Verwirklichung des § 263 StGB stets den Nachweis voraussetzt, daß die Nicht-, Spät- oder Schlechterfüllung eingegangener bzw. zugesagter Verpflichtungen der Zivilpersonen von diesen beabsichtigt gewesen ist. Da dieser Nachweis in den meisten Fällen nicht zu führen sein wird, andererseits aber eine Leistungsstörung unabhängig davon ist, ob bereits vor Entstehung der Verpflichtung eine auf die Forderungsverletzung gerichtete Absicht vorhanden war, und weil darüber hinaus auch Fahrlässigkeit den Verschuldens-

² Vgl. o. § 22.

³ aaO. S. 76 ff.; ders.: („Subventionen“) S. 76 ff. Hierzu vgl. die ablehnende Besprechung von *Reuss*: DVBl. 1965, S. 578.

⁴ (Diss.) S. 109 f.

⁵ Vgl. o. §§ 21, 22.

voraussetzungen im Bereich der Leistungsstörungen genügen kann, ist die Theorie *Zuleegs* letztlich unhaltbar.

Im Wege einer Heranziehung der Amtshaftungsgrundsätze ist daher das Problem der Leistungsstörungen nicht lösbar.

§ 26 Ausbildung eines allgemeinen öffentlich-rechtlichen Entschädigungsanspruchs

Ausgehend davon, daß keine Bedenken bestünden, die im Verwaltungsrecht anerkannten Schadensersatzansprüche um einen Ausgleichsanspruch zu erweitern, der dem Bürger für einen durch fehlerhaftes Verwaltungshandeln entstandenen Nachteil zugebilligt wird, will *Lünstedt*⁶ einen Entschädigungsanspruch aus geschädigtem Vertrauen anerkennen, dessen Rechtsgrundlage der von ihm als auch im öffentlichen Recht geltend anerkannte Grundsatz von Treu und Glauben bilden soll. Allen Schadensersatzansprüchen und einem Teil der Entschädigungsregelungen im Bereich des Verwaltungsrechts liege der Gedanke zugrunde, daß die Verwaltung für Fehler, die in ihrem Bereich aufträten, gegenüber dem Staatsbürger einzutreten habe und daß sie ihn für Nachteile, die ihm durch Fehlleistungen der Verwaltung entstanden sind, entschädigen müsse⁷.

Eine Prüfung dieser Lehre auf ihre Verwertbarkeit zur Regelung der Leistungsstörungen in verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnissen, bei der zunächst von der Existenz eines derartigen Entschädigungsanspruchs ausgegangen werden soll, ergibt, daß auch auf diesem Wege eine den Erfordernissen des Verwaltungsrechts und den Interessen der am Schuldverhältnis Beteiligten gerecht werdende Haftungsregelung nicht gegeben ist. Denn eine Heranziehung dieses Entschädigungsanspruchs hätte zur Folge, daß die im Einzelfall von Zivilpersonen zu vertretenden Störungen der Leistungsverhältnisse ohne eine Regelung blieben, da sich der Anspruch aus „einer Verletzung des berechtigten Vertrauens in einen ordnungsgemäßen Ablauf des Verwaltungsverfahrens“ begrifflich nur gegen einen Träger öffentlicher Verwaltung, nicht aber gegen Zivilpersonen richten kann. Insoweit würde daher bereits

⁶ S. 147 ff. Zum allgemeinen Entschädigungsanspruch vgl. auch *Barkhau* S. 65 ff.

⁷ Zwar entwickelt *Lünstedt* dieses Institut für die Rücknahme rechtswidriger begünstigender Verwaltungsakte, führt jedoch unmittelbar im Anschluß hieran (S. 153) aus, daß dieser Entschädigungsanspruch nicht auf diesen Fall beschränkt sein soll, sondern überall dort eingreifen soll, wo im Verwaltungsrecht durch irrtümlich gesetzwidriges Verhalten der Verwaltungsbeamten dem Betroffenen ein Schaden dadurch entstanden ist, daß er auf die Rechtmäßigkeit des behördlichen Handelns vertraut hat.

ein erheblicher Teil der zu regelnden Tatbestände nicht erfaßt werden können.

Gegen eine Heranziehung des Entschädigungsanspruchs sprechen jedoch vor allen Dingen die bereits in anderem Zusammenhang⁸ geltend gemachten Gründe, wonach die bloße Zubilligung von Schadensersatzansprüchen bei schuldhaften Forderungsverletzungen den Interessen von Schuldner und Gläubiger in weitem Umfang zuwiderlaufen kann, während die Anordnung anderer Rechtsfolgen (z. B. Aufhebung des Schuldverhältnisses, Rücktritt vom Vertrag) sowohl der Verfolgung allgemeiner öffentlicher Angelegenheiten als auch der durch das konkrete Sonderrechtsverhältnis erstrebten Gestaltung der Rechtsbeziehungen zwischen einzelnen Verwaltungsrechtssubjekten förderlicher sein kann. Ein allgemeiner öffentlich-rechtlicher Entschädigungsanspruch ist daher zur Lösung des Problems der Leistungsstörungen nicht geeignet⁹.

§ 27 Ausschließliche Verwendung öffentlich-rechtlicher Rechtssätze

Vereinzelt findet sich in der Literatur zum verwaltungsrechtlichen Vertrag der Hinweis, auf diesen fänden nur Rechtssätze des öffentlichen, nicht aber diejenigen des bürgerlichen Rechts Anwendung¹⁰. So führt z. B. *Barocka*¹¹ zu den Verträgen im Wasserrecht aus, daß diese nicht den privatrechtlichen Vorschriften unterliegen sollen, daß vielmehr für den Abschluß und die Lösung (!) des öffentlich-rechtlichen Vertrages die Regeln des öffentlichen Rechts anzuwenden seien.

Weiche Rechtssätze hier in Betracht kommen sollen, bleibt jedoch ungesagt und unerfindlich, so daß dieser These mangels Herleitung eigener verwaltungsrechtlicher Rechtssätze letztlich keine praktische Bedeutung zukommen kann.

§ 28 Der Folgenbeseitigungsanspruch als allgemeines Prinzip zur Regelung verwaltungsrechtlicher Leistungsstörungen

In neuerer Zeit hat sich *Redeker* mit dem Problem der Leistungsstörungen im Verwaltungsrecht in einer Anmerkung zu zwei Entscheidungen des BVerwG, die zu der Frage einer Verzinsung öffentlich-

⁸ Vgl. o. S. 79.

⁹ Eine Heranziehung der These *Lünstedts* käme auch einer Billigung der heute überholten These *Schlossmanns* („Der Vertrag“ (1878)) gleich. Dieser erklärte den Vertragsbegriff für ein juristisches Nichts und sprach stattdessen nur von einem Rechtsschutz gegen Vermögensverletzungen, also vom Ersatz eines Schadens des in seinen Erwartungen getäuschten Versprechensempfängers.

¹⁰ Vgl. u. a. *Goez* S. 134, 149 f., 152; *Josef*: PrVBL 43 (1921), S. 1 ff.; *Clasen*: DVBL 1957, S. 233; ders.: BuG 1959, S. 55 f.

¹¹ VerwArch 51 (1960), S. 18.

rechtlicher Geldforderungen im Falle des Verzuges Stellung nehmen, befaßt¹². *Redeker* anerkennt angesichts des immer stärkeren Vordringens der Leistungsverwaltung die Dringlichkeit der Entwicklung eines Systems der Leistungsstörungen und ihrer Folgen im Verwaltungsrecht, und er will als Ansatzpunkt für eine Regelung den Folgenbeseitigungsanspruch heranziehen.

Es ist heute jedoch eine gesicherte Erkenntnis der Verwaltungsrechtswissenschaft, daß dieses Rechtsinstitut nur „den von etwaigem Verschulden unabhängigen Anspruch auf Beseitigung der durch den Vollzug eines rechtswidrigen Verwaltungsakts verursachten Beeinträchtigung sowie sonstiger Beeinträchtigungen umfaßt, die mit der Aufhebung oder dem Widerruf eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes noch nicht beseitigt sind¹³“. *Redeker* muß daher zwangsläufig eine Ausweitung dieses Begriffs vornehmen über „die Ausräumung der unmittelbaren Beschwer, die durch die Vollziehung eines später richterlich aufgehobenen oder zurückgenommenen Verwaltungsaktes entstanden“ ist, auf eine allgemeine Beseitigung von Verwaltungsunrecht, dessen Vorhandensein sich nicht allein nach der inhaltlichen Rechtswidrigkeit eines ergangenen Verwaltungsaktes bestimmen soll, sondern auch aus einer fehlerhaften Willensbildung oder verzögerlichen¹⁴ Bearbeitung durch die Behörden folgen könne. Es bedürfe daher zur Regelung der Leistungsstörungen keines Rückgriffs auf das Zivilrecht, der zudem tatsächlich kaum durchführbar sei. Denn die Bestimmungen der §§ 275 ff. BGB setzten schuldrechtliche Leistungspflichten voraus, und die zentralen Begriffe der Unmöglichkeit und des Unvermögens wie aber auch der Mahnung als Verzugsvoraussetzung könnten schon tatbestandlich auf Leistungspflichten der öffentlichen Hand nicht angewandt werden.

Die Argumentation *Redekers* ist bereits in ihrem Ausgangspunkt mit dem Mangel behaftet, daß dieser schuldrechtliche Leistungspflichten und öffentlich-rechtliche Leistungsverhältnisse als tatbestandliche Gegensätze ansieht, die ersteren aus dem Verwaltungsrecht praktisch ausklammert und damit das Institut eines verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnisses verneint. Diese Ansicht ist jedoch unhaltbar, wie sich zT. schon in der bisherigen Untersuchung gezeigt hat. Zwar ist nicht jedes

¹² DVBL 1963, S. 509 ff.

¹³ *Wolff* § 54 II a); vgl. auch die Nachweise o. S. 38 Fußn. 94 a).

¹⁴ Zur Begründung verweist *Redeker* auf BGHZ 15, S. 305, wo eine Amtspflicht zur Bescheidung von Anträgen der Bürger in angemessener Frist anerkannt worden ist: „Zum rechtmäßigen Verwaltungsverfahren gehört die Entscheidung in angemessener Frist. Verletzt die Behörde diese Pflicht, so sind hiermit Folgen verbunden, die beseitigt werden müssen.“ Ebenso BGHZ 30, S. 19. Dazu ist jedoch zu bemerken, daß der BGH hier nur eine „Folgenbeseitigung“ im Wege der Zubilligung eines Schadensersatzes aus Amtspflichtverletzung im Auge hat.

Verwaltungsrechtsverhältnis im Rahmen der Leistungsverwaltung als verwaltungsrechtliches Schuldverhältnis ausgestaltet, da die gewährende und vorsorgende Verwaltung auch in der Form einseitiger hoheitlicher Anordnungen handeln kann, während andererseits das verwaltungsrechtliche Schuldverhältnis nicht auf den Bereich der Leistungsverwaltung beschränkt ist, wie bereits ein Hinweis auf einzelne besondere Gewaltverhältnisse¹⁵, auf die verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnisse zwischen Hoheitssubjekten oder etwa auf die Entschädigungsansprüche von Zivilpersonen gegen Träger öffentlicher Verwaltung aufzeigt. Es ist andererseits jedoch nicht zu verkennen, daß es gerade in weitem Umfang die der Leistungsverwaltung zuzuordnenden Verwaltungsrechtsverhältnisse sind, die als eine Gläubiger-Schuldner-Beziehung mit gesteigerten gegenseitigen Pflichten zu Förderung und Rücksichtnahme und einem erhöhten Leistungsinteresse des Gläubigers ausgestaltet sind und damit als verwaltungsrechtliche Schuldverhältnisse qualifiziert werden können. Der von Redeker seiner Argumentation zugrunde gelegte Gegensatz zwischen schuldrechtlichen Leistungspflichten und öffentlich-rechtlichen Leistungsverhältnissen besteht daher gerade nicht, sondern haftet letztlich einer heute überholten Anschauung des Verwaltungsrechts an.

Redeker übersieht in diesem Zusammenhang auch, daß verwaltungsrechtliche Leistungspflichten auch zu Lasten von Zivilpersonen bestehen können, so daß sich das Problem der Leistungsstörungen im Verwaltungsrecht keineswegs auf die auf Seiten der Hoheitssubjekte eingetretenen Hindernisse in der Erfüllung bestimmter Leistungspflichten beschränkt. Die von Redeker vorgenommene Einengung der Problematik auf die Leistungspflichten der öffentlichen Hand findet daher von der Sache her keine Rechtfertigung.

Hiermit in unmittelbarem Zusammenhang steht ein weiteres Bedenken gegen die These Redekers: Die Heranziehung des Folgenbeseitigungsanspruchs ließe sämtliche von Zivilpersonen zu vertretenden Störungen der primären Schuldnerpflichten ohne eine Regelung, da dieses verwaltungsrechtliche Institut — selbst in der von Redeker vorgenommenen Ausweitung — nur auf ein mit den maßgeblichen Rechtsvorschriften nicht übereinstimmendes Verhalten der Subjekte öffentlicher Verwaltung Anwendung finden kann. Im Ergebnis bliebe auch hier bereits ein großer Teil der Leistungsstörungen ohne jede Regelungsmöglichkeit.

Aber auch in ihrer dogmatischen Begründung vermag diese Theorie nicht zu überzeugen. Denn der Folgenbeseitigungsanspruch ist stets nur

¹⁵ z. B. Beamtenverhältnis, Rechtsverhältnis Schulträger-Schüler uam.

auf die Ausräumung der fortdauernden Beeinträchtigung aus einem in Wegfall gekommenen rechtswidrigen Verwaltungsakt gerichtet¹⁶. Er ist kein Entschädigungsanspruch¹⁷, sondern von diesem gerade begrifflich zu trennen als ein vom Verschulden der handelnden Organwalter unabhängiger, auf die bloße Rückgängigmachung des Verwaltungshandelns durch die für die Fehlerquelle verantwortliche Behörde gerichteter Anspruch¹⁸. Die von Redeker vorgenommene Erweiterung dieses Rechtsinstituts würde demgegenüber dazu führen, einen verschuldensunabhängigen Ausgleichsanspruch zu bejahen und muß als mit dem gesamten System der staatlichen Ersatzleistungen unvereinbar bezeichnet werden. Denn mit dem heutigen Haftungssystem stimmt es nicht überein, daß bereits jede hoheitlich veranlaßte Nachteilsentstehung Ausgleichsansprüche zur Folge haben soll¹⁹. Hinzukommen muß vielmehr eine bestimmte Qualifizierung, sei es in der Form des Verschuldens des fehlerhaft handelnden Organwalters²⁰, oder aber des (vermeintlich) am Gemeinwohl orientierten Eingriffs in vermögenswerte Rechtsgüter oder in die Körperintegrität von Zivilpersonen²¹. Dieses Haftungssystem nunmehr ohne eine gesetzliche Grundlage um einen nur als Folgenbeseitigungsanspruch bezeichneten, in Wirklichkeit jedoch als einen auf Ersatz eines jeden im öffentlich-rechtlichen Bereich entstandenen Vermögensnachteils auf Seiten der Zivilpersonen gerichteten Ausgleichsanspruch zu qualifizierenden Anspruch zu erweitern, erscheint demgegenüber nicht möglich. Dies um so weniger als die Schadensersatz- und Entschädigungsansprüche stets nur auf Geldersatz, nicht aber auf die Vornahme bestimmter Handlungen gerichtet sind²², wohingegen der Folgenbeseitigungsanspruch in den wenigsten Fällen zu einer bestimmten Geldzahlung verpflichtet, sondern in der „Ausräumung der unmittelbaren Beschwer“²³ aus rechtswidrigen Hoheitsakten stets schlicht-hoheitliche Handlungen zum Inhalt hat. Es ist daher durchaus zutreffend, wenn das OVG Rheinland-Pfalz, ohne jedoch in den Gründen auf die

¹⁶ BVerwG v. 20. 3. 1963: DVBl. 1963, S. 677; Franke S. 8, 11.

¹⁷ Vgl. Wolff § 54 II a); Theume: BayVwBl. 1963, S. 107; Götz: ZBR 1961, S. 137; BGH v. 20. 9. 62 DVBl. 1963, S. 24 (betr. die Geltendmachung der durch rechtswidrige Vorenthaltung einer Apothekenkonzession hervorgerufenen Schäden); BVerwG v. 12. 11. 1959: BayVwBl. 1960, S. 88; v. 11. 1. 1962: BayVwBl. 1962, S. 183; OVG Münster v. 21. 4. 1964: DVBl. 1964, S. 885 mwN.

¹⁸ BGHZ v. 20. 9. 1962: DVBl. 1963, S. 24 f. Vgl. auch Schlusnus: „Der Anspruch auf Beseitigung der Folgen aus fehlerhaften Verwaltungsakten“, Diss. jur. München 1953.

¹⁹ Daher ist auch die von Forsthoff (§ 18) entwickelte öffentlich-rechtliche Gefährdungshaftung, die ohne eine Grundlage im geltenden Recht ist, im Ergebnis abzulehnen.

²⁰ § 839 BGB iVm. Art. 34 GG.

²¹ Enteignung, Aufopferung, enteignungsgleicher Eingriff (BGH).

²² Vgl. Art. 14 III GG; zur Amtshaftung vgl. BGH (GSZ) v. 19. 12. 1960: NJW 1961, S. 658.

²³ Redeker aaO.

Argumentation *Redekers* einzugehen, im Leitsatz seiner Entscheidung vom 19. 2. 1964²⁴ feststellt:

„Folgenbeseitigungs- und Schadensersatzansprüche wegen Nichterfüllung schließen sich gegenseitig aus“,

und damit ausdrücklich die Haftung aus Leistungsstörungen im öffentlichen Recht dem Folgenbeseitigungsanspruch entzieht. Auf dem von *Redeker* vorgeschlagenen Weg ist somit eine Regelung von Leistungsstörungen verwaltungsrechtlicher Schuldverhältnisse nicht möglich²⁵.

3. Kapitel: Der Allgemeine Teil des Rechts

Vornehmlich in der älteren Lehre ist vielfach der Versuch unternommen worden, unter Heranziehung „gemeinsamer Moleküle juristischen Denkens“¹ den Gedanken einer „allgemeinen Rechtslehre“², oder etwa eines „Allgemeinen Teils des Vertragsrechts“³, oder sogar eines „Allgemeinen Teils des Rechts“⁴ überhaupt zu entwickeln. Diese Lehre geht davon aus, daß es eine Reihe gemeinsamer Begriffe und Probleme für das private und das öffentliche Recht gebe. Es seien Lehren und Begriffe anzuerkennen, die sämtlichen Rechtszweigen, denen des privaten und des öffentlichen Rechts gemeinsam sind⁵, d. h. in jedem Zweige einer gegebenen Rechtsordnung notwendig gelten. *Georg Jellinek*⁶ verweist z. B. auf die durch wirtschaftliche Leistungen zu erfüllenden öffentlich-rechtlichen Ansprüche und sieht diese als mit den im privatrechtlichen Bereich möglichen Leistungen in jeder Beziehung gleichartig an. Daher seien die Erfüllungsmittel weder spezifisch privat- noch öffentlich-rechtlicher Natur, sondern „allgemeine juristische Kategorien“. Letztlich seien keine spezifisch privat- oder öffentlich-rechtlichen Kategorien von Rechtsformen anzuerkennen, vielmehr sei das ganze Rechtsgebiet von ein und derselben Art von Ursachen und rechtlichen Wirkungen beherrscht⁷.

Bemerkenswert ist jedoch, daß — sieht man einmal von dem nicht näher erläuterten Hinweis von *Henrichs*⁸ auf den Allgemeinen Teil des Vertragsrechts ab — auch im Rahmen der Diskussion um einen Allgemeinen Teil des Rechts eine über das Zivilrecht hinausgehende Gel-

²⁴ DÖV 1965, S. 55.

²⁵ Ablehnend auch *Wolff* § 138 VI.

¹ *Tezner*: AöR 9 (1894), S. 351.

² *Skaupy* S. 87 ff.

³ *Henrichs*: DVBL 1953, S. 232.

⁴ *Friedrichs*: „Der Allgemeine Teil des Rechts“ (1927); *Brennhausen* S. 18 ff.

⁵ *Friedrichs* S. 12, 15.

⁶ („System“) S. 66.

⁷ *Jellinek* aaO. S. 204.

⁸ DVBL 1953, S. 232.

tung der Rechtssätze über die Leistungsstörungen unerwähnt bleibt. Die Gründe hierfür müssen weniger darin gesucht werden, daß die Vertreter dieser Lehre von einer durch die Sache gebotenen Geltungsbeschränkung der §§ 275 ff., 323—326 BGB auf das bürgerliche Recht ausgegangen wären, als vielmehr in der Tatsache, daß das Rechtsinstitut des verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnisses noch nicht anerkannt war und damit sich auch das zwangsläufig mit diesem verbundene Problem einer Regelung von Leistungsstörungen nicht stellte. Vereinzelt⁹ wird jedoch deutlich, daß zumindest die mit dem Institut des verwaltungsrechtlichen Vertrages entstandenen Fragen auf dem Wege der Heranziehung eines Allgemeinen Teils des Rechts gelöst werden sollen.

Besonders augenscheinlich wird dies in der Dissertation von *Seidel*¹⁰, der die Beurteilung eines geschlossenen Vertrages einem „objektiven Vertragsrecht“ unterwerfen will, das aus der Existenz allgemeiner Elemente des Vertrages folge. Da allgemeine Normen des öffentlichen Rechts über das Vertragsrecht nicht zur Verfügung stehen, müsse auf das Privatrecht und dessen Rechtsvorschriften zurückgegriffen werden, denn das BGB lege in seinen Begriffsbestimmungen und allgemeinen Lehren die wissenschaftliche Grundlage für die ganze Rechtsordnung. Es müßten daher auf diesem Wege privatrechtliche Bestimmungen, welche insbesondere aus dem Wesen des Vertrags hervorgehen, wie die Rechtssätze über Abschluß und Erfüllung, Rücktritt und Verzug, im Rahmen ihrer Vereinbarkeit mit den verfolgten öffentlichen Zwecken zur Beurteilung öffentlich-rechtlicher Verträge Anwendung finden.

Einen Allgemeinen Teil des gesamten Rechts iS. dieser Lehre kann es jedoch nicht geben¹¹. Dabei ist zwar durchaus anzuerkennen, daß es sowohl im Zivilrecht als auch im Verwaltungsrecht leitende Grundgedanken gibt (z. B. Willenserklärung, Verjährung), die sich in vollem Umfang zu entsprechen scheinen. Insoweit läßt sich jedoch nur von einem begrifflichen allgemeinen Teil des Rechts sprechen, nicht aber von einem Allgemeinen Teil als einer Summe von Rechtssätzen, die bei Erfüllung eines Tatbestandes jeweils eine konkrete Rechtsfolgeanordnung treffen. Denn eine nähere Prüfung dieser leitenden Grundgedanken ergibt, daß ihre Ausgestaltung im einzelnen in den jeweiligen Rechtsgebieten nach deren Eigenarten und besonderen Bedürfnissen in den meisten Fällen verschieden ist. Eine Anwendung im öffentlichen Recht kann daher nur unter Anpassung an dessen Besonderheiten statthaft sein.

⁹ *Henrichs* aaO. Vgl. auch *Forsthoff* S. 154; *Lünstedt* S. 37 f.

¹⁰ *Seidel*: „Zur Lehre vom öffentlich-rechtlichen Vertrage“, Diss. jur. Breslau 1927, S. 32 ff.

¹¹ Ablehnend auch *Menger*: „System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes“ (1954), S. 71 Fußn. 10.

Die Annahme eines Allgemeinen Teils des Rechts wäre auch nur dann gerechtfertigt, wenn die ihn konstituierenden Rechtssätze in gleicher Weise Gültigkeit besitzen für beide Rechtsgebiete, nicht jedoch, wenn sie nur einen Teil der Kodifikation eines Rechtsgebietes bilden, d. h. also iS. dieser Lehre: des bürgerlichen Rechts, dessen Anwendung im Bereich des Verwaltungsrechts im Hinblick auf die Tatbestandsvoraussetzungen jedes einzelnen Rechtssatzes eine Zulässigkeitsprüfung von Fall zu Fall voraussetzt mit der Folge, daß eine Anwendung stets nur unter Anpassung an die Eigentümlichkeiten der zu regelnden Materie vorgenommen werden kann.

Das Beispiel des Vertrages im Zivil- und Verwaltungsrecht mag dies verdeutlichen: Der Vertrag des bürgerlichen Rechts ist gekennzeichnet durch eine weitestgehende Inhalts- und Abschlußfreiheit¹². Soweit nicht ein ausdrückliches gesetzliches Verbot (§ 134 BGB) oder etwa ein Verstoß gegen die guten Sitten (§ 138 I, II BGB) eingreift, stehen der Gültigkeit des Rechtsgeschäfts keine Hinderungsgründe entgegen. Im Gegensatz hierzu steht die Regelung des Verwaltungsrechts, wo die Meinungen über Zulässigkeit und Grenzen öffentlich-rechtlicher Verträge im Laufe der Entwicklung einem starken Wandel unterworfen waren und auch heute noch nicht zu einer endgültigen Klärung geführt haben¹³. Daran aber wird bereits deutlich, daß die Anpassung des Rechtsbegriffs des Vertrages an die Besonderheiten des öffentlichen Rechts nicht nur verstanden werden kann als eine bloße Konkretisierung eines dem Verwaltungsrecht vorgelagerten Bereichs eines Allgemeinen Teils des Rechts, sondern als eine unter Berücksichtigung der Erfordernisse des jeweiligen Gebietes im Rahmen des Verwaltungsrechts stattfindende eigene Entwicklung des Rechtsinstituts des Vertrages¹⁴. Der Lehre vom Allgemeinen Teil des Rechts als einer Summe konkreter Rechtssätze ist daher nicht zu folgen.

4. Kapitel: Die Lehre vom allgemeinen Rechtsgedanken

Mit der Lehre vom Allgemeinen Teil des Rechts vielfach identifiziert wird die Lehre von den allgemeinen Rechtsgedanken. Nach dieser stel-

¹² Vgl. statt aller Larenz I § 5.

¹³ Vgl. die Nachweise o. S. 64 Fußn. 36 und die amtliche Begründung von § 40 EVwWertG 1963.

¹⁴ Dem steht nicht entgegen, daß der Vertrag als jeder Rechtsordnung vorgelagertes Institut anerkannt ist (vgl. o. S. 72 Fußn. 6). Denn insoweit handelt es sich nur um die Anerkennung einer durch übereinstimmende Erklärungen zustande gekommenen Einigung, nicht jedoch um eine gesetzlich fixierte Festlegung bestimmter Rechtsfolgeanordnungen für das Institut des Vertrages in seiner Geltung für das gesamte Recht.

len einzelne, im Privatrecht geltende Rechtssätze nur die Konkretisierung eines in seiner Geltung nicht auf das bürgerliche Recht beschränkten, sondern auch für das öffentliche Recht geltenden Rechtsgedankens dar¹. So formuliert bereits *Fleiner*², ausgehend von einer gegenseitigen Durchdringung des öffentlichen und privaten Rechts, die die allgemeinen Rechtsgedanken nicht zu einem selbständig neben dem Zivil- und Verwaltungsrecht stehenden, sondern zu einem beiden Rechtsgebieten gleichzeitig angehörenden Teil des Rechts werden läßt:

„Jedes Rechtsgebiet ist aus sich selbst heraus zu ergänzen, und demgemäß ist eine vermeintliche Lücke im öffentlichen Rechtssystem nur durch Vorschriften auszufüllen, die dem Gedankenkreis des öffentlichen Rechts selbst entstammen. Hierbei ist zu berücksichtigen, daß jedes Recht unausgesprochene Rechtsgedanken in sich birgt, die zunächst noch nicht in das Bewußtsein des Gesetzgebers getreten sind.“

Eine zutreffende Umschreibung dieser Theorie gibt auch *Bergmann*³, wenn er ausführt:

„Das Zivilrecht bleibt lediglich eine Fundgrube für die Auffindung, die zivilrechtliche Norm nur ein Beleg für das Vorhandensein allgemeingültiger, also auch dem öffentlichen Recht eigener Rechtsgrundsätze^{4,5}.“

Die Lehre von den allgemeinen Rechtsgedanken ist weder mit der Theorie vom Allgemeinen Teil des Rechts, noch mit einer analogen Anwendung privatrechtlicher Rechtssätze⁶ im Verwaltungsrecht gleichzusetzen.

¹ Vgl. *Bergmann* S. 25 ff., 50 ff.; *Soergel-Siebert* Vorbem. 14 vor § 241; *Schüle*: *VerwArch* 38 (1933), S. 405 ff.; *Wertenbruch*: *JuS* 1963, S. 180 ff.; *BGH* v. 13. 3. 1952: *NJW* 1952, S. 932; v. 19. 2. 1962: *NJW* 1962, S. 1012; v. 16. 3. 1965: *NJW* 1965, S. 1272; *bayVGH* v. 17. 3. 1950: *DVBL* 1951, S. 516; *OVG Hamburg* v. 26. 9. 1956: *VerwRspr.* 9, S. 155 (Nr. 33); *heVGH* v. 22. 6. 1951: *DVBL* 1951, S. 738 ff.; *OVG Münster* v. 8. 11. 1951: *DVBL* 1952, S. 606. Zustimmung zu dieser Lehre auch *Weinkauff*: „Richtertum und Rechtsfindung in Deutschland“ (1952), S. 15 f., 20, 22, 25.

² „Institutionen“ S. 55 f.

³ S. 25.

⁴ Vgl. auch *Schack*: *Festschrift für Rudolf Laun* 1948, S. 277, der das Wesen eines allgemeinen Rechtsgedankens darin sieht, daß er „gleichermaßen im privaten und im öffentlichen Recht Geltung beansprucht und der zwar für das bürgerliche Recht positiv-rechtliche Ausgestaltung gefunden hat, nunmehr aber vom Richter auch im öffentlichen Recht im Wege der Rechtsprechung in öffentlich-rechtlicher Ausprägung zur Anwendung gebracht wird.“

⁵ Derartige allgemeine Rechtsgedanken haben jedoch nicht nur im Zivilrecht ihren Niederschlag gefunden, sondern können auch durch öffentlich-rechtliche Rechtssätze indiziert werden. Dazu in neuester Zeit: *Wolff* § 172 III c), der auf die sog. nachträgliche Feststellungsklage die in § 113 I 4 VwGO enthaltene Regelung als Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens anwendet will.

⁶ Im Gegensatz hierzu identifiziert *Nawiascky* (S. 146) die Entwicklung eines allgemeinen Rechtsgedankens mit der Rechtsanalogie.

§ 29 Abgrenzung zur Analogie

Die Analogie anerkennt eine trotz der grundsätzlichen Verschiedenheit des privaten und des öffentlichen Rechts bestehende Rechtsähnlichkeit zwischen einem verwaltungsrechtlichen Tatbestand und einer privatrechtlichen Regelung mit der Folge, daß mit der entsprechenden Anwendung bürgerlich-rechtlicher Normen im öffentlichen Recht die grundsätzliche Verschiedenheit der beiden Rechtsbereiche überwunden werden kann. Demgegenüber geht die dargestellte Lehre davon aus, daß es gewisse Rechtsgedanken gibt, die nicht auf ein abgegrenztes Rechtsgebiet beschränkt sind, sondern in ihrer Allgemeingültigkeit für das gesamte Rechtssystem Bedeutung haben. Im Gegensatz zur Analogie findet hier unter Heranziehung des aus der konkreten Regelung des bürgerlichen Rechts entnommenen und allgemein gültigen, weil überall anerkannten Rechtsgedankens eine unmittelbare Anwendung öffentlichen Rechts statt. Die zivilrechtliche Normierung stellt also lediglich ein Indiz dar für das Vorhandensein dieses über den Bereich des bürgerlichen Rechts hinausgehenden Rechtsgedankens⁷. Aus dieser Normierung folgt gleichzeitig, daß die Rechtsanwendung nicht — wie im Falle der Gesetzesanalogie — dem einzelnen privatrechtlichen Rechtssatz verhaftet ist, sondern angesichts des Rückgriffs auf die spezialgesetzliche Normierung allgemeiner Prinzipien auch auf die Gesamtheit einer Regelung zurückgehen kann.

Eine weitere Unterscheidung ist im Anschluß hieran insoweit zu treffen, als bei der Entwicklung allgemeiner Rechtsgedanken sowohl Tatbestands- als auch Rechtsfolgeseite in ihrer Struktur feststehen, jedoch von allen in der Spezifik der indizierenden Norm begründeten Besonderheiten zu befreien sind. Es wird, wie *Menger*⁸ formuliert, „dem

⁷ Vgl. auch *Schüle*: *VerwArch* 38 (1933), S. 405 f.: „Zugegeben ist, daß in der täglichen Entscheidungspraxis die Unterschiede (scil. zwischen Analogie und der Methode der Anwendung eines allgemeinen Rechtsgedankens) keineswegs immer klar hervortraten und die Gefahr, daß sie verwischt werden, groß ist. Dennoch bestehen solche, wenn auch vielleicht mehr theoretischer als praktischer Natur. Bei der Analogie wird die positivrechtliche Norm als solche zur Anwendung gebracht, und zwar sinngemäß, nicht so, wie sie vom Gesetzgeber im einzelnen ausgestaltet ist, vielmehr notwendig modifiziert; bei der uns interessierenden Art der Lückenausfüllung dagegen der der positiven Norm immanente Rechtsgedanke, indes nicht etwa wiederum nur „angepaßt“, sondern so, wie er von dem Richter in fundamentarer Reinheit herausgeschält ist. Bei der Analogie wird ferner der Rechtssatz zur Beurteilung eines Tatbestandes herangezogen, der mit dem ausdrücklich geregelten in allen ausschlaggebenden Beziehungen gleich, ihm mindestens ähnlich ist. Anders der allgemeine Rechtsgedanke: er dient und kann nach der ganzen Anlage der Konstruktion gar nicht anders dienen als zur Entscheidung eines — ebenso verglichen mit der Regelung, der er entnommen — im wesentlichen abweichenden Tatbestandes. Sonst könnte einfach analog geurteilt werden.“

⁸ S. 72.

rechtsfolgebegründenden Tatbestand die reine Rechtsfolge im engsten Sinne gegenübergestellt“

Es lassen sich daher sowohl in der Voraussetzung als auch in der Durchführung erhebliche Unterschiede zwischen der Analogie und der Anwendung eines allgemeinen Rechtsgedankens feststellen.

§ 30 Abgrenzung zum Allgemeinen Teil des Rechts

Nicht unerhebliche Unterschiede bestehen jedoch auch zwischen der Lehre von den allgemeinen Rechtsgedanken und der Theorie vom Allgemeinen Teil des Rechts.

Diese geht davon aus, daß ein bestimmter Rechtssatz sowohl für das private wie für das öffentliche Recht Geltung besitze, da er Regelungselemente beider Rechtsbereiche in sich vereinige. Im Gegensatz hierzu betont die vorgenannte Lehre die Allgemeingültigkeit eines Rechtsgedankens, der zwar nur für das Gebiet des Zivilrechts konkretisiert, der als solcher aber unmittelbar auch im öffentlichen Recht existent sei. Es ist daher bereits eine Verschiedenheit der Ausgangspunkte beider Lehren festzustellen, deren eine sich an dem geschriebenen Rechtssatz und deren andere sich an dem zugrundeliegenden Rechtsgedanken orientiert. Während also die Lehre vom Allgemeinen Teil des Rechts eine konkrete Normsituation des Zivilrechts daraufhin überprüft, ob ihr eine gleichgelagerte Sachlage im öffentlichen Recht gegenübersteht, den privatrechtlichen Rechtssatz also selbst auswertet und im Falle der Übereinstimmung der jeweiligen Sachlage seine Allgemeingültigkeit bejaht, sucht die Lehre von den allgemeinen Rechtsgedanken in Abkehr vom ausdrücklichen Wortlaut des privatrechtlichen Rechtssatzes — in vielen Fällen auch im Wege einer Abstraktion aus mehreren Rechtssätzen des geschriebenen Rechts⁹ — dem gesamten Rechtssystem eigene, im Hinblick auf bestimmte Sachgestaltungen ausgeprägte und dabei doch einer Vielzahl von in sich verschiedenartigen Tatbeständen gemeinsame Bewertungsfaktoren, um aus der Allgemeingültigkeit dieser Rechtsgedanken eine auch für das Verwaltungsrecht zutreffende Regelung einzelner Tatbestände zu gewinnen.

Aus dieser Unterschiedlichkeit der Ausgangspunkte ergibt sich zweierlei: Indem allein auf die in einem Rechtsbereich zutage getretenen Rechtsgedanken abgestellt wird, und nicht ein Rechtssatz selbst herangezogen wird, bleibt die tatbestandsmäßige Konkretisierung der Anwendung des Rechtsgedankens in dem regelungsbedürftigen Rechtsbe-

⁹ Vgl. *Wolff* § 25 I e).

reich vorbehalten. Das hat zur Folge, daß die Tatbestandsvoraussetzungen der aus dem Zivilrecht entlehnten Norm nicht in jedem Punkt der gesetzlichen Bewertung, die sich nunmehr auf den Sachverhalt des anderen Rechtsbereichs bezieht, entsprechen. Diese Aussage ist aus einer nach sachlichen Notwendigkeiten des Verwaltungsrechts erfolgenden Konkretisierung des allgemeinen Rechtsgedankens geboten. Sie läßt sich jedoch nicht gewinnen aus dem methodischen Vorgehen der Lehre vom Allgemeinen Teil des Rechts, die die Privatrechtsnormen an das öffentliche Recht angleicht.

Eine weitere Folge der Unterschiedlichkeit der Ausgangspunkte ist die gegenüber der Lehre vom Allgemeinen Teil des Rechts erheblich geringere Zahl von in das Verwaltungsrecht übernommenen Rechtssätzen des bürgerlichen Rechts¹⁰, da eine auf die Auffindung allgemeiner Rechtsgedanken ausgerichtete Betrachtungsweise die Verwendung privatrechtlicher Elemente notwendig enger begrenzt als eine mehr oder weniger unter dem Gesichtspunkt der Verwendbarkeit des bürgerlichen Rechts im Verwaltungsrecht ausgestaltete Lehre.

Die weitere Betrachtung, die also einen grundlegenden Unterschied zwischen den genannten Lehren zum Anlaß hat, muß daher die Methode der Anwendung eines allgemeinen Rechtsgedankens einer Stellungnahme unter dem Gesichtspunkt unterziehen, ob das Problem der Leistungsstörungen in verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnissen unter Zuhilfenahme dieser Lehre eine Lösung erfahren kann.

§ 31 Der Lösungsvorschlag Eckerts

In neuerer Zeit hat sich Eckert¹¹ ausführlich mit dem Problem der Leistungsstörungen in verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnissen befaßt. Ausgehend von der Methode der Anwendung eines allgemeinen Rechtsgedankens entwickelt er ein Haftungssystem, das sich weitgehend an die Regelung des bürgerlichen Rechts anlehnt, dabei jedoch stets die Frage der Vereinbarkeit mit den zu verfolgenden öffentlichen Interessen im Auge hat:

„Die im Zivilrecht zum Ausdruck gekommenen Rechtsgedanken können auf verwaltungsrechtliche Schuldverhältnisse nur insoweit übertragen werden, als sie tatsächlich allgemeine Rechtsgedanken sind, denen nicht die Besonderheit des Verwaltungsrechts entgegensteht. Die schuldrechtliche Bindung im Verwaltungsrecht darf nicht dem öffentlichen Interesse widersprechen.¹²“

¹⁰ Im gleichen Sinne auch Bergmann S. 30.

¹¹ DVBL 1962, S. 11 ff.

¹² Eckert aaO. S. 14.

Im Hinblick auf die einzelnen Erscheinungsformen von Leistungsstörungen in verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnissen kommt Eckert dann zu folgenden Ergebnissen:

Wird die Leistung aus einem weder vom Schuldner noch vom Gläubiger zu vertretenden Umstand unmöglich, werden beide Partner von ihrer Leistungspflicht befreit, bei einseitig verpflichtenden Schuldverhältnissen tritt diese Befreiung begriffsnotwendig nur zugunsten des Schuldners ein (§§ 323 I, 275 BGB). Hat der Gläubiger die Unmöglichkeit zu vertreten oder befindet er sich in Annahmeverzug, entfällt diese Befreiung von der Gegenleistungspflicht (§ 324 I BGB). Sollte jedoch im Einzelfall einmal das öffentliche Interesse die Erfüllung der Gegenleistungspflicht trotz Unmöglichkeit der Schuldnerleistung gebieten, so müsse der aus § 323 BGB zu entnehmende Rechtsgedanke weichen. Der Gläubiger habe dann jedoch Anspruch auf eine Ersatzleistung des Schuldners. Sei dieser aber für die Unmöglichkeit verantwortlich, führe die Anwendung des Rechtsgedankens des § 325 BGB zur Entstehung eines Schadensersatzanspruchs wegen Nichterfüllung ohne Rücksicht auf die Qualifikation der am Rechtsverhältnis Beteiligten. Eine Ausnahme sei jedoch im Gegensatz zum Zivilrecht dann anzuerkennen, wenn ein Interesse des Gläubigers an der Erfüllung nicht mehr bestehe, weil das öffentliche Interesse die Erfüllung des Schuldverhältnisses gebiete, solange und soweit sie möglich sei, so daß eine Umwandlung der primären Leistungspflicht in eine Sekundärverpflichtung insoweit ausscheidet. Gegen eine Übertragung der übrigen in § 325 BGB genannten Gläubigerrechte in das Verwaltungsrecht bestünden im übrigen keine Bedenken.

Bei der Behandlung der Voraussetzungen und der Rechtsfolgen des Verzuges lehnt sich Eckert ebenfalls weitgehend an das Privatrecht an. Fälligkeit der Leistung, nachfolgende Mahnung und Verantwortlichkeit des Schuldners müßten zum Eintritt des Verzuges in gleicher Weise wie im Zivilrecht (§§ 284, 285 BGB) vorliegen, der gesamte Verzugschaden einschließlich der Verzugszinsen (§ 288 BGB) sei vom Schuldner zu ersetzen. Die Regeln hingegen, die bei Verzug im Zivilrecht unter bestimmten Voraussetzungen Schadensersatz wegen Nichterfüllung vorsehen (§§ 286 II, 326 II BGB), hätten im Verwaltungsschuldrecht keinen Platz, da das öffentliche Interesse stets die Erfüllung verlange und die bloße Verzögerung der Leistung für den Gläubiger keine Unzumutbarkeit des Festhaltens am Erfüllungsanspruch begründe.

Beinhardt¹⁴ hat in einer rechtsvergleichenden Untersuchung über den verwaltungsrechtlichen Vertrag im deutschen und französischen Recht

¹⁴ VerwArch 55, (1964), S. 255 ff.

diese Thesen *Eckerts* übernommen. Da er weder eine zusätzliche Begründung gibt, noch eine Erweiterung oder eine Einschränkung im Hinblick auf den Umfang der anzuwendenden Rechtssätze vornimmt, sich der dargestellten Lehre also vorbehaltlos anschließt, ist eine gesonderte Darstellung insoweit entbehrlich.

§ 32 Kritische Stellungnahme

Der Ausgangspunkt der gesamten Argumentation, nach der Rechtsgedanken in gleicher Weise für das bürgerliche wie für das öffentliche Recht anzuerkennen sind, ihre konkrete Ausgestaltung jedoch nur im Bereich des Zivilrechts gefunden haben, ist durchaus zu billigen, so daß der Lehre von den allgemeinen Rechtsgedanken in ihrer Grundkonzeption zuzustimmen ist.

Eine strikte Trennung der Rechtsbereiche in dem Sinne, daß sowohl das Verwaltungsrecht als auch das Zivilrecht jeweils ein in sich abgeschlossenes Rechtssystem bilden mit der Folge, daß die in ihnen enthaltenen Rechtssätze, Begriffe und Lehren in ihrer Geltung und in ihrem Normgehalt ausschließlich auf den Bereich des öffentlichen oder des privaten Rechts beschränkt sind, würde weder dem gegenwärtigen Rechtszustand entsprechen noch mit den Erfordernissen der modernen Verwaltung zu vereinbaren sein¹⁵. Sie steht darüber hinaus im Widerspruch zum modernen, die positivistische Betrachtungsweise verwerfenden Rechtsdenken.

Das Normensystem des Zivilrechts ist gekennzeichnet durch eine Vielzahl vertypisierter Sachverhalte, denen der Gesetzgeber mit dem Ziel eines Ausgleichs der vielschichtigen Interessen der Privatpersonen unter Zugrundelegung eines Bewertungssystems nach dem Maßstab der Vorzugswürdigkeit einzelner Interessen eine bestimmte Rechtsfolgeanordnung zugeordnet hat. Während ein Teil dieser Regelungen bestimmte soziale Gegebenheiten (z. B. Ehe, Familie, Kindschaft) voraussetzt und bereits aus diesem Grunde einer ausdehnenden Anwendung über den hierdurch vorgezeichneten Bereich und damit über das Zivilrecht hinaus nicht fähig ist, hat eine große Anzahl privatrechtlicher Rechtsvorschriften Sachverhalte zum Gegenstand, deren juristische Bewertung nicht das Ergebnis einer ausschließlich privatrechtsbezogenen Betrachtungsweise

¹⁵ Übereinstimmend BSG v. 20. 12. 1957: NJW 1958, S. 886: „Es ist anerkanntes Rechts, daß Rechtsgestaltungen verschiedenster Art dem Privatrecht und dem öffentlichen Recht gemeinsam sind. Bringt die Regelung des Privatrechts einen allgemeinen Rechtsgedanken zum Ausdruck, der für das öffentliche Recht gleichfalls gilt, so darf sie zur Ausfüllung einer Lücke des positiven öffentlichen Rechts herangezogen werden.“

ist, sondern vielmehr auf allgemeinen juristischen Erwägungen beruht. Die konkret vorgestellte Normsituation ist zwar auf das bürgerliche Recht beschränkt. Die zu ihrer Regelung herangezogenen Bewertungsmaßstäbe lassen sich jedoch auf in der Rechtsordnung allgemein gültige Gedanken zurückführen, so daß die Aufstellung bestimmter Tatbestandsvoraussetzungen durch den Gesetzgeber im Bereich des bürgerlichen Rechts nur als eine auf die speziell zivilrechtlichen Probleme zugeschnittene Konkretisierung dieser allgemeinen Erwägungen anzusehen ist.

Dies mag am Beispiel der rechtlich relevanten Kundgabe eines bestimmten Willens der natürlichen Rechtssubjekte, der „Willenserklärung“, verdeutlicht werden: Die Entäußerung eines bestimmten Willens mit der Folge, daß sich hieran — in diesem Zusammenhang nicht näher zu bezeichnende — Rechtswirkungen anknüpfen, darf als eine auch außerhalb des bürgerlichen Rechts zutreffende Möglichkeit zur Gestaltung der verschiedenartigsten Rechtsbeziehungen zwischen mehreren Rechtssubjekten angesehen werden. Es ist weder eine ausdrückliche Beschränkung noch eine aus der Natur der Sache gebotene Ausschließlichkeit der Verwendung dieses Rechtsinstituts im Hinblick auf einen bestimmten Rechtsbereich vorhanden. Nunmehr enthält nur das BGB (§§ 116 ff.) eine bis ins einzelne gehende Ausgestaltung der Wirksamkeitsvoraussetzungen oder etwa der Möglichkeiten einer Vernichtbarkeit einer Willenserklärung, während das Verwaltungsrecht zu den allgemeinen Lehren über Willenserklärungen keine eigene Regelung trifft. Hieraus kann jedoch nicht der Schluß gezogen werden, die verwaltungsrechtliche Willenserklärung entbehre einer Regelung der Gültigkeitsvoraussetzungen¹⁶, und die für das bürgerliche Recht anerkannten und im BGB normierten Nichtigkeits- und Vernichtbarkeitsgründe seien sämtlich nur auf das Gebiet des Privatrechts beschränkt. Vielmehr kommt in dieser Regelung zum Ausdruck, daß bestimmte Gedanken von allgemeiner Gültigkeit, im herangezogenen Beispiel also den Problembereich der Willenserklärung betreffend, der gesamten Rechtsordnung eigen sind¹⁷ und gleichsam aus den privatrechtlichen Vorschriften über Willenserklärungen im Wege der Abstraktion gewonnen werden können. Hierzu gehören vornehmlich die Bestimmungen über die Anfechtung von Willenserklärungen¹⁸. Diese sind eine spe-

¹⁶ Zur verwaltungsrechtlichen Willenserklärung vgl. BVerwG v. 20. 11. 1964: DÖV 1965, S. 138.

¹⁷ AA.: *Martens*: DVBl. 1965, S. 431, der jedoch den gesamten Bereich des rechtsgeschäftlichen Verwaltungshandelns außer Betracht läßt und bei der Verneinung einer Allgemeingültigkeit der §§ 116 ff. BGB ausschließlich auf den Erlaß von Verwaltungsakten abstellt. Für einen Rückgriff auf das bürgerliche Recht jedoch schon *Zinser*: VerwArch 39 (1934), S. 247 ff.

¹⁸ Eingehend hierzu *Schack*: ZBR 1964, S. 161 ff. Ebenso bereits OVG Münster v. 8. 11. 1951: DVBl. 1952, S. 606.

zielle Ausgestaltung eines allgemeinen Rechtsgedankens des Inhalts, daß bestimmte Motivationslagen auf seiten des Erklärenden im Zeitpunkt der Abgabe der Willenserklärung zu einer Annullierung der durch diese hervorgerufenen Rechtswirkungen berechtigen müssen¹⁹. Die für das bürgerliche Recht normierten Anfechtungsgründe des Irrtums über Erklärung und Inhalt (§ 119 BGB), sowie der Täuschung und Drohung (§ 123 BGB) sind dabei Ausdruck dieses auch für das Verwaltungsrecht als gültig anzuerkennenden allgemeinen Rechtsgedankens. Demgegenüber sind die Rechtssätze über die Ausübung dieses Anfechtungsrechts (z. B. Anfechtungsfristen)²⁰ oder etwa der Ausschluß dieses Gestaltungsrechts wegen fehlender Identität zwischen Täuschendem und Erklärungsempfänger vornehmlich auf die Berücksichtigung eines typisch privatrechtlichen Interessenschutzes ausgerichtet und in dieser Allgemeinheit im Verwaltungsrecht ohne Geltung.

Das Beispiel der Willenserklärung zeigt, daß von dem Vorhandensein allgemeiner, durch die privatrechtliche Regelung indizierter Rechtsgedanken ausgegangen werden kann, daß jedoch die Annahme eines derartigen Rechtsgedankens auf die Fälle wirklicher Allgemeingültigkeit des der Regelung zugrunde liegenden Bewertungsmaßstabs beschränkt bleiben muß. Zudem ergibt sich hieraus, daß die Zahl der auf allgemeine Rechtsgedanken zurückzuführenden zivilrechtlichen Rechtssätze geringer ist²¹, als dies vielfach angenommen wird, und daß darüber hinaus in vielen Fällen eine an den Besonderheiten des öffentlichen Rechts orientierte Ausgestaltung der nur in ihren prinzipiellen Aussagen erkannten Rechtsgedanken zu der Erkenntnis der Existenz des allgemeinen Rechtsgedankens hinzukommen muß. Von einer Geltung des

¹⁹ Zustimmend Wolff § 156 V a. — Ebenso für das Gebiet des Beamtenrechts schon RGZ 124, S. 192: „Diejenigen Rechtsgedanken, die sich sowohl im bürgerlichen wie im öffentlichen Recht finden, und in ersterem eine auch auf das letztere anwendbare Fassung gefunden haben, leiden auch dort — dann aber als zu ihm gehörende Rechtssätze — Anwendung. Ein solcher auch auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts wirksamer Rechtsgedanke ist der einer Anfechtbarkeit von Verwaltungshandlungen wegen Willensmängel jedenfalls insoweit, als diese bei der Anstellung von Beamten obwalten.“ Für eine Berücksichtigung von Willensmängeln im öffentlichen Recht neuerdings: OVG Koblenz v. 14. 4. 1965; DVBl. 1965, S. 771—776. Das OVG läßt es jedoch ausdrücklich dahingestellt, ob eine Analogie des Privatrechts oder die Methode der Anwendung eines allgemeinen Rechtsgedankens herangezogen werden soll.

²⁰ Ebenso Wolff § 44 II c) 1. Zweifelnd auch Löwer: VerwArch 56 (1965), S. 264 Fußn. 171.

²¹ Bedenken gegen eine zu weitgehende Annahme derartiger allgemeiner Rechtsgedanken äußert auch Esser: „Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts“ (1964), S. 1 ff. Wie hier auch schon Schack (RVBl. 1935, S. 191): „Zumeist wird es überhaupt unmöglich sein, die in einer bestimmten Rechtsordnung ausgeprägten Rechtsinstitute und -sätze als allgemeine, gleichermaßen für das bürgerliche und öffentliche Recht gültige Rechtsgedanken anzusehen.“

zivilrechtlichen Rechtssatzes in der Weise, daß er selbst als allgemeiner Rechtsgedanke deklariert und damit sowohl in der Tatbestandsvoraussetzung als auch in der Rechtsfolgeanordnung im Verwaltungsrecht unbeschränkt Anwendung findet, kann nur in wenigen Fällen gesprochen werden²².

Geht man unter diesem Gesichtspunkt nunmehr an die Frage heran, ob die Regelung der Leistungsstörungen im bürgerlichen Recht als Ausdruck allgemeiner, auch im Verwaltungsrecht geltender Rechtsgedanken angesehen und damit zur Lösung des Problems der Leistungsstörungen im Verwaltungsrecht herangezogen werden kann, so muß auch insoweit festgestellt werden, daß die privatrechtliche Regelung in ihrer Gesamtheit auf den Ausgleich der Interessen der Privatpersonen ausgerichtet ist, aber idR. nicht mit der Besorgung öffentlicher Angelegenheiten und der Verfolgung im öffentlichen Interesse liegender Ziele zu vereinbaren ist. Die Vorschriften der §§ 275 ff., 323—326 BGB sind daher nicht unmittelbar als Ausdruck allgemeiner Rechtsgedanken anzusehen. Dies ergibt sich aus folgenden Erwägungen:

Ist der Schuldner eines gegenseitigen Vertrages mit seiner Leistung im Verzuge, so hat der Gläubiger das Recht, unter Bestimmung einer angemessenen Frist den Schuldner zur Leistung aufzufordern, widrigenfalls er die Annahme der Leistung ablehnen und vom Verträge zurücktreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen werde (§ 326 I BGB). Demgegenüber ist der verwaltungsrechtliche Vertrag und hier vor allem der Vertrag unter ausschließlicher oder teilweiser Beteiligung von Hoheitssubjekten angesichts der auf dem Spiele stehenden öffentlichen Interessen idR. ohne Rücksicht auf den Schuldnerverzug auf jeden Fall zu erfüllen. Die ausschließlich unter Zumutbarkeitserwägungen ausgestaltete Regelung des BGB ist hiermit nicht zu vereinbaren. So wäre es z. B. unvertretbar, im Falle eines Gastschulvertrages zwischen zwei Nachbargemeinden der aufnehmenden Gemeinde bei Zahlungsverzug des Vertragspartners die in § 326 I BGB ausgesprochenen Rechte zuzubilligen mit der Folge, daß eine ordnungsgemäße Unterrichtung der Schüler nicht mehr gewährleistet wäre. Die gleichen Bedenken sind im umgekehrten Fall gerechtfertigt, wenn also die zur Aufnahme der Schüler verpflichtete Gemeinde mit ihrer Leistung im Verzuge ist und sich die Frage nach den Rechten der forderungsberechtigten Gemeinde stellt.

²² Im gleichen Sinne auch Löwer (VerwArch 56 (1965), S. 264): „Es entsteht der Eindruck, daß es mehr als die Anwendung allgemeiner im Privatrecht aufgefundener, in ihrer Geltung nicht hierauf beschränkter Grundsätze ist, wenn auf den öffentlich-rechtlichen Vertrag so unterschiedliche zivilrechtliche Rechtsregeln angewendet werden wie z. B. § 130 BGB, die positive Forderungsverletzung, § 288 BGB oder das Rücktrittsrecht.“

Bereits an diesem Beispiel wird klar, daß die im Zivilrecht für die Fälle des Verzuges vorgesehenen Rechtsfolgen vielfach nicht mit den verfolgten öffentlichen Interessen und Aufgaben zu vereinbaren sind, so daß schon aus diesem Grunde die Annahme eines allgemeinen Rechtsgedankens des vorgestellten Inhalts ausgeschlossen ist.

Zur Erhärtung dieser Ansicht sei nur noch auf folgendes Bedenken gegen eine zu weitgehende Annahme allgemeiner Rechtsgedanken iS. einer Heranziehung des zivilrechtlichen Systems der Leistungsstörungen hingewiesen: Wird die aus einem gegenseitigen Vertrag dem Schuldner obliegende Leistung infolge eines von ihm zu vertretenden Umstandes unmöglich, so stehen dem Gläubiger alternativ mehrere Rechte zu: er kann Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, vom Vertrage zurücktreten (§ 325 I 1, 2) BGB), Herausgabe des für den geschuldeten Gegenstand erlangten Ersatzes bzw. Abtretung des Ersatzanspruches gemäß § 281 BGB verlangen (§ 323 II BGB) oder aber die Rückgabe seiner dem Schuldner gewährten Gegenleistung nach den Vorschriften der §§ 812 ff. BGB geltend machen (§ 323 III BGB). Die Entscheidung über die Geltendmachung eines dieser Rechte ist ausschließlich in das nach Zweckmäßigkeitserwägungen ausgerichtete Belieben des Gläubigers gestellt, so daß der Schuldner sich auf eine evtl. vorhandene Unbilligkeit der Geltendmachung eines dieser Rechte idR. nicht berufen kann. Eine derartige Regelung ist jedoch vollends unvereinbar mit dem Rechtsinstitut des verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnisses als einem an der Erfüllung öffentlicher Aufgaben und der Verfolgung der der Gemeinschaft unmittelbar zugeordneten Interessengegenstände orientierten Sonderrechtsverhältnis zwischen mehreren Subjekten des Verwaltungsrechts. Hier hat primär nicht so sehr der Gesichtspunkt der Erreichung eines möglichst großen Vorteils oder etwa einer bestmöglichen Schadenskompensation entscheidend zu sein, als vielmehr das Ziel einer maximalen Übereinstimmung mit den zu verfolgenden öffentlichen Interessen.

Über diese gegen die Methode der Anwendung eines allgemeinen Rechtsgedankens im vorbezeichneten Umfang allgemein geltend zu machenden Bedenken hinaus sind gegen ihre von *Eckert* vorgenommene konkrete Ausgestaltung schwerwiegende Einwände zu erheben:

Diese richten sich zunächst gegen den Ausgangspunkt der Argumentation, wonach die Gesamtregelung des Zivilrechts herangezogen werden soll, in der Folge dann jedoch nicht unerhebliche Abstriche gemacht werden, indem ein nicht näher erläuterter Begriff des öffentlichen Interesses herangezogen wird. Eine Regelung ist jedoch entweder als Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens zu qualifizieren mit der Konsequenz, daß sie auch für das Verwaltungsrecht Geltung besitzt, oder aber die Anerkennung einer dahingehenden Allgemeingültigkeit ist

abzulehnen. Damit bleibt eine Anwendung des Zivilrechts lediglich unter dem Gesichtspunkt zu prüfen, ob einzelne Rechtssätze als Ausdruck allgemeiner Rechtsgedanken angesehen werden können, und die in ihnen enthaltene Rechtsfolgenanordnung ihrem Grundgedanken nach auf das Verwaltungsrecht übertragen werden kann. Nicht angängig ist es jedoch, eine Anwendung zunächst zu bejahen, dann aber durch eine Modifikation der anzuwendenden Normen teilweise doch wieder davon abzusehen. Denn hier läßt sich nicht mehr von einer auf die Besonderheiten des Verwaltungsrechts bezogenen Konkretisierung eines im Zivilrecht als allgemein geltend erkannten Rechtsgedanken sprechen. In Wirklichkeit wird hier der Rechtsgedanke wieder aufgegeben, um durch eine aus allgemeinen Zweckmäßigkeitserwägungen abgeleitete Regelung ersetzt zu werden.

Aber auch in ihrer weiteren Durchführung begegnet die Methode *Eckerts* erheblichen Bedenken, da sie in Einzelfällen durch den Ausschluß der im Privatrecht vorgesehenen und die gleichzeitige Anordnung einzelner dort nicht verankerter Rechtsfolgen im Wege eines Rückgriffs auf den Rechtsbegriff des „öffentlichen Interesses“ sich völlig vom zivilrechtlichen Haftungssystem löst und die Rechtsfolgenanordnung ausschließlich aus diesem Rechtsbegriff ableiten will. Dies aber würde letztlich zu der im geschriebenen Recht nicht enthaltenen und einer praktischen Rechtsanwendung nicht fähigen Konsequenz führen, daß ein Rechtssatz des Inhalts anerkannt würde, daß bei Leistungsstörungen in verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnissen jeweils die durch das öffentliche Interesse gebotenen Rechtsfolgen anzuordnen seien ohne Rücksicht darauf, ob sie auf gesetztes Recht zurückzuführen sind oder nicht. Daß eine derartige Folgerung aus der von *Eckert* entworfenen Lösung gerechtfertigt ist, zeigt sich bereits darin, daß er ein Zurücktreten des aus § 323 BGB zu entnehmenden Grundsatzes der beiderseitigen Befreiung von der Leistungspflicht bei beiderseits nicht zu vertretender Unmöglichkeit für den Fall annehmen will, daß das öffentliche Interesse dieses gebieten sollte. Für diese Lösung bietet jedoch das geltende Recht ebensowenig eine Rechtsgrundlage wie für die weitergehende Folgerung *Eckerts*, daß bei der so begründeten Aufrechterhaltung der Leistungspflicht des Gläubigers dessen Anspruch auf eine Ersatzleistung des Schuldners gerichtet sein soll²³.

In gleichem Maße sind Bedenken geltend zu machen gegen die ebenfalls mit einer Berücksichtigung öffentlicher Interessen begründeten

²³ Zudem wäre es bei Anerkennung dieser These angesichts der Gestaltungsmöglichkeiten des Verwaltungsprivatrechts eine unumgängliche Konsequenz, auch für das bürgerliche Recht einen entsprechenden Grundsatz anzuerkennen. Womit sollte ein derartiges Abweichen vom geschriebenen Recht legitimiert werden?

These Eckerts, daß ein Wegfall des Gläubigerinteresses an der Leistung des Schuldners nicht zum Wegfall der primären Leistungspflicht führen soll, die Erfüllung des Schuldverhältnisses vielmehr geboten sei, solange und soweit dies möglich sei. Vielmehr ist es denkbar, daß in Einzelfällen, wie wohl in der Mehrzahl der verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnisse zwischen Zivilpersonen, dem Umstand Rechnung zu tragen ist, daß der Gläubiger an einer weiteren Leistung durch den Schuldner nicht mehr interessiert ist, so daß auch hier die Zubilligung von Schadensersatz- oder sonstigen Sekundäransprüchen gerechtfertigt sein kann.

Die Annahme eines allgemeinen, auch im Verwaltungsrecht geltenden Rechtsgedankens ist somit weder in der Form zu vertreten, daß die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über Leistungsstörungen in ihrer Gesamtheit auch dem öffentlichen Recht angehören, noch in der von Eckert vorgenommenen weitgehenden Modifizierung durch den Rechtsbegriff eines „öffentlichen Interesses“.

5. Kapitel: Die Lehre von den allgemeinen und besonderen Rechtsgrundsätzen

§ 33 Allgemeine Rechtsgrundsätze als Rechtsgrundlage verwaltungsrechtlicher Entscheidungen

In der heutigen sich mit den Fragen einer Anwendung von Privatrechtsnormen im öffentlichen Recht befassenden wissenschaftlichen Diskussion¹ wird — neben dem häufig sich findenden Hinweis auf die Existenz allgemeiner Rechtsgedanken — vielfach die Ansicht vertreten, einzelne Bestimmungen des bürgerlichen Rechts seien als sog. allgemeine Rechtsgrundsätze zu qualifizieren und als solche unmittelbarer Bestandteil des öffentlichen Rechts². Die Regelung der Leistungsstörungen im Verwaltungsrecht habe daher in gleicher Weise wie die Anfechtung verwaltungsrechtlicher Willenserklärungen oder etwa die Aufstellung der Wirksamkeitsvoraussetzungen rechtsgeschäftlichen Handelns

¹ Vgl. Forsthoff S. 225 f.; Ruck S. 342 f.; Kriebel: DÖV 1962, S. 767 f.; Schack: Festschrift für Rudolf Laun 1948, S. 276 ff.; Rössler: VerwPraxis 1956, S. 277 f.; Gieseke: Festschrift für Gustav Boehmer 1954, S. 131. Vgl. auch Beinhart: VerwArch 55 (1964), S. 114.

² In diesem Sinne bereits Zinser: VerwArch 39 (1934), S. 55: „Bei der großen Unvollständigkeit des Verwaltungsprozesses ist der Verwaltungsrichter häufig darauf angewiesen, auf allgemeine, im Gesetz nicht zum Ausdruck gebrachte rechtswissenschaftliche Grundsätze zurückzugreifen.“

(z. B. Geschäftsfähigkeit)³ nach den Regeln des BGB als allgemeinen, gleichzeitig auch einen Bestandteil des öffentlichen Rechts bildenden Rechtsgrundsätzen zu erfolgen⁴. Dieser Ansicht hat in letzter Zeit das OVG Rheinland-Pfalz in einem Urteil vom 19. 2. 1964⁵ Ausdruck gegeben, in dem zur Klage aus einem Beamtenverhältnis wegen Verletzung der Fürsorgepflicht ausgeführt wird:

„Jedoch kann der Kl. sein Begehren auf einen öffentlich-rechtlichen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung stützen, der auch in die Zuständigkeit der Zivilgerichte fällt. Ein Erfüllungsanspruch wandelt sich nämlich in einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung um, wenn die Erfüllung rechtswidrig und schuldhaft vereitelt worden ist. Wie das BVerwG⁶ zutreffend hervorgehoben hat, entspricht dies einem *allgemeinen Rechtsgrundsatz*⁷, der die gesamte Rechtsordnung durchwirkt. Er gilt daher gleichermaßen für das bürgerliche Recht, wo er seinen Ausdruck in den §§ 280, 325 BGB gefunden hat, als auch im öffentlichen Recht.“

Im gleichen Sinne führt der BGH in einem Urteil vom 12. 4. 1951⁸, das über einen Schadensersatzanspruch wegen eines Verlustes beschlagnahmter Stoffe erging, im hier interessierenden Zusammenhang aus:

„Es steht fest, daß nach der Entwicklung der Rechtsprechung und Rechtslehre bei einem Anspruch aus öffentlich-rechtlicher Verwahrung längst nicht mehr bürgerlich-rechtliche Vorstellungen maßgebend sind, daß vielmehr ein nach öffentlichem Recht zu beurteilendes Rechtsverhältnis entsteht, ... auf welches den Grundsätzen des bürgerlich-rechtlichen Verwahrungsvertrages entsprechende öffentlich-rechtliche Rechtsgrundsätze anzuwenden sind.“

§ 34 Darstellung der Lehre Hans J. Wolffs

Bevor zu dieser Theorie und damit zu der Frage, ob das Problem der Leistungsstörungen im Verwaltungsrecht hier seine Lösung findet, Stellung genommen wird, soll zunächst die Problematik der Rechtsgrundsätze ausführlich dargestellt werden.

³ Hierzu vgl. Zinser: VerwArch 39 (1934), S. 229; BVerwG v. 20. 3. 1963: DÖV 1965, S. 59.

⁴ Der so verstandene Begriff des Rechtsgrundsatzes hat nichts gemein mit einer vielfach ebenso bezeichneten übereinstimmenden rechtlichen Verfahrensweise in verschiedenen Rechtsordnungen. Dazu vgl. Däubler: NJW 1965, S. 1646 ff.

⁵ DÖV 1965, S. 55. Ebenso das BVerwG (13, S. 22): „Das Fehlen einer ausdrücklichen Rechtsgrundlage für den Schadensersatzanspruch wegen Fürsorgepflichtverletzung im Beamtenrecht schließt indessen die unmittelbare Haftung des Dienstherrn nicht aus. Diese Haftung ergibt sich ... aus den ... allgemeinen Rechtsgrundsätzen.“

⁶ Die Bezugnahme ist jedoch in dieser Allgemeinheit nicht zutreffend, wie noch zu zeigen sein wird. Vgl. u. S. 166.

⁷ Hervorhebung vom Verf.

⁸ NJW 1951, S. 800.

Die entscheidende Klärung erfuhr die Lehre von den Rechtsgrundsätzen in ihrer Ausgestaltung als Rechtsquellenlehre durch Wolff, der in seiner Untersuchung über „Rechtsgrundsätze und verfassungsgestaltende Grundentscheidungen als Rechtsquellen“⁹ Inhalt, Rechtsnatur und Geltungskraft der Rechtsgrundsätze darlegt und sie in das System der Rechtsquellen einordnet¹⁰. Hierbei geht er von der Fragestellung aus, ob die Beschränkung der herrschenden Lehre von den Rechtsquellen¹¹ auf Verfassung, Gesetz, Verordnung, öffentliche Satzung und öffentliche Vereinbarung als geschriebenes Recht und das Gewohnheitsrecht einschließlich der Observanz¹² als ungeschriebenes Recht gerechtfertigt ist, oder ob nicht darüber hinaus gewisse Fundamentalnomen ethisch-rechtlichen und politisch-rechtlichen Inhalts den Quellen des geltenden positiven Rechts ebenfalls zuzurechnen sind.

Der Beantwortung dieser Frage stellt Wolff zwei sich gegenseitig ausschließende Betrachtungsweisen voran¹³: die positivistische Rechtsdenken entlehnte, in ihrer formalen Anschauung jedoch unzulängliche Definition des Rechts als eines Inbegriffs der durch eine bestimmte soziale Autorität in einem gesetzlich festgelegten Verfahren gesetzten Vorschriften für äußeres Verhalten, sowie eine mehr materielle, am Begriff der Gerechtigkeit orientierte Betrachtungsweise: Eine jede Rechtsordnung müsse die Gerechtigkeit intendieren und bestimmte fundamentale Gerechtigkeitsgrundsätze realisieren, nur so unterscheide sie sich von Terrorsystem und Gewaltherrschaft, nur hierdurch sei das Recht nicht nur eine Zwangsordnung, sondern zugleich auch eine Rechtsordnung¹⁴. Angesichts der Funktion des Rechts, durch Bewirkung eines Ausgleichs zwischen den einzelnen kollidierenden Interessen verschiedener Rechtsträger Ordnung und Frieden in den sozialen Beziehungen der Menschen untereinander herzustellen, muß die Rechtsordnung nicht nur vom Geltungsgrund her, sondern auch inhaltlich irgendwie als „Recht“ qualifiziert sein, so daß nur die letztere Betrachtungsweise den Erfordernissen unseres sozialen Lebens gerecht wird.

⁹ Gedächtnisschrift für Walter Jellinek 1959, S. 33 ff. (im folgenden: „Rechtsgrundsätze“); vgl. auch § 25 I.

¹⁰ Zustimmung: Becker: VVDStRL 14, S. 103 ff.; Lepsius S. 79 ff.; Dreier: „Zum Begriff der Natur der Sache“ (1965), S. 116 Fußn. 590.

¹¹ Vgl. die Darstellungen zum Allgemeinen Teil des BGB, so z. B. Ennecerus-Nipperdey §§ 35–45 mwN.; Lehmann §§ 1–9. Vgl. auch Forsthoff § 7.

¹² Zu dieser vgl. Wolff § 25 III c).

¹³ „Rechtsgrundsätze“ S. 35.

¹⁴ Vgl. auch Lukes: JuS 1961, S. 310, der den Rechtsnormcharakter Allgemeiner Geschäftsbedingungen vornehmlich an ihrer mangelnden Orientierung am Gerechtigkeitsmoment und weniger an der fehlenden Rechtsetzungsbefugnis der sie erlassenden Stellen darlegt.

Weder das geschriebene Recht allein, noch die Hinzunahme des Gewohnheitsrechts ermöglicht jedoch eine zuverlässige, vollständige und eindeutige Antwort auf alle Rechtsfragen, da die durch die Funktion der Rechtsordnung gebotene generalisierende Betrachtungsweise, die notwendige Typisierung gewisser Sachverhaltsgestaltungen stets dazu führt, daß bestimmte Sachverhalte sich einer Subsumtion unter gesetzliche Tatbestände bei deren wortgetreuer Auslegung entziehen. Es muß daher zur Ausfüllung der Lücken im Rechtssystem eine Interpretation des geschriebenen und des gewohnheitlichen Rechts statthaben, die den Forderungen der Gerechtigkeit standhält¹⁵. Hierbei sieht Wolff¹⁶ einen — oft unbewußten — Rückgriff auf jene als „selbstverständlich“ empfundenen Fundamentalnomen in der Praxis als gegeben an. Das führt dazu, daß hierin eine Anerkennung solcher Fundamentalnomen als Quellen positiven Rechts gesehen werden kann. Diese in der praktischen Rechtsanwendung unmittelbar und zweifelsfrei erkennbar hervortretenden Rechtsquellen aber müßten notwendigerweise zurückweisen auf die Prinzipien des Rechts überhaupt, d. h. Lücken im Recht könnten nur durch Rechtsquellen ergänzt werden, die sich mittelbar aus den Prinzipien der positiven Rechtsordnung ergeben. Als sowohl wesensmäßig als auch ihrer systematischen Grundlage nach verschiedene Erscheinungsformen der auf diese Weise zu Rechtsquellen werdenden Fundamentalnomen entwickelt Wolff¹⁷ die Rechtsgrundsätze und die — in diesem Zusammenhang nicht näher zu erörternden — verfassungsgestaltenden Grundentscheidungen. Wolff¹⁸ umschreibt die Rechtsgrundsätze wie folgt:

„Rechtsgrundsätze als oberste, ranghöchste Rechtsquellen, mit denen auch die anderen Rechtsquellen sich nicht in Widerspruch setzen dürfen, ohne ihren Rechtscharakter in Frage zu stellen, ergeben sich 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 sind.“

Eine derartige Umschreibung setzt jedoch eine objektive und allgemeingültige Faßbarkeit des Prinzips der Gerechtigkeit voraus, das ohne irgendwelche Voraussetzungen etwa theologischer oder allgemein-weltanschaulicher Art Bestandteil menschlichen Vernunftdenkens schlechthin ist. Eine solche Erfassung des Gerechtigkeitsprinzips ist nur möglich im Wege einer Reduktion der menschlichen Urteile über mannigfaltige Tatbestände als gerecht oder ungerecht auf das diesen Beurteilungen untergründig verhaftete Prinzip, das dann als ein Bestandteil der menschlichen Vernunft neben den Prinzipien des logischen und

¹⁵ Wolff: Studium generale 1952, S. 195 ff.

¹⁶ „Rechtsgrundsätze“ S. 36.

¹⁷ „Rechtsgrundsätze“ S. 37 ff., 47 ff.

¹⁸ „Rechtsgrundsätze“ S. 37. Vgl. auch § 25 I a).

kausalen Denkens nachzuweisen ist. Als ein solches Prinzip stellt sich das von Wolff¹⁹ ausführlich dargelegte ethische Rechtsgesetz, also das Sittengesetz als Rechtsprinzip, dar, wonach auf die Verfolgung eigener Interessen insoweit zu verzichten ist, als dadurch die Befriedigung objektiv wertvollerer Interessen anderer Menschen vereitelt würde²⁰.

Da jedoch die Gefahr rein subjektiver Beurteilung durch den im Einzelfall zur Rechtsanwendung Berufenen nicht zu leugnen ist, andererseits aber das Recht in seiner objektiv zu verstehenden Ordnungsfunktion nicht den subjektiven Erwägungen einzelner überantwortet werden kann²¹, nimmt Wolff²² eine Einschränkung der Rechtsquellen im oben verstandenen Sinne vor: Als Rechtsgrundsätze sind nur die Rechtsquellen zu qualifizieren, die mit objektiver Erkenntnisgewißheit, also für jeden Rechtsgenossen unzweifelhaft und unbezweifelbar aus dem Rechtsprinzip ableitbar sind. Hierin gründet letztlich auch ihre soziale Geltung und ihr Charakter als positives²³ Recht.

Gegen die Lehre Wolffs von den Rechtsgrundsätzen wendet sich Esser²⁴, indem er ausführt, der limitierende Charakter des Rechtsprinzips ist. Wolffs ermögliche nur die Ableitung elementarster Rechtsgrundsätze. Dabei übersieht Esser jedoch, daß dieser limitierende Charakter des Rechtsprinzips nur besagt, daß die Verfolgung bestimmter Interessen einzuschränken ist. Der Bereich der positiven Verhaltensnormen wird damit jedoch noch nicht berührt. Die Ableitung anderer als „elementarster Rechtsgrundsätze“, d. h. also konkret-spezifischer Rechtsregeln im Wege der Anwendung des Rechtsprinzips auf konkrete Interessenkollisionen ist durch die limitierende Wirkung des Rechtsgesetzes (= Rechtsprinzips) nicht ausgeschlossen²⁵.

¹⁹ Festschrift für Wilhelm Sauer 1949, S. 112 ff.

²⁰ Nelson: „System der philosophischen Rechtslehre und Politik“ (1924), S. 90 ff., bezeichnet diese Regel als die einzige vom bloßen Dafürhalten und von der zufälligen Machtlage unabhängige objektive normative Bedingung menschlichen Gemeinschaftslebens.

²¹ Westermann: „Wesen und Grenzen der richterlichen Streitentscheidung im Zivilrecht“ (1955), S. 11 ff., 25 ff.

²² „Rechtsgrundsätze“ S. 38.

²³ Die Rechtsgrundsätze sind daher Bestandteil des positiven, nicht eines „überpositiven“ Rechts. Insoweit besteht ein entscheidender Gegensatz zu den übereinstimmenden Aussagen der Naturrechtslehren, die die hier genannten Fundamentalnormen dem Naturrecht und damit einem überpositiven Recht zurechnen. Dazu vgl. die Nachweise bei Gowa S. 18 ff.

²⁴ S. 86.

²⁵ Ebenso Dreier S. 116 Fußn. 590; Lepsien S. 79; vgl. auch Wolff: Festschrift für Wilhelm Sauer 1949, S. 114: „Es (scil.: das Rechtsgesetz) gibt zwar die notwendige Bedingung der Rechtmäßigkeit an, läßt aber in dem dadurch gezogenen Rahmen einen Spielraum freier Gestaltung. Es gebietet nicht Interessenverfolgungen, sondern schränkt diese nur ein, und es verlangt manchmal, daß überhaupt eine Regelung getroffen wird, ohne doch vorzuschreiben, wie sie zu treffen ist — wenn nur nicht vergleichsweise minderwertige Interessen vorzuziehen werden.“

Wolff unterscheidet zwischen zwei Arten von Rechtsgrundsätzen, den *allgemeinen* und den *besonderen*.

a) Als *allgemeine Rechtsgrundsätze* bezeichnet er Ableitungen aus dem Rechtsprinzip, die bezogen sind auf solche allgemeinen und typischen Situationen und Interessenlagen, die keine weiteren sozialen Gegebenheiten voraussetzen als die Existenz einer Vielzahl von Menschen als Rechtsgenossen und den Bestand irgendeiner Rechtsordnung²⁶. Die hier in Betracht gezogenen Interessen sind weder in zeitlicher noch in volklicher Hinsicht in irgendeiner Weise gebunden. Die allgemeinen Rechtsgrundsätze, die von den stets in einer Vielzahl vorhandenen sozialen Legitimierungsideologien deutlich durch ihre Allgemeingültigkeit unterschieden sind, welche sie für alle Angehörigen des Staates beanspruchen, entstehen zugleich mit einer jeden zwischenmenschlichen Rechtsordnung, sofern sie nur die Gerechtigkeit intendiert und daher ihren Namen verdient, und sind daher in der Geschichte des Rechtsdenkens bereits seit frühester Zeit vorhanden²⁷.

In diesem Sinne zu verstehende Fundamentalnormen sind etwa: die Achtung der Würde des Menschen als eines geistig-personalen Wesens, das Ausgleichs-²⁸ und das Subsidiaritätsprinzip²⁹, der Grundsatz der Gleichbehandlung³⁰, der Beachtung der guten Sitten³¹ sowie von Treu und Glauben³², der Grundsatz der Rechtssicherheit und Gerechtigkeit im Einzelfall³³, des Willkürverbots³⁴ sowie der Wahrung des Gemeinwohls durch die Inhaber von Herrschaftsbefugnissen³⁵.

Aus diesen Beispielen allgemeiner Rechtsgrundsätze wird bereits offenbar, daß ihre Zahl notwendig gering ist, ihre Allgemeingültigkeit andererseits jedoch nicht in Zweifel gezogen werden kann^{36, 37}.

²⁶ Zustimmung Menger S. 70.

²⁷ Vgl. Erik Wolf: Deutsche Landesreferate 1962, S. 143 ff.

²⁸ Vgl. Lerche S. 165 f.

²⁹ Wolff § 138 II b.

³⁰ Wolff § 138 IV.

³¹ Menger aaO.

³² Hierzu vgl. u. § 44 a).

³³ Vgl. BVerfGE 7, S. 196.

³⁴ Becker: VVDStRL 14, S. 104.

³⁵ Becker aaO. BVwvGE v. 17. 9. 1964: DVBl. 1966, S. 146 sieht als allgemeinen Rechtsgrundsatz des Verwaltungsrechts die Befugnis der Organe der vollziehenden Gewalt an, zur hoheitlichen Erfüllung ihrer Verwaltungsaufgaben Verwaltungsakte zu erlassen.

³⁶ Der Sache nach werden im dargestellten Sinne ausgestaltete Rechtsquellen auch von anderen Autoren anerkannt. So spricht v. d. Heydte (Friedens-Warte 33, S. 229 ff.) von „einem ethischen Mindestgehalt“, Graf zu Dohna (VerwArch 30 (1925), S. 242) von „einem ethnischen Minimum“ einer jeden

b) Im Gegensatz zu den allgemeinen haben die *besonderen* Rechtsgrundsätze einen weiteren Anwendungs- und Geltungsbereich. Sie sind nach Wolff³⁸ Ableitungen aus dem Rechtsprinzip im Hinblick auf andere in gewissem Maße allgemeine, typische Situationen und Interessenlagen. In Einengung der allgemeinen Rechtsgrundsätze haben sie nicht allein die Existenz einer Vielheit von Menschen zur Voraussetzung, sondern sind bedingt durch bestimmte raum-zeitlich besondere soziale Lebensverhältnisse und -ordnungen sowie die Grundzüge einer positiven Rechtsordnung. Dies hat zur Folge, daß die zu berücksichtigenden Interessen zahlreicher werden und die auf diese Weise gewonnenen Rechtsgrundsätze mit den zugrunde liegenden Ordnungen und besonderen Interessenlagen ständigen Wandlungen unterworfen sein können. Besondere Rechtsgrundsätze finden sich für einen bestimmten Kulturkreis, eine nationale Rechtsordnung oder einen Teil derselben (z. B. bürgerliches Recht, Prozeßrecht)³⁹. So sind z. B. besondere Rechtsgrundsätze des Völkerrechts die Gleichheit und Gleichberechtigung der Staaten⁴⁰, des Privatrechts die weitgehende Einschränkung der Selbsthilfe, des Verwaltungsverfahrens das Handlungsverbot bei Befangenheit⁴¹, des

Rechtsordnung und Heller („Staatslehre“ (1934), S. 224 f.) von den Rechtsgrundsätzen als der „rechtfertigenden Grundlage“. Vgl. auch Forsthoff S. 67: „lapidare Rechtsgrundsätze“.

³⁷ Große Bedeutung kommt den allgemeinen Rechtsgrundsätzen im Bereich des Völkerrechts zu, wo sie als Entscheidungsnormen zu qualifizieren sind, die nicht in Staatsverträgen oder zwischen-staatlichem Gewohnheitsrecht enthalten sind, und dabei doch den internationalen Verkehr binden. Vgl. Erik Wolf: Deutsche Landesreferate 1962, S. 137. Aus der früheren Literatur vgl. die grundlegenden Ausführungen von Verdross: Festschrift für Hans Kelsen 1931, S. 354 f. mwN. Vgl. auch Laun: Festschrift für Gustav Radbruch 1948, S. 136 f.: „Die allgemeinen Rechtsgrundsätze sind gedankliche Abstraktionen aus den konkreten Erlebnissen des Sollens seitens der Gehorchenden, also Aussagen über die Entstehungsquelle des Rechts; dagegen die Handlungen von Staatsorganen, mit denen allgemeine Rechtsgrundsätze ausdrücklich oder stillschweigend anerkannt werden, sind bloß Erkenntnisquellen.“ Die Anerkennung allgemeiner Rechtsgrundsätze setzt der Internationale Gerichtshof (IG) voraus. Vgl. Wengler S. 362 ff. So finden sich in einer Entscheidung zum britisch-albanischen Streitfall betr. die Durchfahrt durch die Meerenge von Korfu die Ausführungen: „Die Pflicht der Uferstaaten, die durchfahrenden Schiffe auf die ihnen bei der Durchfahrt durch das Küstenmeer drohenden Gefahren aufmerksam zu machen, ist unmittelbar aus den Grundsätzen der Menschlichkeit ableitbar.“ Der IG spricht dabei von einer „absoluten Geltung“. (Decueil 1949, p. 22.) Vgl. auch Art. 38 des Statuts des IG, wonach „les Principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées“ als subsidiäre Rechtsquelle heranzuziehen sind. Nach einhelliger Ansicht wurde hiermit ein bereits bestehender Rechtszustand anerkannt. Wengler S. 362 ff.; Verdross S. 22 f.; 147 ff. mwN. aus Rechtsprechung und Wissenschaft.

³⁸ „Rechtsgrundsätze“ S. 40.

³⁹ Wolff § 25 I a) 2.

⁴⁰ Wengler S. 869; Menzel S. 210 f.

⁴¹ Wolff § 156 III e), dort auch einige Beispiele spezialgesetzlicher Konkretisierungen.

Prozeßrechts das Verbot der Entscheidung in eigener Sache sowie etwa der Grundsatz des rechtlichen Gehörs⁴². Derartige Fundamentalnormen des Verwaltungsrechts sind z. B. das Verbot der Unverhältnismäßigkeit⁴³ und damit des Übermaßes⁴⁴ und das Recht und die Pflicht der Träger hoheitlicher Verwaltung zur Gefahrenabwehr mit entsprechender Befehls- und Zwangsgewalt^{45, 46}.

§ 35 Abgrenzung der besonderen Rechtsgrundsätze zu den allgemeinen Rechtsgedanken

Die besonderen Rechtsgrundsätze sind nicht notwendig identisch mit den allgemeinen Rechtsgedanken, obgleich in vielen Fällen eine gewisse Verwandtschaft bestehen kann⁴⁷.

Zwar führt die Abstraktion des Grundgedankens einer aus mehreren oder einem einzelnen Rechtssatz bestehenden Regelung zur Anerkennung eines Grundsatzes, der seiner Struktur nach bestimmte Parallelen zu den Rechtsgrundsätzen aufweisen kann⁴⁸. Der entscheidende Unterschied besteht jedoch in der Herleitung dieses Grundsatzes: Während ein besonderer Rechtsgrundsatz aus dem Gerechtigkeitsprinzip abgeleitet ist, kann dieser im Wege der Abstraktion gewonnene Grundsatz Ausfluß einer verfassungsgestaltenden Grundentscheidung⁴⁹ sein oder aber auf einer Entscheidung des Gesetzgebers beruhen, der eine von mehreren mit einem Rechtsgrundsatz zu vereinbarenden Gestaltungsmöglichkeiten gewählt hat⁵⁰.

Hinzukommt noch folgende Erwägung: Die Theorie vom allgemeinen Rechtsgedanken ist ihrer Intention nach stets darauf gerichtet, unter Aufzeigung bestimmter Gemeinsamkeitselemente zwischen einer gesetzlichen Regelung und einem eine Regelung entbehrenden Sachverhalt eines hiervon verschiedenen Rechtsgebietes einer Lückenausfüllung im Rechtssystem zu dienen, und sie ermöglicht dies durch eine weit-

⁴² Menger: DVBL 1950, S. 674 (678).

⁴³ BVerwGE 10, S. 89 (103 f.).

⁴⁴ BVerwGE 15, S. 223 (226).

⁴⁵ Dürig: AöR 79 (1953/54), S. 578 ff.

⁴⁶ Vgl. auch die weiteren Nachweise bei Wolff § 25 I a) 2) und Becker: VVD-StRL 14, S. 104.

⁴⁷ Auch Menger (S. 71) bezeichnet die allgemeinen Rechtsgedanken als den allgemeinen Rechtsgrundsätzen „in einem weiteren Sinne“ zugehörig.

⁴⁸ Vgl. o. S. 106 ff. Ebenso Wolff: „Rechtsgrundsätze“ S. 42.

⁴⁹ Dazu vgl. Wolff: „Rechtsgrundsätze“ S. 47 ff.; § 25 II.

⁵⁰ Darin kann jedoch auch ein besonderer Rechtsgrundsatz enthalten sein, dies jedoch nicht als Folge einer begrifflichen, sondern nur einer zufälligen Identität.

gehende Heranziehung des geschriebenen Rechts. Im Gegensatz hierzu stehen die Rechtsgrundsätze: Sie dienen nicht unmittelbarer Lückenausfüllung, sondern sind, diese erst vorbereitend, Erkenntnisgrund für positives Recht, Leitlinien für die Heranbildung konkreter Rechtssätze, ohne jedoch selbst Rechtssatzqualität zu besitzen.

Ein weiterer Unterschied zwischen den allgemeinen Rechtsgedanken und den besonderen Rechtsgrundsätzen iS. der Lehre Wolffs ist darin zu sehen, daß Bezugspunkt der besonderen Rechtsgrundsätze stets eine grundlegende und typische Situation und Interessenlage ist im Gegensatz zu den allgemeinen Rechtsgedanken, die sich in Einzelfällen auch als Abstraktion einer rechtlichen Sonderregelung darstellen können.

Eine grundlegende Verschiedenheit der im Bereich unserer Rechtsordnung bekannten Rechtsquellen und sonstigen Regelungsprinzipien, wie z. B. den allgemeinen Rechtsgedanken, ist damit anzuerkennen. Um nun die Frage beantworten zu können, welche Folgerungen aus der Existenz dieser Fundamentalnormen in der Form allgemeiner und besonderer Rechtsgrundsätze für die praktische Rechtsanwendung zu ziehen sind, insbesondere ob sie eine Regelung der Leistungsstörungen in den Schuldverhältnissen des Verwaltungsrechts ermöglichen, muß zunächst klargestellt werden, ob die in Rechtsprechung und Wissenschaft unter der Bezeichnung „allgemeine Rechtsgrundsätze“ der Rechtsanwendung zugrunde gelegten Regeln des Privatrechts als Rechtsgrundsätze im hier dargelegten Sinne qualifiziert werden können.

§ 36 Rechtsgrundsätze und anerkannte Rechtssätze

Allgemeine und besondere Rechtsgrundsätze sind ungeschriebene Rechtsquellen, die gleichwohl in Einzelfällen in der Verfassung (z. B. Art. 3 I, 4 I, 14 GG) oder in den Gesetzen des Zivil- (z. B. §§ 138, 157, 242, 826 BGB) oder Verwaltungsrechts (z. B. §§ 14 prPVG, 74, 75 Einl-ALR) Ausdruck gefunden haben können, die in ihrer Geltung von der einzelgesetzlichen Normierung jedoch unabhängig sind⁵¹. Sie gehören dem positiven Recht an, sind jedoch in Folge ihrer inhaltlichen Unbestimmtheit selbst noch keine Rechtssätze, da ihnen die für den Rechtssatz notwendige Entschiedenheit und Sinnbestimmtheit fehlt. Zur unmittelbaren Anwendung auf konkrete Sachverhalte bedürfen sie einer Präzisierung, einer „individualisierenden Normierung“⁵², in der die in den Rechtsgrundsätzen enthaltenen Interessenbewertungen für typische konkrete Interessenlagen zum Ausdruck gebracht werden. Die unmittel-

⁵¹ Wolff: „Rechtsgrundsätze“ S. 42/43.

⁵² Wolff § 25 I b).

bare Anwendung eines Rechtsgrundsatzes, eines allgemeinen wie eines besonderen, zur Entscheidung einer streitigen Interessenlage ist daher nicht möglich⁵³. Vielmehr bedarf es hierzu einer vorherigen Ableitung von Rechtssätzen aus den Rechtsgrundsätzen, d. h. „deren rechtssatzmäßiger Konkretisierung in bezug auf einen bestimmten typischen Sachverhalt mit der Feststellung, daß diese tatsächlich positiv geltendes Recht ist“⁵⁴. Dies führt letztlich zu der von Wolff⁵⁵ aufgestellten Gleichung:

Rechtsgrundsatz + besonderer typischer Sachverhalt = Rechtssatz

Stellt man nunmehr diesen so beschriebenen Rechtsquellen die vielerorts⁵⁶ als „allgemeine Rechtsgrundsätze“ bezeichneten Rechtsregeln gegenüber, so ergibt sich eine Verschiedenheit zwischen beiden vor allem hinsichtlich ihrer jeweiligen konkreten Anwendbarkeit. Denn letztere stellen im Gegensatz zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen iS. Wolffs Rechtssätze dar, die in Aufstellung von Tatbestandsvoraussetzung und Rechtsfolgeanordnung eine unmittelbare Regelung einzelner Sachverhaltsgestaltungen ermöglichen. „Allgemeine Rechtsgrundsätze“ in diesem Sinne sind letztlich nur das Ergebnis einer ständigen höchstrichterlichen Rechtsprechung auf verwaltungsrechtlichem Gebiet⁵⁷ und sind damit im Ergebnis den allgemeinen Rechtsgedanken verwandt. Eine Gemeinsamkeit mit den hier dargelegten Rechtsquellen besteht daher nur in terminologischer, nicht jedoch in dogmatischer Hinsicht, so daß es geraten erscheint, zum Zwecke einer begrifflichen Klarstellung in Abweichung vom bisherigen Sprachgebrauch insoweit von „anerkannten Rechtssätzen“ zu sprechen.

Die Prüfung indes, ob die privatrechtliche Regelung der Leistungsstörungen über eine ständige Rechtsprechung der Obergerichte zu derartigen anerkannten Rechtssätzen geworden sind und damit auch eine Regelung der Leistungsstörungen in den Schuldverhältnissen des Ver-

⁵³ Insoweit besteht eine gewisse Nähe zu den Generalklauseln, die als Grundlage positiver Einzelfallentscheidungen ebensowenig herangezogen werden können, sondern nur Leitideen einer Rechtsanwendung sind.

⁵⁴ Wolff aaO. Vgl. die dortigen Beispiele konkreter Ableitungen aus den Rechtsgrundsätzen.

⁵⁵ „Rechtsgrundsätze“ S. 44.

⁵⁶ Vgl. die Nachweise o. S. 118 Fußn. 1, 119 Fußn. 5 und 8.

⁵⁷ So auch Wolff: „Rechtsgrundsätze“ S. 42. Ein anschauliches Beispiel hierfür gibt auch die Entscheidung des VGH Kassel v. 31. 10. 1964: DVBl. 1965, S. 41. Der VGH bezeichnet es als einen „Rechtsgrundsatz“, daß in einem Verfahren, in dem über die Partei- und Prozeßfähigkeit eines Beteiligten gestritten wird, der Beteiligte stets als partei- oder prozeßfähig zu erachten sei. Gemeint ist auch hier nur ein in der Rechtsprechung allgemein anerkannter Grundsatz. Vgl. auch BVerwG 18, S. 172, wo es als „allgemeiner Rechtsgrundsatz“ bezeichnet wird, daß die Behörde die materielle Beweislast für die Fehlerhaftigkeit des von ihr zurückgenommenen begünstigenden Verwaltungsakts trägt.

waltungsrechts beinhalten, führt unmittelbar zur Ablehnung dieser Lehre von den „anerkannten Rechtssätzen“ im vorbezeichneten Rahmen. Dabei kann die Frage, ob dieser Theorie überhaupt zuzustimmen ist, in diesem Zusammenhang dahinstehen. Von einer „ständigen Rechtsprechung“⁵⁸ dieses Inhalts kann jedenfalls angesichts der aufgezeigten unterschiedlichen Wege bei Ausfüllung der durch die fehlende verwaltungsrechtliche Normierung entstandenen Lücken, sei es nun im Rückgriff auf Analogie oder Gewohnheitsrecht, sei es in der Heranziehung allgemeiner Rechtsgedanken oder etwa der Anerkennung eines Allgemeinen Teils des Rechts nicht gesprochen werden. Vielmehr wird aus diesen mannigfachen Versuchen offenbar, daß eine Einheitlichkeit in der Behandlung verwaltungsrechtlicher Fragen, denen eine gewisse Ähnlichkeit mit privatrechtlichen Problemstellungen eigen ist, nicht besteht. Schon hieraus erhellt jedoch, daß auf dem Wege einer Heranziehung der als „allgemeine Rechtsgrundsätze“ bezeichneten anerkannten Rechtssätze, und nur in diesem Sinne ist die obergerichtliche Terminologie zu verstehen, eine Lösung des Problems der Leistungsstörungen in verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnissen nicht erzielt werden kann.

⁵⁸ Wolff aaO.

Vierter Abschnitt

Entwicklung eines Systems der Leistungsstörungen in verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnissen

Die bisherigen Erörterungen haben gezeigt, daß die heute vertretenen Ansichten zur Ausfüllung aller Lücken im Verwaltungsrecht nicht geeignet sind, lediglich in Einzelfällen kann vermittels einer Analogie privatrechtlicher Bestimmungen oder im Wege ihrer Qualifizierung als allgemeine Rechtsgedanken dringenden Erfordernissen der Verwaltungspraxis genügt werden. Diesem offenkundigen Mangel steht jedoch die Tatsache gegenüber, daß unser heutiges Verwaltungsrecht schuldrechtliche Beziehungen zwischen mehreren Verwaltungsrechtssubjekten kennt, und daß damit auch die Entwicklung eines eigenen Systems der Leistungsstörungen notwendig ist. Eine derartige Entwicklung ist unmittelbar aus dem System des öffentlichen Rechts heraus einzuleiten. Einer irgendwie gearteten Übernahme anderweitig kodifizierter Rechtssätze ist demnach keine Möglichkeit eröffnet. Damit aber ergibt sich bereits der in der Untersuchung einzuschlagende Weg, der bei den Rechtsquellen des Verwaltungsrechts anzusetzen hat.

§ 37 Haftung als Folge einer schuldhaften Forderungsverletzung im privaten und im öffentlichen Recht

a) Vor einer Beantwortung der Frage, welche Folgerungen sich aus dem Eintritt von Unmöglichkeit, Verzug oder positiver Forderungsverletzung in verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnissen ergeben, muß eine gedankliche Unterscheidung vorgenommen werden: Ebenso wie im bürgerlichen Recht ist auch im Verwaltungsrecht der *Haftungsgrund* von der sich an diesen anschließenden *Haftungsfolge* bei zurechenbarer Verletzung von Leistungs- oder sonstigen Schutz- oder Verhaltenspflichten zu trennen. Der Frage nach der Art der Sekundärverpflichtung ist notwendig die Frage nach ihrer Entstehung vorgelagert. Dies mag unter Hinweis auf das bürgerliche Recht verdeutlicht werden: Das BGB ordnet bei rechtswidrig-schuldhafter Schadenszufügung eine Einstandspflicht des hierfür Verantwortlichen an und verpflichtet ihn zum Ersatz des von ihm verursachten Schadens (§§ 823 ff.). Damit ist jedoch noch keine Aussage darüber gemacht, in welcher Form diese Schadenskom-

pensation zu erfolgen hat, ob etwa durch die Entrichtung eines Geldbetrages, die Leistung bestimmter Gegenstände im Wege einer Naturalrestitution oder etwa die Erbringung sonstiger Leistungen mit Genugtuungsfunktion. Zur Entscheidung dieser Frage bedurfte es vielmehr einer weiteren Festlegung, die teilweise durch den Gesetzgeber¹, teilweise aber auch erst durch Rechtsprechung² und Wissenschaft getroffen worden ist. Diese gedankliche Unterscheidung zwischen einer Haftung dem Grunde nach und der Anordnung konkreter, sich hieraus ergebender Leistungspflichten wird noch deutlicher angesichts der gesetzlichen Ausgestaltung der Verzugs- und Unmöglichkeitshaftung. Auch hier ist eine gesetzliche Bewertung dahingehend erkennbar, daß zu Lasten des für den Eintritt der Leistungsstörung verantwortlichen Schuldners oder Gläubigers eine Haftung dem Grunde nach bereits durch die Tatsache der Unmöglichkeit oder des Verzuges gegeben ist, daß die verschiedenartigen Haftungsfolgen für Verzug und Unmöglichkeit bei ein- bzw. zweiseitig verpflichtenden Schuldverhältnissen oder bei gegenseitigen Verträgen, die auf einer jeweils eigenen Bewertung der widerstreitenden Interessen durch den Gesetzgeber beruhen, hiervon jedoch getrennt zu sehen sind.

In Erkenntnis dieser gedanklichen Unterscheidung zwischen einer Haftung dem Grunde nach, für welche die meist auf den deliktischen Bereich zugeschnittene Formulierung der Einstandspflicht ebenfalls zutreffend ist, und den sich hieraus ergebenden Rechtsfolgen, d. h. der konkreten Ausgestaltung der Sekundärverpflichtungen, ist ein in der verwaltungsrechtlichen Praxis realisierbares³ System der Leistungsstörungen in den Schuldverhältnissen des Verwaltungsrechts zu entwickeln.

b) Es wurde bereits angedeutet, daß dieses Haftungssystem aus den Grundlagen des öffentlichen Rechts selbst und nicht im Rückgriff auf Kodifikationen und Einzelnormierungen anderer Rechtsbereiche, etwa in der Form einer Analogie, herzuleiten ist. Die Untersuchung der möglichen Rechtsquellen führt, da sowohl das geschriebene, als auch gewohnheitliche öffentliche Recht Ansatzpunkte zur Entwicklung einer Regelung der Leistungsstörungen nicht enthalten, unmittelbar zu den ungeschriebenen Rechtsquellen in der Form der Rechtsgrundsätze iS. der Terminologie Wolffs.

¹ So in den §§ 249 ff. BGB.

² Vgl. z. B. die lange Zeit bestrittene Frage, in welcher Weise die Schadensersatzleistungen im Falle einer Amtspflichtverletzung zu erfolgen habe, bis die Entscheidung des BGH (GSZ) v. 19. 12. 1960: NJW 1961, S. 658 hier eine Klärung brachte.

³ Dazu vgl. Forsthoff: NJW 1965, S. 574.

(1) Ausscheiden müssen jedoch zunächst die allgemeinen Rechtsgrundsätze, die in ihrer Entstehung lediglich die Existenz einer Vielheit von Menschen und den Bestand irgendeiner Rechtsordnung voraussetzen⁴. Denn die angesichts der verwaltungsrechtlichen Leistungsstörungen zu regelnden Sachverhalte sind nicht allein durch das Zusammenleben von Menschen im Rahmen einer irgendwie gestalteten staatlichen Ordnung als Rechtsordnung bedingt, ihre Entstehung nicht allein durch das Streben nach Befriedigung individueller Bedürfnisse begründet. Anknüpfungspunkt der gesuchten Regelung sind nicht nur die sozialen Gegebenheiten, die Voraussetzung einer jeden Rechtsordnung sind, sondern bereits eine Besonderheit der Sachgestaltung, eine über die Grundprobleme menschlichen Zusammenlebens hinausgehende besondere Interessenverknüpfung zwischen mehreren Subjekten des Verwaltungsrechts. Allein die Existenz einer Vielheit von Menschen hat, da diese Voraussetzung als ausschließliche der den Leistungsstörungen zugrunde liegenden Verknüpfung der Interessen nicht gerecht wird, die Anordnung einer Haftung für bestimmtes Verhalten nicht zwingend zur Folge. Es kann daher keinen allgemeinen Rechtsgrundsatz geben, der als Rechtsquelle eine Präzisierung mit dem Ziel der Heranbildung eines Haftungssystems im vorgegebenen Rahmen ermöglicht.

(2) Die durch den juristischen Begriff „Leistungsstörung“ umschriebenen Sachverhalte kennzeichnen sich durch bestimmte, in den für eine rechtliche Bewertung entscheidenden Punkten zwar allgemeine und typische Situationen und Interessenverknüpfungen, in Gegenüberstellung zu den den allgemeinen Rechtsgrundsätzen zugrunde liegenden Lebensverhältnissen jedoch bereits besondere Ausgestaltungen der sozialen Beziehungen. Das hat eine erhebliche Erweiterung der in der konkreten Entscheidung zu berücksichtigenden Interessen zur Folge. Die zu beurteilenden verwaltungsrechtlichen Vorgänge müssen in ihre jeweiligen Interessengruppierungen aufgelöst und daran anschließend unter Voranstellung wirtschaftlicher, gesellschaftlicher oder etwa sozialer Überlegungen in eine gewisse Rangfolge zueinander eingeordnet werden. Im Einzelfall kann es daher geboten sein, die Nichterfüllung oder etwa eine Modifizierung der schuldnerischen Leistungspflicht zugunsten einer Befriedigung höherwertiger Aufgaben ersatzlos hinzunehmen.

Erst diese Voraussetzungen bilden als „Tatsachen und Umstände“⁵ diejenigen typischen und bei den in entscheidenden Fragen identischen wirtschaftlichen, gesellschaftlichen und sozialen Gegebenheiten auch allgemeinen Situationen und Interessenlagen, die unter Zuhilfenahme

⁴ Vgl. o. S. 123.

⁵ Wolff „Rechtsgrundsätze“ S. 40.

eines auf das Verwaltungsschuldrecht zutreffenden Grundsatzes beurteilt werden können. Die potentielle Veränderlichkeit dieser zu beurteilenden sozialen Lebensverhältnisse und damit auch der jeweiligen Interessengruppierungen braucht der Bejahung einer Allgemeingültigkeit eines Haftungsgrundsatzes nicht entgegenzustehen. Angesichts der möglichen Unterschiedlichkeit der stets zu berücksichtigenden Interessen und der raum-zeitlichen Besonderheiten der zu beurteilenden Lebensverhältnisse ist es daher nur folgerichtig, wenn die zur Regelung heranziehenden Rechtsquellen nicht allein als in der Existenz einer Rechtsordnung gegründet angesehen werden können, sondern daß angesichts der Besonderheiten der jeweiligen Interessenlagen auch die der Regelung der Leistungsstörungen im Verwaltungsschuldrecht zugrunde zu legenden Rechtsquellen bereits in bestimmten Bewertungsprinzipien und -maßstäben, d. h. also in den Grundnormen der bestehenden Rechtsordnung, ihren Ursprung haben müssen. Damit ist unmittelbar der Weg gewiesen zu den besonderen Rechtsgrundsätzen als Erkenntnisgrund für ein Haftungssystem in verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnissen.

Die Forderungsverletzung als der Zentralbegriff der Leistungsstörungen⁶ ist keine nur auf einen bestimmten Teilbereich der Gesamtrechtsordnung beschränkte Erscheinungsform unseres heutigen Rechtslebens. Sie ist dem bürgerlichen Recht in gleicher Weise eigen wie dem Verwaltungs- und Völkerrecht und wird durch die Anerkennung schuldrechtlicher oder schuldrechtsähnlicher Leistungspflichten gleichsam impliziert, da neben die verpflichtungsgemäße Erfüllung einer Verbindlichkeit stets die Nicht- oder Schlechterfüllung als regelungsbedürftiger Tatbestand tritt. Eine Rechtsordnung, die die Entstehung bestimmter Verpflichtungen mit einer für die hieran Beteiligten bindender Wirkung belegt, ihre Effektivität durch die Auferlegung des Gebots zu ordnungsmäßiger Erfüllung sichert, muß notwendig auch eine Aussage dazu machen, welche Folgerungen sich aus einem verpflichtungswidrigen Verhalten ergeben. Diese Forderung liegt bereits im Wesen des Rechtsinstituts „Schuldverhältnis“, da die Bindungswirkung eines zwischen mehreren Rechtssubjekten bestehenden Sonderrechtsverhältnisses ausgehöhlt würde, wollte die Rechtsordnung sich mit einer Statuierung bestimmter Leistungspflichten begnügen, zu den Rechtsfolgen aus einer Verletzung dieser Pflichten jedoch nicht Stellung nehmen. Damit ergibt sich eine sachnotwendige Verknüpfung zwischen der Anerkennung des Schuldverhältnisses als eines Rechtsinstituts im Rahmen eines Teil-

⁶ Unmöglichkeit, Verzug und „positive Forderungsverletzung“ sind nur Unterarten dieses Begriffs, die jeweils bestimmte Erfolge der Forderungsverletzung darstellen. Vgl. *Enneccerus-Lehmann* § 55 I u. II *Palandt-Danckelmann* § 276 Anm. 7 a); *Stoll*: ACP 136 (1932), S. 282.

bereichs der Rechtsordnung und einer Regelung der Leistungsstörungen, ohne daß sich hieraus jedoch bereits eine konkrete Aussage über deren Ausgestaltung ableiten ließe.

Ein kurzer Hinweis auf die Rechtslage beim Vertrag mag dies verdeutlichen: Es ist in der heutigen wissenschaftlichen Diskussion, namentlich zum Ausdruck gekommen in der Literatur zum verwaltungsrechtlichen Vertrag⁷, nahezu unbestritten, daß der Vertrag als jeder Rechtsordnung vorgelagertes Institut zur Erzielung eines bestimmten rechtlichen Erfolges anzusehen ist⁸. Rechtliche Bedeutung kann dieser als das Ergebnis einverständlicher Willenserklärungen mehrerer Rechtssubjekte sich darstellende Rechtsbegriff nur dann erlangen, wenn dem Berechtigten auch die Befugnis zugebilligt wird, von dem Verpflichteten eine bestimmte Leistung zu fordern, maW. erst die Anordnung der schuldnerischen Leistungsverpflichtungen läßt das als vorrechtlich zu klassifizierende Institut des Vertrages zu einem konkreten Rechtsbegriff der Rechtsordnung werden. Diese Verpflichtung des Vertragsschuldners hat jedoch eine ausdrückliche Festlegung weder in den Abschnitten 1—6 des 2. Buches des BGB, noch in anderen Gesetzen erfahren, sondern ist nur als jeweils spezieller Inhalt einzelner Vertragsarten konkretisiert. Gleichwohl wird die Existenz einer Vertragsnorm dieses Inhalts, nämlich des Satzes „pacta sunt servanda“, in der Wissenschaft nicht mehr bestritten, wobei jedoch zur dogmatischen Begründung dieses Satzes unterschiedliche Stellungnahmen vorliegen⁹. Auch hier folgt daher unmittelbar aus der begrifflichen Anerkennung eines Rechtsinstituts eine Verhaltenspflicht, die sich letztlich als eine Grundnorm des Vertragsrechts überhaupt darstellt und durch die Anknüpfung an besondere Interessenlagen und die eine Anerkennung des Vertrages enthaltenden Grundzüge der Rechtsordnung als besonderer Rechtsgrundsatz qualifiziert werden kann. Die Effektivität dieses Gebots und damit letztlich auch des Vertrages als eines der wesentlichsten Begriffe unserer Rechtsordnung ist jedoch nur gesichert, wenn unser geltendes Recht eine Aussage auch dazu enthält, welche Konsequenzen sich aus der Verletzung vertraglicher Pflichten, sei es durch den Gläubiger oder durch den Schuldner, ergeben. Es besteht daher die Notwendigkeit einer Stellungnahme zur Frage der Leistungsstörungen, die letztlich aus dem Rechtsbegriff des Schuldverhältnisses selbst folgt. Dabei ist von den Grundlagen des geschriebenen Rechts auszugehen,

⁷ Vgl. u. a. die Nachweise o. S. 64 Fußn. 36.

⁸ Vgl. o. S. 72 Fußn. 6 sowie E. R. Huber: „Verträge zwischen Staat und Kirche im Deutschen Reich“ (1930), S. 80 ff. und Schneider: *VVDStRL* 19, S. 16 mwN.

⁹ Vgl. vor allem die Lit. zum verwaltungsrechtlichen Vertrag o. S. 64 Fußn. 36.

welches Konkretisierungen besonderer Rechtsgrundsätze des bürgerlichen oder des öffentlichen Rechts enthalten kann.

Die privatrechtliche Regelung der Leistungsstörungen in den §§ 275 ff., 323—326 BGB läßt sich auf den Grundsatz zurückführen, daß jede zu verantwortende Forderungsverletzung eine Haftungsfolge zu Lasten des die Ursache der Störung beherrschenden Rechtsträgers auslöst. Das Haftungssystem des BGB ist als eine Ableitung aus diesem Grundsatz zu qualifizieren, der gleichberechtigt neben dem besonderen Rechtsgrundsatz der Verpflichtung zur Erfüllung von schuldrechtlichen Verbindlichkeiten besteht und — mit diesem gleichsam korrespondierend — ebenfalls als besonderer Rechtsgrundsatz angesehen werden kann und sich als eine Konkretisierung des Gerechtigkeitsprinzips darstellt. Denn bei der Entscheidung darüber, in welcher Form schuldrechtliche Forderungsrechte bei Vorliegen einer Leistungsstörung umgestaltet werden, stehen sich jeweils folgende einander widerstreitende rangunterschiedliche Interessen gegenüber: Das Interesse desjenigen, dessen Verantwortungsbereich das für die Forderungsverletzung kausale Ereignis zuzurechnen ist, an einem Fortfall jeglicher Leistungspflicht bzw. an einer Beschränkung auf den Umfang des ursprünglichen Leistungsgegenstandes und das Interesse des durch die Forderungsverletzung Betroffenen an einem Ausgleich für die unterbliebene bzw. verspätete Erfüllung der nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses dem anderen Teil obliegenden Verpflichtung.

Die Rangunterschiedlichkeit dieser sich gegenüberstehenden Interessen wird bereits in folgender Überlegung deutlich: Im Falle rechtsgeschäftlich begründeter Leistungsverhältnisse haben sich Gläubiger und Schuldner über die Herstellung eines bestimmten Leistungserfolges geeinigt. Dem Gläubiger ist darin das Recht eingeräumt, ein bestimmtes Verhalten des Schuldners, das meist eine Erweiterung seiner Rechtsposition herbeiführen soll (sog. Handlungspflichten), aber auch auf die Erhaltung einer bestehenden Situation gerichtet sein kann (sog. Unterlassungspflichten), zu verlangen (§ 241 BGB). Gleichzeitig obliegt ihm hierbei die Verpflichtung, auf die Belange des Schuldners Rücksicht zu nehmen und eine treuwidrige Beeinträchtigung seiner Rechtsstellung zu vermeiden (§ 242 BGB). Der bestimmende Charakter im Hinblick auf das Schuldverhältnis kommt jedoch der Hauptleistung zu. Sie qualifiziert das Schuldverhältnis etwa als Kauf-, Dienst- oder Werkvertrag und gibt damit unmittelbar auch die das Rechtsverhältnis beherrschende Zweckvorstellung wieder. In der Übernahme seiner Verpflichtungen ordnet sich der Schuldner letztlich diesen Zielen und Zweckvorstellungen des Gläubigers unter, indem er alles zur Erreichung des vom Gläubiger gesetzten Zieles Erforderliche zu tun, und alles insoweit Abträgliche zu unterlassen verspricht. Damit ist das rechtsgeschäftlich

begründete Schuldverhältnis zu qualifizieren als eine im Wege freiwilliger Übereinkunft der Beteiligten geplante Veränderung der Gläubigersituation, die vom Schuldner herbeizuführen und in der Weise zu bewirken ist, daß sie den Interessen des Gläubigers, die sowohl vermögens- als auch nichtvermögensrechtlicher Art sein können, förderlich ist.

Die gesetzlichen Schuldverhältnisse bieten in den für die vorliegende Betrachtung entscheidenden Punkten im wesentlichen das gleiche Bild. Auch hier ist der Schuldner verpflichtet, einen im Interesse des Gläubigers liegenden Leistungserfolg zu bewirken, wobei im Unterschied zu den rechtsgeschäftlich begründeten Leistungsverhältnissen eine bestimmte gesetzliche Wertung zugrunde liegt, wie z. B. die den Ausgleich ungerechtfertigter Vor- oder Nachteile anordnenden Vorschriften der §§ 812 ff., 823 ff. BGB. Letztlich ist also auch hier der Schuldner der Erreichung eines im Interesse des Gläubigers liegenden Leistungserfolges untergeordnet.

Bereits diese Ausbreitung der Interessenlage gibt einen Hinweis darauf, welche Interessen als die vorzugswürdigeren im Falle eingetretener Leistungsstörungen für die Anordnung der Sekundärverpflichtungen bestimmend sein müssen: Jede Forderungsverletzung des Schuldners gefährdet die Herstellung des im Interesse des Gläubigers liegenden Leistungserfolges, bzw. schließt sie dessen Herbeiführung endgültig aus. Aber auch einzelne Forderungsverletzungen des Gläubigers können den Bestand des Schuldverhältnisses gefährden, insoweit sie ein den Intentionen des Leistungsverhältnisses entsprechendes Tätigwerden des Schuldners unmöglich machen.

Die Antwort, wen die Nachteile aus einer derartigen Veränderung der Leistungsbeziehung letztlich treffen sollen, kann nur nach dem Maßstab der Vorzugswürdigkeit der beiderseitigen Interessen gegeben werden, wie sie sich nach Eintritt der Leistungsstörung darstellt. Dabei sind nun die Gläubigerinteressen an einer Aufrechterhaltung der schuldnerischen Leistungspflicht in Fortwirkung der ursprünglichen Interessenbewertung auch weiterhin als die objektiv wertvolleren zu qualifizieren, als nicht dem Schuldner die Herbeiführung des ursprünglichen Leistungserfolges aus einem von ihm nicht zu verantwortenden Ereignis unmöglich wird. Dies folgt bereits aus der Erwägung, daß der jeweils Leistungsverpflichtete nicht befugt sein darf, die Erfüllung des höherwertigen Leistungsinteresses des Gläubigers durch eigenmächtige Handlungen oder Unterlassungen zu vereiteln. Aus der selben Erwägung heraus muß auch die vom Schuldner zu verantwortende bloße Gefährdung des endgültigen Leistungserfolges zu dessen Lasten gehen, da auch hier die bestimmende Funktion des Gläubigerinteresses durch-

greift. Die objektive Vorzugswürdigkeit der Leistungsinteressen des Gläubigers kann somit nicht durch ein eigenmächtiges Verhalten des Schuldners ausgeräumt werden.

Hat dagegen der Gläubiger eine Herbeiführung des Leistungserfolges durch den Schuldner durch ein von ihm zu verantwortendes Verhalten vereitelt, so verwirkt er damit gleichzeitig die Vorzugswürdigkeit seines primären Leistungsinteresses. Damit kann, je nach der Schwere dieser Pflichtverletzung, nunmehr das Interesse des Schuldners als das objektiv wertvollere erscheinen, so daß eine Lösung aus der Leistungsverpflichtung oder sogar die Anordnung sekundärer Leistungspflichten zugunsten des Schuldners gerechtfertigt ist.

Die vorstehenden Überlegungen lassen sich dahingehend zusammenfassen, daß das Interesse des Gläubigers stets insoweit als vorzugswürdig erscheint, als nicht eine von ihm zu verantwortende Forderungsverletzung die Herbeiführung des Leistungserfolges verhindert. In diesem Fall sind die Interessen des Schuldners als vorrangig zu bewerten.

Da somit also die Interessen des am Zustandekommen einer Forderungsverletzung Unbeteiligten als die objektiv wertvolleren zu qualifizieren sind gegenüber denjenigen des für eine Störung der Leistungsbeziehung Verantwortlichen, die Verfolgung der letzteren also die Befriedigung höherwertiger Interessen vereiteln würde, entspricht die Anordnung einer Haftpflicht nach der Regelung des BGB unmittelbar dem „ethischen Rechtsgesetz“¹⁰. Es besteht demnach ein besonderer Rechtsgrundsatz des Inhalts, daß eine zurechenbare Forderungsverletzung eine Haftungsfolge zu Lasten des hierfür verantwortlichen Rechtsträgers auslöst.

Besondere Rechtsgrundsätze als Rechtsquellen können jedoch sowohl für die gesamte Rechtsordnung als auch für einen Teil derselben Geltung besitzen¹¹. Daraus kann sich einerseits die Folgerung ergeben, daß die Geltung der hier erkannten Fundamentalnorm nur auf das bürgerliche Recht beschränkt sein kann mit der Folge, daß eine Ableitung konkret-spezifischer Rechtssätze, die eine tatbestandsmäßige Subsumtion und damit eine Anwendung und einen Vollzug in berechenbarem Umfang ermöglichen, nur für den Bereich des Zivilrechts möglich und hier bereits zum Teil durch das BGB in den Vorschriften der §§ 275 ff., 323 bis 326 vollzogen worden ist. Andererseits wäre jedoch, stellte sich der Haftungsgrundsatz als ein der gesamten Rechtsordnung oder aber zumindest auch dem Verwaltungsrecht zugehöriger besonderer Rechts-

¹⁰ Wolff: Festschrift für Wilhelm Sauer 1949, S. 112 ff.

¹¹ Wolff „Rechtsgrundsätze“ S. 41.

grundsatz dar, auch hier eine Konkretisierung mit dem Ziel einer Ableitung individualisierender Rechtssätze zur Regelung der Leistungsstörungen in verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnissen vorzunehmen.

Die Existenz eines besonderen Rechtsgrundsatzes, inhaltlich dessen im bürgerlichen Recht eine Haftungsfolge im Falle zu vertretender Leistungsstörungen eintritt, wurde im wesentlichen aus dem Begriff und der Funktion des privatrechtlichen Schuldverhältnisses sowie im Wege einer Deduktion der Regelung des BGB auf den dieser zugrunde liegenden Grundsatz gewonnen. Der Begriff des Schuldverhältnisses ist in seiner Geltung jedoch nicht auf das Privatrecht beschränkt, sondern — wie die bisherige Untersuchung gezeigt hat — in gleicher Weise auch dem öffentlichen Recht eigen. Soweit die Existenz des bezeichneten Rechtsgrundsatzes aus dem Begriff des Schuldverhältnisses abgeleitet worden ist, ergeben sich daher keine Besonderheiten im Verhältnis zu der auf das bürgerliche Recht bezogenen Erörterung, so daß insoweit begründete Bedenken gegen eine weitergehende Geltung des besonderen Rechtsgrundsatzes im aufgezeigten Inhalt nicht bestehen.

Die Annahme eines in jeder Beziehung einheitlichen Rechtsbegriffs „Schuldverhältnis“ wird jedoch durch die diesem Rechtsbegriff in beiden Rechtsbereichen zukommende unterschiedliche Funktion¹² unmöglich gemacht: Im Gegensatz zu dem vornehmlich an der Verfolgung von Privatinteressen ausgerichteten Schuldverhältnis des Zivilrechts ist das verwaltungsrechtliche Schuldverhältnis trotz der nach der Art der Beteiligung der Verwaltungsrechtssubjekte in ihrer jeweiligen Intensität unterschiedlichen Hervorhebung bzw. Verfolgung von Individualinteressen¹³ stets an der Erfüllung öffentlicher Angelegenheiten orientiert. Daraus ergibt sich jedoch kein Unterschied in den für die Anerkennung eines besonderen Rechtsgrundsatzes entscheidenden Kriterien und auch insoweit keine Abweichung zum bürgerlichen Recht. Denn auch die dem Verwaltungsrecht eigene Ausrichtung an den Angelegenheiten der Gemeinwesen und ihrer Mitglieder führt nicht dazu, den aus dem Begriff des Schuldverhältnisses abzuleitenden Grundsatz der Erfüllungspflicht aller schuldrechtlichen Verbindlichkeiten und deren Umgestaltung bzw. Erweiterung im Falle einer zu vertretenden Nicht- oder Späterfüllung nicht anzuerkennen. Vielmehr muß dieser Grundsatz in gleicher Weise wie im Privatrecht als Sicherung der Effektivität des verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnisses dienlich und darüber hinaus gerade dem Wesen des Verwaltungsrechts immanent angesehen werden. Denn ein Rechtsinstitut, das unmittelbar orientiert ist an den der jeweiligen politischen Gemeinschaft zugeordneten Interessengegenständen und un-

¹² Vgl. o. §§ 7—9.

¹³ Vgl. o. § 9.

abhängig von der Individualität der die Gemeinschaft konstituierenden Einzelwesen und den diesen zugeordneten Interessengegenständen ist, muß auch die höchstmögliche Gewähr einer Verwirklichung in sich tragen. Dies aber ist nur dann gewährleistet, wenn mit dem aus dem Begriff des Schuldverhältnisses ableitbaren besonderen Rechtsgrundsatz der Erfüllungspflicht schuldrechtlicher Leistungspflichten auch eine gleichrangige Fundamentalnorm des Inhalts korrespondiert, daß eine zu verantwortende Forderungsverletzung eine Haftungsfolge zu Lasten des die Ursache Beherrschenden auslöst.

Dieser Haftungsgrundsatz, dessen Geltung sich somit über das Zivilrecht hinaus auch auf das öffentliche Recht erstreckt, hat hier bereits in mehrfacher Weise Ausdruck gefunden, insoweit einzelne Gesetze Konkretisierungen dieser Fundamentalnorm enthalten, oder aber die Wissenschaft konkrete, aus diesem Grundsatz abgeleitete Rechtsregeln entwickelt hat, deren Geltung heute ernsthaft nicht mehr in Zweifel gezogen wird:

Wie bereits bei der Aufzählung einzelner verwaltungsrechtlicher Schuldverhältnisse verdeutlicht wurde, ist dieses Rechtsinstitut nicht nur als Ergebnis ausschließlich theoretischer Erörterungen anzuerkennen, sondern hat der Sache nach bereits in einer Reihe öffentlich-rechtlicher Rechtssätze, so z. B. in den Post- und Bahngesetzen, dem Beamtenrecht sowie den meist als Satzung verkündeten Benutzungsvorschriften bei öffentlich-rechtlicher Natur der Leistungsverhältnisse in der Nutzung öffentlicher Einrichtungen¹⁴ positiv-rechtliche Ausgestaltungen erfahren. Im Gegensatz zu der ausführlichen Regelung etwa der Zuständigkeits- und Organisationsfragen, der Leistungsmodalitäten sowie des Gebühren- oder Kostenrechts, werden die sich im Zusammenhang mit möglichen Störungen der Leistungsbeziehungen ergebenden Fragen nur untergeordnet behandelt. Die Regelung erschöpft sich zumeist darin, den beteiligten Zivilpersonen als Folge hoheitlicher Pflichtverletzungen Schadensersatzansprüche zuzusprechen¹⁵, oder aber ihnen zum Ausgleich der durch ihre Pflichtwidrigkeiten verursachten Schäden Verpflichtungen zu Schadensersatzleistungen aufzuerlegen¹⁶. Vielfach, so vor allem in den Benutzungsordnungen kommunaler Einrichtungen¹⁷,

¹⁴ Zur Problematik der öffentlich-rechtlichen Natur der Leistungsverhältnisse vgl. im einzelnen Wolff: ArchKomW 2 (1963), S. 169 f.; Beinhardt: VerwArch 55 (1964), S. 246 ff.; Schneider: NJW 1962, S. 705 ff. Abweichend von der wohl hM. wollen Eyermann-Fröhler § 40 Anm. 52 und E. R. Huber II, S. 596 alle Benutzungsverhältnisse in Ansehung öffentlicher Einrichtungen als öffentlich-rechtliche behandeln.

¹⁵ Vgl. z. B. die Benutzungsvorschriften öffentlicher Einrichtungen.

¹⁶ So z. B. die Beamtengesetze.

¹⁷ Vgl. Schneider aaO.

findet sich darüber hinaus noch eine Beschränkung der Haftpflicht der Träger hoheitlicher Verwaltung, wobei diese Beschränkung sowohl im Ausschluß einer Haftung für die durch einen bestimmten Personenkreis verursachten Schäden als auch in einer Modifikation des Verschuldenmaßstabs zugunsten der Träger öffentlicher Verwaltung bestehen kann.

Als Beispiele gesetzlich angeordneter Ersatzverpflichtungen im Rahmen verwaltungsrechtlicher Schuldverhältnisse lassen sich u. a. anführen: Die Schadensersatzverpflichtung der Deutschen Bundespost bei Verlust oder Beschädigung von Briefen mit Wertangabe oder Paketen, oder für den Verlust eingeschriebener Sendungen im Rahmen des § 6 PostG¹⁸, für Personen- oder Sachschäden im Postreisedienst gemäß § 65 PostO¹⁹, der Deutschen Bundesbahn für die durch gänzlichen oder teilweisen Verlust oder durch Beschädigung von Reisegepäck, Expreß- oder Frachtgut entstandenen Schäden nach §§ 31, 42, 82 EVO^{20, 21}, die Schadensersatzpflicht der Beamten und Soldaten bei schuldhafter Verletzung der diesen dem Dienstherrn gegenüber obliegenden Pflichten nach § 78 BBG, § 46 BRRG²², § 24 SoldatenG²³ und die Haftung im Zusammenhang mit dem Rechtsverhältnis aus Hinterlegung (§ 18 HinterIO²⁴). Diesen Rechtssätzen liegt sämtlich der Grundsatz zugrunde, daß eine Störung der Leistungsbeziehung zu Lasten des hierfür Verantwortlichen eine Haftungsfolge auslöst, als deren rechtssatzmäßige Konkretisierung jeweils eine Verpflichtung zu Schadensersatzleistungen statuiert ist.

Die Geltung eines besonderen Rechtsgrundsatzes des Inhalts, daß jede zu verantwortende Forderungsverletzung auch im Bereich des öffentlichen Rechts eine Haftungsfolge auslöst, erhellt darüber hinaus in besonderem Maße aus dem Wortlaut des § 18 HinterIO:

„Nach der Herausgabe kann das Reich nur auf Grund der Vorschriften über die Haftung für Amtspflichtverletzungen der Justizbeamten in Anspruch genommen werden.“

Aus der ausdrücklichen Beschränkung auf eine Haftung nach Amtshaftungsgrundsätzen nach Herausgabe des Gegenstandes ist zu ent-

¹⁸ Gesetz über das Postwesen des Deutschen Reiches v. 28. 10. 1871 (RGBl. S. 347).

¹⁹ Postordnung v. 30. 1. 1929 (RGBl. S. 33).

²⁰ Eisenbahn-Verkehrsordnung v. 8. 9. 1938 idF. v. 1. 7. 62 (BGBl. III 934—1).

²¹ Folgt man jedoch der hier abgelehnten (vgl. o. S. 68 Fußn. 74) hM., so sind diese Ansprüche als Folge des privatrechtlichen Charakters des Benutzungsverhältnisses als zivilrechtliche Ersatzansprüche zu qualifizieren.

²² Rahmengesetz zur Vereinheitlichung des Beamtenrechts idF. v. 1. 10. 1961 (BGBl. S. 1835).

²³ Gesetz über die Rechtsstellung der Soldaten v. 19. 3. 1956 (BGBl. S. 114).

²⁴ Hinterlegungsordnung v. 10. 3. 1937 (RGBl. S. 285).

nehmen, daß vor diesem Zeitpunkt auch andere Haftungsgrundlagen zur Anwendung kommen können, die sich jedoch in Ermangelung einer gesetzlichen Fixierung nur als Ableitungen aus einer in ihrer Existenz vorausgesetzten Fundamentalnorm des vorbezeichneten Inhalts darstellen können.

Erste Anklänge, die der Sache nach auf eine vorsichtige Anerkennung des hier erkannten besonderen Rechtsgrundsatzes schließen lassen, finden sich in der bereits zitierten²⁵ Entscheidung des BVerwG vom 20. 3. 1963²⁶, in der zur Klage aus einem Beamtenverhältnis ausgeführt wird,

„... daß nach allgemeinen Grundsätzen der deutschen Rechtsordnung jede rechtswidrige und schuldhaftere Vereitelung eines — sei es im bürgerlichen, sei es im öffentlichen Recht begründeten — Erfüllungsanspruchs unabhängig von einem auf Grund desselben Sachverhalts bestehenden Anspruch aus unerlaubter Handlung zum Schadensersatz verpflichtet“.

Zumindest für einen Teilbereich der Leistungsstörungen, nämlich dem der Vereitelung des Erfüllungsanspruchs, geht das Gericht von der Anerkennung eines besonderen Rechtsgrundsatzes des hier aufgezeigten Inhalts aus. Dabei kann die weitergehende Folgerung des Gerichts, aus der Existenz einer Haftungsgrundnorm ergebe sich bei rechtsatzmäßiger Konkretisierung stets eine Verpflichtung zur Schadensersatzleistung, in diesem Stadium der Untersuchung unberücksichtigt bleiben. Entscheidend ist die Feststellung, daß von dem Vorhandensein einer ungeschriebenen Rechtsquelle ausgehend auch das BVerwG ein Haftungssystem für Leistungsstörungen als in den Grundlagen des gesamten Rechts gegeben ansieht, wenn hierbei auch die eine Anwendung auf konkrete Tatbestände ermöglichende „individualisierende Normierung“²⁷ nur auf einen Spezialbereich des öffentlichen Rechts, nämlich das Beamtenrecht, beschränkt bleibt.

Die Existenz eines Haftungsgrundsatzes des vorbezeichneten Inhalts läßt sich auch im Wege einer Reduktion der für die Leistungsstörungen völkerrechtlicher Verträge anerkannten Regelung auf den dieser zugrunde liegenden Grundsatz nachweisen. So ist es in der Völkerrechtslehre anerkannt, daß im Falle einer Vertragsverletzung dem Vertragspartner die Befugnis zukommt, sich vom Verträge zu lösen²⁸ oder etwa

²⁵ Vgl. o. S. 119 Fußn. 3.

²⁶ DVBL 1963, S. 677 (678).

²⁷ Wolff § 25 I b).

²⁸ Vgl. Wengler S. 536 ff.: „Die Vorstellung, daß die Verletzung von vertraglichen Normen dem aktiv legitimierten Vertragssignatar das Recht gibt, den ganzen Vertrag als außer Kraft getreten zu betrachten, dürfte als allgemeiner Rechtsgedanke in erster Linie für solche Verträge gelten, welche den gegenseitigen obligatorischen Verträgen des staatlichen Privatrechts zu vergleichen sind.“ Vgl. auch Menzel S. 268 ff.

bei einer Inanspruchnahme den Einwand der Nichterfüllung zu erheben²⁹. Damit sind auch in diesem Bereich des öffentlichen Rechts aus der Anerkennung des Rechtsinstituts des Vertrages in Übereinstimmung mit der Rechtslage im Verwaltungsrecht Verpflichtungen und, mit diesen korrespondierend, Berechtigungen erkannt, die sich aus dem Wesen dieses Rechtsbegriffs unmittelbar ergeben und in Anwendung des Rechtsprinzips mit objektiver Erkenntnisgewißheit faßbar sind.

In gleicher Weise für das öffentliche wie für das private Recht gilt daher ein besonderer Rechtsgrundsatz des Inhalts, daß jede Forderungsverletzung im Rahmen bestehender Schuldverhältnisse eine Haftungsfolge zu Lasten des für die Leistungsstörung verantwortlichen Rechtssubjekts auslöst.

§ 38 Die zivilrechtliche Kodifikation der Rechtsfolgen eingetretener Leistungsstörungen als allgemeine Rechtsgedanken

Aus der Anerkennung des vorbezeichneten Haftungsgrundsatzes folgt jedoch mangels einer individualisierenden Normierung eine konkrete Regelung verwaltungsrechtlicher Leistungsstörungen ebensowenig, wie mit der Anerkennung des Grundsatzes „pacta sunt servanda“ eine inhaltliche Klarstellung der Schuldnerverpflichtung und der Gläubigerberechtigung gegeben ist³⁰.

Die mit dem Begriff „Leistungsstörungen“ umschriebenen Sachverhalte stellen stets bestimmte Interessenverknüpfungen zwischen einzelnen Subjekten des Verwaltungsrechts dar, deren Lösung unter Ausrichtung am Gerechtigkeitsprinzip nach bestimmten, untereinander nicht notwendig identischen Zielvorstellungen erfolgen soll. Dabei hat die im Haftungsgrundsatz enthaltene Interessenbewertung, d. h. also die vorzugsweise Berücksichtigung der Interessen des durch eine Forderungsverletzung Betroffenen gegenüber denjenigen des für ihren Eintritt Verantwortlichen, bei der Präzisierung des besonderen Rechtsgrundsatzes Ausdruck zu finden³¹. Die jeweils verschiedenen möglichen Folgen einer Forderungsverletzung bzw. die verschiedenartigen Möglichkeiten zur Wahrung der Interessen der am Rechtsverhältnis Beteiligten macht hierbei eine gesonderte Behandlung der einzelnen Fallgestaltungen erforderlich.

a) Ist eine Störung der Leistungsbeziehungen eingetreten, deren Ursache in einem Verhalten eines Beteiligten gesehen werden kann, so

²⁹ Menzel aaO.

³⁰ Vgl. auch Wintrich: Festschrift für Wilhelm Laforet 1952, S. 229 ff.

³¹ Vgl. auch Wolff „Rechtsgrundsätze“ S. 44.

muß dem hierdurch Betroffenen die Befugnis zuerkannt werden, wegen der Forderungsverletzung eine Rückabwicklung der bereits erbrachten Leistungen in Gang zu setzen und die noch zu erbringenden Leistungen zu verweigern mit dem Ziel, den vor Entstehung des Schuldverhältnisses bestehenden Zustand herbeizuführen bzw. zu erhalten. Denn im Falle einer Forderungsverletzung, die zur Folge hat, daß ein den Intentionen der Beteiligten bei Begründung des Rechtsverhältnisses entsprechender und gleichzeitig den öffentlichen Interessen dienlicher Zustand nicht herbeigeführt werden kann, muß ihnen die Möglichkeit eingeräumt sein, durch die Ausübung eines Rücktrittsrechts von einer weiteren Durchführung des Schuldverhältnisses abzusehen. Dabei entspricht es dem Gerechtigkeitsprinzip, wenn die Entscheidung über die Umwandlung des Leistungsverhältnisses in ein Abwicklungsverhältnis demjenigen zugebilligt wird, den eine Verantwortung für die Nichterreichung des im öffentlichen Interesse liegenden Erfolges nicht trifft. Damit werden die Interessen des durch die Forderungsverletzung Betroffenen durch die Zubilligung dieses Rechtes denjenigen des für die Leistungsstörung Verantwortlichen als die objektiv wertvolleren vorgezogen. Die Gestaltung der Rechtsbeziehungen folgt daher in vollem Umfang den durch den besonderen Rechtsgrundsatz gezogenen Leitlinien und entspricht damit dem als maßgeblich erkannten Rechtsprinzip.

Eine Einschränkung ist hier jedoch dahingehend geboten, daß ein bloßer Wegfall des Gläubigerinteresses an der Leistung, hervorgerufen durch eine Forderungsverletzung des Schuldners, idR.³² nicht zum Rücktritt berechtigt³³. Denn die Tatsache, daß das verwaltungsrechtliche Schuldverhältnis an der Wahrnehmung öffentlicher Angelegenheiten orientiert ist und nicht in erster Linie privatrechtlicher Interessenverfolgung dient³⁴, führt dazu, die primären Leistungspflichten mit dem Ziel einer bestmöglichen Erreichung dieses Erfolges aufrechtzuerhalten³⁵. Allein die Verzögerung der Leistung kann daher in der überwiegenden Mehrzahl aller Fälle nicht zu einer Umwandlung der schuldrechtlichen Leistungspflichten führen, da durch sie keine den Gläubiger belastende Unzumutbarkeit eines weiteren Festhaltens am Erfüllungsanspruch begründet wird.

³² Ausnahmen könnten sich für verwaltungsrechtliche Schuldverhältnisse zwischen Zivilpersonen ergeben. Vgl. o. S. 118.

³³ Im Gegensatz zur Regelung des bürgerlichen Rechts Vgl. §§ 286 II, 326 II BGB.

³⁴ Vgl. o. § 7.

³⁵ Im Ergebnis ebenso: Eckert: DVBL 1962, S. 20; Beinhardt: VerwArch 55 (1964), S. 258. Vgl. auch Kriebel (DÖV 1962, S. 767): „Rechtsbeständigkeit und Dauer sind als besondere im öffentlichen Recht wurzelnde Eigenarten des öffentlich-rechtlichen Vertrages anzusehen.“

b) In unmittelbarem Zusammenhang mit der Rückabwicklung des Schuldverhältnisses ist eine weitere Rechtsfolge eingetretener Leistungsstörungen aus dem Haftungsgrundsatz ableitbar: Der Berechtigte muß befugt sein, vom Vertrage abzustehen bei gleichzeitiger Belassung der Leistungen, die nicht mehr zurückgewährt werden können. Die übrigen Leistungen sind dabei in Höhe der noch vorhandenen Bereicherung zurückzugewähren.

c) Eine der aufgrund ihrer Häufigkeit³⁶ wesentlichsten Rechtsfolgen eingetretener Leistungsstörungen ist die Verpflichtung des für ihren Eintritt Verantwortlichen zum Schadensersatz. Die der Anordnung der Schadensersatzverpflichtung zugrunde liegende Zweckvorstellung, die durch einen Ausfall der Hauptleistung entstandenen Nachteile auszugleichen und den Berechtigten in seiner Gesamtvermögenslage so zu stellen, als sei das Schuldverhältnis ordnungsgemäß erfüllt worden, gilt nicht nur für das bürgerliche Recht. In gleicher Weise muß sie auch im Verwaltungsrecht Berücksichtigung finden. Dies gilt um so mehr, als im Bereich des verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnisses stets konkrete Vermögensinteressen der Beteiligten auf dem Spiele stehen, da die Vermögenswertigkeit der geschuldeten Leistung gerade ein Essentiale dieses verwaltungsrechtlichen Rechtsinstituts ist³⁷.

Auch hier muß jedoch die im Zusammenhang der Erörterung des Rücktritts festgestellte Einschränkung gemacht werden: Der verzugsbedingte Wegfall des Gläubigerinteresses an der schuldnerischen Leistung kann idR. eine Schadensersatzverpflichtung des Schuldners nicht auslösen. Auch insoweit greift der Gedanke der Erfüllung öffentlicher Aufgaben als Leitidee in Ansehen des verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnisses durch mit der Wirkung, daß die Erfüllung jeder schuldnerischen Verpflichtung aus Gründen des öffentlichen Interesses den Vorrang hat vor einer rein vermögensmäßigen Kompensation des beiderseitigen unmittelbaren Leistungsinteresses. Eine Schadensersatzverpflichtung des Inhalts, daß statt der eigentlichen Erfüllung der Leistungspflicht eine diese ersetzende Geldzahlung geschuldet wird, entsteht daher idR. nur dann, wenn die Erbringung der ursprünglich geschuldeten Leistung nicht mehr möglich ist.

d) Die Forderungsverletzung durch Gläubiger oder Schuldner kann auch zur Entstehung eines ausgleichungsbedürftigen Schadens führen, ohne daß hierdurch die Erfüllung der Hauptleistungsverpflichtung vereitelt wird. Der Unterschied zur vorherigen Sachgestaltung liegt in dem

³⁶ Soweit der Sache nach Ansprüche aus Leistungsstörungen bisher anerkannt werden, sind diese stets auf Schadensersatzleistungen gerichtet. Vgl. z. B. o. § 21.

³⁷ Vgl. o. § 11.

jeweils verschiedenen Schicksal der Hauptleistungspflicht. Während die Schadensentstehung dort ihre Ursache gerade in der Nichtleistung durch den Schuldner hatte, ist sie hier durch Forderungsverletzungen von seiten des Gläubigers oder aber des Schuldners bedingt, ohne daß hierdurch die Erfüllung der primären Leistungsverpflichtung beeinträchtigt würde. Auch in diesen Fällen gebietet die Konkretisierung des Haftungsgrundsatzes, dem Berechtigten die Befugnis zuzusprechen, neben der Erfüllung der Hauptverbindlichkeit auch einen Ausgleich der Nachteile zu verlangen, deren Entstehung auf ein vom Verpflichteten zu verantwortendes Verhalten zurückzuführen ist.

Die Frage der Schadensersatzleistungen neben der noch fortbestehenden Hauptleistungspflicht hat speziell für einen Teil der hier relevanten Sachgestaltungen, nämlich dem der Verzinsung öffentlich-rechtlicher Geldforderungen, eine ausführliche Behandlung erfahren³⁸, ohne daß jedoch bereits von einer Klärung der Rechtslage gesprochen werden könnte. Insbesondere die Geltendmachung von Zinsansprüchen durch Zivilpersonen gegen die Träger hoheitlicher Gewalt beschäftigt die Obergerichte schon seit mehreren Jahrzehnten³⁹, und auch die neuere Rechtsprechung kann durchaus nicht als einheitlich bezeichnet werden⁴⁰. Auch die zunehmende Zahl der Zinsregelungen in einzelnen verwaltungsrechtlichen Gesetzen (z. B. § 99 III BBauG, § 29 BLG), kommt angesichts ihrer Unterschiedlichkeit als Ansatzpunkt für die Bildung allgemeiner verwaltungsrechtlicher Regeln nicht in Betracht⁴¹. Für den Bereich des Verwaltungsschuldrechts ist vielmehr, von einer Konkretisierung des besonderen Rechtsgrundsatzes ausgehend, auch eine die Zinsen umfassende Ersatzpflicht des Verpflichteten anzunehmen⁴². Dies ergibt sich bereits aus der Überlegung, daß Verzugszinsen ein gesetzlich fixierter Mindestschaden sind⁴³, dessen Ersatz dem Schuldner in glei-

³⁸ Vgl. *Nebinger* S. 56; *Wolff* § 44 II c) 5; *Unger*: Zeitschr. f. d. private und öffentliche Recht 31 (1904), S. 113 ff.; von *Gehe*: Fischers Zeitschr. 34 (1908), S. 182; *Meier-Branecke*: AöR 11 (nF) (1926), S. 280 ff.; *Lassally*: Fischer Zeitschr. 59 (1926), S. 161; *Münzer* S. 26 ff.; *Götz*: DVBl. 1961, S. 433 ff. mwN. *Eckert*: DVBl. 1962, S. 19 f. mwN.; *Redeker*: DVBl. 1963, S. 509 f. mwN.; *Beinhardt*: VerwArch 55 (1964), S. 258.

³⁹ Vgl. die Nachweise in BVerwG v. 7. 6. 1958: NJW 1958, S. 1744.

⁴⁰ Vgl. z. B. BVerwG v. 7. 6. 1962: DVBl. 1963, S. 507; v. 14. 2. 1962: NJW 1962, S. 1412; v. 25. 10. 1962: DVBl. 1963, S. 503; v. 7. 11. 1962: DVBl. 1963, S. 219; v. 26. 3. 1965: DVBl. 1965, S. 731; BGH v. 19. 2. 1962: NJW 1962, S. 1012; v. 25. 6. 1964: VersR 1964, S. 1109; BSG v. 16. 12. 1964: DVBl. 1965, S. 738; ndsLSG v. 27. 2. 1964: DVBl. 1965, S. 740. Vgl. auch die Nachweise bei *Götz* aaO.

⁴¹ Vgl. *Götz* aaO.

⁴² Die ablehnenden Ansichten sind zum großen Teil durch die Rechtsentwicklung überholt, so daß auf ihre ausführliche Wiedergabe und eine Stellungnahme hierzu verzichtet werden kann. Vgl. insoweit auch die Behandlung von *Götz* und *Eckert* (aaO.).

⁴³ RGZ 92, S. 284; BGH v. 29. 10. 1952: NJW 1953, S. 337.

cher Weise obliegt wie der übrigen im Zusammenhang einer Forderungsverletzung entstandenen Nachteile. Da ihre Ausklammerung andererseits weder durch die begrifflichen noch durch die funktionellen Besonderheiten des Verwaltungsrechts geboten ist, muß für das Gebiet des Verwaltungsschuldrechts davon ausgegangen werden, daß Geldforderungen innerhalb verwaltungsrechtlicher Schuldverhältnisse bei nicht rechtzeitiger Erfüllung der Leistungspflicht zu verzinsen sind. Im Falle der Rückforderung erschlichener Sozialhilfe erhöht sich daher z. B. der zurückzugewährende Betrag bei schuldhaft verspäteter Zahlung durch den Leistungsempfänger um einen entsprechenden Zinsbetrag, der in Anlehnung an die Berechnungsgrundlage des bürgerlichen Rechts mit 4% bemessen werden kann.

e) Die Konkretisierungen des Haftungsgrundsatzes wurden im Hinblick auf einzelne Sachverhalte vorgenommen, die als im besonderen Maße typisch im Komplex der Leistungsstörungen qualifiziert werden können insoweit, als hier die einzelnen Folgen einer Forderungsverletzung einerseits und die verschiedenen Interessengruppierungen andererseits in ihren jeweils typischen Ausgestaltungen zugrunde gelegt wurden. Die auf diesem Wege gewonnenen Rechtsfolgeanordnungen entsprechen teilweise der Regelung des bürgerlichen Rechts, so z. B. die Anordnung des Rücktritts und des Abstehens vom Verträge, oder die Anordnung der Schadensersatzpflicht neben oder anstelle der primären Leistungsverpflichtung, wobei jedoch der im Vergleich zum bürgerlichen Recht geringere Anwendungsbereich der einzelnen Regelungen nicht übersehen werden darf. Zum anderen findet ein beschränkter Teil der hier aus dem besonderen Rechtsgrundsatz abgeleiteten Rechtsfolgeanordnungen, so die im Privatrecht unter dem Begriff der positiven Forderungsverletzung zusammengefaßten Tatbestände, keine Entsprechung in der Normierung des bürgerlichen Rechts, ist dort jedoch mittlerweile durch eine ständige Rechtsprechung gewohnheitsrechtlich anerkannt⁴⁴.

Damit ist festzuhalten, daß den Konkretisierungen des Haftungsgrundsatzes im verwaltungsrechtlichen Bereich zu einem großen Teil die im bürgerlichen Recht geltenden Rechtsfolgeanordnungen im Falle von Unmöglichkeit, Verzug und positiver Forderungsverletzung entsprechen. Diese stellen daher insoweit in ihrer ausdrücklichen Normierung für die beiden erstgenannten Formen der Leistungsstörungen nur Konkretisierungen von Rechtsgedanken dar, deren Geltung über das Privatrecht hinausreichend auch für das Verwaltungsrecht anerkannt werden muß. Die verschiedenartigen privatrechtlichen Normierungen der Rechtsfolgen eingetretener Leistungsstörungen, d. h. also Rücktritt,

⁴⁴ So die absolut hM. Vgl. *Palandt-Danckelmann* § 276 Anm. 7 mwN.

Abstehen vom Vertrag und Schadensersatz wegen Nichterfüllung bzw. zur Ausgleichung sonstiger im Zusammenhang der Durchführung eines Rechtsverhältnisses entstandener, eine ordnungsmäßige Erfüllung selbst nicht beeinträchtigender Schäden, sind Ausdruck allgemeiner Rechtsgedanken, die für das bürgerliche Recht als Rechtsfolgen von Verzug bzw. Unmöglichkeit, oder für beide Fälle der Leistungsstörungen in gleicher Weise, in den §§ 280, 286, 325, 326 BGB niedergelegt sind. Ihre Geltung ist daher insoweit nicht auf das Privatrecht beschränkt, sondern unmittelbar auch für das öffentliche Recht, anzuerkennen.

Die hier vertretene Ansicht findet eine gewisse Bestätigung in einer Entscheidung des BVerwG vom 28. 1. 1965⁴⁵. In einem Beamtenrechtsstreit hatte ein Kriminalmeister im Zusammenhang eines Dienstunfalls u. a. ein Schmerzensgeld von 1 000,— DM verlangt. Hierzu führt das BVerwG aus, daß das Beamtenverhältnis zwar unmittelbar eine Rechtsgrundlage für einen gegen den Dienstherrn wegen Verletzung der Fürsorgepflicht gerichteten Schadensersatzanspruch bietet.

„Das Beamtenverhältnis vermittelt jedoch bei schuldhafter Verletzung der Fürsorgepflicht keinen auf Ersatz des immateriellen Schadens gerichteten Schmerzensgeldanspruch. Dies ergibt sich aus dem Umstand, daß der Anspruch auf Schadensersatz wegen schuldhafter Verletzung der Fürsorgepflicht sich aus den allgemeinen Rechtsgrundsätzen⁴⁶ entwickelt hat, die den für privatrechtliche Dienstverhältnisse geltenden Vorschriften des bürgerl. Rechts (§§ 276, 278, insbes. § 618 BGB) zugrunde liegen ... und daß in keiner der Vorschriften des privaten Vertragsrechts dem Schadensersatzberechtigten ein Anspruch auf Ersatz des immateriellen Schadens (Schmerzensgeld) eingeräumt wird. Sogar § 618 BGB schließt in Abs. 3 die Anwendbarkeit des § 847 BGB aus... Für die Verletzung der aus dem Beamtenverhältnis sich ergebenden Fürsorgepflicht kann daher ... die Gewährung eines Schmerzensgeldes nicht beansprucht werden.“

Das BVerwG nimmt hier die privatrechtlichen Rechtsfolgeanordnungen zur Grundlage seiner ablehnenden Argumentation, erkennt ihnen also auch insoweit über das bürgerliche Recht hinausgehende Bedeutung zu.

Als Ergebnis der bisherigen Untersuchung ist somit festzuhalten: Im Bereich des Verwaltungsschuldrechts gilt ein besonderer Rechtsgrundsatz des Inhalts, daß jede zu verantwortende Forderungsverletzung im Rahmen verwaltungsrechtlicher Schuldverhältnisse zu Lasten des hierfür verantwortlichen Verwaltungsrechtssubjekts eine Haftungsfolge auslöst. Die Anwendung dieses Rechtsgrundsatzes auf besonders typische Sachverhalte mit dem Ziel einer Ableitung konkreter Rechtssätze aus

⁴⁵ DÖV 1965, S. 670 f.

⁴⁶ Zur Verfehltheit dieser Terminologie vgl. o. S. 126 ff. Besser wäre es, hier von „anerkannten Rechtssätzen“ zu sprechen.

dieser, einer individualisierenden Normierung entbehrenden Rechtsquelle führt zu einer teilweisen Anerkennung der im Zivilrecht nur für die Fälle der Unmöglichkeit und des Verzuges normierten Rechtsfolgen als allgemeine Rechtsgedanken, die über die ausdrückliche Normierung des bürgerlichen Rechts hinausgehend für sämtliche Forderungsverletzungen im Verwaltungsschuldrecht gelten.

§ 39 Das Verschulden im Verwaltungsrecht

Im Rahmen der bisherigen Erörterungen wurde bereits mehrfach darauf hingewiesen, daß eine Haftungsfolge stets nur in den Fällen ausgelöst wird, in denen das für die Forderungsverletzung ursächliche Ereignis einem der am Schuldverhältnis beteiligten Rechtssubjekte zugerechnet werden kann. Zu dem objektiven Moment der Forderungsverletzung muß daher noch ein subjektives hinzukommen, das in Übereinstimmung mit der zivilrechtlichen Terminologie als Verschulden zu bezeichnen ist⁴⁷.

Eine Forderungsverletzung ist von Schuldner oder Gläubiger dann zu vertreten, wenn sie von diesen⁴⁸ vorsätzlich oder fahrlässig herbeigeführt worden ist. Dieser Haftungsmaßstab, für das bürgerliche Recht in § 276 I BGB niedergelegt, gilt auch für das Verwaltungsrecht⁴⁹, das in einer Reihe von Rechtssätzen, so z. B. in den Amtshaftungsvorschriften oder etwa in den Beamtengesetzen, den für das Zivilrecht normierten Verschuldensbegriff voraussetzt⁵⁰.

a) In Übereinstimmung mit der Umschreibung des Privatrechts⁵¹ kann der Vorsatz als die wissentliche und willentliche Herbeiführung der Unrechtsfolgen definiert werden. Auch die Billigung eines nur als möglich erkannten rechtswidrigen Erfolges (sog. *dolus eventualis*)⁵²

⁴⁷ Auf die Allgemeingeltung des Verschuldens verweist auch BVerwGE 13, S. 21 f. Ebenso BGH v. 19. 2. 1962: NJW 1962, S. 101, wo der Ausschluß einer Verpflichtung zur Zahlung von Verzugszinsen innerhalb des Verwaltungsrechts aus dem Fehlen eines Verschuldens hergeleitet wurde.

⁴⁸ Unklar bleibt, warum Eckert (DVBL 1962, S. 14) sich in seiner Aussage lediglich auf die Person des Schuldners beschränkt, da doch auch eine Forderungsverletzung des Gläubigers zur Entstehung einer Sekundärverpflichtung führen kann.

⁴⁹ Diese Ansicht ist nahezu unbestritten. Vgl. Palandt-Danckelmann § 276 Anm. 1 d); Erman-Westermann § 276 Anm. 1; Georg Jellinek („System“) S. 66; E. R. Huber I S. 504; Forsthoff S. 222; Wolff § 36 III d); RGZ 152, S. 132; 161, S. 181; BGHZ 4, S. 152.

⁵⁰ Vgl. auch Art. 198 I 1 wüEVRO: „Der Schuldner hat, sofern nicht ein anderes bestimmt ist, Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten.“

⁵¹ Vgl. Enneccerus-Nipperdey § 214; Palandt-Danckelmann § 276 Anm. 3 jeweils mwN.

⁵² Dazu vgl. RGZ 143, S. 48.

reicht zur Annahme eines Vorsatzes aus, so daß der Vorsatzbegriff des Verwaltungsrechts sich völlig mit dem des bürgerlichen Rechts deckt⁵³.

b) Der Begriff der Fahrlässigkeit ist — insoweit besteht ein Unterschied zur Regelung des Vorsatzes — im bürgerlichen Recht gesetzlich definiert. § 276 I 2 BGB umschreibt diese Verschuldensform mit der Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt. Die an den einzelnen zu stellenden Sorgfaltsanforderungen werden damit, dies folgt aus dem determinierenden Charakter des Rechtsbegriffs „Verkehr“ in § 276 BGB, unmittelbar an dem durch die Funktion des bürgerlichen Rechts, nämlich der Befriedigung der Einzelinteressen von Privatpersonen⁵⁴, gekennzeichneten Bereich gemessen.

Denn das Zivilrecht, das die Ermöglichung einer wirtschaftlichen Betätigung in gleicher Weise zur Aufgabe hat wie die Verfolgung sonstiger Privatinteressen und die Regelung aller im menschlichen Zusammenleben entstehenden sozialen Lebensverhältnisse, gibt damit gleichzeitig eine Ausfüllung des Begriffs „Verkehr“ als Maßstab für die an den einzelnen zu stellenden Sorgfaltsanforderungen: es ist das Ineinanderrießen der verschiedenartigsten Interessenlagen, das Zusammentreffen der im einzelnen uneinheitlich motivierten und gleichzeitig unterschiedlich intensiven „Egoismen“. In diesem Raum sind dem einzelnen in der Verfolgung eigener Ziele Schranken gesetzt insoweit, als sein Verhalten bestimmten Geboten unterworfen ist, die ihren Sinngehalt darin finden, daß eine gleichzeitige Interessenverfolgung anderer Rechtssubjekte nicht gestört werden soll. Damit kennzeichnet sich die Fahrlässigkeit im Zivilrecht als eine Überschreitung des dem einzelnen gegebenen und ihm um der Erreichung eigener Ziele willen auch zuzubilligenden Dürfens, als eine Vernachlässigung der aus diesem Gedanken heraus allgemeinverbindlichen Sorgfalt in objektiv vergleichbaren Situationen und damit als die Nichtbefolgung eines allgemein für diese Sachgestaltung geltenden Imperativs. Der Maßstab des von den einzelnen Rechtspersonen geschuldeten Verhaltens wird damit letztlich durch den erstrebten Erfolg gesetzt: Das Gebot zur Einhaltung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt beinhaltet, das eigene Verhalten in der Weise zu bestimmen, daß die Erreichung eines gleichen oder ähnlichen Erfolges durch andere Privatpersonen nicht gefährdet oder aber die Wahrung sonstiger privater Interessen ihrerseits nicht beeinträchtigt wird.

Legt man nunmehr der Festlegung des Fahrlässigkeitsbegriffs im Verwaltungsrecht gleichfalls die Funktion dieses Rechtsbereichs zu-

⁵³ Ebenso Eckert: DVBl. 1962, S. 14.

⁵⁴ Vgl. o. § 7 c).

grunde, so ergibt sich folgender Inhalt dieses Verschuldensmaßstabs: Das Verwaltungsrecht ist unmittelbar auf die Erfüllung öffentlicher Aufgaben ausgerichtet, es ist ausgerichtet auf die Erreichung der im öffentlichen Interesse liegenden Ziele⁵⁵. Daraus folgt notwendig, daß der dem einzelnen Verwaltungsrechtssubjekt zuzubilligende Bereich rechtlichen Dürfens, d. h. also umgekehrt: der sein Verhalten bestimmende Imperativ, stets an dem durch eine höchstmögliche Erreichung dieses Zieles gesetzten Maßstab orientiert sein muß. Bestimmend ist stets die maximale Erreichung dieses „Verwaltungsgebots“. Das hat zur Folge, daß im Bereich des Verwaltungsrechts diejenige Sorgfalt anzuwenden ist, die die Erfüllung der in concreto verfolgten öffentlichen Aufgaben ermöglicht. Ihre Verletzung umschreibt damit gleichzeitig den Begriff der Fahrlässigkeit, die als eine Außerachtlassung der durch das öffentliche Interesse gebotenen Sorgfalt definiert werden kann⁵⁶.

c) Sowohl das Zivil- als auch das Verwaltungsrecht kennen einzelne Verschuldensmodifikationen, sei es, daß eine Haftung nur in den Fällen einer erhöhten Fahrlässigkeit eintreten soll, sei es, daß eine Haftung bei fahrlässig verursachten Leistungsstörungen überhaupt auscheiden soll. Ihre Geltung für den Bereich der verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnisse läßt sich generell weder bejahen noch verneinen. Es ist vielmehr stets erforderlich, auf den hinter der konkreten Regelung stehenden Rechtsgedanken zurückzugreifen und zu prüfen, ob dieser auch der zu entscheidenden verwaltungsrechtlichen Interessenlage entspricht, d. h. also, ob er als ein allgemeiner auch für das öffentliche Recht geltender Rechtsgedanke qualifiziert werden kann. Die generelle Möglichkeit einer Abstufung der Fahrlässigkeitsgrade überhaupt ist jedoch nicht in Zweifel zu ziehen, so daß für das Verwaltungsschuldrecht ein einheitlicher Fahrlässigkeitsmaßstab gilt.

Gegen eine solche Möglichkeit nehmen Eckert⁵⁷ und — im Anschluß an diesen — Beinhardt⁵⁸ Stellung. Sie meinen, daß die Bestimmung der Sorgfaltsanforderungen durch den Begriff des öffentlichen Interesses die Möglichkeit ausschließe, daß innerhalb besonderer verwaltungsrechtlicher Schuldverhältnisse nur Grade stärkerer Fahrlässigkeit — grobe Fahrlässigkeit, Nichtbeachtung der *diligentia quam in suis* — zum Anlaß der Haftung genommen werden. Die Verwaltung habe sich bei der

⁵⁵ Vgl. o. § 7 b).

⁵⁶ Ähnlich, jedoch ohne Begründung Eckert (DVBl. 1962, S. 15), der jedoch eine Verletzung der durch das öffentliche Interesse gebotenen Sorgfalt als eine neben dem auch für das Verwaltungsrecht als geltend anerkannten privatrechtlichen Fahrlässigkeitsbegriffs zur Anwendung kommende Verschuldensform begreift.

⁵⁷ aaO.

⁵⁸ VerwArch 55 (1964), S. 256.

Erfüllung aller öffentlichen Aufgaben der gleichen Sorgfalt zu befehligen, der Private habe allen Verpflichtungen gegenüber dem Staat mit der gleichen Sorgfalt nachzukommen.

Die Unrichtigkeit dieser These erweist sich schon durch einen Hinweis auf die Vielgestaltigkeit und die mannigfaltigen Erscheinungsformen des Rechtsinstituts eines verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnisses⁵⁹. Hier ist das öffentliche Interesse an der Erfüllung der Leistungspflichten keine konstante Größe mit der Folge, daß die an die Beteiligten zu stellenden Sorgfaltsanforderungen in jedem Falle gleich sind. Vielmehr sind auch hier Unterschiede vorhanden, wie bereits ein Hinweis auf die Haftungseinschränkung im Zusammenhang mit der Benutzung gemeindlicher Einrichtungen zeigt⁶⁰. Denn diese sind zumeist für die sie unterhaltenden Kommunen Zuschußunternehmen⁶¹, da die Benutzungsgebühren aus sozialen Überlegungen heraus niedrig angesetzt werden. Die Übernahme eines vollen Haftungsrisikos durch die kommunalen Träger hätte demgegenüber unabwendbar eine Erhöhung des Entgelts zur Folge, dies vor allem bei den gefahrenträchtigen Sport- und Badeanstalten⁶². Andererseits besteht jedoch an der Errichtung und Unterhaltung derartiger, zu einem großen Teil der Pflege der Volksgesundheit dienender Einrichtungen ein dringendes Interesse der Allgemeinheit. In Übereinstimmung hiermit hat das OVG Münster⁶³ in einer Entscheidung aus neuerer Zeit zur Frage der Zulässigkeit einer Freizeichnungsklausel in einer kommunalen Satzung über die Abgabe von Wasser aus der öffentlichen Wasserleitung Stellung genommen und sich für die Möglichkeit einer entsprechenden Haftungsbeschränkung ausgesprochen und dazu ausgeführt:

„Ein Versorgungsunternehmen, wie es das von dem Amt W. betriebene Wasserwerk darstellt, hat die Aufgabe, im Interesse der Volksgesundheit die Bürger mit hygienisch einwandfreiem Wasser zu versorgen. Dieser Zweck kann nur erreicht werden, wenn die Gebühren für die Wasserabgabe nicht übermäßig hoch sind und die Finanzkraft der Verbraucher nicht übersteigen. Die Gemeinde kann aber das Wasser nur dann zu tragbaren Entgelten abgeben, wenn sie nicht für jedes Verschulden einzustehen braucht. Andernfalls würden ihr Belastungen auferlegt, die sie im allgemeinen Interesse nicht

⁵⁹ Vgl. o. § 14.

⁶⁰ Zum folgenden vgl. *Schneider*: NJW 1962, S. 705 ff. mwN.; *Hurst*: StVKV 1964, S. 281 ff. mwH.; *Hammer*: NJW 1962, S. 1334 f.

⁶¹ z. B. Kurhäuser, Schlachthöfe, Hallen- und Freibäder. Zu den Benutzungsgebühren bei Schlachtviehmärkten, Schlachthäusern und Fleischgroßmärkten vgl. § 1 Gebührengesetz v. 5. 5. 1933 (RGBl. S. 42), wonach die Gebühren so zu bemessen sind, daß durch ihr jährliches Aufkommen die Kosten der Unterhaltung der Anlagen und des Betriebes sowie sonstige mit der Errichtung der Anlagen entstandenen Kosten gedeckt werden.

⁶² *Hurst*: StVKV 1962, S. 282.

⁶³ 18, S. 153 (162) mwN.

zu tragen vermag. Im Hinblick auf die große Zahl der Abnehmer kann ein nur geringfügiger Fehler unabsehbare Folgen haben. Der durch die Summierung der Ansprüche entstehende hohe Schaden könnte nur gedeckt werden, wenn die Gemeinde entsprechende Rücklagen gebildet hätte. Das aber würde zwangsläufig zu einer erheblichen Erhöhung der Gebühren für die Wasserabgabe führen.“

Es ist in Fällen dieser Art daher gerade ein aus der Verfolgung öffentlicher Interessen entspringendes Gebot, nur Grade stärkerer Fahrlässigkeit zum Anlaß einer Haftung zu nehmen, da andererseits eine Leistungsgewährung durch die Gemeinwesen nicht im erforderlichen Umfang gewährleistet werden könnte⁶⁴. Die entgegenstehende These *Eckerts* und *Beinhardts* ist daher unrichtig⁶⁵.

Ist damit auch für das Verwaltungsschuldrecht nachgewiesen, daß hier ebenso wie im bürgerlichen Recht in einzelnen Schuldverhältnissen nur eine besonders schwere Form der Fahrlässigkeit eine Haftungsfolge auszulösen geeignet ist, während in anderen Fällen schon der Vorwurf leichter Fahrlässigkeit genügen kann, so soll im folgenden beispielhaft die Geltung einer für das Privatrecht normierten Verschuldensmodifikation für das verwaltungsrechtliche Schuldverhältnis untersucht werden:

Gemäß § 690 BGB hat der unentgeltliche Verwahrer nur für diejenige Sorgfalt einzustehen, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt. Da das verwaltungsrechtliche Schuldverhältnis vielfach, so z. B. in den Fällen staatlicher Beschlagnahme, ebenfalls unentgeltlich ist, ist die Frage nach einer entsprechenden Einschränkung des Verschuldens im Verwaltungsrecht naheliegend und daher auch vielerorts⁶⁶ behandelt worden. Eine Haftungsbeschränkung dieses Inhalts findet jedoch in verwaltungsrechtlichen Verwahrungsverhältnissen nicht statt. Dies ergibt sich aus mehreren Gründen: Die Verschuldensmodifikation zugunsten des privatrechtlichen unentgeltlichen Verwahrers ist gerechtfertigt durch den Gefälligkeitscharakter dieses Rechtsverhältnisses. Der unentgeltliche Verwahrer handelt ausschließlich im Interesse des Hinterlegers. Im Gegensatz hierzu ist die ein öffentlich-rechtliches Verwahrungsverhältnis begründende staatliche Beschlagnahme stets gegen die privaten Belange des Betroffenen gerichtet. Sie erfolgt in Wahrnehmung unmittelbarer öffentlicher Aufgaben, sei es, daß sie z. B. zur

⁶⁴ Vgl. zu der insoweit gleichliegenden Problematik eines völligen Haftungsausschlusses der Deutschen Bundespost gemäß § 6 V PostG die Ausführungen in BGH v. 22. 2. 1965: DÖV 1965, S. 822. Ebenso bereits BGHZ 14, S. 281.

⁶⁵ Dabei kann dahingestellt bleiben, ob nicht in Einzelfällen ein öffentliches Interesse an der Haftung für jede Fahrlässigkeit aus den von *Eckert* angeführten Gründen anerkannt werden kann.

⁶⁶ Vgl. z. B. *Palandt-Gramm* § 690 Anm. 1; *Bergmann* S. 163 ff.; *Koch* S. 49 f.; *Eckert*: DVBL 1962, S. 15.

Durchführung staatsanwaltschaftlicher oder steuerbehördlicher Ermittlungsverfahren angeordnet wird, oder aber daß sie zur Verfolgung sonstiger im öffentlichen Interesse liegenden Ziele⁶⁷ notwendig erscheint.

Ein weiteres Bedenken gegen die Anwendung des in § 690 BGB enthaltenen, der Individualität des jeweils Handelnden angepaßten Verschuldensmaßstabs leitet sich aus den für die Festlegung dieser Sorgfaltsanforderungen normierten Kriterien her. Denn die „diligentia quam in suis“ ist ein ausschließlich auf Privatpersonen zugeschnittener Sorgfaltsmaßstab, der mit Wesen und Besonderheiten des Verwaltungsrechts nicht in Einklang zu bringen ist. Dies ergibt sich schon aus der Feststellung, daß das Handeln der staatlichen Organe stets an der Verfolgung öffentlicher Aufgaben orientiert ist, dieses Kriterium damit auch die an die Träger öffentlicher Verwaltung zu stellenden Sorgfaltsanforderungen bestimmt. Die individuelle Übung der im Einzelfall handelnden Organwalter kann demgegenüber nicht relevant sein, so daß die lediglich in ihrer Beschränkung auf natürliche Personen sinnvolle Bemessung der Sorgfaltsanforderungen nach der eigenüblichen Sorgfalt auf die Hoheitsträger im Rahmen der verwaltungsrechtlichen Verhältnisse keine Anwendung finden kann.

Der im Privatrecht in § 279 BGB zum Ausdruck kommende Rechtsgedanke, daß der Schuldner für seine Leistungspflicht verantwortlich ist und namentlich der Schuldner einer Geldschuld für seine Zahlungsfähigkeit einzustehen hat, gilt nicht nur im Rechtsverkehr zwischen Privatpersonen, sondern findet auch im Verwaltungsrecht Anwendung. § 279 BGB enthält eine Konkretisierung des auch für das Verwaltungsrecht geltenden allgemeinen Rechtsgedankens⁶⁸, daß derjenige, der eine Verpflichtung zur Beschaffung bestimmter Gegenstände übernimmt, für das Vorhandensein der hierzu notwendigen Beschaffungsmittel einzustehen hat⁶⁹. Letztlich ist er als ein Ausfluß des Vertrauensgrundsatzes anzusehen, der allgemeine Geltung hat und nicht auf einen bestimmten Bereich des Rechts beschränkt ist⁷⁰. Bedeutung kommt diesem Rechtsgedanken im Verwaltungsrecht jedoch fast ausschließlich im Hinblick auf Geldschulden zu⁷¹, so daß der im Rahmen eines verwaltungsrecht-

⁶⁷ Vgl. z. B. § 28 Warenzeichengesetz (WZG) idF. v. 9. 5. 1961 (BGBl. S. 574); § 23 Reichspressegesetz v. 7. 5. 1874 (RGBl. S. 65) und die entsprechenden Vorschriften der neueren Landespressgesetze.

⁶⁸ Vgl. auch Art. 197 II 2 wüEVRO: „Ist der geschuldete Gegenstand nur der Gattung nach bestimmt, so gilt der Schuldner nicht als unvermögend, solange die Leistung aus der Gattung möglich ist.“

⁶⁹ Vgl. auch RGZ 75, S. 337; 106, S. 181.

⁷⁰ Dazu vgl. u. § 44 a).

⁷¹ Zu der Streitfrage, ob die Geldschuld eine echte Gattungsschuld oder eine dieser nur in ihren Grundsätzen angepaßte Wertsummenschuld ist, vgl. *Larenz* § 13 III.

lichen Schuldverhältnisses zu einer Geldzahlung Verpflichtete seine Zahlungsunfähigkeit stets zu vertreten hat und damit eine Haftungsfolge zu seinen Lasten in o. beschriebenem Ausmaß auslöst. Dieser Rechtsgedanke hat im Prinzip bereits in das staatliche und kommunale Haushaltsrecht Eingang gefunden, wenn dort anerkannt wird⁷², daß der Mangel an Haushaltsmitteln nicht die Verweigerung einer Erfüllung von Ansprüchen Dritter rechtfertigt. Für eine unterschiedliche Behandlung der Träger hoheitlicher Verwaltung und der Zivilpersonen jeweils als Schuldner eines auf Geldzahlung gerichteten verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnisses besteht jedoch kein Anlaß. Es liegt daher insoweit ein allgemeiner, auch für das Verwaltungsrecht geltender Rechtsgedanke vor⁷³.

§ 40 Die Zurechnung fremden Verschuldens

Eine der wichtigsten Fragen des Verwaltungsschuldrechts und damit auch einer gesonderten Erörterung würdig ist das Problem der Zurechnung fremden Verschuldens. Eine dahingehende Ausdehnung der Schuldnerverantwortlichkeit über die Verantwortung für eigenes Verschulden hinaus ist sowohl in der Rechtsprechung⁷⁴ als auch in der Wissenschaft⁷⁵ eingehend behandelt, und man kann heute schon von einer allgemein anerkannten Rechtsansicht des Inhalts ausgehen, daß die in § 278 BGB zum Ausdruck gekommene Erweiterung der Verantwortlichkeit des Schuldners auch im Verwaltungsrecht stattfindet⁷⁶. Man kann sogar feststellen, daß die Anerkennung verwaltungsrechtlicher Schuldverhältnisse gleichsam ihren Ausgangspunkt in der Diskussion über die Gel-

⁷² Vgl. *Wolff* § 162 II c).

⁷³ Unzutreffend ist es, wenn *Eckert* (aaO.) dem Grundsatz des § 279 BGB im Verwaltungsrecht einen Teil seiner Bedeutung mit dem Bemerkten abspricht, der Staat sei sowieso immer dadurch leistungsfähig, daß er sich die Mittel durch öffentliche Abgaben verschaffen kann. Denn ein großer Teil, wenn nicht sogar der bei weitem überwiegende, der auf eine Geldzahlung gerichteten verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnisse beinhaltet eine entsprechende Leistungspflicht der Zivilpersonen, auf die dieses — ohnehin in seiner Rechtfertigung etwas zweifelhafte — Argument nicht zutrifft.

⁷⁴ Vgl. z. B. RGZ 84, S. 239; 98, S. 343; 102, S. 6; 112, S. 290 ff.; 115, S. 420 ff.; 130, S. 98; 135, S. 13; 138, S. 41 f.; 152, S. 131 f.; 162, S. 149; 172, S. 174; BGHZ 1, S. 383; 3, S. 162 ff.; v. 13. 12. 1951: NJW 1952, S. 382; 6, S. 26; 9, S. 145; 24, S. 325; v. 7. 2. 1963: VerwRspr. 15, S. 882 (Nr. 263); v. 16. 4. 1964: NJW 1964, S. 1670; v. 14. 10. 1964: NJW 1965, S. 198.

⁷⁵ Vgl. z. B. *Peters* S. 156; *Wolff* § 44 II b); *Bergmann* S. 121 ff.; *Koch* S. 50; *Palandt-Danckelmann* § 278 Anm. 5; *Schack*: RVBl. 1935, S. 192; *Denecke*: JR 1953, S. 40 ff.; *Eckert*: DVBl. 1962, S. 15; *Beinhardt*: VerwArch 55 (1964), S. 256.

⁷⁶ AA.: *Josef*: Gruchot 58 (1914), S. 638 ff.; von *Arnswaldt*: Gruchot 73, (1933), S. 459 ff.; *Nebinger* S. 278. Demgegenüber will *Denecke* (aaO.) nur eine subsidiäre Geltung des § 278 BGB annehmen, soweit eine Staatshaftung gemäß § 839 BGB iVm. Art. 34 GG nicht eingreift.

tung des in § 278 BGB zum Ausdruck gekommenen Rechtsgedankens im Verwaltungsrecht findet, indem stets als Voraussetzung einer dahingehenden Ausdehnung der Schuldverantwortlichkeit gefordert wird, daß zwischen den beteiligten Verwaltungsrechtssubjekten eine enge, zur Wahrnehmung von Fürsorge- und Obhutspflichten verpflichtende rechtliche Sonderverbindung besteht. Anzumerken ist dabei jedoch, daß die Frage der Zurechnung fremden Verschuldens in der aufgeführten Rechtsprechung sowie zum großen Teil auch in der Literatur ausdrücklich nicht als eine Teilproblematik eines in seinem Gesamtzusammenhang erkannten Rechtsinstituts des verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnisses behandelt wird, sondern immer nur als eine selbständige Fragestellung des Verwaltungsrechts erscheint⁷⁷.

a) Der in § 278 BGB zum Ausdruck gekommene Rechtsgedanke, daß ein Schuldner für das Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und seiner Erfüllungsgehilfen verantwortlich ist, ist nicht auf das Privatrecht beschränkt, sondern gilt in gleicher Weise auch für das Verwaltungsrecht mit der Maßgabe, daß ebenso wie im bürgerlichen Recht⁷⁸ die Zurechnung des Fremdverschuldens ein bestehendes Schuldverhältnis voraussetzt⁷⁹. Diese Geltung hat hier nicht nur eine Erweiterung der Verantwortlichkeit der am Rechtsverhältnis beteiligten Zivilpersonen zur Folge⁸⁰, sondern sie beinhaltet ebenso eine Ausdehnung der Verantwortlichkeit der Hoheitssubjekte in ihrer Eigenschaft als Schuldner verwaltungsrechtlicher Schuldverhältnisse. Denn der Gedanke der privatrechtlichen Regelung, die dem Gläubiger aus der durch Hinzuziehung von Hilfspersonen von seiten des Schuldners drohenden Gefährdung seiner Interessen entstehenden Nachteile demjenigen anzulasten, in dessen alleiniger Einflußsphäre diese eine ordnungsgemäße Abwicklung des Schuldverhältnisses gefährdende Auswahl der „Erfüllungsgehilfen“ liegt, besitzt allgemeine Geltung. Das verwaltungsrechtliche Schuldverhältnis ist nämlich gerade gekennzeichnet als eine zivilrechtsähnliche Sonderrechtsbeziehung zwischen mehreren Rechtssubjekten. Von den allgemeinen verwaltungsrechtlichen Rechtsverhältnissen unterscheidet es sich gerade durch ein erhöhtes Leistungsinteresse des Gläubigers verbunden mit erhöhten Sorgfalts- und Obhutspflichten beider am Rechtsverhältnis Beteiligter⁸¹. Dieses zu schützende gesteigerte Leistungsinter-

⁷⁷ Vgl. auch o. § 21.

⁷⁸ RGZ 160, S. 315.

⁷⁹ BGH v. 16. 4. 1964: NJW 1964, S. 1670.

⁸⁰ Dies ergibt sich jedoch nicht, wie *Eckert* (aaO.) annimmt, daraus, daß für die Zivilpersonen eine derartige Verantwortlichkeit aus deren Teilnahme am Privatrechtsverkehr selbstverständlich sei. Denn hier können allein Kriterien des öffentlichen Rechts relevant werden, nicht jedoch eine bestimmte, ausschließlich privatrechtsbezogene Regelung.

⁸¹ Vgl. o. § 9.

teresse des Forderungsberechtigten gebietet zwingend, in gleicher Weise wie im bürgerlichen Recht demjenigen, dem die Vorteile einer Arbeitsteilung durch Hinzuziehung Dritter zugute kommen, auch die hierdurch bedingte Gefahr einer möglichen Nachteilsentstehung aufzubürden.

Die Geltung des in § 278 BGB zum Ausdruck gekommenen Rechtsgedankens im Verwaltungsrecht ergibt sich nicht zuletzt auch daraus, daß er auch hier eine der privatrechtlichen Normierung entsprechende Konkretisierung erfahren hat. So bestimmt § 4 EVO:

„Die Eisenbahn haftet für ihre Bediensteten und für andere Personen, deren sie sich bei Ausführung der von ihr übernommenen Beförderung bedient.“

Daraus erhellt, daß der Gedanke der Zurechnung fremden Verschuldens auf den „Geschäftsherrn“ nicht auf das Zivilrecht beschränkt ist, sondern auch für das Verwaltungsrecht gilt. § 4 EVO ist damit lediglich als eine auf die Besonderheiten des Benutzungsverhältnisses der Bundesbahn zugeschnittene Konkretisierung dieses allgemeinen Rechtsgedankens zu kennzeichnen.

b) Die gegen diese Ansicht vorgetragene Gründe vermögen demgegenüber nicht zu überzeugen. Soweit diese sich gegen eine Übereinstimmung der zugrunde liegenden Interessenlagen wenden⁸², können sie durch die bisherigen Erörterungen bereits als widerlegt gelten. Erwähnung verdient damit nur noch die Meinung *Deneckes*⁸⁴, der aus der Verschiedenheit der Tatbestandsvoraussetzungen (Subsidiarität der Amtshaftung, § 839 I 2 BGB) und der Rechtsfolgen (keine Zubilligung von Schmerzensgeld bei vertraglicher Haftung) nur eine subsidiäre Geltung des Rechtsgedankens des § 278 BGB lediglich für die Fälle annehmen will, in denen eine Haftung des Staates nach den Grundsätzen der Amtshaftung ausscheidet.

c) Ist selbst bei Zugrundelegung der von *Denecke* angenommenen Subsidiarität auch eine weitgehende Erfassung der zu entscheidenden Sachverhalte gewährleistet, so ist doch die von diesem vorgenommene Einschränkung aus grundsätzlichen Erwägungen heraus abzulehnen. Dabei ist es zunächst fraglich, warum — unterstellt man diese Subsidiarität einmal als geboten — lediglich eine Haftung aus § 839 BGB iVm. Art. 34 GG vorrangig sein soll, und nicht auch die übrigen Haftungsbestände im System staatlicher Ersatzleistungen, so vornehmlich die Haftung aus enteignungsgleichem Eingriff, einer Anwendung des § 278

⁸² AA. die hM. (vgl. o. S. 68 Fußn. 74), die hierin einen privatrechtlichen Rechtssatz erblickt. Die Zweifel an dieser Lehre werden jedoch durch die Existenz dieser Vorschrift noch verstärkt, da angesichts der Regelung in § 278 BGB bei privatrechtlicher Ausgestaltung des Benutzungsverhältnisses die Anordnung in § 4 EVO überflüssig wäre.

⁸³ So weitgehend *Josef* und von *Arnswaldt* (aaO.).

⁸⁴ JR 1953, S. 40 ff.

BGB vorgehen sollen. Erscheint damit bereits die Heranziehung der Amtshaftung in diesem Sinne als willkürlich, so kann auch im übrigen der These *Deneckes* nicht gefolgt werden. Denn die Erkenntnis eines Rechtsgedankens als allgemein und damit über das eine entsprechende Normierung beinhaltende Rechtsgebiet hinaus geltend hat stets dessen primäre Geltung auch in dem regelungsbedürftigen Sachgebiet zur Folge, es sei denn, dieser Rechtsgedanke sei seinem Wesen nach auf eine subsidiäre Geltung angelegt. Dies folgt unmittelbar aus dem Begriff des allgemeinen Rechtsgedankens, der in gleicher Weise Teil des ihn durch die ausdrückliche Normierung indizierenden sowie des eine entsprechende Normierung ermangelnden Rechtsbereichs ist⁸⁵. Die inhaltliche Konkretisierung des Rechtsgedankens kann zwar, durch die Besonderheiten des jeweiligen Rechtsgebietes bedingt und durch die Beschränkung der konkret vorgestellten Normsituation auf diesen Bereich des Rechts hervorgerufen, in einzelnen Tatbestandserfordernissen zu jeweils unterschiedlichen Voraussetzungen einer Rechtsfolgeanordnung führen. Sie kann jedoch nicht zur Folge haben, daß die in ihrer Allgemeingültigkeit erkannte und damit in ihrer über die konkrete Normierung hinausreichenden Geltung anerkannte Bewertung eines Interessenkonflikts in ihrer Anwendbarkeit auf einen regelungsbedürftigen Sachverhalt wiederum in Frage gestellt wird. Die wesensmäßigen und funktionellen Besonderheiten des eine Regelung ermangelnden Sachgebiets können damit nur zu einer Modifizierung der indizierenden Norm im Hinblick auf einzelne Tatbestandselemente, nicht jedoch zu einer teilweisen Aufhebung dieser aus der Eigenschaft als allgemeine Rechtsgedanken folgenden Geltung führen. Es ist daher unzulässig, den allgemeinen Rechtsgedanken, wie *Denecke* es tut, einen ausschließlich lückenausfüllenden Charakter zusprechen zu wollen.

Gegen eine Subsidiarität im vorgenannten Umfang spricht zudem auch die Tatsache, daß auch im Zivilrecht gegen eine Anspruchskonkurrenz zwischen einer Haftung aus Delikt und einer solchen aus schuldrechtlichen Sonderverbindungen trotz der hieran zu stellenden vielfach unterschiedlichen Voraussetzungen und der möglichen Unterschiede in den Rechtsfolgen keine Einwände erhoben werden^{86, 87}.

§ 41 Die regulierende Funktion des Faktors „öffentliches Interesse“

Die von Schuldner oder Gläubiger zu vertretende Leistungsstörung in Gestalt jeder Forderungsverletzung, d. h. der Nicht- und Spätleistung

⁸⁵ Vgl. o. § 32.

⁸⁶ Vgl. die Nachweise o. S. 83 Fußn. 27.

⁸⁷ Ebenso *Eckert*: DVBL 1962, S. 15.

ebenso wie der Schlechtleistung, löst also eine Haftungsfolge aus, deren Rechtsfolgen in weitgehender Übereinstimmung mit den im Zivilrecht für die Fälle von Unmöglichkeit und Verzug normierten Rechtsfolgeanordnungen stehen. Dabei ist es jedoch bisher offengeblieben, nach welchen Faktoren die Bestimmung der im Einzelfall gebotenen Rechtsfolgeanordnung getroffen wird, ob diese einem Gebot der der Verwaltungstätigkeit immanenten Rangfolge einzelner verschiedener Interessen folgt, oder ob sie etwa in das Belieben der am Rechtsverhältnis beteiligten Verwaltungsrechtssubjekte gestellt ist.

Die sich aus der Anwendung des Haftungsgrundsatzes ergebenden Rechtsfolgen wurden in der Weise gewonnen, daß besonders typische Sachverhalte, die sich aus der Natur des verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnisses als einer Leistungsbeziehung zwischen mehreren Rechtssubjekten des Verwaltungsrechts ergeben, zugrunde gelegt wurden. Die auf diese Weise ermittelten Rechtssätze können nunmehr sowohl gewisse Umgestaltungen erfahren, als auch in ihrer konkreten Anwendung in bestimmten Richtungen festgelegt werden. Ersteres erfolgt namentlich durch grundlegende Veränderungen der Sachverhalte, die nicht als eine jeweils konstante Größe begriffen werden können, sondern in gewisser Hinsicht variabel sind⁸⁸ und damit die Allgemeingültigkeit des Rechtssatzes in gleichem Umfang beschränken. Da die bei der Konkretisierung des Haftungsgrundsatzes zugrunde gelegten hypothetischen Sachverhalte jedoch aus dem Wesen des Rechtsbegriffs „Schuldverhältnis“ unmittelbar abgeleitet sind, ihre Ausgestaltung damit mehr durch sachliche Notwendigkeiten als durch irgendwelche situationsabhängige Zufälligkeiten bedingt ist, kann doch von einer nicht unerheblichen Allgemeingültigkeit der hier entwickelten Haftungsnormen ausgegangen werden. Insoweit können daher auch die Möglichkeiten einer Änderung der ermittelten Rechtssätze im Zusammenhang dieser Untersuchung außer Betracht gelassen werden.

Anders jedoch verhält es sich mit der Frage einer Festlegung bestimmter Haftungsfolgen durch außerhalb des Begriffs des verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnisses zu lokalisierende Faktoren, die für das gesamte Recht der öffentlichen Verwaltung gelten und damit allgemeine Bedeutung besitzen. Eine in dieser Weise regulierende Funktion ist in erster Linie dem „öffentlichen Interesse“ zuzusprechen.

a) Der Begriff des „öffentlichen Interesses“, dessen Wahrung und Förderung den Trägern öffentlicher Verwaltung als eine zweckgemäße

⁸⁸ *Wolff* „Rechtsgrundsätze“ S. 44.

⁸⁹ Zum folgenden vgl. insbes. *Wolff* § 29 und die eingehende Studie von *Weustenfeld*: „Die Bedeutung des Gemeinwohls im Rechts- und Staatsdenken der Gegenwart“, Diss. jur Münster 1962.

Ausübung der ihnen anvertrauten Hoheitsbefugnisse erscheint und in dem gleichzeitig jede Tätigkeit der öffentlichen Verwaltung ihre Ermächtigung und ihre Schranke findet, kann noch nicht als in vollem Umfang geklärt angesehen werden, nicht zuletzt eine Folge der Tatsache, daß an seiner inhaltlichen Ausfüllung in gleicher Weise wie an derjenigen vieler richtungsweisender Bezeichnungen verpflichtender Werte und Grundbegriffe sehr unterschiedliche Interessen bestehen⁹⁹. Hinzukommt, daß ein derartiger Begriff ebenso wie etwa der der „öffentlichen Sicherheit“ oder der des „öffentlichen Zwecks“ in gewisser Hinsicht auf politische Wertvorstellungen zurückverweist und damit auch insoweit bestimmten Veränderungen in seiner Bedeutung unterworfen ist⁹⁹.

Das „öffentliche Interesse“ und der ihm insoweit gleichzustellende⁹¹ Begriff des „Gemeinwohls“ haben in manchen Gesetzen sowohl privat- als auch öffentlich-rechtlichen Charakters ihren Ausdruck gefunden. So enthalten z. B. § 679 BGB, §§ 36, 80 II 4 VwGO, sowie § 322 LAG Hinweise auf das „öffentliche Interesse“, während z. B. Art. 14 GG, § 51 GewO⁹², § 32 BVerfGG⁹³, §§ 24, 31, 87 BBauG, § 288 AktG⁹⁴, § 81 GenG⁹⁵, §§ 4, 8 KartellG⁹⁶ sowie § 315 III StGB auf das „Wohl der Allgemeinheit“ bzw. das „Gemeinwohl“ verweisen. Eine eingehende Untersuchung dessen, was als „öffentliches Interesse“ bzw. als „Wohl der Allgemeinheit“ zu begreifen ist⁹⁷, würde die durch die vorliegende Themenstellung gebotene Begrenzung der Arbeit überschreiten. Daher sollen sich die folgenden Erörterungen im wesentlichen auf eine Wiedergabe der anerkannten Grundsätze beschränken.

Im Anschluß an die ausführliche Begriffsanalyse H.-J. Wolffs⁹⁸ sind hierbei allgemeine und besondere öffentliche Interessen zu unterscheiden: Danach sind

⁹⁹ Forsthoff S. 17.

⁹¹ Vgl. demgegenüber badStGH v. 3. 7. 1950: VerwRspr. 2, S. 416 (Nr. 96): „Das Allgemeinwohl ist nicht jedes „öffentliches Interesse“, das nach den Nützlichkeits- oder Zweckmäßigkeitserwägungen staatlicher Stellen zur Wahrnehmung staatlicher oder sonstiger öffentlicher Belange bestimmt wird, es hat nicht allein die öffentliche Wohlfahrt und die Macht des Staates zum Inhalt, sondern auch die Wahrung der Gerechtigkeit und des inneren Friedens.“

⁹² Gewerbeordnung für das Deutsche Reich idF. v. 26. 7. 1900 (RGBl. S. 871).

⁹³ Gesetz über das Bundesverfassungsgericht v. 12. 3. 1951 (BGBl. S. 243).

⁹⁴ Gesetz über Aktiengesellschaft und Kommanditgesellschaft auf Aktien v. 30. 1. 1937 (RGBl. S. 107).

⁹⁵ Gesetz, betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften v. 1. 5. 1889 (RGBl. S. 55).

⁹⁶ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen v. 27. 7. 1957 (BGBl. S. 1081).

⁹⁷ Dazu vgl. auch Joachim Baumann S. 71 ff. mit ausführlichen Nachweisen.

⁹⁸ aaO. — Einen anderen Weg schlagen Dürig: „Die konstanten Voraussetzungen des Begriffs „öffentliches Interesse“, Diss. jur. München 1949 und im Anschluß an diesen Hoffmann (S. 32 ff.) ein. Dürig teilt den Begriff auf und

„allgemeine öffentliche Interessen oder öffentliche Gemeininteressen die Interessen einer staatlichen oder sonstigen öffentlichen Gemeinschaft als solcher als einer in ihren Gliedern bestehenden Wirk- und Ordnungseinheit“.

Als diese allgemeinen öffentlichen Interessen konstituierend gelten sowohl die *tatsächlichen* öffentlichen Gemeininteressen, d. s. die zuweilen durch die öffentliche Meinung⁹⁹ oder aber durch ein bestimmtes Handeln der Amtswalter¹⁰⁰ zutage tretenden faktischen Interessen der Staatsbürger als solcher, als auch die *wahren* öffentlichen Gemeininteressen, die zu kennzeichnen sind als die irrtumsfrei erkannten Interessen der Gemeinschaft, die sich

„auf den Bestand einer friedlichen sozialen Ordnung, die Wahrung der Würde und Ehre des Menschen, die Möglichkeit von Besitz, Eigentum und Rechtsverkehr, die Möglichkeit und Förderung von Bildung und Kultur, kurz die Schaffung oder Bewahrung eines den jeweiligen Verhältnissen entsprechenden materiellen Rechtszustandes richten“¹⁰¹.

Mögliche Kollisionen der Gemeininteressen untereinander oder mit Privatinteressen sind entsprechend dem Gebot des ethischen Rechtsgesetzes¹⁰² zum Nachteil der objektiv minderwertigen Interessen zu unterscheiden¹⁰³. Damit ist gleichzeitig eine inhaltliche Klarstellung des Rechtsbegriffs „Gemeinwohl“ erzielt, das als der Inbegriff der danach vorzugswürdigen wahren Gemeininteressen erscheint¹⁰⁴.

Die besonderen öffentlichen Interessen sind demgegenüber

„gemeinsame Interessen bestimmter lokaler oder funktionaler innerstaatlicher Gesamtheiten oder auch einzelner Mitglieder als solcher, die für die staatliche

spricht ihm im Ergebnis einen dreifachen Gehalt zu: (1) einen „äußeren verbalen“ Gehalt = Die Mehrheit der Staatsbürger ist an einem Gegenstand interessiert, weil jener ihr Zusammenleben in einem Gemeinwesen unmittelbar berührt, (2) einen „inneren juristisch praktischen“ Gehalt = Öffentliches Interesse bedeutet die Gesamtheit der öffentlichen Aufgaben, (3) einen weiteren „inneren ethischen“ Gehalt = Öffentliches Interesse bedeutet Gesamtheit der öffentlichen Rechtsgüter. Diese Definition ermangelt jedoch einer hinreichenden Präzisierung, indem sie u. a. auf die Begriffe „öffentliche Aufgaben“ und „öffentliche Rechtsgüter“ abstellt, ohne diese näher zu kennzeichnen.

⁹⁹ Dazu vgl. Wolff § 166 II mwN.

¹⁰⁰ So z. B. die als wahre Gemeininteressen angesehenen Regierungs- oder Fiskalinteressen, die darauf beruhen, daß die staatliche Organisation und die Art ihres Funktionierens von den Amtswaltern als Selbstzweck angesehen werden. Vgl. auch die Beispiele bei Wolff § 29 III a) 1.

¹⁰¹ Wolff § 29 III a) 2. Vgl. auch Gowa S. 39 f.

¹⁰² Vgl. o. S. 122.

¹⁰³ Vgl. z. B. bayVerfGH v. 2. 7. 1954: VerwRspr. 7, S. 290 (Nr. 57): „Das Recht der Allgemeinheit auf den Naturgenuss muß da eine Grenze finden, wo höhere Interessen der Allgemeinheit, z. B. das Interesse an der Reinhaltung des Trinkwassers und damit der Gesundheit der Bevölkerung, eine Einschränkung erfordern.“

¹⁰⁴ Wolff aaO.

oder eine engere Allgemeinheit von Bedeutung sind, oder um deren Schutzes willen die öffentliche Organisation besteht¹⁰⁵.

Auch hier läßt sich, ebenso wie bei den allgemeinen öffentlichen Interessen, eine Untergliederung in faktische und wahre Interessen vornehmen¹⁰⁶, im Kollisionsfalle mit anderen besonderen und mit allgemeinen öffentlichen Interessen sowie mit Privatinteressen ist auch hier das objektive Wertverhältnis entscheidend¹⁰⁷.

Im Zusammenhang dieser Erörterungen vornehmlich von Bedeutung sind die wahren öffentlichen Gemeininteressen. Nicht zuletzt als Folge der gesteigerten Abhängigkeit des einzelnen sowohl von den Darreichungen der öffentlichen Hand¹⁰⁸ als auch von der Mitgestaltung der Daseinsbedingungen durch die übrigen Mitglieder der Gemeinwesen ist es eine unersetzliche Voraussetzung eines menschenwürdigen Daseins ebenso wie der Bildung des einzelnen, daß sich das Leben in der Gemeinschaft nach geordneten und zugleich ordnenden Prinzipien vollzieht. Das bedeutet u. a., daß bei der Voranstellung der jeweils bedeutenderen und der zur Verfolgung der höheren Ziele wertvolleren Interessen¹⁰⁹ die Verfolgung von im Vergleich hierzu minderwertigen sowohl privaten als auch öffentlichen Interessen unmöglich gemacht wird, insoweit sie der Erreichung der höheren Ziele entgegenstehen würde. Hierdurch ist dem einzelnen sowohl unmittelbar als auch mittelbar als Folge des Wertverhältnisses der einzelnen öffentlichen Interessen und der aus diesem folgenden Verhaltensgebote eine höchstmögliche Gewähr persönlich der Entfaltung und Vervollkommnung garantiert, so daß letztlich die Verwirklichung der irrtumsfrei erkannten Interessen der Gemeinschaft, d. h. also der wahren öffentlichen Gemeininteressen, auch im wahren Interesse aller ihrer Mitglieder liegt. Aufgabe der Träger öffentlicher Verwaltung ist es nunmehr, das wahre öffentliche Gemeininteresse zu beachten und zu verwirklichen, insoweit nehmen sie eine Ordnungs- und gleichzeitig Garantiefunktion innerhalb unserer staatlichen Ordnung wahr.

Die Bestimmung, ob eine im Einzelfall zu treffende Maßnahme oder eine sonstige Beeinflussung des Geschehens der Erreichung dieses Zieles dient, erfolgt nicht nach dem subjektiven Dafürhalten der handelnden

¹⁰⁵ Wolff (§ 29 III b) 1) ordnet hier u. a. die verschiedenen Arten sog. Publikumsinteressen ein, so die Interessen der Passanten einer Straße oder etwa der Benutzer einer Bibliothek.

¹⁰⁶ Dazu vgl. Wolff aaO.

¹⁰⁷ Dabei soll jedoch zugunsten der allgemeinen öffentlichen Interessen eine Vermutung der Höherwertigkeit bestehen. So Wolff aaO.

¹⁰⁸ Vgl. o. S. 15 f.

¹⁰⁹ „Fundierende Interessen“ iS Krieles („Kriterien der Gerechtigkeit“ (1963), S. 72 f.).

Amtswalter bzw. der beteiligten Zivilpersonen. Entscheidend sind vielmehr als Folge der verfassungsmäßigen Bindung der Exekutive an Gesetz und Recht (Art. 20 III GG) die in der Verfassung, in Gesetzen und Satzungen oder sonstwie von den legalen Gewalthabern und ihren Organen zum Ausdruck gebrachten und festgelegten öffentlichen Interessen, d. h. die maßgebenden öffentlichen Interessen¹¹⁰. Diese gelten als Ausdruck wahrer Gemeininteressen¹¹¹ und sind damit Leitlinien jeglicher Rechtsgestaltung in den von ihnen jeweils erfaßten Rechtsbereichen.

b) Dieser Tatsache kommt maßgebliche Bedeutung auch für das verwaltungsrechtliche Schuldverhältnis und hier im besonderen der Regelung der Leistungsstörungen zu. Denn die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch gesetzliche oder freiwillige Begründung verwaltungsrechtlicher Sonderrechtsbeziehungen zwischen mehreren Verwaltungsrechtssubjekten hat keine Befreiung von den als maßgebend erkannten öffentlichen Interessen zur Folge. Diese müssen daher auch in der durch eine von Gläubiger oder Schuldner zu verantwortende Forderungsverletzung bedingten konkreten Rechtsgestaltung iS. einer Einflußnahme auf diese zum Ausdruck kommen. Diese Einflußnahme findet nunmehr in der Weise statt, daß den jeweils maßgebenden öffentlichen Interessen eine regulierende Funktion in dem Sinne zuzusprechen ist, daß die Bestimmung der im Einzelfall gebotenen Rechtsfolgen nach dem Maßstab ihrer Vereinbarkeit mit den im konkreten Rechtsverhältnis zu verfolgenden öffentlichen Interessen vorzunehmen ist. In grundlegendem Unterschied zur Regelung des Privatrechts ist es damit nicht als ausschließliches Ziel der aus dem Haftungsgrundsatz sich ergebenden Rechtsfolgeanordnung zu betrachten, dem Berechtigten zu Lasten des für die Forderungsverletzung Verantwortlichen einen höchstmöglichen Ausgleich für die durch die Leistungsstörung entstandenen Nachteile zu gewähren, bzw. die ihm allein auf Zumutbarkeitserwägungen beruhenden Rechte zuzubilligen und die Auswahl des im Einzelfall in Anspruch zu nehmenden Rechts weitgehend in sein Belieben zu stellen. Entscheidend für die Anordnung der Sekundärverpflichtungen muß vielmehr in erster Linie das im konkreten verwaltungsrechtlichen Sachbereich maßgebende öffentliche Interesse sein, d. h. also z. B. die Erzielung des durch subventionierende Gesetze erstrebten Erfolges, die weitere Inverwahrnahme der aus Gründen der Gemeingefährlichkeit beschlagnahmten Gegenstände oder etwa die weitere Ermöglichung des Schulbesuchs der Kinder einer Nachbargemeinde in den Schulen der aufgrund eines Gastschulvertrages zur Aufnahme verpflichteten Gemeinde.

¹¹⁰ H.-J. Wolff § 29 IV a).

¹¹¹ Zu den Einzelheiten vgl. Wolff aaO.

Im Falle einer verwaltungsrechtlichen Leistungsstörung ist daher zunächst das konkret zu verwirklichende öffentliche Interesse zu ermitteln, wobei dies durch Heranziehung der dem Schuldverhältnis zugrunde liegenden Rechtssätze oder, falls solche fehlen, durch Ermittlung der zu erfüllenden öffentlichen Aufgaben zu geschehen hat. Da es ein zweckfreies Verwaltungshandeln nicht gibt, darüber hinaus alle öffentliche Verwaltungstätigkeit und die mit dieser in unmittelbarem Zusammenhang stehende Tätigkeit der Zivilpersonen an der Erfüllung öffentlicher Aufgaben orientiert ist¹¹², muß sich auch innerhalb eines jeden verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnisses ein maßgebendes öffentliches Interesse aufzeigen lassen, dem eine regulierende Funktion iS. einer Anordnung der im Einzelfall gebotenen Rechtsfolge zuzusprechen ist. Ein Wahlrecht zwischen mehreren möglichen Rechtsfolgen zugunsten des durch die Forderungsverletzung Betroffenen ist nur insoweit anzuerkennen, als das so verstandene öffentliche Interesse die Anordnung mehrerer verschiedener Rechtsfolgen in gleicher Weise zuläßt¹¹³.

Dies mag an folgendem Beispiel verdeutlicht werden: In der Volksschule einer Landgemeinde ist in höchst mangelhafter Weise für eine sorgfältige Aufbewahrung der von den Schülern abgelegten Garderobe Vorsorge getroffen, so daß Beschädigungen ebenso wie Verschmutzungen an der Tagesordnung sind, in einigen Fällen sogar einige Kleidungsstücke abhanden kamen. Es bedarf keiner weiteren Erörterung¹¹⁴, daß hier eine vom Schulträger zu verantwortende Forderungsverletzung innerhalb des zwischen ihm und dem Schüler bestehenden verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnisses gegeben ist. Die Anordnung der hieraus folgenden Sekundärverpflichtung kann nach den dargestellten Grundsätzen erst nach vorheriger Ermittlung des maßgebenden öffentlichen Interesses erfolgen. Dieses besteht in der Erziehung der Schüler, der Vermittlung von Wissen und Können und der Bildung von Herz und Charakter¹¹⁵. Die Bestimmung der Haftungsfolgen muß daher eine Beeinträchtigung dieses Zieles nach Möglichkeit zu vermeiden suchen. Als Rechtsfolge dieser Leistungsstörung kommt damit nur eine Scha-

¹¹² Vgl. o. S. 29 f., 39 f. Vgl. auch Ruck S. 346 f.

¹¹³ Hierin ist letztlich auch die Begründung dafür zu sehen, daß ein verzugsbedingter Wegfall des Gläubigerinteresses an der Leistung des Schuldners dem Berechtigten idR. nicht die Befugnis verleiht, die Annahme der ursprünglich geschuldeten Leistung zu verweigern und stattdessen eine Rückabwicklung des Schuldverhältnisses oder eine Schadensersatzleistung wegen Nichterfüllung zu verlangen. Vgl. o. S. 142 f.

¹¹⁴ Die der Schulverwaltung hinsichtlich der Ausstattung des Schulgebäudes obliegende Sorgfaltspflicht ist im Interesse der Schüler nicht zu gering zu bemessen. Ein Beispiel hierzu enthält die Entscheidung des BGH v. 4. 7. 1960: MDR 1960, S. 911.

¹¹⁵ Dazu vgl. Stephany S. 45 f.

denersatzverpflichtung des Schulträgers unter Aufrechterhaltung der primären Leistungsverpflichtung in Betracht. Die sonstigen Rechtsfolgen eingetretener Leistungsstörungen, so etwa ein Rücktritt, müssen demgegenüber bereits aus Gründen ihrer Unvereinbarkeit mit den hier maßgebenden öffentlichen Interessen ausscheiden.

Das „öffentliche Interesse“ ist damit unmittelbarer Bestandteil der Haftungsnorm, wobei es jeweils seine inhaltliche Ausfüllung aus dem konkreten Rechtsgebiet empfängt und damit die Anordnung der im Einzelfall gebotenen Rechtsfolge in Übereinstimmung mit den Zielen des jeweiligen verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnisses vornimmt.

c) Unter Zugrundelegung der o. § 14 gefundenen Einteilung der Schuldverhältnisse des Verwaltungsrechts soll im folgenden anhand einiger dort aufgeführter Beispiele verwaltungsrechtlicher Sonderrechtsbeziehungen die hier entwickelte Methode einer Lösung der Leistungsstörungen dargestellt werden:

(1) Gemäß § 20 I des SchulkostenG hat eine Gemeinde, in deren Schulen Kinder einer Nachbargemeinde unterrichtet werden, Anspruch auf Gewährung eines durch diese Nachbargemeinde zu erbringenden Schulbeitrages¹¹⁶. Diese Regelung soll einen kostenmäßigen Ausgleich der Vor- und Nachteile aus der Unterrichtung von nicht gemeindeangehörigen Schülern schaffen und dabei die Erteilung eines den allgemeinen Anforderungen genügenden Schulunterrichts an alle Schüler ermöglichen: die Schüler der Nachbargemeinde sind nicht auf den Besuch von Schulen angewiesen, die infolge einer Finanzschwäche ihrer Gemeinde völlig unzureichend sind, für die Schüler der aufnehmenden Gemeinde braucht eine durch die erhöhte Inanspruchnahme ihrer Schule begründete Gefährdung des Unterrichtszweckes nicht befürchtet werden. Denn durch die zu zahlenden Schulbeiträge wird eine entsprechende Ausgestaltung der Anstalt ermöglicht. Dieser Zweck des Gesetzes ist auch bei der Anordnung der sekundären Leistungspflichten zugrunde zu legen. Das bedeutet, daß z. B. eine verzögerte Zahlung der Beiträge nicht eine Aufhebung des Rechtsverhältnisses zur Folge haben kann, da das öffentliche Interesse an einer zufriedenstellenden Unterrichtung der Schüler sowohl der aufnehmenden als auch der Nachbargemeinde maßgebend bleibt und eine Aufrechterhaltung der zwischen den Gemeinden bestehenden Rechtsbeziehung gebietet. Als Rechtsfolge dieser Leistungsstörung kommt daher nur eine Schadensersatzpflicht der Nachbargemeinde unter Beibehaltung ihrer Beitragspflicht in Betracht.

(2) Bei einer durch eine Einweisung von Seiten der Sozialbehörden veranlaßten unentgeltlichen Krankenbehandlung in öffentlichen Kran-

¹¹⁶ Vgl. o. S. 61.

kenanstalten entsteht ein einen Hoheitsträger einseitig verpflichtendes verwaltungsrechtliches Schuldverhältnis zwischen dem Träger der Anstalt und dem Patienten¹¹⁷, innerhalb dessen als maßgebendes öffentliches Interesse die Gewährung einer Krankenbehandlung auch für sozial schwächere Bevölkerungskreise bestimmend ist. Innerhalb dieses Rechtsverhältnisses sind Forderungsverletzungen mannigfacher Art denkbar, so z. B. eine unsachgemäße Behandlung durch Arzt oder Pflegepersonal oder etwa die Außerachtlassung sonstiger Sorgfaltspflichten von Seiten der Krankenhausverwaltung. Bei der Anordnung der sich hieraus ergebenden Sekundäransprüche scheint zunächst das als maßgebend herausgestellte öffentliche Interesse ohne Bedeutung zu sein, da eine stationäre Behandlung idR. nicht notwendig durch die ursprünglich angewiesene Anstalt durchgeführt werden muß, sondern nach Aufhebung des zunächst begründeten Rechtsverhältnisses auch in einer anderen Krankenanstalt geschehen kann. Der Eintritt der Rechtsfolgen einer ersatzlosen Aufhebung des Behandlungsverhältnisses, des Rücktritts sowie des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung und des Schadensersatzes neben der weiterbestehenden Hauptverbindlichkeit scheint daher ausschließlich dem Wahlrecht des Gläubigers überlassen zu sein, das als regulierender Faktor herausgestellte „öffentliche Interesse“ damit zu versagen.

Bei der Bewertung dieser gesamten Sachlage muß jedoch beachtet werden, daß derartige Maßnahmen der Gesundheitsfürsorge nur dann sinnvoll durchgeführt werden können, wenn nicht bereits jede leichte Beeinträchtigung des Behandlungsverhältnisses dessen Bestand in Frage zu stellen vermag. Denn eine mehr oder weniger in das Belieben des einzelnen Patienten gestellte Unterbrechung der Behandlung, eine dadurch notwendig werdende Neueinweisung mit den hiermit verbundenen zusätzlichen Belastungen würde eine zufriedenstellende Arbeit der Gesundheitsbehörden auf die Dauer erheblich behindern, wenn nicht sogar unmöglich machen. Die Störungen des Leistungsverhältnisses müssen daher stets erheblich sein, wenn daraus eigene Rechte des Patienten erwachsen sollen. Das in diesen Fällen maßgebliche öffentliche Interesse verbietet somit die Herleitung eigener Rechte bereits aus jeder Beeinträchtigung des zur unentgeltlichen Behandlung eingewiesenen Patienten, sondern setzt bereits eine gewisse Erheblichkeit der Forderungsverletzung im Hinblick auf den erstrebten Behandlungserfolg voraus. Ist diese gegeben, kann der einzelne jedoch Schadensersatz neben oder anstelle einer Erfüllung der ursprünglichen Leistungspflicht genau so verlangen, wie er auch ein Rücktrittsrecht ausüben kann.

¹¹⁷ Vgl. o. S. 64.

(3) Ist eine Zivilperson wegen zu Unrecht erhaltener Subventionen oder Sozialhilfe zur Rückgewähr des Erlangten verpflichtet¹¹⁹, so kann eine Verzögerung der Erfüllung keine Aufhebung dieses Rechtsverhältnisses bewirken. Denn das öffentliche Interesse an einer Rückgewähr des aus öffentlichen Mitteln rechtsgrundlos erlangten Vermögensvorteils gebietet eine Durchsetzung dieses Anspruchs unter allen Umständen und läßt einer Berücksichtigung sonstiger Erwägungen, wie etwa eines verzugsbedingten Wegfalls des Leistungsinteresses auf Seiten der Hoheitsträger als Gläubiger keinen Raum. Es kommt daher insoweit aus Gründen des öffentlichen Interesses stets nur eine Schadensersatzpflicht in Betracht.

(4) In den Fällen der Leistungsstörungen verwaltungsrechtlicher Schuldverhältnisse zwischen mehreren Hoheitsträgern¹²⁰ stehen sich meist verschiedene, einander widerstreitende öffentliche Interessen gegenüber, deren rangmäßige Einstufung nicht selten Schwierigkeiten bereitet und damit eine Bestimmung der konkreten Rechtsfolgen erschweren kann. So kann sich innerhalb des Vertragsverhältnisses zwischen einer Stadt und der Deutschen Bundesbahn über die Herstellung eines Eisenbahnanschlusses für den städtischen Hafen¹²¹ eine Leistungsstörung daraus ergeben, daß die Bundesbahn eine Erfüllung ihrer Leistungspflicht unter Hinweis auf notwendige Rationalisierungsmaßnahmen oder eine von ihr nach Abschluß der Vereinbarung aufgestellte neuere Verkehrsplanung ablehnt. Hier steht nunmehr dem Interesse der Stadt an einer Verbesserung der Gesamtverkehrssituation mit allen sich daraus ergebenden Folgen (z. B. verbesserte Transportmöglichkeiten für die Erzeugnisse der ortsansässigen Unternehmen, Import- und Exportbestrebungen) das Interesse der Bundesbahn an einer Verbesserung ihrer Finanzsituation oder etwa an einer ihrer neuesten Planung entsprechenden Gestaltung ihres Verkehrsnetzes gegenüber. Eine Vorrangigkeit dieser oder jener Interessensphäre kann nicht nach abstrakten Merkmalen festgelegt werden, sondern läßt sich erst nach genauer Prüfung sämtlicher Kriterien des Einzelfalles feststellen, und damit kann auch die Frage, ob durch dieses oder jenes öffentliche Interesse eine der für die Fälle der Leistungsstörungen zur Verfügung stehenden Rechtsfolgen ausgeschlossen oder umgekehrt ihre Anwendung geboten wird, nicht generell, sondern erst nach Kenntnis aller Momente des Einzelfalles beantwortet werden.

Die überragende Bedeutung des Faktors „öffentliches Interesse“ wird hier ebenso deutlich wie in den folgenden, in den Zusammenhang der

¹¹⁹ Sog. öffentlich-rechtliche Erstattungsverhältnisse, vgl. o. S. 64.

¹²⁰ Vgl. o. S. 64 f.

¹²¹ Vgl. o. S. 65.

zweiseitig verpflichtenden verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnisse zwischen Hoheitsträgern gehörenden Verträgen zwischen mehreren Industrie- und Handelskammern über die gemeinsame Errichtung und Unterhaltung von Fachschulen¹²². Das hier maßgebende öffentliche Interesse, zu dessen Erreichung beide Partner zusammenzuwirken sich verpflichtet haben, ist die Weiterbildung der Fachkräfte einzelner Berufsgruppen. An diesem Ziel ist auch die Auswahl der Sekundärverpflichtungen zu orientieren. Das bedeutet, daß nur eine den endgültigen Zweck vereitelnde Forderungsverletzung eine Aufhebung des Rechtsverhältnisses zuläßt und nach dem Maßstab der Verantwortlichkeit eine Schadensersatzverpflichtung begründet, die dem vertragstreuen Partner eine Weiterführung der Schule bis zu einer endgültigen Neuregelung der Trägerschaft ermöglicht. In allen übrigen Fällen der Leistungsstörungen, so z. B. in einem vereinzelt verspäteter Mitwirkungshandlungen bei der Verpflichtung von Fachkräften oder der verspäteten Zahlung bestimmter Tilgungsraten und hierdurch bedingter Nachteile durch notwendig werdende kurzfristige Finanzplanungen, läßt das in diesem Rechtsverhältnis maßgebende öffentliche Interesse lediglich die Entstehung von Schadensersatzansprüchen neben den weitergeltenden Primäransprüchen zu.

(5) Im Verhältnis zu den bisher aufgeführten Beispielen ist die Bedeutung des Faktors „öffentliches Interesse“ vergleichsweise gering bei Leistungsstörungen verwaltungsrechtlicher Schuldverhältnisse zwischen Zivilpersonen. Treffen z. B. Hauseigentümer und Mieter eine Vereinbarung dahingehend, daß der Mieter die Reinigungspflicht gemäß §§ 5, 6 prWegeReinG übernimmt¹²³, so ist das hier maßgebende öffentliche Interesse an der Reinhaltung der öffentlichen Verkehrswege augenscheinlich. Dieser Zweck ist jedoch auch bei einer Aufhebung dieser Vereinbarung nicht gefährdet, da in diesem Falle wiederum die Verpflichtung des Hauseigentümers zum Tragen kommt. Den Parteien stehen daher im Falle zu vertretender Leistungsstörungen sämtliche hier dargelegten Rechtsfolgen zur Verfügung.

Die gleichen Erwägungen gelten für die Vereinbarungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer über die Übernahme der Arbeitnehmeranteile aus der Sozialversicherung durch den Arbeitgeber¹²⁴. Auch hier ist der Zweck der Vereinbarung, eine Sicherung des Arbeitnehmers zu erreichen, nicht gefährdet, wenn diese Abrede aus irgendwelchen Gründen in Wegfall kommt, da dann wiederum die anteilige Verpflichtung des Arbeitnehmers eintritt und einen Verlust der Rechte aus der So-

¹²² Vgl. o. S. 65.

¹²³ Vgl. o. S. 66.

¹²⁴ Vgl. o. S. 66.

zialversicherung verhindert. Seinem Individualinteresse kann jedoch mit der Zubilligung eines entsprechenden Schadensersatzanspruchs bei vom Arbeitgeber zu vertretender Leistungsstörung Genüge getan sein. Auch in diesem Falle spielt daher das öffentliche Interesse für die Anordnung der Sekundärverpflichtung nur eine untergeordnete Rolle.

(6) Ungleich größer ist dagegen die Bedeutung dieses Faktors wiederum in den zweiseitig verpflichtenden Schuldverhältnissen zwischen Hoheitssubjekten und Zivilpersonen¹²⁵. Ein sehr anschauliches Beispiel bieten hier vor allem die vertraglich begründeten Subventionsverhältnisse: So konnte nach dem Gesetz über Darlehen zum Bau und Erwerb von Handelsschiffen v. 27. 9. 1950 (BGBl. S. 684) beispielsweise ein Wiederaufbaudarlehen unter den dort (§§ 5, 6) aufgeführten Vergünstigungen erhalten, „wer nach dem 31. 8. 1939 ein Seeschiff oder ein Seeschiffsbauwerk verloren und nach dem 30. 11. 1949 zum Ersatz dafür den Neubau eines Handelsschiffs . . . in Auftrag gegeben oder ein Handelsschiff . . . erworben hat“ (§ 1). Das für die nach diesem Gesetz begründeten Rechtsverhältnisse maßgebende öffentliche Interesse ist der Wiederaufbau einer deutschen Handelsflotte. Diese Zweckvorstellung ist auch unmittelbar bestimmend für die Anordnung der sekundären Leistungspflichten: Jede die Erreichung dieses Zwecks vereitelnde Forderungsverletzung auf seiten des Subventionsempfängers gebietet eine Aufhebung dieses Vertrages, während umgekehrt jede Leistungsstörung, die nicht den Zielen dieses Gesetzes unmittelbar zuwiderläuft, wie etwa die Nichteinhaltung bestimmter Meldevorschriften oder eine Änderung der Beteiligungsverhältnisse innerhalb einer Reederei-Gesellschaft, die Aufhebung des Subventionsverhältnisses verbietet, ohne jedoch den Eintritt bestimmter Schadensersatzverpflichtungen auszuschließen. Die regulierende Funktion des Faktors „öffentliches Interesse“ wird hier ebenso deutlich wie in den Fällen öffentlich-rechtlich ausgestalteter Benutzungsverhältnisse in Ansehung öffentlicher Einrichtungen¹²⁶. Auch hier verbietet idR das öffentliche Interesse an der konkret dargebotenen Leistung (z. B. Bäder, Verkehrsbetriebe, wissenschaftliche Bibliotheken) eine Aufhebung des Benutzungsverhältnisses bereits bei Vorliegen jeder Leistungsstörung. Die Forderungsverletzung muß vielmehr erheblich sein und dadurch eine konkrete Gefährdung für diese Leistungsgewährung begründen. In allen übrigen Fällen kann eine Leistungsstörung nur zur Entstehung von Schadensersatzverpflichtungen führen.

Letztlich wird der hier hervorgehobene Gedanke einer durch das öffentliche Interesse gebotenen Aufrechterhaltung des verwaltungs-

¹²⁵ Vgl. o. S. 66 f.

¹²⁶ Vgl. o. S. 68.

rechtlichen Schuldverhältnisses verdeutlicht durch einen Hinweis auf die möglichen Pflichtwidrigkeiten innerhalb eines Beamtenverhältnisses. Auch dort kann eine Aufhebung des Rechtsverhältnisses gegen den Willen des Beamten nur im Falle schwerer Pflichtverletzungen Platz greifen (z. B. §§ 28 ff. BBG), während im übrigen auch hier nur die Anordnung von Schadensersatzansprüchen zulässig ist.

Durch diese notwendig beispielhafte Darstellung des Lösungsvorgangs bei Vorliegen von Leistungsstörungen einzelner verwaltungsrechtlicher Schuldverhältnisse wird bereits die unmittelbar bestimmende Funktion des Faktors „öffentliches Interesse“ deutlich, dessen inhaltliche Ausfüllung stets im Rückgriff auf die Zweckvorstellungen der jeweiligen Rechtsverhältnisse vorzunehmen ist.

Gleichzeitig wird hier offenbar, daß — im Gegensatz zum Privatrecht — das System der Leistungsstörungen im Verwaltungsrecht nicht eine festgefügte Ordnung, keine für alle Rechtsverhältnisse in gleicher Weise geltende Summe von Rechtssätzen ist, sondern eine in stärkerem Maße von den Zielen und Zweckvorstellungen der einzelnen Rechtsverhältnisse abhängige, den Besonderheiten des jeweiligen Einzelfalles angepaßte Methode zur Auffindung der konkret zur Anwendung kommenden Rechtsfolge.

§ 42 Leistungsstörungen ohne Verschulden

Bei der bisherigen Untersuchung wurde dem Erfordernis einer Verantwortlichkeit bei Verursachung einer Leistungsstörung entscheidendes Gewicht beigemessen¹²⁷. Damit stellt sich die Frage, ob bei Fehlen dieser Voraussetzung, d. h. also einer zufälligen Leistungsstörung, gleichfalls eine Haftungsfolge ausgelöst wird, oder ob die Beteiligten von ihren Leistungspflichten ersatzlos befreit werden.

Bei der Erörterung dieser Fragestellung ist davon auszugehen, daß dem Leistungsverpflichteten die Erfüllung seiner Primärverbindlichkeit aus dem Grunde obliegt, daß er entweder sich freiwillig verpflichtet hat, eine bestimmte Leistung zu erbringen oder aber als Folge der Erfüllung eines gesetzlichen Tatbestandes zu einem bestimmten Verhalten verpflichtet ist. In jedem Falle ist er einem übergeordneten Gläubigerinteresse unterworfen, zu dessen Erfüllung er die durch die konkret verfolgte öffentliche Aufgabe geforderte Sorgfalt anzuwenden hat.

Eine Verletzung der durch das Schuldverhältnis festgesetzten Verhaltenspflichten kann die Herbeiführung des Leistungserfolges gefähr-

¹²⁷ Vgl. o. § § 37—40.

den oder sogar vollends verhindern. Zur Herleitung bestimmter Sekundärverpflichtungen aus diesem Tatbestand darf jedoch nicht allein die objektive Pflichtwidrigkeit genügen. Denn jede Haftungsfolge läßt für den Leistungsverpflichteten eine aus dem Gedanken der Genugtuung für die entgangene Interessenbefriedigung auf seiten des Partners geborene Sekundärverpflichtung entstehen, die ihn mit einer im Verhältnis zu seiner bisherigen Leistungspflicht andersartigen Obliegenheit belastet. Eine derartige Abänderung des Schuldverhältnisses aus Gründen einer Pflichtwidrigkeit muß jedoch eine Vorwerfbarkeit des die Haftungsfolge auslösenden Verhaltens voraussetzen. Denn die Aufstellung eines Verhaltensgebotes ist nur dort sinnvoll, wo dem Verpflichteten auch die Möglichkeit dessen Mißachtung offensteht. Damit wird gleichzeitig die Erfüllung jeder Verbindlichkeit stets zum Ausdruck eines Willens zur Erbringung der geschuldeten Leistung bei gleichzeitiger Verwerfung sämtlicher der Herstellung des Leistungserfolges abträglicher Momente. Die Herbeiführung der im öffentlichen Interesse liegenden Erfüllung eines verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnisses ist also stets die Folge eines dahingehenden Willensentschlusses und damit gleichzeitig des Bemühens, bei jedem Tätigwerden im Interesse des Gläubigers die Sorgfalt anzuwenden, die die Erfüllung der konkret verfolgten öffentlichen Aufgabe nicht in Frage stellt. Durch diese Überlegung wird gleichzeitig verdeutlicht, daß das Fehlen einer dahingehenden subjektiven Einstellung der Partner eine ordnungsmäßige Abwicklung des verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnisses verhindert, d. h. also, daß diese Leistungsbeziehung einen dahingehenden Imperativ gleichsam impliziert.

Ein Verstoß gegen ein derartiges Sorgfaltsgebot kann aber nur dort relevant sein und eine Haftung aus Genugtuungsgesichtspunkten auslösen, wo nach den gegebenen Umständen der sorgfältigste Partner diese Leistungsstörung hätte vermeiden können, weil für eine Haftung, die auch in dem Gedanken einer Genugtuung für ein enttäushtes Leistungsinteresse ihre Begründung findet, nur dort Platz ist, wo der Vorwurf eines pflichtwidrigen Verhaltens in der individuellen Möglichkeit pflichtgemäßen Handelns begründet ist.

Eine weitere Überlegung hat hier Platz zu finden: Die Aufstellung bestimmter Verhaltensgebote ist nur dort sinnvoll, wo dem Adressaten die Möglichkeit der Erfüllung gegeben ist. Ein auf eine unmögliche Leistung gerichtetes Sollensgebot ist unbeachtlich. Wollte man nun jedoch eine Haftungsfolge generell auch dort eintreten lassen, wo den Leistungsverpflichteten ein individueller Vorwurf obligationswidrigen Verhaltens nicht trifft, so müßte schlechthin ein Gebot dahingehend anerkannt werden, daß ein Schuldner nicht nur nach dem Maße des ihm

Möglichen und Zumutbaren verpflichtet ist, sondern darüber hinausgehend auch die Gefahr unvertretbarer Leistungsstörungen und damit auch die Gefahr höherer Gewalt trägt. Damit würde jedoch die Opfergrenze des Schuldverhältnisses in einem Maße zuungunsten des Schuldners verschoben, die für den Normalfall des Schuldverhältnisses¹²⁸ nicht mehr gerechtfertigt werden kann und dessen Wesen als eines gegenseitigen (!) Treuverhältnisses widerspricht.

Die Haftung setzt daher auch im Verwaltungsrecht ein Verschulden voraus, dessen Fehlen verhindert damit die Auslösung einer Haftungsfolge innerhalb verwaltungsrechtlicher Schuldverhältnisse. Die Beteiligten werden dann von jeder Leistungspflicht befreit. Irgendwelche Ersatzansprüche entstehen somit nicht.

Die Frage, ob der Schuldner zur Herausgabe des Ersatzes oder Abtretung des Ersatzanspruches verpflichtet bleibt, dürfte im Verwaltungsrecht von einer im Vergleich zum Zivilrecht erheblich geringeren Bedeutung sein, da eine entsprechende Sachgestaltung in einer im Vergleich zum Privatrecht ungleich geringeren Anzahl von Fällen gegeben sein dürfte. Sollte in Einzelfällen jedoch der Schuldner für den geschuldeten Gegenstand einen Ersatz oder Ersatzanspruch erlangen, so kann iS des o. Gesagten sich eine Herausgabepflicht nur aus Gründen eines überwiegenden öffentlichen Interesses ergeben¹²⁹. Hat das „stellvertretende commodum“ eine eigene Bedeutung im Hinblick auf die zu erfüllenden öffentlichen Aufgaben, ist es gerechtfertigt, die Verpflichtung des Schuldners dementsprechend auszudehnen, darüber hinaus aber ist eine dahingehende Ausdehnung der schuldnerischen Leistungspflicht nicht gerechtfertigt.

Dies mag an folgenden Beispielen erläutert werden: In einer Großstadt muß die Erteilung des Schulunterrichts an der X-Volksschule vorübergehend eingestellt werden, da sich infolge unsachgemäßer Arbeiten einer Baufirma erhebliche Mängel in der Deckenkonstruktion gezeigt haben und daher die Gesundheit von Lehrern und Schülern gefährdet erscheint. Da eine von der Stadt als Schulträger nicht zu verantwortende Forderungsverletzung vorliegt, wird diese von ihrer Verpflichtung zur Unterrichtung der Schüler ersatzlos befreit. Eine Haftungsfolge tritt

¹²⁸ Zu den Ausnahmen vgl. u. S. 171 Fußn. 131. — Die dort aufgeführten Beispiele einer ausdrücklich angeordneten verschuldensunabhängigen Haftung in einzelnen Sondergesetzen lassen die Schlußfolgerung zu, daß für den Regelfall ein zusätzliches Moment, eben ein Verschulden des Ersatzpflichtigen, erforderlich ist.

¹²⁹ AA.: Eckert: DVBL 1962, S. 17 Fußn. 102, der sich für eine generelle Geltung des § 281 BGB ausspricht.

nicht ein. Die Stadt erlangt jedoch gleichzeitig einen Ersatzanspruch gegen die Baufirma aufgrund des mit dieser geschlossenen privatrechtlichen Vertrages. Da jedoch die innerhalb des Schulverhältnisses verfolgten öffentlichen Aufgaben, die Erziehung und Fortbildung der Schüler, einen Übergang des Ersatzanspruchs auf die Forderungsberechtigten nicht gebieten, kann von seiten der Schüler nicht die Abtretung eventueller Schadensersatzansprüche verlangt werden.

Die gleichen Erwägungen gelten im Hinblick auf das Benutzungsverhältnis einer Universitäts- oder Institutsbibliothek. Auch hier kann der Benutzer z. B. keine Ansprüche auf eine Versicherungssumme geltend machen, die etwa bei einem die Bestände der Bibliothek vernichtenden Brand fällig geworden ist. Denn auch insoweit stehen die mit der Bereitstellung der wissenschaftlichen Literatur verfolgten öffentlichen Aufgaben entgegen.

Beispiele für eine Herausgabepflicht in Ansehung des „stellvertretenden commodum“ bieten demgegenüber die vielgestaltigen Fälle verwaltungsrechtlicher Verwahrungsverhältnisse, in denen eine Obhutspflicht im Hinblick auf einzelne Gegenstände den Trägern öffentlicher Verwaltung neben einer sonstigen Leistungspflicht obliegt. So besteht z. B. in den Fällen der Benutzung öffentlicher Einrichtungen wie Bibliotheken, Schulen oder etwa Museen meist die Verpflichtung, Garderobe, Taschen oder sonstige Gegenstände in eine amtliche Aufbewahrung zu geben¹³⁰. Diese Tatsache muß dann zur Folge haben, daß der diesem Zwang unterworfenen Benutzer auch vor solchen Schadensquellen geschützt wird, die von ihm nicht beeinflussbar sind, d. h. also, daß er im Falle eines unverschuldeten Abhandenkommens der Sache einen Anspruch auf eine etwaige Versicherungssumme in Höhe des ihm entstandenen Schadens erhält. Denn die mit der Bereitstellung der vorgenannten öffentlichen Einrichtungen verfolgten öffentlichen Interessen sind unmittelbar auch bestimmend für die hier aufgeführten Rechtsverhältnisse, da nur die Aufstellung derartiger Verhaltensvorschriften die Möglichkeit gewinnbringender Benutzung dieser Einrichtungen auf lange Dauer erhält.

Im übrigen besteht eine Haftung für zufällige Leistungsstörungen nur in den gesetzlich ausdrücklich angeordneten Fällen¹³¹.

¹³⁰ Vgl. z. B. Ziff. 8 der Seminarordnung des Rechtswissenschaftlichen Seminars der Universität Münster (Westf.) v. 1. 10. 1961: „Überkleidung und Aktentaschen sind ... an der Garderobe abzugeben. Papphüllen für die Textsammlungen von Schönfelder u. ä. sind mit der Aktentasche an der Garderobe abzugeben.“

¹³¹ z. B. § 6 PostG, § 65 PostO.

§ 43 Haftung bei schuldhafter Verletzung vorvertraglicher Sorgfaltspflichten (sog. „culpa in contrahendo“)

Bisher weder im wissenschaftlichen Schrifttum¹³² noch in der obergerichtlichen Rechtsprechung¹³³ erörtert ist die Frage einer Haftung wegen schuldhafter Verletzung der sich aus der Anbahnung von Vertragsverhandlungen ergebenden Sorgfaltspflichten (sog. „culpa in contrahendo“). Dieses Versäumnis wird erklärlich aus der Erkenntnis, daß in der bisherigen rechtswissenschaftlichen Diskussion von einer auch nur annähernden Einigkeit zu den Problemen, die durch die Notwendigkeit einer Regelung der Vertragsdurchführung aufgeworfen werden, nicht im entferntesten gesprochen werden kann, sondern — soweit die Diskussion überhaupt die Problematik der Zulässigkeit verwaltungsrechtlicher Verträge überschreitet — hierzu nur Hinweise allgemeiner Art gegeben werden. Die über die mit der bloßen Vertragsabwicklung hinausgehenden Fragen einer Haftung wegen Verletzung vorvertraglicher Sorgfaltspflichten mußten damit erst recht im Hintergrund bleiben, solange über die im Verhältnis zu diesen vorrangigen Fragen der Vertragsdurchführung selbst keine Einigkeit erzielt worden war. Hinzukommt, daß die auf eine Ausweitung der Haftungstatbestände im System staatlicher Ersatzleistungen angelegte Rechtsprechung des BGH¹³⁴ ein übriges tat, daß das Problem einer Schadensersatzleistung wegen eines der zivilrechtlichen culpa in contrahendo vergleichbaren Tatbestandes nicht so sehr in den Vordergrund rückte. Dabei darf jedoch nicht übersehen werden, daß die Anerkennung des Vertrages als eines eigenen Rechtsinstituts innerhalb des Verwaltungsrechts notwendig zur Folge hat, daß die dogmatischen Grundlagen zur Regelung aller durch die Existenz dieses Rechtsinstituts bedingten Probleme gelegt werden müssen. Zu diesen gehört auch das Problem einer Haftung aus der Anbahnung von Vertragsverhandlungen, wie die schon gewohnheitsrechtliche Anerkennung der Haftung aus culpa in contrahendo im Bereich des Zivilrechts¹³⁵ beweist. Ihre Behandlung im Zusammenhang der Leistungsstörungen folgt in gleicher Weise wie die im folgenden Abschnitt zu behandelnde Veränderung der Verwaltungsgrundlage in bewußter Überschreitung der Themenstellung dieser

¹³² Ein Hinweis auf die Möglichkeit einer Haftung aus Verschulden bei Vertragsschluß im öffentlichen Recht findet sich nur in BGB-RGRK § 276 Anm. 109, ohne daß dieses Problem eine nähere Behandlung erfährt.

¹³³ Das RG hat in zwei Entscheidungen eine Haftung aus culpa in contrahendo im öffentlichen Recht abgelehnt. Vgl. RGZ 110, S. 293 f.; v. 10. 1. 1933: HRR 1933, Nr. 1307. Der BGH deutet demgegenüber in einer Entscheidung v. 21. 12. 1964: DVBl. 1965, S. 276 die Möglichkeit einer entsprechenden Haftung an, läßt eine Stellungnahme zu dieser Frage jedoch vermissen.

¹³⁴ Dazu vgl. Wolff §§ 60—68 und die Darstellung von Forsthoff §§ 16—18.

¹³⁵ Vgl. statt aller Palandt-Danckelmann § 276 Anm. 6 mwN.

Untersuchung¹³⁶ dem Bedürfnis einer abschließenden Behandlung der irgendwelche Ersatzansprüche begründenden Tatbestände im Rahmen des Verwaltungsschuldrechts bzw. der ein Schuldverhältnis in sonstiger Weise beeinflussenden Sachverhalte.

Soll auch im Rahmen des Verwaltungsrechts eine Haftung aus einem der zivilrechtlichen Figur der culpa in contrahendo entsprechenden Tatbestand Platz greifen, so setzt dies voraus, daß sich auch hier Obliegenheiten aufzeigen lassen, die inhaltlich den im bürgerlichen Recht anerkannten Verpflichtungen entsprechen. Die Untersuchung der Frage, ob sich derartige Pflichten auch für die Subjekte des Verwaltungsrechts nachweisen lassen, soll für die Zivilpersonen und die Träger hoheitlicher Gewalt gesondert erfolgen.

a) Innerhalb des allgemeinen Gewaltverhältnisses zwischen einzelner und Staat ergeben sich mannigfache, durch die jeweiligen Sachgegebenheiten unterschiedlich geprägte Rechtsbeziehungen. Im Vordergrund stehen dabei notwendig zunächst die Rechtsverhältnisse, die mit dem hoheitlichen Handeln unmittelbar erstrebt werden bzw. sich aus der Anwendung eines verwaltungsrechtlichen Rechtssatzes primär ergeben, d. h. also konkrete Polizei- und Ordnungspflichten von Zivilpersonen oder aber bestimmte Handlungspflichten der Träger hoheitlicher Gewalt, z. B. die Pflicht zur Zahlung von Sozial- oder Ausbildungsbeförderungen, oder die Verkehrssicherungspflicht. Es wäre jedoch verfehlt, anzunehmen, daß sich die Rechtsbeziehungen auf diese primären Erscheinungsformen beschränken. Es ist im Gegenteil davon auszugehen, daß bei jeder hoheitlichen Tätigkeit im Rahmen des Erforderlichen eine Rücksichtnahme auf die Interessen des einzelnen geboten ist, neben die unmittelbaren Verhaltenspflichten also aus dem jeweiligen Sachbereich eo ipso sich ergebende weitergehende Rechtsbeziehungen treten. Derartige Verpflichtungen zu Lasten der Hoheitsträger entstehen in gleicher Weise im Bereich der obrigkeitlichen wie in demjenigen der schlicht-hoheitlichen Verwaltungstätigkeit, und sie ergeben sich nicht nur gegenüber denjenigen Zivilpersonen, in deren Interesse eine bestimmte Daseinsgestaltung liegt. Jedem Amtswalter obliegt — wie in ständiger Rechtsprechung zur Amtshaftung gemäß § 839 BGB iVm Art. 34 GG anerkannt ist¹³⁷ — die Pflicht zu einer Rücksichtnahme auf die Belange des einzelnen, gleichgültig ob er im Allgemeininteresse oder im Interesse eines bestimmten Dritten tätig wird. Er hat bei jeder

¹³⁶ Vgl. o. S. 75. — Diese Tatsache möge es gleichzeitig rechtfertigen, daß die Behandlung dieser Fragen, die einer gesonderten Untersuchung würdig wären, hier nur in einem im Verhältnis zu ihrer Bedeutung geringen Umfang erfolgen kann.

¹³⁷ BGH v. 27. 5. 1963: NJW 1963, S. 1821 ff.; v. 21. 3. 63: WM 1963, S. 788.

amtlichen Tätigkeit sein Amt sachlich und im Einklang mit den Forderungen von Treu und Glauben und guter Sitte zu führen und sich dabei jedes Mißbrauchs seiner Amtsgewalt zu enthalten. Der einzelne Amtswalter soll als „Helfer des Staatsbürgers“ dem von ihm betreuten Personenkreis durch Belehrung und Aufklärung im Rahmen des Möglichen und Zulässigen behilflich sein, damit dieser das Erreichen kann, was er zu erreichen wünscht¹³⁹. Damit ist jede Amtsführung gleichzeitig mit der Pflicht belastet, das Wohl der Gesamtheit aktiv zu fördern und dabei diejenigen Zivilpersonen, die von einer Amtstätigkeit nicht berührt werden sollen, vor einer Beeinträchtigung ihrer Interessen zu bewahren. Diese allgemeine Sorgfalts- und Betreuungspflicht ist unmittelbarer Ausfluß der Amtsstellung selbst, ihre Verletzung verpflichtet nach den Grundsätzen der Amtshaftung zum Schadensersatz.

Schon innerhalb des allgemeinen Gewaltverhältnisses können daher Pflichten der Hoheitsträger anerkannt werden, die auf eine weitgehende Berücksichtigung der Belange der Zivilpersonen gerichtet sind, unabhängig von der Art ihrer Beteiligung an dem jeweiligen Verwaltungsvorgang.

Geht man von diesem Ausgangspunkt an die Fragestellung heran, inwieweit schutzwürdige Interessen der an Verhandlungen zum Abschluß verwaltungsrechtlicher Verträge beteiligten Zivilpersonen anerkannt werden können, so ergibt sich aus der dargelegten¹³⁹ Qualifikation der verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnisse folgendes: Dieses Rechtsverhältnis ist gekennzeichnet durch eine sich nicht im Gesetzesvollzug erschöpfende Tätigkeit der Hoheitsträger, die eine im Vergleich zu den allgemeinen verwaltungsrechtlichen Rechtsverhältnissen gesteigerte Pflicht zur Berücksichtigung der Interessen der Zivilpersonen zum Inhalt hat. Die hieraus fließenden erhöhten Sorgfalts- und Obhutspflichten kennzeichnen die Rechtsstellung der Verwaltungsrechtssubjekte innerhalb dieses Schuldverhältnisses. Da jedoch das aus der Tatsache der Vertragsverhandlungen sich ergebende Rechtsverhältnis selbst kein Schuldverhältnis im eigentlichen Sinne darstellt, sondern erst eine auf die Begründung eines solchen gerichtete Sonderbeziehung, können die den Hoheitsträgern in diesem Rahmen obliegenden Pflichten nicht aus dem Begriff des Schuldverhältnisses selbst entnommen werden. Sie sind vielmehr aus einer Zusammenschau der aufgrund der jeder Amtstätigkeit immanenten Pflichtenstellung einerseits und den eigentlich schuldrechtlichen Obliegenheiten andererseits zu ermitteln. Das bedeutet, daß

¹³⁹ BGHZ 15, S. 305 (312). Vgl. auch BGH v. 5. 4. 1965: DVBl. 1965, S. 479 f., wo eine behördliche Betreuungspflicht gegenüber dem Bürger anerkannt wird, der den Staat auf dem Gebiet der „Daseinsvorsorge“ in Anspruch nimmt.

¹³⁹ Vgl. o. §§ 7—9.

eine Wertung der Interessenlage der an Vertragsverhandlungen Beteiligten vorzunehmen ist, und diese Interessenlage dabei in Relation zu setzen ist zu den dargestellten Amtspflichten einerseits und den schuldrechtlichen Pflichten andererseits. Dabei kann festgestellt werden, daß die sich aus der Tatsache von Vertragsverhandlungen ergebenden Obliegenheiten zwar nicht den schuldrechtlichen Verhaltenspflichten der Hoheitsträger entsprechen, denn dem vorvertraglichen Rechtsverhältnis fehlt die unmittelbar bindende Verpflichtungswirkung des Schuldverhältnisses selbst, daß aber diese Verhaltenspflichten über die allgemeinen Amtspflichten hinausgehen, da die Rechtsbeziehung zwischen den in Vertragsverhandlungen stehenden Verwaltungsrechtssubjekten infolge der gesteigerten Interessenverknüpfung zwischen Verwaltung und Zivilpersonen in ihrer Intensität das allgemeine Verwaltungsrechtsverhältnis überragt. Denn allein durch die Aufnahme von Vertragsverhandlungen tritt der einzelne in eine engere Beziehung zu den Trägern öffentlicher Verwaltung, sei es, daß er eine Erweiterung seines Rechtskreises etwa durch eine vertragliche Befreiung von bestimmten gesetzlichen Beschränkungen erstrebt, oder aber eine sonstige vertragliche Modifizierung einer ihm durch hoheitliche Anordnung auferlegten Leistungspflicht unter Einräumung eigener Verhaltenspflichten erreichen will. Ist diese gesteigerte Interessenverknüpfung jedoch allein in der Tatsache der Vertragsverhandlungen selbst begründet, so muß auch deren Ausgang auf den Umfang der hoheitlichen Sorgfaltsobliegenheiten ohne Einfluß bleiben. Das bedeutet, daß die Pflichten der Hoheitsträger zu einer gesteigerten Rücksichtnahme auf die Interessen der mit ihnen in Vertragsverhandlungen stehenden Zivilpersonen auch dort gegeben sind, wo diese Verhandlungen nicht zu einem erfolgreichen Abschluß gebracht werden.

Als Ergebnis kann somit festgestellt werden, daß den Subjekten öffentlicher Verwaltung mit dem Eintritt in Vertragsverhandlungen Sorgfalts-, Fürsorge- und Obhutspflichten gegenüber den Zivilpersonen entstehen, die über die Pflichten zu einer korrekten und den Interessen der Allgemeinheit dienlichen Amtsführung hinausgehen und infolge ihrer Herleitung aus der Tatsache des Führens von Vertragsverhandlungen unabhängig vom Abschluß eines Vertrages sind.

In Übereinstimmung mit den bei der Herleitung des Haftungsgrundsatzes angestellten Erwägungen¹⁴⁰ ist auch hier davon auszugehen, daß die Anerkennung einer den Trägern hoheitlicher Gewalt obliegenden Verpflichtung zur Wahrnehmung von Fürsorge- und Sorgfaltspflichten gegenüber den Zivilpersonen nur sinnvoll ist, wenn an ihre schuldhafte

¹⁴⁰ Vgl. o. § 29.

Verletzung bestimmte Rechtsfolgen geknüpft werden. Dabei bestehen keine Bedenken, den anerkannten besonderen Rechtsgrundsatz, wonach eine Forderungsverletzung zu Lasten des hierfür Verantwortlichen eine Haftungsfolge auslöst, auch auf die Verletzung der aus einem vertragsähnlichen und damit iW.S. schuldrechtlichen Vertrauensverhältnis entspringenden Verpflichtungen anzuwenden. Die Konkretisierung dieses Rechtsgrundsatzes kann nur in dem Sinne erfolgen, daß die dem Bürger entstandenen Nachteile ausgeglichen werden, d. h. also, daß er Ersatz des ihm entstandenen Schadens¹⁴¹ verlangen kann.

Zu den Fragen des Verschuldens¹⁴² und der Zurechnung fremden Verhaltens¹⁴³ ergeben sich keine Besonderheiten, so daß auch hier die Verletzung der durch das öffentliche Interesse gebotenen Sorgfalt zu einer Schadensersatzverpflichtung führt.

b) Ein der privatrechtlichen culpa in contrahendo vergleichbarer Haftungstatbestand ist jedoch im eigentlichen Sinne erst dann gegeben, wenn mit der hoheitlichen Sorgfaltspflicht korrespondierend auch den Zivilpersonen gegenüber den Hoheitsträgern obliegende gleichartige Verpflichtungen hergeleitet werden können.

Dabei stellt sich zunächst auch hier die Frage, ob innerhalb des allgemeinen Gewaltverhältnisses den hoheitlichen vergleichbare Sorgfaltspflichten der Zivilpersonen anerkannt werden können. Es ist zwar stets davon auszugehen, daß im Vordergrund der allgemeinen Staat-Bürger-Beziehung und damit auch von erstrangiger Bedeutung die konkreten, aus dem Verwaltungsrechtsverhältnis sich primär ergebenden Verhaltenspflichten der Zivilpersonen stehen, d. h. also z. B. die Verpflichtung zur Entrichtung von Steuern, Gebühren oder Beiträgen, die Beseitigung von Gefahrenquellen oder sonstige aufgrund allgemeiner Normwirkung eintretende Obliegenheiten des einzelnen. Hierin kann sich jedoch dessen Pflichtenstellung nicht erschöpfen. Jeder Staatsbürger ist vielmehr als Angehöriger des auf die Verwirklichung des Gemeinwohls ausgerichteten Gemeinwesens verpflichtet, das Seine zur Erreichung dieses Zieles beizutragen. Das beinhaltet zunächst negativ die Pflicht, Störungen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zu vermeiden, kurz: alles zu unterlassen, was dem Streben der Gemeinschaft nach einer höchstmöglichen Erreichung des gemeinen Wohls abträglich sein könnte.

¹⁴¹ Die Schadenshöhe wird ermittelt durch einen Vergleich der jetzigen Vermögenslage mit derjenigen, die vorhanden wäre, wenn dieser rechtsgeschäftliche Abschluß oder die rechtsgeschäftliche Anbahnung nicht eingetreten wäre.

¹⁴² Vgl. o. § 32.

¹⁴³ Vgl. o. § 33.

Letztlich begegnen wir hier wiederum dem Rechtsprinzip¹⁴⁴, welches im Verhältnis aller Menschen zueinander das für den einzelnen unabdingbare Gebot seines Verhaltens beinhaltet, die Verfolgung eigener Interessen insoweit zu unterlassen, als hierdurch höherwertige Ziele, d. s. idR. diejenigen der Gemeinschaft als solcher, in Frage gestellt würden.

Die am Ausgangspunkt dieser Erörterung festgestellte Pflichtigkeit des einzelnen erschöpft sich jedoch nicht in dieser negativen Ausgestaltung, d. h. also in bestimmten Unterlassungspflichten. Sie enthält vielmehr positiv auch konkrete Handlungspflichten, deren Ziel die Ermöglichung eines gedeihlichen Zusammenlebens der Mitglieder der Gemeinwesen ist. Der einzelne kann daher bereits aufgrund seiner allgemeinen Pflichtenstellung durchaus zur Vornahme einer bestimmten Tätigkeit verpflichtet sein, obgleich diese nicht Inhalt einer rechtsatzmäßig festgelegten Hauptverpflichtung ist¹⁴⁵.

Diesen Grundsatz hat der BGH ausdrücklich unterstrichen in einem in anderem Zusammenhang bereits aufgeführten¹⁴⁶ Urteil vom 28. 10. 1963¹⁴⁷. Dort wurde es dem Kläger im Rahmen eines von ihm angestrebten Amtshaftungsverfahrens gegen den Oberkreisdirektor als Straßenverkehrsbehörde wegen einer zu Unrecht erfolgten Stilllegung seines Kraftwagens als Mitverschulden angerechnet, daß er in Kenntnis der Tatsache, daß die Behörde von einem unrichtigen Sachverhalt ausging und ihre wiederholten Maßnahmen bis zur endgültigen Stilllegung des Wagens hiernach ausrichtete, die nach der Sachlage gebotene und ihm auch ohne weitere Mühewaltung mögliche Aufklärung unterlassen hatte. Der BGH geht dabei von der Verpflichtung des Bürgers aus, daß es „ein Gebot der Rücksichtnahme auf die Interessen der für die Allgemeinheit handelnden Verwaltung“ gewesen sei, die Sachlage klarzustellen und damit in den Grenzen des ihm Zumutbaren das Seine zur Vermeidung von Schwierigkeiten zu tun.

Ist damit innerhalb des allgemeinen Gewaltverhältnisses eine Sorgfaltspflicht der Zivilpersonen in gleicher Weise anzuerkennen wie eine solche der Träger hoheitlicher Gewalt¹⁴⁸, so ergeben sich auch im übrigen keine Besonderheiten im Verhältnis zu den Pflichten der Hoheitsträger. Eine derartige Sorgfaltspflicht, die dort Grundlage eines Ersatzanspruchs im Falle ihrer Verletzung sein konnte, muß daher erst recht

¹⁴⁴ Vgl. o. S. 122.

¹⁴⁵ Vgl. BGH v. 12. 2. 1962: DRIZ 1962, S. 241.

¹⁴⁶ Vgl. o. S. 46 Fußn. 134.

¹⁴⁷ NJW 1964, S. 195.

¹⁴⁸ Zutreffend leitet der BGH (aaO.) die Anerkennung der Pflichten der Zivilpersonen aus der Sorgfaltspflicht der Träger hoheitlicher Gewalt ab und nimmt damit insoweit ausdrücklich eine Gleichstellung vor.

anerkannt werden, wenn eine schuldrechtliche Sonderverbindung in der Form eines vertragsähnlichen Vertrauensverhältnisses besteht. In Übereinstimmung mit dem für die Träger hoheitlicher Gewalt geltenden Haftungstatbestand kann damit auch von der Möglichkeit einer Haftung der Zivilpersonen aus einer verwaltungsrechtlichen culpa in contrahendo festgestellt werden.

c) Diese für die subordinationsrechtlichen verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnisse entwickelten Grundsätze sind keineswegs auf diese zu beschränken, sondern auch auf die Koordinationsverhältnisse, d. h. also auf die vertragsähnlichen Vertrauensverhältnisse zwischen Hoheitsträgern bzw. zwischen Zivilpersonen auszudehnen, so daß auch im Verwaltungsrecht von der Geltung eines Haftungstatbestandes der culpa in contrahendo ausgegangen werden kann.

§ 44 Wegfall der Verwaltungsgrundlage

Während das Problem einer Haftung aus einem der privatrechtlichen culpa in contrahendo vergleichbaren verwaltungsrechtlichen Tatbestand dort bisher noch keine Beachtung gefunden hat, ist die Frage einer Geltung der Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage (sog. „*clausula rebus sic stantibus*“) im öffentlichen Recht bereits Gegenstand eingehender Untersuchungen gewesen. Der weitaus überwiegende Teil der in Rechtsprechung¹⁴⁹ und Wissenschaft¹⁵⁰ sich findenden Stellungnahmen kommt hierbei zu einer Billigung dieser Grundstätze im Rahmen des Verwaltungsrechts¹⁵¹. Die ablehnenden Ansichten¹⁵² werden vornehmlich in der älteren Literatur vertreten und beruhen vielfach noch darauf, daß auch im Bereich des Zivilrechts, das infolge der Möglichkeit einer stärkeren Berücksichtigung individueller Zumutbarkeits-

¹⁴⁹ PrOVG 84, S. 301 (304 f.); RGZ 106, S. 181; BVerwG v. 21. 1. 1956: DÖV 1956, S. 410; v. 25. 10. 1961: DÖV 1962, S. 72 (Nr. 1); 15, S. 255; OVG Hamburg v. 26. 9. 1956: VerwRspr. 9, S. 155 (Nr. 33); v. 14. 8. 58: VerwRspr. 13, S. 367 (Nr. 109); OVG Münster v. 16. 10. 1957: KStZ 1958, S. 55; OVG Saarland v. 14. 10. 1960: DÖV 1964, S. 273.

¹⁵⁰ Walter Jellinek S. 254, 285; Forsthoft S. 257 f.; Wolff § 161 VI c; Apelt S. 217 ff.; Gowa S. 55 ff.; Münzer S. 17 f.; Auffenberg: „Zur *clausula rebus sic stantibus* im Verwaltungsrecht“, Diss. jur. Göttingen 1936; Ruppert S. 19 f.; Bergmann S. 107 ff.; Imboden S. 107 f.; Lepsius S. 183 ff.; Fleischmann: Gruchot 61 (1917), S. 741 ff.; Eckert: DVBl. 1962, S. 16 f.; Beinhardt VerwArch 55 (1964), S. 258 f.

¹⁵¹ Neuerdings findet sich sogar die Ansicht, im Grundgesetz sei eine „*clausula rebus sic stantibus*“ gleichsam enthalten, indem ausgeführt wird, daß „die Verfassungsnormen grundsätzlich nur für die Normallage gelten und für alle Ausnahmelagen nur insoweit, als sie geeignet sind, der Ausnahmelage Herr zu werden.“ Vgl. Bellstedt: DÖV 1961, S. 815.

¹⁵² Josef: PrVwBl. 45 (1924), S. 436 f.; Specovius: PrVwBl. 46 (1925), S. 91 f.; Schüle: VerwArch 39 (1934), S. 10 ff.

erwägungen zu einer Anwendung dieser Grundsätze primär in Frage kam und, in dem die Anerkennung des Vertrages als eines eigenen Instituts im Gegensatz zum Verwaltungsrecht unbestritten und darüber hinaus normativ anerkannt war, die mit dem Problem der Geschäftsgrundlage zusammenhängenden Fragen noch nicht zur Genüge geklärt waren¹⁵³, um auch für das erheblich „jüngere“ und bis dahin noch weitgehend ungeklärte Rechtsgebiet des Verwaltungsrechts die Grundlage einer wissenschaftlichen Diskussion bieten zu können. Diese Verhältnisse haben sich jedoch in der Zwischenzeit erheblich gewandelt. Die Grundzüge über den Wegfall der Geschäftsgrundlage können heute als weitgehend unbestrittener Bestandteil des Privatrechts angesehen werden¹⁵⁴, und auch das Verwaltungsrecht ist trotz der immer noch fehlenden Kodifikation der allgemeinen Lehren in seinen Grundlagen durch Rechtsprechung und Wissenschaft weitgehendst geklärt. Den gegen eine Geltung vorgetragenen Ansichten ist damit schon zum überwiegenden Teil der Boden entzogen, so daß sich insoweit bereits eine Erörterung der vorgetragenen Einwände erübrigt.

Erwähnung verdient in diesem Zusammenhang noch die Tatsache, daß die Diskussion über den Geltungsbereich der „*clausula*“ nicht auf das Zivil- und das Verwaltungsrecht beschränkt bleibt, sondern darüber hinausgehend auch andere Bereiche der Rechtsordnung, so z. B. vornehmlich das Gebiet des Völkerrechts¹⁵⁵, erfaßt. Damit aber wird es gleichzeitig erklärlich, daß auch im politischen Raum vielfach eine Berufung auf die „*clausula*“ zu finden ist, die nicht nur im Hinblick auf die zwischenstaatlichen Verträge und sonstigen Abkommen, sondern allgemein in bezug auf jegliche staatsleitende Tätigkeit erfolgt¹⁵⁶.

¹⁵³ Vgl. z. B. Auffenberg S. 8 ff.

¹⁵⁴ Vgl. statt aller Palandt-Danckelmann § 242 Anm. 6 und Larenz: „Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung“ (1963), jeweils mwN.

¹⁵⁵ Vgl. Wengler S. 372 ff.; Menzel S. 268 f.; BVerfGE 16, S. 36; aus der älteren Literatur vgl. Kaufmann: „Das Wesen des Völkerrechts und die *clausula rebus sic stantibus*“ (1911).

¹⁵⁶ Vgl. Bismarck: „Erinnerung und Gedanke“ (1932), S. 409: „Die Haltbarkeit aller Verträge zwischen Großstaaten ist eine bedingte, sobald sie im Kampf ums Dasein auf die Probe gestellt wird. Keine große Nation wird je zu bewegen sein, ihr Bestehen auf dem Altar der Vertragstreue zu opfern, wenn sie gezwungen ist, zwischen beiden zu wählen.“ S. 416: „Die *clausula rebus sic stantibus* wird bei Staatsverträgen, die Leistungen bedingen, stillschweigend angenommen.“ Vgl. ders. in der Reichstagsrede v. 6. 2. 1888 („Politische Reden“, 12. Bd., S. 464): „Keine Großmacht kann auf die Dauer in Widerspruch mit den Interessen ihres eigenen Volkes an dem Wortlaut eines Vertrages kleben, sie ist schließlich genötigt, ganz offen zu erklären: Die Zeiten haben sich geändert, ich kann das nicht mehr. — ... Aber das eigene Volk ins Verderben zu führen an dem Buchstaben eines unter anderen Umständen unterschriebenen Vertrages, das wird keine Großmacht gutheißen.“ Vgl. auch John Forster Dulles in „Der Spiegel“ v. 1. 9. 1965 (Nr. 36), S. 21 (1.Sp.): „Meine ganze Politik steht unter dem Leitgesichtspunkt der *clausula*.“

Die „clausula“ erweist sich damit bereits bei oberflächlicher Betrachtung als ein Regelungsprinzip allgemeiner Art, dessen Inhalt und Funktion im Rahmen des Verwaltungsschuldrechts im folgenden in der durch die vorliegende Themenstellung gebotenen Begrenzung dargestellt werden soll.

Die Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage kann für das Zivilrecht gekennzeichnet werden als eine Konkretisierung des in § 242 BGB normierten Prinzips von Treu und Glauben, deren Zweck die Beseitigung einer für den Schuldner unzumutbar gewordenen Belastung aus einer bürgerlich-rechtlichen Verbindlichkeit durch eine Korrektur des durch die Verhältnisse überholten Parteiwillens¹⁵⁷ ist¹⁵⁸. Mit dieser — notwendig schlagwortartigen — Umschreibung ist auch bereits die Basis angedeutet, auf der eine den Zweckvorstellungen der privatrechtlichen Lehre entsprechende Ausgestaltung für den Bereich des Verwaltungsrechts zu erfolgen hat, d. h. also in einer Stellungnahme zu dem Fragenkreis, inwieweit von einer Geltung des der Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage zugrunde liegenden Prinzips von Treu und Glauben im Verwaltungsrecht gesprochen werden kann (a), und inwieweit die inhaltliche Ausprägung der Geschäftsgrundlage durch die Besonderheiten des Verwaltungsrechts intendiert und damit die Geschäftsgrundlage des Verwaltungsrechts abweichend von derjenigen des Privatverkehrs ausgestaltet ist (b).

a) Die zum Problem der Geltung von Treu und Glauben im Verwaltungsrecht vorliegende Literatur¹⁵⁹ und Rechtsprechung¹⁶⁰ sind heute nahezu unübersehbar geworden. Ihre eingehende Wiedergabe und kri-

¹⁵⁷ Es bedarf daher keiner näheren Darlegung, daß die „clausula“ nur auf rechtsgeschäftlich begründete Schuldverhältnisse Anwendung finden kann. Vgl. auch Eckert aaO.

¹⁵⁸ Vgl. Palandt-Danckelmann § 242 Anm. 6 c); RGZ 152, S. 403; 153, S. 358; und die Nachweise o. S. 83 Fußn. 2.

¹⁵⁹ Forsthoff S. 155 f.; Peters S. 163 ff.; Wolff § 25 I a) 1; Staudinger-Weber § 242 Anm. A 60 ff.; Hedemann: „Die Flucht in die Generalklauseln“ (1933), S. 41 f.; Gowa S. 17 ff.; Münzer S. 15; Bergmann S. 107 ff.; Burkhard S. 1; Koch S. 32; Stich: „Vertrauensschutz im Verwaltungsrecht“, Diss. jur. Mainz 1954, S. 18 f.; Dreidoppel S. 112; Baumann S. 44, 40 ff.; Poetzsch-Heffter: DJZ 1933, S. 739; Zinser: VerwArch 39 (1934), S. 56; Schüle: VerwArch 38 (1933), S. 399 ff.; Werner Weber: ZAkDR 1940, S. 233 ff. (allerdings unter Hervorkehrung des Wertes von Treu und Glauben für die nationalsozialistische Verwaltungsordnung); Ruck: Festgabe für August Simonius 1955, S. 341 ff. Ablehnend Otto Mayer I S. 117.

¹⁶⁰ ProOVG 77, S. 140; 82, S. 150; 84, S. 158; 104, S. 6; RGZ 113, S. 24; 124, S. 223; 130, S. 99; 158, S. 109; 158, S. 235; BVerfGE 3, S. 121, 157; 3, S. 324; 13, S. 173; BVerwGE 3, S. 11; v. 31. 1. 1956: DVBL 1956, S. 304; 3, S. 199; 5, S. 136; 6, S. 111; 9, S. 155; 17, S. 339; 19, S. 188; OVG Berlin v. 14. 11. 1956: DVBL 1957, S. 503; OVG Münster v. 24. 10. 1962: MDR 1963, S. 530; v. 13. 2. 1963: DVBL 1964, S. 173.

tische Erörterung erübrigt sich jedoch angesichts der Tatsache, daß die Anerkennung dieses Prinzips nicht mehr in Zweifel gezogen wird¹⁶¹. Unterschiedliche Stellungnahmen finden sich nur noch im Hinblick auf die einzelnen Begründungen, die für die Geltung des Grundsatzes vortragen werden, deren ausführliche Behandlung hier jedoch nicht erforderlich ist.

In Anknüpfung an das o. § 34 Gesagte ist das Prinzip von Treu und Glauben als ein allgemeiner Rechtsgrundsatz zu qualifizieren, der unmittelbar aus dem Gerechtigkeitsprinzip folgt, da in ihm die rechtliche Bewertung allgemeinsten Interessenlagen ausgedrückt ist, die in ihrer Entstehung nur durch die Existenz einer Vielzahl von Menschen und den Bestand einer beliebigen Rechtsordnung bedingt sind¹⁶². Er gilt damit auch für das Verwaltungsrecht als dessen ureigener Bestandteil.

b) Wesentliches Merkmal des Verwaltungsrechts ist seine Ausrichtung auf die wahren öffentlichen Gemeininteressen. Das verwaltungsrechtliche Schuldverhältnis bildet insoweit keine Ausnahme, sondern teilt als Rechtsform des Verwaltungsrechts diesen Wesenszug. Dabei ist die durch das Verwaltungsrecht erfaßte Tätigkeit nicht ohne jede Beziehung zu den Tatsächlichkeiten unseres sozialen Lebens zu sehen, wie in gewissem Umfang bereits aus der begrifflichen Zweckbindung der Verwaltungstätigkeit¹⁶³ folgt. Vielmehr geschieht jedes verwaltungsrechtliche Handeln auf dem Hintergrund einer bestimmten Sachlage, die entweder die konkrete Tätigkeit der Rechtssubjekte ausgelöst hat oder aber zumindest als deren Grundlage in das Handeln der verwaltungsrechtlichen Vertragspartner ohne Unterschied ihrer Qualifikation als Träger hoheitlicher Gewalt oder als Zivilpersonen gehen bei Abschluß ihrer Vereinbarung von einer bestimmten Sachlage, von gewissen, in der Gruppierung tatsächlicher Verhältnisse begründeten Notwendigkeiten und Konfliktsituationen aus. In vielen Fällen sind es gerade die Befriedigung öffentlicher Bedürfnisse und damit die durch das Zusammenleben der Menschen unmittelbar bedingten Notwendigkeiten, wie z. B. die Versorgung der Bevölkerung eines bestimmten Gebietes mit Trinkwasser, die Reinhaltung der Wege einer Gemeinde durch den Straßendienst der Nachbargemeinde oder aber der Abschluß eines, durch bestimmte bereits planerisch gestaltete Zukunftsvorhaben motivierten Expropriationsvertrages, die Abschluß und inhaltliche Gestaltung der jeweiligen Vereinbarungen maßgeblich bestimmen.

¹⁶¹ Vgl. OVG Münster v. 18. 9. 1957: KStZ 1958, S. 69: „Es bedarf heute keiner Begründung mehr, daß der Grundsatz von Treu und Glauben auch im öffentlichen Recht gilt.“

¹⁶² Vgl. Wolff „Rechtsgrundsätze“ S. 43 f.

¹⁶³ Dazu vgl. o. § 7 a).

In diesen, den einzelnen Verträgen zugrunde liegenden tatsächlichen Verhältnissen kann nunmehr bis zur endgültigen Abwicklung des Vertrages eine Änderung eintreten mit der Folge, daß eine unveränderte Beibehaltung der ursprünglichen Leistungspflichten dem Allgemeininteresse zuwiderlaufen und sich zu einer für den Verpflichteten unzumutbaren Belastung entwickeln würde, die es aus Gründen des öffentlichen Interesses geboten erscheinen läßt, die vertragliche Bindung notfalls gegen den Willen des Mitkontrahenten aufzuheben, um dem zu einer Leistung verpflichteten Partner die Freiheit des Handelns im Interesse der Gemeinschaft zurückzugewinnen¹⁶⁴. Diese Folge ist jedoch nicht schon bei jeder Änderung der Sachlage, so etwa bei einer sich in vertretbaren Grenzen haltenden Veränderung des Wertverhältnisses von Leistung und Gegenleistung gegeben, sondern die tatsächlichen Voraussetzungen des Vertrages müssen sich in den grundlegenden Punkten in nicht unerheblichem Ausmaß geändert haben. Diesem Gedanken einer ständigen Berücksichtigung der maßgeblichen tatsächlichen Verhältnisse kommt gerade innerhalb des Verwaltungsrechts, das unter Anpassung an die jeweiligen Sachlagen eine, in ihrem Umfang ständig zunehmende¹⁶⁵ gestaltende Funktion der Träger hoheitlicher Gewalt ermöglichen soll, eine wachsende Bedeutung zu¹⁶⁶. Denn erst die Heranziehung der „*clausula*“ verleiht den Subjekten des Verwaltungsrechts — und dies ist von erstrangiger, wenn auch nicht ausschließlicher Bedeutung für die Hoheitsträger als Partner verwaltungsrechtlicher Verträge — die durch das Gebot „*pacta sunt servanda*“ in einer radikalen Anwendung gefährdete notwendige Anpassungsfähigkeit an die vielfach sich wandelnden und trotzdem stets zu gestaltenden tatsächlichen Lebensverhältnisse.

Diese Erkenntnis einer notwendigen Flexibilität des Verwaltungshandelns liegt auch einer Entscheidung des BVerwG aus neuerer Zeit zugrunde. In einem Urteil v. 19. 12. 1963¹⁶⁷ hatte das Gericht zu der Frage Stellung zu nehmen, welchen Einfluß die Unwirksamkeit einer Freibauvereinbarung auf die daraufhin erteilte Zweckentfremdungsgenehmigung habe. Die Klägerin hatte unter der Geltung der Wohnraumbewirtschaftungsgesetze von der beklagten Stadt die Genehmigung erhalten, für die Dauer der von ihr unternommenen Bauarbeiten eine Altbauwohnung als Lagerraum zu verwenden. Nach Beendigung der Arbeiten wurde diese auf unbefristete Dauer verlängert, nachdem

¹⁶⁴ Vgl. auch *Apett*: AöR 84 (1959), S. 253.

¹⁶⁵ Vgl. o. S. 1 ff.

¹⁶⁶ Vgl. auch *Ule-Becker*: „Verwaltungsverfahren im Rechtsstaat“ (1964), S. 70—72 zur Frage der Kündigung verwaltungsrechtlicher Verträge.

¹⁶⁷ 17, S. 339.

die Klägerin als Ersatz für die zweckentfremdete Altbauwohnung eine Wohnung eines freifinanzierten Gebäudes der Bewirtschaftung unterstellte. Nach der rechtskräftigen Aufhebung eines sich auf diese Wohnung erstreckenden Mietverhältnisses weigerte sich die Klägerin, die Wohnung weiterhin der Wohnraumbewirtschaftung zu unterstellen unter Berufung auf die — auch von der beklagten Stadt eingestandene — Unwirksamkeit der Vereinbarung¹⁶⁸. Daraufhin hob die Stadt die Genehmigung zur Zweckentfremdung der Altbauwohnung auf. Das BVerwG bestätigte die auch von den Vorinstanzen geäußerte Rechtsansicht, daß mit der nachträglichen Erkenntnis der Unwirksamkeit der Vereinbarung auch die Grundlage für die Erteilung der Zweckentfremdungsgenehmigung entfallen sei, und es beruft sich zur Begründung seiner Entscheidung auf die Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage, indem es ausführt:

„Mit Recht hat das Oberverwaltungsgericht den bürgerlich-rechtlichen Grundsatz über den Fortfall der Geschäftsgrundlage entsprechend angewandt, weil dieser eine Auswirkung des nicht nur das bürgerliche Recht, sondern auch das Verwaltungsrecht beherrschenden Grundsatzes von Treu und Glauben ist. Die Grundlage der Genehmigung war allerdings aus der Sicht der Entscheidung BVerwGE 4, 111 nicht erst nachträglich weggefallen, sondern von Anfang an nicht vorhanden gewesen, und ihr Fehlen war von den Parteien nur infolge eines Rechtsirrtums nicht erkannt worden. Von dem Zeitpunkt an, in dem beide Parteien das Fehlen der Grundlage der Genehmigung erkannten, wurde aber die Ausübung der auf der Genehmigung beruhenden Befugnis der Klägerin, die Altbauwohnung zweckfremd zu benutzen, unzulässig. Zur Klarstellung dieser Rechtslage konnte die Beklagte die Zweckentfremdungsgenehmigung aufheben.“

Die Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage haben somit in der neueren Rechtsprechung einen nicht unerheblichen Anwendungsbereich gefunden¹⁶⁹.

c) In diesem Zusammenhang ist jedoch eine terminologische Klärstellung vorzunehmen: Der Begriff „Geschäftsgrundlage“ deutet primär auf eine individuelle Interessenverfolgung durch den Abschluß einzelner, unter dem Aspekt von Gewinn und Verlust zu wertender Rechtsgeschäfte hin. Da demgegenüber die verwaltungsrechtlichen Rechtsgeschäfte stets an der Verfolgung öffentlicher Interessen ausgerichtet und damit in erster Linie unter dem Gesichtspunkt der Erfüllung öffentlicher Aufgaben zu werten sind, soll im folgenden an die

¹⁶⁸ Die Unwirksamkeit derartiger Freibauvereinbarungen hatte das BVerwG schon in einem Urteil v. 24. 10. 56 (4, S. 111 ff.) ausgesprochen, indem es feststellte: „Das erste Wohnungsbaugesetz alter und neuer Fassung läßt für den vertraglichen Freibau keinen Raum. Derartige Vereinbarungen sind kraft öffentlichen Rechts unwirksam.“

¹⁶⁹ Vgl. auch die o. S. 180 Fußn. 160 aufgeführten Entscheidungen.

Stelle der im wesentlichen privatrechtsbezogenen Wendung „Geschäftsgrundlage“ der Terminus „Verwaltungsgrundlage“ gesetzt werden. Die verwaltungsrechtliche Ausformung der „*clausula rebus sic stantibus*“ ist damit als „Wegfall der Verwaltungsgrundlage“ zu bezeichnen.

d) Die Erkenntnis einer in gewissem Maße erforderlichen Flexibilität des öffentlichen Rechts ist nicht auf das Verwaltungsschuldrecht beschränkt. Auch außerhalb dieses Rechtsbereichs hat der Gedanke einer ständigen Anpassung an die jeweiligen tatsächlichen Lebensverhältnisse eine weitgehende Berücksichtigung erfahren. So ist z. B. die Verpflichtung eines Verwaltungsträgers zu erneuter Überprüfung und erneuter Sachentscheidung eines abgeschlossenen Verwaltungsverfahrens für den Fall anerkannt, daß sich die Sachlage seit Ablehnung eines Antrages in den für die Entscheidung wesentlichen Punkten geändert hat¹⁷⁰. Ebenso ist bei Verwaltungsakten, die fortdauernde Wirkungen ausüben, so z. B. bei Rentenbescheiden oder bei bestimmten Ordnungsverfügungen, bei wesentlicher Veränderung der zugrunde liegenden Sachlage eine Verpflichtung der Verwaltungsbehörde zur Beseitigung der Maßnahme und damit zu einer Anpassung an die jetzigen Verhältnisse gegeben¹⁷¹. Schon diese beiden Beispiele aus dem allgemeinen Verwaltungsrecht zeigen, daß der Gedanke des „Wegfalls der Verwaltungsgrundlage“ und das daraus folgende Gebot der Berücksichtigung einer wesentlichen Änderung der dem Verwaltungshandeln zugrunde liegenden Tatsachenlage nicht nur dem Verwaltungsschuldrecht verhaftet ist, sondern als ein allgemeines Prinzip des gesamten Verwaltungsrechts gekennzeichnet werden kann^{172, 173}.

¹⁷⁰ Vgl. Wolff § 53 III a) 4); § 161 VI a): „... Die Verpflichtung zur Wiederaufnahme des Verwaltungsverfahrens besteht insbesondere dann, wenn nach dem Abschluß des früheren Verfahrens eine Änderung der Sachlage ... eingetreten ist, die zu einer dem Betroffenen günstigeren Entscheidung der Behörde geführt hätte.“ Ebenso BVerwG v. 20. 2. 1961: DVBl. 1962, S. 641 mit ausführlichen Nachweisen aus der älteren Rechtsprechung; v. 16. 7. 1964: DVBl. 1965, S. 415 (Nr. 159); v. 9. 12. 1964: DÖV 1965, S. 354 (Nr. 105).

¹⁷¹ § 22 nWOBG enthält somit einen allgemeinen Grundsatz, wenn dort festgesetzt wird: „Fallen die Voraussetzungen einer Ordnungsverfügung, die fortdauernde Wirkung ausübt, fort, so kann der Betroffene verlangen, daß die Verfügung aufgehoben wird.“

¹⁷² Vgl. auch Lepsien S. 183 f., der die „*clausula*“ als ein der gesamten Leistungsverwaltung zugrunde liegendes Korrekturprinzip bezeichnet, welches das Gebot beinhaltet, daß jede spätere wesentliche Veränderung in den tatsächlichen Verhältnissen des Leistungsempfängers bei der Gewährung der Leistung zu berücksichtigen sei, da jede Entscheidung über die Leistungsgewährung unter der stillschweigenden Voraussetzung des Fortbestehens der ihr zugrunde liegenden maßgebenden tatsächlichen Verhältnisse ergehe.

¹⁷³ Vereinzelt findet sich sogar die Ansicht, die „*clausula*“ habe im Bereich des Verwaltungsrechts eine ungleich stärkere, gewichtigere Rolle als im privatrechtlichen Verkehr. So z. B. Bergmann S. 113.

Zweifelhaft ist hier jedoch, ob im Rahmen der Lehre vom Wegfall der Verwaltungsgrundlage auch ausschließlich subjektive Erwägungen der am Rechtsverhältnis Beteiligten Berücksichtigung finden können. Auch hier läßt sich die Antwort wiederum nur unter Rückgriff auf Wesen und Funktion des Verwaltungsrechts gewinnen: Die Sicherung und Förderung des Allgemeinwohls und damit die ständige Verfolgung der jeweils maßgebenden öffentlichen Interessen läßt für alle verwaltungsrechtlichen Rechtsverhältnisse den subjektiven Parteiwillen stets hinter die nach objektiven Wertmaßstäben festzustellenden Kriterien des öffentlichen Interesses und der Vereinbarkeit des konkreten verwaltungsrechtlichen Handelns mit diesen zurücktreten. Es kommt hier damit erneut der entscheidende funktionelle Unterschied des privatrechtlichen zum verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnis zum Durchbruch. Während dort mit der Hervorkehrung der individuellen Interessenverfolgung und -befriedigung auch die in den Zweckvorstellungen der Beteiligten begründeten Kriterien eine Modifizierung oder Aufhebung der schuldnerischen Leistungspflicht gebieten können, hat hier die unmittelbare und ausschließliche Sachbezogenheit allen verwaltungsrechtlichen Handelns die Konsequenz, daß eine Einflußnahme auf verwaltungsrechtliche Leistungspflichten nur aus Gründen einer Veränderung der objektiven Sachlage, nicht jedoch aufgrund übereinstimmender Fehlvorstellungen der Beteiligten geschehen kann. Das Parteiinteresse ist damit insoweit dem öffentlichen Interesse nachgeordnet und muß aus diesem Grunde im Rahmen der Diskussion über die Geltung und den Anwendungsbereich der Grundzüge über den Wegfall der Verwaltungsgrundlage ausscheiden¹⁷⁴.

Ebenso wie im Zivilrecht, wo die Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage in einigen Rechtssätzen des BGB (z. B. §§ 321, 610) und der ZPO (z. B. § 323) positiv-rechtlichen Niederschlag gefunden haben und damit schon einen Hinweis auf die allgemeine Geltung der „*clausula*“ vermitteln, lassen sich auch im Verwaltungsrecht eine Anzahl von Rechtssätzen anführen, denen dieses Prinzip in seiner verwaltungsrechtlichen Ausgestaltung zugrunde liegt. Neben der bereits genannten Bestimmung des § 22 nWOBG können hier beispielhaft herangezogen werden § 36 AusländerG¹⁷⁵, § 53 II GewO, § 42 I d) prPGV¹⁷⁶, § 24 I e) nWOBG, § 57 BesatzungsschädenAbgG¹⁷⁷ und § 62 BVG¹⁷⁸.

¹⁷⁴ Ebenso Auffenberg S. 40; Eckert: DVBl. 1962, S. 16; Beinhardt: VerwArch 55 (1964), S. 258 f.

¹⁷⁵ Ausländergesetz v. 28. 4. 1965 (BGBl. S. 353).

¹⁷⁶ Preußisches Polizeiverwaltungsgesetz in der für den Aufgabenbereich der Polizei geltenden Neufassung v. 27. 11. 1953 (GS NW S. 163).

¹⁷⁷ Gesetz über die Abgeltung von Besatzungsschäden v. 1. 12. 1955 (BGBl. S. 734). Dazu vgl. BVerwG v. 24. 3. 1965: DÖV 1965, S. 707.

¹⁷⁸ Gesetz über die Versorgung der Opfer des Krieges v. 20. 12. 1950 (BGBl. S. 791).

Die Grundsätze über den Wegfall der Verwaltungsgrundlage sind daher Bestandteil des Verwaltungsrechts und haben unmittelbare Bedeutung für die Gestaltung der Leistungspflichten eines verwaltungsrechtlichen Vertrages.

e) In welcher Form die jeweiligen Leistungspflichten durch die Anwendung der Grundsätze beeinflusst werden, läßt sich nicht einheitlich für sämtliche möglichen Anwendungsfälle feststellen. Dabei ist davon auszugehen, daß auch der verwaltungsrechtliche Vertrag in gleicher Weise wie der Vertrag des Zivilrechts¹⁷⁹ möglichst aufrechtzuerhalten und der neuen Tatsachenlage anzupassen ist. IdR. wird daher die schuldnerische Leistungspflicht abgeändert werden, sei es, daß der Leistungsgegenstand umgestaltet wird, oder aber, daß im Gegensatz zur ursprünglichen Verpflichtung der Schuldner nunmehr zu Teilleistungen befugt ist¹⁸⁰. Ist jedoch das gesamte Rechtsgeschäft in einen so schwerwiegenden Gegensatz zu den maßgebenden öffentlichen Interessen geraten, daß eine Aufrechterhaltung der Leistungspflichten weder in ihrer ursprünglichen noch in einer irgendwie modifizierten Form vertreten werden kann, so ist eine Aufhebung des Vertrages geboten. Dem durch die veränderte Tatsachenlage betroffenen Vertragspartner ist dann ein Rücktrittsrecht einzuräumen. Die Entscheidung, welche Folgerungen jeweils aus einer wesentlichen Tatsachenänderung zu ziehen sind, muß in jedem Einzelfall unter Abwägung sämtlicher entscheidungserheblicher Kriterien getroffen werden, d. h. also in Gegenüberstellung der maßgebenden öffentlichen Interessen einerseits und der Interessen des Vertragspartners an einer Aufrechterhaltung der Übereinkunft andererseits.

Vereinzelt, so z. B. von *Apelt*¹⁸¹, *Ruppert*¹⁸² und neuerdings auch von *Beinhardt*¹⁸³ wird die Ansicht vertreten, daß als Folge eines durch die Anwendung der Grundsätze über den Wegfall der Verwaltungsgrundlage gebotenen Rücktritts Ersatzansprüche gegen den zum Rücktritt Berechtigten entstehen sollen. In dieser Allgemeinheit kann jedoch von einer Entschädigungspflicht zu Lasten des von seiner Leistungspflicht freigewordenen Vertragspartners nicht gesprochen werden. Gegen diese These spricht schon die Tatsache, daß die Änderung der dem Vertrage zugrunde liegenden Tatsachen gerade zur Folge haben kann, daß die Aufrechterhaltung jeder Schuldnerverpflichtung, d. h. also auch in der

¹⁷⁹ Vgl. *Palandt-Danckelmann* § 242 Anm. 6 c) mwN.

¹⁸⁰ *Eckert*: DVBl. 1962, S. 17.

¹⁸¹ S. 224 f.

¹⁸² S. 20 f.

¹⁸³ *VerwArch* 55 (1964), S. 259.

Form einer etwaigen Entschädigungspflicht, nicht zu vertreten ist, und daß gerade dieser Umstand die Aufhebung des Vertrages geboten hat. Zudem dürfte die Kopplung des Rücktrittsrechts mit gleichzeitiger Entschädigungspflicht im geltenden Recht ohne Grundlage sein, so daß eine Entschädigung nur nach den Grundsätzen der staatlichen Ersatzleistungen gewährt werden kann¹⁸⁴.

¹⁸⁴ Im Ergebnis übereinstimmend *Eckert*: DVBl. 1962, S. 17.

Dritter Teil

Rechtsschutzfragen

§ 45 Vorbemerkung

Bislang weitgehend noch ungeklärt ist die Frage, welchem Rechtsweg die Streitigkeiten aus verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnissen zugeordnet werden können. Vornehmlich zum Problembereich des verwaltungsrechtlichen Vertrages liegt eine Vielzahl unterschiedlicher Stellungnahmen vor, so daß sich die vorliegende Untersuchung darauf beschränken muß, die entscheidenden Unterschiede der einzelnen Meinungen aufzuzeigen und eine eigene Lösung zu diesen Fragen anzudeuten. Dabei sind im wesentlichen zwei Fragenkomplexe voneinander zu trennen:

Welcher Rechtsweg ist für die Klage auf Erfüllung der Hauptleistungspflicht aus einem verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnis eröffnet?

Ist der insoweit eröffnete Rechtsweg auch für die Ansprüche aus verwaltungsrechtlichen Leistungsstörungen, namentlich für die auf Leistung von Schadensersatz gerichteten Sekundärverpflichtungen gegeben?

Erst eine Beantwortung dieser Fragen ermöglicht eine endgültige Stellungnahme zu den mit der prozessualen Durchsetzung von verwaltungsrechtlichen Leistungspflichten verbundenen Problemen.

1. Kapitel: Rechtsweg für Klagen auf Erfüllung verwaltungsrechtlicher Schuldverhältnisse

Die Antwort auf die Frage, welcher Rechtsweg für die Klage auf Erfüllung der primären Leistungspflichten aus verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnissen eröffnet ist, folgt heute¹ unmittelbar aus § 40 Vw-

¹ Bis zum Inkrafttreten der VwGO am 1. 4. 1960 (vgl. § 195 I) galten die inhaltlich mit der heute geltenden Regelung übereinstimmenden Vorschriften der Landesgesetze über die Verwaltungsgerichtsbarkeit. Vgl. z. B. § 22 I und III MRVO 165 v. 15. 9. 1948 (VOBL f. d. brit. Zone S. 263).

GO, wonach der Verwaltungsrechtsweg vorbehaltlich einer sondergesetzlichen Zuweisung an ein anderes Gericht in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art gegeben ist. Angesichts dieses eindeutigen Gesetzeswortlauts besteht auch Einhelligkeit darüber, daß die Verwaltungsgerichte zur Entscheidung über die auf Erfüllung verwaltungsrechtlicher Ansprüche gerichteten Klage zuständig sind, unabhängig davon, ob Schuldner eine Zivilperson oder ein Träger hoheitlicher Gewalt ist. So ist der Verwaltungsrechtsweg beispielsweise bejaht worden für Ersatzansprüche aus öffentlich-rechtlicher Geschäftsführung ohne Auftrag², für öffentlich-rechtliche Bereicherungsklagen³ und Erstattungsansprüche⁴, für Streitigkeiten über die Zinsherabsetzung öffentlich-rechtlicher Wohnungsbaudarlehen⁵, für die Entschädigungsansprüche nach dem ViehseuchenG⁶ sowie für die Erfüllungsansprüche aus öffentlich-rechtlichen Verträgen⁷. Aus dem öffentlich-rechtlichen Charakter der verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnisse ergibt sich damit notwendig, zumal eine sondergesetzliche Zuweisung nicht eingreift, die Zuordnung der öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten an die Verwaltungsgerichte.

2. Kapitel: Rechtsweg für Klagen aus verwaltungsrechtlichen Leistungsstörungen

§ 46 Problemstellung

Angesichts der Eindeutigkeit der dargelegten gesetzlichen Regelung und der nur andeutungsweise aufgezeigten übereinstimmenden Stellungnahmen von Rechtsprechung und Wissenschaft erscheint es auf den ersten Blick fast unverständlich, daß in der Frage des Rechtsweges zur Geltendmachung von Ansprüchen aus verwaltungsrechtlichen Leistungsstörungen unterschiedliche Ansichten vorgetragen werden und von einer Klärung dieser Rechtsfragen nicht im entferntesten gesprochen werden kann. Während Beinhardt¹ ohne nähere Begründung sämtliche Streitig-

² BVerwG v. 9. 12. 1955: DÖV 1957, S. 371.

³ OVG Lüneburg v. 25. 5. 1962: VerwRspr. 15 Nr. 237.

⁴ Eyermann-Fröhler § 40 Anm. 18; OVG Münster v. 8. 9. 1954: DÖV 1955, S. 701; OLG Düsseldorf v. 10. 10. 1961: MDR 1962, S. 141.

⁵ BVerwG v. 31. 8. 1961: NJW 1962, S. 170.

⁶ BGH v. 16. 10. 1961: DÖV 1962, S. 113.

⁷ Eyermann-Fröhler § 40 Anm. 9; Brückler: DRiZ 1964, S. 372; BGH v. 21. 12. 1964: DVBl. 1965, S. 276 (278); OVG Münster v. 21. 6. 1960: DÖV 1960, S. 798.

¹ VerwArch 55 (1964), S. 260.

keiten aus verwaltungsrechtlichen Verträgen, also auch die Ansprüche aus Leistungsstörungen, als Streitigkeiten des öffentlichen Rechts qualifiziert, diese mit den Erfüllungsansprüchen gleichstellt und in Ermangelung einer ausdrücklichen Zuweisung an die ordentlichen Gerichte den Verwaltungsgerichten zuweist, sind namentlich Lerche² und Brückler³ der Ansicht, daß Ansprüche auf Schadensersatz wegen Verletzung der Pflichten aus einem öffentlich-rechtlichen Vertrag in den ordentlichen Rechtsweg gehören, soweit diese gegen Hoheitsträger geltend gemacht werden. Dies wird mit einer ausdehnenden Interpretation des § 40 II 1 VwGO begründet⁴: Zwar seien auch die Klagen auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder sonstiger Forderungsverletzung öffentlich-rechtliche Streitigkeiten iSv. § 40 I VwGO. Soweit jedoch Schadensersatz aus einer Vertragsverletzung der öffentlichen Hand geltend gemacht werde, liege eine „Verletzung öffentlich-rechtlicher Pflichten“ iSv. § 40 II 1 VwGO vor, denn unter dieser Bezeichnung seien nicht nur Amtspflichten und ähnliche durch Gesetz begründete Pflichten (z. B. §§ 1697, 1833, 1848 BGB, § 82 KO, § 19 NotO⁵)⁶ zu verstehen, sondern auch vertraglich begründete öffentlich-rechtliche Pflichten der Träger hoheitlicher Gewalt. Derartige Streitigkeiten stünden denjenigen in § 40 II 1 VwGO aufgeführten sowie denjenigen über Enteignung und Amtshaftung nahe, darüberhinaus folgten Enteignung, Aufopferung, Amtshaftung und die Streitigkeiten über die Verletzung öffentlich-rechtlicher Pflichten weitgehend gleichen Rechtsgrundsätzen und zeigten idR. auch Ähnlichkeit in ihren tatsächlichen Grundlagen. Zudem spreche für diese Ansicht die Möglichkeit, auf diesem Wege die Erfahrungen der Zivilgerichte beim finanziellen Schadensausgleich auch hier nutzbar zu machen. Letztlich sei es aber auch die Gefahr unterschiedlicher Urteile, die eine Zuweisung der Streitigkeiten aus öffentlich-rechtlichen Verträgen, soweit Schadensersatzansprüche gegen Hoheitsträger in Betracht kämen, an die ordentlichen Gerichte als geboten erscheinen lasse, da die Verwaltungsgerichte zur Entscheidung von Amtshaftungsklagen nicht zuständig seien. Andererseits müßte das jeweils angerufene Gericht die Möglichkeit haben, einen ihm unterbreiteten Sachverhalt nach allen rechtlichen Gesichtspunkten, d. h. also sowohl nach Amtshaftungsgrundsätzen als auch nach anderen Gesichtspunkten, z. B. nach den Grundsätzen der öffentlich-rechtlichen Verwahrung zu beurteilen. Ausdrücklich offengelassen wird jedoch die Frage, welcher Rechtsweg zur Erhebung gleichgearteter Ansprüche gegen Zivilpersonen eröffnet sei.

² Staatsbürger und Staatsgewalt 1963, Bd. II, S. 66 f.

³ DRiZ 1964, S. 372.

⁴ Zum folgenden vgl. vor allem Brückler aaO.

⁵ Bundesnotarordnung v. 24. 2. 1961 (BGBl. S. 98).

⁶ So z. B. Schunck-de Clerck § 40 Anm. 4 b) (S. 145).

In neuester Zeit haben sich auch *Menger/Erichsen* mit der Frage des Rechtsweges bei Schadensersatzansprüchen aus der Verletzung öffentlich-rechtlicher Verträge befaßt⁷,⁸. In Übereinstimmung mit der hier wiedergegebenen Ansicht *Brücklers* und *Lerches* bejahen sie eine Zuständigkeit der Zivilgerichte, wobei sie dieses Ergebnis gleichfalls aus dem gesetzgeberischen Zweck der Norm ableiten wollen:

„Solange die Amtshaftungs- und Entschädigungsansprüche den Zivilgerichten verfassungsrechtlich zugewiesen sind, muß das bei der Auslegung einer prozessrechtlichen Norm besonders gewichtige teleologische Moment dazu führen, daß die ordentlichen Gerichte dann über die Schadensersatzansprüche wegen Verletzung öffentlich-rechtlicher Pflichten zu entscheiden haben, wenn derselbe Sachverhalt auch Grundlage eines Entschädigungsbegehrens oder eines aus Amtspflichtverletzung hergeleiteten Schadensersatzanspruchs sein kann.“

Menger/Erichsen führen diese Erwägung dann auch konsequent zu Ende, wenn sie es ausdrücklich zu einem Erfordernis der Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte erheben, daß die „Möglichkeit besteht, daß derselbe Sachverhalt Grundlage anderer Ansprüche auf staatliche Ersatzleistung sein kann“, man andererseits aber nicht darauf abstellen kann, ob der im Streit befindliche Sachverhalt Grundlage auch von Entschädigungs- oder Amtshaftungsansprüchen ist.

Der BGH hat in mehreren Entscheidungen, von denen im folgenden nur einige aus neuerer Zeit wiedergegeben werden können, zur Frage des Rechtsweges bei Geltendmachung der Ansprüche aus Leistungsstörungen verwaltungsrechtlicher Schuldverhältnisse Stellung genommen:

So hat er in einem Urteil v. 7. 2. 1963⁹, in dem es um die Frage der Haftung aus seinem öffentlich-rechtlich ausgestalteten Benutzungsverhältnis in Ansehung eines städtischen Schlachthofes und im Zusammenhang hiermit um die hier vornehmlich interessierende Frage des zulässigen Rechtsweges ging, die Zivilgerichte als zur Entscheidung dieser Fragen berufen angesehen. Die Zuständigkeit ergebe sich aus § 40 II 1 VwGO, da es um einen Schadensersatzanspruch aus der Verletzung einer öffentlich-rechtlichen Pflicht gehe:

„Daß für ihn der ordentliche Rechtsweg gegeben ist, besagt der Wortlaut der gesetzlichen Bestimmung, hat auch seinen guten Sinn. Ein und derselbe Lebensvorgang, die Benutzung des Schlachthofes der Bekl. durch die Firma P. als solche — ohne daß es des Hinzutretens einer besonderen vertraglichen

⁷ VerwArch 56 (1965), S. 278 ff.

⁸ Der Gesichtspunkt des Sachzusammenhangs wird von ihnen erneut hergehoben in VerwArch 57 (1966), S. 189 mit dem Hinweis darauf, daß § 40 II VwGO „die erschöpfende Würdigung der aus einem Sachverhalt entstehenden Schadensersatzansprüche gegen den Staat ermöglichen soll.“

⁹ DVBl. 1963, S. 438.

Abrede bedarf —, bildet hier in Verbindung mit einer schadenstiftenden Pflichtverletzung von Bediensteten der Bekl. die Grundlage, aus der Ansprüche wegen Amtspflichtverletzung (§ 839 BGB) oder in sinngemäßer Anwendung von §§ 276, 278 BGB erwachsen können. Im Regelfall werden diese Ansprüche gekoppelt werden. Der Gedanke der Sachnähe, der bei der Beratung der Vorschrift des § 40 VwGO eine bedeutsame Rolle gespielt hat, ... der den beiden Ansprüchen zugrunde liegende einheitliche Sachverhalt, läßt eine Auslegung des § 40 II VwGO dahin sachgerecht erscheinen, daß diese auch Schadensersatzansprüche, die aus der Verletzung eines öffentlich-rechtlichen Benutzungsverhältnisses in sinngemäßer Anwendung von §§ 276, 278 BGB abgeleitet werden, in den ord. Rechtsweg verweist, wie das für Ansprüche nach § 839 BGB, Art. 34 GG unzweifelhaft der Fall ist.“

Diese Rechtsansicht wurde in einer späteren Entscheidung des Gerichts bestätigt. So war im Urteil vom 21. 12. 1964¹⁰ zur Frage des Rechtsweges für Schadensersatzansprüche gegen die öffentliche Hand aus der von dieser zu vertretenden Verletzung eines Vergleiches Stellung zu nehmen. Der BGH hält hier den ordentlichen Rechtsweg für gegeben, da der Problemkreis der Amtspflichten mit dem der Vertragspflichten derart verbunden sei, daß eine getrennte Betrachtung dem Streitverhältnis nicht gerecht werden würde. Es ist also auch hier der Gesichtspunkt des Sachzusammenhangs zwischen den der ordentlichen Gerichtsbarkeit unterworfenen allgemeinen Amtspflichten und den Vertragspflichten, der als maßgebend zur Entscheidung des Problems herangezogen wird.

Hatte der BGH hier noch eine abschließende Beurteilung der Problematik ausdrücklich vermieden und in der Begründung seiner Entscheidung maßgeblich darauf abgestellt, daß die zwischen den Parteien getroffene Vereinbarung „ihrem Inhalt nach gerade darauf abzielte, die als gegeben vorausgesetzten dienstlichen Pflichten für den konkreten Sachverhalt zu bestimmen und festzulegen“, so fehlt dieser Gesichtspunkt in der Entscheidung vom 25. 2. 1965¹¹. Hier stellt das Gericht fest, daß unter Schadensersatzansprüchen aus der „Verletzung öffentlich-rechtlicher Pflichten“ nur die gegen die öffentliche Hand gerichteten Ansprüche zu verstehen seien. Obgleich hier ein ausdrücklicher Hinweis auf die verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnisse fehlt, ergibt sich doch aus den Gründen der Entscheidung und dem dort zitierten Urteil vom 7. 2. 1963 der unmittelbare Zusammenhang zu dem Problem des Rechtsweges. Zur Begründung seiner Entscheidung stellt der BGH auch hier maßgeblich auf den Gedanken der „Sachnähe“ mit den Streitigkeiten aus Enteignung, Amtspflichtverletzung und öffentlich-rechtlicher Verwahrung ab, so daß in den entscheidenden Punkten der Begründung

¹⁰ DVBl. 1965, S. 276; zustimmend: *Bettermann*: JZ 1966, S. 443 ff.

¹¹ DÖV 1965, S. 632.

volle Übereinstimmung mit den vorher zitierten Entscheidungen sowie mit der Ansicht *Brücklers* besteht.

Durchaus iS. dieser Rechtsprechung des BGH entschied das LG Köln in einem Urteil vom 18. 12. 1964¹², wo zu der Frage der Zahlung von im Zusammenhang mit einer öffentlich-rechtlichen Verwahrung entstandenen Lagerkosten Stellung zu nehmen war. Kennzeichnend für die durch § 40 II 1 VwGO dem ordentlichen Rechtsweg zugewiesenen vermögensrechtlichen Ansprüche sei, daß es sich stets um Ansprüche des einzelnen Bürgers gegen Behörden oder Körperschaften des öffentlichen Rechts handele. Der hier maßgebliche Gedanke des unmittelbaren Zusammenhangs mit den Ansprüchen aus Enteignung, Amtshaftung, Aufopferung und öffentlich-rechtlicher Verwahrung greife jedoch nicht ein, soweit Ansprüche der Hoheitsträger gegen einzelne Zivilpersonen geltend gemacht würden. Die Klage wurde daher als unzulässig abgewiesen.

Faßt man das Ergebnis dieser Rechtsprechung zusammen, so läßt sich in Übereinstimmung mit der Ansicht *Brücklers* und *Lerches* folgendes feststellen: Soweit die Ansprüche aus Leistungsstörungen auf eine Schadensersatzleistung der Hoheitsträger gerichtet sind, sollen nicht die für die Erfüllungsansprüche zuständigen Verwaltungsgerichte, sondern die ordentlichen Gerichte zuständig sein. Die sich stets wiederholende ausdrückliche Betonung, daß dies nicht notwendig für die gegen die Zivilpersonen gerichteten Ansprüche Geltung besitzen soll, legt den Schluß nahe, daß insoweit die Verwaltungsgerichte als zuständig angesehen werden¹³.

§ 47 Kritische Stellungnahme

Diese Rechtsprechung hält einer eingehenden Prüfung nicht stand. Sie erweist sich zudem als unzweckmäßig und ist insbesondere angesichts der Anerkennung eines eigenen Haftungssystems verwaltungsrechtlicher Leistungsstörungen einer Revision zu unterziehen.

Ausgangspunkt der gesamten Erörterung ist die Generalklausel des § 40 I 1 VwGO, wonach vorbehaltlich einer sondergesetzlichen Zuweisung zur Entscheidung über öffentlich-rechtliche Streitigkeiten nicht-verfassungsrechtlicher Art die Verwaltungsgerichte zuständig sind. Da

¹² NJW 1965, S. 1440; ablehnend *Menger*: *VerwArch* 57 (1966), S. 73 ff.

¹³ Vgl. hierzu BGH v. 25. 2. 1965: DVBl. 1965, S. 643: „Eine andere Auffassung führt dazu, Schadensersatzansprüche ganz allgemein dem Verwaltungsrechtsweg zu entziehen. Das hat nicht in der Absicht des Gesetzgebers der VwGO gelegen.“

die Streitigkeiten aus verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnissen öffentlich-rechtlichen Charakter besitzen, unterliegen sie unstreitig der Verwaltungsgerichtsbarkeit, soweit Erfüllungsansprüche geltend gemacht werden. Die von *Lerche*, *Brückler* sowie in der Rechtsprechung des BGH vorgetragene Argumente für eine Abweichung von der Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte zugunsten einer Entscheidungsbefugnis der ordentlichen Gerichte in den Fällen einer Schadensersatzverpflichtung der öffentlichen Hand vermögen demgegenüber nicht zu überzeugen. Der Hinweis auf § 40 II 1 VwGO, aus dem sich diese Zuständigkeit ergeben soll, erscheint als nicht stichhaltig, da dieser Rechtsatz einer einschränkenden Auslegung bedarf.

Die Auffassung, die Anführung der „Verletzung öffentlich-rechtlicher Pflichten“ in § 40 II 1 VwGO verliere weitgehend ihren Sinn, wollte man hierunter nicht auch — in gewissen Grenzen — vertraglich begründete Pflichten verstehen, da die neben den hier aufgeführten Ansprüchen aus Aufopferung und aus öffentlich-rechtlicher Verwahrung vornehmlich in Betracht kommenden Amtshaftungs- und Enteignungsansprüche schon in Art. 34 S. 3 GG und in Art. 14 III 4 GG den ordentlichen Gerichten zugewiesen seien¹⁴, ist nicht haltbar. Den „öffentlich-rechtlichen Pflichten“ ist neben den Amtspflichten ein gewisser selbständiger Raum insoweit einzuräumen, als einzelne gesetzlich begründete Verpflichtungen öffentlich-rechtlicher Natur, wie z. B. die Pflichten von Vormund, Vormundschaftsrichter, Konkursverwalter und Notar dem § 40 II 1 VwGO unterfallen, soweit die Herleitung von Schadensersatzansprüchen aus ihrer Verletzung in Frage steht¹⁵. Im übrigen ist jedoch die Bedeutung dieser Zuweisung neben den weiteren Zuweisungen nicht sehr groß¹⁶.

Auch der wiederholte, unter Hinweis auf die Entstehungsgeschichte des § 40 VwGO erfolgende Rückgriff auf den Gedanken einer „Sachnähe“ zwischen den Amtshaftungs- und Entschädigungsansprüchen und den gegen die öffentliche Hand geltend gemachten Ansprüchen aus verwaltungsrechtlichen Leistungsstörungen, soweit diese auf Schadensersatzleistungen gerichtet sind, erweist sich als nicht stichhaltig. Denn die Einbeziehung der Amtshaftung in das bürgerliche Recht ist nur darauf zurückzuführen, daß nach der — heute überholten¹⁷ — Fiskustheorie alle vermögensrechtlichen Ansprüche gegen den Staat oder seine Beamten, insbesondere Schadensersatzansprüche, als solche privatrechtlicher

¹⁴ So wohl BGH v. 21. 12. 1964: DVBl. 1965, S. 276.

¹⁵ Folgt man der hier abgelehnten Ansicht *Forsthoffs* (S. 315 ff.), daß innerhalb des öffentlichen Rechts eine Gefährdungshaftung anzuerkennen sei, so ergäbe sich hier ein weiterer Anwendungsbereich des § 40 II 1 VwGO.

¹⁶ *Ule* § 40 Anm. IV 2 a) (S. 96); *Redeker-von Oertzen* § 40 Anm. 28.

¹⁷ Vgl. o. S. 22.

Natur aufgefaßt wurden. Nach heutiger Rechtsauffassung gehören diese Ansprüche jedoch dem öffentlichen Recht an¹⁸, so daß mit *Bettermann*¹⁹ insoweit von einer „regelwidrigen Zuweisung einer öffentlich-rechtlichen Streitigkeit in den Zivilrechtsweg“ gesprochen werden kann. Dieser Erkenntnis kommt zwar angesichts der eindeutigen gesetzlichen Regelung nur eine rechtspolitische Bedeutung zu, so daß sie nur für den Gesetzgeber von Interesse sein kann, nicht aber in dem Maße, das geltende Recht zu ändern oder sogar für die Rechtsanwendung die Ermächtigung enthielte, die Zuweisungsnormen insoweit unberücksichtigt zu lassen²⁰. Aus ihr muß jedoch der Schluß gezogen werden, daß diese Zuweisung als mit heutiger Rechtsauffassung im Widerspruch stehend eine ausdehnende Anwendung ebensowenig zuläßt wie eine beispielhafte Heranziehung bei der Auslegung sonstiger Rechtssätze. Im Gegenteil muß bis zu der rechtspolitisch gebotenen²¹ Aufhebung der Zuständigkeit der Zivilgerichtsbarkeit der Anwendungsbereich dieser Zuweisungen notwendig eng begrenzt und auf die ausdrücklich genannten Amtshaftungs- und Entschädigungsansprüche beschränkt bleiben²². Auch die Erwähnung der öffentlich-rechtlichen Verwahrung in § 40 II 1 VwGO gibt nichts für die hier abgelehnte Ansicht der Rechtsprechung her. Denn auch insoweit sind für die getroffene Regelung lediglich Motive ursächlich gewesen, die durch die heutige Rechtsentwicklung überholt sind: War bei den Amtshaftungs- und Entschädigungsansprüchen die überkommene Fiskustheorie, so war hier die Notwendigkeit der Gewährung von Rechtsschutz bestimmend, nachdem das RG in Abkehr von der bis dahin vorgenommenen zivilrechtlichen Einordnung des durch die hoheitliche Inbesitznahme von Sachen einer Privatperson entstehenden Rechtsverhältnisse eine ausschließlich öffentlich-rechtliche Einordnung vorgenommen hatte²³ und in Ermangelung einer Generalklausel nur der Zivilrechtsweg zur Gewährung von Rechtsschutz zur Verfügung stand. Da auch diese Zweckvorstellung heute nicht mehr Platz greift, können aus der Anführung der öffentlich-rechtlichen Verwahrung in § 40 II 1 VwGO keine weitergehenden Folgerungen gezogen werden.

¹⁸ *Schneider*: NJW 1962, S. 705 (709). Vgl. auch die Nachweise o. S. 37/38 Fußn. 94 c).

¹⁹ JZ 1961, S. 482; MDR 1961, S. 837.

²⁰ Vgl. auch BVerwG v. 28. 1. 1965: NJW 1965, S. 929.

²¹ Vgl. auch *Stich*: Staatsbürger und Staatsgewalt 1963, Bd. II, S. 387 ff.

²² Wenn *Brückler* (aaO.) darüber hinaus zur Stützung seiner Ansicht darauf verweist, es gelte, „die Erfahrung der Zivilgerichte beim finanziellen Schadensausgleich auch hier nutzbar zu machen“, so muß dann — stellt man die hier erhobenen Bedenken gegen den Ausgangspunkt dieser Argumentation einmal zurück — die Frage aufgeworfen werden, warum nicht die gegen Zivilpersonen gerichteten Ansprüche, sondern nur diejenigen gegen die öffentliche Hand der ordentlichen Gerichtsbarkeit zugewiesen werden sollen.

²³ RGZ 115, S. 419 ff.

Zudem widerlegt gerade die Erwähnung der öffentlich-rechtlichen Verwahrung in § 40 II VwGO das Argument der von der Rechtsprechung in den Vordergrund der Erörterungen gestellten Sachnähe zwischen den Ansprüchen aus verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnissen und den den ordentlichen Gerichten verfassungsmäßig zugewiesenen Ansprüchen aus Amtshaftung und Enteignung. Denn während für die Amtshaftungsansprüche unabhängig vom Wert des Streitgegenstandes die Landgerichte ausschließlich zuständig sind²⁴, sind für die Schadensersatzansprüche aus öffentlich-rechtlicher Verwahrung die §§ 23, 71 I GVG²⁵ maßgebend. Das bedeutet, daß zur Entscheidung über die Streitigkeiten aus öffentlich-rechtlicher Verwahrung die für Amtshaftungsklagen zuständigen Landgerichte nur dann entscheidungsbefugt sind, wenn der Streitwert der Schadensersatzklage den Betrag von 1500,— DM übersteigt (§ 23 Ziff. 1 GVG). Erreicht der geltend gemachte Anspruch diesen Betrag jedoch nicht, sind die Amtsgerichte zuständig und dabei gleichzeitig auf eine Heranziehung der für dieses verwaltungsrechtliche Schuldverhältnis geltenden Haftungsgrundsätze beschränkt. „Eine erschöpfende Würdigung der aus einem Sachverhalt entstehenden Schadensersatzansprüche gegen den Staat“²⁶ ist hier gerade nicht möglich, da eine Prüfung des vorgetragenen Sachverhalts unter dem Gesichtspunkt der Amtshaftung in diesen Fällen ausgeschlossen ist, so daß als Ergebnis insoweit festzustellen ist, daß der als maßgebend hervorgehobene Gedanke der Sachnähe zwischen den Amtshaftungs- und den sonstigen Entschädigungsansprüchen in dem überaus großen Bereich der verwaltungsrechtlichen Verwahrung keine Berücksichtigung gefunden hat, sondern daß die gesetzliche Regelung sich hierüber hinwegsetzend eine Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte unabhängig von ihrer Befugnis zur Entscheidung von Amtshaftungsklagen angeordnet hat.

Letztlich ist die von den Befürwortern einer Entscheidungszuständigkeit der ordentlichen Gerichte bekämpfte Verschiedenartigkeit des Rechtsweges im Falle einer Zuweisung der Ansprüche aus Leistungsstörungen an die Verwaltungsgerichte zwischen den Amtshaftungsklagen einerseits und den verwaltungsschuldrechtlichen Ansprüchen andererseits auch außerhalb des Verwaltungsschuldrechts gegeben, wie bereits die Regelung einer Anfechtung rechtswidriger Verwaltungsakte und die gleichzeitige Herleitung von Schadensersatzansprüchen aus demselben Sachverhalt zeigt: Während der Betroffene die behördliche Maßnahme vor dem Verwaltungsgericht anfechten muß, um den Eintritt der von

²⁴ Vgl. §§ 1, 3 Gesetz über die Haftung des Reiches für seine Beamten v. 22. 5. 1910 (RGBl. S. 433).

²⁵ Gerichtsverfassungsgesetz idF v. 12. 9. 1950 (BGBl. S. 513).

²⁶ *Menger/Ericksen*: VerwArch 57 (1966), S. 189.

ihr unmittelbar oder mittelbar im Wege eines sich anschließenden Vollzuges ausgehenden Rechtswirkungen auszuschließen, muß er die durch den Erlaß des Verwaltungsakts bereits hervorgerufenen Vermögensnachteile im Wege einer Amtshaftungsklage vor dem Zivilgericht geltend machen. Hier ist also ein in seinen tatsächlichen Grundlagen wie in seiner rechtlichen Behandlung einheitlicher Vorgang ausgespalten, soweit die gerichtliche Überprüfung der Maßnahme und der durch sie hervorgerufenen Folgen in Frage steht, obgleich eine Regelung entsprechend der in § 113 III VwGO für die unmittelbaren Folgen hoheitlichen Handelns getroffenen sachlich gerechtfertigt wäre. Ebenso ist bei einer Reihe öffentlich-rechtlicher Entschädigungsansprüche die Zuweisung an die Zivilgerichte nur hinsichtlich der Zahlung der Entschädigung erfolgt, während die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte zur Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der die Entschädigungsansprüche auslösenden Maßnahmen erhalten bleibt²⁷. Aus dieser nur beispielhaften Aufzählung wird bereits deutlich, daß eine Verschiedenartigkeit des Rechtsweges in Ansehung eines sachlich und rechtlich einheitlichen Bereichs öffentlicher Verwaltung vom Gesetzgeber vielfach ausdrücklich angeordnet ist und damit auch nicht gegen eine einheitliche Zuweisung aller Streitigkeiten aus verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnissen an die Verwaltungsgerichte geltend gemacht werden kann.

Vermögen somit die für eine Zuordnung der gegen die öffentliche Hand gerichteten Ansprüche auf Schadensersatz aus verwaltungsrechtlichen Leistungsstörungen nicht zu überzeugen, so sprechen doch entscheidende Gesichtspunkte für eine einheitliche Zuweisung sämtlicher innerhalb des Verwaltungsschuldrechts entstehender Streitigkeiten an die Verwaltungsgerichte und damit gegen eine Sonderzuständigkeit der Zivilgerichte zur Entscheidung über Schadensersatzverpflichtungen der Hoheitsträger. Die Ansprüche aus verwaltungsrechtlichen Leistungsstörungen stehen in unmittelbarem Zusammenhang mit den Erfüllungsansprüchen, da sie sich als Sekundärverpflichtungen als Folge einer Forderungsverletzung aus diesen ergeben. In vielen Fällen wird erst die Geltendmachung letzterer zur Erhebung von Schadensersatz- oder sonstigen Sekundäransprüchen führen, wie z. B. im Falle einer ernstlichen Erfüllungsverweigerung. Es stünde jedoch mit den Grundsätzen der Prozeßökonomie in krassem Widerspruch, wollte man das Verwaltungsgericht als unzuständig erklären, die gegen den Träger hoheitlicher Gewalt erhobene Klage als unzulässig abweisen und nunmehr dem Zivilgericht die Entscheidungsbefugnis zusprechen, da die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegen die öffentliche Hand vor dem ordentlichen Gericht zu erfolgen habe. Da bei weitem die Überzahl aller

²⁷ Vgl. hierzu Redeker-von Oertzen § 40 Anm. 25 ff. mwN.

verwaltungsrechtlicher Verträge subordinationsrechtlichen Charakter hat, wäre damit die Rechtsverfolgung des einzelnen in einem bedenkliehen Maße erschwert.

Zu höchst unpraktischen Folgen führt die Annahme einer Zuständigkeit der Zivilgerichte im bezeichneten Umfang in den Fällen, in denen die vom Hoheitsträger zu verantwortende Forderungsverletzung eine Schadensersatzverpflichtung entstehen läßt, die nicht an die Stelle der Hauptverbindlichkeit, sondern neben die weiterhin zu erbringende primäre Leistungsverpflichtung tritt. Hier wären zur Durchsetzung des Erfüllungsanspruchs weiterhin die Verwaltungsgerichte zuständig, während der Anspruch auf Schadensersatz vor den Zivilgerichten geltend zu machen wäre. Schon diese Konsequenz der Theorie von *Lerche* und *Brückler*, sowie der aufgeführten Rechtsprechung zeigt, daß die Nachteile aus der Nichtanwendbarkeit der Amtshaftungsgrundsätze vor den für alle öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten als zuständig anzusehenden Verwaltungsgerichten um ein Vielfaches geringer sind gegenüber denjenigen, die sich aus einer konsequenten Anwendung dieser hier abgelehnten Theorie ergeben.

Letztlich ist eine Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte undenkbar, soweit ein Rücktrittsrecht geltend gemacht oder aber eine Anpassung und Umgestaltung eines verwaltungsrechtlichen Vertrages unter dem Gesichtspunkt des Wegfalls der Verwaltungsgrundlage vorgenommen werden soll. Denn insoweit findet eine Einflußnahme auf das hoheitliche Handeln der Subjekte öffentlicher Verwaltung statt, indem deren in der Zukunft zu erfüllende Leistungspflichten, die sich entweder aus einer Rückabwicklung des bereits in Vollzug gesetzten oder aus einer Umgestaltung der Leistungspflichten des verwaltungsrechtlichen Vertragsverhältnisse ergeben. Die Anordnung dieser Maßnahmen ist jedoch ausschließlich in den Zuständigkeitsbereich der Verwaltungsgerichte verwiesen, in den überzugreifen den Zivilgerichten jede Befugnis fehlt²⁸.

Aus diesen Gründen, die hier nur angedeutet werden konnten und deren erschöpfende Behandlung bislang noch aussteht, ist eine Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte zur Entscheidung irgendwelcher Streitigkeiten aus verwaltungsrechtlichen Leistungsstörungen nicht anzu-

²⁸ Hiermit deckt sich die Frage, inwieweit die Zivilgerichte im Rahmen der Amtshaftungsklage Maßnahmen der hoheitlichen Verwaltung aufzuheben oder die Verpflichtung zu bestimmter hoheitlicher Tätigkeit auszusprechen befugt sind. Auch hier lehnt die heute hM. eine derartige Befugnis ab, da diese die Zuständigkeitsverteilung zwischen den Zivil- und den Verwaltungsgerichten verletzen würde. Vgl. Wolff § 64 II g) 2; BGH (GSZ) v. 19. 12. 1960: NJW 1961, S. 658 (660).

nehmen. Das Problem des zulässigen Rechtsweges ist von jeder an einem bloßen Schadensausgleich ausgerichteten Betrachtungsweise zu lösen und ausschließlich unter verwaltungsrechtlichem Aspekt anzugehen. Dann erweist sich jedoch eine einheitliche Behandlung sowohl der Erfüllungsansprüche als auch der Ansprüche aus Störungen verwaltungsrechtlicher Schuldverhältnisse auch in prozessualer Hinsicht als geboten, so daß ohne Rücksicht auf die konkret auszusprechende Rechtsfolge der verwaltungsrechtlichen Leistungsstörung und die Person des Leistungspflichtigen die ordentlichen Gerichte von einer Entscheidung ausgeschlossen und die Verwaltungsgerichte zuständig sind²⁹.

Literaturverzeichnis

- Apelt, Willibalt*: „Der verwaltungsrechtliche Vertrag“, Neudruck der Ausgabe Leipzig 1920, Aalen 1964.
- „Der verwaltungsrechtliche Vertrag“, AÖR 84 (1959), 249—273.
- Arnade, Hans-Wolfgang*: „Die Haftung der Post für die ordnungsgemäße Ausführung von Überweisungsaufträgen im Postscheckdienst“, NJW 1962, 996—998.
- von Arnswaldt, Hans-Dietrich*: „Der Anspruch aus öffentlich-rechtlicher Verwahrung und staatshoheitlicher Haftung“, Gruchot 73 (1933), 459—478.
- Auffenberg, Erika*: „Zur clausula rebus sic stantibus im Verwaltungsrecht“, Diss. jur. Göttingen 1936.
- Bachof, Otto*: „Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung“, Tübingen 1951.
- „Rechtswirkung und subjektive Rechte im öffentlichen Recht“, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek 1955.
- „Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates“ — Der soziale Rechtsstaat in verwaltungsrechtlicher Sicht —, VVDStRL 12, 37—84.
- „Teilrechtsfähige Verbände des öffentlichen Rechts“, AÖR 83 (1958), 208—279.
- „Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts“, JZ 1962, 745—755.
- Barkhau, Werner*: „Öffentlich-rechtliche Entschädigung bei Nothilfeleistungen“, Stuttgart und Köln 1954.
- Barocka, E.*: „Vereinbarungen und Verträge im Wasserrecht“, VerwArch 51 (1960), 1—35.
- Baumann, Joachim*: „Absolute Grenzen der Anwendbarkeit des Grundsatzes von Treu und Glauben im Verwaltungsrecht“, Diss. jur. Hamburg (ungedr.) 1956.
- Baur, Fritz*: „Neue Verbindungslinien zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht“, JZ 1963, 41—47.
- Becker, Erich*: „Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung“, VVDStRL 14, 96—135.
- Becker, Walter*: „Schulunfälle — Haftung des Staates und der Kommune?“, RWS 1964, 368—369.
- Beinhardt, Gerd*: „Der öffentlich-rechtliche Vertrag im deutschen und französischen Recht“, VerwArch 55 (1964), 151, 210.
- Bellstedt, Christoph*: „Zur staatsrechtlichen Problematik von Geheimpatenten und -gebrauchsmustern“, DÖV 1961, 811—818.

²⁹ Im Ergebnis ebenso: *Beinhardt*: VerwArch 55 (1964), S. 260; *Redeker-von Oertzen* § 40 Anm. 10.

- Bergmann, Heinrich:** „Die Auswertung von Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches im Rechtsbereich der Verwaltung“, Diss. jur. (ungedr.) Leipzig 1946.
- Bettermann, Karl August:** „Zur Lehre vom Folgenbeseitigungsanspruch“, DÖV 1955, 528—536.
— Anmerkung zu BVerwGE v. 7. 11. 1957: DVBL 1958, 867.
— Anmerkung zu BGHZ v. 10. 4. 1961: MDR 1961, 837—838.
— „Vom Sinn der Amtshaftung“, JZ 1961, 482—483.
- BGB (RGRK):** „Das Bürgerliche Gesetzbuch“, Kommentar, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, I. Band, 2. Teil, 11. Auflage, Berlin 1960 (zit.: BGB — RGRK).
- Bismarck, (Fürst) Otto von:** „Die politischen Reden des Fürsten Bismarck“, besorgt v. Horst Kohl, 12. Band, 1886—1890, Stuttgart 1894.
— „Die gesammelten Werke“, II. Auflage, Berlin 1932. Band 15: „Erinnerung und Gedanke“ Herg. Gerhard Ritter und Rudolf Stadelmann.
- Boehmer, Gustav:** „Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung“, Erstes Buch: „Das bürgerliche Recht als Teil der Gesamtrechtsordnung“, Tübingen 1950.
— „Zur Frage der entsprechenden Anwendung des § 278 BGB bei mitwirkendem Verschulden des Beschädigten“, NJW 1961, 62—63.
- Brennhausen, Rüdiger:** „Geschäftsführung ohne Auftrag im öffentlichen Recht“, Diss. jur. Gießen 1934.
- Der große Brockhaus: 16. Auflage, Wiesbaden 1957, Band 12.
- Broz, Hans:** „Rechtskraft und Geschäftsgrundlage“, NJW 1963, 689—694.
- Brückler, Karl Otto:** „Rechtsweg bei Verletzung öffentlich-rechtlicher Verträge“, DRiZ 1964, 372—373.
- Buchner, Werner:** „Die Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts“, — Nach Bundesrecht und bayerischem Landesrecht — Diss. jur. (ungedr.) München 1958.
- Bullinger, Martin:** „Vertrag und Verwaltungsakt“, Stuttgart 1962.
- Burkard, Erwin:** „Das Zurückbehaltungsrecht im öffentlichen Recht“, Diss. jur. (ungedr.) Freiburg 1950.
- Burckhardt, Walther:** „Der Vertrag im Privatrecht und im öffentlichen Recht“, Bern 1924.
— „Methode und System des Rechts“, Zürich 1936.
— „Die Organisation der Rechtsgemeinschaft“, 2. Auflage, Zürich 1943.
- Clasen, Heinrich:** „Die freiwillige Umlegung nach § 28 a des Gesetzes über Maßnahmen zum Aufbau der Gemeinden“, DVBL 1957, 233—235.
— „Der öffentlich-rechtliche Vertrag im Baurecht“, BuG 1959, 55—56.
— „Der Anbauvertrag nach dem Bundesbaugesetz“, BuG 1961, 484.
- Coing, Helmut:** „Grundzüge der Rechtsphilosophie“, Berlin 1950.
- Däubler, Wolfgang:** „Der Widerruf von Verwaltungsakten im Recht der Europäischen Gemeinschaften“, NJW 1965, 1646—1650.
- Dahm, Georg:** „Deutsches Recht“, 2. Auflage, Stuttgart 1963.

- Denecke:** „Zur Anwendung des § 278 BGB bei öffentlich-rechtlichen Verhältnissen“, JR 1953, 40—44.
- Depenbrock, Johannes:** „Die Stellung der Kommunen in der Versorgungswirtschaft“, München-Berlin 1961.
- Dietz, Rolf:** „Anspruchskonkurrenz bei Vertragsverletzung und Delikt“, Bonn 1934.
- Dohna, Alexander Graf zu:** „Beziehungen und Begrenzungen von Straf- und Verwaltungsrecht“, VerwArch 30 (1925), 233—243.
- Dreidoppel, Emil:** „Die Geschäftsführung ohne Auftrag im öffentlichen Recht“, Diss. jur. (ungedr.) Köln 1957.
- Dreier, Ralf:** „Zum Begriff der ‚Natur der Sache‘“, Berlin 1965.
- Dronke:** „Die Anwendung des Bürgerlichen Gesetzbuches auf öffentlich-rechtliche Verhältnisse“, Zeitschrift für Zollwesen und Reichssteuern, Bd. 11 (1911), 165—168, 198—201.
- Dürig, Günter:** „Die konstanten Voraussetzungen des Begriffs ‚öffentliches Interesse‘“, Diss. jur. München 1949.
— „Art. 2 und die Generalermächtigung zu allgemein-polizeilichen Maßnahmen“, AöR 79 (1953/54), 57—86.
— „Das Eigentum als Menschenrecht“, ZgesStW 109 (1953), 326—350.
- Eckert, Lutz:** „Leistungsstörungen in verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnissen“, DVBL 1962, 11—21.
- Engisch, Karl:** „Einführung in das juristische Denken“, Stuttgart 1956.
- Enneccerus-Lehmann:** „Recht der Schuldverhältnisse“, 15. Bearbeitung, Tübingen 1958.
- Enneccerus-Nipperdey:** „Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts“, 15. Auflage, Tübingen 1959.
- Erman:** „Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch“, 3. Auflage, in zwei Bänden, Münster 1962.
- Esser, Josef:** „Schuldrecht“, Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Auflage, Karlsruhe 1960.
— „Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts“, 2. Auflage, Tübingen 1964.
- Eyermann-Fröhler:** „Verwaltungsgerichtsordnung“ (Kommentar), 4. Auflage, München-Berlin 1965.
- Fettig, Hans:** „Die Rechtsstellung des Doktoranden“, DVBL 1960, 881—885.
- Fischbach, Oskar Georg:** „Bundesbeamtengesetz“ (Kommentar), 1. Halbband, 3. Auflage, Köln-Berlin-Bonn-München 1964.
- Fleiner, Fritz:** „Umbildung zivilrechtlicher Institute durch das öffentliche Recht“, Tübingen 1906.
— „Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts“, 8. Auflage, Tübingen 1928.
- Fleischmann, Max:** „Grenzen der Rechtswirksamkeit einer Tarifabrede in Straßenbenutzungsverträgen“, Gruchot 61 (1917), 689—747.
- Flessa, Richard:** „Rechtsschutz gegen Weisungen zu privatrechtlichem Verhalten untergeordneter Behörden“, NJW 1958, 1276—1277.

- Forsthoff, Ernst: „Rechtsfragen der leistenden Verwaltung“, Stuttgart 1959.
- „Lehrbuch des Verwaltungsrechts“, Erster Band: Allgemeiner Teil, 8. Auflage, München und Berlin 1961.
- „Der Zeithistoriker als gerichtlicher Sachverständiger“, NJW 1965, 574—575.
- Friebe, Günther: „Die Haftpflicht des Lehrers und Schulträgers“, 2. Auflage, Köln-Berlin 1957.
- Friedrichs, Karl: „Wie weit sind die Vorschriften des BGB auf Schuldverhältnisse des öffentlichen Rechts anwendbar?“, ArchBürgerlR 42 (1916), 28—30.
- „Der Allgemeine Teil des Rechts“, Berlin und Leipzig 1927.
- Gehe, von: „Zur Anwendung der sog. Privatrechtstitel im öffentlichen Recht“, FischersZeitschr. 34 (1908), 134—183.
- Gernhuber, Joachim: „Die Haftung für Hilfspersonen innerhalb des mitwirkenden Verschuldens“, AcP 152 (1952/53), 69—83.
- Giacometti, Zaccaria: „Über die Grenzziehung zwischen Zivilrechts- und Verwaltungsrechtseinrichtungen in der Judikatur des schweizerischen Bundesgerichts“, Tübingen 1924.
- „Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts“, 1. Band, Zürich 1960.
- Gieseke, Paul: „Privates und öffentliches Recht in den Lieferbeziehungen der Wasserversorgungsunternehmen“, Festschrift für Gustav Boehmer 1954, 124—133.
- Götz, Volkmar: „Verzinsung öffentlich-rechtlicher Geldforderungen“, DVBl. 1961, 433—439.
- „Der Folgenbeseitigungsanspruch im Beamtenrecht“, ZBR 1961, 135—138.
- Goez, Karl: „Die Verwaltungsrechtspflege in Württemberg“, Tübingen und Leipzig 1902.
- Gova, Ferdinand: „Die Rechtsnorm von Treu und Glauben im Verwaltungsrecht“, Diss. jur. Hamburg 1933.
- Gygi, Fritz: „Verwaltungsrecht und Privatrecht“, Bern 1956.
- Hamann, Andreas: „Die öffentlich-rechtliche Geschäftsführung ohne Auftrag“, NJW 1955, 481—483.
- Hammer, Wilm: „Freizeichnung in der Versorgungswirtschaft“, NJW 1962, 1334—1335.
- HWBRW: „Handwörterbuch der Rechtswissenschaft“, 6 Bände, Berlin und Leipzig 1926—1929. Hrg. Fritz Stier-Somlo — Alexander Elster.
- Hauelsen, Fritz: „Der Erstattungsanspruch des öffentlichen Rechts“, NJW 1954, 977—980.
- „Zum Problem des Vertrauensschutzes im Verwaltungsrecht“, DVBl. 1964, 710—721.
- Hedemann, Justus Wilhelm: „Die Flucht in die Generalklauseln“, Tübingen 1933.
- Heller, Hermann: „Staatslehre“, Hrsg. Hermann Niemeyer, Leiden 1934.
- Henrichs, Herbert: „Verjährung des Anspruchs der verheirateten Hebammen auf Gewährleistung des Mindesteinkommens?“, DÖV 1965, 685—690.

- Henrichs, Wilhelm: „Richterliche Vertragshilfe bei öffentlich-rechtlichen Verträgen“, DVBl. 1953, 232—234.
- Hesse, Konrad: „Die verfassungsrechtliche Stellung der politischen Parteien“, VVDStRL 17, 11—52.
- Heydte, Friedrich August Freiherr von der: „Völkerrecht und staatliches Recht“, Die Friedens-Warte 33 (1933), 225—232.
- Hippel, Fritz von: „Das Problem der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie“, Tübingen 1936.
- Höhn, Ernst: „Gewohnheitsrecht im Verwaltungsrecht“, Bern 1960.
- Hofacker, Wilhelm: „Die Staatsverwaltung und die Strafrechtsreform“, Berlin/Stuttgart/Leipzig 1919.
- Hoffmann, Heinrich: „Der öffentlich-rechtliche Vergleich“, Diss. jur. (ungedr.), München 1953.
- Holliger, Jacob: „Das Kriterium des Gegensatzes zwischen dem öffentlichen Recht und dem Privatrecht dargestellt im Prinzipie, mit besonderer Berücksichtigung des schweizerischen Rechts“, Diss. jur. Zürich 1904.
- Huber, Ernst Rudolf: „Verträge zwischen Staat und Kirche im Deutschen Reich“, Breslau 1930.
- „Neue Grundbegriffe des hoheitlichen Rechts“, Berlin 1935.
- „Einheit und Gliederung des völkischen Rechts“, ZgesStW 98 (1938), 310—358.
- „Wirtschaftsverwaltungsrecht“, zwei Bände, 2. Auflage, Tübingen 1953.
- Hurst, Karl: „Die Haftung der Gemeinden in ihren öffentlichen Einrichtungen“, StVKV 1964, 281—284.
- „Ersatzvornahme und Geschäftsführung ohne Auftrag im Polizei- und Ordnungsrecht“, DVBl. 1965, 757—760.
- Idel, W.: „Beamtenrechtliche Fürsorgepflicht und Amtshaftung“, NJW 1955, 1300—1303.
- Imboden, Max: „Der verwaltungsrechtliche Vertrag“, Basel 1958.
- Ipsen, Hans Peter: „Gesetzliche Indienstnahme Privater für Verwaltungsaufgaben“, Festgabe für Erich Kaufmann 1950, 141—161.
- „Rechtsfragen zur Investitionshilfe“, AöR 78 (1952/53), 284—334.
- „Öffentliche Subventionierung Privater“, DVBl. 1956, 461, 489, 602.
- Isele, Hellmut Georg: „Geschäftsbesorgung“, Marburg 1935.
- Jacobi, Erwin: „Zur Scheidung von privatem und öffentlichem Recht in der Deutschen Demokratischen Republik“, Festgabe für Rudolf Smend 1952, 145—162.
- Janknecht, Hans: „Rechtsformen von Subventionierungen“, Diss. jur. Münster 1964.
- Jansen, Günter: „Gefährdungshaftung im deutschen öffentlichen Recht?“, NJW 1962, 939—945.
- Jedlicka, Georg: „Der öffentlich-rechtliche Vertrag im Verwaltungsrecht“, Diss. jur. Zürich 1928.
- Jellinek, Georg: „System der subjektiven öffentlichen Rechte“, 2. Auflage, Tübingen 1919 (zit.: „System“).

- Jellinek, Georg: „Allgemeine Staatslehre“, 3. Auflage, 7. Neudruck, Bad Homburg v. d. Höhe 1960.
- Jellinek, Walter: „Verwaltungsrecht“, 3. Auflage, Offenburg 1948.
- Jentsch, Ulrich: „Zum Begriff des öffentlichen Rechts“, DÖV 1956, 299—300.
- Josef, Eugen: „Die Anwendbarkeit des § 278 BGB auf öffentlich-rechtliche Verbindlichkeiten“, Gruchot 58 (1914), 638—651.
- „Die Rückforderung zu Unrecht gewährter Erwerbslosenfürsorge“, PrVBl. 43 (1921), 1—3.
- „Die clausula rebus sic stantibus bei Verträgen des öffentlichen Rechts“, PrVBl. 45, (1924), 436—437.
- Katholnigg: Anmerkung zu BGH v. 26. 5. 1961: DVBl. 1962, 902—904.
- Kaufmann, Erich: „Das Wesen des Völkerrechts und die clausula rebus sic stantibus“, Tübingen 1911 (Neudruck Aalen 1964).
- Kelsen, Hans: „Hauptprobleme der Staatsrechtslehre“, Tübingen 1923.
- „Allgemeine Staatslehre“, Berlin 1925.
- Kilian, Peter: „Der öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch gegen die Erben des Leistungsempfängers“, NJW 1962, 1279—1283.
- Klein, Friedrich: „Untersuchungen zur sachlichen Zuständigkeit der Zivilgerichte im öffentlich-rechtlichen Bereich“, Stuttgart und Köln 1953.
- Klein, Hans H.: „Zum Begriff der öffentlichen Aufgabe“, DÖV 1965, 755—759.
- Kleindienst, Bernhard: „Die Bedeutung des § 278 bei mitwirkendem Verschulden“, JZ 1957, 457—462.
- „Die entsprechende Anwendung des § 278 BGB bei mitwirkendem Verschulden“, NJW 1960, 2028—2032.
- Klüber, Hans: „Die kommunalen Zweckverbände und sonstigen Gemeinschaftsorganisationen“, KomHdb. I 541—576.
- Klug, Ulrich: „Juristische Logik“, 2. Auflage, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1958.
- Koch, Norbert: „Die öffentlich-rechtliche Verwahrung“, Diss. jur. (ungedr.) Hamburg 1953.
- Kohl, Robert: „Die Möglichkeit öffentlich-rechtlicher Verträge im Verwaltungsrecht“, Diss. jur. Freiburg 1934.
- Kormann, Karl: „System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte“, Berlin 1910.
- Krause, V.: „Die beamtenrechtliche Klage nach der Verwaltungsgerichtsordnung“, ZBR 1960, 65—69.
- Kriele, Martin: „Kriterien der Gerechtigkeit“, Berlin 1963.
- Kriebel, Hellmut: „Die Rechtsnatur des ehrenamtlichen Dienstes in Nothilfeorganisationen“, DÖV 1962, 766—775.
- Krückmann, Paul: „Enteignung, Einziehung, Kontrahierungszwang, Änderung der Rechtseinrichtung, Rückwirkung und die Rechtsprechung des Reichsgerichts“, Berlin 1930.
- Kull, Edgar: „Privatrecht als Mittel der Verwaltung“, Diss. jur. (ungedr.) Heidelberg 1957.

- Larenz, Karl: „Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung“, 3. Auflage, München-Berlin 1963.
- „Lehrbuch des Schuldrechts“, I. Band: Allgemeiner Teil, 7. Auflage, München und Berlin 1965.
- „Richterliche Rechtsfortbildung als methodisches Problem“, NJW 1965, 1—10.
- Lassally, Oswald: „Anwendbarkeit von Normen des bürgerlichen Rechtes im öffentlichen Rechte“, FischersZeitschr. 59 (1926), 153—166.
- Lassar, Gerhard: „Der Erstattungsanspruch im Verwaltungs- und Finanzrecht“, Berlin 1921.
- Laufkötter, Leo: „Vereinbarungen über die Ausübung der öffentlichen Gewalt“, Diss. jur. Berlin 1937.
- Laun, Rudolf: „Die allgemeinen Rechtsgrundsätze“, Festschrift für Gustav Radbruch 1948, 117—138.
- Lehmann, Heinrich: „Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches“, 12. Auflage, Berlin 1960.
- Lepsius, Wolfgang: „Prinzipien der Leistungsverwaltung“, Diss. jur. Münster 1961.
- Lerche, Peter: „Übermaß und Verfassungsrecht“, Köln-Berlin-München-Bonn 1961.
- „Die verwaltungsgerichtliche Klage aus öffentlich-rechtlichen Verträgen“, Staatsbürger und Staatsgewalt 1963, Bd. II, 59—90.
- Löwer, Kurt: „Der verwaltungsgerichtliche Prozeßvergleich als materielles Rechtsgeschäft“, VerwArch 56 (1965), 142—157, 236—277.
- Lünstedt, Claus: „Treu und Glauben im Verwaltungsrecht“, Diss. jur. Heidelberg 1964.
- Lukes, Rudolf: „Grundprobleme der Allgemeinen Geschäftsbedingungen“, JuS 1961, 301—308.
- Martens, Joachim: „Normenvollzug durch Verwaltungsakt und Verwaltungsvertrag“, AöR 89 (1964), 429—471.
- Martens, Wolfgang: „Fehlerhafte Nebenbestimmungen im Verwaltungsprozeß“, DVBl. 1965, 428—432.
- Maunz, Theodor: „Neue Grundlagen des Verwaltungsrechts“, Hamburg 1936.
- Mayer, Otto: „Zur Lehre vom öffentlich-rechtlichen Vertrag“, AöR 3, (1888), 1—86.
- „Deutsches Verwaltungsrecht“, zwei Bände, 3. Auflage, München und Leipzig 1924.
- Meier-Branecke, H.: „Die Anwendbarkeit privatrechtlicher Normen im Verwaltungsrecht“, 11 (nF.) (1926), 230—286.
- Melchwitz, Artur: Anmerkung zu BVerwGE v. 20. 3. 1962: DVBl. 1962, 601—604.
- Menger, Christian-Friedrich: Anmerkung zu OVG Münster v. 20. 3. 1950: DVBl. 1950, 677—678.
- „System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes“, Tübingen 1954.

- Menger*, Christian-Friedrich: „Über die Identität des Rechtsgrundes der Staatshaftungsklagen und einiger Verwaltungsstreitsachen“, Gedächtnisschrift für Walter *Jellinek* 1955, 347—359.
- „Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht“, *VerwArch* 49 (1958), 272—283; 50 (1959), 193—204; 52 (1961), 92—108; 53 (1962), 390—402; 56 (1965), 278—295; 57 (1966), 172—189.
- Menzel*, Eberhard: „Völkerrecht“, München und Berlin 1962.
- Merk*, Wilhelm: „Deutsches Verwaltungsrecht“, Erster Band, Berlin 1962.
- Merkl*, Adolf: „Allgemeines Verwaltungsrecht“, Wien und Berlin 1927.
- Moebis*, Rolf: „Geschäftsführung ohne Auftrag im Verwaltungsrecht“, Diss. jur. Heidelberg 1934.
- Moেকে*, Hans-Jürgen: „Die parlamentarischen Fraktionen als Vereine des öffentlichen Rechts“, *NJW* 1965, 567—572.
- Möhtor*, Erich: „Über öffentliches Recht und Privatrecht“, Karlsruhe 1949.
- Münzer*, Helmut: „Die Anwendung von Rechtsgrundsätzen des Privatrechts auf das öffentliche Recht in der preußischen Verwaltungspraxis“, Diss. jur. Breslau 1934.
- Nawiasky*, Hans: „Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe“, 2. Auflage, Zürich-Köln 1948.
- Nebinger*, Robert: „Verwaltungsrecht“ — Allgemeiner Teil, — 2. Auflage, Stuttgart 1949.
- Nelson*, Leonard: „System der philosophischen Rechtslehre und Politik“, Frankfurt/Main 1964 (Unveränderter Nachdruck der 1. Auflage von 1924).
- Nipperdey*, Hans Carl: „Boycott und freie Meinungsäußerung“, *DVBl* 1958, 445—452.
- Oertmann*, Paul: „Die Geschäftsgrundlage“, Leipzig 1921.
- Obermayer*, Klaus: Anmerkung zu BVerwGE v. 7. 3. 1958: *NJW* 1958, 1107.
- „Zur Rechtsstellung des Nachbarn im Baurecht und zum Folgenbeseitigungsanspruch“, *JuS* 1963, 110—116.
- Palandt*: „Bürgerliches Gesetzbuch“ (Kommentar), 25. Auflage, München und Berlin 1966.
- Pentz*, A.: Anmerkung zu BGHZ v. 16. 2. 1959: *NJW* 1960, 85—86.
- Peters*, Hans: „Lehrbuch der Verwaltung“, Berlin/Göttingen/Heidelberg 1949.
- „Öffentliche und staatliche Aufgaben“, Festschrift für H. C. *Nipperdey* 1965, 2. Band, 877—895.
- Poetzsch-Heffter*: „Treu und Glauben‘ und ‚gute Sitten‘ im öffentlichen Recht“, *DJZ* 1933, 739—743.
- Prazak*, Georg: „Die prinzipielle Abgrenzung der Kompetenz der Gerichte und Verwaltungsbehörden“, *AöR* 4 (1889), 241—314.
- Presting*, Dieter: „Zum Rückerstattungsanspruch nach § 290 Lastenausgleichsgesetz“, *DÖV* 1956, 110—113.
- Radbruch*, Gustav: „Rechtsphilosophie“, 6. Auflage, Stuttgart 1963.
- „Einführung in die Rechtswissenschaft“, 11. Auflage, Stuttgart 1964 (nach dem Tode des Verf. besorgt von *Zweigert*).

- Raiser*, Ludwig: „Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit“, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, Bd. I, Karlsruhe 1960.
- Redeker*, Konrad: Anmerkung zu Entscheidungen des BVerwG v. 7. 6. 1962 u. 25. 10. 1962: *DVBl* 1963, 509.
- Redeker*, Konrad — *von Oertzen*, Hans-Joachim: „Verwaltungsgerichtsordnung“ (Kommentar), 2. Auflage, Stuttgart 1965.
- Reusch*, Werner: „Der Vertrag im Verwaltungsrecht“, Diss. jur. Frankfurt/Main 1929.
- Reuss*, Wilhelm: Buchbesprechung von *Zuleeg*: „Die Rechtsform der Subventionen“ (1965), *DVBl* 1965, 578.
- „Öffentliche Wirtschaftsverwaltung mit privatrechtlichen Gestaltungsmitteln“, Staatsbürger und Staatsgewalt, Karlsruhe 1963, Bd. II, 255—292.
- Richter*, Lutz: „Das subjektive öffentliche Recht“, *AöR* 8 (nF.) (1925), 1—84.
- Rössler*, Peter: „Der öffentlich-rechtliche Vertrag“, *VerwPraxis* 1956, 275—277.
- Ruck*, Erwin: „Schweizerisches Verwaltungsrecht“, Bd. I: Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Zürich 1951.
- „Treu und Glauben in der öffentlichen Verwaltung“, Festgabe für August *Simonius* 1955, 341—350.
- Rupp*, Hans Heinrich: „Verwaltungsakt und Vertragsakt“, *DVBl* 1959, 81—87.
- „Zum Anwendungsbereich des verwaltungsrechtlichen Vertrages“, *JuS* 1961, 59—62.
- Ruppert*, Emil: „Der öffentlich-rechtliche Vertrag im Verwaltungsrecht“, Diss. jur. Würzburg 1935.
- Salzwedel*, Jürgen: „Die Grenzen der Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages“, Berlin 1958.
- Seidel*, Hans: „Zur Lehre vom öffentlich-rechtlichen Vertrage“, Diss. jur. Breslau 1927.
- Siebert*, Wolfgang: „Privatrecht im Bereich der öffentlichen Verwaltung, zur Abgrenzung und Verflechtung von öffentlichem Recht und privatem Recht“, Festschrift für *Niedermeyer* 1953, 215—247.
- „Zur neueren Rechtsprechung über die Abgrenzung von Zivilrechtsweg und Verwaltungsrechtsweg“, *DÖV* 1959, 733—737.
- Sinn*: „Beendigung des Verwaltungsprozesses ohne Streitentscheidung in der Sache“, *DVBl* 1956, 816—821, 849—855.
- Skaupy*, Walther: „Die ungerechtfertigte Bereicherung im öffentlichen Recht“, Berlin 1934.
- Smend*, Rudolf: „Zum Problem des Öffentlichen und der Öffentlichkeit“, Gedächtnisschrift für Walter *Jellinek* 1955, 11—20.
- Soergel-Siebert*: „Bürgerliches Gesetzbuch“ (Kommentar), I. Band: Einleitung, Allgemeiner Teil, Recht der Schuldverhältnisse — Allgemeiner Teil, Stuttgart 1959.
- Spanner*, Hans: „Empfehl es sich, den allgemeinen Teil des Verwaltungsrechts zu kodifizieren?“, Gutachten für den 43. Deutschen Juristentag, Band I, 2. Teil A.

- Specovius*: „Zur Aufwertung bei Verträgen des öffentlichen Rechts“, PrVBl. 46 (1925), 91—92.
- Speiser*, Ruth: „Über öffentlich-rechtliche Verträge“, Diss. jur. Basel 1922.
- Schack*, Friedrich: „Die Haftung bei öffentlich-rechtlicher Verwahrung“, RVBl. 1935, 189—192.
- „Analogie‘ und ‚Verwendung allgemeiner Rechtsgedanken‘ bei der Ausfüllung von Lücken in den Normen des Verwaltungsrechts“, Festschrift für Rudolf Laun 1948, 275—294.
- „Beamtenfürsorge und Amtshaftungsklage“, ZBR 1961, 132—135.
- „Der Aufopferungsanspruch bei Versagung der Abwehrklage aus § 1004 BGB“, JuS 1963, 263—268.
- „Willensmängel im Beamtenrecht“, ZBR 1964, 161—164.
- Scheffler*, Gerhard: „Die Stellung der Kirche im Staat nach Art. 140 GG in Verbindung mit Art. 137 WRV“, Hamburg 1964.
- „Zum öffentlichen Status der Gewerkschaften“, NJW 1965, 849—852.
- Scheuner*, Ulrich: „Grundfragen der Staatshaftung für schädigende Eingriffe“, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek 1955, 331—345.
- „Die Parteien und die Auswahl der politischen Leitung im demokratischen Staat“, DÖV 1958, 641—645.
- Schlitzberger*, Gudrun: „Formzwang bei fiskalischen Rechtsgeschäften“, Diss. jur. Münster 1965.
- Schlossmann*, Siegmund: „Der Vertrag“, Leipzig 1876.
- Schlusnus*, Karl: „Der Anspruch auf Beseitigung der Folgen aus fehlerhaften Verwaltungsakten“, Diss. jur. München 1953.
- Schneider*, Egon: „Eingriffsschwere oder Einzelakt?“, DÖV 1965, 292—297.
- Schneider*, Hans: „Verträge zwischen Gliedstaaten im Bundesstaat“, VVDStRL 19, 1—33.
- „Die Haftung der Gemeinden für ihre öffentlichen Anstalten“, NJW 1962, 705—710.
- Schoen*, Xaver: „Die Grenzen der Verwaltungsgerichtsbarkeit“, DÖV 1955, 137—143.
- Schönke*, Adolf — *Schröder*, Horst: „Strafgesetzbuch“ (Kommentar), 12. Auflage, München und Berlin 1965.
- Schüle*, Adolf: „Treu und Glauben im Deutschen Verwaltungsrecht“, VerwArch 38 (1933), 399—436, 39 (1934), 1—39.
- Schulze*, Elmar: „Baudispensverträge“, Stuttgart 1964.
- Schunck*, E. — *De Clerck*, H.: „Verwaltungsgerichtsordnung“ — Kommentar — Siegburg 1961.
- Seidel*, Hans: „Die Lehre vom öffentlich-rechtlichen Verträge“, Diss. jur. Breslau 1927.
- Staatslexikon, 8. Band, 6. Auflage, Freiburg (Herder) 1963.
- Stammler*, Rudolf: „Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren“, Berlin 1897.
- „Lehrbuch der Rechtsphilosophie“ 3. Auflage, Berlin und Leipzig 1928.

- Staub*, Hermann: „Die positiven Vertragsverletzungen und ihre Rechtsfolgen“, Festschrift zum 26. Deutschen Juristentag 1902, 29—56.
- „Die positiven Vertragsverletzungen“, 2. Auflage, hrsg. und ergänzt von Eberhard Müller, Berlin 1913.
- Steffen*, Wilhelm: „Der öffentlich-rechtliche Vertrag im heutigen Recht“, Diss. jur. Königsberg 1938.
- Stein*, Ekkehard: „Der Verwaltungsvertrag und die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung“, AöR 86 (1961), 320—331.
- Stephany*, Horst: „Staatliche Schulhoheit und kommunale Selbstverwaltung“, Diss. jur. Münster 1964.
- Stern*, Klaus: „Zur Grundlegung einer Lehre des öffentlich-rechtlichen Vertrages“, VerwArch 49 (1958), 106—157.
- „Die Problematik des energiewirtschaftlichen Konzessionsvertrages“, AöR 84 (1959), 137—184, 273—330.
- „Rechtsfragen der öffentlichen Subventionierung Privater“, JZ 1960, 518 bis 525, 557—562.
- Stich*, Rudolf: „Vertrauensschutz im Verwaltungsrecht“, Diss. jur. Mainz 1954.
- „Die Verwirkung im Verwaltungsrecht“, DVBl. 1959, 234—239.
- „Die öffentlich-rechtliche Zuständigkeit der Zivilgerichte“, Staatsbürger und Staatsgewalt, Karlsruhe 1963, Bd. II, 387—425.
- Stödter*, Rolf: „Öffentlich-rechtliche Entschädigung“, Hamburg 1933.
- Stoll*, Heinrich: „Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung“, ACP 136 (1932), 257—320.
- Stoll*, Heinrich — *Felgentraeger*, Wilhelm: „Vertrag und Unrecht“, 3. Auflage, Tübingen 1943.
- Tanner*, Alfred: „Der Begriff der Öffentlichkeit im Strafrecht“, Diss. jur. Zürich 1949.
- Terrahe*, Jürgen: „Die Beleihung als Rechtsinstitut der Staatsorganisation“, Diss. jur. Münster 1961.
- Tezner*, Friedrich: „Die Privatrechtstitel im öffentlichen Recht“, AöR 9 (1894), 325—388, 489—568.
- Theune*, Werner: „Der Folgenbeseitigungsanspruch“, BayVwBl. 1963, 103 bis 108.
- Tidten*, Wolfgang: „Das Problem der sogenannten Ablösung in der Reichsgaragenordnung“, Diss. jur. Münster 1962.
- Tiedau*, Erwin: „Rechtsweg und öffentlich-rechtliche Geschäftsführung ohne Auftrag“, DÖV 1952, 164—168.
- Turegg*, Kurt Egon von — *Kraus*, Erwin: „Lehrbuch des Verwaltungsrechts“, 4. Auflage, Berlin 1962.
- Uckan*, Gülsevil: „Die öffentlich-rechtliche Gefährdungshaftung in der Bundesrepublik Deutschland“, Diss. jur. Münster 1964.
- Ule*, Carl Hermann: „Verwaltungsgerichtsbarkeit“, Köln-Berlin 1960.
- Ule*, Carl Hermann — *Becker*, Franz: „Verwaltungsverfahren im Rechtsstaat“, 1964 (Grote).

- Unger, Joseph: „Über die Haftung des Staates für Verzugs- und Vergütungszinsen“, Zeitschr. f. d. Private und Öffentl. Recht 31 (1904), 107—134.
- Verdross, Alfred: „Die allgemeinen Rechtsgrundsätze als Völkerrechtsquelle“, Festschrift für Hans Kelsen 1931, 354—365.
- „Völkerrecht“, 5. Auflage, Wien 1964.
- Vialon, Friedrich Karl: „Haushaltsrecht“ (Kommentar), 2. Auflage, Berlin und Frankfurt/Main 1959.
- Vogel, Klaus: „Öffentliche Wirtschaftseinheiten in privater Hand“, Hamburg 1959.
- Walz, G. A.: „Die ‚Vereinbarung‘ als Rechtsfigur des öffentlichen Rechts“, AöR 14 (n.F.) (1928), 161—232.
- Wannagat, Georg: „Der Anwendungsbereich des öffentlich-rechtlichen Vertrages im Sozialversicherungsrecht“, NJW 1961, 1191—1196.
- Weber, Werner: „Zum Grundsatz von Treu und Glauben im Verwaltungsrecht“, ZAKDR 1940, 223—224.
- „Die Dienst- und Leistungspflichten der Deutschen“, Hamburg 1943.
- Weigelin, Ernst: „Die Lücken im Recht“, IherJahrb 88 (1939/40), 1—30.
- Weil, Heinz: „Geschäftsführung ohne Auftrag von Privatpersonen für die öffentliche Hand“, Diss. jur. Heidelberg 1934.
- Weimar, Robert: „Zufallsschädigungen durch die öffentliche Hand?“, DÖV 1963, 607—610.
- Weimar, Wilhelm: „Die Geschäftsführung ohne Auftrag im öffentlichen Recht“, StukV 1957, 81—82.
- „Die Haftung bei Unfällen auf Schulausflügen“, RIA 1962, 248—249.
- Weinkauff, Hermann: „Richtertum und Rechtsfindung in Deutschland“, 1952.
- Wertenbruch, Wilhelm: „Grundrechtsanwendung im Verwaltungsprivatrecht“, JuS 1961, 105—110.
- „Der Schadensersatzanspruch des Beamten bei Verletzung der Fürsorgepflicht“, JuS 1963, 180—185.
- Weustenfeld, Wilfried: „Die Bedeutung des Gemeinwohls im Rechts- und Staatsdenken der Gegenwart“, Diss. jur. Münster 1962.
- Wintrich, Josef: „Über Eigenart und Methode verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung“, Festschrift für Wilhelm Laforet 1952, 227—249.
- Wolf, Erik: „Die Natur der allgemeinen Rechtsgrundsätze“, Deutsche Landesreferate zum VI. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung (Hrsg. Hans Dölle), Berlin-Tübingen 1962, 136—150.
- Wolf, Ernst: „Zum Begriff des Schuldverhältnisses“, Festgabe für Heinrich Herrfahrdt 1961, 197—212.
- „Zur Methode der Bestimmung von privatem und öffentlichem Recht“, Festschrift für Erich Molitor 1962, 1—16.
- Wolff, Hans J.: „Über die Gerechtigkeit als ‚principium iuris‘“, Festschrift für Wilhelm Sauer 1949, 103—120.
- „Der Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht“, AöR 76 (1950/51), 205—217.

- Wolff, Hans J.: „Typen im Recht und in der Rechtswissenschaft“, Studium Generale 1952, 195—205.
- Anmerkung zu BGHZ v. 26. 3. 1953: JZ 1953, 551.
- „Rechtsgrundsätze und verfassungsgestaltende Grundentscheidungen als Rechtsquellen“, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek 1955, 33—55.
- Anmerkung zu BGHZ v. 23. 2. 1956: JZ 1956, 489.
- Anmerkung zu BVerwGE v. 18. 10. 1960: DVBl. 1961, 209.
- „Rechtsformen gemeindlicher Einrichtungen“, ArchfKomW 2 (1963), 149 bis 174.
- „Verwaltungsrecht I“, 6. Auflage, München und Berlin 1965.
- „Verwaltungsrecht II“, München und Berlin 1962.
- „Verwaltungsrecht III“, München und Berlin 1966.
- Zinser, H. W.: „Der allgemeine Teil des öffentlichen Rechts in der jüngsten Rechtsprechung des badischen, bayerischen, sächsischen und württembergischen Verwaltungsgerichtshofes bzw. Oberverwaltungsgerichts“, VerwArch 39 (1934), 40—79, 229—264.
- Zuleeg, Manfred: „Bürgerlichrechtliche Schuldverhältnisse zwischen Hoheits-träger und Staatsbürger auf Grund Verwaltungsakts?“, Diss. jur. Erlangen 1959 (zit.: Diss.).
- Anmerkung zu VG Neustadt v. 7. 8. 1962: DVBl. 1963, 34.
- „Die Rechtsform der Subventionen“ Berlin 1965 (zit.: „Subventionen“).