

Univ.-Ass. Mag. Alrun Cohen, Wien

Amtshaftung bei schlichter Hoheitsverwaltung*)

(1. Teil)

Stand einst die Abgrenzung zwischen Hoheits- und Privatwirtschaftsverwaltung im Zentrum der Diskussion, hat sich die Problematik schrittweise auf einen Zwischenbereich verlagert. Anders als beim typengebundenen Bescheid erscheint der Rechtsschutz gegen rechtsformloses Hoheitshandeln weniger klar. Wie haftet der Staat beispielsweise für die falsche Warnung der Finanzmarktaufsicht (FMA), „die X-Bank-AG ist nicht zur Führung von Bankgeschäften befugt“¹⁾? Und wie kann sich die Bank dagegen wehren, beachtet man, dass Unterlassungsansprüche im Rahmen der Amtshaftung nach hA ausgeschlossen sind? Mit Blick auf diesen Graubereich beleuchtet der Beitrag zunächst die haftungsrechtliche Anknüpfung schlichter Hoheitshandlungen. Darauf aufbauend wird unter Berücksichtigung der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012, die den Rechtsschutz seit 01.01.2014 neu gestaltet, der Ausschluss von Unterlassungs-, Widerrufs- und Beseitigungsansprüchen im AHG untersucht, der nach Ansicht der Verfasserin im Bereich der schlichten Hoheitsverwaltung bezweifelt werden kann.

Deskriptoren: Amtshaftung, schlichte Hoheitsverwaltung, Verwaltungshandeln, Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle, Rechtsschutz, Kreditgefährdung, Warnung, Informationsrealakt, Unterlassung, Widerruf, Unzulässigkeit des Rechtswegs, Gewaltentrennung.
§§ 1, 2 Abs 2, § 9 Abs 5 AHG; §§ 26, 1293 ff, 1330 Abs 2 ABGB; Art 18, 23, 94, 130 Abs 2 Z 1, § 130 Abs 3, § 136 Abs 2 B-VG; § 53 VwGVG; Art 6, 13 EMRK; Art 47 GRC; Art 34 dGG; § 839 dBGB; § 40 VwGO.

Übersicht:

- A. Rechtsgrundlagen
 - I. Tatbestand (Art 23 B-VG, § 1 AHG)
 - II. „In Vollziehung der Gesetze“
- B. Problemstellung
- C. Meinungsübersicht
 - I. Österreich
 - 1. Rechtsprechung des OGH
 - 2. Herrschende Lehre
 - II. Deutschland
 - 1. Tatbestand (Art 34 GG iVm § 839 BGB)
 - 2. Rechtsprechung des BGH und herrschende Lehre
 - 3. Historische Wurzeln
- D. Stellungnahme
 - I. Ausgangsbasis und Aufbau
 - II. Prüfungsmaßstäbe im B-VG (Art 18, 130 Abs 3)
 - III. Haftungsrechtliche Anknüpfung
 - 1. Schlicht hoheitliche Verwaltungshandlungen
 - a. Historische Absicht des Amtshaftungsgesetzgebers
 - b. Nur „im Gesetz begründete Handlungsweisen“
 - c. Resümee und Ausgangsbasis
 - 2. Nicht hoheitliche Verwaltungshandlungen
 - a. Schutzzweck der Hoheitsnorm
 - b. Abgrenzung zur „Zusammenhangstheorie“
 - c. Das Organ als Erfüllungsgehilfe des Staates
 - 3. Ergebnis
 - IV. Anspruch auf Unterlassung, Widerruf und Beseitigung?
 - 1. Problemstellung
 - 2. Ausgangsbasis der Stellungnahme
 - 3. Verfassungsgesetzliche Grundlage des Verwaltungsrechtsschutzes seit 01.01.2014
 - a. Grundrechtlicher Rahmen und gerichtlicher Rechtsschutz
 - b. Ratio von Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG nF
 - c. Rechtslage bis zur Inanspruchnahme der Kontrollkompetenz
 - d. Rechtslage nach Inanspruchnahme der Kontrollkompetenz
 - e. Resümee und Ausgangsbasis
 - 4. Schlussfolgerungen für das Amtshaftungsgesetz
 - a. Ratio des „Unterlassungsausschlusses“
 - b. Nachträgliche Lücke und teleologische Reduktion
 - c. Gesamtanalogie
 - 5. Zwischenergebnis
 - V. Passivlegitimation und prozessuale Durchsetzung
 - 1. Unterlassungsanspruch gegen das Organ?
 - 2. Stellungnahme
 - a. Ausgangsbasis: Gleichlauf von Anspruch und Durchsetzung
 - b. Wertung von § 9 Abs 5 AHG
 - c. Übereinstimmung mit Art 94 B-VG
 - d. Nebenintervention des Organs
 - 3. Ergebnis
 - VI. Ausblick: Individualrechtsschutz gegen hoheitliche Kreditgefährdung (Art 136 Abs 2 B-VG nF)
- E. Ergebnisse

*) Ich möchte mich gerne bei Frau a. Univ.-Prof. Dr. Bettina Perthold-Stoitner und besonders bei Herrn Univ.-Prof. Dr. Martin Schauer für zahlreiche wertvolle Anregungen herzlich bedanken.

¹⁾ Anlassfall für VfGH 12.03.2009, G 164/08 = VfSlg 18.747/2009 = ÖZW 2010, 83 (Moser); nunmehr besteht hier spezifischer Verwaltungsrechtsschutz (näher dazu D.IV.3.); vgl auch jüngst: OGH 1 Ob 79/12t = EvBl 2012/116 (Lenzbauer) und 1 Ob 15/11d = wbl 2011, 394 (Schadenersatz wegen Rufschädigung).

A. Rechtsgrundlagen

I. Tatbestand (Art 23 B-VG, § 1 AHG)

Die Haftung für hoheitliche Schädigungen ist in Art 23 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG)²⁾ verankert und im Amtshaftungsgesetz 1949 (AHG)³⁾ näher ausgeführt. Gemäß § 1 Abs 1 AHG *haften der Bund, die Länder, die Gemeinden, sonstige Körperschaften des öffentlichen Rechts und die Träger der Sozialversicherung für den Schaden, den ihre Organe jemandem rechtswidrig und schuldhaft zugefügt haben.* Organ ist nach Abs 2 jede hoheitlich handelnde Person.⁴⁾ Dabei spielt es keine Rolle, ob sie in einem öffentlich- oder privatrechtlichen Verhältnis zum Rechtsträger steht.⁵⁾ Bei der Zurechnung ist allein „auf die funktionelle Stellung (...) zum Rechtsträger“ abzustellen.⁶⁾ Die Klage hat aber nur dann Erfolg, wenn das Organ bei der Schädigung *in Vollziehung der Gesetze* tätig war.

II. „In Vollziehung der Gesetze“

Diese Wendung kennzeichnet zwei Trennlinien: Zum einen trennt sie die Bereiche der Justiz⁷⁾

²⁾ BGBl 19/1949 idF BGBl I 100/2003.

³⁾ Bundesgesetz vom 18.12.1948, womit die Haftung des Bundes, der Länder, der Bezirke, der Gemeinden und der sonstigen Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts für den in Vollziehung der Gesetze zugefügten Schaden geregelt wird (BGBl 20/1949 idF BGBl I 122/2013).

⁴⁾ Nach früherer Rsp (vgl RIS-Justiz RS0088920) konnte *nur* eine *natürliche* Person Organ sein. Seit OGH 1 Ob 176/08a = JBl 2009, 520 bezieht die Rsp im Anschluss an die Lehre (*Schragel*, Kommentar zum Amtshaftungsgesetz³ [2003] § 9 Rz 258; *Schmaranzer*, Entscheidungsanmerkung zu 7 Ob 175/06w, JBl 2007, 389 [392]) *juristische Personen* mit ein; vgl *T. Rabl*, Amtshaftungssimmunität für beliehene juristische Personen!, *ecollex* 2009, 579 (580).

⁵⁾ Vgl *Schragel*, AHG³ § 1 Rz 24; *Koziol*, Haftpflichtrecht II² (1984) 379 f; zur Entwicklung näher *Loebenstein/Kaniak*, Kommentar zum Amtshaftungsgesetz (1951) 11 f.

⁶⁾ AB 515 BlgNR V. GP 2; vgl dazu *Kucsko-Stadlmayer* in *Korinek/Holoubek* (Hg), Kommentar zum B-VG II/1 (11. Lfg 2013) Art 23 Rz 1, 14 ff; *Mader* in *Schwimann* (Hg), Praxiskommentar, ABGB VIII³ (2005) § 1 AHG Rz 7 ff; VfGH 24.06.1993, G 191/92; G 274/92 = VfSlg 13.476/1993; RIS-Justiz RS0087680; zuletzt OGH 1 Ob 72/12p = EvBl-LS 2012/124 (zur funktionellen Zurechnung eines Transportbegleiters).

⁷⁾ Jedoch kann aus „einem Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes, des Obersten Gerichtshofes und des Verwaltungsgerichtshofes (...) kein Ersatzanspruch abgeleitet werden“ (§ 2 Abs 3 AHG). Gemäß § 25 Asylgerichtshof (AsylGHG, BGBl I 4/2008) galt dasselbe für Entscheidungen des AsylGH (siehe VfGH 09.10.2012, G 64/10). Mit 01.01.2014 wurde der AsylGH zum Bundesverwaltungsgericht (Art 151 Abs 51 Z 7 B-VG nF) und § 25 AsylGHG trat außer Kraft (BGBl I 10/2013). Soweit ersichtlich, wurde kein äquivalenter Ersatz für § 25 AsylGHG aF geschaffen, während § 2 Abs 3 AHG im Wortlaut gleich geblieben ist. Damit liegt die Annahme nahe, dass der Gesetzgeber asylgerichtliche Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts nunmehr der Amtshaftung unterstellen will; dies wäre aber noch näher zu untersuchen.

und Verwaltung von der Gesetzgebung, da eine Amtshaftung⁸⁾ für Gesetzesunrecht nach hA nicht besteht.⁹⁾ Zum anderen zieht sie die Grenze zur Privatwirtschaftsverwaltung.¹⁰⁾ *In Vollziehung der Gesetze* handelt ein Organ mittels typengebundenen (Bescheid, Verordnung, behördliche Maßnahme)¹¹⁾ oder schlichten *Hoheitsakts*.¹²⁾

Die schlichte Hoheitsverwaltung charakterisiert sich nicht notwendig durch normative Akte.¹³⁾

⁸⁾ Zur Staatshaftung näher *Perner*, EU-Richtlinien und Privatrecht (2012) 55; *Kodek* in *Kletečka/Schauer* (Hg), ABGB-ON 1.01 (2013) Vor § 1293 Rz 24; *Rebhahn*, Staatshaftung bei Verletzung von Gemeinschaftsrecht und Umsetzung in Österreich, in *Österreichische Juristenkommission* (Hg), Österreich als Mitglied der Europäischen Union (1999) 149 (172 ff).

⁹⁾ Vgl statt vieler *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁴ (2013) Rz 1323. Jüngst trat aber *Karner* mit gewichtigen Argumenten für eine Ausdehnung auf legislativ tätige Organe ein: *Karner*, Für welche Tätigkeiten haftet der Staat? Staatshaftung für legislatives Unrecht aus österreichischer Sicht, in *Tichý/Hrádek* (Hg), Staatshaftung für legislatives Unrecht (2012) 179 (180 f, 185 f); *derselbe*, Die Haftung des Staates für administratives, judikatives und legislatives Unrecht aus rechtsvergleichender Perspektive, in *Zoufalý* (Hg), XX. Karlsbader Juristentag 2012 (2012) 93 (105 f, 111 f); siehe auch *Koziol*, Staatsverschuldung: Schadenersatzrechtliche Haftung der Regierung?, *RdW* 2011, 457 (458 f) und bereits *Klecatsky*, Notwendige Entwicklungen des österr. Amtshaftungsrechts, *JBl* 1981, 113 (114) mit Replik von *Rebhahn*, Amtshaftung und Normzweck, *JBl* 1981, 512 (515 f).

¹⁰⁾ Die Unterscheidung geht auf die Bundes-Verfassungsnovelle 1929 zurück; zur Entwicklung *Loebenstein/Kaniak*, AHG-Komm 42; *Raschauer*, Grenzen der Wahlfreiheit zwischen den Handlungsformen der Verwaltung im Wirtschaftsrecht, *ÖZW* 1977, 1 (8 f).

¹¹⁾ Art 130 Abs 1 B-VG nF; VfGH 18.10.1957, K I-1/57 = VfSlg 3262/1957 (*leading case*); *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (1996) 23 f; *Raschauer*, Verwaltungsrecht⁴ Rz 696 ff, 705 ff; *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht¹⁰ (2007) Rz 588, 560.

¹²⁾ Vgl nur *Grabenwarter/Holoubek*, Verfassungsrecht, Allgemeines Verwaltungsrecht (2009) Rz 717; *Mader* in *Schwimann*, ABGB³ § 1 AHG Rz 37 f; *Raschauer*, Verwaltungsrecht⁴ Rz 699 ff, 706; *Schragel*, AHG³ § 1 Rz 87. Auch die Verletzung einer Entscheidungspflicht zählt zu einem praktisch relevanten Bereich potentieller Amtshaftungsfälle, wobei der Betroffene zunächst mittels Säumnisbeschwerde (Art 130 Abs 1 Z 3 B-VG nF) gegen die Rechtsverletzung vorgehen muss (vgl § 2 Abs 2 AHG).

¹³⁾ Dazu D.IV.3. Zwar grenzt *Raschauer* die Akte zunächst scheinbar auf solche „normativen Inhalts“ ein (Verwaltungsrecht⁴ Rz 464a), andernorts erwähnt er aber ebenso viele nicht-normative Beispiele (vgl hier Fn 14, 16, 41) und stellt zudem in Verwaltungsrecht⁴ Rz 699 klar, dass schlichte Hoheitsakte nicht normativer Art sein müssen. Für die Beurteilung kommt es mit *Raschauer*, („Schlicht-hoheitliches Verwaltungshandeln“, in *FS Stolzlechner* (2013) 547 (557) entscheidend darauf an, was unter „normativ“ zu verstehen ist. Schreibt man dem hoheitlichen Eingriff in ein subjektives Recht als solchem „normative Wirkung“ zu, so kann selbst einer öffentlichen Warnung oder einer Falschauskunft „Normcharakter“ zukommen; präzise schon *Wiederin*,

Vielmehr umschreibt sie *faktische Tätigkeiten*, wie die Begleitung, Vor- und Nachbereitung¹⁴⁾ hoheitlicher Akte, beispielsweise durch eine Auskunft im Bescheiderlassungsverfahren, einen Bankeinzug oder die Hausversiegelung bei Durchführung der Todesfallaufnahme, sowie *Informationsrealakte*¹⁵⁾ im Rahmen staatlicher Aufsicht, insbesondere in Form von öffentlichen Stellungnahmen und Warnungen¹⁶⁾. Eine gesetzliche Verankerung der schlichten Hoheitsverwaltung findet sich erstmals in Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG nF¹⁷⁾, der am 01.01.2014 in Kraft getreten ist (näher dazu unter D.IV.3.).

B. Problemstellung

An den Begriff der schlichten Hoheitsverwaltung knüpfen sich keine Rechtsfolgen.¹⁸⁾ Erst die Feststellung der *Hoheitlichkeit* bestimmt über die Ausgestaltung des Rechtsschutzes. Gerade diese kann sich aber bei *rechtsformlosem Verwaltungshandeln* wie einem Bankeinzug oder einer Warnung schwierig gestalten.¹⁹⁾ Die Bedeutung liegt

Aufenthaltsbeendende Maßnahmen im Fremdenpolizeirecht (1993) 134 Fn 447. Diese Annahme scheint mE wesentlicher Grund für die Verankerung von Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG zu sein; dazu unter D.IV.3.

¹⁴⁾ Vgl *Berka*, Verfassungsrecht⁴ (2012) Rz 660; *Funk*, Der verfahrensfreie Verwaltungsakt (1975) 128 (131); *Puck*, Nichthoheitliche Verwaltung – Typen und Formen, in Ermacora ea (Hg), Allgemeines Verwaltungsrecht (1979) 275 (294); *Raschauer*, Verwaltungsrecht⁴ Rz 700, 706 f.

¹⁵⁾ *Raschauer*, Verwaltungsrecht⁴ Rz 683; treffend auch „Informationseingriff“: *Ennöckl*, Der Rechtsschutz gegen sicherheitsbehördliche Maßnahmen nach Inkrafttreten des Strafprozessreformgesetzes, JBl 2008, 409 (413).

¹⁶⁾ Eingehend *Holoubek*, Haftung für schlichtes Verwaltungshandeln, insb staatliche Warnungen und Empfehlungen, in *Holoubek/Lang* (Hg), Organhaftung und Staatshaftung in Steuersachen (2002) 249 (252, 254 ff); *Perthold-Stoitzner*, Die Auskunftspflicht der Verwaltungsorgane² (1998) 31 ff; *Raschauer*, Verwaltungsrecht⁴ Rz 683, 700; *N. Raschauer*, Staatliche Warnungen – rechtsstaatliche Grenzgänger?, in *Lienbacher/Wielinger* (Hg), Jahrbuch Öffentliches Recht 2009 (2009) 271 (271 ff); *Wiederin*, Geheimnissschutz – Datenschutz – Informationsschutz im Sicherheitsrecht, in Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht (Hg), Geheimnissschutz – Datenschutz – Informationsschutz (2007) 87 (100).

¹⁷⁾ Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG (idF BGBl I 115/2013) räumt dem einfachen Gesetzgeber die Kompetenz ein, eine Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte für „Beschwerden wegen *Rechtswidrigkeit eines Verhaltens* einer Verwaltungsbehörde in Vollziehung der Gesetze“ vorzusehen; vgl hier nur *Raschauer* in FS Stolzlechner 548 ff.

¹⁸⁾ Präzise *Melichar*, Zur Problematik der Privatwirtschaftsverwaltung, JBl 1956, 429 (430); OGH 4 Ob 82/93 = ÖBl 1993, 207.

¹⁹⁾ Die ältere Rsp des VfGH und VwGH stellte darauf ab, „welche *rechtstechnischen Mittel* die Gesetzgebung zur Verwirklichung der (...) Aufgaben bereitstellt. Hat der Gesetzgeber den Verwaltungsträger mit keinen Zwangsbefugnissen ausgestattet, so liegt keine Hoheitsverwaltung, sondern Privatwirtschaftsverwaltung vor“:

in den Rechtsfolgen, da das AHG als *lex specialis*²⁰⁾ zum allgemeinen Zivilrecht einige markante Abweichungen vorsieht:

Die bedeutendsten Rechtsfolgen sind die Beschränkung der Haftung auf *Geldersatz* für Vermögens- und Personenschäden (§ 1 Abs 1 AHG)²¹⁾ und die *Rechtswegsunzulässigkeit* gegenüber dem Organ (§ 9 Abs 5 AHG).²²⁾ Zentrale Auswirkung hat dies auf den Bereich der „hoheitlichen Kreditgefährdung“²³⁾: Denn nach stRsp kann sich der Betroffene abweichend von § 1330 Abs 2 ABGB nicht durch Unterlassungs- und Widerrufsansprüche dagegen wehren (dazu D.IV. und V.).²⁴⁾

Andererseits rechnet § 1 AHG dem Rechtsträger *alle Organe* zu, während er innerhalb des ABGB nur dann für seine Mitarbeiter haftet, wenn der Geschädigte beweisen kann, dass sie habituell untüchtig oder gefährlich waren und der Rechtsträger von der Gefährlichkeit wusste (§§ 1296, 1315 ABGB).²⁵⁾ Eine Ausweitung ergibt sich allenfalls hinsichtlich jener Personen, die als Repräsentanten eine Leitfunktion im übertragenden Wirkungsbereich ausführen.²⁶⁾ Relevant ist dies zum einen für die Liquidität des Schuldners; kann der Geschädigte den Staat klagen, steht er in der Regel einem zahlungsfähigen Schuldner gegenüber. Eng

vgl zB VfGH B 1424/94 = VfSlg 13.968/1994 = ZfVB 1995/2392; B 881/06 = VfSlg 18.154/2007; VwGH G 254/89 = VwSlg 12.731/1991.

²⁰⁾ Vgl *Schauer*, Verschulden als Haftungsvoraussetzung, in *Holoubek/Lang*, Organhaftung 46 (47); *Krejci*, Amtshaftung und allgemeines Schadenersatzrecht, in *Aicher* (Hg), Die Haftung für staatliche Fehlleistungen im Wirtschaftsleben (1988) 97 (100).

²¹⁾ AB 515 BlgNR V. GP 2; zur verfassungsgesetzlichen Konformität der Beschränkung auf Geldersatz *Rebhahn*, Staatshaftung wegen mangelnder Gefahrenabwehr (1997) 86; allgemein *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³ 368; OGH 1 Ob 11/91 = JBl 1992, 122; 26.06.2001, 1 Ob 154/01 f; RIS-Justiz RS0049906.

²²⁾ AB 515 BlgNR V. GP 3. Zur Rechtswegsunzulässigkeit näher unter D.V.2.b.

²³⁾ Begriff geprägt von *Kletečka*, Schutz gegen „hoheitliche Kreditgefährdung“, *ecolex* 1993, 441; zur Rechtsschutzproblematik näher unter D.IV. und V.

²⁴⁾ Vgl OGH 6 Ob 33/95 = *ecolex* 1996, 98 (*Wilhelm*); 1 Ob 303/97h = RdW 1998, 263; 1 Ob 306/98a = JBl 2000, 179 (*Kalb*); 1 Ob 206/98w = EFSlg 87.929; 1 Ob 306/98a = JBl 2000, 179; 1 Ob 140/98i = MietSlg 50.648; 1 Ob 190/08k = EvBl 2009/110; dasselbe gilt für eine Einstweilige Verfügung gegen das Organ: 1 Ob 38/04a = RZ 2004/28; RIS-Justiz RS0031951.

²⁵⁾ Zu den Kriterien des qualifizierten Auswahlverschuldens vgl nur *Karner* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger* (Hg), ABGB³ (2010) § 1315 Rz 3 ff.

²⁶⁾ Vgl §§ 26, 337 ABGB; *Koziol*, HPR II² 375 f; *Ostheim*, Gedanken zur deliktischen Haftung für Repräsentanten anlässlich der neueren Rechtsprechung des OGH, JBl 1978, 57 (65); *Ondreasova*, Die Gehilfenhaftung (2013) 147 f, 171 f; *Schauer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.01 (2013) § 26 Rz 22; jüngst näher dazu *Spitzer*, Neuordnung der Deliktshaftung der juristischen Person?, in *Perner/Riss* (Hg), Festschrift für Gert Iro (2013) 207 (210, 212 ff); *derselbe*, Auswirkungen des VbVG auf das Zivil- und Zivilprozessrecht, in *Holoubek ea* (Hg), Haftung im Wirtschaftsrecht (2013) 29 (32, 34 ff).

damit verknüpft ist, dass der Kläger kein bestimmtes Organ bezeichnen muss (§ 2 Abs 1 AHG), wodurch ihm der *Beweis erleichtert*²⁷⁾ und die Pflichtverletzung „entindividualisiert“²⁸⁾ wird: Der Geschädigte muss nur beweisen, dass der Schaden „durch die Rechtsverletzung eines Organs (...) entstanden sein konnte“.²⁹⁾ Dies passt ins Konzept der weiten Organzurechnung und lässt sich wertungsmäßig mE mit § 1313a ABGB vergleichen (dazu noch D.III.2.c.).

Da erst die Rechtsfolgen der haftungsrechtlichen Anknüpfung schlichter Hoheitsakte für § 1 AHG Bedeutung verleihen, sind in Hinblick darauf kurz die hA und stRsp zu beleuchten.

C. Meinungsübersicht

I. Österreich

1. Rechtsprechung des OGH

Nach der Rsp ist eine Verwaltungshandlung hoheitlich, wenn sie einen *hinreichend inneren und äußeren Zusammenhang mit einer hoheitlichen Materie* aufweist,³⁰⁾ wofür auch ihre Zielsetzung

sprechen könne³¹⁾; nicht hingegen, wenn sie nur *anlässlich* hoheitlicher Tätigkeit geschah.³²⁾ Ein kurzer Blick in die Fallbreite veranschaulicht die Schwierigkeiten der Haftungsanknüpfung:³³⁾

Besonderes Aufsehen erregte eine „Diplomatenjagd“ auf Einladung des jugoslawischen Botschafters, bei welcher der französische Botschafter fahrlässig vom österreichischen Botschafter, Dr. X, getötet wurde.³⁴⁾ Der OGH legte seiner Entscheidung die Annahme zugrunde, dass die Jagdteilnahme von Dr. X zu den Hoheitsaufgaben eines Botschafters gehöre. Ins AHG fiel auch der Unfall auf einer Patrouillenfahrt, bei dem einige Soldaten verletzt wurden,³⁵⁾ nicht hingegen die Verletzung eines Soldaten, der eine Panzerluke zu öffnen versuchte, weil dies außerhalb der exakten Ausbildungszeit geschehen sei.³⁶⁾ Wiederum als hoheitlich galt die Aussage eines Volksanwalts im ORF, Bedienstete der Staatsoper hätten ihn bei einem privaten Opernbesuch respektlos behandelt.³⁷⁾ Ähnlich erging es einem Kläger, der als Fahrer der beklagten Amtsärztin tätig war, bis sich diese über hektisches Fahrverhalten beschwerte. Der OGH hielt die interne Beschwerde für eine hoheitliche Mitteilung.³⁸⁾

²⁷⁾ AB 515 BlgNR V. GP 2; vgl RIS-Justiz RS0049996; *Loebenstein/Kaniak*, AHG-Komm 73; *Posch*, Rechtswidrigkeit, Verschulden und Schaden im Amtshaftungsrecht, in *Aicher*, Haftung 149 (161 ff); *Reischauer*, Streitverkündung und Bindungswirkung, ÖJZ 1979, 57 (59); *Vrba/Zechner*, Kommentar zum Amtshaftungsrecht (1983) 171 f.

²⁸⁾ Treffend *Rebhahn*, Staatshaftung 100; vgl RIS-Justiz RS0049996. Dies bewirkt keine pauschale Beweislastumkehr, erschwert dem Rechtsträger aber den Beweis des mangelnden Verschuldens *jenes konkreten Organs*, das tatsächlich gehandelt hat: jüngst ausführlich *J. Ring*, Amtshaftung für Verlängerung der Studienzeit, zfhr 2013, 136 (137); vgl bereits *Apathy*, Haftungsfolgen fehlerhafter Staatsaufsicht, in *Aicher*, Haftung 207 (216, 227 f); *Kodek* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.01 (2013) § 1296 Rz 3; *Koziol*, HPR II² 380; auf spezielle Konstellationen beschränkend *Rebhahn*, Staatshaftung 520 ff; nach aA müsse der Kläger überhaupt nur die Rechtswidrigkeit beweisen: OGH 1 Ob 129/12w = EvBl-LS 2013/49; 1 Ob 15/92 = JBl 1993, 399; 1 Ob 9/92 = JBl 1992, 649 (kritisch *Apathy*); vgl ferner *Krejci* in *Aicher*, Haftung 114; vermittelnd *Schragel*, AHG³ § 1 Rz 144, 161 mit Bezug auf die gesetzliche Verbindlichkeit nach § 1298 ABGB.

²⁹⁾ AB 515 BlgNR V. GP 2 (kursiv nicht im Original). Nach der Rsp beginnt die Verjährung daher zu laufen, sobald dem Betroffenen die Schädigung durch irgendein Organ bekannt wird: OGH 1 Ob 171/12x = JBl 2012, 794; RIS-Justiz RS0050394. Zu berücksichtigen ist die Verkürzung der absoluten Verjährungsfrist auf zehn Jahre (§ 6 Abs 1 S 2 AHG); vgl *Gschnitzer/Faistenberger*, Österreichisches Schuldrecht, Besonderer Teil und Schadenersatz² (1988) 551.

³⁰⁾ Bemerkenswert ist mE, dass die Rsp eine Zweifelsregel zugunsten der Hoheitsverwaltung impliziert, wie OGH 10.01.1968, 1 Ob 292/67 = SZ 41/2 nahe legt: „(...) dann zeigt sich, daß die Hoheitsverwaltung (...) auch alle jene Verwaltungstätigkeiten umschließt, bei denen Erwerbs- und Gewinnstreben als bestimmende Faktoren des Handels ausscheiden“. Ähnlich OGH 1 Ob 15/11d = wbl 2011, 394; 1 Ob 208/10k = JBl 2011, 648; 1 Ob 14/10f = ecolex 2010, 858 (*Th. Rabl*); 1 Ob 190/08k = EvBl

2009, 765; 1 Ob 2047/96b = ecolex 1998, 408 (Explosion auf Grund einer defekten Gasleitung der Wiener Stadtwerke); 1 Ob 188/02g = EvBl 2003/129 (Bankprüfer), unmittelbar dazu kritisch *Rebhahn*, Amtshaftung für „Bankprüfer“ – Wohltat oder Irrweg?, ÖBA 2004, 267; *Raschauer*, Bankaufsicht, Amtshaftung und Beihilfenverbot, ÖJZ 2005, 1; vgl weiters RIS-Justiz RS0049897; RS0049948; RS0049960; RS0050075; RS0049930; (selbst-)kritisch hingegen OGH 4 Ob 82/93 = ÖBl 1993, 207 (siehe dazu auch Fn 101).

³¹⁾ Einschlägig zB OGH 4 Ob 341/78 = ÖBl 1979, 36; 4 Ob 319/75 = ÖZW 1975, 125 (differenzierend *W. Schuhmacher*); 15.01.1970, 2 Ob 396/69.

³²⁾ RIS-Justiz RS0050075; zB OGH 1 Ob 15/82 = REDOK 2600; 11.03.1996, 1 Ob 1009/96 (siehe gleich im Text). Auch Amtsmissbrauch (vgl OGH 27.10.1999, 1 Ob 117/99h; RIS-Justiz RS0103735) und hoheitlicher Anschein (vgl RIS-Justiz RS0049981) begründen Amtshaftung; vgl *Schragel*, AHG³ § 1 Rz 126.

³³⁾ Für weitere Rsp-Beispiele siehe etwa *Kucsko-Stadlmayer* in *Korinek/Holoubek*, Kommentar zum B-VG II/1 (11. Lfg 2013) Art 23 Rz 24; *Schragel*, AHG³ § 1 Rz 76 ff, 87 ff, 93 ff; *Ziehensack*, AHG (2011) § 1 Rz 232–337 (insbesondere 324 ff).

³⁴⁾ OGH 17.02.1982, 1 Ob 49/81 = SZ 55/17.

³⁵⁾ OGH 1 Ob 1/96 = ÖJZ 1997/35: Das Lenken des Fahrzeugs sei Teil der Bundesheeraufgaben; damit vergleichbar OGH 21.01.1965, 4 Ob 1/64 (Unfall am Weg zur Wartung einer Funkfeuerungsanlage der Luftfahrtbehörde) und OGH 15.01.1970, 2 Ob 396/69 (Unfall auf der Dienstfahrt eines Sektionschefs zur Eröffnung des Rieder Volksfestes).

³⁶⁾ OGH 11.03.1996, 1 Ob 1009/96: Er begründete seine Klage mit mangelhaften Anleitungen durch den Fahrer.

³⁷⁾ OGH 1 Ob 38/04a = RZ 2004/28: Demzufolge hielt der OGH die einstweilige Verfügung der Wiener Staatsoper gegen den Volksanwalt auf Unterlassung der rufschädigenden Äußerungen auf Grundlage von § 9 Abs 5 AHG für unzulässig.

³⁸⁾ Ausgehend von dieser Prämisse war die Klage gegen das Organ unzulässig: OGH 1 Ob 79/12t = EvBl 2012/116 (*Lenzbauer*): *Lenzbauer* gelangt überzeugend

2. Herrschende Lehre

Wie die Rsp knüpft auch die hL den Hoheitsbegriff weder formell an die Rechtsform³⁹⁾ noch rein materiell ans Ziel der Handlung⁴⁰⁾ an, sondern stellt auf den *Zusammenhang zu einem Hoheitsakt bzw einer hoheitlichen Aufgabe* ab.⁴¹⁾ Plakativ wird die These der stRsp und hL auch als „Zusammenhangstheorie“ bezeichnet.⁴²⁾ In feiner Abgrenzung dazu knüpft *Perthold-Stoitzner*⁴³⁾ die Hoheitsnatur von Auskünften an die *gesetzliche Auskunftspflicht*.⁴⁴⁾ Daraus könnte ein verallgemeinerungsfähiger Anknüpfungspunkt für die Haftung zu gewinnen sein (dazu D.III.1.).

zum Schluss, dass sich die Rechtswegsunzulässigkeit – unabhängig von einer Außenwirkung, auf die der OGH in dieser Entscheidung nicht (mehr) abstellt – direkt aus § 9 Abs 5 AHG ergibt. Ähnlich hielt der OGH in 9 ObA 84/12m = EvBl 2013/64 (*Lenzbauer*) die Fürsorgepflicht der Wiener Linien gegenüber dem gemobbten Beamten für hoheitlich. In vorsichtiger Replik stellt *Lenzbauer* (EvBl 2013/64) präzise auf die Übertragung (dienst-)hoheitlicher Aufgaben ab.

³⁹⁾ So aber eine ältere Ansicht: vgl *Rill* in Kneihls/Lienbacher (Hg), *Rill-Schäffer-Kommentar zum Bundesverfassungsrecht* (1. Lfg 2001) Art 18 Rz 31; tendenziell *Walter* ea, *Bundesverfassungsrecht*¹⁰ Rz 560, 588; *Melichar*, JBl 1956, 430; *R. Novak*, Die Problematik der Abgrenzung der Hoheitsverwaltung von der sogenannten Privatwirtschaftsverwaltung, in *Ermacora* ea, *Verwaltungsrecht* 61 (68 f).

⁴⁰⁾ In diese Richtung zB *Pernthaler*, Über Begriff und Standort der leistenden Verwaltung in der Österreichischen Rechtsordnung, JBl 1965, 57 (65). *Eccher*, Amtshaftung und Privatwirtschaftsverwaltung, JBl 1983, 464 (464 ff) würde wegen der Abgrenzungsprobleme *de lege ferenda* sogar eine Amtshaftung für die Privatwirtschaftsverwaltung begrüßen.

⁴¹⁾ Vgl insbesondere *Raschauer*, Haftung für Fernsehfangung nach deutschem und österreichischem Recht, JBl 1978, 353 (353 ff); *denselben*, Verwaltungsrecht⁴ Rz 705 ff; *denselben*, Realakte, schlicht hoheitliches Handeln und Säumnis, in *Holoubek/Lang* (Hg), *Rechtsschutz gegen staatliche Untätigkeit* (2011) 265 (270); *Holoubek* in *Holoubek/Lang*, *Organhaftung* 252; *Kucsko-Stadlmayer*, Säumnisschutz und Amtshaftung, in *Holoubek/Lang*, *Rechtsschutz* 355 (356); *Öhlinger*, Der Anwendungsbereich des Amtshaftungsgesetzes, in *Aicher*, *Haftung* 121 (126 ff, 136 f); *Puck*, Haftung des Staates für informelle Zusagen und Auskünfte, in *Aicher*, *Haftung* 171 (177); *Schrägel*, Verbesserter Zugang zur Amtshaftung, ÖJZ 1988, 577 (578); *denselben*, AHG³ § 1 Rz 87; vorsichtig *Ziehensack*, AHG² § 1 Rz 334; speziell im Zusammenhang mit der Kreditgefährdung vgl *Kletečka*, *ecolex* 1993, 441.

⁴²⁾ *Ziehensack*, AHG² § 1 Rz 309; in der Folge wird auf die hA als „Zusammenhangstheorie“ Bezug genommen.

⁴³⁾ *Perthold-Stoitzner*, *Auskunftspflicht*² 34 ff.

⁴⁴⁾ *Perthold-Stoitzner*, *Das Auskunftsrecht* nach Art 20 Abs 4 B-VG, *ecolex* 1991, 650 (652); *dieselbe*, *Auskunftspflicht*² 34–37, insbesondere 38 f. Zunächst verneint sie die Bescheidqualität von Auskünften, da die Materialien zu Art 20 Abs 4 B-VG die Auskunft als „Wissenserklärung“ von verbindlichen Willensmitteilungen abgrenzen (zur historischen Interpretation 10 ff [15, 18 ff]). Die Hoheitlichkeit leitet sie vielmehr überzeugend aus den Erläuterungen zu Art 23 B-VG ab. Zur historischen Auslegung von Art 23 B-VG siehe noch D.III.1.

II. Deutschland

Aufgrund der ähnlichen Rechtslage lohnt sich ein Blick nach Deutschland. Die deutsche Lehre und Rsp bringen bemerkenswerte Parallelen zur in Österreich überwiegend vertretenen Ansicht ans Licht. Als Ausgangsbasis ist kurz die materiellrechtliche Gesetzeslage voranzustellen. Zentrale Bedeutung erlangt der Vergleich aber insbesondere hinsichtlich des verfahrensrechtlichen Rechtsschutzes (dazu noch D.IV.3.).

1. Tatbestand (Art 34 GG iVm § 839 BGB)

Die deutsche Staatshaftung ist in § 839 BGB und Art 34 Grundgesetz (GG) geregelt. Gemäß § 839 BGB hat der Beamte, der „die einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht“ fahrlässig oder vorsätzlich verletzt, „dem Dritten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen“. Systematisch hat § 839 BGB mit der österreichischen Amtshaftung gemein, dass er als *lex specialis* den allgemeinen Haftungstatbeständen der §§ 823 ff BGB vorgeht.⁴⁵⁾ Ungleich unterschiedlicher ist die Konzeption der Staatshaftung: Während nach dem AHG der Rechtsträger direkt haftet, legt § 839 BGB die unmittelbare Haftung des Beamten fest.⁴⁶⁾ Erst Art 34 GG bewirkt eine Haftungsverlagerung auf den Staat.⁴⁷⁾ Gemäß Art 34 GG haftet der Staat für jene Schäden, die einem Dritten „in Ausübung eines anvertrauten öffentlichen Amtes“ zugefügt wurden.

2. Rechtsprechung des BGH und herrschende Lehre

Für die Frage, ob der Beamte „in Ausübung eines anvertrauten öffentlichen Amtes“ tätig war, kommt es nach dem BGH – wie nach Ansicht des OGH (C.I.1.) – darauf an, ob das Ziel der Handlung hoheitlicher Tätigkeit zuzurechnen sei und zur

⁴⁵⁾ Vgl *Wöstmann* in *Staudinger* (Begr), *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (2013) § 839 Rz 34.

⁴⁶⁾ Dass der Staat nicht unmittelbar haftet, wird vielfach kritisiert. Schon *Hofacker*, *Ordentlicher Rechtsweg und Verwaltungsrechtsweg*, AcP (1920) 281 (349) bemerkte zynisch, warum der Gesetzgeber „den § 839 BGB, den unverständlichsten aller Rechtssätze“ zum Verfassungsgesetz erhoben habe. In neuerer Zeit kritisierte auch *Ossenbühl*, *Staatshaftungsrecht*⁵ (1998) 6, dass „die rechtliche Konstruktion ... staatsrechtlich wie verfassungsrechtlich untragbar“ sei; ebenfalls kritisch *Karner* in *Zoufalý*, XX. Karlsbader Juristentag 2012, 94 f.

⁴⁷⁾ In einem grundlegenden Erkenntnis hat das BVerfG (2 BvF 1/81 = BVerfGE 61, 149 = NJW 1983, 25 ff) klargestellt, dass der Gesetzgeber den Staat – trotz der ihm bekannten Kritik – nur mittelbar haften lassen habe. Auch die Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich I, Allgemeiner Teil (1888) 103, unterstreichen, dass es nicht einzusehen sei, zwischen der Haftung von staatlichen Vertretern und der Haftung für Vertreter sonstiger Körperschaften zu unterscheiden (auch abgedruckt in NJW 1983, 26 f); vgl in diesem Sinne die Wortwahl bei *Wurm* in *Staudinger*, BGB (2007) § 839 Rz 20: „übergeleitete Beamtenhaftung“ und *Wöstmann* in *Staudinger*, BGB (2013) § 839 Rz 20: „mittelbare Staatshaftung“.

Schädigung ein äußerer und innerer *Zusammenhang* bestehe.⁴⁸⁾ Dies treffe nicht zu, wenn die Schädigung nur „gelegentlich der Amtsausübung“ geschehen sei,⁴⁹⁾ womit die Rsp des OGH vergleichbar scheint, dass bloß „anlässlich der Hoheitshandlung“ verursachte Schädigungen nicht zur Amtshaftung führen (C.I.1.). Die Rechtsform des Hoheitsakts sei zwar ein hinreichendes, aber kein notwendiges Abgrenzungsmerkmal.⁵⁰⁾ Auch die hL stellt primär auf das Ziel der Verwaltungshandlung und den Zusammenhang zum Dienst ab und geht in Zweifelsfällen von Hoheitshandeln aus.⁵¹⁾

3. Historische Wurzeln

Für das Verständnis der hA erscheint ein Blick auf die Vorläuferbestimmung bedeutsam.⁵²⁾ Art 131 Weimarer Verfassung ließ den Staat haften, wenn ein *Beamter* „in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht“ verletzt.⁵³⁾ Entgegen dem Wortlaut wurde vertreten, dass dies für alle mit Hoheitsbefugnissen betrauten Personen gelte, „auch wenn eine förmliche Anstellung als Beamter fehlt“.⁵⁴⁾ Dieses Verständnis spiegelt sich heute in Art 34 GG wider, der alle Personen mit hoheitlichen Aufgaben erfasst.⁵⁵⁾ Weiters hat Art 131 Weimarer Verfassung auf die „öffentliche Gewalt“ abgestellt. Die hL verstand darunter schon damals nicht nur Obrigkeit-zwang, sondern hielt *jede Ausübung des Amtes* in

Wahrnehmung von Hoheitsaufgaben für erfasst.⁵⁶⁾ Dieses Verständnis wollte der Gesetzgeber in Art 34 GG verankern, der nunmehr auf die *Ausübung des Amtes* abstellt.⁵⁷⁾

D. Stellungnahme

I. Ausgangsbasis und Aufbau

Art 34 GG ist schon historisch betrachtet ein weites Hoheitsverständnis zu entnehmen. Ein solches Verständnis zu Art 23 B-VG, das „schlichtes Verwaltungshandeln“ miterfasst, hat sich in Österreich schrittweise entwickelt und wurde erst durch Art 130 Abs 1 Z 2 B-VG nF (A.II.) verfassungsgesetzlich verankert. Zwar steht nunmehr für das österreichische Recht fest, dass schlichte Hoheitsverwaltung den Hoheitsbegriff erfüllt, unklar erscheint aber das haftungsrechtliche Anknüpfungsmerkmal schlichter Verwaltungsakte. Diese Frage beleuchtet der erste Teil der Stellungnahme (D.III.). Während sich mit dem weiten Hoheitsverständnis der deutschen Ansicht ein umfassender Verwaltungsrechtsschutz deckt (D.IV.3.), ist fraglich, ob die Prämissen in Österreich dieselben sind. Der österreichische Hoheitsbegriff unterlag einem schrittweisen Funktionswandel. Inwieweit dadurch Lücken im Rechtsschutz entstanden sein könnten, ist Ausgangsfrage für den zweiten Teil (dazu D.IV.3.). Darauf aufbauend wird untersucht, wie Betroffene aus schlichten Hoheitsakten drohende Schäden abwehren können (D.IV.4. und D.V.). Die Grundlage der Stellungnahme bildet der Verfassungsrahmen des Verwaltungshandelns.

II. Prüfungsmaßstäbe im B-VG (Art 18, 130 Abs 3)

Das AHG 1948 basiert auf dem Grundgedanken des rechtsstaatlichen Prinzips, die „genaue Abgrenzung der staatlichen Machtbefugnisse“ zu gewährleisten.⁵⁸⁾ Diese Forderung erfüllt Art 18 Abs 1 B-VG, der die Ausübung der Verwaltungstätigkeit an die Gesetze bindet.⁵⁹⁾ Damit verbunden

⁴⁸⁾ BGH III ZR 10/91 = NJW 1992, 1227 (1228) mwN. Ebenso Amtsmissbrauch, vgl BGH III ZR 277/01 = NJW 2002, 3172 (3173): Schikane einer Polizistin durch ihren Vorgesetzten.

⁴⁹⁾ Vgl nur *Kapsa* in Geigel (Begr), Der Haftpflichtprozess²⁶ (2011) 20. Kapitel Rz 39.

⁵⁰⁾ BGH III ZR 179/99 = NJW 2000, 2810 (2811): „(...) so kann darin (...) das prägende Merkmal gesehen werden“ (kursiv nicht im Original).

⁵¹⁾ *Wöstmann* in Staudinger, BGB (2013) § 839 Rz 80, 83; *Kapsa* in Geigel, Haftpflichtprozess²⁶ 20. Kapitel Rz 39; *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht⁵ 28, 83, 85; *Papier* in Säcker/Rixecker/Oetker (Hg), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch BGB⁵ (2009) § 839 Rz 148; *Wurm* in Staudinger, BGB (2007) § 839 Rz 80, 83, 85; *Schmitz* in Stelkens/Bonk/Sachs (Hg), Verwaltungsverfahrensgesetz⁷ (2008) § 1 VwVfG Rz 144 ff. Den verfassungstheoretischen schwierigen Versuch einer dogmatischen Einordnung unternimmt *Martin Schulte* mit seiner Habilitationsschrift *Schlichtes Verwaltungshandeln* (1995) 183 ff.

⁵²⁾ Vgl *Wurm* in Staudinger, BGB (2007) § 839 Rz 6 ff; zum geschichtlichen Hintergrund *Ossenbühl*, Staatshaftungs⁵ 6–9.

⁵³⁾ Vgl nur *W. Jellinek*, Verwaltungsrecht² (1929) 310.

⁵⁴⁾ *W. Jellinek*, Verwaltungsrecht² 310.

⁵⁵⁾ Dies inkludiert vor allem Beliehene und Verwaltungshelfer, vgl nur *Papier* in MünchKomm⁵ BGB § 839 Rz 132 ff. Schon nach stRsp des Reichsgerichts sei Beamter, wem „die Ausübung von Staatshoheitsrechten übertragen war (...). Für die Staatshaftungsgesetze (...) gilt daher (...) der weitere, an die Wahrnehmung von Staatshoheitsaufgaben geknüpfte Beamtenbegriff (...“: siehe BGH III ZR 89/72 = NJW 1974, 1507.

⁵⁶⁾ Vgl *Wurm* in Staudinger, BGB (2007) § 839 Rz 10.

⁵⁷⁾ *Wurm* in Staudinger, BGB (2007) § 839 Rz 10; *Wöstmann* in Staudinger, BGB (2013) § 839 Rz 10.

⁵⁸⁾ *W. Jellinek*, Verwaltungsrecht² 84. Die untrennbare Verknüpfung der haftungsrechtlichen Verantwortung des „Staates“ für Verwaltungsfehler mit dem rechtsstaatlichen Prinzip ist auch im geschichtlichen Kontext zu sehen. Im Zuge der Vorarbeiten für das AHG unterstrich Mitinitiator *Gschnitzer*, dass das Ende des zweiten Weltkriegs auf die Bildung eines Rechtsstaats hindränge und ein „Gesetz gegen den wildgewordenen Amtsschimmel“ verlange: Nationalratssitzung vom 14.01.1948, abgedruckt in *Loebenstein/Kaniak*, AHG-Komm 184.

⁵⁹⁾ Die Grundidee geht auf *Hans Kelsen* und *Adolf Merkl* zurück und ist in den politischen Rahmen des 18./19. Jahrhunderts eingebettet, als in Abkehr vom monarchischen Absolutismus die Forderung nach Rechtssicherheit erstarkte; dazu *Adamovich* in Ermacora ea, Verwaltungsrecht 78; *Rill* in Kneihns/Lienbacher, Rill-Schäffer-Kommentar zum Bundesverfassungsrecht Art 18 B-VG Rz 1; VfGH 11.12.1986, G 119/86 = VfSlg 11.196; 16.12.2009, B 298/09 = VfSlg 18963.

ist eine Verwaltungskontrolle durch die Gerichte, die die Rechtmäßigkeit der Organhandlungen rückwirkend überprüfen müssen.⁶⁰⁾ Rechtswidrig handelt die Behörde aber nicht, soweit sie ein ihr gesetzlich eingeräumtes Ermessen „im Sinne des Gesetzes geübt hat“ (Art 130 Abs 3 B-VG nF).⁶¹⁾ Hat die Behörde die gesetzlich vorgegebenen Determinanten iS des Gesetzes ausgeübt, so darf das Verwaltungsgericht (VwG) den Verwaltungsakt weder aufheben noch ändern oder das Ermessen anders ausüben.⁶²⁾ Insofern gewährleisten Art 18 Abs 1 und Art 130 Abs 3 B-VG eine Balance zwischen *Gesetzestreue* und *Handlungsbereitschaft*.⁶³⁾ Der erste Aspekt spielt im Zusammenhang mit der haftungsrechtlichen Anknüpfung (III.), der zweite Aspekt für die Reichweite von Abwehrensprüchen (IV. und V.) eine übergeordnete Rolle.

III. Haftungsrechtliche Anknüpfung

1. Schlicht hoheitliche Verwaltungshandlungen

a. Historische Absicht des Amtshaftungsgesetzgebers

Das B-VG 1929 übernahm die Amtshaftung idF des B-VG 1920.⁶⁴⁾ Art 23 B-VG aF knüpfte die Haftung für Organe noch an die rechtswidrige „Ausübung ihrer Tätigkeit“.⁶⁵⁾ Im Zuge der B-VG-

Novelle 1949 wurde Art 23 B-VG iS der Wendung „in Vollziehung der Gesetze“ modifiziert⁶⁶⁾ und das AHG erlassen⁶⁷⁾. Die Materialien⁶⁸⁾ erläutern als Beispiel, wenn „der Chefarzt einer staatlichen Krankenanstalt einen Patienten operiert, wird er in der Regel nicht in Vollziehung der Gesetze handeln. Wohl aber handelt der Amtsarzt in Vollziehung der Gesetze, wenn er Schulkinder impft“.⁶⁹⁾ Das Beispiel, das sich auf das Bundesgesetz über die Schutzimpfungen gegen Pocken bezieht,⁷⁰⁾ legt den Schluss nahe, dass sich die Haftung an eine konkrete gesetzliche Hoheitsbefugnis knüpft,⁷¹⁾ die subjektive Interessen Dritter berührt.⁷²⁾ Dieser Eindruck wird durch die weiteren Etappen unterstrichen:

b. Nur „im Gesetz begründete Handlungsweisen“

Der Bundesrat schlug vor, den Gesetzeswortlaut durch die Wendung „in Ausübung ihrer amtlichen Wirksamkeit“ zu ersetzen, um auch „nicht im Gesetz begründete Handlungsweisen“ zu erfassen.⁷³⁾ Allerdings hielt der Nationalrat am engen Wortlaut fest,⁷⁴⁾ woran auch der wiederholte Einspruch des Bundesrats⁷⁵⁾ nichts ändern konnte. Bemerkenswert daran erscheint, dass der Vorschlag des Bundesrats der Erstfassung von Art 23 B-VG aF entsprach, die die Haftung für das Organ an die

⁶⁰⁾ Holzinger, Rechtsstaat und Verwaltungsverfahren, in FS Walter (1991) 271 (272, 275 ff). Zu Graubereichen *Funk*, Sensible und defizitäre Bereiche des Rechtsschutzes in der öffentlichen Verwaltung, JBl 1987, 150 (150 ff).

⁶¹⁾ Näher zum Ermessensbegriff *Grabenwarter*, Verfahrensgarantien in der Verwaltungsgerichtsbarkeit (1997) 318 ff, insbesondere 341; vgl auch G. *Kaniak*, Das Amtshaftungsgesetz, JBl 1949, 141 (146); *Walter* ea, Bundesverfassungsrecht¹⁰ Rz 1289; zum Missbrauch: RIS-Justiz RS0102405; *Mayer*, Das österreichische Bundes-Verfassungsrecht⁴ (2007) Art 130 II.1.

⁶²⁾ ErlRV 1618 BlgNR XXIV. GP 14. Nur in Finanz-, Abgabe- und Zollmateriaen unterliegt die Ermessensübung jedenfalls der Kontrolle durch das VwG.

⁶³⁾ Art 130 Abs 3 B-VG nF kann daher als Konkretisierung des Legalitätsprinzips verstanden werden: *Holoubek*, Kognitionsbefugnis, Beschwerdelegitimation und Beschwerdegegenstand der Verwaltungsgerichte, in *Holoubek/Lang* (Hg), Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz (2013) 127 (137); grundlegend zur Verknüpfung von Bestimmtheitsgebot und Ermessensspielraum im Lichte eines effektiven Rechtsschutzes *Grabenwarter* in *Korinek/Holoubek* (Hg), Kommentar zum B-VG II/2 (4. Lfg 2001) Art 130/2 Rz 7.

⁶⁴⁾ Zum B-VG 1920 wurde nie ein Bundesgesetz erlassen. Art 12 StGG 1867 (RGebl 145) über die Regierungs- und Vollzugsgewalt sah eine direkte Haftung der Staatsdiener vor. Nur Art 9 StGG 1867 (RGebl 144) über die richterliche Gewalt bestimmte, dass der Staat *oder* dessen richterliche Beamte mittels Klage belangt werden können. Während des Dritten Reiches galt Art 131 *Weimarer Verfassung* (zu diesem schon C.II.3.).

⁶⁵⁾ BGBl 1/1930 (B-VG-Novelle 1929, BGBl 392; ErlRV 382 BlgNR III. GP 3); vgl *Loebenstern/Kaniak*, AHG-Komm 11 ff.

⁶⁶⁾ BGBl 19/1949; vgl *Kucsko-Stadlmayer* in *Korinek/Holoubek*, Kommentar zum B-VG II/1 (11. Lfg 2013) Art 23 Rz 2.

⁶⁷⁾ BGBl 20/1949.

⁶⁸⁾ Da der Ausschuss neben dem Verfassungsgesetz auch das einfache Gesetz vorlegte und darauf Bezug nahm (AB 515 BlgNR V. GP 2), gilt das Verständnis für Art 23 B-VG und § 1 AHG gleichermaßen.

⁶⁹⁾ AB 515 BlgNR V. GP 2. Der Ausschuss (AB 514 BlgNR V. GP 2 f, AB 515 BlgNR V. GP 2) bedient sich nur der Standardformel, dass ein Organ in Vollziehung der Gesetze handelt, wenn es Hoheitsaufgaben des Rechtsträgers besorgt. Daher ist das Impfbeispiel für die Auslegung besonders wertvoll.

⁷⁰⁾ BGBl 156/1948. Darauf hinweisend schon *Perthold-Stoitzner*, Auskunftspflicht² 38 f. Sie entnimmt dieser Stelle präzise, dass der Gesetzgeber nicht nur „Akte heteronomer Normerzeugung“, sondern auch andere Verwaltungshandlungen mit Bezug zu Zwangsakten als Hoheitsverwaltung verstanden habe.

⁷¹⁾ Vgl *Rebhahn*, Staatshaftung 98 f, 416; *Perthold-Stoitzner*, Auskunftspflicht² 38 f.

⁷²⁾ Eine Stütze für diese Auslegung findet sich mE nunmehr in § 1 Impfschadengesetz, der die Haftung des Bundes für Impfschäden regelt und sich dabei auf das in den Erläuterungen zum AHG erwähnte Bundesgesetz zur Pockenschutzimpfung bezieht.

⁷³⁾ Einspruch des Bundesrats, 29. Sitzung am 04.03.1948: siehe AB 594 BlgNR V. GP 2; vgl auch *Loebenstern/Kaniak*, AHG-Komm 189, 193; vgl auch das Schreiben des Bundeskanzleramtes an das Präsidium des Nationalrates ZL. 63.715 – 2b/1948 abgedruckt in 550 BlgNR V. GP.

⁷⁴⁾ Beharrungsbeschluss: vgl AB 715 BlgNR V. GP 1; *Loebenstern/Kaniak*, AHG-Komm 217, 219.

⁷⁵⁾ Stenographisches Protokoll, 36. Sitzung des Bundesrats, 26.11.1948, siehe bei *Loebenstern/Kaniak*, AHG-Komm 231.

Ausübung ihrer Tätigkeit gekoppelt hatte (siehe oben, III.1.a.) und zudem an die deutsche Regelung erinnert (*Ausübung eines öffentlichen Amtes*, C.II.). Dennoch ließ sich der Nationalrat nicht davon überzeugen, auch „nicht im Gesetz begründete Handlungsweisen“ zu erfassen. Dies lässt auf ein eng an Art 18 Abs 1 B-VG angelehntes Verständnis schließen, wonach der Anknüpfungspunkt für die Haftung eine konkrete *Gesetzwidrigkeit* sein muss.⁷⁶⁾ In diesem Licht könnten die Erläuterungen, nach denen ein Organ die Gesetze vollzieht, „wenn es hoheitliche Aufgaben des Rechtsträgers besorgt“⁷⁷⁾, so zu verstehen sein, dass das Organ nur darf, was ihm „ausdrücklich ermöglicht, was in seine Kompetenz gestellt ist.“⁷⁸⁾ Vor diesem Hintergrund bestimmt mE der *gesetzlich normierte Aufgabenbereich* des Organs Grund und Grenze des Amtshaftungstatbestands.

c. Resümee und Ausgangsbasis

Anknüpfungspunkt für die Amtshaftung ist die Übertretung einer gesetzlich normierten Hoheitsbefugnis oder -verpflichtung. Fraglich bleibt, inwieweit Verwaltungshandlungen dem AHG unterstehen können, obwohl sie dieses Kriterium nicht erfüllen. So ist beispielsweise die Fahrt zur Wartung einer behördlichen Funkfeueranlage⁷⁹⁾ für sich betrachtet kein Hoheitsakt. Auch der Zusammenhang zu einer Hoheitsmaterie macht die Fahrt nicht „mehr“ hoheitlich. Fraglich ist aber, ob für den Unfall auf dieser Fahrt trotzdem nach dem AHG gehaftet werden kann.

2. Nicht hoheitliche Verwaltungshandlungen

a. Schutzzweck der Hoheitsnorm

Für die haftungsrechtliche Behandlung *nicht hoheitlicher Schädigungen* durch ein Organ bildet der Schutzzweck der Norm den zentralen Beurtei-

⁷⁶⁾ Vgl. K. Korinek, Zur Interpretation von Verfassungsrecht, in FS Walter 364 (366): „Was über den so verstandenen möglichen Wortsinn hinausgeht, ist nicht mehr Interpretation, sondern Rechtsfortbildung“; vgl. auch Antonioli, Verwaltungsrecht (1954) § 22 II, 276 und die kritische Anmerkung von Raschauer, ÖZW 1980, 76, dass sich fast jeder Bereich so weit ausdehnen ließe, bis ein hoheitliches Element gefunden wird.

⁷⁷⁾ AB 515 BlgNR V. GP 2.

⁷⁸⁾ Merkl, Verwaltungsrecht (1927) 160. Ähnlich spricht Klecatsky, JBl 1981, 117 von „taxativer Handlungsvollmacht“. Er bezieht sich zwar auf einen anderen Aspekt, legt diesem aber denselben Gedanken zugrunde, dass das Organ auf Basis von Art 18 B-VG nur eine scharf umrissene Handlungsbefugnis hat. Freilich begründen aber genauso der Anschein, eine Hoheitshandlung gesetzt zu haben, und die Befugnisüberschreitung die Haftung, zumal sich der Geschädigte auch in diesen Fällen rechtlich oder tatsächlich nicht wehren kann, vgl. Antonioli, Verwaltungsrecht § 22 II, 275: „Der Staat haftet, wenn ein Staatsorgan auch nur unter dem Anschein staatlichen Handelns Schaden zufügt, z.B. wenn es sich der Form behördlicher Erledigungen bedient oder wenn es sich auf seine Amtsstellung beruft (...)“.

⁷⁹⁾ OGH 21.01.1965, 4 Ob 1/64 (hoheitliche Handlung); vgl. auch C.I.1. (Rsp) und Fn 35.

lungsmaßstab. Dass diese Lehre in der Amtshaftung Anwendung findet, steht außer Frage.⁸⁰⁾ Demnach haftet jemand nur für die Schäden, welche die übertretene Norm verhindern soll.⁸¹⁾ Ob für nicht-hoheitliche Handlungen nach dem AHG gehaftet wird, entscheidet sich mE allein danach, ob sie im *Gefährdungs- bzw Rechtswidrigkeitszusammenhang* zu den Hoheitspflichten des Organs gestanden haben.

Die Gefährlichkeit einer Handlung spielt insbesondere dann eine Rolle, wenn der Hoheitsakt nur in Planung ist.⁸²⁾ So wären beispielsweise Falschauskünfte in einem Bescheiderlassungsverfahren für den Betroffenen auch dann vorhersehbar gefährlich, wenn am Ende kein Bescheid erlassen wird.⁸³⁾ Dasselbe betrifft Schäden trotz rechtmäßigen Hoheitsakts, zB wenn bei der Durchführung einer an sich rechtmäßigen Todesfallaufnahme rechtswidrig Schäden verursacht werden.⁸⁴⁾

b. Abgrenzung zur „Zusammenhangstheorie“

Auf dieser Basis erscheint die „Zusammenhangstheorie“⁸⁵⁾ verfeinerungsfähig. Zwar erfasst sie viele Amtshandlungen, birgt aber die Gefahr von Wertungswidersprüchen.⁸⁶⁾ Primär ist mE nicht der „hinreichende Zusammenhang zur hoheitlichen Materie“, sondern die Übertretung *gesetzlicher* Hoheitspflichten bzw -befugnisse für

⁸⁰⁾ Diesbezügliche Zweifel von Klecatsky, JBl 1981, 113, 116 ff hat Rebhahn, JBl 1981, 512 f; derselbe, Staatshaftung 246 f entkräftet; vgl. auch Mader in Schwimann, ABGB³ § 1 AHG Rz 60 ff; Schauer in Holoubek/Lang, Organhaftung 48 f; Schragel, AHG³ § 1 Rz 130; Welser, Öffentlichrechtliches und Privatrechtliches aus Anlaß einer Amtshaftungsklage, JBl 1975, 225 (234).

⁸¹⁾ Grundlegend Ehrenzweig, System des österreichischen Allgemeinen Privatrechts II/1² (1928) 48; vgl. auch Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II¹³ 316; Koziol, HPR I³ (1997) Rz 8/18; Karner, Grenzen der Amtshaftung bei mangelhafter Bankaufsicht, ÖBA 2007, 795; denselben in KBB³ § 1311 ABGB Rz 5; Karollus, Schutzgesetzverletzung (1992) 337 ff; zu den Kriterien im Einzelnen Rebhahn, Staatshaftung 255 f, 268, 301.

⁸²⁾ Vgl. die Beispiele bei Raschauer, Verwaltungsrecht⁴ Rz 700, 706 f; zum Ingerenzprinzip Koziol, HPR II² 59 f.

⁸³⁾ Ebenfalls einschlägig OGH 1 Ob 114/07g = wbl 2008/86 (Schmaranzer): Gemäß § 15e Abs 2 des Wiener Feuerpolizei- und Luftreinhaltegesetzes muss ein Rauchfangkehrer bei Vorliegen einer unmittelbaren Gefahr den Rauchfangbenützer darüber in Kenntnis setzen und Anzeige an die Behörde erstatten. Diese stellt mit Bescheid das Heizverbot fest. Der OGH hat mE zu Recht die *Inkenntnissetzung* als eine *den Hoheitsakt vorbereitende* hoheitliche Handlung qualifiziert.

⁸⁴⁾ OGH 1 Ob 310/01x = JBl 2002, 520: Anlässlich der Todesfallaufnahme wurde bei der Hausversiegelung vergessen, den Hauptwasserhahn abzusperren, was zu drei Rohrbrüchen und einem großen Wasserschaden geführt hat. Die Todesfallaufnahme als solche war rechtmäßig, ihre Durchführung aber rechtswidrig.

⁸⁵⁾ Zur Zusammenhangstheorie der hA siehe C.I.

⁸⁶⁾ Selbst nach der Rsp (OGH 19.01.1999, 1 Ob 306/98a [Sektenbroschüre]) habe die Zusammenhangstheorie „den Nachteil nicht vorhersehbarer Auslegungsergebnisse in sich und kann zu Wertungswidersprüchen“ führen.

die Haftungsanknüpfung heranzuziehen. Außerdem erfasst sie Schädigungen unabhängig davon, ob sie bei einer hoheitlichen Tätigkeit passiert sind. Dadurch läuft sie Gefahr, in ein Erfolgsunrecht überzugehen, da sie regelmäßig als erfüllt gilt, nur weil ein Organ tätig war. Zugespitzt erinnert sie an das Lehrbuchbeispiel vom Verbot, ohne Führerschein zu fahren, das Schäden wegen mangelnder Lenkereignung verhindern will.⁸⁷⁾ Führt der führerscheinlose A tadellos und verschuldet B einen Unfall mit A, so stand der Unfall zweifellos in „hinreichendem Zusammenhang zum Fahren ohne Führerschein“. Dennoch haftet A nicht, weil sich der Normzweck nicht verwirklicht hat.⁸⁸⁾ So ist auch Amtshaftung nicht schon gegeben, „weil ein Beamter im Spiel ist“⁸⁹⁾, sondern, weil der Beamte jemanden bei *Ausübung seiner gesetzlichen Hoheitsbefugnisse* geschädigt hat.⁹⁰⁾ Nur in diesem Fall war er als „Erfüllungsgehilfe des Staates“ tätig.

c. Das Organ als Erfüllungsgehilfe des Staates

Die vorangegangene Beurteilung erscheint mE mit der Differenzierung von Erfüllungs- und Besorgungshilfen vergleichbar. Entscheidend ist hierfür, ob zwischen dem Geschäftsherrn und dem Geschädigten eine (vertragliche) Sonderbeziehung bestanden hat. Dabei öffnen die Parteien ihre Rechtsgüter einer besonderen Gefahr, die zweierlei rechtfertigt:⁹¹⁾ Zum einen die Zurechnung nach § 1313a ABGB. Geschah die Schädigung durch

den Gehilfen im Zuge der Erfüllung der geschuldeten Pflichten, so wird er dem Geschäftsherrn umfassend zugerechnet. Zum anderen haftet der Geschäftsherr nicht nur für die Erfüllung der Leistungspflichten, sondern darüber hinaus für die Einhaltung besonderer *Schutz- und Sorgfaltpflichten*.

Der einzelne Rechtsträger erscheint wertungsmäßig mit dem Geschäftsherrn vergleichbar, dessen Gehilfen als Organe die staatlichen Pflichten gegenüber dem Bürger erfüllen müssen. Sie vollziehen jene Pflichten, die im Vertrag der Erfüllungsgehilfe „vollzieht“. Berücksichtigt man, dass der Bürger seine Rechtsgüter dem Staat gegenüber – anders als im Vertrag – unfreiwillig öffnet und daher besonders gefährdet ist, erscheint diese Wertung umso eher zutreffend.⁹²⁾ Insofern sind etwa die richtige Auskunftserteilung im Bescheidverfahren oder die sorgfältige Todesfallaufnahme amtshaftungsrelevante Sorgfaltpflichten.⁹³⁾ Geschah die Schädigung bei Erfüllung hoheitlicher Pflichten bzw Befugnisse, so liegt „Vollziehung“ iS des AHG vor, die der „Erfüllung“ iS des Vertrags entspricht.

3. Ergebnis

Anknüpfungspunkt für die Amtshaftung ist die Übertretung gesetzlicher Hoheitspflichten und -befugnisse. Für sonstige Amtshandlungen wird nur dann nach dem AHG gehaftet, *wenn sie im Rechtswidrigkeits- bzw Gefährdungszusammenhang zu den Hoheitspflichten* standen.

(Fortsetzung in JBl 2014, Heft 4)

⁸⁷⁾ § 21 StVO; vgl OGH 04.03.1953, 2 Ob 902/52 = SZ 26/59; RIS-Justiz RS0026395; Karner in KBB³ § 1311 ABGB Rz 5.

⁸⁸⁾ Zum Zusammenhang mit dem rechtmäßigen Alternativverhalten *Karollus*, Schutzgesetzverletzung 346, 391 ff; zur Beweislastproblematik bei schädigendem Unterlassen jüngst *J. Ring*, zfhr 2013, 139.

⁸⁹⁾ So die treffende Kritik von *Lenzbauer*, Entscheidungsanmerkung zu 9 ObA 84/12m, EvBl 2013/64.

⁹⁰⁾ Nur dann handelt er als Organ iS der Amtshaftung. Für Deutschland ähnlich *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht⁵ 13 f, nach dem es „*nur auf die von ihm wahrgenommenen Funktionen*“ ankomme.

⁹¹⁾ Für eine umfassende Zurechnung der Gehilfen spricht mit *Koziol*, Delikt, Verletzung von Schuldverhältnissen und Zwischenbereich, JBl 1994, 209 (213, 214), dass der Vertragspartner eine höhere Einwirkungsmöglichkeit auf die Güter des anderen hat, „und diese erhöhte Gefährdung nach einer verschärften Haftung verlangt.“

⁹²⁾ Vgl *Koziol*, Rechtswidrigkeit, bewegliches System und Rechtsangleichung, JBl 1998, 619 (626): „Je intensiver die Nahebeziehung ist, desto weiter werden die Schutzbereiche.“ *Koziol* bezieht sich vor allem auf die umfassenden Sorgfaltpflichten, die zwischen Vertragsparteien auch das bloße Vermögen schützen. Der dahinter stehende Gedanke der Nahebeziehung vermag mE auch im Verhältnis „Staat und Bürger“ objektive Schutz- und Sorgfaltpflichten im Bezug auf die gefährdeten Rechtsgüter zu begründen.

⁹³⁾ Diese Ansicht scheint von den Materialien zu Art 23 B-VG gestützt, die auch von der „*Vollziehung eines Gesetzes contra und praeter legem*“ sprechen (Stenographisches Protokoll, 82. Sitzung des Nationalrats am 02.06.1948, siehe bei *Loebenstein/Kaniak*, AHG-Komm 220), worunter sich Sorgfaltpflichten im Rahmen der Amtsausübung subsumieren lassen; vgl für Deutschland *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht⁵ 46 ff.