

Übungsfall Staatshaftungsrecht: Jagd auf entlaufene Kühe

Von Wiss. Referent Dr. Boas Kümper, Münster*

Der Fall wurde im Wintersemester 2012/2013 an der Universität Bochum als Abschlussklausur zur Vorlesung Staatshaftungsrecht gestellt. Er ist zwei Grundsatzentscheidungen des BGH (BGHZ 156, 394; 121, 161) nachgebildet.

Sachverhalt

H betreibt einen Viehhandel in der nordrhein-westfälischen Gemeinde G. Anfang Dezember 2012 wollte er am späten Nachmittag einige Jungrinder zu dem Landwirt L transportieren lassen. Beim Beladen des Viehtransporters rissen sich jedoch zwei Rinder los und rannten davon.

Das Rind Alma (A) durchschwamm einen nahegelegenen Fluss, lief eine weitere Strecke und drohte schließlich auf die Autobahn zu gelangen, wo es mit großer Wahrscheinlichkeit einen Unfall verursacht hätte. Den herbeigerufenen Polizeibeamten gelang es nicht, das Tier einzufangen. Daraufhin zog Polizeioberrmeister P seine Dienstpistole und tötete A mit mehreren Schüssen. P jedoch erlitt dadurch ein Knalltrauma an beiden Ohren, so dass er für fünf Wochen dienstunfähig war. Das Land Nordrhein-Westfalen hat P nach den einschlägigen beamtenrechtlichen Vorschriften Dienstbezüge fortgezahlt und Heilbehandlungskosten erstattet. Es möchte diese Kosten nun von H ersetzt haben; schließlich habe der Polizeieinsatz „im Interesse“ des H als Tierhalter gelegen.

Das Rind Berta (B) konnte bereits nach kurzer Zeit von H wieder eingefangen werden. Es war jedoch auf die angrenzende Landstraße gelaufen, wo ihm F mit seinem PKW in den Straßengraben ausweichen musste. Das Fahrzeug des F blieb dort beschädigt liegen und musste abgeschleppt werden. Die zur Unfallstelle gerufenen Polizeibeamten beauftragten den Abschleppunternehmer U, der auf der Grundlage privatrechtlicher Werkverträge regelmäßig für das Land Nordrhein-Westfalen tätig wird, mit der Bergung des Fahrzeugs. An der Unfallstelle angekommen, beschloss U, den PKW mithilfe eines am Abschleppwagen befestigten Stahlseils aus dem Graben zu ziehen. Den Abschleppwagen stellte U am Rande der Gegenfahrbahn ab, so dass das Stahlseil quer über die Straße gespannt war. Weitere Vorkehrungen zur Sicherung der Bergungsstelle traf U nicht und wartete auch nicht eine Absicherung durch die Polizei ab. Inzwischen war es dunkel geworden. Während des Abschleppvorgangs näherte sich K mit seinem PKW und fuhr in das gespannte Stahlseil, wodurch das Dach des Fahrzeugs glatt abgeschnitten wurde. K selbst wurde erheblich verletzt.

Bearbeitervermerk

1. Kann das Land Nordrhein-Westfalen als Rechtsträger der Polizeibehörden von H Ersatz der an P gezahlten Dienstbezüge und Heilbehandlungskosten verlangen? Es ist davon auszu-

* Der Verf. war Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Rechtsphilosophie und Rechtsökonomik der Universität Bochum (Prof. Dr. Stefan Magen, M.A.); er ist derzeit Wiss. Referent am Zentralinstitut für Raumplanung an der Universität Münster (Prof. Dr. Hans D. Jarass, LL.M.).

gehen, dass das Verwaltungsvollstreckungs- und Kostenrecht des Landes Nordrhein-Westfalen keine entsprechenden Regelungen enthält. Ferner ist davon auszugehen, dass P bei der Abgabe der Schüsse die einschlägigen öffentlich-rechtlichen Vorschriften beachtet hat. Ansprüche des P gegen H, die nach beamtenrechtlichen Vorschriften auf das Land Nordrhein-Westfalen übergegangen sein könnten, sind nicht zu prüfen.

2. Kann K vom Land Nordrhein-Westfalen Schadensersatz wegen der Beschädigung seines PKW sowie ein angemessenes Schmerzensgeld verlangen?

Alle durch den Sachverhalt aufgeworfenen Rechtsfragen sind zu begutachten!

Lösung

Frage 1: Aufwendungsersatzanspruch des Landes Nordrhein-Westfalen¹ gegen H

I. Anspruch aus öffentlich-rechtlicher GoA analog §§ 683 S. 1, 670 BGB

1. Rechtsgrundlage einer öffentlich-rechtlichen GoA

Die öffentlich-rechtliche GoA stellt eine Fallgruppe des öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnisses dar und wird auf eine analoge Anwendung der §§ 677 ff. BGB gestützt.² Ein Aufwendungsersatzanspruch könnte sich daher aus §§ 683 S. 1, 670 BGB analog ergeben. Dies setzt voraus, dass es sich um eine öffentlich-rechtliche Geschäftsführung handelt.³

¹ Durch den Bearbeitervermerk, nach dem Ansprüche aus übergegangenem Recht außer Betracht bleiben sollten, war ein in der Person des P entstandener Anspruch nicht zu prüfen.

² Vgl. etwa *Detterbeck/Windthorst/Sproll*, Staatshaftungsrecht, 2000, § 21 Rn. 31 ff.; *Gurlit*, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2010, § 35 Rn. 9 ff.; *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 29 Rn. 10 ff.; *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 409 ff.; jeweils m.w.N., auch zur im Schrifttum verbreiteten Kritik.

³ Die Prüfung der öffentlich-rechtlichen GoA erfolgt in der Ausbildungsliteratur nicht einheitlich. Im Folgenden wird – nach der Rechtsgrundlage sowie der Qualifizierung als öffentlich-rechtliche Geschäftsführung – ausgehend von den Voraussetzungen einer Analogie zunächst die Anwendbarkeit der §§ 677 ff. BGB überhaupt geprüft (und verneint), sodann wird ergänzend auf die Voraussetzungen des Aufwendungsersatzanspruchs aus GoA eingegangen. In diese Richtung gehen auch die Darstellungen bei *Schoch*, Jura 1994, 241 (242, 247 ff.); *Hendler*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 2001, Rn. 897 ff.; *Staake*, JA 2004, 800 (802 ff.); *Ahrens*, Staatshaftungsrecht, 2009, Rn. 133. Abweichende Reihenfolge (Anwendbarkeit – öffentlich-rechtlicher Charakter – Anspruchsvoraussetzungen) bei *Detterbeck/Windthorst/Sproll* (Fn. 2), § 21 Rn. 59 ff.; und *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl. 2013, Rn. 1278 ff.

2. Öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche GoA?

Die Frage, wann die Führung eines fremden Geschäfts als privatrechtlich und wann sie als öffentlich-rechtlich einzuordnen ist, wird in Rspr. und Schrifttum nicht einheitlich beantwortet. Vielfach wird darauf abgestellt, ob das wahrgenommene Geschäft als öffentlich-rechtlich einzuordnen gewesen wäre, wenn es der Geschäftsherr selbst ausgeführt hätte.⁴ Danach ist bei einem Handeln für einen Privaten in aller Regel von einer privatrechtlichen Geschäftsführung auszugehen. Selbst wenn die Verwaltung auf der Grundlage öffentlich-rechtlicher Befugnisse tätig wird, soll dies der Rspr. zufolge nicht ausschließen, dass zugleich eine privatrechtliche GoA vorliegt.⁵ Hätte H als Geschäftsherr selbst auf das Rind A geschossen, so wäre dies als eine privatrechtliche Handlung anzusehen; es handelte sich also um eine privatrechtliche Geschäftsführung.

Für ein Abstellen auf den hypothetischen Rechtscharakter der Geschäftsführung durch den Geschäftsherrn lässt sich zwar anführen, dass für die GoA gerade die Fremdheit des Geschäfts charakteristisch ist. Andererseits gelangt diese Sichtweise zu einer rechtlichen Doppelnatur von Verwaltungsmaßnahmen, die reichlich konstruiert erscheint.⁶ So müsste der Einsatz der Dienstpistole im vorliegenden Fall zugleich als öffentlich-rechtliche polizeiliche Maßnahme und als privatrechtliche Geschäftsführung für H angesehen werden. Der einheitliche Lebensvorgang sollte jedoch nicht zwei unterschiedlichen Rechtsregimen zugeordnet werden; vielmehr sollte der sekundäre Aufwendungsersatzanspruch die Rechtsnatur des Verwaltungshandelns auf Primärebene teilen.⁷ Überzeugender ist es daher, für die rechtliche Einordnung der Geschäftsführung entscheidend auf das Handeln des Geschäftsführers abzustellen⁸ bzw. danach zu fragen, in welchem „Handlungszusammenhang“⁹ dieses steht. Für diese Perspektive spricht zudem, dass erst durch das Handeln des Geschäftsführers das Schuldverhältnis der GoA entsteht.¹⁰ Der Einsatz der Dienstpistole

ist ein hoheitlicher Schusswaffengebrauch nach § 63 Abs. 1 S. 1 PolG NRW, so dass das Handeln des P als öffentlich-rechtliche Geschäftsführung zu beurteilen ist.¹¹

3. Anwendbarkeit der §§ 677 ff. BGB – Voraussetzungen der Analogie

Die öffentlich-rechtliche GoA ist aber nur dann zulässig, wenn die Voraussetzungen für eine analoge Anwendung der § 677 ff. BGB erfüllt sind. Eine Analogie setzt eine planwidrige Regelungslücke und die Vergleichbarkeit der Interessenlage voraus.¹²

Eine Regelungslücke besteht dann nicht, wenn es abschließende Sonderregelungen über eine evtl. Kostenerstattung gibt.¹³ Der abschließende Charakter einer Sonderregelung kann sich insbesondere auch daraus ergeben, dass eine gesetzliche Regelung Kostenersatz lediglich für bestimmte Fälle vorsieht. Mit diesen Erwägungen hat der BGH in seiner dem Fall zugrunde liegenden Entscheidung einen Erstattungsanspruch des Landes verneint.¹⁴ Regelungen über die Erstattung von Polizeikosten finden sich vor allem im Verwaltungsvollstreckungs- und Kostenrecht (VwVG NRW, KostO NRW).¹⁵ Laut Bearbeitervermerk enthalten die einschlägigen Vorschriften keine Regelung über die Erstattung fortgezahlter Dienstbezüge und Heilbehandlungskosten für Beamte, die anlässlich einer Vollstreckungsmaßnahme zu Schaden kommen. Das Fehlen einer derartigen Kostenregelung im Verwaltungsvollstreckungs- und Kostenrecht spricht für eine abschließende Regelung, zumal der Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes fordert, dass Kosten dem Bürger allein auf gesetzlicher Grundlage auferlegt werden dürfen. Diese rechtsstaatlichen Anforderungen dürfen nicht durch eine Anwendung der GoA-Vorschriften umgangen werden.¹⁶ Bereits mangels Regelungslücke scheidet daher ein Anspruch analog §§ 683 S. 1, 670 BGB aus.

⁴ So insbesondere die Rspr. des BGH: BGHZ 40, 28 (31); 63, 167 (169 f.); 65, 354 (357); im Ergebnis auch *Ahrens* (Fn. 3), Rn. 135; *Baldus/Grzeszick/Wienhues*, Staatshaftungsrecht, 3. Aufl. 2009, Rn. 238.

⁵ BGHZ 16, 12 (16); 30, 162 (167); 40, 28 (30); 63, 167 (169 f.); 156, 394 (397).

⁶ Ebenso *Schoch*, Jura 1994, 241 (247); *Staake*, JA 2004, 800 (801); *Gurlit* (Fn. 2), § 35 Rn. 13; *Detterbeck* (Fn. 3), Rn. 1284.

⁷ *Schoch*, Jura 1994, 241 (247); *Bamberger*, JuS 1998, 706 (707); *Staake*, JA 2004, 800, (802).

⁸ Dafür etwa *Bamberger*, JuS 1998, 706 (707); *Detterbeck/Windthorst/Sproll* (Fn. 2), § 21 Rn. 44; *Staake*, JA 2004, 800 (802).

⁹ Dafür *Schoch*, Jura 1994, 241 (247); *Detterbeck* (Fn. 3), Rn. 1283. Zum selben Ergebnis dürfte die Ansicht gelangen, die auf die Natur des Rechtsverhältnisses zwischen Geschäftsherrn und Geschäftsführer abstellen will (so vor allem *Nedden*, Die Geschäftsführung ohne Auftrag im öffentlichen Recht, 1994, S. 199); denn dieses Rechtsverhältnis kann allein anhand des getätigten Geschäfts – hier: hoheitlicher Schusswaffengebrauch – bestimmt werden.

¹⁰ So auch *Staake*, JA 2004, 800 (802).

¹¹ Qualifizieren Bearbeiter die Geschäftsführung als privatrechtlich, so müssen sie den Aufwendungsersatzanspruch in direkter Anwendung der §§ 683, 677, 670 BGB prüfen.

¹² Vgl. nur *Muthorst*, Grundlagen der Rechtswissenschaft, 2011, § 8 Rn. 24.

¹³ *Schoch*, Jura 1994, 241 (245); *Detterbeck/Windthorst/Sproll* (Fn. 2), § 21 Rn. 47; *Ahrens* (Fn. 3), Rn. 138.

¹⁴ BGHZ 156, 394 (398 ff.); im dort einschlägigen Bayerischen Kostengesetz besteht sogar die ausdrückliche Regelung, dass polizeiliche Amtshandlungen kostenfrei sind, soweit gesetzlich nichts anderes bestimmt ist (Art. 3 Abs. 1 Nr. 10).

¹⁵ Die nähere Prüfung sollte durch den Bearbeitervermerk ausgeschlossen werden. Die abschließende (Nicht-)Regelung der Kostenfrage ließe sich gut damit begründen, dass das PolG NRW auf die Kostenregelung des § 77 VwVG NRW lediglich mit Blick auf die Sicherstellung und die Ersatzvornahme verweist (dazu auch *Dietlein*, Polizei- und Ordnungsrecht, in: *Dietlein/Burgi/Hellermann* [Hrsg.], Öffentliches Recht in Nordrhein-Westfalen, 4. Aufl. 2011, § 3 Rn. 259).

¹⁶ *Schoch*, Jura 1994, 241 (245); *ders.*, DV 38 (2005), 91 (102); *Bamberger*, JuS 1998, 706 (709); *Detterbeck/Windthorst/Sproll* (Fn. 2), § 21 Rn. 54; *Gurlit* (Fn. 2), § 35 Rn. 14; *Detterbeck* (Fn. 3), Rn. 1280.

Zudem fehlt es an einer Vergleichbarkeit der Interessenlage. Die BGB-Vorschriften über die GoA wollen private Hilfeleistungen fördern, indem sie einerseits Eingriff in den fremden Rechtskreis legitimieren, andererseits dem fremdnützigen Geschäftsführer Ausgleichsansprüche gewähren. Dahinter steht der Gedanke der Privatautonomie. Demgegenüber gilt für das Handeln der Verwaltung das Gesetzmäßigkeitsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG). Die BGB-Regeln über die GoA lassen sich daher nur bedingt auf das öffentliche Recht übertragen.¹⁷ Auch aus diesem Grunde ist ein Anspruch analog §§ 683 S. 1, 670 BGB zu verneinen.¹⁸

Es könnten außerdem nicht nur die Voraussetzungen einer Analogie, sondern auch die Tatbestandsvoraussetzungen der §§ 683 S. 1, 670 BGB nicht erfüllt sein, so dass auch aus diesem Grunde ein Anspruch auf Aufwendungsersatz ausscheiden müsste.¹⁹

4. Fremdes Geschäft

Geschäftsbesorgung im Sinne des § 677 BGB ist in einem sehr weiten Sinne jede fremdnützige Tätigkeit;²⁰ darunter fällt auch der Schusswaffengebrauch im vorliegenden Fall. Ein Geschäft ist ein fremdes im Sinne des § 677 BGB, wenn der Geschäftsführer es nicht (nur) als eigenes, sondern (auch) für einen anderen führt. Hier ließe sich an der Fremdheit des Geschäfts zweifeln, weil P mit dem Schusswaffengebrauch eine polizeiliche Gefahrenabwehrmaßnahme (unmittelbarer Zwang im Sofortvollzug, vgl. § 58 Abs. 1 PolG NRW) vornimmt.²¹ Es könnte sich daher um ein eigenes Geschäft des

Landes NRW handeln, dessen Amtswalter P ist. Vor allem die Rspr. geht jedoch davon aus, dass ein fremdes Geschäft im Sinne des § 677 BGB selbst dann noch vorliegen kann, wenn ein Hoheitsträger hauptsächlich zur Erfüllung öffentlich-rechtlicher Pflichten tätig wird. Es handele sich um ein sog. auch fremdes Geschäft.²² Die Figur des sog. auch fremden Geschäfts ist jedoch gerade auf das öffentlich-rechtliche Verwaltungshandeln nicht übertragbar, weil die Erfüllung einer hoheitlichen Aufgabe nicht zugleich als privatrechtliche Fremdgeschäftsführung angesehen werden kann.²³ Bei der Gefahrenabwehrmaßnahme im vorliegenden Fall handelt sich daher um ein „eigenes“ Geschäft des Landes Nordrhein-Westfalen.

5. Fremdgeschäftsführungswille

Es könnte außerdem an dem nach § 677 BGB erforderlichen Fremdgeschäftsführungswillen fehlen. Der Fremdgeschäftsführungswille wird von der Rspr. auch im Falle des sog. auch fremden Geschäfts vermutet.²⁴ Diese Vermutung lässt sich auf das öffentliche Recht jedoch nicht ohne weiteres übertragen, weil der gesetzmäßig handelnde Hoheitsträger grundsätzlich bewusst zur Erfüllung seiner öffentlich-rechtlichen Pflichten tätig wird.²⁵ Der Amtswalter muss z.B. ein Ermessen ausüben, bewusst eine gebundene Entscheidung treffen etc. Im vorliegenden Fall wollte P vorrangig eine (Unfall-)Gefahr für den Verkehr auf der Autobahn abwehren, damit jedoch nicht eine Pflicht des H erfüllen. Der Fremdgeschäftsführungswille ist daher zu verneinen.

6. Ohne Auftrag oder sonstige Berechtigung

§ 677 BGB setzt ferner voraus, dass der Geschäftsführer ohne Auftrag oder sonstige Berechtigung handelt. Daran fehlt es im vorliegenden Fall jedoch, weil P auf der Grundlage polizeirechtlicher Befugnisse (unmittelbarer Zwang gem. § 58 Abs. 1 PolG NRW) tätig wurde. Er handelte daher gerade nicht „ohne Berechtigung“.²⁶

3. Kap. Rn. 287 m.w.N. Eine genaue Einordnung war für die Lösung der Klausur entbehrlich.

²² BGHZ 40, 28 (31); 63, 167 (169 f.); 65, 354 (357); im Ergebnis auch *Staahe*, JA 2004, 800 (803). Die Rspr. geht in diesen Fällen allerdings in der Regel von einer privatrechtlichen GoA aus.

²³ Etwa *Schoch*, Jura 1994, 241 (248); *ders.*, DV 38 (2005), 91 (105); *Gurlit* (Fn. 2), § 35 Rn. 13; *Maurer* (Fn. 2), § 29 Rn. 12; *Ossenbühl/Cornils* (Fn. 2), S. 414 f. In der dem Fall zugrundeliegenden Entscheidung sah der BGH keine Veranlassung, sich mit der Kritik auseinanderzusetzen, weil für die Urteilsbegründung der Verweis auf den abschließenden Charakter des bayrischen Kostenrechts genügte; vgl. BGHZ 156, 394 (398).

²⁴ Vgl. etwa BGHZ 63, 167 (170); 65, 354 (357 f.); *Sprau* (Fn. 20), § 677 Rn. 6 m.w.N.

²⁵ *Schoch*, Jura 1994, 241 (248); *ders.*, DV 38 (2005), 91 (104 f.); *Staahe*, JA 2004, 800 (803); *Ahrens* (Fn. 3), Rn. 140.

²⁶ *Schoch*, Jura 1994, 241 (244 f.); *ders.*, DV 38 (2005), 91 (106); *Bamberger*, JuS 1998, 706 (708 f.); *Detterbeck/Windt-*

¹⁷ *Schoch*, Jura 1994, 241 (242); *ders.*, DV 38 (2005), 91 (95); *Staahe*, JA 2004, 800 (803); *Maurer* (Fn. 2), § 29 Rn. 11.

¹⁸ Grundsätzlich ablehnend zur öffentlich-rechtlichen GoA etwa *Schoch*, DV 38 (2005), 91 ff.; *Kischel*, VerwArch 90 (1999), 391. Bearbeiter, die sich für eine privatrechtliche GoA und eine unmittelbare Anwendung der §§ 683, 670 BGB entschieden hatten, sollten im Ergebnis ebenfalls den Aufwendungsersatzanspruch verneinen. Insofern lässt sich zwar nicht auf eine fehlende Regelungslücke abstellen, doch werden §§ 683, 670 BGB durch abschließende Sonderregelungen ausgeschlossen; so auch BGHZ 156, 394 (398). Im Prüfungsaufbau lässt sich dies unter dem Gesichtspunkt der allgemeinen Anwendbarkeit der GoA-Vorschriften ansprechen; so etwa *Detterbeck* (Fn. 3), Rn. 1278, 1280.

¹⁹ Nach dem Bearbeitervermerk waren alle aufgeworfenen Rechtsfragen zu erörtern, so dass ergänzend auf die Anspruchsvoraussetzungen eingegangen werden sollte. Eine Kennzeichnung als sog. Hilfsgutachten ist insofern nicht veranlasst, weil die einzelnen Anspruchsvoraussetzungen gleichberechtigt nebeneinander stehen.

²⁰ Vgl. nur *Sprau*, in: Palandt, BGB-Kommentar, 72. Aufl. 2013, § 677 Rn. 2.

²¹ Vgl. zum sog. Sofortvollzug etwa auch § 47 Abs. 2 Hess. SOG, § 64 Abs. 2 Nds. SOG. In anderen Ländern handelt es sich z.T. um eine sog. unmittelbare Ausführung; vgl. etwa Art. 9 Abs. 1 BayPAG, § 8 Abs. 1 PolG BW. Siehe zum Ganzen *Schoch*, Polizei- und Ordnungsrecht, in: Schmidt-Aßmann/Schoch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2008,

7. Interesse und Wille des Geschäftsherrn

Der Umstand, dass P in Erfüllung einer öffentlichen Gefahrenabwehrpflicht tätig wurde, spricht auch gegen ein Handeln im Interesse und Willen des H. Es lässt sich sogar verallgemeinernd sagen, dass ein Hoheitsträger stets im öffentlichen Interesse zu handeln habe und dieses Merkmal daher regelmäßig die Anwendung der §§ 677 ff. BGB ausschließt.²⁷

Ein Anspruch auf Aufwendungsersatz analog §§ 683 S. 1, 670 BGB scheidet nach alledem aus.

II. Öffentlich-rechtlicher Erstattungsanspruch²⁸

In Betracht ziehen ließe sich noch ein allgemeiner öffentlich-rechtlicher Erstattungsanspruch des Landes NRW gegen L. Der öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch ist darauf gerichtet, rechtgrundlose Vermögensverschiebungen rückgängig zu machen. Er wird zum Teil auf eine analoge Anwendung der §§ 812 ff. BGB, zum Teil auf das Gebot der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (Art. 20 Abs. 3 GG) gestützt, ist aber jedenfalls gewohnheitsrechtlich anerkannt. Der allgemeine öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch setzt voraus, dass es im Rahmen einer öffentlich-rechtlichen Rechtsbeziehung zu einer Vermögensverschiebung gekommen ist, für die kein Rechtsgrund besteht.²⁹

Zwischen dem Land NRW und H kam es jedoch mit Blick auf die Heilungskosten und Dienstbezüge bereits zu keiner Vermögensverschiebung. Diese wurden vielmehr allein dem P im Rahmen des Beamtenverhältnisses zugewendet. Zwar kann die Vermögensverschiebung beim öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch – ebenso wie im privaten Bereicherungsrecht – sowohl „durch Leistung“ als auch „in sonstiger Weise“ erfolgen.³⁰ Doch gilt auch hier der Grundsatz der vorrangigen Rückabwicklung innerhalb des Leistungsverhältnisses,³¹ was im öffentlich-rechtlichen Schrifttum auch mit

horst/Sproll (Fn. 2), § 21 Rn. 54; *Staaake*, JA 2004, 800 (804); *Detterbeck* (Fn. 3), Rn. 1280.

²⁷ So *Schoch*, Jura 1994, 241 (248); *ders.*, DV 38 (2005), 91 (107). Vereinzelt wird zwar vertreten, es komme nicht auf Willen und Interesse des Geschäftsherrn an, weil deren Entgegenstehen nach § 679 BGB im Falle der Erfüllung einer im öffentlichen Interesse bestehenden Pflicht unbeachtlich sei (*Habermehl*, Jura 1987, 199 [204]; *von Einem*, NWVBl. 1992, 384 [388]). Dagegen spricht jedoch, dass eine Anwendung des § 679 BGB die behördlichen Befugnisse ins Unübersehbare ausdehnen würde: *Schoch*, Jura 1994, 241 (248); *Bamberger*, JuS 1998, 706 (709); *Staaake*, JA 2004, 800 (803).

²⁸ Der Erstattungsanspruch musste von den Bearbeitern nicht notwendig angesprochen werden.

²⁹ Weiterführend *Maurer* (Fn. 2), § 29 Rn. 20 ff.; *Detterbeck* (Fn. 4), Rn. 1235 ff.; *Schoch*, Jura 1994, 82.

³⁰ Siehe nur *Schoch*, Jura 1994, 82 (86); *Detterbeck/Windthorst/Sproll* (Fn. 2), § 24 Rn. 6.

³¹ Dazu aus dem zivilrechtlichen Schrifttum etwa *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II/2, 13. Aufl. 1994, S. 142 ff.; *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, 23. Aufl. 2011, Rn. 727 ff.; *Brox/Walker*, Besonderes Schuldrecht, 37. Aufl. 2013, § 42 Rn. 1 f.

dem Kriterium der „Unmittelbarkeit“ der Vermögensverschiebung umschrieben wird.³² Ein öffentlich-rechtlicher Erstattungsanspruch scheidet daher aus.

III. Ergebnis zu Frage 1

Dem Land Nordrhein-Westfalen steht gegen H kein Anspruch auf Ersatz der an P gezahlten Dienstbezüge und Heilbehandlungskosten zu.

Frage 2: Ansprüche des K gegen das Land Nordrhein-Westfalen auf Schadensersatz und Schmerzensgeld

I. Amtshaftungsanspruch gem. § 839 BGB/Art. 34 GG

Für die Amtshaftung bilden § 839 BGB und Art. 34 GG eine einheitliche Anspruchsgrundlage, wobei der historisch ältere § 839 BGB die haftungsbegründende Norm darstellt, welche durch die Haftungsüberleitung nach Art. 34 GG in verschiedenen Punkten modifiziert wird.³³

1. Handeln in Ausübung eines öffentlichen Amtes im Sinne des Art. 34 S. 1 GG

U ist nicht Beamter im Sinne des § 839 Abs. 1 S. 1 BGB, denn die diese Vorschrift bezieht sich allein auf sog. Beamte im statusrechtlichen Sinne,³⁴ die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen (vgl. § 4 BBG, § 3 Abs. 1 BeamStG), was auf U nicht zutrifft. Art. 34 S. 1 GG verlangt jedoch lediglich, dass „jemand in Ausübung eines öffentlichen Amtes“ handelt. Dadurch wird der Beamtenbegriff des § 839 BGB modifiziert und der Kreis der „Beamten im haftungsrechtlichen Sinne“ erheblich erweitert. Erfasst ist damit grundsätzlich jedes öffentlich-rechtliche, hoheitliche Handeln.³⁵

Ein öffentliches Amt im Sinne des Art. 34 S. 1 GG üben Private insbesondere dann aus, wenn sie als Beliehene oder als Verwaltungshelfer hoheitlich tätig werden. Beliehene sind natürliche oder juristische Personen des Privatrechts, denen die Befugnis zur selbständigen hoheitlichen Wahrnehmung bestimmter Verwaltungsaufgaben im eigenen Namen übertragen worden ist. Die Beleihung muss durch Gesetz oder aufgrund

³² Eine „Unmittelbarkeit“ der Vermögensverschiebung fordern etwa: *BVerwGE* 48, 279 (286); *Maurer* (Fn. 2), § 29 Rn. 23; nur geringe praktische Bedeutung dieses Merkmals sehen *Ossenbühl/Cornils* (Fn. 2), S. 545 f.; und *Detterbeck/Windthorst/Sproll* (Fn. 2), § 24 Rn. 2.

³³ So die ganz überwiegende, aus historischen Gründen überzeugende Auffassung; weiterführend *Ahrens* (Fn. 3), Rn. 7 ff.; *Grzeszick*, in: *Erichsen/Ehlers* (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2010, § 44 Rn. 1 ff.; *Maurer* (Fn. 2), § 26 Rn. 1 ff.; *Ossenbühl/Cornils* (Fn. 2), S. 7 ff.

³⁴ Mitunter ist auch von Beamten im staatsrechtlichen oder im beamtenrechtlichen Sinne die Rede; vgl. etwa *Kunig*, Das Recht des öffentlichen Dienstes, in: *Schoch/Schmidt-Abmann* (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2008, Kap. 6 Rn. 55.

³⁵ Ausführliche Übersichten m.w.N. bei *Detterbeck/Windthorst/Sproll* (Fn. 2), § 9 Rn. 92 ff.; *Ahrens* (Fn. 3), Rn. 20 ff.; *Maurer* (Fn. 2), § 26 Rn. 13; *Ossenbühl/Cornils* (Fn. 2), S. 14 ff.; *Detterbeck* (Fn. 3), Rn. 1055 ff.

eines Gesetzes erfolgen.³⁶ U ist lediglich auf privatrechtlicher Grundlage (Werkvertrag) mit der Fahrzeugbergung betraut worden. Es fehlt daher bereits an einem (öffentlich-rechtlichen) Beleihungsakt. Zudem wird U nicht im eigenen Namen tätig, sondern unterstützt die Polizei lediglich bei deren Gefahrenabwehrmaßnahme. Verwaltungshelfer sind Personen, die eine Behörde bei der Erfüllung von Verwaltungsaufgaben unterstützen und im öffentlich-rechtlichen Auftrag der Behörde Hilfstätigkeiten wahrnehmen, bei deren Ausübung sie weisungsgebunden sind.³⁷ Hier kann dahinstehen, ob U bzgl. des Bergungsvorgangs hinreichend weisungsgebunden ist, etwa weil die Polizisten ihn nicht anweisen, gerade das Stahlseil zu verwenden, den Abschleppwagen auf der Gegenfahrbahn abzustellen etc. Jedenfalls nämlich ist U nicht öffentlich-rechtlich beauftragt worden, sondern wird auf der Grundlage eines privatrechtlichen Vertrages tätig. Er kann daher nicht als Verwaltungshelfer angesehen werden.

Dennoch ist auch in Fällen, in denen Private aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages für die Verwaltung tätig werden, eine Anwendung des Amtshaftungsrechts nicht ausgeschlossen. In frühen Entscheidungen folgte der BGH einer sog. Werkzeugtheorie. Danach üben Privatunternehmer, die aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages für die Verwaltung tätig werden, dann ein öffentliches Amt im Sinne des Art. 34 GG aus, wenn die Verwaltung auf ihre Tätigkeit einen derart starken Einfluss nimmt, dass sie als bloßes „Werkzeug“ oder bloßer „verlängerter Arm“ der Verwaltung anzusehen sind.³⁸ Im Fall wäre U nicht lediglich als „Werkzeug“ der Polizei anzusehen, weil er selbst darüber entscheidet, wie er den Wagen des A aus dem Straßengraben ziehen will.³⁹

Die Werkzeugtheorie wurde im Schrifttum zu Recht als zu eng kritisiert, denn sie würde vielfach zu einer Haftung der öffentlichen Hand nur nach bürgerlichem Recht (§ 831 BGB) führen und wegen der damit verbundenen Entlastungsmöglichkeit einen falschen Anreiz zu einer „Flucht ins Privatrecht“ setzen. Gegen die Werkzeugtheorie spricht zudem, dass der haftungsrechtliche Beamtenbegriff grundsätzlich nicht von der Rechtsstellung der handelnden Person (z.B. von ihrem Beamtenstatus) abhängt, sondern von der Funktion, in der sie tätig wird. Es kann daher jedenfalls nicht allein auf den Grad der Weisungsgebundenheit ankommen.⁴⁰ Der BGH hat deshalb seine Werkzeugtheorie modifiziert: Ein auf privatrechtlicher Grundlage mit der Erfüllung hoheitlicher Aufgaben beauftragter privater Unternehmer sei umso eher als Beamter im haftungsrechtlichen Sinne anzusehen, (1.) je stärker der hoheitliche Charakter der von ihm wahrgenommenen Aufgabe in den Vordergrund trete, (2.) je enger die Verbindung zwischen der

übertragenen Tätigkeit und der von der Behörde wahrzunehmenden Tätigkeit und der Private damit in den behördlichen Pflichtenkreis eingebunden sei sowie (3.) je begrenzter der Entscheidungsspielraum des Unternehmers ist. Jedenfalls im Bereich der Eingriffsverwaltung könne sich daher die öffentliche Hand nicht durch Einschaltung eines privaten Unternehmers durch privatrechtlichen Vertrag der Amtshaftung entziehen.⁴¹

Im vorliegenden Fall stellt die Bergung des Fahrzeugs eine Gefahrenabwehrmaßnahme mit hoheitlichem Charakter dar. Dies zeigt bereits die Überlegung, dass die Maßnahme zweifellos als hoheitlich einzuordnen wäre und dem Amtshaftungsrecht unterläge, hätte die Polizei den Wagen selbst abgeschleppt.⁴² Unabhängig von der polizeirechtlichen bzw. vollstreckungsrechtlichen Einordnung als Ersatzvornahme, Sicherstellung oder unmittelbare Ausführung/Sofortvollzug handelte es sich um eine Maßnahme der Eingriffsverwaltung; hier soll sich die Polizei nicht der amtshaftungsrechtlichen Verantwortlichkeit durch Einschaltung Privater entziehen können. Zuletzt spricht für eine Zurechnung im vorliegenden Fall auch, dass U ein lediglich begrenzter Entscheidungsspielraum zukommt, er also zumindest eine gewisse Ähnlichkeit mit einem Verwaltungshelfer aufweist: U kann zwar über die konkrete Art des Abschleppens, nicht aber über das „Ob“ oder das „Wohin“ des Abschleppens befinden.⁴³ Nach alledem übte U beim Abschleppvorgang ein öffentliches Amt im Sinne des Art. 34 GG aus. Bei der Schädigung des K handelte er auch „in Ausübung“ dieses Amtes, da die Schädigung nicht lediglich bei Gelegenheit seiner hoheitlichen Tätigkeit erfolgte.⁴⁴

2. Verletzung einer gegenüber einem Dritten bestehenden Amtspflicht

Der Amtshaftungsanspruch setzt gem. § 839 Abs. 1 S. 1 BGB, Art. 34 S. 1 GG ferner die Verletzung einer dem Amtswalter gegenüber einem Dritten obliegenden Amtspflicht voraus. Amtspflichten sind die Pflichten des Amtswalters gegenüber seinem Dienstherrn, also Innenpflichten.⁴⁵ In bestimmten Fäl-

³⁶ Vgl. nur *Detterbeck* (Fn. 3), Rn. 192; *Maurer* (Fn. 2), § 23 Rn. 56.

³⁷ *Detterbeck* (Fn. 3), Rn. 194; *Maurer*, (Fn. 2), § 23 Rn. 59.

³⁸ Vgl. etwa BGHZ 48, 98 (103); BGH NJW 1971, 2220 (2221); BGH NJW 1980, 1679.

³⁹ Ebenso die Falllösung von *Papier/Dengler*, Jura 1995, 38 (41).

⁴⁰ Umfassende Nachweise zur Diskussion bei *Würtenberger*, JZ 1993, 1003; *Maurer* (Fn. 2), § 26 Rn. 13; *Grzeszick* (Fn. 33), § 44 Rn. 12; *Ossenbühl/Cornils* (Fn. 2), S. 24 f.

⁴¹ Grundlegend BGHZ 121, 161 (165 ff.); daran anschließend BGH NJW 1996, 2431; zustimmend zur neueren Rspr. *Würtenberger*, JZ 1993, 1003 (1004); *Osterloh*, JuS 1994, 174 (175); vgl. auch *Ahrens* (Fn. 3), Rn. 26 ff. Die Kriterien dieser modifizierten Werkzeugtheorie ähneln z.T. denen zur Einordnung einer Hilfsperson der öffentlichen Hand als Verwaltungshelfer; der Unterschied liegt jedoch darin, dass der Verwaltungshelfer durch öffentlich-rechtlichen Auftrag bestellt wird, nicht aufgrund eines privatrechtlichen Werkvertrages tätig wird.

⁴² BGHZ 121, 161 (166 f.); *Papier/Dengler*, Jura 1995, 38 (41 f.). Aus der neueren Rspr. zum haftungsrechtlichen Beamtenbegriff vgl. BGHZ 181, 65; BGH NVwZ-RR 2011, 556; BGH NVwZ 2012, 381.

⁴³ Ebenso *Papier/Dengler*, Jura 1995, 38 (42).

⁴⁴ Zu diesem nur selten problematischen Tatbestandsmerkmal nur *Hendler* (Fn. 3), Rn. 669; *Maurer* (Fn. 2), § 26 Rn. 15.

⁴⁵ Dazu *Detterbeck/Windthorst/Sproll* (Fn. 2), § 9 Rn. 55 ff.; *Ahrens* (Fn. 3), Rn. 32 ff.; *Grzeszick* (Fn. 33), § 44 Rn. 16 ff.;

len sind sie aber als drittgerichtet im Sinne der § 839 Abs. 1 S. 1 BGB/Art. 34 S. 1 GG anzusehen, d.h. sie obliegen dem Amtswalter auch gegenüber dem Geschädigten. Voraussetzung ist, dass die Amtspflicht (zumindest auch) den Zweck hat, die Belange und Interessen des Geschädigten zu schützen, so dass eine „besondere Beziehung“ zwischen der verletzten Amtspflicht und dem Geschädigten besteht.⁴⁶ Im vorliegenden Fall lässt sich auf die Amtspflicht abstellen, keine unerlaubten Handlungen im Sinne der §§ 823 ff. BGB zu begehen bzw. die absolut geschützten Rechte des Bürgers (Gesundheit, Eigentum usw.) nicht zu verletzen.⁴⁷ Diese ist als drittgerichtet gegenüber demjenigen anerkannt, der (§ 839 BGB hinweggedacht) einen Anspruch nach §§ 823 ff. BGB hätte. Insofern könnte man von einem Anspruch des K aus § 823 Abs. 1 BGB wegen einer Verletzung seines Eigentums sowie seiner körperlichen Unversehrtheit ausgehen.⁴⁸ Allerdings wurde die Verletzung hier unmittelbar erst durch K herbeigeführt, indem dieser in das Seil fuhr; die Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB müsste daher über eine Verkehrspflichtverletzung begründet werden.⁴⁹ Diese lässt sich hier jedoch mit der Erwägung annehmen, dass U durch das Spannen des Abschleppseils eine Gefahrenquelle geschaffen hat, für die er verantwortlich ist.⁵⁰ U hat daher die gegenüber K bestehende Amtspflicht verletzt, keine unerlaubten Handlungen zu begehen.

3. Verschulden gem. § 839 Abs. 1 S. 1 BGB

Im vorliegenden Fall hätte U jedenfalls mit der Bergung des Fahrzeugs erst nach vollständiger Sicherung der Bergungsstelle beginnen dürfen. Indem er darauf verzichtete, missachtete er die ihm obliegenden Sorgfaltspflichten und handelte fahrlässig.

4. Schaden und Kausalität

K hat aufgrund der Beschädigung seines Wagens sowie seiner erheblichen Verletzungen einen Schaden erlitten. Der Kausalzusammenhang zwischen Amtspflichtverletzung und Schaden besteht, wenn der Schaden bei amtspflichtgemäßem Verhalten nicht eingetreten wäre.⁵¹ Hätte U pflichtgemäß die Bergungsstelle gesichert, wäre es nicht zu der Schädigung des K gekommen.

Maurer (Fn. 2), § 26 Rn. 2 ff., 16 f.; Ossenbühl/Cornils (Fn. 2), S. 44 ff.

⁴⁶ Zusammenfassend BGHZ 162, 49 (55); 182, 370 Rn. 14 m.w.N.

⁴⁷ Zu dieser Amtspflicht etwa BGHZ 69, 128 (138 f.); Detterbeck/Windthorst/Sproll (Fn. 2), § 9 Rn. 83; Grzeszick (Fn. 33), § 44 Rn. 23; Maurer (Fn. 2), § 26 Rn. 21.

⁴⁸ So die Falllösung von Papier/Dengler, Jura 1995, 38 (42).

⁴⁹ Weiterführend Medicus/Petersen (Fn. 31), Rn. 641 ff.; Brox/Walker (Fn. 31), § 45 Rn. 32 ff.; Sprau (Fn. 20), § 823 Rn. 45 ff.

⁵⁰ Dazu Medicus/Petersen (Fn. 31), Rn. 643; Brox/Walker (Fn. 31), § 45 Rn. 33; Sprau (Fn. 20), § 823 Rn. 46.

⁵¹ Siehe nur Maurer (Fn. 2); § 26 Rn. 26; Detterbeck (Fn. 3), Rn. 1085.

5. Keine Anwendung der Subsidiaritätsklausel (§ 839 Abs. 1 S. 2 BGB)⁵²

Nach der Subsidiaritätsklausel des § 839 Abs. 1 S. 2 BGB greift die Amtshaftung bei fahrlässigem Handeln des Amtswalters nur ein, wenn der Verletzte nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag. In Betracht kommt hier ein anderweitiger Ersatzanspruch des K gegen U als handelnden Amtswalter. Allerdings scheidet ein Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB gegen U aus, weil § 823 BGB durch § 839 BGB/Art. 34 GG verdrängt wird. Neben der Haftungsüberleitung nach Art. 34 GG haftet der Amtswalter grundsätzlich persönlich nicht; dies gilt auch für die Haftung nach § 18 StVG.⁵³ In Betracht kommt aber eine Haftung des U als Halter des Abschleppwagens nach § 7 Abs. 1 StVG. Die Halterhaftung wird als Gefährdungshaftung nicht durch § 839 BGB verdrängt; zudem wird sie nicht durch Art. 34 GG auf die öffentliche Hand übergeleitet.⁵⁴ Denn die „Nichtüberleitung“ dieser Haftung belaste den Amtswalter nicht unzumutbar, da er durch die abzuschließende Halter-Haftpflichtversicherung in der Regel geschützt sei.⁵⁵ Der Zweck der Haftungsüberleitung durch Art. 34 S. 1 GG, den Beamten vor existenzbedrohender Inanspruchnahme und in seiner Handlungs- und Entscheidungsfreude zu schützen,⁵⁶ greift nicht.

Ein Anspruch gegen U aus § 7 Abs. 1 StVG setzt allerdings voraus, dass die Schädigung des K sich „bei dem Betrieb eines Kraftfahrzeugs“ ereignet hat, also das Abschleppfahrzeug in der konkreten Situation als KFZ eingesetzt worden sein. Es müsste sich eine Gefahr realisiert haben, die mit dem Fahrzeug als Verkehrsmittel verbunden ist (sog. Betriebsgefahr).⁵⁷ Daran könnte man hier zweifeln, weil das Abschleppfahrzeug als bloße Arbeitsmaschine verwendet wird und die Transport- und Fortbewegungsfunktion zurücktritt.⁵⁸ In einem solchen Falle ist die Verwirklichung einer typischen

⁵² Die Bearbeiter mussten die Problematik der Subsidiaritätsklausel, insbesondere die angesprochenen straßenverkehrsrechtlichen Fragen, keinesfalls in der hier dargestellten Breite erörtern. Es war bereits positiv zu bewerten, wenn Bearbeiter einzelne Probleme erkannten und schlüssig lösten.

⁵³ Zum Ganzen Maurer (Fn. 2), § 26 Rn. 45 m.w.N.

⁵⁴ So jedenfalls die ständige Rspr.: BGHZ 29, 38 (44 f.); 50, 271 (273); 121, 161 (168).

⁵⁵ Anders mit erwägenswerten Gründen Papier/Dengler, Jura 1995, 38 (43): Die Überleitung durch Art. 34 S. 1 GG erfasse auch die Haftung nach § 7 StVG, weil bei einer Haftung der öffentlichen Hand als solvente Schuldnerin kein Bedürfnis bestehe, dem Geschädigten eine Mehrheit von Schuldnern zur Verfügung zu stellen.

⁵⁶ Zu den Zwecken der Haftungsüberleitung nach Art. 34 S. 1 GG Maurer (Fn. 2), § 26 Rn. 5; Ossenbühl/Cornils (Fn. 2), S. 10 f. Der Zweck der Regelung, dem Geschädigten einen solventen Schuldner zu garantieren, lässt sich allerdings für die von Papier/Dengler vertretene Auffassung (vgl. Fn. 55) anführen.

⁵⁷ Dazu eingehend Fuchs/Pauker, Delikts- und Schadensersatzrecht, 8. Aufl. 2012, S. 266 ff., mit weiteren Beispielen.

⁵⁸ So im Fall Papier/Dengler, Jura 1995, 38 (43 f.); zu diesem Kriterium auch Medicus/Petersen (Fn. 31), Rn. 633 m.w.N.

Betriebsgefahr zu verneinen,⁵⁹ so dass ein anderweitiger Ersatzanspruch nach § 7 Abs. 1 StVG und damit die Anwendung des § 839 Abs. 1 S. 2 BGB ausscheidet.

Außerdem könnte die Anwendung des § 839 Abs. 1 S. 2 BGB unter dem Gesichtspunkt der teleologischen Reduktion ausgeschlossen ist. Die Subsidiaritätsklausel hatte ursprünglich den Sinn, den nach § 839 BGB persönlich haftenden Beamten zu schützen. Dieser ursprüngliche Sinn ist mit der Haftungsüberleitung durch Art. 34 S. 1 GG entfallen. § 839 Abs. 1 S. 2 BGB nützt daher allein dem Staat; die Vorschrift hat sich von einer Schutzvorschrift zugunsten des Beamten zu einem „Fiskusprivileg“ entwickelt. Deshalb wird § 839 Abs. 1 S. 2 BGB nur noch sehr restriktiv angewendet.⁶⁰ Die Subsidiaritätsklausel soll unter anderem im Falle einer Teilnahme der öffentlichen Hand am allgemeinen Straßenverkehr ausgeschlossen sein. Denn es gelte der Grundsatz der „Gleichbehandlung aller Verkehrsteilnehmer“, d.h. der Gleichheit der Rechte und Pflichten aller Verkehrsteilnehmer.⁶¹ Allerdings gelten diese Erwägungen nicht, wenn die öffentliche Hand hoheitliche Sonderrechte nach § 35 Abs. 1 StVO in Anspruch nimmt.⁶² Ob U im Rahmen der Bergung derartige Sonderrechte in Anspruch nimmt, hängt davon ab, ob man unter den Begriff der Polizei in § 35 Abs. 1 StVO auch auf die „Erfüllungsgehilfen“ der Polizei erstreckt.⁶³ Dafür sprechen vor allem die obigen Erwägungen zum hoheitlichen Charakter der Tätigkeit des U.

Wendet man hier § 35 StVO an, griffe die Subsidiaritätsklausel grundsätzlich ein. Dennoch könnte man sich noch der Auffassung der Rspr. anschließen, welche die Haftung aus § 7 Abs. 1 StVG nicht als anderweitige Ersatzmöglichkeit ansieht, so dass die Haftung des Landes NRW nicht nach § 839 Abs. 1 S. 2 BGB entfiel: Denn die Haftung aus § 839 BGB wird gem. Art. 34 GG nur von dem Beamten auf den Staat übergeleitet. Der Beamte aber kann sich selbst – ohne die Überleitung – auch nicht auf § 839 Abs. 1 S. 2 BGB berufen, weil es undenkbar ist, dass die Amtshaftung nur deshalb entfällt, weil der Beamte zugleich aus Gefährdung haftet. Gleiches muss dann für den Hoheitsträger gelten, auf den die Haftung ja nur übergeleitet wird.⁶⁴

⁵⁹ *Hentschel/König/Dauer*, Straßenverkehrsrecht, 41. Aufl. 2011, § 7 StVG Rn. 8; *Burmann/Heß/Jahnke/Janker*, Straßenverkehrsrecht, 22. Aufl. 2012, § 7 StVG Rn. 10, jeweils m.w.N. Die gegenteilige Auffassung ist ebenfalls gut vertretbar, zumal der Begriff „bei dem Betrieb“ grundsätzlich weit zu verstehen ist; vgl. nur *Hentschel/König/Dauer* (a.a.O.), § 7 StVG Rn. 8; *Burmann/Heß/Jahnke/Janker* (a.a.O.), § 7 StVG Rn. 10.

⁶⁰ Dazu und zum Folgenden ausführlich *Maurer*, (Fn. 2), § 26 Rn. 29 ff.; *Baldus/Wienhues/Grzeszick* (Fn. 4), Rn. 178 ff.; *Ahrens* (Fn. 3), Rn. 81 ff. *Ossenbühl/Cornils* (Fn. 2), S. 80 ff., jeweils m.w.N.

⁶¹ BGHZ 68, 217 (220); 113, 164 (167).

⁶² BGHZ 113, 164 (167 f.).

⁶³ Dafür *Papier/Dengler*, Jura 1995, 38 (44).

⁶⁴ Bereits RGZ 165, 265 (274); sowie BGHZ 29, 38 (44 f.); ebenso *Papier/Dengler*, Jura 1995, 38 (44).

6. *Umfang des Schadensersatzes und haftender Hoheitsträger*
Steht sonach K dem Grunde nach ein Amtshaftungsanspruch zu, so ist sein Schaden nach §§ 249 ff. BGB zu ersetzen. Die Amtshaftung beschränkt sich jedoch von vornherein auf Schadensersatz in Geld, weil sie auf der persönlichen Haftung des Amtswalters nach § 839 BGB aufbaut, vom Amtswalter als persönlichem Schuldner aber keine Amtshandlung als Naturalrestitution gefordert werden kann.⁶⁵ Für die Beschädigung seines Wagens sowie seinen Gesundheitsschaden steht K Schadensersatz in Geld zu (vgl. auch § 249 Abs. 2 S. 1 BGB). Darüber hinaus kann K wegen der erlittenen Körperverletzung ein angemessenes Schmerzensgeld fordern (§ 253 Abs. 2 BGB). Für die Bestimmung des nach Art. 34 S. 1 GG haftenden Hoheitsträgers kommt es darauf an, wer dem Amtswalter seine Aufgaben übertragen hat.⁶⁶ Dies ist hier das Land Nordrhein-Westfalen als Rechtsträger der Polizei.

II. Weitere Anspruchsgrundlagen zugunsten des K⁶⁷

1. § 67 PolG NRW in Verbindung mit § 39 Abs. 1 lit. b OBG⁶⁸

Gem. § 39 Abs. 1 lit. b OBG NRW, der gem. § 67 PolG NRW auch auf ein Handeln der Polizeibehörden Anwendung findet, ist ein Schaden, den jemand durch eine rechtswidrige Maßnahme der Ordnungsbehörden (hier: der Polizeibehörden) erleidet, zu ersetzen, ohne dass es auf ein Verschulden ankäme. Im vorliegenden Fall ließe sich bereits bezweifeln, ob überhaupt ein Handeln der Polizei vorliegt, wenngleich sich das Handeln des Privatunternehmers U mit den obigen Erwägungen womöglich der Polizei zurechnen lässt. Allerdings greift die Haftung nach §§ 67 PolG NRW in Verbindung mit § 39 Abs. 1 lit. b OBG NRW ausweislich des Wortlauts allein für „Maßnahmen“, d.h. Unterlassungen können keine Haftung begründen.⁶⁹ Die Anwendbarkeit von §§ 67 PolG NRW in Verbindung mit § 39 Abs. 1 lit. b OBG NRW hängt also davon ab, ob man allein auf ein Unterlassen von Sicherungsmaßnahmen durch U abstellt oder in einer Gesamtbetrachtung in der Fahrzeugbergung die schädigende Maßnahme sieht.⁷⁰

⁶⁵ Dazu nur *Ossenbühl/Cornils* (Fn. 2), S. 111; *Maurer* (Fn. 2), § 26 Rn. 44.

⁶⁶ Sog. Amtsübertragungs- oder Anvertrauenstheorie. Zum haftenden Hoheitsträger näher *Ossenbühl/Cornils* (Fn. 2), S. 112 ff.; und *Maurer* (Fn. 2), § 26 Rn. 40 ff.

⁶⁷ Die nachfolgenden Anspruchsgrundlagen waren von den Bearbeitern nicht notwendigerweise zu erörtern, weil sie allein Entschädigung gewähren und das Anspruchsziel des K (Schadensersatz und Schmerzensgeld) allein über die Amtshaftung zu erreichen ist.

⁶⁸ In anderen Bundesländern existieren z.T. entsprechende Regelungen (z. B. § 64 Abs. 1 S. 2 Hess. SOG, § 80 Abs. 1 S. 2 Nds. SOG), z.T. ist allein die Entschädigung des sog. Nichtstörers geregelt (z.B. § 55 Abs. 1 PolG BW); vgl. weiterführend *Schoch* (Fn. 21), Rn. 298 ff. m.w.N.

⁶⁹ *Dietlein* (Fn. 15), § 3 Rn. 278.

⁷⁰ Dass der Schaden unmittelbar erst durch das Handeln des K (Fahren in das Abschleppseil) verursacht wurde, dürfte für die Zurechnung nach § 67 PolG NRW i.V.m. § 39 Abs. 1 lit. b OBG NRW jedenfalls unschädlich sein. Der BGH rechnet

Letztlich können diese Fragen jedoch offen bleiben, denn der Anspruch aus § 67 PolG NRW in Verbindung mit § 39 Abs. 1 lit. b OBG NRW ist allein auf den Ersatz von Vermögensschäden gerichtet, § 40 Abs. 1 S. 1 OBG NRW. Damit ist der Ersatz immaterieller Schäden, insbesondere ein Schmerzensgeld ausgeschlossen;⁷¹ ersetzt werden könnten dem K lediglich seine Schäden am PKW sowie Heilungskosten. Ein Anspruch aus §§ 67 PolG NRW in Verbindung mit § 39 Abs. 1 lit. b OBG NRW würde daher das Anspruchsziel des K nicht über den bereits bejahten Amtshaftungsanspruch hinaus fördern und kann daher außer Betracht bleiben.

2. Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff

Das Institut des enteignungsgleichen Eingriffs ist eine richterrechtliche Ausprägung des gewohnheitsrechtlich geltenden Aufopferungsprinzips, das aus §§ 74, 75 Einl. ALR abgeleitet wird. Der Anspruch setzt voraus, dass durch eine rechtswidrige hoheitliche Maßnahme unmittelbar belastend auf das Eigentum eingewirkt und dadurch dem Eigentümer ein Sonderopfer abverlangt worden ist. Durch die Rechtswidrigkeit der Maßnahme wird das Sonderopfer indiziert. Ein Verschulden des handelnden Amtsträgers ist nicht erforderlich.⁷²

Hier ließe sich bereits am Vorliegen eines Eingriffs zweifeln. Grundsätzlich kann beim enteignungsgleichen Eingriff ein Unterlassen nur ausnahmsweise haftungsbegründend sein. Für ein derartiges „qualifiziertes Unterlassen“ reicht bloßes Untätigbleiben grundsätzlich nicht aus, nach der Rspr. des BGH selbst dann nicht, wenn eine Rechtspflicht zum Handeln besteht.⁷³ Sofern man auf die Nichtbeachtung der gebotenen Sorgfalt bzw. die Nichtvornahme von Sicherungsmaßnahmen durch U abstellt, lässt sich ein Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff daher bereits mangels Eingriffs verneinen.⁷⁴ Letztlich kann die Prüfung eines Anspruchs aus enteignungsgleichem Eingriff jedoch ebenfalls dahinstehen, weil dieser dem Anspruchsziel des K nicht gerecht würde: Er ist nämlich zum einen lediglich auf eine Entschädigung des erlittenen Sonderopfers am Eigentum, nicht aber auf vollen Schadensersatz gerichtet wäre.⁷⁵ Zum anderen kann weder Schadensersatz wegen Körperverletzung noch ein Schmerzensgeld verlangt werden. Der Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff bleibt hinter dem bereits bejahten Amtshaftungsanspruch zurück.

bspw. auch Vermögensschäden in Gestalt vergeblicher Aufwendungen zu, die auf der Grundlage einer fehlerhaften Baugenehmigung von dem Genehmigungsempfänger getätigt wurden; vgl. BGHZ 109, 380 (393 ff.).

⁷¹ Dietlein (Fn. 15), § 3 Rn. 280.

⁷² Zum enteignungsgleichen Eingriff näher *Ossenbühl/Cornils* (Fn. 2), S. 259 ff.; *Maurer* (Fn. 2), § 27 Rn. 87 ff.; *Detterbeck* (Fn. 3), Rn. 1133 ff. m.w.N.

⁷³ Dazu und zur Kritik *Ossenbühl/Cornils* (Fn. 2), S. 308 ff.; *Maurer* (Fn. 2), § 27 Rn. 92 m.w.N.

⁷⁴ In diese Richtung *Papier/Dengler*, Jura 1995, 38 (45).

⁷⁵ *Ossenbühl/Cornils* (Fn. 2), S. 320 f.; *Maurer* (Fn. 2), § 27 Rn. 100.

3. Aufopferungsanspruch im engeren Sinne

Der allgemeine Aufopferungsanspruch gilt gewohnheitsrechtlich als Ausprägung des Aufopferungsgedankens gem. §§ 74, 75 Einl. ALR. Er gewährt Entschädigung für Eingriffe in nichtvermögenswerte Rechtsgüter, etwa einer Verletzung der körperlichen Unversehrtheit. Der Aufopferungsanspruch wird jedoch ebenfalls dem Anspruchsziel des K nicht gerecht, so dass sich eine nähere Prüfung erübrigt. Denn er gewährt nur Entschädigung für Vermögensschäden, die aufgrund des Eingriffs in das nichtvermögenswerte Rechtsgut entstanden sind (Heilbehandlungskosten, Verdienstausschlag etc.), nicht aber Schmerzensgeld.⁷⁶

III. Ergebnis zu Frage 2

K kann vom Land Nordrhein-Westfalen Schadensersatz wegen der Beschädigung seines PKW sowie ein angemessenes Schmerzensgeld aus Amtshaftung (§ 839 BGB/Art. 34 GG) verlangen.

⁷⁶ BGHZ 20, 61 (68 ff.); 45, 46 (77); *Hendler* (Fn. 3), Rn. 835; *Baldus/Grzeszick/Wienhues* (Fn. 4), Rn. 334.