

## Amtshaftung für Volksgesetzgebung

Von Akademischem Rat Dr. *Bernd J. Hartmann*, LL.M. (Virginia), Münster\*

I. Einleitung .....	500
II. Volksgesetzgebung als Ausübung öffentlicher Gewalt .....	501
1. Dogmen- und Entstehungsgeschichte .....	501
a) Bürgerliches Gesetzbuch .....	501
b) Weimarer Reichsverfassung .....	502
c) Grundgesetz .....	505
d) Ergebnis .....	506
2. Geltendes Recht .....	506
III. Volksunrecht als Verletzung einer drittgerichteten Amtspflicht .....	509
1. Dogmen- und Entstehungsgeschichte .....	509
2. Geltendes Recht .....	513
IV. Verantwortlichkeit des Volksgesetzgebers .....	516
V. Schaden und Kausalität .....	521
VI. Rechtsfolge .....	521
VII. Ergebnis .....	522

### I. Einleitung

Alle Länder der Bundesrepublik Deutschland kennen die Volksgesetzgebung. Kommunale Satzungen können die Bürgerinnen und Bürger im Wege von Bürgerbegehren und Bürgerentscheid, Landesgesetze mit Hilfe von Volksbegehren und Volksentscheid verabschieden. Schädigt ein bürgerbeschlossenes Gesetz seinen Adressaten, stellt sich die Frage nach der Haftung für dieses normative Unrecht. Normatives Unrecht umfasst legislatives Unrecht (hier also per Volksentscheid beschlossene förmliche Landesgesetze) und sonstiges normatives Unrecht (hier also per Bürgerentscheid beschlossene Satzungen als materielle Gesetze der Gemeinden und Gemeindeverbände).

Den Haftungsfragen der Volksgesetzgebung kommt große praktische Bedeutung zu. Das belegt beispielhaft das öffentliche Bau- und Planungsrecht. Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof hatte es jüngst mit einem Bürgerbegehren zu tun, das den Bau eines Kraftwerks zu verhindern suchte. Dazu sah es Änderungen am Bebauungsplan, einer Gemeindevorsatzung gem. § 10 Abs. 1 BauGB, vor<sup>1</sup>. Der Investor drohte mit Schadensersatzforderungen in Höhe von gut fünf Millionen Euro – einer Summe, die dem Jahresetat des kommunalen Verwaltungshaushalts entsprach. Ob die Forderung begründet war, blieb letztlich offen, weil der Gemeinderat das Bürgerbegehren gar nicht erst zuließ. In einem anderen Fall gelang es den Bürgern tatsächlich, den Plan von Rat und Investor zu durchkreuzen: Ein erfolgreicher Bürgerentscheid zwang die Gemeinde, das Plangebiet nun doch als reines Wohngebiet auszuweisen. Daraufhin klagte der Investor auf Schadensersatz in Höhe von gut zehn Millionen Deutsche Mark, u. a. gestützt auf Amtshaftung. Die Gerichte wiesen die Klage zwar weit-

\* Der Verfasser dankt den Herren *Prof. Dr. Nils Jansen*, *Prof. Dr. Bodo Pieroth*, *Dr. Matthias Rahmlow* und *Prof. Dr. Friedrich Schoch* auch an dieser Stelle für ihre wertvollen Hinweise zum Thema.

1 BayVGh, Urteil vom 21. 6. 2004 – 20 N 04.1201, juris, in BayVBl. 2005, 177 ff. nur teilweise abgedruckt.

gehend ab<sup>2</sup>. Aber bei diesen Summen wundert es nicht, dass viele Kommunalverfassungen die Bauleitplanung von der Volksgesetzgebung ausnehmen<sup>3</sup>.

Als Grundlage einer Haftung für Volksgesetze kommt vor allem § 839 BGB i. V. mit Art. 34 Satz 1 GG in Betracht, bietet der Amtshaftungsanspruch doch grundsätzlich den »breitesten Schutz« im Staatshaftungsrecht<sup>4</sup>. Die folgende Erörterung profitiert davon, dass die Haftung für normatives Unrecht, das Parlament oder Gemeinderat verabschiedet haben, umfassend aufgearbeitet ist. Einzig die Entstehungsgeschichte scheint insoweit noch nicht zusammenhängend erzählt. Das rechtfertigt es, hier einen Schwerpunkt zu setzen, zumal die genetischen Argumente auch für Repräsentativunrecht Bedeutung erlangen können. Im Vordergrund stehen grundgesetzwidrige Volksgesetze; Europarecht bleibt außen vor.

## II. Volksgesetzgebung als Ausübung öffentlicher Gewalt

### 1. Dogmen- und Entstehungsgeschichte

#### a) Bürgerliches Gesetzbuch

Seit seinem Inkrafttreten am 1. 1. 1900 hat § 839 BGB keine wesentlichen Veränderungen erfahren<sup>5</sup>. Die Norm gewährt einen zivilrechtlichen Anspruch gegen den Beamten als Privatperson. Ein Anspruch gegen den Staat kam schon deshalb nicht in Betracht, weil dem Gesetzgeber des BGB damals die Kompetenz fehlte, diese dem öffentlichen Recht zugeordnete Frage zu regeln<sup>6</sup>. Mit »Beamter« meint § 839 BGB den Beamten im Sinn der Beamtengesetze, den Staatsbeamten in seiner statusrechtlichen Bedeutung<sup>7</sup> (sog. Beamten- oder Statushaftung<sup>8</sup>). Erfasst war die Exekutive, auch die Judikative (siehe § 839 Abs. 2 Satz 1 BGB), nicht aber die Legislative. Letz-

2 Die Klage hatte nur in Höhe von 63.000 DM Erfolg wegen einer verspätet zurückgegebenen Bürgerschaft, siehe OLG Nürnberg, Urteil vom 21. 3. 2001 – 4 U 1169/00, juris, in VwRR BY 2001, 410 f. nur teilweise abgedruckt; die Revision wurde nicht angenommen, siehe BGH, Beschluss vom 25. 4. 2002 – III ZR 128/01, unveröffentlicht.

3 § 21 Abs. 2 Nr. 6 GemO Baden-Württemberg; § 20 Abs. 3 lit. j GO Brandenburg; § 20 Abs. 2 Nr. 4 KV Mecklenburg-Vorpommern, ggf. i. V. mit § 102 Abs. 2 Satz 2; § 22b Abs. 2 Satz 3 Nr. 6 NGO Niedersachsen; § 26 Abs. 5 Nr. 6 GO Nordrhein-Westfalen; § 17a Abs. 2 Nr. 6 GemO Rheinland-Pfalz; § 21a Abs. 4 Nr. 6 KSVG Saarland; § 16g Abs. 2 Nr. 6 GO Schleswig-Holstein.

4 *Schoch*, Effektuierung des Sekundärrechtsschutzes, Verw. 34 (2001), 261 (265).

5 *Kannowski*, in: Schmoeckel/Rückert/Zimmermann (Hrsg.), Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Band III, § 839 Rdnr. 83 (im Erscheinen) mit den beiden Textstufen des § 839 Abs. 2 Satz 1 BGB. Herr Priv.-Doz. Dr. Bernd Kannowski sei auch an dieser Stelle dafür gedankt, dass er mir sein Manuskript vorab überlassen hat.

6 *Nieberding*, in: Verhandlungen des Reichstags, IX. Legislaturperiode, IV. Session, Vierter Band (auch: Band 146), 1896, 113. Sitzung vom 24. 6. 1906, S. 2855 (2860 B); ebenso Entwurf eines Gesetzes über die Haftung des Reichs für seine Beamten vom 23. 11. 1909, aaO, XII. Legislaturperiode, II. Session, Band 270, 1911, Aktenstück Nr. 5, S. 14 (16, l. Sp. m.); Bericht der 8. Kommission darüber, Berichterstatter Abg. *Dr. Becker*, aaO, Band 275, 1911, Aktenstück Nr. 366, S. 1904 (1905 ff.), und, in der Rückschau, BVerfG, Urteil vom 19. 10. 1982, BVerfGE 61, 149 (177 ff., insb. 183, 185).

7 *Delius*, Die Haftpflicht der Beamten, 1901, S. 21; *ders.*, Die Beamtenhaftpflichtgesetze des Reiches und der Bundesstaaten, 2. Aufl. 1909, S. 153 ff., insb. S. 157.

8 *Schoch*, Folgenbeseitigung und Wiedergutmachung im Öffentlichen Recht, VerwArch. 79 (1988), 1 (9).

tere auszunehmen erschien dem Gesetzgeber offenbar derart selbstverständlich, dass er es nicht eigens aussprach.

Obwohl eine Haftung für normatives Unrecht nicht in Rede stand, enthält die Entstehungsgeschichte des § 839 BGB doch Hinweise auf den tieferen Grund der Amtshaftung. Die Abgeordneten formulierten als Kernfrage: Wie weit haftet der Staat für Schäden, die den Bürgern »durch die Ausübung der öffentlichen Gewalt« entstehen<sup>9</sup>, durch einen »Eingriff des Beamten in ihre Angelegenheiten«<sup>10</sup>? Diese Frage spricht einen Geltungsgrund der Staatshaftung an, der schon damals Tradition hatte: die Subordination des Bürgers unter die Staatsgewalt<sup>11</sup>. Diesen Geltungsgrund nahm die zeitgenössische Literatur auf: Dass »der Beamte als Vertreter der Hoheitsrechte des Staates« handle, ihm »aus der Staatsgewalt abzuleitende [. . .]« Dienste aufgegeben sind und er »befehlend in den Rechtskreis seiner Untertanen« eingreife, sei entscheidend und begründe, warum es überhaupt eine Beamtenhaftung geben müsse<sup>12</sup>.

### b) Weimarer Reichsverfassung

Der Blick in die Verfassung von 1919 liegt für die hier behandelte Frage besonders nahe. Im Gegensatz zur monarchischen Reichsverfassung von 1871, unter der das Bürgerliche Gesetzbuch entstanden war, kannte die Weimarer Verfassung sowohl die Amtshaftung als auch die Volksgesetzgebung (Art. 131 bzw. insb. Art. 73 Abs. 3 WRV). Was Amtshaftung für Volksgesetzgebung betrifft, geht der Blick trotzdem ins Leere: In der kurzen Zeit, die blieb, hat das Volk kein Gesetz selbst verabschiedet<sup>13</sup>. Wäre etwa das begehrte Gesetz über die entschädigungslose Enteignung der Fürsten in Kraft getreten<sup>14</sup>, hätte die Frage handfest gedrängt; so aber blieb der Amtshaftung für Volksunrecht die Anerkennung jedenfalls versagt<sup>15</sup>.

Der Topos der Subordination kehrte indes auf höherer Ebene wieder. Erstmals fand im geschriebenen Recht seinen Niederschlag, dass der die Haftung auslösende Beamte »in Ausübung der ihm

9 Bericht des Abg. *Dr. Enneccerus* u. a., 1896, § 823 Absatz 1 und 2 (S. 112).

10 Mugdan (Hrsg.), *Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, Band II: Recht der Schuldverhältnisse, 1899, Protokolle S. 2897; fast wortgleich Bericht (Fußn. 9), S. 110.

11 Vorläufer: Preußisches Geheimes Ober-Tribunal, ohne Datum, in: *Central-Blatt für preußische Juristen*, 1837, Sp. 303 (307); *Pfeiffer*, *Practische Ausführungen aus allen Theilen der Rechtswissenschaft*, Band 2, 1828, S. 361 ff., insb. S. 369; *Sundheim*, *Ueber Schadenstiftung durch Staatsbeamte und Haftverbindlichkeit des Staates dafür*, 1827, S. 4; *Zachariä*, *Ueber die Haftungsverbindlichkeit des Staates aus rechtswidrigen Handlungen und Unterlassungen seiner Beamten*, *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft* 19 (1863), 582 (630 ff.).

12 Zitate von *Delius*, *Beamtenhaftpflichtgesetze* (Fußn. 7), S. 24, 162 bzw. *Frost*, *Die Haftung des Staates für unerlaubte Handlungen seiner Beamten*, 1916, S. 29.

13 *Anschütz*, *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. 8. 1919*, Neudruck der 14. Aufl. 1933, 1987, Art. 73 Anm. 11; *Jung*, *Direkte Demokratie in der Weimarer Republik*, 1989, S. 10; *ders.*, *Volksgesetzgebung*, 1990, S. 18. Zu den Volksabstimmungen im Nationalsozialismus siehe *dens.*, *Plebizit und Diktatur*, 1995.

14 Dazu *Jung*, *Direkte Demokratie* (Fußn. 13), S. 49 ff., insb. S. 54 (»Enteignungsansatz . . . verfassungsrechtlich verquer«); *ders.*, *Volksgesetzgebung* (Fußn. 13), S. 21.

15 *Brand*, *Das Deutsche Beamtengesetz (DBG)*, 4. Aufl. 1942, S. 274; *Grzeszick*, *Rechte und Ansprüche*, 2002, S. 38; *Gusy*, *Die Weimarer Reichsverfassung*, 1997, S. 284.

anvertrauten öffentlichen Gewalt« gehandelt haben musste. Im Übrigen entspricht Art. 131 Abs. 1 Satz 1 WRV tatbestandlich den objektiven Anforderungen des § 839 Abs. 1 Satz 1 BGB. Dagegen war die Rechtsfolge neu: Dem Geschädigten haftete nun allein der Staat (dem der Rückgriff gegen den Beamten vorbehalten blieb), sog. befreiende Schuldübernahme. Der Systemwechsel von der Beamten(eigen)- zur Staatshaftung gründete in der Überlegung, dass ein Staat, der »die Beamten mit obrigkeitlichen Befugnissen ausstattet und solche durch sie ausüben lässt«, für die hierbei vorkommenden »Verfehlungen« einstehen müsse<sup>16</sup>, und verlieh so dem Subordinationsargument, das bis dahin nur einfach-rechtliche Bedeutung erlangt hatte, verfassungsrechtliches Gewicht.

Möglicherweise begünstigte diese Begründung eine Entwicklung, in deren Verlauf der Haftungsanspruch zunehmend Weiterungen erfuhr, bis schließlich sogar die Begrenzung auf Statusbeamte entfiel. Es war das Reichsgericht, das dem »unscheinbaren Artikel« eine Tragweite zumaß, die *Walter Jellinek* von der »ultima ratio« des Rechtsstaats schwärmen ließ<sup>17</sup>. Das Gericht stellte dem Begriff des Beamten, bislang stets statusrechtlich verstanden, nun eine haftungsrechtliche Bedeutung an die Seite, die es »im weitesten Sinn« bestimmte. Beamte im Sinn des Haftungsrechts waren, »ohne Rücksicht« auf den Beamtenbegriff der Beamtengesetze<sup>18</sup>, nun alle »mit obrigkeitlichen Befugnissen, mit öffentlicher Gewalt ausgestatteten Personen«<sup>19</sup>. Des Reichsgerichtes »gegensatzaufhebende Begriffsbildung« (*Oliver Lepsius*) erfasste revolutionäre Arbeiter- und Soldatenräte<sup>20</sup> genauso wie ehrenamtlich tätige Privatpersonen<sup>21</sup>, solange die einen wie die anderen, gewiss keine Statusbeamten, doch nur öffentliche Gewalt ausübten.

Die Rechtsprechung fand breiten Anklang in der Literatur<sup>22</sup> und beim Gesetzgeber, wie § 23 Abs. 4 des Deutschen Beamtengesetzes vom 26. 1. 1937 zeigt. Nach dieser Vorschrift griff der Haftungsanspruch ausdrücklich auch, »wenn eine Person, die nicht Beamter im Sinne dieses Gesetzes ist, in Ausübung der ihr anvertrauten öffentlichen Gewalt ihre Amtspflicht verletzt hat«<sup>23</sup>. Damit konnte der Topos der Subordination auf eine steile Karriere zurückblicken: unter § 839 BGB bloß Motiv gewesen, durch Art. 131 WRV Tatbestandsinhalt geworden und schließlich zum Leitmotiv gekoren, das die Begrenzungen, die der Begriff des Beamten ursprünglich mit sich gebracht hatte, zu überwinden vermochte.

Zur Entwicklung vom Status des Handelnden zur Subordination des Bürgers als dem entscheidenden Kriterium stand die Rechtsprechung zur Haftung für Parlamentsunrecht in einem gewissen Spannungsverhältnis. Die beiden einschlägigen Urteile ergingen am 4. und 8. 11. 1927, also zu einem Zeitpunkt, als das richterliche

16 Vgl. RG, Urteil vom 3. 11. 1922, RGZ 105, 334 (335); ebenso *Brand*, in: Nipperdey (Hrsg.), Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Band 2, 1930, S. 274.

17 *Jellinek*, Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 1931, Nachtrag 1950, S. 321.

18 RG, Urteil vom 21. 10. 1927, RGZ 118, 241 (242 f.) mit zust. Anm. *Friedrichs*, JW 1928, 235 f.; ebenso *Jellinek* (Fußn. 17), S. 321; die Zitate stammen von *Brand* (Fußn. 16), § 22 III 2, bzw. *Anschütz* (Fußn. 13), Art. 131 Anm. 5.

19 RG, Urteil vom 2. 7. 1926, RGZ 114, 197 (200 f.); vgl. auch Urteile vom 21. 10. 1927, RGZ 118, 241 (243), und vom 16. 4. 1929, RGZ 124, 159 (162).

20 RG, Urteil vom 13. 11. 1925, RGZ 112, 95 (99); Urteil vom 2. 7. 1926, RGZ 114, 197 (201 f.).

21 RG, Urteil vom 16. 4. 1929, RGZ 124, 159 (162).

22 *Fleiner*, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl. 1928, S. 283; *Jellinek* (Fußn. 17), S. 321.

23 Deutsches Beamtengesetz (DBG) vom 26. 1. 1937, RGBl. I S. 39 (44).

Prüfungsrecht gegenüber Parlamentsgesetzen bereits anerkannt<sup>24</sup> und so eine wichtige Voraussetzung der Haftung für legislatives Unrecht geschaffen war<sup>25</sup>. Jeweils wies das Reichsgericht die Klage ab, weil es den Rechtsweg nicht als eröffnet ansah. Dabei ging es im ersten Novemberurteil um Schäden, welche die Klägerin durch das Aufwertungs- und das Anleiheablösungsgesetz verursacht sah. Diese Gesetze hatten Hypotheken und Besitzeanleihen auf Reichsmark umgeschrieben. Dabei ergab sich für die Klägerin ein Wertverlust von insgesamt 5.000,- RM, für den das Reich haften müsse. Ob diese Rechtsauffassung zutraf, ließ das Reichsgericht offen<sup>26</sup>:

»Soweit die Klägerin ihren Anspruch auf die Behauptung stützt, das Reich habe als Träger der gesetzgebenden Gewalt sittenwidrige Gesetze erlassen, ist der Rechtsweg ausgeschlossen. Wenn das Reich als Gesetzgeber Gebote oder Verbote an die Allgemeinheit richtet, übt es lediglich Hoheitsrechte aus und bewegt sich ausschließlich auf dem Boden des öffentlichen Rechts. Für die schädlichen Folgen der Ausübung eines Hoheitsrechts kann jedoch das Reich vor den ordentlichen Gerichten nur auf Grund besonderer reichsrechtlicher Vorschriften zur Verantwortung gezogen werden, die seine Inanspruchnahme im Rechtswege gestatten.«

Eine solche Bestimmung gebe es nicht. Insb. § 826 BGB komme dafür nicht in Frage, so dass ein bürgerlicher Rechtsstreit gem. § 13 GVG nicht vorliege: »Der Gesetzgeber ist selbstherrlich und an keine anderen Schranken gebunden als diejenigen, die er sich selbst in der Verfassung oder in anderen Gesetzen gezogen hat«<sup>27</sup>. Diese Schranken habe der Gesetzgeber nicht überschritten. Die Verfassungsmäßigkeit beider Gesetze hätten andere Zivilsenate festgestellt; der erkennende Senat schliesse sich an. § 839 BGB i. V. mit Art. 131 WRV erörterte das Gericht anschließend nur wegen angeblicher Pflichtverletzungen der Exekutive.

Wie konnte das Reichsgericht die Rechtswegeröffnung verneinen, ohne Art. 131 Abs. 1 Satz 3 WRV anzusprechen, wonach der ordentliche Rechtsweg nicht ausgeschlossen werden dürfe? Die Gründe liegen im Dunkeln. Vielleicht hat das Gericht die Vorschrift beim Wort genommen und darin bloß (negativ) ein Verbot des Rechtswegausschlusses gesehen, aber nicht (positiv) eine Rechtswegeröffnung (also, in Anlehnung an vertraute Terminologie, keine aufdrängende Sonderzuweisung an die ordentlichen Gerichte). Oder es hat Art. 131 Abs. 1 Satz 3 WRV nur auf den Rückgriffsanspruch aus Satz 2, nicht aber auf den Haftungsanspruch aus Satz 1 bezogen. Unabhängig davon steht fest, dass das Reichsgericht seine prozessuale Lösung ohne Erörterung materiell-rechtlicher Voraussetzungen des Art. 131 WRV begründete, und das, obwohl es Ansprüche wegen Amtshaftung anschließend in anderem Zusammenhang sehr wohl erörterte. Die begrenzte Reichweite seiner Gründe unterstrich das Gericht, indem es die (verneinte) Frage nach der Rechtswegeröffnung zum Leitsatz erhob und direkt im Anschluss daran als streitentscheidende Norm § 13 GVG benannte. Betrachtet man allein das Urteil vom 4. 11. 1927, erscheint es also

24 RG, Urteil vom 4. 11. 1925, RGZ 111, 320 ff.; siehe dazu *Hartmann*, Das richterliche Prüfungsrecht unter der Weimarer Reichsverfassung, JJJZG 9 (2007/2008) (im Erscheinen) m. w. N.

25 *Wróblewski*, Die Staatshaftung für legislatives Unrecht in Deutschland, 2005, S. 41.

26 RG, Urteil vom 4. 11. 1927, RGZ 118, 325 (326).

27 RG, Urteil vom 4. 11. 1927, RGZ 118, 325 (327) unter Verweis auf RG, Urteil vom 6. 7. 1915, RGZ 87, 114 (119 f.), wo der Amtshaftungsanspruch freilich neben dem Anspruch wegen sittenwidrigen Verhaltens steht.

möglich, die Rechtsprechung auf eine Abgrenzung von ordentlicher und außerordentlicher Gerichtsbarkeit zu reduzieren. Doch gibt es noch das zweite Novemberurteil. Dort heißt es<sup>28</sup>:

»[W]ie der Senat in seinem zum Abdruck bestimmten Urt. v. 4. Nov. 1927 (III 60/71) dargelegt hat, kann die Handhabung der Gesetzgebungsgewalt durch das Reich, soweit nicht etwas anderes bestimmt wird, keinen im Rechtswege verfolgbareren Schadensersatzanspruch gegen das Reich erzeugen. Art. 131 RVerf. greift insoweit nicht ein. Er legt dem Reiche nur eine Haftung für seine Beamten auf. Der Gesetzgeber, d. h. der Reichstag (Art. 68 Abs. 2 RVerf.) ist jedoch kein Beamter des Reiches. Aus seinen Handlungen kann keine Reichshaftung gem. Art. 131 entstehen. . . «

Hier erörterte der Senat die Frage sehr wohl, ob der Gesetzgeber »Beamter« im Sinn von Art. 131 WRV sei. Das Gericht suggerierte dabei Kontinuität und Konformität mit dem Präzedenzfall, obwohl es dem übereinstimmenden Tenor eine neue Begründung unterlegte. Zwar erscheint es nicht ausgeschlossen, auch die Passage vom 8. 11. 1927 allein als Aussage zum Rechtsweg zu verstehen. Für ein solches Verständnis spricht neben dem Bezug auf das Urteil vom 4. 11. 1927 zunächst der erste hier zitierte Satz, soweit er auf die Verfolgung »im Rechtswege« abstellt. Außerdem hätte aller Anlass bestanden, auch das zweite Novemberurteil in die amtliche Sammlung aufzunehmen, wäre es als Grundsatzentscheidung über die materiellrechtlichen Voraussetzungen eines Haftungsanspruchs bei legislativem Unrecht gedacht gewesen. Andererseits handelt der genannte Satz zugleich davon, dass die Handhabung der Gesetzgebungsgewalt »keinen . . . Schadensersatzanspruch« erzeuge, und endet die hier wiedergegebene Passage mit dem Ergebnis, dass aus den Handlungen des Gesetzgebers »keine Reichshaftung« entstehe. Zusammenfassend spricht daher wohl mehr dafür, die Rechtsprechung des Reichsgerichts auch materiell-rechtlich zu verstehen. Mit welcher dogmatischen Berechtigung auch immer: Das Reichsgericht hat gemeint, dass der Gesetzgeber kein Beamter im Sinn von Art. 131 WRV sei. Von seinen Weiterungen des Beamtenbegriffs machte das Gericht für die Abgeordneten also eine Ausnahme, obwohl es Amtshaftung sonst überall dort zuließ, wo die Staatsgewalt handelte.

### c) Grundgesetz

Der Parlamentarische Rat trachtete danach, die grundgesetzliche Amtshaftung nach Weimarer Vorbild zu formen<sup>29</sup>, »der gültigen Rechtsprechung« entsprechend, wie es hieß<sup>30</sup>. Doch die konkrete Frage, wie das Reichsgericht die Haftung für legislatives Parlamentsunrecht beurteilt hatte, behandelten die Abgeordneten nicht. Die Eltern des Grundgesetzes übernahmen die Weiterungen der reichsgerichtlichen Rechtsprechung zum Beamtenbegriff: Sie wollten gleichfalls jede Ausübung

28 RG, Urteil vom 8. 11. 1927, JW 1928, 1036 (1038).

29 So billigte der Grundsatzausschuss zunächst folgende Fassung: »Die Grundsätze des Art. 131 der Weimarer Reichsverfassung gelten fort«, siehe Kurzprotokoll der 28. Sitzung vom 3. 12. 1948, zit. nach Schneider (Hrsg.), Das Grundgesetz – Dokumentation seiner Entstehung, Band 10: Art. 30 bis 37, bearbeitet von Ulrich Bachmann und Jutta Kramer, 1996, Art. 34 Dok. 45 (S. 588), und JÖR NF 1 (1951), 328; ebenso etwa Vors. Dr. von Mangoldt (CDU), 28. Sitzung des Ausschusses für Grundsatzfragen vom 3. 12. 1948, in: Der Parlamentarische Rat 1948–1949, Band 5/II, 1993, S. 789 (791 ff.); Abg. Dr. Heuss (FDP), in: Der Parlamentarische Rat, aaO, S. 794.

30 Siehe Parlamentarischer Rat, Interfraktionelle Besprechung vom 28. 4. 1949, abgedruckt in: Schneider (Fußn. 29), Art. 34 Dok. 78 (S. 609).

der öffentlichen Gewalt erfassen<sup>31</sup>. »Ausübung öffentlicher Gewalt« lag vor, »wenn mit zwingender Kraft die Staatsmacht dahinter steht«<sup>32</sup>. Das vertraute Subordinationsargument »des Bürgers zur Staatsgewalt«<sup>33</sup> resoniert hier erneut. Dazu passt, dass der Staatshaftungsanspruch parteiübergreifend als ein Fundament des Rechtsstaates galt<sup>34</sup>. Zusammenfassend spricht daher wohl mehr dafür, als Ergebnis der Genese des Grundgesetzes festzuhalten, dass haftungsrechtlich die Staatsgewalt ausnahmslos erfasst sein sollte. Allein dieses Ergebnis entspricht der im Parlamentarischen Rat ausdrücklich erklärten Absicht, haben die Abgeordneten doch jene Ausnahme, die das Reichsgericht für den Gesetzgeber beamtenbegrifflich gemacht hatte, nicht angesprochen. Das Urteil, das diese Ausnahme enthält, ist ein mit prozessualen Erwägungen argumentierendes, außerhalb der amtlichen Sammlung veröffentlichtes Judikat. Es liegt daher eher fern anzunehmen, dass die unspezifische Wendung, die gültige Rechtsprechung übernehmen zu wollen, diese abgelegene Ausnahme einbeziehen wollte.

#### d) Ergebnis

Die verschiedenen Gesetzgeber formulierten über die Jahrzehnte hinweg konstant dieselbe Einsicht als den tieferen Grund ihrer jeweiligen Amtshaftungskonzeption: dass der Bürger auf öffentliche Gewalt treffe (§ 839 BGB), dass er mit obrigkeitlichen Befugnissen ausgestatteten Beamten gegenüberstehe (Art. 131 WRV), dass die Staatsmacht mit zwingender Kraft agiere (Art. 34 GG), kurz: dass der Bürger der Staatsgewalt im Subordinationsverhältnis begegne. Obwohl der Kontext dieser Begründung nur exekutives und judikatives Unrecht erfasste, lag der Geltungsgrund selbst doch außerhalb dieses Rahmens: Subordiniert begegnet der Bürger auch rechtsetzender Staatsgewalt, und zwar unabhängig davon, ob ein Parlament oder das Volk die Gesetze gibt. Außerdem adressiert das Rechtsstaatsprinzip, in dem die Staatshaftung entstehungsgeschichtlich wurzelt, alle Gewalten. Seit es Amtshaftung gibt, streitet ihr Geltungsgrund – konsequent zu Ende gedacht – dafür, auch normatives Unrecht jeder Herkunft zu erfassen.

## 2. Geltendes Recht

Die »Funktionshaftung«<sup>35</sup> des Art. 34 Satz 1 GG verlangt im Gegensatz zu § 839 Abs. 1 Satz 1 BGB und zu Art. 131 Abs. 1 Satz 1 WRV auch grammatisch nicht mehr, dass ein »Beamter« gehandelt habe. Mit dieser Gesetzesänderung spätestens verliert das Urteil vom 8. 11. 1927, dass der Gesetzgeber in diesem Sinn kein Beamter sei, seine Relevanz. Nach geltendem Recht genügt, dass »jemand« schädigt, dem

31 Abg. Dr. Hoch (SPD), zit. nach Schneider (Fußn. 29), Art. 34 Dok. 18, S. 537 (544 f.); ders., in: Parlamentarischer Rat, Zuständigkeitsausschuss, Kurzprotokoll der 8. Sitzung vom 6. 10. 1948, zitiert nach Schneider (Fußn. 29), Art. 34 Dok. 23, S. 564 (565); Vors. Dr. von Mangoldt (Fußn. 29), S. 792; ders., JöR NF 1 (1951), 328; Abg. Dr. Laforet (CSU), in: Parlamentarischer Rat, Plenum, Schriftlicher Bericht zum Entwurf des Grundgesetzes, erstattet von den Berichterstattern des Hauptausschusses, zit. nach Schneider (Fußn. 29), Art. 34 Dok. 88, S. 615 (616).

32 Vors. Dr. von Mangoldt (Fußn. 29), S. 797.

33 Abg. Dr. Hoch (SPD), in: Parlamentarischer Rat, Band 3, 1986, S. 326; ebenso Vors. Wagner (SPD), zit. nach Schneider (Fußn. 29), Art. 34 Dok. 18, S. 537 (548); Abg. Dr. Reif (FDP), zit. nach Schneider (Fußn. 29), Art. 34 Dok. 23, S. 564 (566).

34 Vgl. nur Vors. Dr. Laforet (CSU), Abg. Dr. Hoch (SPD) und Abg. Dr. Reif (FDP), zit. nach Schneider (Fußn. 29), Art. 34 Dok. 18, S. 537 (544 ff.).

35 Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 12.

ein »öffentliche[s] Amt anvertraut« ist. Eine Begrenzung auf Beamte im statusrechtlichen Sinn folgt insb. nicht aus der Erwähnung des öffentlichen Amtes<sup>36</sup>. Denn diese Voraussetzung sollte nach dem Willen des Gesetzgebers, ganz im Sinn der tradierten Subordination unter die Staatsgewalt, nur ausdrücken, dass der Staatsbürger es mit Hoheitsgewalt zu tun bekommen habe. Ob ein öffentliches Amt vorliegt, beurteilt sich nicht nach der Person oder der Rechtsstellung des Handelnden<sup>37</sup>. Das Merkmal erfasst vielmehr jeden, dessen »sich der Staat oder die Hoheitskörperschaft zur Erfüllung ihrer Hoheitsaufgaben bedient«<sup>38</sup>, also alle, die funktionell öffentliche Gewalt ausüben<sup>39</sup>.

Daher steht einem Amtshaftungsanspruch wegen Repräsentativunrechts nicht entgegen, dass die Parlamente zur Legislative zählen. Im Gegenteil: Rechtsprechung und herrschende Lehre sehen, auch wenn sie die Staatshaftung im Ergebnis verneinen, Parlamentsabgeordnete (und Ratsmitglieder) doch ausdrücklich als Amtswalter im Sinn der Vorschrift an<sup>40</sup>. Die Formulierungen erfassen der Sache nach teilweise sogar den Volksgesetzgeber, etwa wenn es heißt, dass der Erlass von Rechtsnormen »sicherlich« eine hoheitliche Tätigkeit<sup>41</sup> oder dass Gesetzgebung, in welcher Form auch immer, »öffentliche Gewalt« par excellence darstelle<sup>42</sup>.

Sind diese Aussagen zutreffend? Gilt der Haftungsanspruch, von der Frage nach der Drittrichtung der Amtspflicht vorläufig noch absehend, gegenüber dem unmittelbaren Gesetzgeber, also gegenüber dem in Ländern und Kommunen abstimmenden Volk? Ausgangspunkt muss sein, dass ein Jemand, der mit einem öffentlichen Amt betraut ist, im Sinn von Art. 34 GG schon dann vorliegt, wenn öffentliche Gewalt Ausübung findet, der Geschädigte also im Subordinationsverhältnis gegenüber der Staatsgewalt betroffen ist. Dass der Volksgesetzgeber in Ausübung öffentlicher Gewalt handelt, liegt sehr nahe. Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG bestimmt ausdrücklich, dass das Volk bei Abstimmungen Staatsgewalt ausübt<sup>43</sup>. Zahlreiche Landesverfas-

36 *Papier*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Loseblatt (Stand: 34. Lieferung, Juni 1998), Art. 34 Rdnr. 123.

37 BGH, Urteil vom 16. 6. 1977, BGHZ 69, 128 (130 ff.); Urteil vom 4. 6. 1992, BGHZ 118, 304 (305).

38 Parlamentarischer Rat, zit. nach Schneider (Fußn. 29), Art. 34 Dok. 88, S. 615 (616).

39 BGH, Urteil vom 15. 2. 1990, BGHZ 110, 253 (254 f.). Weitergehend *Wieland*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Band II, 1998, Art. 34 Rdnr. 29.

40 BGH, Urteil vom 3. 12. 1953, BGHZ 11, 192 (197 f.); Urteil vom 30. 5. 1983, BGHZ 87, 321 (335); Urteil vom 14. 6. 1984, NVwZ 1984, 504 (505); Urteil vom 21. 12. 1989, BGHZ 110, 1 (8); *Bryde*, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Band 2, 4./5. Aufl. 2001, Art. 34 Rdnr. 12; *Ipsen*, Mandatsträger als Amtsträger?, NdsVBl. 2006, 321 (321); *Masing*, in: Umbach/Clemens (Hrsg.), Grundgesetz, Band I, 2002, Art. 34 Rdnr. 72; *Papier* (Fußn. 36), Art. 34 Rdnr. 108; *Sodan/Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht, 2. Aufl. 2007, § 86 Rdnr. 7; *Wieland* (Fußn. 39), Art. 34 Rdnr. 26. A. A. *Luhmann*, Öffentlich-rechtliche Entschädigung rechtspolitisch betrachtet, 1965, S. 127; *Scheuing*, Haftung für Gesetze, in: Püttner (Hrsg.), Festschrift für Bachof zum 70. Geburtstag, 1984, S. 343 (356); *Stern*, Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band I, 2. Aufl. 1984, § 11 V 5.

41 *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl. 2006, § 26 Rdnr. 51.

42 *Schenke*, Rechtsschutz gegen normatives Unrecht, JZ 2006, 1004 (1005).

43 OVG NW, Beschluss vom 16. 12. 2003, NVwZ-RR 2004, 283 (285); zu den Einzelheiten *Hartmann*, Volksgesetzgebung und Grundrechte, 2005, S. 90 ff.

sungen, auf die es nach der Rechtsprechung ankommt<sup>44</sup>, kennen textgleiche oder ähnliche Formulierungen<sup>45</sup>. Häufig heißt es explizit, dass die gesetzgebende Gewalt vom Volk bzw. durch Volksabstimmungen und Volksentscheide ausgeübt wird<sup>46</sup>. Die Kommunalverfassungen bestimmen einmütig, dass der Bürgerentscheid die Wirkungen eines Ratsbeschlusses hat<sup>47</sup>, und dieser ist unbestritten ein Akt der Staatsgewalt. Gesetzgebung ist eine originäre Staatsaufgabe<sup>48</sup>. Weil Gesetze auch binden, wenn das Volk sie beschloss, begegnet der Gesetzesadressat dem Volksgesetzgeber untergeordnet.

Die Rechtsprechung fügt sich in dieses einheitliche Bild. Das Bundesverfassungsgericht hat längst anerkannt, dass nicht nur konsultative Abstimmungen Staatshandeln darstellen<sup>49</sup>, sondern dass das Volk auch dann Staatsgewalt ausübt, wenn es Gesetze gibt<sup>50</sup>. Sowohl die Verfassungsgerichtshöfe und Oberverwaltungsgerichte der Länder als auch die Literatur vertreten, dass das Volk auch in Abstimmungen<sup>51</sup>, insb. beim Bürger-<sup>52</sup> und beim Volksentscheid<sup>53</sup>, Staatsgewalt ausübt. Nur wer den Volksgesetzgeber als Hoheitsträger ansieht, vermag bruchlos zu erklären, warum

44 BVerfG, Beschluss vom 9. 7. 1997, BVerfGE 96, 231 (240 f.); auf dieser Linie auch *Degenhart*, Direkte Demokratie in den Ländern – Impulse für das GG?, *Der Staat* 31 (1992), 77 (77 f.); a. A. *Hartmann* (Fußn. 43), S. 81 f.

45 Art. 25 Abs. 1 Verf. Baden-Württemberg; Art. 3 Abs. 1 Verf. Mecklenburg-Vorpommern; Art. 2 Abs. 1 Verf. Niedersachsen; Art. 61 Abs. 1 Verf. Saarland; Art. 3 Abs. 1 Verf. Sachsen bzw. Art. 3 Abs. 2 Verf. Hamburg; Art. 2 Abs. 2 Verf. Sachsen-Anhalt; Art. 2 Abs. 1 und 2 Verf. Schleswig-Holstein; vgl. Art. 4 Verf. Bayern.

46 Art. 5 Verf. Bayern; Art. 3 Abs. 1 Verf. Berlin; Art. 67 Verf. Bremen; Art. 3 Abs. 1 Verf. Nordrhein-Westfalen; Art. 107 Nr. 1 Verf. Rheinland-Pfalz; Art. 45 Verf. Thüringen. Vgl. Art. 59 Abs. 3 Verf. Baden-Württemberg; Art. 2 Abs. 4 Satz 1 Verf. Brandenburg; Art. 116 Abs. 1 Verf. Hessen; Art. 42 Abs. 1 Verf. Niedersachsen.

47 § 21 Abs. 7 Satz 1 GemO Baden-Württemberg; Art. 18a Abs. 13 Satz 1 GO Bayern; Art. 12a Abs. 12 Satz 1 LKrO Bayern; § 20 Abs. 5 Satz 1 GO Brandenburg = § 20 LKrO; § 8b Abs. 7 Satz 1 HGO Hessen; § 22b Abs. 11 Satz 1 NGO Niedersachsen = § 17b NLO; § 26 Abs. 8 Satz 1 GO Nordrhein-Westfalen = § 23 KrO; § 17a Abs. 8 Satz 1 GemO Rheinland-Pfalz = § 17e LKO; § 21a Abs. 7 Satz 1 KSVG Saarland; § 24 Abs. 4 Satz 1 GemO Sachsen = § 22 LKrO; § 26 Abs. 4 Satz 1 GO Sachsen-Anhalt = § 19 LKO; § 16g Abs. 8 Satz 1 GO Schleswig-Holstein = § 16f KrO; § 17 Abs. 9 Satz 2 ThürKO; in der Sache ebenso § 20 Abs. 1 Satz 1, § 102 Abs. 2 Satz 1 KV Mecklenburg-Vorpommern.

48 *Korioth*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Loseblatt (Stand: 46. Lieferung, März 2006), Art. 30 Rdnr. 12.

49 BVerfG, Beschluss vom 30. 7. 1958, BVerfGE 8, 104 (114 f.).

50 BVerfG, Beschluss vom 9. 7. 1997, BVerfGE 96, 231 (240, 244).

51 *Bugiel*, Volkswille und repräsentative Entscheidung, 1991, S. 440; *Schmitt Glaeser*, Grenzen des Plebiszits auf kommunaler Ebene, *DÖV* 1998, 824 (827); *Sobota*, Staatsaufgaben, in: Engel/Morlok (Hrsg.), Öffentliches Recht als ein Gegenstand ökonomischer Forschung, 1998, S. 287 (304).

52 BayVGh, Beschluss vom 19. 8. 1997, NVwZ-RR 1998, 256 (257); OVG NW, Beschluss vom 16. 12. 2003, NVwZ-RR 2004, 283 (285); *Ehlers*, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl. 2002, § 1 Rdnr. 25; *Schmitt Glaeser* (Fußn. 51), S. 827.

53 BayVerfGH, Entscheidung vom 2. 12. 1949, BayVerfGHE 2, 181 (218); Entscheidung vom 13. 4. 2000, BayVerfGHE 53, 81 (105); VerfGH Berlin, Urteil vom 2. 6. 1999, DVBl. 1999, 979 (980); SächsVerfGH, Urteil vom 11. 7. 2002, NVwZ 2003, 472 (472); ThürVerfGH, Urteil vom 19. 9. 2001, LKV 2002, 83 (89).

das Volksgesetz gem. Art. 1 Abs. 3 GG die Grundrechte wahren muss<sup>54</sup>. Schließlich spricht für das hier vertretene Ergebnis, dass Staatsgewalt überall dort ausgeübt wird, wo bindende Entscheidungen getroffen werden<sup>55</sup>. Der Volksgesetzgeber übt also öffentliche Gewalt aus. Genauso, wie »[j]edes Mitglied des Stadtrats [. . .] bei der Beschlussfassung als ‚Beamter‘ im haftungsrechtlichen Sinne« agiert<sup>56</sup>, handelt auch jeder Abstimmende als Haftungsbeamter im Sinn von § 839 BGB i. V. mit Art. 34 Satz 1 GG.

### III. Volksunrecht als Verletzung einer drittgerichteten Amtspflicht

Weil jeden Träger öffentlicher Gewalt nach Art. 20 Abs. 3 GG die Amtspflicht trifft, sich rechtmäßig zu verhalten, begründet jede Rechtsverletzung zugleich eine Amtspflichtverletzung<sup>57</sup>. Weil Art. 20 Abs. 3 GG die Staatsgewalt umfassend auf Recht und Gesetz verpflichtet, gilt diese Aussage nicht nur für Amtsträger wie Abgeordnete und Ratsmitglieder, die auch sonst ein ausdifferenziertes Amtsrecht umfängt, sondern ebenso für abstimmende Bürger, deren Tätigkeit weniger dichte, aber genauso bindende Vorschriften regeln. Es kommt damit darauf an, ob die verletzte Amtspflicht »einem Dritten gegenüber« (§ 839 Abs. 1 Satz 1 BGB i. V. mit Art. 34 Satz 1 GG) besteht<sup>58</sup>.

#### 1. Dogmen- und Entstehungsgeschichte

Die Drittgerichtetheit der Amtspflicht ist eine Voraussetzung, die dem Bürgerlichen Gesetzbuch entstammt<sup>59</sup>. Das Preußische Allgemeine Landrecht kam noch ohne sie aus<sup>60</sup>. Sie sollte sicherstellen, dass bei der Beamtenhaftung – wie auch sonst im Deliktsrecht – nicht bloß mittelbar, sondern ausschließlich unmittelbar Geschädigte Ersatz erhalten<sup>61</sup>. Die Dritt-Richtung steht im Gegensatz zu einer Amtspflicht, die dem Beamten einem anderen, d. h. dem Staat, gegenüber obliegt<sup>62</sup>. Für die Abgrenzung fragte schon das Reichsgericht danach, ob den Amtswalter die verletzte Amts-

54 Grawert, Volksbegehren vor dem Verfassungsgerichtshof, NWVBl. 1987, 2 (4); zu den Einzelheiten Hartmann (Fußn. 43), S. 98 ff., 102 ff., 110.

55 BVerfG, Beschluss vom 15. 2. 1978, BVerfGE 47, 253 (273); Beschluss vom 24. 5. 1995, BVerfGE 93, 37 (68); BVerwG, Beschluss vom 17. 12. 1997, BVerwGE 106, 64 (75 f.).

56 BGH, Urteil vom 14. 6. 1984, NVwZ 1986, 504 (505); ebenso Urteil vom 11. 1. 1971, BGHZ 55, 180 (183).

57 BGH, Urteil vom 22. 5. 1984, BGHZ 91, 243 (252); vgl. bereits § 13 RBG vom 13. 3. 1873, RGBl. S. 61 (63).

58 Das Grundgesetz differenziert hier nicht zwischen Pflichten und Obliegenheiten. Diese Abhandlung folgt diesem Sprachgebrauch, soweit sie auf die Tatbestandsmerkmale des Art. 34 Satz 1 GG Bezug nimmt.

59 Meltz, Die Beamtenhaftpflicht nach § 839 BGB, 1904, S. 14.

60 Siehe dessen Zweyter Theil, Zehnter Titel, »Von den Rechten und Pflichten der Diener des Staates«, namentlich §§ 88–91, 127–145, und dazu RG, Urteil vom 10. 1. 1912, RGZ 78, 241 (249 f.).

61 RG, Urteil vom 10. 1. 1912, RGZ 78, 241 (247).

62 Mugdan (Fußn. 10), Motive S. 823; ebenso Frost (Fußn. 12), S. 29; Meltz (Fußn. 59), S. 14.

pfllicht im Interesse des Einzelnen trifft oder die Vorgabe den inneren Dienst ordnet und damit letztlich dem Schutz der Allgemeinheit zu dienen bestimmt ist<sup>63</sup>.

In der Debatte der Nationalversammlung war der Gedanke, die Haftungsnorm in die Verfassung aufzunehmen, relativ spät gefasst worden. Der ursprüngliche Entwurf von Professor *Preuß* und der dazu ergangene Bericht enthielten sie noch nicht<sup>64</sup>. Erst aufgrund eines späten Änderungsantrags, drei Wochen vor der Schlussabstimmung gestellt, gelangte Art. 131 WRV in das Gesetz<sup>65</sup>. Die Nationalversammlung debattierte die Haftungsnorm nur ein Mal, während der zweiten Lesung der Verfassung<sup>66</sup>. Dabei haben die Abgeordneten insb. die Frage behandelt, ob der Staat anstelle des oder neben dem Beamten haften soll<sup>67</sup>. Der Systemwechsel von einer Beamten- zur Staatshaftung galt dabei gegenüber dem einfachen Recht, das verfassungsrechtliche »Verankerung« erfahren sollte, als einzige inhaltliche Änderung<sup>68</sup>. Die Nationalversammlung hat weder diskutiert, was es mit der Drittrichtung der Amtspflicht auf sich habe, noch thematisiert, ob eine Haftung für legislatives Unrecht von vornherein ausgeschlossen sei. Die Einseitigkeit der Debatte mag der Grund sein, warum das Reichsgericht der Genese des Art. 131 WRV die Bedeutung absprach<sup>69</sup>. Das Weimarer Schrifttum nahm eine drittgerichtete Amtspflicht an, wenn dem Betroffenen gegen die Amtspflichtverletzung ein Rechtsmittel oder ein Beschwerderecht zustand<sup>70</sup> (eine Voraussetzung, die bei normativem Unrecht heute erfüllt ist, siehe §§ 43, 47 VwGO, § 90 Abs. 1 BVerfGG)<sup>71</sup>. Die Drittrichtung diente dagegen damals nicht als Argument, um die Haftpflicht des Gesetzgebers zu verneinen<sup>72</sup>. Auch das Reichsgericht ließ den Haftungsanspruch am 8. 11. 1927 nicht an der Drittrichtung, sondern an der Beamtenqualität des Gesetzgebers scheitern.

Als sich der Parlamentarische Rat konstituierte, fand er disparate Regelungen vor. Das einfache Reichsrecht verlangte keine Drittrichtung<sup>73</sup>, ebenso wenig der Herren-

63 RG, Urteil vom 10. 1. 1912, RGZ 78, 241 (243); Urteil vom 26. 1. 1932, RGZ 135, 110 (113); Urteil vom 19. 12. 1932, RGZ 139, 149 (153); Urteil vom 24. 3. 1937, RGZ 154, 266 (268).

64 Entwurf vom 21. 2. 1919, Aktenstück Nr. 59, in: Verhandlungen der verfassungsgebenden Deutschen Nationalversammlung, Band 335 (Anlagen), 1920, S. 48 ff., bzw. Bericht des Verfassungsausschusses vom 18. 6. 1919, aaO, Band 336 (Anlagen), 1920, S. 11 f. (Art. 127 f.).

65 Abänderungsantrag Nr. 541 der Abg. *Burlage* und *Gröber* (Zentrum) vom 10. 7. 1919, in: Verhandlungen (Fußn. 64), Band 337 (Anlagen zu den Stenographischen Berichten), 1920, S. 276 (unter Nr. 8).

66 Als Art. 128a WRV-E, siehe 59. Sitzung vom 17. 7. 1919, in: Verhandlungen (Fußn. 64), Band 328, S. 1619 ff.

67 Siehe die Nachweise aus Fußn. 65 sowie die Abg. *Dr. Cohn* (Unabhängige Sozialdemokraten) und *Burlage* (Zentrum), in: Verhandlungen (Fußn. 64), Band 328, S. 1640 D bzw. 1641 A.

68 Abg. *Burlage* (Fußn. 67), S. 1637 f., »Verankerung« auf S. 1638 B; *ders.*, aaO, S. 1641 B; Abg. *Waldstein* (Deutsche Demokraten), aaO, S. 1639 D, 1640 A.

69 RG, Urteil vom 29. 4. 1921, RGZ 102, 166 (168).

70 *Blumstengel*, Haftung wegen Verletzung der einem Beamten einem Dritten gegenüber obliegenden Amtspflicht nach § 839 BGB, 1915, S. 36; *Holtz*, Die Haftung des Staates für seine Beamten, 1914, S. 21; *von Schelhorn*, Die zivilrechtliche Haftung, 1906, S. 49; weitergehend RG, Urteil vom 10. 1. 1912, RGZ 78, 241 (245); enger RG, Urteil vom 24. 3. 1937, RGZ 154, 266 (268) zu § 172 StPO.

71 Insb. zur Feststellungsklage siehe BVerfG, Beschluss vom 17. 1. 2006, BVerfGE 115, 81 (92 ff.).

72 Vgl. *Holtz* (Fußn. 70); *von Schelhorn* (Fußn. 70); *Siegel*, Die Schadenersatzpflicht des Beamten aus rechtswidrigen Amtshandlungen, 1904; *Wumkes*, Die heutige Haftung der unmittelbaren und mittelbaren Beamten Preussens und des Deutschen Reiches nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, 1917. Dementsprechend behandelte *Brand* (Fußn. 15), S. 274, das Problem im Rahmen von Art. 131 WRV nicht als Frage der Drittrichtung, sondern bei der Ausübung öffentlicher Gewalt.

73 § 23 DBG 1937 (Fußn. 23).

chiemsee-Entwurf<sup>74</sup>. Die vor-grundgesetzlichen Landesverfassungen fielen unterschiedlich aus. Die Drittrichtetheit war Haftungsvoraussetzung in Baden, Bayern, Hessen, Württemberg-Baden, Württemberg-Hohenzollern und dem Saarland, nicht aber in Rheinland-Pfalz<sup>75</sup>. Der Parlamentarische Rat debattierte zunächst diverse Vorschläge, die ohne die Voraussetzung auskamen<sup>76</sup>. Schließlich gelangte die Drittrichtetheit doch noch in den Normtext<sup>77</sup>, allerdings ohne dass die ansonsten umfangreiche Debatte grundgesetzlicher Staatshaftung die Änderung thematisierte. Dass die Abgeordneten das Merkmal wohl ohne Klarheit über dessen Rechtsfolgen, vielleicht sogar ohne besondere Regelungsabsicht in die Verfassung aufnahmen, zeigt besonders anschaulich die 6. Sitzung des Zuständigkeitsausschusses vom 30. 9. 1948. Den Ausgangspunkt der Beratung bildete Art. 120 HChE, der keine Drittrichtung vorsah<sup>78</sup>. Auf dieser Grundlage diskutierte der Ausschuss die Frage, ob »Bediensteter des Bundes« (und ähnliche Formulierungen) ein »schöner«, »rechtsästhetischer« Ausdruck sei, den »die Beamten wollen« würden, oder ein »schlechte[r]«, allenfalls »erträglich[er]« Begriff<sup>79</sup>. Am Ende der Diskussion, in der weder die Amtspflicht noch deren Drittrichtung vorkamen, stand plötzlich eine Neufassung, welche die Drittrichtung der Amtspflicht doch enthielt<sup>80</sup>. Dass das nicht als Begrenzung der Haftung gemeint war, zeigen Formulierungen des Abg. *Dr. Laforet*, der ohne Problembewusstsein am selben Tag Vorschläge mit und ohne Drittrichtung machte<sup>81</sup>.

Wer versuchen will, die Gründe für die Wechselhaftigkeit der Formulierungen zu ergründen, ist auf private Quellen angewiesen. Die umfangreiche, von *Hans-Peter Schneider* besorgte Dokumentation zur Entstehung des Art. 34 GG liefert den Hinweis auf ein Schreiben *Otto Bleibtreus*<sup>82</sup>, das Teil einer unveröffentlichten Korrespondenz ist. *Dr. iur. Walter Menzel* (SPD), Innenminister Nordrhein-Westfalens und selbst Mitglied in einem anderen Ausschuss des Parlamentarischen Rats<sup>83</sup>, er-

74 HCh, Bericht des Unterausschusses III: Organisationsfragen vom 18. 8. 1948, zit. nach Schneider (Fußn. 29), Art. 34 Dok. 11, S. 527 (528); HCh, Verfassungsausschuss der Ministerpräsidentenkonferenz der westlichen Besatzungszonen, Bericht über den Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee, undat., zit. nach Schneider (Fußn. 29), Art. 34 Dok. 15, S. 531 (531).

75 Siehe Schneider (Fußn. 29), Art. 34 Dok. 2–8, S. 524 ff.

76 Siehe Schneider (Fußn. 29), Art. 34 Dok. 18, S. 537 (538); Parlamentarischer Rat, Material für den Zuständigkeitsausschuss vom 15. 10. 1948, zit. nach Schneider, aaO, Art. 34 Dok. 32, S. 576; Parlamentarischer Rat, In den Beratungen der Fachausschüsse bisher formulierte Artikel vom 18. 10. 1948, zit. nach Schneider, aaO, Art. 34 Dok. 33, S. 576.

77 Siehe Parlamentarischer Rat, Allgemeiner Redaktionsausschuss, Fassung 1. Lesung der Artikel 1 bis 20 vom 16. 11. 1948, zit. nach Schneider (Fußn. 29), Art. 34 Dok. 35, S. 577.

78 Siehe Vors. *Wagner* (SPD), zit. nach Schneider (Fußn. 29), Art. 34 Dok. 18, S. 537 (538).

79 Siehe Vors. *Wagner* (SPD), Abg. *Reuter* (SPD), Abg. *Dr. von Brentano* (CDU) und Abg. *Dr. Laforet* (CSU), alle zit. nach Schneider (Fußn. 29), Art. 34 Dok. 18, S. 537 (539 f.).

80 Siehe Parlamentarischer Rat, Zuständigkeitsausschuss, Kurzprot. der 5. und 6. Sitzung vom 29. und 30. 9. 1948, zit. nach Schneider (Fußn. 29), Art. 34 Dok. 19, S. 550 (551).

81 Mit Drittrichtung Abg. *Dr. Laforet* (CSU), zit. nach Schneider (Fußn. 29), Art. 34 Dok. 18, S. 537 (542, 544). Ohne Drittrichtung *ders.*, aaO, S. 547, 574; außerdem Abg. *Dr. Hoch* (SPD), aaO, S. 546, 551, 567 und 574, sowie Vors. *Wagner* (SPD), aaO, S. 549. Erneut findet sich die Diskrepanz in den Formulierungen *Dr. Laforets* (CSU), aaO, Art. 34 Dok. 22, S. 554 ff., einerseits S. 555, andererseits S. 557.

82 Siehe *Bachmann* (Fußn. 29), S. 516.

83 *Feldkamp*, Der Parlamentarische Rat 1948–1949, 1998, S. 80, 85.

schien nicht unbedenklich, dass in Art. 15a GG-E<sup>84</sup> die Wendung »die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht« im Vergleich zu Art. 131 WRV fehlte. Daher fragte er »zwei führende Genossen in der Justiz«, nämlich den Präsidenten des Deutschen Obergerichts für das Vereinigte Wirtschaftsgebiet, *Dr. Herbert Ruscheweyh*, und den Stellvertreter des Justizministers Nordrhein-Westfalens, besagten Ministerialdirektor *Bleibtreu*, um Rat. Deren Stellungnahmen übermittelte Menzel an die fünf SPD-Abgeordneten im Ausschuss für Grundsatzfragen, versehen mit dem Zusatz, dass ihm die Beachtung als notwendig erscheine<sup>85</sup>. Die Stellungnahmen optierten beide für die Beibehaltung der Drittrichtung. *Bleibtreu* fand die »Ausweitung des Rechtsschutzes«, die mit dem Wegfall einhergehe, bedenklich und »über vernünftige rechtsstaatliche Erfordernisse zu weit« hinausgehend<sup>86</sup>. Die Frage nach normativem Unrecht erörterte ausdrücklich nur *Ruscheweyh*. Er fragte (ablehnend), ob der Entwurf darauf ziele, neuerdings auch Amtspflichtverletzungen zu erfassen, die Gremien begingen: »Will man also z. B. die Konsequenz auf sich nehmen, dass der Staat für ein Kabinett, das eine später von den Gerichten als unwirksam bezeichnete Verordnung erlässt, haftet [ . . . ]?«<sup>87</sup> *Ruscheweyh* war sich nicht sicher, ob die Drittrichtung nur gedankenlos weggefallen sei oder ob gerade bezweckt werde, »auch solche Amtspflichtverletzungen in die Bestimmung« hineinzunehmen, »bei denen man wie bei Gesetzen und Verordnungen zweifeln kann, ob sie in Ausübung einer Amtspflicht erlassen sind, die sich unmittelbar [ . . . ] gegen einen Dritten richtet«<sup>88</sup>.

Nachdem *Dr. Menzel* die Stellungnahmen übermittelt hatte, beantragte der Ausschuss für Zuständigkeitsabgrenzung unter dem 15. 12. 1948 einen Art. 27c GG, welcher die Drittrichtung zur Voraussetzung erhob<sup>89</sup>. Wie weit darin eine Reaktion auf die Einwände *Bleibtreus* und *Ruscheweyhs* gesehen werden kann, erscheint fraglich. In dem ersten Dokument, das nach der Weiterleitung der Stellungnahmen unter dem 1. 11. 1948 in der Dokumentation *Schneiders* abgedruckt ist, griff der Vorsitzende jedenfalls nur den Hinweis *Ruscheweyhs* auf, dass in Art. 15a Satz 3 das Wort »und« durch das Wort »oder« ersetzt werden müsse<sup>90</sup>. Über diese Änderung hinaus, die ohne Bezugnahme auf *Ruscheweyh* oder *Menzel* erfolgte, sind keine Äußerungen zu Themen dokumentiert, zu denen sich *Ruscheweyh* und *Bleibtreu* verhalten hatten. Vor allem unterlaufen den Abgeordneten auch später noch unbedingte Formulierungen mit und ohne Drittrichtung (vgl. etwa Art. 20a<sup>91</sup> mit Art. 15a<sup>92</sup>). Die genannten Normen galten, obwohl sie sich in der Frage der Drittrichtung unterschieden, als einander entsprechend<sup>93</sup>. Angesichts dessen spricht viel dafür anzunehmen, dass die Abgeordneten über die Haftung für normatives Un-

84 Abgedruckt bei *Schneider* (Fußn. 29), Art. 34 Dok. 33, S. 576.

85 Schreiben *Dr. Menzel*, Düsseldorf, vom 1. 11. 1948, enthalten im Archiv der sozialen Demokratie, Nachlass Fritz Hoch, Signatur 33. Zur Besetzung des Ausschusses siehe *Feldkamp* (Fußn. 83), S. 51.

86 Schreiben vom 27. 10. 1948, an den Herrn Innenminister *Dr. Menzel* (Fußn. 85) in Düsseldorf.

87 Schreiben vom 28. 10. 1948, an *dens.* (Fußn. 85), S. 2.

88 AaO (Fußn. 87).

89 Antrag Parlamentarischer Rat 12.48–382, abgedruckt bei *Schneider* (Fußn. 29), Art. 34 Dok. 53, S. 597 f.

90 *Ruscheweyh* (Fußn. 87), S. 3.

91 Parlamentarischer Rat, zit. nach *Schneider* (Fußn. 29), Art. 34 Dok. 35, S. 577; Kurzprot. der 17. Sitzung vom 23. 11. 1948, zit. nach *Schneider* (Fußn. 29), Art. 34 Dok. 38, S. 579; Parlamentarischer Rat, zit. nach *Schneider* (Fußn. 29), Art. 34 Dok. 53, S. 597.

92 Vors. *Dr. Strauss* (CDU), zit. nach *Schneider* (Fußn. 29), Art. 34 Dok. 36, S. 578.

93 Parlamentarischer Rat, Zuständigkeitsausschuss, StenProt. der 17. Sitzung vom 23. 11. 1948, zit. nach *Schneider* (Fußn. 29), Art. 34 Dok. 37, S. 579, und Kurzprot., zit. nach *Schneider* (Fußn. 29), Art. 34 Dok. 38, S. 579.

recht keinen Willen gebildet haben, mit der Folge, dass die genetische Auslegung der Drittrichtung insoweit als unergiebig gelten muss.

## 2. *Geltendes Recht*

Drittgerichtet ist eine Amtspflicht, wenn sie – nicht notwendig allein, aber zumindest doch auch – den Schutz des Betroffenen vor der infrage stehenden Rechtsverletzung bezweckt<sup>94</sup>. Nach der Rechtsprechung und den ihr folgenden Literaturstimmen scheidet die Amtshaftung für Repräsentativunrecht an dieser Definition, genauer: am personalen Element der Drittrichtung<sup>95</sup>. Das zentrale Argument hat der Bundesgerichtshof bereits vor über 30 Jahren vorgetragen, an einen Gedanken anknüpfend, den das Reichsgericht zu einem anderen Tatbestandsmerkmal, dem – in Art. 34 GG entfallenen – Beamtenbegriff, gefasst hatte (siehe oben bei Fußn. 26): Die »für die Gesetzgebung verantwortlichen Amtsträger« nähmen, so der BGH, bei der Gesetzgebung Aufgaben ausschließlich gegenüber der Allgemeinheit, nicht aber gegenüber bestimmten Einzelpersonen oder Personengruppen wahr<sup>96</sup> (Allgemeinheitsargument). Das folge aus dem Umstand, dass Gesetze »durchweg generelle und abstrakte Regeln« enthielten<sup>97</sup>. Weil Gesetze nicht nur bestimmte Adressaten betreffen, könne dem Gesetzgeber die Amtspflicht, sich rechtmäßig zu verhalten, auch nicht zum Schutz bestimmter Dritter obliegen<sup>98</sup>. Wer der Rechtsprechung zum Repräsentativunrecht folgt, dürfte aus dem Allgemeinheitsargument zwanglos schließen, dass dieses Ergebnis auch für Volksunrecht gilt. Auch Volksgesetze sind typischerweise abstrakt-generell gefasst. Die Amtshaftung für normatives Volksunrecht muss dann folgerichtig ebenfalls daran scheitern, dass die verletzte Amtspflicht keine Dritten schützt<sup>99</sup>.

94 BGH, Urteil vom 29. 3. 1971, BGHZ 56, 40 (45); Urteil vom 24. 6. 1982, BGHZ 84, 292 (299); Urteil vom 16. 1. 1997, BGHZ 134, 268 (276).

95 BGH, Urteil vom 30. 5. 1983, BGHZ 87, 321 (335); Urteil vom 10. 12. 1987, BGHZ 102, 350 (367 f.); zuletzt BGH, Beschluss vom 12. 10. 2006, NVwZ 2007, 362 (Rdnr. 23); *Antoni*, in: Seifert/Hömig, Grundgesetz, 7. Aufl. 2003, Art. 34 Rdnr. 3; *Bryde* (Fußn. 40), Art. 34 Rdnr. 27; *Klein*, in: Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, 13. Aufl. 2005, Anh. § 839 Rdnr. 318; *Ossenbühl* (Fußn. 35), S. 105 f.; *Sannwald*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, 10. Aufl. 2004, Art. 34 Rdnr. 46; *Wienhues*, in: Baldus/Grzeszick/Wienhues, Staatshaftungsrecht, 2005, Rdnr. 104.

96 BGH, Urteil vom 29. 3. 1971, BGHZ 56, 40 (46); ebenso *Dagtoglou*, Ersatzpflicht des Staates bei legislativem Unrecht?, 1963, S. 39; dagegen hat *Schack* seine ursprünglich andere Auffassung aufgegeben, siehe *ders.*, Entschädigungsansprüche wegen erlittener Requisitionsschäden, NJW 1963, 1336 (1338).

97 BGH, Beschluss vom 28. 1. 1993, NVwZ 1993, 601 (601) mit dem Prädikat »st.Rspr.«; ebenso etwa die Urteile vom 24. 6. 1982, BGHZ 84, 292 (300), und vom 24. 10. 1996, BGHZ 134, 30 (32). Als Ausnahmen werden Einzelfall- und Maßnahmegesetze sowie Satzungen wie der Bebauungsplan und die Veränderungssperre genannt, siehe BGH, Urteil vom 10. 2. 1972, BGHZ 58, 124 (128 f.); Urteil vom 14. 12. 1978, BGHZ 73, 161 (182); Urteil vom 28. 6. 1984, BGHZ 92, 34 (36).

98 BGH, Urteil vom 29. 3. 1971, BGHZ 56, 40 (46); Urteil vom 30. 5. 1983, BGHZ 87, 321 (335); Urteil vom 10. 12. 1987, BGHZ 102, 350 (367); Urteil vom 6. 7. 1989, BGHZ 108, 224 (227 f.).

99 Gerade für Bebauungspläne (siehe die Einleitungsfälle bei Fußn. 1 f.) macht der BGH allerdings eine Ausnahme, siehe Fußn. 97. Trotzdem fragt OLG Nürnberg, Urteil vom 21. 3. 2001, VwRR BY 2001, 410 (410 f.), nicht danach, sondern nur, ob die Zulässigkeitsprüfung eines Bürgerbegehrens durch den Gemeinderat drittgerichtet ist.

Die Rechtsprechung zum Repräsentativunrecht stößt in der Literatur auf Kritik<sup>100</sup>. Sie sei schon im Ansatz verfehlt: Drittschützend müsse nicht die zu erlassende Rechtsnorm, sondern das dabei zu beachtende ranghöhere Recht sein<sup>101</sup>. Diese abweichende Ansicht, als herrschende Lehre bezeichnet<sup>102</sup>, überzeugt. Entscheidend ist, das gibt Art. 34 Satz 1 GG vor, die verletzte Amtspflicht. Das beim Normerlass zu beachtende ranghöhere Recht kommt also erst als deren Gegenstand ins Spiel. Die Amtspflicht, keine verfassungswidrigen, insb. grundrechtswidrigen Gesetze zu erlassen, folgt aus Art. 20 Abs. 3 bzw. Art. 1 Abs. 3 GG<sup>103</sup>. Diese Vorschriften gewähren für sich genommen kein subjektives öffentliches Recht auf rechtmäßiges Handeln der Staatsgewalt; das deutsche Recht kennt keinen allgemeinen Normvollziehungsanspruch. Art. 20 Abs. 3 bzw. Art. 1 Abs. 3 GG sind daher nicht drittgerichtet im Sinn des Art. 34 Satz 1 GG. Etwas anderes ergibt sich erst, wenn man zusätzlich berücksichtigt, dass diese Vorschriften die Staatsgewalt auf die »gewiß individualschützenden«<sup>104</sup> Grundrechte verpflichten. Dass die Bindung an die Grundrechte berücksichtigt werden muss, folgt aus einer hypothetischen Überlegung: Enthielte das Grundgesetz weder Art. 1 Abs. 3 noch Art. 20 Abs. 3 GG, bestünde trotzdem kein Zweifel, dass der Verfassung Vorrang vor dem einfachen Recht gebührte und die Grundrechte auch den Gesetzgeber bänden. Grammatisch ergäbe sich das daraus, dass die Grundrechtsbestimmungen hinsichtlich der Adressaten nicht differenzieren (»alle staatliche Gewalt«, Art. 1 Abs. 1 GG), ja zumeist einen Adressaten nicht einmal benennen (vgl. nur Art. 2 Abs. 1 GG). Genetisch entspricht die unmittelbare Grundrechtsbindung den Intentionen des Parlamentarischen Rates, der – historisch in Abgrenzung zur Weimarer Reichsverfassung – die Grundrechte nicht bloß als Programm-, sondern durchweg als Rechtssätze verstanden wis-

100 *von Arnim*, Die Haftung der Bundesrepublik Deutschland für das Investitionshilfegesetz, 1986, S. 44 ff., 46 ff.; *Ehlers*, Die Weiterentwicklung des Staatshaftungsrechts durch das europäische Gemeinschaftsrecht, JZ 1996, 776 (783); *Erbguth*, Primär- und Sekundärrechtsschutz im Öffentlichen Recht, VVDStRL 61 (2002), 221 (239); *Gromitsaris*, Die staatshaftungsrechtliche Dimension der Grundrechte, DÖV 2006, 288 (291); *Grzeszick* (Fußn. 15), S. 424 ff., 474 ff., 527; *Höfling*, Primär- und Sekundärrechtsschutz im Öffentlichen Recht, VVDStRL 61 (2002), 260 (276); *Leisner-Egensperger*, Die Erlaßhaftung: Amtshaftung für Verwaltungsvorschriften?, DÖV 2004, 65 (72); *Oldiges*, Die Staatshaftung bei legislativem Unrecht, Der Staat 15 (1976), 381 (389 f.); *Papier*, in: Rebmann/Säcker/Rixecker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5: Schuldrecht Besonderer Teil III, 4. Aufl. 2004, § 839 Rdnr. 261; *Schenke/Guttenberg*, Rechtsprobleme einer Haftung bei normativem Unrecht, DÖV 1991, 945 (949 ff.); *Schoch* (Fußn. 4), 281 f.; *Wieland* (Fußn. 39), Art. 34 Rdnr. 36. Von der Möglichkeit, dass Gesetzgebung drittgerichtete Amtspflichten verletzt, geht im Grundsatz auch BVerfG, Beschluss vom 22. 12. 2006, NVwZ-RR 2007, 266 (268) aus.

101 *Ehlers* (Fußn. 100), S. 783; *Hermes*, Der Grundsatz der Staatshaftung für Gemeinschaftsrechtsverletzungen, Verw. 31 (1998), 371 (394); *Schoch* (Fußn. 4), S. 281.

102 *Leisner-Egensperger* (Fußn. 100), S. 71; *Wróblewski* (Fußn. 25), S. 58, 74 f. m. w. N.; zurückhaltender *Maurer* (Fußn. 41), § 26 Rdnr. 51.

103 Den Ausgangspunkt teilt *von Danwitz*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Das Bonner Grundgesetz, Band 2, 4. Aufl. 2000, Art. 34 Rdnr. 112, er findet aber, dass als ranghöheres Recht »allein« die Verpflichtungsnormen der Art. 1 Abs. 3 und Art. 20 Abs. 3 GG »in Betracht« kämen, und diese entfalten für den Gesetzgeber fraglos lediglich objektiv-rechtliche Wirkungen. Dagegen entnimmt *von Arnim* (Fußn. 100), S. 39, die Amtspflicht den Grundrechten, die auch der Gesetzgeber gem. Art. 20 Abs. 3, Art. 1 Abs. 3 GG zu beachten habe.

104 *Schoch* (Fußn. 4), S. 281. A. A. offenbar BGH, Urteil vom 7. 7. 1988, NJW 1989, 101 (101).

sen wollte<sup>105</sup>. Systematisch ist das hier vertretene Verständnis der Drittbezogenheit auch sonst eine staatshaftungsrechtliche Selbstverständlichkeit<sup>106</sup>. Teleologisch schließlich taugen jene grundsätzlichen Erwägungen, die der U.S. Supreme Court schon im Jahre 1803 angestellt hatte, als das Gericht in Sachen *Marbury v. Madison* ganz grundsätzlich auf den Sinn und Zweck geschriebener Verfassungen abstellte<sup>107</sup>. Ohne Art. 1 Abs. 3, Art. 20 Abs. 3 GG müsste der Gesetzgeber die Grundrechte also auch beachten, und ohne Art. 1 Abs. 3, Art. 20 Abs. 3 GG verletzte ein grundrechtswidriges Gesetz die zweifelsohne drittschützenden Grundrechtsnormen gleichfalls. Dass nun Art. 1 Abs. 3 und Art. 20 Abs. 3 GG hinzutreten und die Bindung an die Grundrechte explizieren, ist sicher nicht als Ausschluss von Amtshaftungsansprüchen gemeint, die es ohne diese Bindungsnormen gäbe.

Das Merkmal des Dritten wirft für die Volksgesetzgebung ein eigentümliches Problem auf. Die Genese hatte gezeigt, dass Amtshaftung den Normalfall vor Augen hat, in dem ein Amtsträger (der Eine) im Dienst des Staates (des Anderen) Rechte eines Bürgers (des Dritten) verletzt. Am Beispiel der Repräsentativgesetzgebung: Die Abgeordneten (die Einen) im Dienst des Bundes oder des Landes (des Anderen) verletzen Rechte eines gesetzesunterworfenen Bürgers (des Dritten)<sup>108</sup>. Bei Volksgesetzen stellt sich nun die Frage, wer im strengen Rechtssinne »Dritter« sein soll, wenn das Volk entscheidet. Verletzen dann nicht Bürger Rechte der Bürger, so dass die Einen und die Dritten konfundieren?

Dagegen spricht folgende Überlegung: Rechnet man den Volksgesetzgeber, wie hier vertreten, in die staatliche Sphäre und belässt man den Gesetzesadressaten, wie bislang unbestritten, im gesellschaftlichen Bereich, dann ist die Amtshaftung für Volksgesetzgebung ein Anspruch des Bürgers gegen den Staat. Die Gesetzesadressaten schädigen und beanspruchen sich nicht selbst, weil Bürger zwar auf beiden Seiten, aber in jeweils verschiedenen Rollen agieren<sup>109</sup>. Gesetzesadressat und Volksgesetzgeber, strukturell personenverschieden, konstituieren jeweils eigenständige Entitäten. Die Personenverschiedenheit liegt schon im Zeitpunkt des Inkrafttretens eines Gesetzes auf der Hand, wenn das Volksgesetz auch Bürger anderer Länder (wie es das – parlamentarische – Polizei- und Ordnungsrecht tut) oder anderer Gemeinden (wie der Bebauungsplan, wenn der Bauherr extramural wohnt) adressiert. Gleiches gilt, wenn ein Volksgesetz nicht abstimmungsberechtigten Bürgern der eigenen Gebietskörperschaft Pflichten auferlegt (wie es etwa im Schulrecht der Fall ist). Vollständige Personenidentität ist selbst bei einem Gesetz, das nur die abstimmungsberechtigten Mitglieder der Gebietskörperschaft verpflichtet, nur theoretisch

105 RG, Urteil vom 4. 11. 1925, RGZ 111, 320 (324 vs. 328 f.); *Thoma*, Die juristische Bedeutung der grundrechtlichen Sätze der deutschen Reichsverfassung im allgemeinen, in: Nipperdey (Hrsg.), Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Band 1, 1930, Nachdruck 1975, S. 1 (5, 11 f., 22); *Ziekow*, Über Freizügigkeit und Aufenthalt, 1997, S. 271 ff.

106 *Schoch* (Fußn. 4), S. 282.

107 U.S. Supreme Court, Entscheidung vom 24. 2. 1803, 1 Cranch (5 U.S.), 137 (176 ff.).

108 Vgl. nur *Oldiges* (Fußn. 100), S. 390.

109 Zur Funktions- und Rollendifferenzierung allgemein siehe *Huster*, Republikanismus als Verfassungsprinzip, *Der Staat* 34 (1995), 606 (612 f.), *ders.*, Die ethische Neutralität des Staates, 2002, S. 96 f., und *Weiß*, Privatisierung und Staatsaufgaben, 2002, S. 18, 419.

gegeben. Mit jedem Tag, den das Volksgesetz in Kraft bleibt, kommen Gesetzesadressaten hinzu, die nicht mit abstimmen konnten, etwa weil sie erst nachträglich zuzogen. Vor diesem Hintergrund erscheint entscheidend, dass der Adressat eines Volksgesetzes nicht als Träger von Staatsgewalt betroffen ist, sondern in einer anderen Rolle: als Subordinationsobjekt. Es geht also genau um die Konstellation, die der Amtshaftungsanspruch seit dem 19. Jahrhundert vor Augen hat. Das bestätigt der Vergleich mit dem Parlamentsunrecht. Auch in diesem Zusammenhang wäre das Tatbestandsmerkmal des Dritten ein denkbare Argument: Der Bürger habe bei Parlamentsunrecht deshalb keinen Haftungsanspruch, so ließe sich sagen, weil er dieses Unrecht, durch die Parlamentsabgeordneten repräsentiert (z. B. gem. Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG), selbst geschaffen habe<sup>110</sup>, es also an einem Dritten fehle. Doch wird dieses Argument soweit ersichtlich nicht aufgegeben, eben weil die Rollen von Gesetzgeber und Gesetzesadressat zu unterscheiden sind<sup>111</sup>.

Rechtsprechung und herrschende Lehre könnten diese Auffassung akzeptieren. Beide gehen ohnehin davon aus, dass das Merkmal des Dritten in § 839 Abs. 1 BGB i. V. mit Art. 34 Satz 1 GG Weiterungen braucht. Nach herrschender Meinung greift die Amtshaftung sogar zwischen Trägern von Staatsgewalt<sup>112</sup>: Jene Körperschaft, in deren Dienst der schädigende Beamte steht, könne selbst »Dritter« im Sinn des Staatshaftungsanspruchs sein<sup>113</sup>. Das sei der Fall, wenn Schädiger und Geschädigter nicht gleichsinnig zusammenwirkten, so dass sie als Teil eines einheitlichen Ganzen erschienen, sondern sich, ähnlich wie beim Kommunalverfassungsverstreit, in Vertretung widerstreitender Interessen gegenüberstünden<sup>114</sup>. Überträgt man diese Differenzierung auf die hier behandelte Konstellation, verfolgen der Volksgesetzgeber und der Gesetzesadressat widerstreitende Interessen: Der Volksgesetzgeber ordnet an, weil er gestaltend verändern will, und der Gesetzesadressat hat sich zu fügen, ob er mag oder nicht. Fest steht nach alledem, dass die Befürworter einer Amtshaftung für Repräsentativunrecht auch für Volksunrecht Ersatz gewähren würden. Wer wie sie nach dem verletzten ranghöheren Recht differenziert, für den ist es gleichgültig, ob der Repräsentativgesetzgeber oder der Volksgesetzgeber handelt. Die streitenden Auffassungen eint daher haftungsrechtlich, dass sie Gesetzesunrecht gleich behandeln (würden): Ohne Unterschied, wer das normative Unrecht erlassen hat, verneint(e) die Rechtsprechung und bejaht(e) die Mindermeinung den Amtshaftungsanspruch.

#### IV. Verantwortlichkeit des Volksgesetzgebers

Mit dem Begriff der »Verantwortlichkeit«, den Art. 34 Satz 1 GG verwendet, verweist die Vorschrift ausweislich von Historie und Genese auf den Amtshaftungsanspruch des einfachen Rechts, ohne dass sie das Verschuldenserfordernis verfassungs-

110 Zur Repräsentationsidentität vgl. nur *Doehring*, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl. 2004, Rdnr. 356.

111 *Oldiges* (Fußn. 100), S. 390.

112 BGH, Urteil vom 9. 1. 1958, BGHZ 26, 232 (234); Urteil vom 7. 5. 1973, BGHZ 60, 371 (372); Urteil vom 12. 12. 1991, BGHZ 116, 312 (315); Urteil vom 12. 12. 2002, BGHZ 153, 198 (Leitsatz, 201 f.); Urteil vom 18. 1. 2007, WM 2007, 748 (Rdnr. 22); *von Danwitz* (Fußn. 103), Art. 34 Rdnr. 89; *von Komorowski*, Amtshaftungsansprüche von Gemeinden gegen andere Verwaltungsträger, VerwArch. 93 (2002), 62 (75 ff.); *Papier* (Fußn. 36), Art. 34 Rdnr. 208. A. A. *Stelkens*, Zum Erfordernis einer Staatshaftung gegenüber juristischen Personen des öffentlichen Rechts, DVBl. 2003, 22 (30); vgl. auch *Hartmann* (Fußn. 43), S. 133.

113 BGH, Urteil vom 9. 1. 1958, BGHZ 26, 232 (234).

114 BGH, Urteil vom 9. 1. 1958, BGHZ 26, 232 (236); Urteil vom 7. 5. 1973, BGHZ 60, 371 (372); Urteil vom 12. 12. 1991, BGHZ 116, 312 (315).

rechtlich festgeschrieben<sup>115</sup>. Gem. § 839 Abs. 1 Satz 1 BGB erfordert ein Schadensersatzanspruch, dass der Amtswalter vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt habe. Vorsatz ist das Wissen und Wollen des rechtswidrigen Erfolges<sup>116</sup>, hier der Amtspflichtverletzung<sup>117</sup>. Fahrlässig handelt nach der Legaldefinition des § 276 Abs. 1 Satz 2 BGB, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt. Dabei zeigen die Zurechnungsnormen für Verschulden, §§ 31 und 278 BGB, dass nur Individuen vorsätzlich und fahrlässig handeln können. Verschulden stellt also im Ausgangspunkt auf den einzelnen Abstimmenden ab<sup>118</sup>. Dass ein Abstimmender seine Stimme wissend und wollend amtspflichtwidrig abgibt, dürfte nur ausnahmsweise nachweisbar sein<sup>119</sup>. Für Fahrlässigkeit kommt es nach § 276 Abs. 1 Satz 2 BGB auf die im Verkehr erforderliche Sorgfalt an. Das Merkmal der Erforderlichkeit beschreibt einen objektiven Maßstab; welche Sorgfalt dem Handelnden (subjektiv) möglich ist, spielt keine Rolle<sup>120</sup>. Das ist im allgemeinen Schuldrecht<sup>121</sup> genauso wie im privaten Deliktsrecht<sup>122</sup> anerkannt und entspricht einer Entwicklung der zivilen Haftungsdogmatik, die entscheidend nicht mehr auf Fehlverhalten, sondern auf Risikozuweisungen abstellt<sup>123</sup>. Das Haftungsrecht nicht als Sanktionsmodell<sup>124</sup> zu verstehen, liegt gerade für den Amtshaftungsanspruch nahe, weil die Schadensersatzpflicht den rechtswidrig handelnden Beamten weder juristisch (wegen Art. 34 Satz 1 GG) noch wirtschaftlich (vgl. Art. 34 Satz 2 GG) regelmäßig selbst trifft und weil das öffentliche Dienstrecht, namentlich das Disziplinarrecht, eigene Sanktionsmittel kennt (allerdings nicht gegen den Gesetzgeber, den Zahlungsansprüche allerdings politisch treffen und in seinen Gestaltungsmöglichkeiten begrenzen). Der objektive Maßstab passt schließlich zur Entstehungsgeschichte der Staatshaftung: Wenn es Amtshaf-

115 *Jarass*, in: ders./Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 9. Aufl. 2007, Art. 34 Rdnr. 14; *Schoch* (Fußn. 4), S. 284.

116 *Schulze*, in: ders. (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, 4. Aufl. 2005, § 276 Rdnr. 6.

117 BGH, Urteil vom 8. 2. 1965, NJW 1965, 962 (963); *Ossenbühl* (Fußn. 35), S. 73.

118 Siehe BGH, Urteil vom 26. 9. 1960, WM 1960, 1304 (1305).

119 Vgl. *Ossenbühl* (Fußn. 35), S. 107; *Schack*, Die Haftung des Staates für die am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organe, DÖV 1971, 446 (447) und *Scheuing* (Fußn. 40), S. 358; ähnlich *Gromitsaris*, Rechtsgrund und Haftungsauslösung im Staatshaftungsrecht, 2006, S. 59 mit Blick auf judikatives Unrecht (im Rechtsstaat praktisch ausgeschlossen). A. A. *Dagtoglou* (Fußn. 96), S. 44.

120 BGH, Urteil vom 6. 4. 1995, BGHZ 129, 226 (232). Ebenso ausdrücklich die Genese, siehe Mugdan (Fußn. 10), Band I: Einführungsgesetz und Allgemeiner Theil, 1899, Protokolle S. 765 f. (allerdings aaO für unerlaubte Handlungen noch offen lassend); Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Band II: Recht der Schuldverhältnisse, 1898, S. 586 f.

121 *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts, Band II/2, 13. Aufl. 1994, S. 353; *Medicus*, Schuldrecht I. Allgemeiner Teil, 12. Aufl. 2000, Rdnr. 309; *Grundmann*, in: Rebmann/Säcker/Rixecker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2a: Schuldrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2003, § 276 Rdnr. 55 f.; *Jansen*, Die Struktur des Haftungsrechts, 2003, S. 442; *Ossenbühl* (Fußn. 35), S. 76.

122 Vgl. BGH, Urteil vom 2. 12. 1969, VersR 1970, 182 (182); OLG Köln, Urteil vom 11. 1. 1990, VersR 1991, 1246 (1247). Anders BGH, Urteil vom 9. 7. 1985, NJW 1986, 52 (52 f.).

123 *Jansen* (Fußn. 121), S. 118 ff., 445 ff., 545, 557 f., 591 f. und passim m. w. N.

124 *Jansen* (Fußn. 121), S. 42 f.

tung gibt, weil der Geschädigte der Staatsgewalt unterworfen ist, spielt es keine Rolle, ob diese den Schaden schuldhaft oder schuldlos verursachte<sup>125</sup>.

Für gesetzliches Unrecht folgt aus alledem: Welche Fähigkeiten und Kenntnisse vorhanden sein müssen, um verkehrssorgfältig zu handeln, hängt nicht von der tatsächlichen Situation des einzelnen Abstimmenden ab, sondern allein von den objektiv-abstrakten Anforderungen, die das Amt dem sog. pflichtgetreuen Durchschnittsbeamten stellt<sup>126</sup>. Nur so ist gleicher Rechtsgüterschutz für jedermann gewährleistet<sup>127</sup>, und nur so verlagert sich das Schadensrisiko nicht in unzumutbarer Weise vom Staat auf den Bürger. Die Rechtsprechung unterwirft auch die Mitglieder des Stadtrats diesen Anforderungen<sup>128</sup>, obwohl diese Ehrenämter bekleiden und keine Beamten sind. Auch hier darf von pflichtgetreuen Durchschnittsbeamten die Rede sein, weil der Begriff des Beamten im Zusammenhang mit § 839 BGB und Art. 34 Satz 1 GG eben nicht status-, sondern haftungsrechtlich zu verstehen ist. Alternativ kommt daneben der pflichtgetreue »Durchschnittsabstimmende« in Betracht.

Welche Amtspflichten den Abstimmenden im Einzelnen treffen, legt insb. das einschlägige Abstimmungsrecht fest. Die hier interessierende Amtspflicht, keine verfassungswidrigen Gesetze zu verabschieden, ergibt sich bereits aus Art. 20 Abs. 3 GG. Das Landesabstimmungsrecht kann weitere Vorgaben enthalten. So dürfte es zu den Amtspflichten der Abstimmenden gehören, das offiziell versandte Informationsmaterial<sup>129</sup> auch zur Kenntnis zu nehmen. Dagegen sind die Abstimmungsberechtigten nicht verpflichtet, fachkundigen Rat erst einzuholen. Das verlangt der BGH selbst von Mitgliedern des Gemeinderats nur, wenn sie von den »Empfehlungen mehrerer Fachbehörden« abweichen wollen<sup>130</sup>. Ein Amtswalter muss nur zumutbare, d. h. zu Gebote stehende Mittel einsetzen<sup>131</sup>. Während Gemeinde- und Parlamentsverwaltung gerade dazu eingerichtet sind, die Beschlüsse der Ratsmitglieder bzw. Abgeordneten vorzubereiten, hat der Volksgesetzgeber auf diese Expertise keinen Zugriff.

Die Objektivierung des Fahrlässigkeitsmaßstabs macht es möglich, bei der Prüfung des Verschuldens den Blick vom einzelnen Abstimmenden zu lösen (Entindividualisierung)<sup>132</sup>. Auf ihn, wie er im Parlament sitzt oder in der Abstimmungskabine steht, kommt es nicht *in persona* an. Für den Gemeinderat hat der BGH entschieden, dass es genüge, das »Gesamtverhalten« des Gremiums zu betrachten<sup>133</sup>. Dasselbe gilt für Abgeordnete im Parlament<sup>134</sup>, so dass der »Nachweis der individu-

125 Vgl. *Gehre*, Die Entwicklung der Amtshaftung in Deutschland seit dem 19. Jahrhundert, 1958, S. 74 (mit Blick auf Rechtsprechung und Literatur aus der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts).

126 Vgl. RG, Urteil vom 29. 6. 1937, RGZ 156, 34 (51); BGH, Urteil vom 27. 1. 1975, VersR 1975, 469 (470); Urteil vom 26. 1. 1989, BGHZ 106, 323 (329 f.); Urteil vom 16. 1. 1997, BGHZ 134, 268 (274). Ebenso bereits § 89 II 10 ALR, wonach es auf die Kenntnisse, »die bey der Verwaltung des Amts erfordert werden«, ankommt.

127 *Jansen* (Fußn. 121), S. 447.

128 BGH, Urteil vom 14. 6. 1984, NVwZ 1986, 504 (505).

129 Z. B. Art. 74 Abs. 7 der Bayerischen und Art. 100 Abs. 2 Satz 1 der Saarländischen Verfassung.

130 BGH, Urteil vom 14. 6. 1984, NVwZ 1986, 504 (505). Strenger aber BGH, Urteil vom 26. 1. 1989, BGHZ 106, 323 (330).

131 BGH, Urteil vom 8. 10. 1992, BGHZ 119, 365 (369).

132 *Schoch* (Fußn. 4), S. 262 f.

133 BGH, Urteil vom 26. 9. 1960, WM 1960, 1304 (1305).

134 *Detterbeck*, Staatshaftung bei normativem Unrecht, JA 1991, 7 (10); *Klein* (Fußn. 95), Anh. § 839 Rdnr. 316.

ellen Verantwortungszurechnung« nicht geführt zu werden braucht<sup>135</sup>. Das gilt, weil § 276 Abs. 1 Satz 2 BGB für den Volksgesetzgeber keine Ausnahme macht, auch für plebiszitäre Abstimmungen.

Der Anforderung, dass pflichtgetreue Durchschnittsabstimmende keine rechtswidrigen Gesetze erlassen dürfen, könnte ein in Rechtsprechung und Literatur diskutiertes Argument entgegen gehalten werden, welches das Schlagwort des »Feierabendgesetzgebers« etwas boshaft beschreibt. Die Anforderung, so das Argument, überspanne in doppelter Hinsicht, was verlangt werden könne. Zum einen vermöge der Ehrenamtswalter nicht denselben hohen Anforderungen zu genügen, denen nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung (Art. 33 Abs. 2 GG) ausgewählte Beamte entsprechen. Zum andern könne von einem juristischen Laien nicht verlangt werden, die bisweilen verwickelte Frage nach der Rechtmäßigkeit eines Gesetzes zu beurteilen. Beide Argumente hatte einst eine beklagte Gemeinde vorgetragen, um den Sorgfaltsmaßstab zu reduzieren, dem ihre ehrenamtlich tätigen Gemeinderatsmitglieder unterworfen waren<sup>136</sup>. Sie hat das Oberlandesgericht überzeugt, aber nicht den BGH. Dieser unterwirft die Ehrenamtswalter denselben Anforderungen wie alle anderen Amtsträger<sup>137</sup>. Dass in kommunalen Volksvertretungen, anders als im Parlament, keine hauptamtlichen Gesetzgeber handeln, mildert den anzuwendenden Sorgfaltsmaßstab nicht. Zum Schutz des Geschädigten muss es dabei bleiben, dass die Kenntnisse und Einsichten, die für die Führung des übernommenen Amtes im Durchschnitt erforderlich sind, entscheiden und nicht die Fähigkeiten, über die der Amtswalter tatsächlich verfügt. Es spielt daher auch keine Rolle, ob die Rechtsunkenntnis bei Gelegenheitsgesetzgebern größer ist als bei umfassend beratenen Parlamentariern: Rechtsunkenntnis entlastet, so der BGH, generell nicht<sup>138</sup>. Der Fahrlässigkeitsvorwurf entfällt erst, wenn der Amtswalter bei objektiv zweifelhafter Rechtslage aufgrund sorgfältiger Prüfung zu einer vertretbaren Rechtsauffassung gelangt ist<sup>139</sup>. Das Risiko eines rechtsunkundigen Gesetzgebers trägt nicht der geschädigte Bürger, sondern der schädigende Staat: Aus der Perspektive des Rechtsunterworfenen, dessen Schutz die Amtshaftung im Sinn hat, ist es dabei gleichgültig, ob der Repräsentativ- oder der Volksgesetzgeber gehandelt hat.

Allein unter einem Aspekt könnte ein Verschulden zu verneinen sein. Nach der Rechtsprechung kann der Fahrlässigkeitsvorwurf entfallen, wenn ein Kollegialgericht die Rechtmäßigkeit der (in Wahrheit rechtswidrigen) Amtshandlung (rechts-

135 Vgl. *Jansen* (Fußn. 121), S. 451; aber auch *Schwab*, Rechtsfragen der Politikberatung im Spannungsfeld zwischen Wissenschaftsfreiheit und Unternehmensschutz, 1999, S. 644 (Beweis-schwierigkeiten).

136 BGH, Urteil vom 14. 6. 1984, NVwZ 1986, 504 (505).

137 BGH, Urteil vom 14. 6. 1984, NVwZ 1986, 504 (505); Urteil vom 26. 1. 1989, BGHZ 106, 323 (330).

138 BGH, Urteil vom 6. 11. 1961, BGHZ 36, 144 (149); zuletzt BGH, Urteil vom 13. 10. 2005, NVwZ 2006, 117 (117 f.).

139 BGH, Urteil vom 8. 10. 1992, BGHZ 119, 365 (369 f.); Urteil vom 13. 7. 1995, DVBl. 1995, 1131 (1133).

irrig) annahm (Kollegialgerichtsrichtlinie)<sup>140</sup>. Von einem Beamten könne, so das Argument, nicht verlangt werden, dass er das Recht besser kenne als ein Kollegialgericht<sup>141</sup>. Auf die unmittelbare Gesetzgebung übertragen, entlastet die Kollegialgerichtsrichtlinie den Volksgesetzgeber in allen Fällen, in denen präventiv eine gerichtliche Normenkontrolle stattgefunden hat. Während vorsorgende Normenkontrollen im repräsentativen Gesetzgebungsverfahren regelmäßig ausgeschlossen sind<sup>142</sup>, gewähren die Gerichte im Abstimmungsrecht präventiven Rechtsschutz immer dann, wenn Volksvertretung oder Verwaltung das Volksgesetzgebungsverfahren mit Verweis auf die Rechtswidrigkeit des Gesetzentwurfs abbrechen<sup>143</sup>. Hat erst ein Kollegialgericht entschieden, sind Amtshaftungsansprüche jedenfalls ausgeschlossen: Bestätigt das Gericht die Rechtswidrigkeit des Entwurfs, kommt es gar nicht mehr zur Volksabstimmung. Hält das Gericht den Entwurf rechtsirrig für rechtmäßig, handelt der Volksgesetzgeber, der das Unrecht verabschiedet, nach der Kollegialgerichtsrichtlinie ohne Verschulden.

Allerdings erscheint die Kollegialgerichtsrichtlinie insgesamt zweifelhaft. In der Literatur stößt sie auf Ablehnung<sup>144</sup>, die Rechtsprechung lässt zahlreiche Ausnahmen zu<sup>145</sup>. Entscheidend scheint mir wieder der objektive Maßstab der Fahrlässigkeit zu sein: Eine einzelne gerichtliche Fehlentscheidung kann, selbst wenn sie in derselben Sache ergeht, die Verkehrssorgfalt, auf die es ankommt, nicht verändern. Dass die anderen rechtswidrig handeln, befreit den einen nicht davon, selbst das Recht zu wahren. Der bekannte Merksatz, dass es keine Gleichheit im Unrecht gebe, hat also auch eine haftungsrechtliche Dimension.

Im Ergebnis handelt der Volksgesetzgeber, der rechtswidrig abstimmt, regelmäßig fahrlässig. Die Rechtsprechung dürfte davon eine Ausnahme machen, wenn ein Kollegialgericht den Gesetzentwurf vor der Volksabstimmung für rechtmäßig hielt.

140 Zur Richtlinie und ihren Ausnahmen siehe RG, Urteil vom 29. 6. 1937, RGZ 156, 34 (51); BGH, Urteil vom 28. 4. 1955, BGHZ 17, 153 (158); Urteil vom 20. 2. 1992, BGHZ 117, 240 (250); Urteil vom 18. 11. 2004, DVBl. 2005, 312 (313); BVerwG, Urteil vom 4. 5. 1984, NJW 1985, 876 (876); Urteil vom 15. 11. 1984, NVwZ 1985, 265 (266); Urteil vom 17. 8. 2005, NVwZ 2006, 212 (213).

141 BGH, Urteil vom 11. 6. 1981, VersR 1981, 851 (852); BVerwG, Urteil vom 4. 5. 1984, NJW 1985, 876 (876).

142 Vgl. BVerfG, Urteil vom 30. 7. 1952, BVerfGE 1, 396 (400 ff., insb. 410); Beschluss vom 2. 11. 1960, BVerfGE 11, 339 (342). Zu den Ausnahmen *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth (Fußn. 115), Art. 93 Rdnr. 21.

143 Rechtsgrundlagen bei *Hartmann*, Volksgesetzgebung in Ländern und Kommunen, DVBl. 2001, 776 (782).

144 *Windthorst*, in: Detterbeck/Windthorst/Sproll, Staatshaftungsrecht, 2000, § 9 Rdnr. 185 (rechtsstaatswidrig).

145 Siehe oben in Fußn. 140. Obwohl der BGH *Bölls* Aussagen zunächst selbst für rechtmäßig hielt (BGH, Urteil vom 30. 5. 1978, NJW 1978, 1797 ff.), verurteilte er ihn später zu Schadensersatz (BGH, Urteil vom 1. 12. 1981, NJW 1982, 635 ff. im Anschluss an BVerfG, Beschluss vom 3. 6. 1980, BVerfGE 54, 208 ff.).

### V. Schaden und Kausalität

Schließlich muss die Pflichtverletzung noch einen Schaden verursacht haben. Hinsichtlich der Kausalität gilt, wie auch sonst im Schadensersatzrecht, die Adäquanztheorie<sup>146</sup>. Danach reicht es aus, dass der Schaden bei pflichtgemäßem Verhalten aller Abstimmenden vermieden worden wäre<sup>147</sup>. Die Voraussetzung ist regelmäßig erfüllt<sup>148</sup>, weil der Amtspflicht, rechtmäßig zu handeln, nur genügt, wer einen rechtswidrigen Gesetzentwurf ablehnt.

### VI. Rechtsfolge

Gem. Art. 34 Satz 1 GG haftet für die Amtspflichtverletzung der Staat oder die Körperschaft, »in deren Dienst« der Amtswalter steht. Drei Auffassungen streiten darum, wen diese Wendung zum Schuldner macht. Nach der Anstellungstheorie richtet sich der Anspruch gegen den Dienstherrn des Amtswalters<sup>149</sup>. Volksabstimmende stehen aber, wie Parlamentsabgeordnete und Ratsmitglieder auch, ohne Dienstherrn da<sup>150</sup>. Die Anstellungstheorie bleibt daher im vorliegenden Fall ohne Ergebnis.

Nach der Anvertrauenstheorie haftet diejenige Körperschaft, die dem Amtsträger die Aufgabe anvertraut hatte, bei deren Wahrnehmung die Amtspflichtverletzung vorkam<sup>151</sup>. Zum Bürger- bzw. Volksentscheid kommt es regelmäßig, weil das Bürger- bzw. Volksbegehren Erfolg hatte. Die Aufgabe, über das Gesetz zu entscheiden, hat sich die Gebietskörperschaft so gesehen selbst gestellt. Die Anvertrauenstheorie spricht daher dafür, jene Gebietskörperschaft, welche die Abstimmungsberechtigten zusammenfasst, haften zu lassen.

Nach der Funktionstheorie kommt es darauf an, welcher Körperschaft die Aufgabe konkret zuzuordnen ist, bei deren Wahrnehmung die Amtspflichtverletzung vorkam<sup>152</sup>. Landesgesetzgebung ist Aufgabe des Landes, Ortsgesetzgebung ist Aufgabe der Kommune bzw. des Kommunalverbandes. Daher haftet nach der Funktionstheorie immer diejenige Körperschaft für normatives Volksunrecht, deren Bürger rechtswidrig entschieden haben. Die Verpflichtungstheorien stimmen also, soweit sie eine Aussage treffen, darin überein, dass das Land für Landesvolksgesetze und die Gemeinde bzw. der Gemeindeverband für Ortsrecht haftet.

Der Haftungsinhalt folgt nach herrschender Meinung aus §§ 249 ff. BGB<sup>153</sup>. Dabei gewährt die Rechtsprechung dem Geschädigten gem. § 251 Abs. 1 BGB nur Geldersatz, weil der Staat aufgrund der befreienden Schuldübernahme des Art. 34

146 BGH, Urteil vom 8. 2. 1965, NJW 1965, 962 (963); BVerwG, Urteil vom 17. 8. 2005, NVwZ 2006, 212 (214).

147 Fetzer, Die Haftung des Staates für legislatives Unrecht, 1994, S. 114.

148 Vgl. Detterbeck (Fußn. 134), S. 11.

149 BGH, Urteil vom 6. 7. 1989, BGHZ 108, 230 (232). Ebenso Jellinek (Fußn. 17), S. 321.

150 Vgl. von Arnim (Fußn. 100), S. 60; Ossenbühl (Fußn. 35), S. 114.

151 BGH, Urteil vom 15. 1. 1987, BGHZ 99, 326 (330); Urteil vom 11. 5. 2000, DVBl. 2000, 1290 (1291).

152 von Danwitz (Fußn. 103), Art. 34 Rdnr. 121.

153 Siehe nur Staudinger, in: Schulze (Fußn. 116), § 839 Rdnr. 23.

Satz 1 GG bloß abgeleitet hafte, der ursprüngliche Anspruch den Amtswalter aber als Privatperson treffe. Weil eine Privatperson unmöglich hoheitliche Akte – wie die Aufhebung des rechtswidrigen Gesetzes – vornehmen könne, sei bereits der ursprüngliche Anspruch auf Geld gerichtet<sup>154</sup>. Ob das generell richtig ist, erscheint zweifelhaft, soll hier aber dahin stehen. Im Fall legislativen Unrechts spricht für die Auffassung immerhin das Verwerfungsmonopol des Bundesverfassungsgerichts aus Art. 100 GG. Danach darf das Fachgericht, das über den Amtshaftungsanspruch entscheidet, formelle Gesetze nicht für nichtig erklären oder auch nur die öffentliche Hand dazu verurteilen, das Gesetz aufzuheben. Weil das Verwerfungsmonopol den Schutz des demokratisch legitimierten (Parlaments-)Gesetzgebers bezweckt, muss es zu Gunsten des demokratisch jedenfalls nicht weniger legitimierten Volksgesetzgebers gleichfalls greifen.

### VII. Ergebnis

Amtshaftungsrechtlich ist umstritten, ob Ansprüche gegen den Staat entstehen, wenn Gemeindegesetzungen oder Parlamentsgesetze gegen Grundrechte verstoßen. Die entscheidenden Argumente, die in dieser Debatte um legislatives und sonstiges normatives Unrecht vorgetragen werden, greifen für plebiszitär gesetztes Recht gleichermaßen. Die Haftungsfrage ist daher für Volks- und Parlamentsgesetze grundsätzlich einheitlich zu beantworten. Nach der hier vertretenen Ansicht erscheint es vorzugswürdig, in beiden Fällen Haftungsansprüche zu gewähren.

154 BGH, Beschluss vom 19. 12. 1960, BGHZ 34, 99 (105 f.); Urteil vom 25. 2. 1993, BGHZ 121, 367 (374).