

Fünfter Teil: Der Haftungstatbestand

A. Vorfrage: Die verfassungsunmittelbare Geltung

Die unmittelbare Geltung des Art. 104a Abs. 5 Satz 1 Hs. 2 GG als Anspruchsgrundlage im Verhältnis von Bund und Ländern ist heute nahezu unbestritten. Zu dieser Rechtsfrage liegt eine gefestigte, langjährige Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts vor,⁹¹³ der sich auch das Bundesverfassungsgericht⁹¹⁴ und das Bundessozialgericht⁹¹⁵ angeschlossen haben. Auch der Großteil der Literatur ist dieser Auffassung.⁹¹⁶ Die Argumente des vor diesem Hintergrund historischen Streites um die unmittelbare Anwendbarkeit werden daher nachfolgend nur zusammenfassend wiedergegeben.⁹¹⁷

-
- 913 BVerwG, Urt. v. 18.05.1994, Az. 11 A 1/92, BVerwGE 96, 45-59 (BAföG) juris Rn. 34 f.; BVerwG, Urt. v. 02.02.1995, Az. 2 A 1/92, RIA 1995, 240-242 (Personalrat) juris Rn. 19; BVerwG, Urt. v. 02.02.1995, Az. 2 A 5/92, NVwZ 1995, 991-993 (Katastrophenschutz) juris Rn. 17; BVerwG, Urt. v. 16.01.1997, Az. 4 A 12/94, BVerwGE 104, 29-36 (Bundesfernstraßen) juris Rn. 16; BVerwG, Urt. v. 24.01.2007, Az. 3 A 2/05, BVerwGE 128, 99-118 (Verteidigungslasten) juris Rn. 19 f.; BVerwG, Urt. v. 25.08.2011, Az. 3 A 2/10, LKV 2011, 24-26 (Lastenausgleich) juris Rn. 19.
- 914 BVerfG, Urt. v. 17.10.2006, Az. 2 BvG 1/04, 2 BvG 2/04, BVerfGE 116, 271-327 (EU-Anlastungen) juris Rn. 158.
- 915 BSG, Urt. v. 15.12.2009, Az. B 1 AS 1/08 KL, BSGE 105, 100-117 (Kosten für Unterkunft und Heizung) juris Rn. 23 f.
- 916 Bonner Kommentar/*Prokisch*, Mai 2003, Art. 104a Rn. 317 Fußnote 720 m.w.N.; *Henneke*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke (Hrsg.), Grundgesetz, ¹⁴2018, Art. 104a Rn. 57; *Heintzen*, in: Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz, ⁶2012, Art. 104a Rn. 55; Berliner Kommentar/*Schmehl*, November 2009, Art. 104a Rn. 55; *Heun*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, ³2018, Art. 104a Rn. 37; *Arnim*, HbdStR Band VI, ³2008, § 138 Finanzzuständigkeit Rn. 34; *Siekmann*, in: *Sachs* (Hrsg.), Grundgesetz, ⁸2018, Art. 104a Rn. 49; *Burghart*, in: Leibholz/Rinck (Hrsg.), Grundgesetz, Juli 2012, Art. 104a Rn. 142; *Kment*, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), Grundgesetz, ¹⁶2020, Art. 104a Rn. 18; Bonner Kommentar/*Tappe*, Mai 2017, Art. 104a Rn. 326 f.; *Kube*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Grundgesetz, ³2020, Art. 104a Rn. 49; a.A. *Hellermann*, in: Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, ⁷2018, Art. 104a Rn. 187.
- 917 Eine ausführliche Aufarbeitung aller Argumente in diesem Zusammenhang findet sich bei *Seelmaecker*, Die Verwaltungshaftung und die Gemeinschaftsaufgaben, 1998, S. 45-78.

I. Argumente gegen eine unmittelbare Anwendung

Die Gegner der unmittelbaren Anwendung der Haftungsregelung weisen auf die offene Formulierung in Hs. 2 hin, die auch ein Verständnis als „*haf-ten sollen*“ erlaube.⁹¹⁸ Auch der Gesetzgebungsaufrag in Satz 2 spreche dafür, dass der Verfassungsgeber eine Ausgestaltung durch den Gesetzgeber gewollt habe.⁹¹⁹ Die Entscheidung für eine Haftung sei eine außergewöhnlich bedeutende Entscheidung für das Bund-Länder-Verhältnis.⁹²⁰ Im Gesetzgebungsverfahren habe die Erörterung der Norm aber kaum eine Rolle gespielt.⁹²¹

Weiterhin wird betont, dass die Begriffe „*ordnungsmäßige Verwaltung*“ und „*haftend*“ eine Vielzahl von Ausfüllungsmöglichkeiten hinsichtlich Haftungstatbestand, -maßstab und -subjekten zuließen.⁹²² Hieraus wird gefolgert, dass die Norm als Haftungsnorm verfassungswidrig unbestimmt sei.⁹²³ Dies schließe auch ein Umschlagen des Verfassungsauftrags in unmittelbar anwendbares Recht durch Zeitablauf aus.⁹²⁴ Es sei sowohl aus Gründen der Gewaltenteilung als auch vor dem Hintergrund der Wahrung der Rechte der Länder durch das Zustimmungserfordernis problematisch, diese Entscheidungen durch richterlicher Rechtsfortbildung zu treffen.⁹²⁵

II. Gefestigte Rechtsprechung der Bundesgerichte

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist Art. 104a Abs. 5 Satz 1 Hs. 2 GG demgegenüber unmittelbar anwendbar. Zwar hatte der 4. Senat des Bundesverwaltungsgerichts die unmittelbare Geltung des Art. 104a Abs. 5 Satz 1 Hs. 2 GG in seiner Kraftfahrzeugbundesamt-Entscheidung vom 27.03.1980 zunächst mit der Begründung in

918 Erichsen, Zur Haftung im Bund-Länder-Verhältnis, 1986, S. 11.

919 Erichsen, Zur Haftung im Bund-Länder-Verhältnis, 1986, S. 41; F. Kirchhof, NVwZ 1994, S. 105 ff. (105).

920 Hellermann, in: Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, 7²⁰¹⁸, Art. 104a Rn. 187.

921 Saipa, DVBl 1974, S. 188 ff. (189).

922 Hatje, NJ 1997, S. 285 ff. (287); F. Kirchhof, NVwZ 1994, S. 105 ff. (106).

923 F. Kirchhof, NVwZ 1994, S. 105 ff. (107).

924 Erichsen, Zur Haftung im Bund-Länder-Verhältnis, 1986, S. 42.

925 Hellermann, in: Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, 7²⁰¹⁸, Art. 104a Rn. 187; F. Kirchhof, NVwZ 1994, S. 105 ff. (109).

Frage gestellt, dort sei eine Regelung des Näheren durch Bundesgesetz vorgesehen, an der es aber bisher fehle.⁹²⁶ Im Ergebnis ließ der 4. Senat ließ die Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit jedoch offen, weil er die Haftung bereits aus anderen Gründen ablehnte.

Der 11. Senat begründete dagegen die unmittelbare Geltung der Haftungsregelung in seiner grundlegenden BAföG-Entscheidung überzeugend mit folgenden Argumenten: Für eine verfassungsumittelbare Haftung spreche zunächst der Wortlaut des Art. 104a Abs. 5 Satzes 1 Hs. 2 GG. Denn dieser biete isoliert betrachtet keinen Anhalt dafür, dass die Haftung von dem Erlass eines Ausführungsgesetzes abhängig sein solle, sondern setze lediglich eine nicht ordnungsmäßige Verwaltung voraus.⁹²⁷ Dies werde durch den systematischen Zusammenhang zu Satz 1 Hs. 1 bestätigt, der als Klarstellung des Konnexitätsprinzips in Abs. 1 unmittelbar und ohne den Erlass eines Ausführungsgesetzes nach Satz 2 gelte.⁹²⁸

Auch die Entstehungsgeschichte und die Materialien sprächen für eine unmittelbare Wirksamkeit. Bereits die im Jahr 1964 zur Vorbereitung einer umfassenden Finanzreform gebildete Troeger-Kommission habe in ihrem Gutachten mit der von ihr vorgeschlagenen Fassung zu Art. 104 a Abs. 5 GG Klarheit über die lange Zeit umstrittene Haftung schaffen wollen. Die Kosten fehlerhafter Verwaltung sollten hiernach zu den Verwaltungsausgaben zählen und zwar auch dann, wenn ein Land für den Bund tätig werde. Die in Art. 108 Abs. 4 Satz 2 Hs. 2 GG geregelte Haftung für Steuermindereinnahmen sei damit nach Auffassung der Kommission gegenstandslos geworden. Dieser Auffassung sei der Verfassungsgesetzgeber ausweislich der Materialien gefolgt.⁹²⁹

Bereits bei der Vorgängerregelung des Art. 108 Abs. 4 Satz 2 Hs. 1 GG habe es sich um eine unmittelbar wirksame Anspruchsgrundlage für den Bereich der Steuerverwaltung gehandelt. Mit der Schaffung der neuen Haftungsregelung habe die Haftungsfrage nach der Gesetzesbegründung dahin gelöst werden sollen, dass der jeweilige Verwaltungsträger verantwortlich sei. Die Bestimmung in Satz 2 ändere hieran nichts. Denn es spreche nichts dafür, dass durch die Reform ein noch hinter der bestehenden

926 BVerwG, Urt. v. 27. 03.1980, Az. IV A 1.77, BayVBl 1980, 473-475 (Kraftfahrzeugbundesamt) juris Rn. 17, 18.

927 BVerwG, Urt. v. 18.05.1994, Az. 11 A 1/92, BVerwGE 96, 45-59 (BAföG) juris Rn. 34.

928 BVerwG, Urt. v. 18.05.1994, Az. 11 A 1/92, BVerwGE 96, 45-59 (BAföG), juris Rn. 35.

929 BVerwG, Urt. v. 18.05.1994, Az. 11 A 1/92, BVerwGE 96, 45-59 (BAföG), juris Rn. 37, 38.

Rechtslage zurückbleibender Zustand habe geschaffen werden sollen. Dies wäre indes bei einer Verneinung der verfassungsunmittelbaren Wirkung bis zum Erlass eines Ausführungsgesetzes der Fall.⁹³⁰

Diesem Ergebnis könne nicht die angeblich mangelnde Bestimmtheit entgegengehalten werden. Denn durch die Vorgängerregelung in Art. 108 Abs. 4 GG und die mögliche Anknüpfung an die hierzu ergangene Rechtsprechung und kommentierende Literatur sei die Regelung ausreichend bestimmbar. Die bestehende Auslegungsfähigkeit und -bedürftigkeit der Regelung ändere hieran nichts.⁹³¹ Der unmittelbaren Geltung der Haftungsregelung stehe auch der Gesetzgebungsauftrag aus Satz 2 nicht entgegen. Allein die fehlende Ausführung des Auftrags stelle die unmittelbare Wirksamkeit nicht in Frage. Unter Berufung auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts⁹³² zur unmittelbaren Anwendbarkeit von Verfassungsnormen stellt der 11. Senat heraus, dass vielmehr maßgeblich sei, ob die grundgesetzliche Norm so präzise gefasst sei, dass die zur Anwendung notwendige richterliche Interpretation nicht über die herkömmliche Aufgabe des Richters hinausgehe. Dies bejaht der 11. Senat nach seinen Ausführungen zur Bestimmtheit folgerichtig.⁹³³ Dieser Rechtsprechung zur unmittelbaren Geltung haben sich der 2. Senat,⁹³⁴ der 4. Senat,⁹³⁵ der 3. Senat⁹³⁶ einhellig angeschlossen.

Auch das Bundesverfassungsgericht folgt dieser Rechtsprechung ausdrücklich.⁹³⁷ Dem Wortlaut und der Entstehungsgeschichte der Vorschrift

930 BVerwG, Urt. v. 18.05.1994, Az. 11 A 1/92, BVerwGE 96, 45-59 (BAföG), juris Rn. 39.

931 BVerwG, Urt. v. 18.05.1994, Az. 11 A 1/92, BVerwGE 96, 45-59 (BAföG), juris Rn. 40, 41.

932 BVerfG, Urt. v. 20.12.1960, Az. 1 BvL 21/60, BVerfGE 12, 45-53; BVerfG, Urt. v. 10.02.1960, Az. 1 BvR 526/53, BVerfGE 10, 302-331; BVerfG, Urt. v. 10.02.1960, Az. 1 BvR 526/53, BVerfGE 10, 302-331; BVerfG, Urt. v. 14.11.1962, Az. 1 BvR 987/58, BVerfGE 15, 126-138.

933 BVerwG, Urt. v. 18.05.1994, Az. 11 A 1/92, BVerwGE 96, 45-59 (BAföG), juris Rn. 42.

934 BVerwG, Urt. v. 02.02.1995, Az. 2 A 1/92, RiA 1995, 240-242 (Personalrat) juris Rn. 19; BVerwG, Urt. v. 02.02.1995, Az. 2 A 5/92, NVwZ 1995, 991-993 (Katastrophenschutz) juris Rn. 17.

935 BVerwG, Urt. v. 16.01.1997, Az. 4 A 12/94, BVerwGE 104, 29-36 (Bundesfernstraßen) juris Rn. 16.

936 BVerwG, Urt. v. 24.01.2007, Az. 3 A 2/05, BVerwGE 128, 99-118 (Verteidigungslasten) juris Rn. 19; BVerwG, Urt. v. 25.08.2011, Az. 3 A 2/10, LKV 2011, 24-26 (Lastenausgleich) juris Rn. 19.

937 BVerfG, Urt. v. 17.10.2006, Az. 2 BvG 1/04, 2 BvG 2/04, BVerfGE 116, 271-327 (EU-Anlastungen) juris Rn. 156, 158.

lässe sich entnehmen, dass der Verfassungsgeber im Bund-Länder-Verhältnis eine Haftung begründen wollte. Dem würde die Annahme einer bloß programmatischen Aussage ohne Umsetzungsverpflichtung nicht gerecht. In einer jüngeren Entscheidung hat sich auch das Bundessozialgericht für die unmittelbare Anwendbarkeit ausgesprochen.⁹³⁸

III. Zusammenfassung

Die Haftungsregelung des Art. 104a Abs. 5 Satz 1 Hs. 2 GG ist nach ständiger Rechtsprechung auch ohne das Ausführungsgesetz nach Satz 2 unmittelbar anwendbar. Hierfür sprechen sowohl der Wortlaut der Haftungsregelung als auch die Systematik des Art. 104a Abs. 5 GG. Auch die Entstehungsgeschichte spricht für eine unmittelbare Anwendbarkeit, denn bereits die Vorgängerregelung war unmittelbar anwendbar. Zudem wollte der verfassungsändernde Finanzreformgesetzgeber die umstrittene Haftungsfrage durch die Regelung lösen. Die Haftungsregelung ist hinreichend bestimmt und kann nach richterlicher Auslegung unmittelbar angewendet werden.

B. Die Haftungsbeteiligten „Bund und Länder“

Als Haftungsbeteiligte sieht Art. 104a Abs. 5 Satz 1 Hs. 2 GG Bund und Länder vor. Unstreitig sind daher Haftungsfälle zwischen dem Bund auf der einen und einem oder mehreren Ländern auf der anderen Seite erfasst. Streitig ist jedoch, ob auch andere Haftungskonstellationen möglich sind, so etwa zwischen Ländern oder zwischen Bund und Kommunalkörperchaften.

I. Haftungsfälle zwischen Ländern?

Grundsätzlich sind gegenseitige Schädigungen zwischen Ländern bei gemeinsamer Erledigung von Verwaltungsaufgaben denkbar. In vielen Bereichen kooperieren die Länder untereinander auf der Grundlage von Staatsverträgen und Verwaltungsabkommen. Allein die Länder Berlin und Bran-

938 BSG, Urt. v. 15.12.2009, Az. B 1 AS 1/08 KL, BSGE 105, 100-117 (Kosten für Unterkunft und Heizung) juris Rn. 23.

denburg haben bis zum heutigen Tage 29 Staatsverträge zur Kooperation in der Verwaltung abgeschlossen.⁹³⁹

Auch das Grundgesetz selbst eröffnet an einigen wenigen Stellen Kooperationsmöglichkeiten der Länder bei der Verwaltung. So kann nach Art. 87b Abs. 2 Satz 2 GG ein sozialer Versicherungsträger mit einem Zuständigkeitsbereich von bis zu drei Ländern als landesunmittelbare Körperschaft geführt werden, wenn die beteiligten Länder ein aufsichtführendes Land bestimmen. Gemäß Art. 89 Abs. 3 Satz 4 GG kann der Bund bei Wasserstraßen, die das Gebiet mehrerer Länder berühren, ein Land im Wege der Bundesauftragsverwaltung beauftragen, wenn die beteiligten Länder dies verlangen.

1. Vogel/P. Kirchhof

Nach einer von *Vogel/P. Kirchhof* vertretenen Mindermeinung soll die Haftungsregelung auch zwischen den Ländern Anwendung finden.⁹⁴⁰ Der Wortlaut der Haftungsregelung selbst sei für die Anwendung zwischen Ländern offen.⁹⁴¹ Art. 104a GG regele die Finanzlasten nicht nur vertikal zwischen Bund und Ländern, sondern auch horizontal zwischen den Ländern abschließend.⁹⁴² Hieraus folge dann auch die Anwendung des Abs. 5 für das Verhältnis der Länder untereinander.

939 Eine ausführliche Übersicht zur Zusammenarbeit der Länder Berlin und Brandenburg ist auf ihrer hierzu erstellten Internetseite abrufbar (<https://www.berlin-brandenburg.de/zusammenarbeit/dokumente-und-berichte/staatsverträge/> (abgerufen am 05.02.2018)).

940 Bonner Kommentar/*Vogel/P. Kirchhof*, Februar 1971, Art. 104a Rn. 164, ähnlich auch Bonner Kommentar/*Tappe*, Mai 2017, Art. 104a Rn. 334.

941 So auch *Seelmaecker*, Die Verwaltungshaftung und die Gemeinschaftsaufgaben, 1998, S. 93.

942 Dieser Auffassung sind auch *Selmer*, FS Thieme, 1993, S. 377 ff. (am Beispiel finanzieller Hilfen westdeutscher Bundesländer im Rahmen der Wiedervereinigung); *Heun*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, ³2018, Art. 104a Rn. 21; *Häde*, Finanzausgleich, 1996, S. 49-50 (zu Finanzhilfen anlässlich der Wiedervereinigung); *Kube*, Finanzgewalt in der Kompetenzordnung, 2004, S. 183; Bonner Kommentar/*Tappe*, Mai 2017, Art. 104a Rn. 113 f.

2. Herrschende Literaturmeinung

Nach der herrschenden Literaturmeinung sind mögliche Haftungsbeteiligte nur der Bund einerseits und ein oder mehrere Länder andererseits. Hier-nach werden Haftungsfälle zwischen Ländern nicht erfasst.⁹⁴³

Auch nach dieser Meinung kommt es maßgeblich darauf an, ob Art. 104a GG insgesamt auf das Verhältnis der Länder untereinander anwendbar ist. Sie kommt jedoch zu dem gegenteiligen Ergebnis, nämlich dass Art. 104a GG keine horizontalen Finanzbeziehung zwischen Ländern regele.⁹⁴⁴ Die verbindlichen Regelungen zur Lastenverteilung des Art. 104a GG dienen hiernach dazu, die Eigenstaatlichkeit der Länder zu stabilisieren, indem sie im vertikalen Verhältnis von Bund und Ländern eine Einflussnahme des Bundes durch Finanzierung von Länderaufgaben auf die dort vorgesehenen Fälle beschränken.⁹⁴⁵ Im horizontalen Verhältnis der Länder untereinander erscheine ein solches Verbot für die dort allein in Frage kommenden vereinbarten Fälle der Mischfinanzierung und der Finanzhilfen der Länder untereinander entbehrliech.⁹⁴⁶

3. Stellungnahme

Zunächst ist zu bemerken, dass die Frage der Anwendbarkeit der Haftungsregelung zwischen den Ländern für die im Fokus der vorliegenden Arbeit stehende Ausführung von Bundesgesetzen nicht von maßgeblicher Bedeutung ist und daher nicht abschließend entschieden werden muss.

943 Hellermann, in: Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, ⁷2018, Art. 104a Rn. 170; Bonner Kommentar/Prokisch, Mai 2003, Art. 104a Rn. 323; Seelmaecker, Die Verwaltungshaftung und die Gemeinschaftsaufgaben, 1998, S. 94; U. Stelkens, Verwaltungshaftungsrecht, 1998, S. 386-391.

944 U. Stelkens, Verwaltungshaftungsrecht, 1998, S. 386 f.; Kment, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), Grundgesetz, ¹⁶2020, Art. 104a Rn. 3; Hellermann, in: Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, ⁷2018, Art. 104a Rn. 22, 170; Berliner Kommentar/Schmehl, November 2009, Art. 104a Rn. 22; Maunz, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, Mai 1977 (Vorauflage), Art. 104a Rn. 26; Korioth, Der Finanzausgleich zwischen Bund und Ländern, 1997, S. 132-134; Siekmann, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, ⁸2018, Art. 104a Rn. 12; Henneke, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke (Hrsg.), Grundgesetz, ¹⁴2018, Art. 104a Rn. 20.

945 Hellermann, in: Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, ⁷2018, Art. 104a Rn. 20, 22.

946 Hellermann, in: Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, ⁷2018, Art. 104a Rn. 22.

Ausgehend von der hier vertretenen Auffassung zur Beschränkung der verfassungsunmittelbaren Haftung auf solche Haftungskonstellationen, die im Grundgesetz bereits angelegt sind, kommen von vornherein nur die vom Grundgesetz eröffneten Kooperationsmöglichkeiten für eine unmittelbare Anwendung der Haftungsvorschrift zwischen den Ländern in Betracht. Im Bereich der Staatsverträge und Verwaltungsabkommen wäre es Sache der jeweils beteiligten Länder, eine interessengerechte Haftungsregelung zu vereinbaren.

Im Übrigen ist eine Einbeziehung der Haftung der Länder untereinander in den Anwendungsbereich der Haftungsregelung nach dem Wortlaut zwar nicht ausgeschlossen, andererseits aber auch nicht geboten. Der Wortlaut mit der Verwendung des Plurals „*Länder*“ kann auch schlicht dahin verstanden werden, dass jedes Land gegenüber dem Bund aus der Haftungsregelung berechtigt und verpflichtet sein kann. Der historische verfassungsändernde Gesetzgeber der Finanzreform hat die Anwendung für die Haftung der Länder untereinander nicht vor Augen gehabt. Auf diesen historischen Willen dürfte es allerdings im Lichte der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu EU-Anlastungen nicht entscheidend ankommen.⁹⁴⁷

Soweit die herrschende Auffassung die Anwendung maßgeblich deshalb ablehnt, weil die Lastenverteilungsregeln des Art. 104a GG insgesamt nicht auf das Verhältnis der Länder anwendbar seien, erscheint dies gleichfalls nicht zwingend. Zwar trifft es zu, dass es sich die Haftungsregelung im Kontext der Lastenverteilung des Art. 104a GG steht und selbst als Regelung der Lastenverteilung aufgefasst werden kann.⁹⁴⁸ Begreift man die Haftungsregelung als eine Sonderregelung zur Verteilung der sekundären Lasten einer nicht ordnungsgemäßen Verwaltung, dann kann ihre Anwendbarkeit zwischen den Ländern nicht deshalb zwingend ausgeschlossen sein, weil die primären Lastenverteilungsregeln des Art. 104a Abs. 1-4 GG in diesem Verhältnis nicht greifen. Mit anderen Worten: Wenn das Grundgesetz eine Kooperationsmöglichkeit der Länder eröffnet, ohne jedoch die primäre Lastenverteilung verbindlich in Art. 104a Abs. 1-4 GG festzulegen, kann dennoch die sekundäre Lastenverteilung für den Fall der nicht ordnungsgemäßen Verwaltung Anwendung finden.

947 Siehe dazu oben unter Vierter Teil B.III.2.c) Objektiver Wortlaut und Sinngehalt maßgeblich, S.222.

948 Dazu bereits unter Dritter Teil A. Die Verwaltungshaftung und die Finanzverfassung, S. 124.

II. Aktiv- und Passivlegitimation der kommunalen Körperschaften?

Eine Einbeziehung kommunaler Körperschaften als Haftungsbeteiligte könnte theoretisch sowohl in Form eines Durchgriffs des Bundes auf die kommunale Ebene als auch umgekehrt als Direktanspruch der Kommunen gegen den Bund in Betracht. Nach herrschender Meinung ist eine unmittelbare Aktiv- oder Passivlegitimation der Kommunen auf der Grundlage der Haftungsregelung jedoch ausgeschlossen, weil die Kommunen im Rahmen des Art. 104a GG als Teil der Länder zu betrachten sind.⁹⁴⁹

Dafür spricht neben dem Wortlaut, in dem nur von Bund und Ländern die Rede ist, auch die Systematik des Art. 104a GG, des Finanzverfassungsrechts und des Grundgesetzes insgesamt. Das Grundgesetz geht von einem zweistufigen Staatsaufbau aus, in dem die Gemeinden Bestandteil der Länder sind. Art. 104a GG regelt die Lastentragung von Bund und Ländern und erfasst die Gemeinden nur als Teil der Länder.⁹⁵⁰ Diese Auffassung entspricht auch der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Finanzverfassungsrecht. Hiernach sind die Kommunen im zweistufigen Bundesstaat des Grundgesetzes – unbeschadet ihrer finanzverfassungsrechtlichen Absicherung – grundsätzlich Teil der Länder.⁹⁵¹ Ihre Aufgaben und ihr Finanzgebaren werden den Ländern zugerechnet.

Eine konsequente Anwendung des Grundsatzes der Zweistufigkeit des Staatsaufbaus führt auf der Ebene der Verwaltungshaftung dazu, dass die Länder dem Bund für Verwaltungsfehler der kommunalen Körperschaften haften. Umgekehrt bestehen Ansprüche der Länder gegen den Bund we-

949 Hellermann, in: Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, ⁷2018, Art. 104a Rn. 171; Bonner Kommentar/*Prokisch*, Mai 2003, Art. 104a Rn. 324; Maunz, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, Mai 1977 (Vorauflage), Art. 104a Rn. 72; Seelmaecker, Die Verwaltungshaftung und die Gemeinschaftsaufgaben, 1998, S. 94.

950 Siekmann, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, ⁸2018, Vor Art. 104a Rn. 10; Maunz, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, Mai 1977 (Vorauflage), Art. 104a Rn. 27, 72; Arnim, HbdStR Band VI, ³2008, § 138 Finanzzuständigkeit Rn. 3; Heintzen, in: Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz, ⁶2012, Vorb Art. 104a-115 Rn. 49; Hellermann, in: Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, ⁷2018, Art. 104a Rn. 23; Henneke, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke (Hrsg.), Grundgesetz, ¹⁴2018, Art. 104a Rn. 54.

951 BVerfG, Urt. v. 07.10.2014, Az. 2 BvR 1641/11, BVerfGE 137, 108-185 juris Rn. 90 (dort zur ausnahmsweisen Durchbrechung dieses Grundsatzes durch Art. 91e GG); BVerfG, Urt. v. 27.05.1992, Az. 2 BvF 1/88, BVerfGE 86, 148-279 juris Rn. 264; BVerfG, Urt. v. 04.03.1975, Az. 2 BvF 1/72, BVerfGE 39, 96-128 juris Rn. 33.

gen Schäden, die bei den kommunalen Körperschaften durch Verwaltungsfehler des Bundes eintreten. Unmittelbare Ansprüche der Kommunen gegen den Bund oder des Bundes gegen die Kommunen sind dagegen ausgeschlossen. Dies gilt sowohl bei einer Aufgabenübertragung durch das Land als auch bei einer Aufgabenübertragung durch den Bund.

1. Aufgabenübertragung durch das Land

Überträgt ein Land die ihm obliegende Ausführung von Bundesgesetzen auf die kommunale Ebene weiter, so ändert diese Aufgabenübertragung nichts daran, dass das Land dem Bund für eine nicht ordnungsgemäße Verwaltung haftet.

Das Bundesverwaltungsgericht hat insoweit entschieden, dass es nicht darauf ankomme, ob das Land ein in Bundesauftragsverwaltung geführtes Gesetz selbst durch eigene Behörde ausföhre oder als Pflichtaufgabe zur Erledigung nach Weisung auf eine kommunale Körperschaft übertrage.⁹⁵² Durch diese organisatorische Entscheidung könne sich das Land nicht der Haftung entziehen.

Dem ist im Ergebnis zuzustimmen, wenn auch die Begründung nicht vollständig überzeugt. Denn das Bundesverwaltungsgericht stellt in seiner Entscheidung maßgeblich auf die Verwaltungsform der Bundesauftragsverwaltung und die damit verbundenen Einwirkungsbefugnisse des Bundes ab und hält die Zweistufigkeit des Staatsaufbaus des Grundgesetzes nicht für entscheidend.⁹⁵³ Richtigerweise kommt es aber auf die konkrete Verwaltungsform in keiner Weise an.⁹⁵⁴ Denn es ist kein sachlicher Grund ersichtlich, warum die Frage der Aktiv- und Passivlegitimation des Haftungsanspruchs bei landeseigener Ausführung von Bundesgesetzen anders beantwortet werden sollte als bei Bundesauftragsverwaltung. Auch bei der landeseigenen Ausführung bleibt es eine organisatorische Entscheidung der Länder, ob sie die konkrete Verwaltungstätigkeit selbst ausführen oder auf die Kommunen übertragen. Weshalb die Ingerenzmöglichkeiten des

952 BVerwG, Urt. v. 18.05.1994, Az. 11 A 1/92, BVerwGE 96, 45-59 (BAföG) juris Rn. 45.

953 BVerwG, Urt. v. 18.05.1994, Az. 11 A 1/92, BVerwGE 96, 45-59 (BAföG) juris Rn. 45.

954 Hellermann, in: Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, 7²⁰¹⁸, Art. 104a Rn. 171.

Bundes relevant sein sollten, legt das Bundesverwaltungsgericht in seiner Entscheidung nicht dar und ist auch sonst nicht ersichtlich.⁹⁵⁵

2. Aufgabenübertragung durch den Bund

Nichts anderes gilt auch bei Fortgeltung einer direkten Aufgabenübertragung des Bundes auf die kommunale Ebene, wie sie vor Einführung von Art. 84 Abs. 1 Satz 6, 85 Abs. 1 Satz 2 GG verfassungsrechtlich möglich war. Aus der unmittelbaren Aufgabenübertragungen vom Bund auf die kommunale Ebene folgen aber keine Direktansprüche zwischen Bund und kommunaler Ebene.

Zwar erscheint es auf den ersten Blick plausibel, aus einer unmittelbaren Aufgabenübertragung vom Bund auf die Gemeinden auf eine unmittelbare Verwaltungshaftungsbeziehung zu schließen. Man könnte nämlich argumentieren, dass die Länder hier eben nicht die organisatorische Entscheidung zugunsten einer kommunalen Aufgabenerledigung getroffen haben und es daher unbillig wäre, wenn sie für deren Fehlverhalten haften müssten.

Jedoch rechtfertigt die – für sich schon fragwürdige Durchbrechung des Zweistufigkeitsprinzips auf der Ebene der Aufgabenübertragung – nicht eine weitere Durchbrechung auf der Ebene der Finanzverfassung. In diesem Sinne war es bei der Übertragung von Aufgaben vom Bund auf die Kommunen stets unstreitig, dass hiermit keine Aufgabenfinanzierung durch den Bund einhergeht.⁹⁵⁶

III. Zusammenfassung

Haftungsbeteiligte können im Rahmen der Haftungsregelung nur Bund und Länder sein. Während eine Haftung der Länder untereinander zumindest möglich erscheint, sind kommunale Körperschaften nicht aktiv- und passiv legitimiert.

⁹⁵⁵ Gerade weil diese Begründung des Bundesverwaltungsgerichts in der BAföG-Entscheidung nicht einleuchtet, wurde die Passage des Urteils offenbar in BVerwG, Urt. v. 30.11.1995, Az. 7 C 56/93, BVerwGE 100, 56-62 (Kindergeld) juris Rn. 16 missverstanden.

⁹⁵⁶ F. Kirchhof, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, Januar 2011, Art. 84 Rn. 155.

C. Das Tatbestandsmerkmal „Verwaltung“

Über den Inhalt und die Funktion des Tatbestandsmerkmals „Verwaltung“ besteht weitgehend Einigkeit in Literatur und Rechtsprechung. Insbesondere wird die Subsumtion der hier betrachteten Ausführung von Bundesgesetzen unter den Begriff Verwaltung als selbstverständlich vorausgesetzt.⁹⁵⁷

I. Negative Abgrenzung von den übrigen Staatsgewalten

Ausgangspunkt für die Bestimmung des Begriffs der Verwaltung ist traditionell die negative Abgrenzung. Ausgehend von der Unterscheidung zwischen den drei Staatsgewalten Gesetzgebung, Rechtsprechung und vollziehende Gewalt (Art. 20 Abs. 2 GG) liegt bei der Ausübung von Gesetzgebungskompetenzen und Rechtsprechungsaufgaben keine Verwaltungstätigkeit vor.⁹⁵⁸ Zu den Gesetzgebungskompetenzen gehört nach der Systematik des Grundgesetzes auch der Erlass von Rechtsverordnungen des Bundes, der dem VII. Abschnitt mit der Überschrift „*Die Gesetzgebung des Bundes*“ zugordnet ist.⁹⁵⁹

II. Abgrenzung von der Staatsleitung

Innerhalb der vollziehenden Gewalt ist die Regierungstätigkeit, die auch als Staatsleitung bezeichnet wird, keine Verwaltung und damit von der Anwendung der Haftungsregelung ausgeschlossen.⁹⁶⁰ Eine gegenseitige Haftung von Bund und Ländern für ihr jeweiliges Regierungshandeln wäre nicht angemessen, weil Regierungshandeln primär nach politischen und nicht nach rechtlichen Maßstäben zu beurteilen ist. Als politisches

957 So thematisiert etwa das Bundesverwaltungsgericht in seiner Grundsatzentscheidung zur Ausführung des BAföG das Tatbestandsmerkmal „Verwaltung“ in seiner Subsumtion überhaupt nicht, vgl. BVerwG, Urt. v. 18.05.1994, Az. 11 A 1/92, BVerwGE 96, 45-59 (BAföG) juris Rn. 43.

958 Hellermann, in: Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, 7²⁰¹⁸, Art. 104a Rn. 172.

959 U. Stelkens, Verwaltungshaftungsrecht, 1998, S. 287.

960 Seelmaecker, Die Verwaltungshaftung und die Gemeinschaftsaufgaben, 1998, S. 78; Hellermann, in: Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, 7²⁰¹⁸, Art. 104a Rn. 172; U. Stelkens, Verwaltungshaftungsrecht, 1998, S. 291 f.

Handeln entzieht sich das Regierungshandeln auch der rechtlichen Einordnung als „*ordnungsmäßig*“. Die Kontrolle der Regierung obliegt dem Parlament, welches Fehlverhalten mit dem Instrument des Untersuchungsausschusses prüfen kann.

Die Abgrenzung kann allerdings im Einzelfall schwerfallen. Insbesondere können genuine Verwaltungentscheidungen politisiert werden, ohne dass sie hierdurch Teil der Staatsleitung werden. Grundsätzlich gilt, dass die Inanspruchnahme von Verwaltungskompetenzen Verwaltung ist, unabhängig davon ob diese von Verfassungsorganen wahrgenommen werden. U. Stelkens fasst unter den Begriff des Regierungshandelns alle Maßnahmen, bei denen nach § 40 Abs. 1 VwGO wegen des Vorliegens einer verfassungsrechtlichen Streitigkeit der Verwaltungsrechtsweg nicht eröffnet wäre.⁹⁶¹ Dies ist jedoch zu weit gefasst. Denn in der Konsequenz würden etwa auch Weisungen des Bundes an die Länder bei der Gesetzesausführung aus dem Begriff Verwaltung herausfallen.⁹⁶² Ungeachtet der möglichen politischen Sprengkraft solcher Weisungen handelt es sich jedoch unzweifelhaft um die Inanspruchnahme von Verwaltungskompetenzen nach dem Grundgesetz und damit um Verwaltung.⁹⁶³ Dagegen ist die Entscheidung über den Abschluss oder den Nichtabschluss von Verwaltungsvereinbarungen über Finanzhilfen nach Art. 104b GG als Regierungshandeln haftungsrechtlich nicht justizierbar. Gleiches gilt für den Erlass des Koordinierungsrahmens bei Art. 91a ff. GG.⁹⁶⁴ Die Umsetzung einer solchen Verwaltungsvereinbarung bzw. eines solchen Koordinierungsrahmens durch die Lände mit dem Geld des Bundes wäre dagegen wiederum als Verwaltungshandeln zu qualifizieren und unterliege als solches potentiell der Haftung nach Art. 104a Abs. 5 Satz 1 Hs. 2 GG.

III. Positive Bestimmung des Begriffs der Verwaltung

Positiv gewendet verbleiben zur Ausfüllung des Begriffs der Verwaltung die administrativen Tätigkeiten. Nach der eingängigen und zutreffenden

961 U. Stelkens, Verwaltungshaftungsrecht, 1998, S. 291.

962 Denn bei Streitigkeiten zwischen Bund und Ländern um Weisungen des Bundes liegt eine verfassungsrechtliche Streitigkeit vor, vgl. Bethge, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Bethge (Hrsg.), BVerfGG, Juli 2020, § 90 Rn. 187.

963 So auch Janz, Das Weisungsrecht nach Art. 85 Abs. 3 GG, 2003, S. 472, der die Weisung als eine typische und fast schon beispielhafte Handlungsform der Verwaltung bezeichnet.

964 U. Stelkens, Verwaltungshaftungsrecht, 1998, S. 293.

Definition von *U. Stelkens* liegt Verwaltung Art. 104 Abs. 5 Satz 1 Hs. 2 GG vor, wenn eine Verwaltungskompetenz im Sinne des Grundgesetzes wahrgenommen wird.⁹⁶⁵ Dies ist bei der in dieser Arbeit untersuchten Ausführung der Bundesgesetze stets der Fall. Jedoch ist der Begriff der Verwaltung nicht auf die gesetzesakzessorische Verwaltung nach den Art. 83 ff. GG beschränkt, sondern schließt auch die gesetzesfreie Verwaltung ein.⁹⁶⁶ Denn das Grundgesetz sieht auch außerhalb der gesetzesakzessorischen Verwaltung ein Zusammenwirken von Bund und Ländern vor, so etwa bei Art. 104b GG und den Art. 91a ff. GG.

IV. Unerheblichkeit der Handlungsform

Für die Frage, ob eine Maßnahme der Verwaltung vorliegt, ist es schließlich unerheblich, ob sich das Handeln in privat-rechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Form vollzieht.⁹⁶⁷ Insbesondere beschränkt sich der Begriff der Verwaltung nicht auf hoheitliches Handeln des Staates.⁹⁶⁸ Gerade im Rahmen der Bundesauftragsverwaltung kommt es zu einer Vielzahl von Fiskalgeschäften, so etwa wenn im Rahmen der Fernstraßenverwaltung Aufträge zur Straßenunterhaltung mit privatrechtlichem Vertrag vergeben werden.⁹⁶⁹ Auch für Bund und Länder gilt insoweit das Formenwahlrecht der Verwaltung.

V. Zusammenfassung

Das Tatbestandsmerkmal der Verwaltung setzt die Inanspruchnahme einer Verwaltungskompetenz im Sinne des Grundgesetzes voraus. Dies ist bei

965 *U. Stelkens*, in: Härtel (Hrsg.), Handbuch des Föderalismus, 2012, § 42 Rn. 74.

966 *Storr*, in: Aulehner (Hrsg.), Föderalismus - Auflösung oder Zukunft der Staatlichkeit?, 1997, S. 282.

967 Janz, Das Weisungsrecht nach Art. 85 Abs. 3 GG, 2003, S. 471; *U. Stelkens*, Verwaltungshaftungsrecht, 1998, S. 297.

968 *U. Stelkens*, Verwaltungshaftungsrecht, 1998, S. 285 in Auseinandersetzung mit dem von der Rechtsprechung geforderten Tatbestandsmerkmal „*in Ausübung eines öffentlichen Amtes*“; siehe hierzu auch nachfolgend unter Fünfter Teil D.II.6.a) „*in Ausübung eines öffentlichen Amtes*“ als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal, S. 303.

969 *Seelmaecker*, Die Verwaltungshaftung und die Gemeinschaftsaufgaben, 1998, S. 85.

der Ausführung der Bundesgesetze nach den Art. 83 ff. GG stets der Fall. Der Begriff der Verwaltung ist jedoch nicht auf die Gesetzesausführung beschränkt, sondern schließt auch die gesetzesfreie Verwaltung ein. Negativ abzugrenzen ist die Verwaltung von den anderen Staatsgewalten der Judikative und Legislative sowie innerhalb der Exekutive von der Staatsleitung.

D. Der Haftungsmaßstab „ordnungsmäßig“

Die Bestimmung des Haftungsmaßstabs bei der verfassungsunmittelbaren Anwendung der Haftungsregelung ist hoch umstritten. Dieser Abschnitt stellt zunächst die Entwicklung der sogenannten Haftungskern-Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts dar, welche die Haftung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt und für die bisherige Rechtspraxis maßgeblich ist. Es folgt eine kritische Auseinandersetzung mit dieser Rechtsprechung unter Berücksichtigung der Gegenauuffassung, die für eine verschuldensunabhängige Haftung plädiert. Ausgehend hiervon wird eine eigene Auffassung zum Haftungsmaßstab entwickelt. Sodann werden Perspektiven für eine Weiterentwicklung der Haftungskern-Rechtsprechung aufgezeigt.

I. Haftungskern-Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts: Haftung nur für Vorsatz/ grobe Fahrlässigkeit

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts kommt eine Haftung bei unmittelbarer Anwendung der Haftungsnorm nur bei Vorsatz bzw. grober Fahrlässigkeit in Betracht.

1. BAföG-Entscheidung: Haftung jedenfalls für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit

In seiner Grundsatz-Entscheidung zur unmittelbaren Anwendbarkeit in der BAföG-Entscheidung statuierte der 11. Senat zugleich die Beschränkung der Haftung auf einen „*Kerbereich*“ den er anhand verschiedener ungeschriebener Tatbestandsmerkmale näher definiert.⁹⁷⁰

⁹⁷⁰ BVerwG, Urt. v. 18.05.1994, Az. 11 A 1/92, BVerwGE 96, 45-59 (BAföG) juris Rn. 42 f.

Die verfassungsrechtliche Notwendigkeit einer einschränkenden Auslegung der Haftungsnorm leitet der Senat aus der Argumentation des beklagten Landes zur Bundesratsbeteiligung am Ausführungsgesetz ab. Die vom Verfassungsgesetzgeber ausdrücklich angestrebte Wahrung der Rechte der Bundesländer verbiete es, durch richterliche Interpretation und damit ohne Mitwirkung der Länder, bereits all das mit unmittelbarer Wirksamkeit zu versehen, was nach Abs. 5 Satz 2 nur mit Zustimmung des Bundesrates bestimmt werden könnte.⁹⁷¹ Die Materialien ließen den Willen des Verfassungsgesetzgebers erkennen, in dem für einen föderalen Staat sensiblen Bereich der Finanzverfassung die Rechte der Länder zu schützen. Dem sei durch Differenzierung zwischen dem unmittelbar wirksamen Haftungskernbereich und den denkbaren Möglichkeiten der Ausführungsgesetzgebung Rechnung zu tragen. Auf eine ähnliche Überlegung habe auch das Bundesverfassungsgerichts in Zusammenhang mit Art. 21 GG in seinem Urteil vom 23.10.1952 (Az. 1 BvB 1/51, BVerfGE 2, 1/13) abgestellt.

Der Haftungskernbereich sei mit den anerkannten Methoden der Verfassungsinterpretation zu bestimmen.⁹⁷² Er dürfe einerseits nicht so verengt werden, dass von Haftung nicht mehr gesprochen werden könne, anderseits aber auch nicht so ausgeweitet werden, dass dem Ausführungsgesetz nur noch die Bestimmung des Verfahrens bliebe.

Hieraus leitete das Bundesverwaltungsgericht folgende Einschränkungen ab: In Anlehnung an Art. 34 Satz 1 GG sei die unmittelbare Haftung auf Pflichtverletzungen eines Verwaltungsbediensteten „*in Ausübung eines ihm anvertrauten öffentlichen Amtes*“ zu beschränken.⁹⁷³ Maßgeblich sei hierbei der innere Zusammenhang zwischen schädigender Handlung und dem zugewiesenen Aufgabenbereich.

Der Begriff der ordnungsgemäßen Verwaltung spreche zwar zunächst dafür, dass auch eine Verantwortung für die Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit angedacht worden sei. Eine derart weitreichende Haftung könne indes nur durch das Ausführungsgesetz vorgesehen werden.⁹⁷⁴ Dagegen sei für einen Haftungskern auf „*schwerwiegender Verletzungen der dienst- oder arbeitsrechtlichen Hauptpflichten*“, also „*des Kernbereichs der zugewiesenen*

971 BVerwG, Urt. v. 18.05.1994, Az. 11 A 1/92, BVerwGE 96, 45-59 (BAföG), juris Rn. 42.

972 BVerwG, Urt. v. 18.05.1994, Az. 11 A 1/92, BVerwGE 96, 45-59 (BAföG), juris Rn. 42.

973 BVerwG, Urt. v. 18.05.1994, Az. 11 A 1/92, BVerwGE 96, 45-59 (BAföG), juris Rn. 45.

974 BVerwG, Urt. v. 18.05.1994, Az. 11 A 1/92, BVerwGE 96, 45-59 (BAföG); juris Rn. 46.

Pflichten“ abzustellen. Hierzu gehörten offensichtlich die im Fall gegenständlichen strafbaren vorsätzlichen Veruntreuungen von verwalteten Gel dern.

Allgemein spreche der Wortlaut des Art. 104 a Abs. 5 GG dafür, dass auch die Möglichkeit einer verschuldensunabhängigen Haftung eröffnet sein sollte.⁹⁷⁵ Ob dies auf den eng zu bestimmenden Haftungskern zurückwirke, könnte aber offenbleiben, da jedenfalls vorsätzliches und grob fahrlässiges Verhalten vom Haftungskern umfasst sei. Dies stehe auch im Einklang mit dem im Regierungsentwurf erwähnten Aspekt, dass nach den auf Art. 34 Satz 2 GG gestützten gesetzlichen Haftungsregelungen die Anstellungskörperschaften bei ihren Bediensteten Regress nehmen können. Weitergehende Einschränkungen würde die verfassungsunmittelbare Haftung praktisch bedeutungslos machen. Ob dagegen der Haftungskern auch weiter gefasst werden könnte, könne im vorliegenden Fall wegen des vorsätzlichen Handelns offen bleiben.

2. Beschränkung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit in der Katastrophenschutz-Entscheidung

Diese Rechtsprechung hat der 2. Senat in seiner Katastrophenschutz-Entscheidung vom 02.02.1995 im Wesentlichen bestätigt. Auch hier ging es um die Veruntreuung von Mitteln durch einen Landesbeamten im Rahmen der Bundesauftragsverwaltung, nämlich bei der Selbstbewirtschaftung von Mitteln zum Katastrophenschutz. Der 2. Senat hat sich der Rechtsprechung des 11. Senats zur unmittelbaren Haftung und zur Beschränkung auf einen Haftungskern ausdrücklich angeschlossen.⁹⁷⁶

Dabei nimmt der 2. Senat jedoch eine wesentliche Verengung der Rechtsprechung des 11. Senats vor, obwohl er vorgibt, lediglich dessen Rechtsprechung des wiederzugeben und zu übernehmen. So führt der 2. Senat aus, die Wahrung der Rechte der Länder zwinge nach Auffassung des 11. Senats zu einer Beschränkung der unmittelbaren Anwendbarkeit auf einen Kernbereich, der „*nur schwerwiegender, vorsätzlich oder grob fahrlässig*“

⁹⁷⁵ BVerwG, Urt. v. 18.05.1994, Az. 11 A 1/92, BVerwGE 96, 45-59 (BAföG), juris Rn. 47.

⁹⁷⁶ BVerwG, Urt. v. 02.02.1995, Az. 2 A 5/92, NVwZ 1995, 991-993 (Katastrophenschutz), juris Rn. 17.

sig begangene Pflichtverletzungen“⁹⁷⁷ erfasse. Tatsächlich hatte der 11. Senat aber ausdrücklich offen gelassen, ob der Kernbereich auch weiter gefasst werden könnte. Auch die vom 11. Senat postulierte Voraussetzung des Handelns „*in Ausübung eines ihm anvertrauten öffentlichen Amtes*“ übernimmt der 2. Senat ohne weitere Begründung.⁹⁷⁸

3. Die Verengung auf Vorsatz in der Bundesfernstraßen-Entscheidung

Gegenstand der Bundesfernstraßen-Entscheidung war die fehlerhafte Auszahlung einer Enteignungsschädigung an den nichtberechtigten Eigentümer. Diese beruhte darauf, dass bei der Hinterlegung des Entschädigungsbetrages die Eintragung des vorrangig berechtigten Grundschuldgläubigers unterblieben war.⁹⁷⁹

Der 4. Senat schließt sich in diesem Urteil der vorhergehenden Rechtsprechung in Bezug auf die unmittelbare Anwendbarkeit und die Beschränkung auf einen Kernbereich an, allerdings mit einer wichtigen Ausnahme:⁹⁸⁰ Nach Ansicht des 4. Senats soll die verfassungsunmittelbare Haftung auf die Fälle vorsätzlicher Schädigung beschränkt sein.

Das Urteil betont zunächst wiederum die Offenheit der Haftungsnorm für verschiedene Haftungsmodelle, vom Amtsträgerverschulden über eine objektive Pflichtwidrigkeitshaftung oder eine Differenzierung nach Schuldformen bis hin zu weiteren den Kreis traditioneller Haftung verlassenden Modellen.⁹⁸¹ Wegen dieser unterschiedlichen Möglichkeiten sei im Hinblick auf den Gesetzgebungsaufrag Zurückhaltung zu üben.

Hieraus folgt für den 4. Senat eine Beschränkung der Haftung auf vorsätzliches Handeln. Denn vorsätzliches Handeln führe unabhängig vom Haftungsmodell zu einem Schadensausgleich. Dies gebiete der Begriff der

977 BVerwG, Urt. v. 02.02.1995, Az. 2 A 5/92, NVwZ 1995, 991-993 (Katastrophenschutz), juris Rn. 17.

978 BVerwG, Urt. v. 02.02.1995, Az. 2 A 5/92, NVwZ 1995, 991-993 (Katastrophenschutz), juris Rn. 22.

979 BVerwG, Urt. v. 16.01.1997, Az. 4 A 12/94, BVerwGE 104, 29-36 (Bundesfernstraßen) juris Rn. 1-5.

980 BVerwG, Urt. v. 16.01.1997, Az. 4 A 12/94, BVerwGE 104, 29-36 (Bundesfernstraßen), juris Rn. 16-18.

981 BVerwG, Urt. v. 16.01.1997, Az. 4 A 12/94, BVerwGE 104, 29-36 (Bundesfernstraßen), juris Rn. 19.

Ordnungsmäßigkeit der Verwaltung und die allgemeine Rechtsüberzeugung.⁹⁸²

Im Gegensatz dazu läge eine Haftung für grob fahrlässiges Verhalten außerhalb des Haftungskerns, weil damit der Weg zu einem Modell der Handlungshaftung beschritten wäre.⁹⁸³ Die Rechtsprechung fungiere dann als „*Ersatzgesetzgeber*“ und nehme die dem parlamentarischen Gesetzgeber obliegende Aufgabe wahr. Anders als die vorhergehende Rechtsprechung stellt der 4. Senat damit nicht speziell auf die Mitwirkungsrechte der Länder ab, sondern allgemeiner auf die Rechte des Gesetzgebers gegenüber der Rechtsprechung, also die Gewaltenteilung zwischen Legislative und Exekutive.

4. Weitere Einschränkungen in der Verteidigungslasten-Entscheidung

In der Verteidigungslasten-Entscheidung, welche die Veruntreuung von Bundesmitteln durch Landesbedienstete zum Gegenstand hatte, bestätigt auch der 3. Senat, der nach dem aktuellen Geschäftsverteilungsplan für die Verwaltungshaftung zwischen und Bund und Ländern allein zuständig ist, die Haftungskern-Rechtsprechung im Wesentlichen.⁹⁸⁴

Dem Bund stehe nicht in allen Fällen ein Anspruch zu, in denen er durch eine nicht ordnungsgemäße Verwaltung einen Schaden erleide. Die Verwaltungsführung müsse vielmehr rechtswidrig sein. Eine weitergehende Haftung für unzweckmäßiges Verhalten sei dem Ausführungsgesetz vorbehalten.⁹⁸⁵ Weiterhin spreche vieles dafür, dass eine schwerwiegende Rechtswidrigkeit vorliegen müsse. Diese müsse zudem in der Verletzung von Vorschriften bestehen, die gerade der Wahrung der Belange des Bundes zu dienen bestimmt seien (Rechtswidrigkeitszusammenhang).⁹⁸⁶

982 BVerwG, Urt. v. 16.01.1997, Az. 4 A 12/94, BVerwGE 104, 29-36 (Bundesfernstraßen), juris Rn. 20.

983 BVerwG, Urt. v. 16.01.1997, Az. 4 A 12/94, BVerwGE 104, 29-36 (Bundesfernstraßen), juris Rn. 21.

984 BVerwG, Geschäftsverteilungsplan des Bundesverwaltungsgerichts für das Geschäftsjahr 2019, A.I.a) 3. Senat, Ziffer 15. Zuständigkeit für Verwaltungshaftung zwischen Bund und Ländern nach Art. 104 a Abs. 5 GG.

985 BVerwG, Urt. v. 24.01.2007, Az. 3 A 2/05, BVerwGE 128, 99-118 (Verteidigungslasten) juris Rn. 20.

986 BVerwG, Urt. v. 24.01.2007, Az. 3 A 2/05, BVerwGE 128, 99-118 (Verteidigungslasten) juris Rn. 21.

Darüber hinaus müsse den für das Land handelnden Amtswalter ein ge-steigerter Vorwurf treffen.⁹⁸⁷ Dies sei jedenfalls dann der Fall, wenn die Wahrnehmung der Belange des Bundes zu den Hauptpflichten des han-delnden Amtswalters gehöre, er also als „*Erfüllungsgehilfe des Landes*“ er-scheine und er subjektiv vorsätzlich rechtswidrig handle. Ob dagegen auch grobe Fahrlässigkeit genüge, könne demgegenüber offen bleiben.

Das Kriterium des Erfüllungsgehilfen ist in diesem Zusammenhang nicht recht nachvollziehbar, denn der 3. Senat verweist insoweit auf eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs zur Zurechnung von Verschulden eines Erfüllungsgehilfen nach § 278 BGB bei einem Überweisungsauftrag.⁹⁸⁸ Die Übertragbarkeit der dortigen Situation erschließt sich nicht, zumal dies auch nicht begründet wird. Im Übrigen sind für Bund und Länder ihre jeweiligen Amtswalter keine Erfüllungsgehilfen, vielmehr handeln Bund und Land durch ihre Amtswalter.

Eine Entlastungsmöglichkeit des Landes entsprechend § 831 BGB soll nach der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts ausscheiden.⁹⁸⁹ Es handele sich nicht um eine deliktische Haftung, vielmehr beruhe die Haf-tung auf dem gesetzlichen, auf Verfassungsrecht zurückgehenden Pflich-tenverhältnis bei der Auftragsverwaltung. Diese Pflichtenbindung des Lan-des folge daraus, dass der Bund gemäß Art. 104a Abs. 2 GG die Zweckaus-gaben der Verwaltungsführung des Landes tragen müsse. Dem Land oblie-ge deshalb die Wahrung finanzieller Interessen des Bundes und es haf-te deshalb für deren ordnungsgemäße Wahrnehmung nach Art. 104 a Abs. 5 Satz 1 Hs. 2 GG. Somit hafte das Land bei der Ausführung von Bundesge-setzen gerade für strafbares Handeln seiner Bediensteten.⁹⁹⁰

Eine Ausdehnung der Haftung auf unverschuldet rechtswidrige Verhal-ten komme jedoch auch nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 17.10.2006 (Az. 2 BvG 1/04; 2 BvG 2/04) zur verschuldensunabhän-gigen Verwaltungshaftung nach Art. 104 a Abs. 5 Satz 1 Hs. 2 GG bei ge-meinschaftsrechtlichen, verschuldensunabhängigen Anlastungen nicht in Betracht.⁹⁹¹ Denn aus diesem Urteil ließen sich keine Rückschlüsse auf die

987 BVerwG, Urt. v. 24.01.2007, Az. 3 A 2/05, BVerwGE 128, 99-118 (Verteidigungs-lasten) juris Rn. 22.

988 BGH, Urt. v. 08.10.1991, Az. XI ZR 207/90, NJW 1991, 3208-3210 juris.

989 BVerwG, Urt. v. 24.01.2007, Az. 3 A 2/05, BVerwGE 128, 99-118 (Verteidigungs-lasten) juris Rn. 23.

990 BVerwG, Urt. v. 24.01.2007, Az. 3 A 2/05, BVerwGE 128, 99-118 (Verteidigungs-lasten) juris Rn. 24.

991 BVerwG, Urt. v. 24.01.2007, Az. 3 A 2/05, BVerwGE 128, 99-118 (Verteidigungs-lasten) juris Rn. 25.

Haftung für eine fehlerhafte Verwaltung der Länder bei der Bundesauftragsverwaltung ziehen. Näher begründet wird diese Schlussfolgerung nicht.

5. Bestätigung dieser Rechtsprechung in der Lastenausgleichsentscheidung

Diese Haftungskern-Rechtsprechung bekraftigte der 3. Senat auch in seiner Lastenausgleichsentscheidung vom 25.08.2011. Hier sah sich der Bund geschädigt, weil das Land entgegen ausdrücklicher, aber rechtswidriger Weisung bei der Ausführung des Lastenausgleichsgesetzes Zahlungen an Anspruchssteller geleistet hatte.

Zur Haftungsfrage führt der 3. Senat aus, der Bund könne sich auf Art. 104a Abs. 5 Satz 1 Hs. 2 GG als Haftungsgrundlage berufen. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts sei eine unmittelbare Geltung jedenfalls für einen Haftungskern anzunehmen.⁹⁹²

Der Schadensersatzanspruch setze ein rechtswidriges und schulhaftes Handeln der für das Land tätigen Amtswalter „*in Ausübung eines öffentlichen Amtes*“ voraus. Eine Ausdehnung der Haftung auf unverschuldet rechtswidriges Verwaltungshandeln scheide aus, weil dies den Haftungskern überschreiten würde. Für seine gegenteilige Auffassung könne sich der Bund auch nicht auf das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 07.09.2010 (Az. 2 BvG 1/04; 2 BvG 2/04) berufen, denn dieses beziehe sich nur auf die Ausgestaltungsmöglichkeiten im Rahmen eines Ausführungsgegesetzes, nicht aber auf die Haftungskern-Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts.⁹⁹³ Nicht entscheidungserheblich sei ferner die – vom Bundesverwaltungsgericht bisher uneinheitlich beantwortete – Frage, ob nur vorsätzliches oder auch grob fahrlässiges Verhalten genüge.⁹⁹⁴

992 BVerwG, Urt. v. 25.08.2011, Az. 3 A 2/10, LKV 2011, 24-26 (Lastenausgleich) juris Rn. 19.

993 Diese Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts hat eine Regelung zur Informationsbeschaffung des Bundes bei der Gewährung von Finanzhilfen an Länder und Kommunen nach Art. 104b GG zum Gegenstand. In diesem Zusammenhang äußert sich das Bundesverfassungsgericht zur Gesetzgebungskompetenz des Bundes bei Erlass eines Ausführungsgesetzes nach Art. 104a Abs. 5 Satz 1 Hs. 2, Satz 2. Dazu auch nachfolgend unter Fünfter Teil F.I.1. Bundesverfassungsgericht zu Informationsansprüchen des Bundes, S. 336.

994 BVerwG, Urt. v. 25.08.2011, Az. 3 A 2/10, LKV 2011, 24-26 (Lastenausgleich) juris Rn. 20.

6. Zusammenfassung

Nach der „*Haftungskern-Rechtsprechung*“ des Bundesverwaltungsgerichts ist die Haftung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit bzw. auf Vorsatz beschränkt. Tatbestandlich knüpft das Bundesverwaltungsgericht an das Merkmal „*ordnungsmäßig*“ an. Es betont die grundsätzliche Offenheit des Begriffs für verschiedene Haftungsmodelle von Zweckmäßigkeit, über Rechtmäßigkeit, über Verschulden bis hin zu neuartigen Anknüpfungen. Die Notwendigkeit der Beschränkung auf einen Haftungskern stützt das Bundesverwaltungsgericht zum Teil auf die Mitwirkungsbefugnisse der Länder bei einem Ausführungsgesetz, zum Teil aber auch auf eine Abgrenzung der weitergehenden Befugnisse des parlamentarischen Gesetzgebers gegenüber denen der Rechtsprechung. Bei der Bestimmung des Haftungsmaßstabs oszilliert die Rechtsprechung zwischen einer Haftung (jedenfalls) für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit (in Anlehnung an Art. 34 Satz 2 GG) und einer reinen Vorsatzhaftung (gegründet auf die Überlegung, dass vorsätzliches Handeln nach jedem System zur Haftung führe).

Hinzu tritt eine Reihe ungeschriebener Tatbestandsmerkmale, die je nach Entscheidung variieren. Dazu gehört das gleichfalls der Amtshaftung entnommene Erfordernis des Handelns „*in Ausübung eines anvertrauten öffentlichen Amtes*“. Weiterhin soll die „*schwerwiegende Verletzung der dienst- oder arbeitsrechtlichen Hauptpflichten*“ notwendig sein. Daneben soll eine „*schwerwiegende Rechtswidrigkeit*“ erforderlich sein, die in der Verletzung von Vorschriften bestehen müsse, welche gerade der Wahrung der Belange des Bundes zu dienen bestimmt seien (Rechtswidrigkeitszusammenhang).

II. Kritik der Haftungskern-Rechtsprechung

Gegen die Haftungskern-Rechtsprechung bestehen Bedenken, die sowohl die Herleitung der Rechtsfigur betreffen, als auch die inhaltliche Ausgestaltung und die Folgen für die Praxis der Verwaltungshaftung.

1. Keine Stütze in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Für seine Ausführungen zu einer differenzierenden Auslegung des Art. 104a Abs. 5 Satz 1 Hs. 2 GG in einem unmittelbar wirksamen Haftungskernbereich und eine Programmaussage für einen denkbaren weite-

ren Haftungskreis, verweist der 11. Senat auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 23.10.1952 (Az. 1 BvB 1/51) und zwar auf S. 13 der Veröffentlichung der Entscheidung in der amtlichen Sammlung. Damit sind offenbar die Ausführungen auf S. 13 und S. 14 zur unmittelbaren Anwendbarkeit gemeint:

„Art. 21 GG ist mit Ausnahme des Abs. 1 Satz 4 unmittelbar anwendbares Recht, obwohl Abs. 3 eine nähere Regelung durch Bundesgesetze vorsieht. Dies ist für Abs. 2 offensichtlich, zumal durch das Gesetz über das Bundesverfassungsgericht die nähere Regelung schon getroffen ist. Die aktuelle Geltung der beiden ersten Sätze des Art. 21 Abs. 1 GG ist wegen ihrer schon oben gekennzeichneten grundsätzlichen Bedeutung ebenso offensichtlich. Abs. 1 Satz 3 mag zwar in dem vorgesehenen Parteiengesetz eine nähere Ausgestaltung erfahren. Unmittelbar anwendbar ist er jedenfalls insoweit, als er es verbietet, daß eine Partei sich in grundsätzlicher Abweichung von demokratischen Prinzipien organisiert. Die Frage aber, ob ein Verstoß gegen diese Bestimmung eine Partei verfassungswidrig im Sinne des Art. 21 Abs. 2 GG macht, ist damit nicht entschieden.“⁹⁹⁵

Tragfähige Ansätze für die vom 11. Senat postulierte auf einen Kernbereich beschränkte unmittelbare Anwendbarkeit lassen sich dieser Stelle jedoch nicht entnehmen. Vielmehr ergibt sich aus den Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts lediglich, dass der Vorbehalt einer näheren Ausgestaltung durch den Gesetzgeber einer unmittelbaren Geltung von Verfassungsnormen nicht entgegensteht. Wie weit die unmittelbare Anwendbarkeit geht, ermittelt das Bundesverfassungsgericht für die einzelnen Regelungen des Art. 21 GG durch Auslegung. Der Kernbereichsgedanke des Bundesverwaltungsgerichts findet sich an keiner Stelle des Urteils wieder.

2. Bedeutung des Gesetzgebungsauftrages für die Auslegung

Der Ansatz der Haftungskern-Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts beruht auf der Prämissen, dass wegen des Gesetzgebungsauftrags hinsichtlich des Haftungsmaßstabs ein substantieller Ausgestaltungsspielraum des Gesetzgebers bestehen müsse.

Gegen diese Annahme bestehen erhebliche Bedenken. Fragwürdig ist bereits der Ausgangspunkt, dass der Formulierung eines Gesetzesvorbehal-

995 BVerfG, Urt. v. 23.10.1952, Az. 1 BvB 1/51, BVerfGE 2, 1-79 juris Rn. 40.

tes im Grundgesetz („*Das Nähere regelt ein Bundesgesetz*“) ein einheitlicher Bedeutungsgehalt zukomme und dem Gesetzgeber damit zwingend ein bestimmter Gestaltungsspielraum zugestanden werde. Vielmehr handelt es sich um eine Formulierung, die das Grundgesetz an zahlreichen Stellen verwendet⁹⁹⁶ und die je nach Kontext einen unterschiedlich großen Ausgestaltungsspielraum bezeichnet.⁹⁹⁷

So gibt etwa Art. 38 GG dem Ausführungsgesetzgeber die Möglichkeit, die Art des Wahlsystems – Verhältniswahlrecht, Mehrheitswahlrecht oder eine Mischform – festzulegen.⁹⁹⁸ Auf der anderen Seite des Spektrums stehen die Fälle, in denen alles Wesentliche bereits im Grundgesetz geregelt ist und dem Gesetzgeber nur noch marginale Spielräume bleiben, so etwa bei der Zuordnung einzelner Kostenposten zu den Verwaltungsausgaben im Sinne des Art. 104a Abs. 5 Satz 1 Hs. 1 GG.⁹⁹⁹ Wie weit die verfassungsrechtliche Grundentscheidung reicht, ist durch Auslegung der jeweiligen Verfassungsnorm festzustellen.¹⁰⁰⁰ Wie im Weiteren noch zu zeigen sein wird, ergibt eine Auslegung des Begriffs „*ordnungsmäßig*“ vorliegend, dass der Haftungsmaßstab bereits abschließend bestimmt ist.¹⁰⁰¹

996 So etwa in Art. 4 Abs. 3 Satz 2, Art. 16a Abs. 4 Satz 2, Art. 21 Abs. 3, Art. 22 Abs. 1 Satz 2, Art. 23 Abs. 3 Satz 3, Abs. 7, Art. 26 Abs. 2 Satz 2, Art. 29 Abs. 6 Satz 2, Abs. 7 Satz 2, Abs. 8 Satz 5 Hs. 2, Art. 38 Abs. 3, Art. 41 Abs. 3, Art. 45b Satz 2, Art. 45d Abs. 2, Art. 48 Abs. 3 Satz 3, Art. 54 Abs. 7, Art. 87d Abs. 1 Satz 2, Art. 87e Abs. 3 Satz 4, Abs. 4 Satz 2, Art. 91a Abs. 3 Satz 2, Art. 91c Abs. 4 Satz 2, Art. 91 e Abs. 3, Art. 95 Abs. 3 Satz 2, Art. 96 Abs. 2 Satz 2, Art. 104 Abs. 2 Satz 4, Art. 104a Abs. 5 Satz 2, Abs. 6 Satz 4, Art. 104b Abs. 2 Satz 1, Art. 106 Abs. 3 Satz 5, Abs. 5 Satz 2, Abs. 6 Satz 5, Art. 106a Satz 2, Art. 106b Satz 2, Art. 109 Abs. 5 Satz 3, Art. 115d Abs. 2 Satz 4, Art. 132 Abs. 4, Art. 134 Abs. 4, Art. 135 Abs. 6 Satz 2, Art. 143a Abs. 3 Satz 3, Art. 143b Abs. 3 Satz 3, Art. 143c Abs. 4, Art. 143d Abs. 1 Satz 7 Hs. 2, Abs. 2 Satz 5, Abs. 3 Satz 2 GG.

997 Seelmaecker, Die Verwaltungshaftung und die Gemeinschaftsaufgaben, 1998, S. 54, 76.

998 H. Klein, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, Oktober 2010, Art. 38 Rn. 164.

999 Seelmaecker, Die Verwaltungshaftung und die Gemeinschaftsaufgaben, 1998, S. 53.

1000 Vgl. hierzu die ausführliche Analyse der Gesetzgebungsaufträge im Grundgesetz bei Seelmaecker, Die Verwaltungshaftung und die Gemeinschaftsaufgaben, 1998, S. 54-78.

1001 Dazu nachfolgend unter Fünfter Teil D.III.3. Eigene Auffassung zum Ver schuldenskriterium, S. 313.

3. Mitwirkungsrechte der Länder

Das Bundesverwaltungsgericht begründet die Beschränkung auf einen Haftungskern ferner mit dem Willen des Verfassungsgesetzgebers, der die Rechte der Länder in dem sensiblen Bereich der Finanzverfassung habe schützen wollen. Das Argument, die Mitwirkungsrechte der Länder beim Ausführungsgesetz dürften nicht durch richterliche Rechtsfortbildung unterlaufen werden, wird auch in der Literatur vertreten.¹⁰⁰² Bei näherer Be trachtung überzeugt dieses Argument jedoch nicht.

a) Zustimmung der Länder zur Finanzreform

Die Haftungskern-Rechtsprechung lässt sich nicht auf die Wahrung der Länderrechte stützen. Denn die Länder waren – worauf *Storr* zutreffend hinweist – bereits an der Verfassungsänderung umfassend beteiligt, die zur Einfügung der Haftungsregelung führte.¹⁰⁰³ Die Haftungsnorm stellt sich insofern bereits als das Ergebnis einer Abwägung der Interessen von Bund und Ländern dar.¹⁰⁰⁴

Die Länder waren bei der Finanzreform in gleicher Weise beteiligt, wie sie es bei einem Ausführungsgesetz der Fall gewesen wäre, nämlich durch das Erfordernis der Zustimmung des Bundesrates. Bei einer Verfassungsänderung haben die einzelnen Länder sogar mehr Gewicht, weil diese nach Art. 79 Abs. 2 GG die Zustimmung von zwei Dritteln der Stimmen des Bundesrates erfordert, während bei zustimmungspflichtigen Gesetzen nach Art. 78 GG die einfache Zustimmung genügt. Die Gefahr für ein einzelnes Land, von den anderen überstimmt zu werden, ist also bei einer Grundgesetzänderung deutlich geringer.

1002 Erichsen, Zur Haftung im Bund-Länder-Verhältnis, 1986, S. 31.

1003 Storr, in: Aulehner (Hrsg.), Föderalismus - Auflösung oder Zukunft der Staatlichkeit?, 1997, S. 281.

1004 Bonner Kommentar/*Prokisch*, Mai 2003, Art. 104a Rn. 334; sowie Storr, in: Aulehner (Hrsg.), Föderalismus - Auflösung oder Zukunft der Staatlichkeit?, 1997, S. 282.

b) Zustimmungserfordernisse nur gegenüber dem Bundesgesetzgeber

Die grundgesetzlichen Zustimmungserfordernisse der Länder über den Bundesrat beziehen sich nur auf Gesetzgebungsverfahren und bestehen nur gegenüber dem Bundestag als Bundesgesetzgeber, nicht aber gegenüber der Judikative.

Die Einflussnahme der Länder auf den Bund erfolgt über den Bundesrat, auf dessen Zustimmung der Bund grundsätzlich immer dann angewiesen ist, wenn Länderinteressen intensiv betroffen sind.¹⁰⁰⁵ Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts dienen die Zustimmungsvorbehalte im Grundgesetz dem Schutz der Länder gegen Systemverschiebungen im föderalen Gefüge, die andernfalls am Grundgesetz vorbei durch einfache Gesetzgebung erreicht werden könnten.¹⁰⁰⁶ Das ist insbesondere dort notwendig, wo Bund und Länder gegenläufige Interessen verfolgen. Das Grundgesetz fordert deshalb insbesondere in zwei Sachbereichen die Zustimmung des Bundesrates zu Bundesgesetzen, nämlich bei den Verwaltungskompetenzen und bei der Finanzverfassung.¹⁰⁰⁷

Zu letzterem zählt das Zustimmungserfordernis in Art. 104a Abs. 5 Satz 2 GG. Bei der Haftung besteht ein natürlicher Interessengegensatz zwischen Bund und Ländern. Denn die Länder haben nach der grundgesetzlichen Kompetenzverteilung den Großteil der Verwaltungskompetenzen inne, so dass ein entsprechend größeres Haftungspotenzial zu ihren Lasten besteht. Der Bund hat demzufolge ein Interesse an einer möglichst strengen Haftung, für die Länder wäre eine milde Haftung günstiger.

Etwas anderes gilt dagegen bei der Frage der richterlichen Auslegung und Fortbildung von aus der Verfassung abgeleiteten Haftungsansprüchen. Bei der Tätigkeit der Judikative sind Länder ebenso wenig wie der Bund beteiligt. Eine Benachteiligung der Länder steht nicht zu befürchten, weil bei der Auslegung die berechtigten gegenläufigen Interessen von Bund und Ländern bereits zu berücksichtigen sind.¹⁰⁰⁸ Anders als der Bundesgesetzgeber verfolgt das Gericht bei seiner Entscheidung keine eigenen Interessen, denn es ist von der Verwaltungshaftung in keiner Weise betroffen.

1005 *Ipsen*, Staatsorganisationsrecht, ³²2020 § 7 Rn. 352.

1006 BVerfG, Urt. v. 25.06.1974, Az. 2 BvF 2/73, BVerfGE 37, 363-422 juris Rn. 56.

1007 *Degenhart*, Staatsorganisationsrecht, ³⁶2020 § 8 Rn. 729, 732.

1008 So auch Bonner Kommentar/*Prokisch*, Mai 2003, Art. 104a Rn. 334, der darauf hinweist, dass die Interessen der Ländern bei der Auslegung der Norm zu berücksichtigen seien; in diesem Sinne auch *U. Stelkens*, in: *Härtel* (Hrsg.), Handbuch des Föderalismus, 2012, § 42 Rn. 66.

Zu diesem Ergebnis kommt auch *Seelmaecker* auf Grund einer sorgfältigen Analyse der grundgesetzlichen Gesetzgebungsaufträge mit Zustimmungsvorbehalt:

„Bezugspunkt der Mitwirkungsbefugnisse des Bundesrates ist alles, was nach dem Willen des Verfassungsgesetzgebers zur Disposition des einfachen Gesetzgebers gestellt ist. Die Betrachtung der Gesetzgebungsaufträge der Finanzverfassung i.e.S. mit föderalistischem Gewährleistungsgehalt zeigt, daß die Zustimmung des Bundesrates nur dort conditio sine qua non einer Regelung ist, wo die unmittelbare Anwendbarkeit einer Verfassungsbestimmung ausgeschlossen ist. Dagegen wird im Falle der unmittelbaren Anwendbarkeit der im Zustimmungserfordernis erkennbare föderalistische Gewährleistungsgehalt nicht berührt.“¹⁰⁰⁹

c) Gegenseitige Haftung von Bund und Ländern

Gegen eine besondere Schutzbedürftigkeit der Länder spricht zudem, dass es sich bei der Regelung nicht um eine einseitige Haftung der Länder gegenüber dem Bund handelt, sondern um eine gegenseitige Haftung von Bund und Ländern.

So betrifft etwa die Fallgruppe der fehlerhaften Verwaltungsvorschriften und Weisungen allein den Bund als Anspruchsverpflichteten. Die Fallgruppe der Haftung für Steuermindereinnahmen kann jedenfalls auch den Bund betreffen. Auch wenn das Übergewicht der Haftungsrisiken wegen der umfangreichen Fremdmittelverwaltung bei den Ländern liegen mag, gewährleistet die Gegenseitigkeit der Haftung einen angemessenen Interessenausgleich, weil beide föderale Ebenen potenziell einer Haftung ausgesetzt sind.

4. Gewaltenteilung zwischen Judikative und Legislative

Das Argument, die Rechtsprechung dürfe sich im Rahmen der Auslegung und Rechtsfortbildung nicht zum „*Ersatzgesetzgeber*“ aufschwingen, betrifft die Gewaltenteilung zwischen Judikative und Legislative. Das Bundesver-

1009 *Seelmaecker*, Die Verwaltungshaftung und die Gemeinschaftsaufgaben, 1998, S. 77.

waltungsgericht begründet damit die Notwendigkeit, die unmittelbare Anwendung der Haftungsnorm auf das verfassungsrechtliche gebotene Mindestmaß zu beschränken. Auch dieses Argument überzeugt im Ergebnis nicht.

a) Entscheidung für ein Haftungsmodell zwingend

Die unmittelbare Anwendung der Norm erfordert zwingend die Entscheidung für ein Haftungsmodell. Die rhetorische Bezugnahme auf einen „Haftungskern“ verstellt den Blick darauf, dass die vom Bundesverwaltungsgericht angenommene verfassungsumittelbare Haftung im nächsten Schritt ebenfalls die Entscheidung für ein Haftungsmodell erforderlich macht. Als mögliche Modelle stehen Rechtmäßigkeits-, Zweckmäßigkeits- oder eine wie auch immer geartete Verschuldenshaftung zur Verfügung.

Methodisch überzeugt es daher nicht, wenn das Bundesverwaltungsgericht zunächst den Schritt zur verfassungsumittelbaren Haftung vornimmt, dann aber bei der für eine Haftung notwendigen Lückenfüllung mit dem Verweis auf die Gewaltenteilung auf halben Wege stehen bleibt und so ein wenig effektives Haftungsinstrument schafft. Dies erkennt auch *Hatje*, wenn er feststellt, dass die Haftungskernrechtsprechung keinesfalls systemneutral sei, wie das Bundesverwaltungsgericht meint, sondern bereits eine Entscheidung für ein Haftungssystem enthalte.¹⁰¹⁰ In diese Richtung gehen auch die Überlegungen von *Schmehl*, der darauf hinweist, dass die Gerichte die ihnen vorgelegten Einzelfälle zu entscheiden hätten und selbst bei der Entscheidung für einen kleineren Anspruchsbereich zwangsläufig eine Ersatzgesetzgebungsfunktion einnehmen müssten.¹⁰¹¹

b) Rechtsfigur des Haftungskerns irreführend

Das Bundesverwaltungsgericht stellt das Verhältnis von Verschuldenshaftung und verschuldensunabhängiger Haftung mit der Rechtsfigur eines engeren oder weiteren Haftungskerns als ein Verhältnis von Mehr und Weniger dar. Die verschuldensunabhängige Haftung wäre danach lediglich eine Erweiterung der Haftung, die aber den verschuldenabhängigen Haftungskern einschließt. So ist es zu verstehen, wenn das Bundesverwal-

1010 *Hatje*, NJ 1997, S. 285 ff. (289).

1011 Berliner Kommentar/*Schmehl*, November 2009, Art. 104a juris Rn. 59.

tungsgericht feststellt, jedenfalls eine Haftung für Verschulden und grobe Fahrlässigkeit sei vom Haftungskern umfasst.

Diese Sichtweise ist jedoch unpassend, denn das Verhältnis der Haftungssysteme Verschuldenshaftung und verschuldensunabhängige Haftung lässt sich nicht als Mehr oder Weniger an Haftung beschreiben. Den beiden Haftungssystemen liegen im Zivilrecht unterschiedliche Ausgangspunkte zugrunde. Während im System der Verschuldenshaftung gerade wegen des Vorwurfs individueller Schuldhaftigkeit gehaftet wird, steht bei der Gefährdungshaftung der Eintritt eines bestimmten Risikos im Vordergrund.¹⁰¹² Die Handlung als solche ist nicht mit einem (individuellen) Vorwurf verbunden, sondern es geht um die Tragung des mit dem Handeln verbundenen Folgenrisikos. Wollte man die Verwaltungshaftung hier einordnen, läge eine Qualifizierung als Gefährdungshaftung nahe, weil Haftungsgrund letztlich die Beherrschung der Gefahrenquelle „Verwaltung“ wäre.¹⁰¹³

c) Kein entgegenstehender Wille des Gesetzgebers

Das für die Beschränkung der Haftung auf einen bloßen Haftungskernbereich angeführte Argument der Missachtung der Zuständigkeit des Gesetzgebers für die Ausführungsgesetzgebung greift schon deshalb nicht durch, weil der Gesetzgeber untätig geblieben ist. Er hat seit der Finanzreform im Jahre 1969 kein Ausführungsgesetz verabschiedet.

Wie jede Kompetenz des Grundgesetzes beinhaltet auch die Ausführungskompetenz zugleich grundsätzlich eine Pflicht des Gesetzgebers zum Tätigwerden. Gerade die Untätigkeit des Gesetzgebers führt aber zu einer Lücke, die gezwungenermaßen von den Gerichten zu füllen ist. Solange der Gesetzgeber den Regelungsauftrag nicht erfüllt, geht die Aufgabe zur näheren Bestimmung der Haftung auf die zur Verfassungsinterpretation berufenen Staatsorgane über.¹⁰¹⁴ Die lange Untätigkeit des Gesetzgebers spricht dafür, dass der Gesetzgeber, wie auch in anderen Fällen unerfüllter Verfassungsaufträge, die Konkretisierung den Gerichten überlassen will.¹⁰¹⁵

1012 *Seelmaecker*, Die Verwaltungshaftung und die Gemeinschaftsaufgaben, 1998, S. 100.

1013 Bonner Kommentar/*Prokisch*, Mai 2003, Art. 104a Rn. 337.

1014 Bonner Kommentar/*Prokisch*, Mai 2003, Art. 104a Rn. 334.

1015 Bonner Kommentar/*Prokisch*, Mai 2003, Art. 104a Rn. 321.

Das Argument der richterlichen Selbstbeschränkung und die Behauptung, andernfalls als Ersatzgesetzgeber zu fungieren,¹⁰¹⁶ überzeugen deshalb nicht. Es ist im Gegenteil gerade die Aufgabe richterlicher Rechtsbildung, vorhandene Lücken zu schließen. Eine übertriebene Zurückhaltung ist auch deshalb nicht geboten, weil es dem Gesetzgeber jederzeit frei steht tätig zu werden und so das entstandene Richterrecht „zur Makulatur“ werden zu lassen. *Prokisch* kritisiert vor diesem Hintergrund, dass sich das Bundesverwaltungsgericht im Ergebnis seiner Auslegungsaufgabe entziehe.¹⁰¹⁷

5. Materialien sprechen für objektiven Haftungsmaßstab

Auch der Verweis des Bundesverwaltungsgerichts auf die „Materialien“ geht fehl. Zunächst bleibt unklar, auf welche Materialien sich das Bundesverwaltungsgericht bezieht, weil es diese nicht benennt. Letztlich kommen aber nur der Gesetzesentwurf mit Begründung und das diesen vorbereitende Gutachten über die Finanzreform der hierzu eingesetzten Kommission (sogenanntes Troeger-Gutachten) in Betracht. Beide sprechen indes für einen objektiven Haftungsmaßstab und können daher eine verschuldensabhängige Kernbereichshaftung nicht stützen.

Zutreffend ist, dass die Bundesregierung in der Begründung des Gesetzgebungsentwurfes an einer Stelle darauf hinweist, dass durch das Erfordernis der Zustimmung des Bundesrates zu den nach Satz 1 erster und zweiter Halbsatz ergehenden Gesetzen die Mitwirkung der Länder bei der Lösung der offenen Fragen im Zusammenhang mit der Haftung gewahrt werde.¹⁰¹⁸ Es bleibt jedoch unklar, worauf auf welche Fragen die Bundesregierung hierbei konkret Bezug nimmt. Denkbar ist eine Vielzahl konkreter Rechtsfragen, wie etwa die Verjährung, das Mitverschulden, die Art und Weise des Schadensausgleichs oder auch die Frage der Verzinsung.

Aus dem Zusammenhang der Äußerung wird aber deutlich, dass nicht die Grundsatzfrage eines objektiven Haftungsmaßstabs gemeint war. Dass die Bundesregierung einen objektiven Haftungsmaßstab voraussetzte, er-

1016 BVerwG, Urt. v. 16.01.1997, Az. 4 A 12/94, BVerwGE 104, 29-36 (Bundesfernstraßen), juris Rn. 21, dort konkret zu dem Zustimmungsvorbehalt in Art. 84 Abs. 1 GG.

1017 Bonner Kommentar/*Prokisch*, Mai 2003, Art. 104a Rn. 334.

1018 Entwurf eines ... Gesetzes zur Änderung und Ergänzung des Grundgesetzes (Finanzreformgesetz), BT-Drs. V/2861, S. 52, Tz. 303, 304.

gibt sich sowohl aus der unmittelbar vorhergehenden Tz. 303 als auch aus den allgemeinen Ausführungen zur Verwaltungshaftung im Eingangsteil unter Tz. 123. Dort führt die Bundesregierung aus, wie sie die Formulierung „*ordnungsmäßige Verwaltung*“ versteht, nämlich als Zuweisung des „*Verwaltungsrisikos*“¹⁰¹⁹ an den Verwaltungsträger, der damit die „*durch fehlerhaftes Verwaltungshandeln entstehenden Mehrkosten*“¹⁰²⁰ zu tragen hat. Es ging der Bundesregierung danach um die „*Zuordnung der Kosten einer fehlerhaften Verwaltung*“.¹⁰²¹ Die Verwendung der Begriffe Kosten, Fehlerhaftigkeit und Risiko verweisen insgesamt auf einen verschuldensunabhängigen, mithin objektiven Haftungsmaßstab.

Diese Grundsatzentscheidung für eine an objektiven Kriterien orientierte Haftung wird nach Auffassung der Bundesregierung mit der Einführung der Haftungsvorschrift ins Grundgesetz gerade getroffen. In seiner Stellungnahme setzt der Bundesrat den Ausführungen der Bundesregierung sachlich nichts entgegen, sondern verweist lediglich darauf, dass aus seiner Sicht eine derartige Haftung bereits verwirklicht und die vorgeschlagene Regelung deshalb entbehrlich sei. Auch das Bundesverwaltungsgericht konzediert, die Formulierung „*ordnungsmäßige Verwaltung*“ spreche dafür, dass eine Verantwortung für Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit ange- dacht sei.¹⁰²²

6. Anknüpfung an Art. 34 GG nicht plausibel

Der 11. Senat knüpft in zweifacher Hinsicht an Art. 34 Satz 2 GG an. Zum einen statuiert er, dass ein Handeln „*in Ausübung eines öffentlichen Amtes*“ erforderlich sei. Zum anderen legt er auch mit der Herleitung des Verschuldenserfordernisses die Norm des Art. 34 Satz 2 GG zugrunde; denn im öffentlichen Haftungsrecht ist der Regress beim Amtswalter die einzige Norm, die diesen Haftungsmaßstab vorsieht. Beide Anknüpfungen sind indes nicht plausibel und auch nicht sachgerecht. In diesen Zusammenhang

1019 Entwurf eines ... Gesetzes zur Änderung und Ergänzung des Grundgesetzes (Finanzreformgesetz), BT-Drs. V/2861, S. 31, Tz. 303.

1020 Entwurf eines ... Gesetzes zur Änderung und Ergänzung des Grundgesetzes (Finanzreformgesetz), BT-Drs. V/2861, S. 52, Tz. 303.

1021 Entwurf eines ... Gesetzes zur Änderung und Ergänzung des Grundgesetzes (Finanzreformgesetz), BT-Drs. V/2861, S. 31, Tz. 123.

1022 BVerwG, Urt. v. 18.05.1994, Az. 11 A 1/92, BVerwGE 96, 45-59 (BAföG), juris Rn. 46.

D. Der Haftungsmaßstab „ordnungsmäßig“

der unnötig restriktiven Handhabung des Haftungsmaßstabs gehört auch die Beschränkung auf „*schwerwiegende Pflichtverletzungen*“.

- a) „in Ausübung eines öffentlichen Amtes“ als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal

Gegen ein „*Hineinlesen*“ dieses Begriffs als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal der Haftungsnorm spricht zunächst, dass das Grundgesetz dieses Merkmal in Art. 34 GG ausdrücklich erwähnt. Es ist kein Grund dafür ersichtlich, weshalb das Grundgesetz dieses Tatbestandsmerkmal an einer Stelle ausdrücklich enthalten sollte, an anderer Stelle aber ungeschrieben.

Gewichtiger ist allerdings, dass dem Tatbestandsmerkmal bei der Verwaltungshaftung keinerlei Funktion zukommt, die nicht durch das Tatbestandsmerkmal „*Verwaltung*“ bereits erfüllt würde. Mit diesem geschriebenen Tatbestandsmerkmal setzt sich der 11. Senat interessanterweise jedoch überhaupt nicht auseinander. Das Tatbestandsmerkmal „*Verwaltung*“ grenzt die Verwaltungshaftung von etwaigen privatrechtlichen Haftungsfällen zwischen Bund und Ländern ab, in denen sich Bund und Länder wie beliebige Dritte gegenüberstehen.

Nur soweit ein Verhalten als Verwaltung, im Sinne der Wahrnehmung einer Verwaltungskompetenz zu qualifizieren ist, kommt eine Haftung nach Art. 104a Abs. 5 Satz 1 Hs. 2 GG in Betracht. Völlig unerheblich ist es dabei, ob das haftungsauslösende Handeln im Außenverhältnis zum Bürger als öffentlich-rechtlich zu qualifizieren ist.

So ist beispielsweise das Vorliegen einer fehlerhaften Fremdmittelverwaltung bei der Verwaltung von Mitteln der Fernstraßenverwaltung durch die Länder im Wege der Bundesauftragsverwaltung unabhängig davon, ob das Land hierzu privatrechtlich Verträge mit Unternehmen abschließt oder eigene Behörden zur Aufgabenerledigung heranzieht.

Im Innenverhältnis von Bund und Land liegt in beiden Fällen Verwaltung vor, weil das Land die ihm bei der Bundesauftragsverwaltung zukommende Verwaltungskompetenz ausübt.¹⁰²³ Im Gegensatz dazu ist es für die Amtshaftung entscheidend, ob ein öffentlich-rechtliches Handeln nach außen vorliegt, weil nach herrschender Lehre und Rechtsprechung bei der

1023 So zutreffend *Seelmaecker*, Die Verwaltungshaftung und die Gemeinschaftsaufgaben, 1998, S. 85, der auf die Formenwahlfreiheit der Verwaltung und die große Bedeutung fiskalischer Hilfsgeschäfte im Bereich der Fernstraßenverwaltung hinweist.

Aufgabenwahrnehmung in den Formen des Privatrechts keine Amtshaf-
tung gegeben ist.¹⁰²⁴

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass es für die Verwaltungshaftung irrelevant ist, welcher Natur ein Handeln der schädigenden Behörde nach außen ist, solange es sich im Innenverhältnis um eine Verwaltungsmaßnahme handelt. Die relevante Abgrenzung zwischen Verwaltungshaftung im engeren Sinne und Haftung nach allgemeinem Privatrecht verläuft stattdessen anhand der Frage, ob Bund und Land sich bezüglich der schädigenden Handlung in einem beide umfassenden Verwaltungsrechtsverhältnis befanden oder sich wie beliebige Dritte gegenüberstanden. Im Ergebnis ist daher *Seelmaecker* darin beizupflichten, dass es sich bei dem ungeschriebenen Tatbestandsmerkmal „*in Ausübung eines öffentlichen Amtes*“ um einen „*systemwidrigen Fremdkörper*“ handelt.¹⁰²⁵

b) Anknüpfung an den Amtswalterregress

Der vom Bundesverwaltungsgericht für die Verwaltungshaftung zugrunde gelegte Haftungsmaßstab für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit lässt sich auf die in der Literatur geäußerte Auffassung zurückzuführen, dass ein Gleichlauf zwischen der Verwaltungshaftung und dem Amtswalterregress nach Art. 34 Satz 2 GG in Verbindung mit den beamtenrechtlichen Vorschriften bestehen solle.¹⁰²⁶ Zudem hat die Bundesregierung in der Gesetzesbegründung zur Finanzreform selbst einen Zusammenhang zwischen dem Amtswalterregress und der Verwaltungshaftung hergestellt, indem sie darauf hinwies, dass ohne die Regelung der Verwaltungshaftung keine Möglichkeit bestünde, den handelnden Amtswalter zur Verantwortung zu ziehen.¹⁰²⁷

Ein tauglicher Anknüpfungspunkt für die Bestimmung des Haftungsmaßstabs liegt darin jedoch nicht. Die Äußerung der Bundesregierung bezieht sich auf die Notwendigkeit der Haftungsregelung an sich und nicht auf den Haftungsmaßstab. Sie ist als Antwort auf die Stellungnahme des

1024 Ossenbühl/Cornils, Staatshaftungsrecht, 2013, S. 30.

1025 *Seelmaecker*, Die Verwaltungshaftung und die Gemeinschaftsaufgaben, 1998, S. 86.

1026 Rudisile, DÖV 1985, S. 909 ff. (914), Maunz, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, Mai 1977 (Vorauflage), Art. 104a Rn. 72; Berliner Kommentar/Schmehl, November 2009, Art. 104a Rn. 57.

1027 Dazu oben unter Vierter Teil A.III. Das Gesetzgebungsverfahren zur Finanzreform, S. 200.

Bundesrates zu lesen, demzufolge kein Bedürfnis für eine Haftungsregelung bestand. Auf den „strategischen“ Charakter der Argumentation der Bundesregierung ist bereits hingewiesen worden. Es wäre auch nicht die Aufgabe des verfassungsändernden Gesetzgebers, sondern des einfachen Gesetzgebers, Regelungslücken im einfachen Recht zu schließen; derartige Überlegungen haben sich auch im Wortlaut der Haftungsregelung nicht niedergeschlagen.¹⁰²⁸

Für eine Haftung zwischen Bund und Ländern ist der Maßstab des Art. 34 Satz 2 GG nicht sachgerecht. Zunächst ist die Beschränkung der Eigenhaftung des Amtswalters auf die Fürsorgepflicht des Dienstherrn zurückzuführen.¹⁰²⁹ Dieser Zweck des Verschuldensprivilegs lässt sich nicht auf die Verwaltungshaftung zwischen Bund und Ländern übertragen.¹⁰³⁰ Auch ein Gleichlauf zwischen Verwaltungshaftung und Eigenhaftung des Amtswalters wird durch Anknüpfung an Art. 34 Satz 2 GG im Übrigen nicht zwingend erreicht. Denn Art. 34 Satz 2 GG statuiert nur eine Mindestprivilegierung des Amtswalters, eine Pflicht zur Regressnahme des Dienstherrn wird dort nicht statuiert. Die Beamtengesetze können einen Rückgriff vorsehen, müssen dies aber nicht.

Storr weist in diesem Zusammenhang zutreffend darauf hin, dass die Verwaltungshaftung rechtssystematisch als originäre Staatshaftung im Sinne einer Verursachungshaftung und nicht als Amtswalterhaftung zu qualifizieren sei.¹⁰³¹ Haftungssubjekt sei nicht, wie bei der Amtshaftung nach Art. 34 GG in Verbindung mit § 839 BGB, der Amtswalter, dessen Haftung lediglich auf den Staat übergeleitet wird, sondern unmittelbar der Staat in Gestalt von Bund und Ländern.

Die personale Konstruktion der Amtshaftung beruht auf historischen Gründen und wird allgemein als unzweckmäßig und veraltet kritisiert.¹⁰³² Zum Ausgleich dieser Defizite hat die Rechtsprechung durch Objektivierung und Entindividualisierung des Verschuldenselementes die Amtshaf-

1028 U. Stelkens, Verwaltungshaftungsrecht, 1998, S. 301; zustimmend Heitsch, Die Ausführung der Bundesgesetze durch die Länder, 2001, S. 408.

1029 Ossenbühl/Cornils, Staatshaftungsrecht, 2013, S. 120; Grigoleit, in: Battis (Hrsg.), BBG, 5²⁰¹⁷, § 75 Rn. 2 f.

1030 Rudisile, DÖV 1985, S. 909 ff. (915); Seelmaecker, Die Verwaltungshaftung und die Gemeinschaftsaufgaben, 1998, S. 98 f.

1031 Storr, in: Aulehner (Hrsg.), Föderalismus - Auflösung oder Zukunft der Staatlichkeit?, 1997, S. 285 f.; zustimmend Janz, Das Weisungsrecht nach Art. 85 Abs. 3 GG, 2003, S. 486.

1032 Ossenbühl/Cornils, Staatshaftungsrecht, 2013, S. 737 f.

tung an eine originäre Staatshaftung angenähert.¹⁰³³ Auch deshalb sollte die personalisierte Amtshaftung nicht als Vorbild für die Verwaltungshaftung herangezogen werden.

Eine vollständige Weiterleitung der Haftung auf den handelnden Amtswalter wäre im Übrigen selbst bei einer Beschränkung der Verwaltungshaftung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit praktisch nicht umsetzbar. Denn soweit es um in der Summe erhebliche Schadensbeträge geht, wird die Vollstreckung bei den verantwortlichen Amtswaltern in der Regel ins Leere gehen. So finden sich in den drei Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts, in denen ein Haftungsanspruch im Zusammenhang mit Straftaten von Amtswaltern bejaht wurde, Hinweise auf erfolglose Vollstreckungsversuche bei den verantwortlichen Amtswaltern.¹⁰³⁴

c) Beschränkung auf „schwerwiegende Pflichtverletzungen“

Auch das vom Bundesverwaltungsgericht entwickelte Merkmal der schwerwiegenden Pflichtverletzung dient der Beschränkung der Haftung im Sinne des „Haftungskerns“.

Wie die übrigen Tatbestandsmerkmale im Kontext des Haftungskerns führt diese Beschränkung zu einer im Wortlaut („*ordnungsgemäß*“) nicht angelegten Subjektivierung des Tatbestandes.¹⁰³⁵ Seelmaecker kritisiert darüber hinaus zu Recht, dass wegen der unter Umständen schwierigen Abgrenzung von schwerwiegenden und nicht schwerwiegenden Pflichtverlet-

1033 *Rudisile*, DÖV 1985, S. 909 ff. (915); *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, 2013, S. 75, 78 f., insbesondere durch die Rechtsfigur des pflichtgetreuen Durchschnittsbeamten, den an eine Verschuldensvermutung heranreichenden Schluss von der Amtspflichtverletzung auf das Verschulden und die Anerkennung des Organisationsverschuldens.

1034 BVerwG, Urt. v. 18.05.1994, Az. 11 A 1/92, BVerwGE 96, 45-59 (BAföG) juris Rn. 3, von den veruntreuten DM 310.212,00 konnten von der Aufdeckung der Untreue im Jahre 1982 bis zur Klageerhebung vor dem Bundesverwaltungsgericht im Jahre 1992 lediglich DM 10.007,69 eingezogen werden; BVerwG, Urt. v. 02.02.1995, Az. 2 A 5/92, NVwZ 1995, 991-993 (Katastrophenschutz) juris Rn. 3, von die in den Jahren 1987/1988 veruntreuten DM 122.200,00 konnte bis zum Jahre 1995 nichts beigetrieben werden; BVerwG, Urt. v. 24.01.2007, Az. 3 A 2/05, BVerwGE 128, 99-118 (Verteidigungslasten) juris Rn. 3, 5, von den in den Jahren 1989-1995 veruntreuten DM 1.353.918,66 konnte bis zum Jahre 2007 nichts beigetrieben werden.

1035 *Seelmaecker*, Die Verwaltungshaftung und die Gemeinschaftsaufgaben, 1998, S. 82.

zungen zusätzliche Unsicherheit und damit Anlass für Rechtsstreitigkeiten geschaffen wird.

7. Beschränkung auf vorsätzliches und grob fahrlässiges Verhalten

Die Beschränkung des Haftungskerns auf vorsätzliches und grob fahrlässiges Verhalten erscheint letztlich willkürlich, weil sie auf einer unrichtigen Wiedergabe einer Präzedenzentscheidung beruht.

In der BAföG-Entscheidung war noch ausdrücklich die Tür in Richtung einer weitergehenden Haftung offen gelassen worden. Denn das Bundesverwaltungsgericht verstand den Wortlaut der Haftungsregelung in dieser Entscheidung in Richtung einer verschuldensunabhängigen Haftung und stellte lediglich fest, dass mithin jedenfalls vorsätzliches und grob fahrlässiges Verhalten haftungsauslösend sein müsse. Ausdrücklich offen ließ es, ob der auf eine verschuldensunabhängige Haftung hindeutende Wortlaut auch auf den Haftungskern ausstrahle.

Indem der 2. Senat diese Rechtsprechung des 11. Senats zur Frage des Verschuldens unrichtig wiedergibt, schränkt er die Haftung nachhaltig und folgenschwer ein. Dem 2. Senat war dies offensichtlich nicht bewusst, wie aus der Berufung auf das Urteil des 11. Senats hervorgeht. Dementsprechend begründet der 2. Senat die weitergehende Einschränkung auch in keiner Weise. Schon aus diesem Grund ist die mittlerweile auch in der Kommentarliteratur weithin akzeptierte Beschränkung des Haftungsmaßstabs zweifelhaft. Es überrascht, dass an der Art und Weise des Zustandekommens dieser Rechtsprechung durch ungenaue Wiedergabe des Präzedenzurteils bisher keine Kritik geübt wurde.

Auch in der Sache ist eine Beschränkung der Haftung auf vorsätzliches und grob fahrlässiges Verhalten abzulehnen. Selbst wenn man eine Verschuldenshaftung befürworten sollte, spricht nichts dafür, die einfache Fahrlässigkeit von der Haftung auszunehmen. Es existiert kein dem öffentlichen Haftungsrecht allgemein zugrundeliegendes Prinzip, nach dem für einfache Fahrlässigkeit nicht gehaftet wird. Auch dem Zivilrecht ist ein solcher Grundsatz unbekannt. Für eine hiervon abweichende Privilegierung in der Verwaltungshaftung wäre ein sachlicher Grund erforderlich. Ein solcher ist nicht ersichtlich. Auch zeigt sich in der Rückschau, dass das Bundesverwaltungsgericht mit der Beschränkung auf vorsätzliches und grob fahrlässiges Amtswalterverhalten der Haftung die praktische Wirksamkeit genommen hat. Denn seit Beginn dieser Rechtsprechung im Jahre

1994 hat es lediglich drei Fälle gegeben, in denen das Bundesverwaltungsgericht einen Haftungsanspruch bejaht hat.¹⁰³⁶

8. Zusammenfassung

Die Haftungskern-Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist im Ergebnis abzulehnen. Die Rechtsfigur des Haftungskerns lässt sich insbesondere nicht auf die hierfür vom Bundesverwaltungsgericht angeführte Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts stützen. Bereits im Ausgangspunkt unzutreffend ist die Annahme, dass hinsichtlich des Haftungsmaßstabs notwendig ein substantieller Ausgestaltungsspielraum des Ausführungsgesetzgebers bestehen müsste. Selbst wenn man aber einen solchen Ausgestaltungsspielraum unterstellen wollte, wäre die Wahrung der Mitwirkungsrechte der Länder kein relevanter Gesichtspunkt bei der richterlichen Auslegung der Haftungsnorm. Auch die Gewaltenteilung zwischen Judikative und Legislative gebietet keine Beschränkung der Haftung auf einen Haftungskern. Die Materialien sprechen für einen objektiven Haftungsmaßstab und stützen die verschuldensabhängige Haftungskern-Rechtsprechung deshalb nicht. Ferner ist die Anknüpfung der Verwaltungshaftung an die Amtswalterhaftung nach Art. 34 GG nicht überzeugend. Schließlich fehlt der Verwaltungshaftung nach der Haftungskern-Rechtsprechung die praktische Wirksamkeit.

III. Verschuldensunabhängiger Haftungsmaßstab

Eine starke Mindermeinung spricht sich mit überzeugenden Argumenten für eine verschuldensunabhängige Haftung aus. Diese Auffassung kann sich auch auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum verschuldensunabhängigen Haftungsmaßstab bei EU-Anlastungen stützen. Eine Auslegung der Haftungsregelung nach Wortlaut, Systematik und Sinn und Zweck stützt dieses Ergebnis.

1036 BVerwG, Urt. v. 18.05.1994, Az. 11 A 1/92, BVerwGE 96, 45-59 (BAföG); BVerwG, Urt. v. 02.02.1995, Az. 2 A 5/92, NVwZ 1995, 991-993 (Katastrophenschutz); BVerwG, Urt. v. 24.01.2007, Az. 3 A 2/05, BVerwGE 128, 99-118 (Verteidigungslasten).

1. Literaturansicht für eine verschuldensunabhängige Haftung

Große Teile der Literatur haben sich der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts angeschlossen, nach der die unmittelbare Haftung stets ein Verschulden voraussetzt.¹⁰³⁷ Eine starke Meinung in der Literatur lehnt eine solche Verschuldenshaftung jedoch mit überzeugenden Argumenten ab.¹⁰³⁸ *Hatje* zufolge enthält der Wortlaut keinerlei Hinweise auf subjektive Haftungsvoraussetzungen.¹⁰³⁹ Im Gegenteil spreche der Wortlaut eher für eine verschuldensunabhängige, lediglich an objektive Voraussetzungen geknüpfte Einstandspflicht. Artikel 104a Abs. 5 GG ziele auf eine interkörperschaftliche Haftung zwischen Bund und Ländern. Ein wirksames Instrument zur finanziellen Kompensation von Vollzugsrisiken liege nur vor, wenn die objektive Fehlerhaftigkeit als Voraussetzung genüge. *Rudisile* weist darauf hin, dass es angesichts des auf eine objektive Fehlerhaftigkeit abstellenden Wortlautes überzeugender Gründe bedürfe, um ein ungeschriebenes Verschuldenserfordernis zu rechtfertigen.¹⁰⁴⁰ *U. Stel-*

1037 *Seelmaecker*, Die Verwaltungshaftung und die Gemeinschaftsaufgaben, 1998, S. 95-109; *Heun*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, ³2018, Art. 104a Rn. 38; *Maunz*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, Mai 1977 (Vorausgabe), Art. 104a Rn. 72, der eine Anknüpfung an Art. 34 Satz 2 GG empfiehlt, ebenso Berliner Kommentar/*Schmehl*, November 2009, Art. 104a Rn. 57; *Arnim*, Hbd-StR Band VI, ³2008, § 138 Finanzzuständigkeit Rn. 35; *Kment*, in: Jarass/Pierothe (Hrsg.), Grundgesetz, ¹⁶2020, Art. 104a Rn. 19; *Heintzen*, in: Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz, ⁶2012, Art. 104a Rn. 55; *Henneke*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke (Hrsg.), Grundgesetz, ¹⁴2018, Art. 104a Rn. 71, 73.

1038 Bonner Kommentar/*Prokisch*, Mai 2003, Art. 104a Rn. 334 f.; Bonner Kommentar/*Vogel/P. Kirchhof*, Februar 1971, Art. 104a Rn. 160, *Storr*, in: Aulehner (Hrsg.), Föderalismus - Auflösung oder Zukunft der Staatlichkeit?, 1997, S. 287 f.; *U. Stelkens*, Verwaltungshaftungsrecht, 1998, S. 301; *Papier*, FS Blümel, 1999, S. 437; *Kummer*, Die Haftung der Länder im Verhältnis zum Bund am Beispiel der Steuerverwaltung, 1973, S. 187 ff. (zur Vorgängervorschrift); *Heitsch*, Die Ausführung der Bundesgesetze durch die Länder, 2001, S. 408; *Janz*, Das Weisungsrecht nach Art. 85 Abs. 3 GG, 2003, S. 486; *Janz*, JURA 2004, S. 227 ff. (232); Bonner Kommentar/*Tappe*, Mai 2017, Art. 104a Rn. 345 f.; *Burghart*, in: Leibholz/Rinck (Hrsg.), Grundgesetz, Juli 2012, Art. 104a Rn. 141.

1039 *Hatje*, NJ 1997, S. 285 ff. (288); zustimmend: *U. Stelkens*, Verwaltungshaftungsrecht, 1998, S. 301; *Janz*, Das Weisungsrecht nach Art. 85 Abs. 3 GG, 2003, S. 485.

1040 *Rudisile*, DÖV 1985, S. 909 ff. (914), zustimmend: *U. Stelkens*, Verwaltungshaftungsrecht, 1998, S. 301; *Janz*, Das Weisungsrecht nach Art. 85 Abs. 3 GG, 2003, S. 485.

kens ergänzt, dass mangels derartiger Gründe das Verschulden des handelnden Amtswalters schlicht irrelevant sei.¹⁰⁴¹

Für *Prokisch* verstößt das Verschuldenserfordernis gegen Wortlaut und Systematik der Haftungsregelung.¹⁰⁴² Vielmehr könne jeder in eigener Verwaltungssphäre entstandene Fehler zur Haftung führen.¹⁰⁴³ Grundlage hierfür sei die verfassungsrechtlich vorgegebene Kompetenzaufteilung. Die in Art. 83 ff. GG statuierte Kompetenz der Länder für die Ausführung von Bundesgesetzen gewähre nicht nur Freiräume zu einer eigenverantwortlichen Verwaltung, sondern bringe auch Pflichten mit sich. Die Haftung für ordnungsgemäße Verwaltung bilde die Kehrseite der verfassungsrechtlich zugewiesenen Gestaltungsfreiheit. Wer die Fehlerquelle beherrsche, habe auch für die nicht vermiedenen Fehler einzustehen.

Storr betont den Charakter der Haftungsregelung als originär staatshaftungsrechtlichen Anspruch, dem das Prinzip der Verursachungshaftung zugrunde liege.¹⁰⁴⁴ Diese Rechtsnatur sei mit der personalen Konstruktion des Amtswalterverschuldens nicht vereinbar.¹⁰⁴⁵ Auch für *Rudisile* erfordert das System der öffentlich-rechtlichen Ersatzleistungen keine verschuldensunabhängige Haftung, weil dort in wichtigen Bereichen das Verschulden nicht Anspruchsvoraussetzung sei (enteignungsgleicher Eingriff, Folgenbeseitigung, Erstattung).¹⁰⁴⁶ Ähnlich argumentiert auch *Papier*, demzufolge die Haftung im Verhältnis Bund-Länder für eine Ausrichtung an objektiven Maßstäben spricht.¹⁰⁴⁷ *Hatje* weist darauf hin, dass es faktisch schwer möglich sein dürfte, das schuldhafte Handeln einzelner Bediensteter der anderen föderalen Ebene nachzuweisen.¹⁰⁴⁸ *Tappe* betont den Charakter der Regelung als Lastenverteilungsregel.¹⁰⁴⁹

1041 U. Stelkens, Verwaltungshaftungsrecht, 1998, S. 301.

1042 Bonner Kommentar/*Prokisch*, Mai 2003, Art. 104a Rn. 334.

1043 Bonner Kommentar/*Prokisch*, Mai 2003, Art. 104a Rn. 335.

1044 *Storr*, in: Aulehner (Hrsg.), Föderalismus - Auflösung oder Zukunft der Staatlichkeit?, 1997, S. 287; zustimmend *Janz*, Das Weisungsrecht nach Art. 85 Abs. 3 GG, 2003, S. 486.

1045 In diesem Sinne auch *Kummer*, Die Haftung der Länder im Verhältnis zum Bund am Beispiel der Steuerverwaltung, 1973, S. 188.

1046 *Rudisile*, DÖV 1985, S. 909 ff. (915); zustimmend *Janz*, Das Weisungsrecht nach Art. 85 Abs. 3 GG, 2003, S. 486.

1047 *Papier*, FS Blümel, 1999, S. 437.

1048 *Hatje*, NJ 1997, S. 285 ff. (289).

1049 Bonner Kommentar/*Tappe*, Mai 2017, Art. 104a Rn. 346.

2. Bundesverfassungsgericht: Kein Verschuldenserfordernis bei EU-Anlastungen

In seiner Entscheidung zu EU-Anlastungen hat das Bundesverfassungsgericht ein Verschuldenserfordernis abgelehnt. Die tragenden Erwägungen der Entscheidung sind über die EU-Anlastungen hinaus für die Verwaltungshaftung nach Art. 104a Abs. 5 Satz 1 Hs. 2 GG insgesamt verallgemeinerbar.¹⁰⁵⁰

a) Tragende Erwägungen

Das Bundesverfassungsgericht stützt seine Entscheidung gegen einen verschuldensabhängigen Haftungsmaßstab im Wesentlichen auf die folgenden Erwägungen: Haftung setze im Zivilrecht wie im öffentlichen Recht nicht notwendigerweise ein Verschulden voraus.¹⁰⁵¹ Bezogen auf Art. 104a Abs 5 Satz 1 Hs. 2 GG sei die Haftung in einem spezifisch staatsorganisationsrechtlichen Sinne zu verstehen. Im bundesstaatlichen Gefüge gehe es um die Ordnung der Zuständigkeiten von Bund und Ländern in Bezug auf die Gesetzgebung, die Wahrnehmung der Verwaltungstätigkeit und die Finanzierung der staatlichen Aufgaben.¹⁰⁵² Vor diesem Hintergrund und im spezifischen Kontext des Art. 104a GG sei der Begriff „*haftet*“ dahingehend zu deuten, dass er die durch eine nicht ordnungsmäßige Verwaltung entstandenen Finanzlasten rein objektiv zuordne, also vollständig gelöst von Verschuldenselementen.¹⁰⁵³ Im Gegensatz zu Vertretern einer rein objektiv ausgestalteten Haftung sehe das Bundesverwaltungsgericht und die ihm folgende Literatur eine Einschränkung allein wegen des bestehenden Normsetzungsermessens des Gesetzgebers als geboten an.¹⁰⁵⁴

1050 In diese Richtung auch Bonner Kommentar/*Tappe*, Mai 2017, Art. 104a Rn. 77.

1051 BVerfG, Urt. v. 17.10.2006, Az. 2 BvG 1/04, 2 BvG 2/04, BVerfGE 116, 271-327 (EU-Anlastungen) juris Rn. 165, 166.

1052 BVerfG, Urt. v. 17.10.2006, Az. 2 BvG 1/04, 2 BvG 2/04, BVerfGE 116, 271-327 (EU-Anlastungen) juris Rn. 166.

1053 BVerfG, Urt. v. 17.10.2006, Az. 2 BvG 1/04, 2 BvG 2/04, BVerfGE 116, 271-327 (EU-Anlastungen) juris Rn. 166.

1054 BVerfG, Urt. v. 17.10.2006, Az. 2 BvG 1/04, 2 BvG 2/04, BVerfGE 116, 271-327 (EU-Anlastungen) juris Rn. 166.

Diese grundsätzliche Streitfrage bedürfe in den zur Entscheidung stehenden Fällen allerdings keiner abschließenden Antwort.¹⁰⁵⁵ In den Fällen gemeinschaftsrechtlicher Anlastungen sei das Normsetzungsermessens des Gesetzgebers jedenfalls dergestalt eingeschränkt, dass es ihm verwehrt sei, innerstaatlich lediglich eine Verschuldenshaftung anzurufen. Dies begründet das Bundesverfassungsgericht damit, dass die Außenhaftung der Bundesrepublik Deutschland gegenüber der Europäischen Union durch ein an rein objektiven Kriterien ausgerichtetes supranationales Haftungssystem begründet werde.¹⁰⁵⁶ Entscheidend für die Anlastung sei allein, dass die unzureichende oder fehlerhafte Anwendung gemeinschaftlicher Kontrollregeln oder bestimmter Mindestanforderungen zu einem Schaden geführt habe.¹⁰⁵⁷ Bei der innerstaatlichen Verteilung dieser Finanzlast gehe es sodann um die Zuordnung der Ursachen der jeweiligen Anlastung zu den Verantwortungsbereichen von Bund und Ländern.¹⁰⁵⁸ Es wäre ein Systembruch, wenn die Bundesrepublik im Außenverhältnis zur EU verschuldensunabhängig haften würde, im Innenverhältnis zu den Ländern die Weitergabe dieser Finanzlast aber von einem qualifizierten Verschulden abhänge.¹⁰⁵⁹ Nur der Gleichlauf der gemeinschaftsrechtlichen und innerstaatlichen Zuordnungsprinzipien gewährleiste eine sachgerechte und folgerichtige Verteilung der Finanzlast auf ihre innerstaatlichen Verursacher.¹⁰⁶⁰

b) Stellungnahme: Übertragbarkeit der tragenden Erwägungen

Aus der Entscheidung lässt sich zu einen ersehen, dass das Bundesverfassungsgericht die Verschuldensfrage nicht grundsätzlich entscheiden wollte. Seine vorangestellten allgemeinen Erwägungen zum Haftungsmaßstab

1055 BVerfG, Urt. v. 17.10.2006, Az. 2 BvG 1/04, 2 BvG 2/04, BVerfGE 116, 271-327 (EU-Anlastungen) juris Rn. 166.

1056 BVerfG, Urt. v. 17.10.2006, Az. 2 BvG 1/04, 2 BvG 2/04, BVerfGE 116, 271-327 (EU-Anlastungen) juris Rn. 167.

1057 BVerfG, Urt. v. 17.10.2006, Az. 2 BvG 1/04, 2 BvG 2/04, BVerfGE 116, 271-327 (EU-Anlastungen) juris Rn. 167.

1058 BVerfG, Urt. v. 17.10.2006, Az. 2 BvG 1/04, 2 BvG 2/04, BVerfGE 116, 271-327 (EU-Anlastungen) juris Rn. 167.

1059 BVerfG, Urt. v. 17.10.2006, Az. 2 BvG 1/04, 2 BvG 2/04, BVerfGE 116, 271-327 (EU-Anlastungen) juris Rn. 168.

1060 BVerfG, Urt. v. 17.10.2006, Az. 2 BvG 1/04, 2 BvG 2/04, BVerfGE 116, 271-327 (EU-Anlastungen) juris Rn. 168.

lassen jedoch keinen Zweifel daran, dass es angesichts des staatsorganisationsrechtlichen Charakters der Haftung und des Regelungskontextes in Art. 104a GG eine an objektiven Kriterien orientierte Zuordnung der Lasten der nicht ordnungsgemäßen Verwaltung eindeutig für vorzugswürdig erachtet. Schon deshalb überzeugt es nicht, wenn das Bundesverwaltungsgericht zu der EU-Anlastungsentscheidung lediglich ausführt, hieraus ergebe sich für die fehlerhafte Ausführung von Bundesgesetzen nichts.¹⁰⁶¹

Zudem spricht das die Entscheidung zu den EU-Anlastungen tragende Argument auch allgemein für eine verschuldensunabhängige Haftung. Das Bundesverfassungsgericht stellt nämlich darauf ab, dass die EU-Anlastungen verschuldensunabhängig entstünden und deshalb auch die innerstaatliche Verteilung dieser Last verschuldensunabhängig sein müsse. Es betont also den Lastencharakter der EU-Anlastungen. Dieser Gedanke lässt sich auf die innerstaatlichen Haftungsfälle übertragen. Auch hier entstehen die Lasten einer fehlerhaften Verwaltungshandlung unabhängig davon, ob dem jeweiligen Amtswalter ein Verschulden zu Last fällt. Wenn man nun die Haftung des Verursachers von einem Verschulden abhängig macht, weist man die Tragung der Lasten der fehlerhaften Verwaltung in all jenen Fällen dem Geschädigten zu, in denen kein Verschulden vorliegt. Für eine derartige Lastenzuweisung fehlt es an einem sachlichen Grund.

Besonders deutlich wird die Unangemessenheit dieser Lastenverteilung, wenn man die Kompetenzdifferenzierung in den Blick nimmt, die Ausgangspunkt jeder Haftung im Zusammenhang mit der Ausführung von Bundesgesetzen ist. Ohne Kompetenzdifferenzierung würden die finanziellen Konsequenzen der fehlerhaften Verwaltung beim Schädiger selbst eintreten. Durch die Kompetenzdifferenzierung treten die Folgen aber bei der jeweils anderen föderalen Ebene ein. Die Verwaltungshaftung zielt darauf ab, die Lastenverteilung herzustellen, die ohne Kompetenzdifferenzierung bestünde.

3. Eigene Auffassung zum Verschuldenskriterium

a) Auslegung nach dem Wortlaut „*ordnungsmäßig*“

Der Begriff „*ordnungsmäßig*“ ist ein unbestimmter Rechtsbegriff, der durch Rechtsprechung und Lehre bisher nicht konkretisiert wurde. Eine am

1061 BVerwG, Urt. v. 24.01.2007, Az. 3 A 2/05, BVerwGE 128, 99-118 (Verteidigungslasten) juris Rn. 5.

Wortlaut orientierte Auslegung muss daher zunächst den allgemeinen Sprachgebrauch zugrunde legen. Der Wortlaut „*ordnungsmäßig*“ spricht für einen objektiven Haftungsmaßstab, denn der Begriff bedeutet im Wortsinne einer Ordnung entsprechend.¹⁰⁶² Unter einer Ordnung versteht man gemeinhin eine Gesamtheit von Kriterien oder Voraussetzungen. Nach dem allgemeinen Sprachgebrauch ist etwas „*in Ordnung*“ oder „*ordnungsgemäß*“, wenn es nicht zu beanstanden, also frei von Fehlern ist. So wäre es offensichtlich ein Fehlgebrauch des Begriffs, eine Handlung oder ein Arbeitsergebnis als „*ordnungsmäßig*“ zu bezeichnen, wenn es zwar objektiv fehlerhaft ist, jedoch subjektiv nach bestem Wissen und Gewissen gehandelt wurde.

Dieses Verständnis des Begriffs „*ordnungsmäßig*“ ist auch in der Gesetzesbegründung bereits vorgegeben. Denn dort ist von einer Zuweisung der Kosten für eine fehlerhafte Verwaltung und der Tragung des Verwaltungsrisikos die Rede.¹⁰⁶³ Ein Fehler ist die Abweichung eines Zustands, Vorgangs oder Ergebnisses von einem Standard, den Regeln oder einem Ziel. Die Beurteilung der Fehlerhaftigkeit richtet daher nach objektiven Kriterien. Risiken sind objektive Gefahrzustände. Sie bestehen und verwirklichen sich unabhängig von subjektiven Kriterien.

In dem Begriff „*ordnungsmäßig*“ finden sich keinerlei Anknüpfungspunkte für eine Subjektivierung des Maßstabes. Bezogen auf eine Verwaltungsmaßnahme ist eine solche im Ergebnis nur dann als „*ordnungsmäßig*“ zu bezeichnen, wenn sie allen Regeln entspricht, die bei ihrer Durchführung zu beachten sind.

b) Systematischer Zusammenhang zur Lastentragung

Der systematische Zusammenhang zu Kostentragungsregelungen wie dem Konnexitätsprinzip legt es ebenfalls nahe, dass subjektive Kriterien nicht maßgeblich sein können. Kosten werden nach objektiven Gesichtspunkten zugeordnet. Das Konnexitätsprinzip statuiert, dass die Kosten einer Aufgabe von demjenigen zu tragen sind, dem diese Aufgabe zugewiesen ist. Der Kostentragung liegt damit das Verursachungsprinzip zugrunde. Ein persönlicher Vorwurf ist damit nicht verbunden.

1062 So auch unter Verweis auf die Brockhaus-Enzyklopädie U. Stelkens, Verwaltungshaftungsrecht, 1998, S. 298 Fn. 222.

1063 Entwurf eines ... Gesetzes zur Änderung und Ergänzung des Grundgesetzes (Finanzreformgesetz), BT-Drs. V/2861, S. 31 Tz. 123.

c) Sinn und Zweck

Auch Sinn und Zweck der Haftung legen keine Orientierung an subjektiven Kriterien nahe. Ausgangspunkt der Verwaltungshaftung zwischen Bund und Ländern ist stets eine Kompetenzdifferenzierung, welche zur Folge hat, dass sich die Verwaltungsfehler der einen föderalen Ebene in einem Schaden der anderen föderalen Ebene niederschlagen. Durch die Verwaltungshaftung wird dieses unsachgemäße Ergebnis korrigiert und Fehlerverursachung und Fehlerfolgen auf einer Ebene zusammengeführt.

Sinn und Zweck der Haftungsregelung ist es, die Kosten für fehlerhafte Verwaltungsmaßnahmen demjenigen zuzuweisen, in dessen Einflussphäre die Fehlerquelle liegt, um so zu erreichen, dass diese abgestellt wird. Nur wenn derjenige, der einen Schaden im Rahmen seines Verantwortungsbereichs verursacht hat, auch für die daraus folgenden Kosten aufkommen muss, gibt es einen Anreiz, derartige Fehler in Zukunft zu vermeiden. Für diese Ratio ist es unerheblich, ob einem konkret handelnden Amtswalter ein subjektiver Vorwurf gemacht werden kann oder nicht.

4. Zusammenfassung

Wortlaut, Systematik und Rechtsnatur der Verwaltungshaftung sprechen für eine verschuldensunabhängige Haftung. Sachlich zwingende Gründe für eine Verschuldenshaftung sind demgegenüber nicht ersichtlich. Auch das Bundesverfassungsgericht ist bei seiner EU-Anlastungsentscheidung von einer verschuldensunabhängigen Haftung ausgegangen. Die zugrundeliegenden Erwägungen gelten auch allgemein für die Anwendung der Haftungsregelung. Der verschuldensunabhängigen Haftung ist deshalb der Vorzug zu geben.

IV. Bestimmung des Haftungsmaßstabs „*ordnungsmäßig*“

Zur Bestimmung eines verschuldensunabhängigen Haftungsmaßstabs anhand des Tatbestandsmerkmals „*ordnungsmäßig*“ werden verschiedene Auffassungen vertreten.

1. U. Stelkens: Lenkungsversagen von Regierung und Parlament

Für *U. Stelkens* dient die Verwaltungshaftung einer Effektivierung der parlamentarischen Kontrolle der Regierung durch ein Zusammenführen von Kostenlast und Regierungsverantwortung.¹⁰⁶⁴

Durch die Belastung des Haushalts des schädigenden Hoheitsträgers mit den durch eine Schädigung entstandenen Kosten werde dem Parlament des Schädigers das Versagen der Verantwortlichen vor Augen geführt und ein ökonomischer Druck zur Beseitigung von Fehlerquellen ausgeübt. Nur soweit Fehler gerade für Parlament und Regierung vermeidbar seien, erscheine eine Haftung daher erforderlich.¹⁰⁶⁵ Eine allgemeine Verantwortung für das fahrlässige oder auch vorsätzliche Fehlverhalten einzelner Amtswalter steigere dagegen die Effektivität der parlamentarischen Kontrolle kaum, sondern begründe nur eine Pflicht zur Tragung von Kosten, die auch die beste Verwaltungsorganisation nicht verhindern könne. Für Lenkungsversagen nennt *U. Stelkens* die folgenden Beispiele:

- „die von der Regierung und/oder dem Parlament veranlasste oder geduldete Abweichung von den gesetzlichen Vorgaben beim Gesetzesvollzug;
- der Erlass/die Nichtaufhebung von Verwaltungsvorschriften, die anerkanntermaßen zu rechtswidrigen Entscheidungen im Einzelfall führen;
- ein vom Parlament und/oder der Regierung geduldetes Unterlassen der Einrichtung von Kontrollinstitutionen bzw. das Unterlassen oder die nachlässige Verwirklichung gebotener und rechtlich möglicher Kontrollen;
- die Nichtschließung erkannter Fehlerquellen, wie z.B. die Nichteinleitung oder Verhinderung gebotener Disziplinarmaßnahmen gegen bereits besonders auffällig gewordene Bedienstete, etwa aus politischen Gründen;
- die Ausstattung der Behörden in einer Weise, die vorhersehbar einen ordnungsgemäßen Gesetzesvollzug nicht gewährleistet.“¹⁰⁶⁶

1064 *U. Stelkens*, in: Härtel (Hrsg.), Handbuch des Föderalismus, 2012, § 42 Rn. 40; zustimmend Heitsch, Die Ausführung der Bundesgesetze durch die Länder, 2001, S. 406.

1065 *U. Stelkens*, in: Härtel (Hrsg.), Handbuch des Föderalismus, 2012, § 42 Rn. 41.

1066 *U. Stelkens*, in: Härtel (Hrsg.), Handbuch des Föderalismus, 2012, § 42 Rn. 43.

2. Kritik: Lenkungsversagen als Kriterium führt zu Politisierung

Die von *U. Stelkens* vorgenommene Fokussierung auf das Vorliegen eines Lenkungsversagens von Regierung und Parlament führt zu einer schädlichen Politisierung der Verwaltungshaftung zwischen Bund und Ländern. Ein auf diese Weise hergeleiteter Haftungsmaßstab ist daher abzulehnen.

Es ist nicht Aufgabe der Gerichte, Regierungen und Parlamente mit dem „*Verdikt*“ eines Lenkungsversagens zu versehen und so zum „*Schiedsrichter*“ in der politischen Auseinandersetzung zu werden. Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet über Rechtmäßigkeit von Maßnahmen des öffentlichen Rechts, das Bundesverfassungsgericht über deren Verfassungsmäßigkeit. Die Kontrolle der Regierung ist hingegen Sache des Parlaments. Das Parlament wiederum ist den Wählern verantwortlich. Gerade die von *U. Stelkens* vorgenommene Aufzählung veranschaulicht, dass der Haftungsmaßstab des Lenkungsversagens zu einem Übergriff der Judikative in die Verantwortungsbereiche von Legislative und Exekutive führen würde.

Im Übrigen ist konkret schadensauslösend für die Verwaltungshaftung immer eine einzelne Verwaltungsmaßnahme bzw. das Unterlassen einer solchen. Eine nicht ordnungsmäßige Verwaltungsorganisation von Bund oder Land kann für sich genommen nicht zu einem Schaden beim jeweils anderen führen. Der Schaden entsteht vielmehr erst durch die konkrete fehlerhafte Mittelverwendung, Aufsichtsmaßnahme usw. Auch das Bundesverfassungsgericht hat der Beschränkung der Haftung auf ein Lenkungsversagen von Regierung und Parlament eine Absage erteilt.¹⁰⁶⁷

3. Generell einschränkende Auslegung der Haftungsnorm

Unabhängig von der Kernbereichsrechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, die ihre einschränkende Auslegung auf die Gestaltungsfreiheit des Ausführungsgesetzgebers stützt, plädiert auch eine Meinung in der Literatur für eine generell einschränkende Auslegung der Haftungsregelung.

1067 BVerfG, Urt. v. 07.09.2010, Az. 2 BvF 1/09, BVerfGE 127, 165-224 juris Rn. 112.

- a) Vermeidung umfassender gegenseitiger Kontrollbefugnisse und -pflichten

Eine einschränkende Auslegung der Haftungsregelung sei geboten, weil die Haftung sonst zu umfassenden gegenseitigen Kontrollbefugnissen und -pflichten von Bund und Ländern führen würde, welche die grundgesetzliche Kompetenzverteilung der Art. 83 ff. GG in Frage stellen würde.¹⁰⁶⁸

Diese Auffassung beruht auf zwei Annahmen: Erstens, dass mit einem Haftungsanspruch im Bund-Länder-Verhältnis notwendig die zur seiner Geltendmachung notwendige Verwaltungskompetenz einhergeht.¹⁰⁶⁹ Zweitens, dass ein solcher Anspruch nicht nur ein Recht des jeweiligen Anspruchsinhabers darstellt, sondern die aus § 34 BHO/LHO abgeleitete Pflicht besteht, derartige Ansprüche auch geltend zu machen.¹⁰⁷⁰ Hieraus leitet *U. Stelkens* ab, dass der potenziell Geschädigte eine Pflicht hätte, alle möglicherweise haftungsrelevanten Handlungen des potenziellen Schädigers nachträglich umfassend zu kontrollieren.¹⁰⁷¹ *U. Stelkens* formuliert die befürchteten Folgen am Beispiel der Steuerverwaltung wie folgt:

„Der Bund wäre letztlich verpflichtet, jeden einzelnen Verwaltungsvorgang der Landesfinanzbehörden auf seine Vereinbarkeit mit Gesetzen, Verwaltungsvorschriften und Einzelweisungen zu überprüfen. Die Länder müssten die Biersteuerverwaltung des Bundes genau kontrollieren und darüber hinaus jede Verwaltungsvorschrift und jede Einzelweisung des Bundes, die sich auf der Einnahme- oder Ausgabenseite ihres Haushalts als nachteilig erweisen kann, auf ihre Rechtmäßigkeit zu überprüfen. Art. 104a Abs. 5 Satz 1 Hs. 2 GG würde somit indirekt zu ungeschriebenen Aufsichtsverhältnissen zwischen Bund und Ländern führen – und damit die grundgesetzliche Aufteilung der Vollzugskompetenzen insbesondere nach den Art. 83 f. GG unterlaufen.“¹⁰⁷²

1068 So frühzeitig *Schulze*, DÖV 1972, S. 409 ff. (414); *U. Stelkens*, Verwaltungshaftungsrecht, 1998, S. 303 f.; ihm folgend *Heitsch*, Die Ausführung der Bundesgesetze durch die Länder, 2001, S. 404 f.; Bonner Kommentar/*Prokisch*, Mai 2003, Art. 104a Rn. 336.

1069 *U. Stelkens*, Verwaltungshaftungsrecht, 1998, S. 305; in diese Richtung auch Bonner Kommentar/*Prokisch*, Mai 2003, Art. 104a Rn. 336.

1070 *U. Stelkens*, Verwaltungshaftungsrecht, 1998, S. 303 f.; zustimmend *Heitsch*, Die Ausführung der Bundesgesetze durch die Länder, 2001, S. 405.

1071 *U. Stelkens*, Verwaltungshaftungsrecht, 1998, S. 304; zustimmend *Heitsch*, Die Ausführung der Bundesgesetze durch die Länder, 2001, S. 405.

1072 *U. Stelkens*, Verwaltungshaftungsrecht, 1998, S. 304 f.

Diese Argumentation einer drohenden gegenseitigen Universalaufsicht von Bund und Ländern in allen Verwaltungsverhältnissen, in denen potenziell Haftungsfälle auftreten können, ist nicht stichhaltig. Zunächst überzeugt es in methodischer Hinsicht nicht, dass die Haftungsnorm als höherrangige Verfassungsnorm unter Hinweis auf die einfachgesetzlichen Haushaltordnungen von Bund und Ländern einschränkend auszulegen sein soll. Aber auch soweit auf einen Konflikt zwischen der Haftungsnorm und dem Kompetenzgefüge der Art. 83 ff. GG abgestellt wird, überzeugt die einseitige Lösung des Konflikts dieser gleichrangigen Normen zulasten der Haftungsregelung nicht. Die Haftungsregelung erfordert keine Pflicht zur gegenseitigen Prüfung aller potenziell haftungsrelevanten Verwaltungsmaßnahmen von Bund und Ländern. Ebenso gut könnte man aus den Aufsichtsrechten des Bundes über in Art. 84 Abs. 3 und Art. 85 Abs. 4 GG und dem Rechtmäßigkeitsgrundsatz folgern, dass der Bund jede einzelne Verwaltungsmaßnahme der Länder bei der Ausführung der Bundesgesetze auf ihre Rechtmäßigkeit zu überprüfen hätte. Es ist wenig überraschend, dass dies nirgendwo vertreten wird, denn eine effiziente Verwaltung wäre so nicht möglich. Auch von einer eigenverantwortlichen Aufgabenwahrnehmung der Länder könnte dann nicht die Rede sein.

Entsprechendes gilt auch für die Haftungsregelung. Zwar trifft es zu, dass mit der Statuierung von Haftungsansprüchen im Bund-Länder-Verhältnis Verwaltungskompetenzen des potenziellen Gläubigers einhergehen.¹⁰⁷³ Dies rechtfertigt eine einschränkende Auslegung der materiellen Voraussetzungen der Haftung zur Vermeidung zu weitgehender Bundesbefugnisse jedoch nicht.¹⁰⁷⁴ Vielmehr ist derartigen Gefahren mit dem Bundesverfassungsgericht durch verfahrensrechtliche Anforderungen zu begegnen. Die Eigenständigkeit der Ausführung der Bundesgesetze durch die Länder ist in Ausgleich zu bringen mit der Wirksamkeit des Haftungsrechts und der föderalen Gleichbehandlung von Haftungsfällen.¹⁰⁷⁵

1073 So auch BVerfG, Urt. v. 07.09.2010, Az. 2 BvF 1/09, BVerfGE 127, 165-224 juris Rn. 116, hierzu auch nachfolgend unter Fünfter Teil F.I.1. Bundesverfassungsgericht zu Informationsansprüchen des Bundes, S. 336.

1074 BVerfG, Urt. v. 07.09.2010, Az. 2 BvF 1/09, BVerfGE 127, 165-224 juris Rn. 116.

1075 BVerfG, Urt. v. 07.09.2010, Az. 2 BvF 1/09, BVerfGE 127, 165-224 juris Rn. 127.

b) Vermeidung von Zahlungsverkehr zwischen Bund und Ländern

Prokisch und *Vogel/P. Kirchhof* zufolge ist eine einschränkende Auslegung der Haftungsnorm geboten, weil es der Zweck des Art. 104a Abs. 5 GG sei, dem internen „Verrechnungsverkehr“ zwischen Bund und Ländern ein Ende zu bereiten.¹⁰⁷⁶

In den Gesetzesentwurf der Finanzreform haben derartige Überlegungen keinen ausdrücklichen Eingang gefunden. Es heißt dort lediglich allgemein, dass die Länder die Verwaltungskosten bei der Ausführung der Bundesgesetze als Verwaltungsträger zu tragen haben.¹⁰⁷⁷ *Prokisch* bezieht sich daher offenbar auf Tz. 214 des Troeger-Gutachtens. Dort heißt es:

„Durch die Regelung des Art. 104a Abs. 4 GG (Entwurf) werden die letzten Fälle gegenseitiger Erstattung von Verwaltungskosten im Verhältnis zwischen Bund und Ländern künftig beseitigt; damit wird der innerbehördliche Verwaltungs- und Zahlungsverkehr von unproduktiven Überweisungen, Kontrollen usw. entlastet und die Verwaltung vereinfacht.“¹⁰⁷⁸

Den Ausführungen im Troeger-Gutachten ist zu entnehmen, dass sich die Erwägungen auf die Regelung der Verwaltungskosten in Hs. 1 GG beziehen und nicht auf die Haftungsregelung in Hs. 2. Schon deshalb greift der Einwand von *Prokisch* und *Vogel/P. Kirchhof* nicht. Im Übrigen ist mit der Einführung der Haftungsnorm notwendig ein gegenseitiger Zahlungsverkehr verbunden. Die Entscheidung, für eine Haftungsregelung beinhaltet deshalb auch die Entscheidung insoweit gegenseitigen Zahlungsverkehr zwischen Bund und Ländern zuzulassen.

4. Eigene Auffassung zum Haftungsmaßstab

Eine Verwaltungsmaßnahme im Bund-Länder-Verhältnis ist dann ordnungsgemäß, wenn sie alle Anforderungen erfüllt, die konkret an sie gestellt werden. Zutreffend weist *Seelmaecker* darauf hin, dass die Pflichten

1076 Bonner Kommentar/*Prokisch*, Mai 2003, Art. 104a Rn. 336; Bonner Kommentar/*Vogel/P. Kirchhof*, Februar 1971, Art. 104a Rn. 161.

1077 Entwurf eines ... Gesetzes zur Änderung und Ergänzung des Grundgesetzes (Finanzreformgesetz), BT-Drs. V/2861, S. 31 Tz. 122.

1078 *Kommission für die Finanzreform*, Gutachten über die Finanzreform in der Bundesrepublik Deutschland, 1966, Tz. 214.

der Verwaltung je nach Verwaltungsgegenstand differieren und es maßgeblich auf die jeweilige Ausgestaltung ankommt.¹⁰⁷⁹ Welche Anforderungen dies jeweils sind, unterscheidet sich sowohl nach Verwaltungsbereichen als auch nach dem Gebrauch, den Bund und Länder von ihren Kompetenzen machen.

Ausgangspunkt ist die Rechtmäßigkeit der jeweiligen Verwaltungsmaßnahme.¹⁰⁸⁰ Zum rechtmäßigen Handeln ist die Verwaltung nach Art. 20 Abs. 3 GG generell verpflichtet.¹⁰⁸¹ Auch im Wortsinne ist ein rechtswidriges Verwaltungshandeln nicht mehr ordnungsmäßig. Bei der Ausführung von Bundesgesetzen sind in erster Linie die Vorschriften des auszuführenden Gesetzes selbst zu beachten.

Der Maßstab der Rechtmäßigkeit schließt auch die fehlerfreie Ermessensausübung ein.¹⁰⁸² § 40 VwVfG¹⁰⁸³ verpflichtet Behörden dazu, das Ermessen entsprechend dem Zweck der Ermächtigung auszuüben. § 114 VwGO statuiert für den gerichtlichen Kontrollmaßstab, dass ein Verwaltungsakt auch dann rechtswidrig ist, wenn die gesetzlichen Grenzen nicht eingehalten werden oder der Ermessengebrauch nicht zweckentsprechend ist. Die Haftung für Ermessensfehler ist also von einer Rechtsmäßigkeitshaftung umfasst.

Der Haftungsmaßstab der Ordnungsmäßigkeit beschränkt sich aber nicht auf die Rechtmäßigkeit. Sonst könnte die Haftungsnorm schlicht eine von Bund und Ländern Haftung für eine rechtmäßige Verwaltung anordnen, worauf Seelmaecker zutreffend hinweist.¹⁰⁸⁴

Die Länder haben bei der Ausführung der Bundesgesetze nicht nur die Bundesgesetze zu beachten, sondern sind auch an die interföderalen Verwaltungsvorschriften (Art. 84 Abs. 2, Art. 85 Abs. 2 GG) und Weisungen (Art. 84 Abs. 5, Art. 85 Abs. 3 GG) des Bundes gebunden. Bei der Ausführung der Bundesgesetze kann der Bund durch seine Verwaltungsvorschrif-

1079 Seelmaecker, *Die Verwaltungshaftung und die Gemeinschaftsaufgaben*, 1998, S. 79.

1080 So auch Storr, in: Aulehner (Hrsg.), *Föderalismus - Auflösung oder Zukunft der Staatlichkeit?*, 1997, S. 283 f.

1081 Seelmaecker, *Die Verwaltungshaftung und die Gemeinschaftsaufgaben*, 1998, S. 79.

1082 Storr, in: Aulehner (Hrsg.), *Föderalismus - Auflösung oder Zukunft der Staatlichkeit?*, 1997, S. 284; Rudisile, DÖV 1985, S. 909 ff. (911).

1083 Bzw. die entsprechende Vorschrift der Verwaltungsverfahrensgesetze der Länder.

1084 Seelmaecker, *Die Verwaltungshaftung und die Gemeinschaftsaufgaben*, 1998, S. 79.

ten die Gesetzesausführung konkretisieren und die Ermessensausübung lenken bzw. durch seine Weisungen eine bestimmte Sachentscheidung verbindlich festlegen. Insofern ergibt sich aus den verbindlichen Verwaltungsvorschriften und Weisungen eine Ergänzung des Maßstabs der Ordnungsmäßigkeit. Eine Verwaltungsmaßnahme der Länder ist nur ordnungsgemäß, wenn sie in Übereinstimmung mit den geltenden Verwaltungsvorschriften und Weisungen des Bundes steht. Auch der unveröffentlichte Referentenentwurf hat die Einhaltung von Verwaltungsvorschriften und Weisungen in den Haftungsmaßstab vorgesehen.¹⁰⁸⁵

Zum Teil wird die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften und Weisungen, die verbindliches Innenrecht der Verwaltung darstellen, bereits unter den Begriff der Rechtmäßigkeit subsumiert.¹⁰⁸⁶ Es erscheint jedoch für die Zwecke des Haftungsrechts vorzugswürdig, zwischen Rechtmäßigkeit im engeren Sinne – also Übereinstimmung mit allgemeinverbindlichen Rechtsvorschriften wie Gesetzen und Rechtsverordnungen – und der weitergehenden Bindung der Länder an Anordnungen des Bundes zu unterscheiden, welche ihre Grundlage in den grundgesetzlichen Ingerenzrechten des Bundes hat. Deutlich wird der Unterschied, wenn es aus Sicht der Länder zu einem Konflikt zwischen rechtmäßigem und anordnungsgemäßem Verhalten kommt. Denn Verwaltungsvorschriften und Weisungen des Bundes sind von den Ländern auch dann zu beachten, wenn sie rechtswidrig sind, obwohl die gesetzliche Regelung gegenüber den Anordnungen des Bundes grundsätzlich höherrangig ist. Dieser Vorrang der Anordnungsrechte dient dazu, die Effektivität der Ingerenzrechte des Bundes sicherzustellen. Die Länder unterliegen – von besonderen Ausnahmefällen einmal abgesehen – einer strikten Befolgungspflicht.

Im Rahmen der Verwaltungshaftung führt diese strikte Befolgungspflicht dazu, dass der Bund im Innenverhältnis den Ländern für die Folgen der Umsetzung rechtswidriger Verwaltungsvorschriften und Weisungen haftet. Umgekehrt entsteht aber kein Haftungsanspruch des Bundes gegen ein Land, wenn dieses einer rechtswidrigen Verwaltungsvorschrift oder Weisung des Bundes nicht Folge leistet und die von ihm stattdessen ergriffene Verwaltungsmaßnahme rechtmäßig ist. Denn bei normativ-wertender Betrachtung entsteht dem Bund kein Schaden daraus, dass das Land

1085 Unveröffentlichter "Entwurf eines Gesetzes über die gegenseitige Haftung zwischen Bund und Ländern für eine ordnungsgemäße Verwaltung" vom 05.06.1973, Az. I B – FV 1160-20/73, § 2 Abs. 2, S. 3.

1086 *F. Kirchhof*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, Januar 2011, Art. 84 Rn. 198.

eine rechtmäßige statt einer rechtswidrigen Verwaltungsmaßnahme ergriffen hat.¹⁰⁸⁷ Da der Bund zur rechtmäßigen Ausübung seiner Verwaltungskompetenzen verpflichtet ist, ist bei der Schadensermittlung nach der Differenzhypothese der Zustand zugrunde zu legen, der bei rechtmäßigem Verhalten des Bundes bestehen würde. Dieses Ergebnis entspricht auch dem kompensatorischen Charakter der Verwaltungshaftung, die keinen pönenal Zweck verfolgt.

In anderen Verwaltungsbereichen als der Ausführung der Bundesgesetze können noch weitere Anforderungen an die Ordnungsmäßigkeit der Verwaltung hinzutreten. So sieht Art. 104b Abs. 2 Satz 1, 2 GG die nähere Ausgestaltung von Finanzhilfen nicht nur durch Bundesgesetz, sondern auch durch Verwaltungsvereinbarung zwischen Bund und Ländern vor. Soweit Bund und Länder derartige Verwaltungsvereinbarungen abschließen, erstreckt sich die Haftung für eine ordnungsgemäße Verwaltung auf die dort festgelegten Bedingungen der Finanzhilfe.

5. Zusammenfassung

Der Haftungsmaßstab „*ordnungsmäßig*“ umfasst in jedem Fall die Einhaltung von Gesetzen im materiellen Sinne, darüber hinaus aber auch die Beachtung des verbindlichen Innenrechts wie Verwaltungsvorschriften und Weisungen. Dort wo das Grundgesetz den Abschluss von Verwaltungsvereinbarungen vorsieht, können auch diese den Haftungsmaßstab näher ausfüllen.

Demgegenüber ist der von *U. Stelkens* vorgeschlagene Haftungsmaßstab des „*Lenkungsversagens*“ von Regierung und Parlament abzulehnen, weil ein solcher Maßstab zu einer unnötigen Politisierung der Verwaltungshaftung führen würde. Soweit in der Literatur eine generell einschränkende Auslegung des Haftungsmaßstabs gefordert wird, um umfassende gegenseitige Kontrollbefugnisse von Bund und Ländern zu vermeiden, überzeugt dies gleichfalls nicht. Die eigenverantwortliche Aufgabenerledigung insbesondere der Länder kann statt dessen durch verfahrensrechtliche Anforderungen gesichert werden. Schließlich greift auch der Einwand nicht durch, die Finanzreform habe gegenseitigen Zahlungsverkehr zwischen Bund und Ländern vermeiden wollen. Denn mit der Einfügung der Haf-

1087 BVerwG, Urt. v. 25.08.2011, Az. 3 A 2/10, LKV 2011, 24-26 (Lastenausgleich) juris Rn. 30.

tungsregelung geht notwendig ein entsprechender Zahlungsverkehr bei Schadensfällen einher.

V. Perspektiven für eine Weiterentwicklung des status quo: Haftungsmaßstab als verfassungsrechtliche Frage

Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum Haftungsmaßstab ist – wie dargelegt – gewichtigen Einwänden ausgesetzt. Es handelt sich jedoch um eine ständige und gefestigte Rechtsprechung seit der BAföG-Entscheidung im Jahre 1994,¹⁰⁸⁸ die zuletzt 2011 in der Lastenausgleich-Entscheidung nochmals bestätigt wurde.¹⁰⁸⁹

Eine Weiterentwicklung des Haftungsmaßstabs in Richtung eines verschuldensunabhängigen Anspruchs könnte möglicherweise durch Herbeiführung einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu dieser Frage erreicht werden. In Bezug auf EU-Anlastungen hat Bundesverfassungsgericht einen verschuldensunabhängigen Anspruch bereits bejaht. Die dieser Entscheidung zugrunde liegenden Erwägungen sind auf die Verwaltungshaftung zwischen Bund und Ländern übertragbar. In Frage käme vorliegend ein Bund-Länder-Streit-Verfahren nach § 93 Abs. 1 Nr. 3, §§ 13 Nr. 7, 68 ff. BVerfGG. Hierfür müsste der Rechtsstreit über den Haftungsmaßstab verfassungsrechtlicher und nicht verwaltungsrechtlicher Art sein.¹⁰⁹⁰ Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts setzt dies eine Maßnahme voraus, die innerhalb eines Bund und Land umspannenden materiellen Verfassungsrechtsverhältnisses eine verfassungsrechtliche Rechtsposition verletzen oder unmittelbar gefährden kann.¹⁰⁹¹ Demgegenüber entscheidet das Bundesverwaltungsgericht nach § 40 Abs. 1 Satz 1, § 50 Abs. 1 Nr. 1 VwGO im ersten und letzten Rechtszug über öffentlich-rechtliche Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art zwischen dem Bund und den Ländern. Das Bundesverfassungsgericht hat

1088 BVerwG, Urt. v. 18.05.1994, Az. 11 A 1/92, BVerwGE 96, 45-59 (BAföG) juris Rn. 42 f.

1089 BVerwG, Urt. v. 25.08.2011, Az. 3 A 2/10, LKV 2011, 24-26 (Lastenausgleich) juris Rn. 20.

1090 Schorkopf, in: Burkacz/Dollinger/Schorkopf (Hrsg.), BVerfGG, 2015, §§ 68, 69 Rn. 24; Lenz/Hansel, BVerfGG, 2015 § 68 Rn. 5; Müller, in: Barczak (Hrsg.), BVerfGG, 2018, § 69 Rn. 13.

1091 BVerfG, Urt. v. 07.10.2003, Az. 2 BvG 1/02, 2 BvG 2/02, BVerfGE 109, 1-13 juris Rn. 13 m.w.N.

sich bisher nur vereinzelt mit der Rechtswegzuständigkeit für die Verwaltungshaftung befasst.

1. Bundesverfassungsgericht: Streit über verfassungsunmittelbaren Anspruch verfassungsrechtlicher Natur

In seinem Beschluss vom 20.01.1999 hat das Bundesverfassungsgericht einen Bund-Länder-Streit über einen Haftungsanspruch des Bundes für verfristet erachtet. Das Land Nordrhein-Westfalen hatte das Bundesverfassungsgericht angerufen, nachdem das Bundesverwaltungsgericht in seiner Katastrophenschutz-Entscheidung dem Bund einen Anspruch zugesprochen hatte.¹⁰⁹²

Zur Rechtswegeröffnung führt das Bundesverfassungsgericht aus, dass der Bund sich eines Anspruchs aus Art. 104a Abs. 5 Satz 1 Hs. 2 GG und damit eines im Verfassungsrecht wurzelnden Anspruchs berühme. Diese werfe verfassungsrechtlich die Frage auf, ob die Haftungsnorm eine unmittelbare Anspruchsgrundlage für das Begehrten des Bundes biete, obwohl ein Gesetz gemäß Art. 104a Abs. 5 Satz 2 GG nicht ergangen sei.¹⁰⁹³ Dagegen komme dem Zahlungsbegehrten als solchem – ebenso wenig wie einem Urteil hierüber und einer Vollstreckung desselben – keine Bedeutung für einen verfassungsrechtlichen Bund-Länder-Streit zu.¹⁰⁹⁴ Insoweit gehe es nur um einen verwaltungsrechtlichen Anspruch auf Schadensersatz und seine Durchsetzung, nicht aber um verfassungsrechtliche Fragen, die zum Gegenstand eines Bund-Länder-Streits im Sinne des Art. 93 Abs. 1 Nr. 3 GG gemacht werden könnten. Der geltend gemachte Zahlungsanspruch über DM 122.200,00 DM nebst Zinsen fuße wegen seiner Voraussetzungen im Übrigen ausschließlich auf Regelungen des einfachen Rechts, so etwa auf den Vorschriften des Katastrophenschutzgesetzes in Verbindung mit den hierzu erlassenen allgemeinen Verwaltungsvorschriften. Mit solchen Fragen habe sich das Bundesverfassungsgericht nicht zu befassen.

Aus diesen Ausführungen geht hervor, dass das Bundesverfassungsgericht (nur) die Frage der unmittelbaren Geltung der Haftungsnorm als verfassungsrechtliche Frage erachtet, nicht aber die einzelnen Tatbestands-

1092 BVerwG, Urt. v. 02.02.1995, Az. 2 A 5/92, NVwZ 1995, 991-993 (Katastrophenschutz).

1093 BVerfG, Urt. v. 20.01.1999, Az. 2 BvG 2/95, BVerfGE 99, 361-366 juris Rn. 18.

1094 BVerfG, Urt. v. 20.01.1999, Az. 2 BvG 2/95, BVerfGE 99, 361-366 juris Rn. 19.

voraussetzungen des Haftungsanspruchs. Demnach wäre auch die Frage des Haftungsmaßstabs keine verfassungsrechtliche Frage.

2. Bundesverfassungsgericht: Streit über verschuldensunabhängige Verwaltungshaftung ist verfassungsrechtlich

Auch in seinem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 07.10.2003¹⁰⁹⁵ hielt das Bundesverfassungsgericht den eingeleiteten Bundes-Länder-Streit wegen Verfristung für unzulässig. Gegenstand dieses Verfahrens war ein Anspruch des Landes Mecklenburg-Vorpommern gegen den Bund auf Rückerstattung von Zahlungen des Landes an den Bund wegen EU-Anlastungen. Ausgangspunkt war eine Klage vor dem Bundesverfassungsgericht, welches den Rechtsstreit dem Bundesverfassungsgericht vorlegte, weil es sich nicht um eine verwaltungsrechtliche Streitigkeit handle.

Auch in diesem Verfahren befasste sich das Bundesverfassungsgericht mit der vorgelagerten Frage des Rechtswegs. Im Hinblick darauf, ob die Verschuldensunabhängigkeit des Haftungsanspruchs eine verfassungsrechtliche Frage ist, liegt diese Entscheidung jedoch deutlich anders als die vorhergehende. Das Bundesverfassungsgericht stellt hier fest, dass sich der Antragsteller mit der Behauptung, nach Art. 104a Abs. 5 Satz 1 Hs. 2 GG sei eine verschuldensunabhängige Verwaltungshaftung ausgeschlossen, „auf einen im Verfassungsrecht wurzelnden (Abwehr-)Anspruch“ beruft.¹⁰⁹⁶ Dem könne nicht entgegengehalten werden, der behauptete Anspruch entspringe in seiner Gesamtheit erst einer – bislang fehlenden – einfachgesetzlichen Regelung gemäß Art. 104a Abs. 5 Satz 2 GG oder der die einfachgesetzliche Lücke ausfüllenden Haftungskernrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Das möge für Streitigkeiten um die Höhe eines Verwaltungshaftungsanspruchs oder dessen Verzinsung und nach einer Titulierung durch das Bundesverfassungsgericht für eine etwaige Vollstreckung aus diesem Urteil gelten. Es gelte jedoch nicht für die hier fragliche Zuordnung von Finanzlasten dem Grunde nach. Bereits im Verfahren BVerfGE 99, 361 habe der Senat die Frage der Rechtswegzuständigkeit bejaht.

1095 BVerfG, Urt. v. 07.10.2003, Az. 2 BvG 1/02, 2 BvG 2/02, BVerfGE 109, 1-13.

1096 BVerfG, Urt. v. 07.10.2003, Az. 2 BvG 1/02, 2 BvG 2/02, BVerfGE 109, 1-13 juris Rn. 18.

Aus diesen Ausführungen folgt notwendig, dass auch die positive Berufung auf einen verschuldensunabhängigen Anspruch aus Verwaltungshaftung im Verfassungsrecht wurzelt und damit einen zulässigen Gegenstand des Bund-Länder-Streitverfahrens bildet. Denn der positive Anspruch ist nichts anderes als die Kehrseite des negativen Abwehranspruchs. Das Bundesverfassungsgericht zählt die Frage der Verschuldensunabhängigkeit somit zur grundsätzlichen Zuordnung von Finanzlasten.

3. Bestätigung dieser Rechtsprechung

Diese neue Rechtsprechung bestätigte das Bundesverfassungsgericht in einer weiteren Entscheidung zu EU-Anlastungen, in der es erstmals auch in der Sache über die Verwaltungshaftung entschied. Auch hier hatten zwei Länder sich im Wege des Bund-Länder-Streits gegen einen verschuldensunabhängigen Regressanspruchs des Bundes wegen EU-Anlastungen zu Wehr gesetzt.

Das Bundesverfassungsgericht stellt zum Rechtsweg fest, dass das zwischen den Beteiligten streitige Rechtsverhältnis im verfassungsrechtlichen Grundverhältnis aus Art. 104a GG gründe.¹⁰⁹⁷ Bei der nachträglichen Kürzung von Geldern aus Haushaltsmitteln der Europäischen Gemeinschaften gehe es um die Zuordnung von Finanzlasten und damit um die Beantwortung der Frage, ob der Bund gegenüber der Gemeinschaftsebene ohne die Möglichkeit des Rückgriffs bei einem Land abschließend einzustehen habe oder nach nationalem Verfassungsrecht das betroffene Land dem Bund gegenüber zum Ausgleich verpflichtet sei. Mit der Behauptung, nach Art. 104a Abs. 5 Satz 1 Hs. 2 GG sei eine verschuldensunabhängige Verwaltungshaftung ausgeschlossen, beriefen sich die Antragstellerinnen auf einen im Verfassungsrecht wurzelnden Abwehranspruch.¹⁰⁹⁸

4. Zusammenfassung

Nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Haftungsmaßstab bei EU-Anlastungen ist davon auszugehen, dass eine Klärung der Ver-

1097 BVerfG, Urt. v. 17.10.2006, Az. 2 BvG 1/04, 2 BvG 2/04, BVerfGE 116, 271-327 (EU-Anlastungen) juris Rn. 106.

1098 BVerfG, Urt. v. 17.10.2006, Az. 2 BvG 1/04, 2 BvG 2/04, BVerfGE 116, 271-327 (EU-Anlastungen) juris Rn. 107.

schuldensabhängigkeit des Haftungsanspruchs aus Art. 104a Abs. 5 Satz 1 Hs. 2 GG durch das Bundesverfassungsgericht auch für rein innerstaatliche Haftungsfälle erreicht werden kann, weil es sich hierbei um eine verfassungsrechtliche Frage handelt.

E. Die Rechtsfolge: „haften“

Im Hinblick auf die grundsätzlichen Rechtsfolgen des Art. 104a Abs. 5 Satz 1 Hs. 2 GG besteht weitgehend Einigkeit. Haftung meint im System der Lastenverteilung des Art. 104a GG das finanzielle Einstehen müssen mit eigenen Haushaltssmitteln.¹⁰⁹⁹

I. Schadensersatz

In der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundessozialgerichts wird Art. 104a Abs. 5 Satz 1 Hs. 2 GG als Haftungsanspruch verstanden, der zum Schadensersatz verpflichtet.¹¹⁰⁰ Dies legt eine grundsätzliche Geltung des allgemeinen Schadensrechts entsprechend §§ 249 ff. BGB nahe.¹¹⁰¹

1099 Bonner Kommentar/*Vogel/P. Kirchhof*, Februar 1971, Art. 104a Rn. 163; *U. Stelkens*, Verwaltungshaftungsrecht, 1998, S. 271; Bonner Kommentar/*Prokisch*, Mai 2003, Art. 104a Rn. 344; *Heitsch*, Die Ausführung der Bundesgesetze durch die Länder, 2001, S. 401; *Janz*, Das Weisungsrecht nach Art. 85 Abs. 3 GG, 2003, S. 467; noch zur Vorgängervorschrift des Art. 108 Abs. 4 Satz 2 GG a.F.: *Kummer*, Die Haftung der Länder im Verhältnis zum Bund am Beispiel der Steuerverwaltung, 1973, S. 195 f.

1100 BVerwG, Urt. v. 18.05.1994, Az. 11 A 1/92, BVerwGE 96, 45-59 (BAföG) juris; BVerwG, Urt. v. 02.02.1995, Az. 2 A 5/92, NVwZ 1995, 991-993 (Katastrophenschutz) juris; BVerwG, Urt. v. 24.01.2007, Az. 3 A 2/05, BVerwGE 128, 99-118 (Verteidigungslasten) juris; BVerfG, Urt. v. 17.10.2006, Az. 2 BvG 1/04, 2 BvG 2/04, BVerfGE 116, 271-327 (EU-Anlastungen) juris; BSG, Urt. v. 15.12.2009, Az. B 1 AS 1/08 KL, BSGE 105, 100-117 (Kosten für Unterkunft und Heizung) juris; so auch *Hellermann*, in: *Mangoldt/Klein/Starck* (Hrsg.), Grundgesetz, 7²⁰¹⁸, Art. 104a Rn. 184.

1101 So auch *Rudisile*, DÖV 1985, S. 909 ff. (916); *Storr*, in: *Aulehner* (Hrsg.), Föderalismus - Auflösung oder Zukunft der Staatlichkeit?, 1997, S. 288; a.A. *U. Stelkens*, Verwaltungshaftungsrecht, 1998, S. 276, der die Regelung des Art. 104a Abs. 5 Satz 1 Hs. 2 als reine Lastenverteilungsregelung versteht und Grundsätze des Schadensrechts nicht für anwendbar hält. Dieser Argumentation hat das Bundesverfassungsgericht jedenfalls im Hinblick auf § 254 BGB eine Absage

Jedoch ist zu beachten, dass Verwaltungshaftung kein gegenseitiges Aufsichtsinstrument von Bund und Ländern ist. Ein „Rückgängigmacher“ des schädigenden Verwaltungshandelns im Sinne einer Naturalrestitution nach § 249 BGB kann daher nicht verlangt werden,¹¹⁰² sondern nur eine Entschädigung in Geld entsprechend § 251 BGB. Hierfür spricht auch der Regelungszusammenhang im Finanzverfassungsrecht. Es steht dem Schädiger jedoch frei, derartige Maßnahmen zur Schadensminderung zu ergreifen.¹¹⁰³

Ist der Haftungstatbestand erfüllt, so sind insbesondere die durch fehlerhaftes Verwaltungshandeln entstandenen Mehrkosten vom Verursacher zu tragen.¹¹⁰⁴ Gefahtet wird auf vollen Schadensausgleich.¹¹⁰⁵ Eine Beschränkung auf unmittelbar eingetretene Schäden lässt sich daher nicht begründen.¹¹⁰⁶ Eine richterliche Schadensschätzung entsprechend § 287 Abs. 1 ZPO ist zulässig, wenn eine Ermittlung der tatsächlichen Schadenshöhe unverhältnismäßig aufwendig wäre.¹¹⁰⁷

Welche Schadensposten jeweils konkret in Betracht kommen, hängt von der einschlägigen Fallgruppe ab. Bei fehlerhafter Fremdeinnahmenverwaltung geht es um die Einnahmenunterschreitung, bei der fehlerhaften Fremdmittelverwaltung insbesondere um Mehrkosten. Bei fehlerhaften

erteilt, BVerfG, Urt. v. 17.10.2006, Az. 2 BvG 1/04, 2 BvG 2/04, BVerfGE 116, 271-327 (EU-Anlastungen) juris Rn. 170.

- 1102 U. Stelkens, Verwaltungshaftungsrecht, 1998, S. 271; Hellermann, in: Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, ⁷2018, Art. 104a Rn. 180.
- 1103 Bonner Kommentar/Vogel/P. Kirchhof, Februar 1971, Art. 104a Rn. 163; Hellermann, in: Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, ⁷2018, Art. 104a Rn. 180; a. A. Storr, in: Aulehner (Hrsg.), Föderalismus - Auflösung oder Zukunft der Staatlichkeit?, 1997, S. 289, der sich für eine Naturalrestitution ausspricht.
- 1104 So bereits Entwurf eines ... Gesetzes zur Änderung und Ergänzung des Grundgesetzes (Finanzreformgesetz), BT-Drs. V/2861, S. 52 Tz. 303, ebenso BVerwG, Urt. v. 18.05.1994, Az. 11 A 1/92, BVerwGE 96, 45-59 (BAföG) juris Rn. 49, 50; BVerwG, Urt. v. 02.02.1995, Az. 2 A 5/92, NVwZ 1995, 991-993 (Katastrophen- schutz) juris Rn. 23; BVerwG, Urt. v. 24.01.2007, Az. 3 A 2/05, BVerwGE 128, 99-118 (Verteidigungslasten) juris Rn. 36; a.A. F. Kirchhof, NVwZ 1994, S. 105 ff. (106), nach dem sich keine bestimmten Rechtsfolgen ableiten lassen.
- 1105 BVerwG, Urt. v. 18.05.1994, Az. 11 A 1/92, BVerwGE 96, 45-59 (BAföG) juris Rn. 49; BVerwG, Urt. v. 02.02.1995, Az. 2 A 5/92, NVwZ 1995, 991-993 (Katastrophen- schutz) juris Rn. 23.
- 1106 A.A. U. Stelkens, Verwaltungshaftungsrecht, 1998, S. 274, nach dem sich aus dem Charakter als Lastentragungsvorschrift eine solche Beschränkung ergeben soll.
- 1107 BSG, Urt. v. 15.12.2009, Az. B 1 AS 1/08 KL, BSGE 105, 100-117 (Kosten für Unterkunft und Heizung) juris Rn. 41.

Verwaltungsvorschriften und Weisungen kommen sowohl Mehrkosten, etwa Gerichtskosten, als auch die Belastung mit Schadensersatzansprüchen in Betracht.

II. Verzinsung

Die Frage der Verzinsung kann für Ansprüche aus Verwaltungshaftung eine erhebliche Bedeutung erlangen, weil sich die Anspruchsklärung und Durchsetzung typischerweise über einen längeren Zeitraum hinziehen. Schon zwischen Schadensentstehung und Kenntnis des Berechtigten vom Anspruch kann ein langer Zeitraum liegen. Gleiches gilt für die vorerichtliche Auseinandersetzung zwischen Bund und Ländern.

So lag beispielsweise der BAföG-Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts eine Fallkonstellation zugrunde, in der Veruntreuungen der Leiterin des BAföG-Amtes von 1973-1982 andauerten.¹¹⁰⁸ Erst im Jahr 1982 wurden die Taten – durch einen Zufall – entdeckt. Bis zur Klageerhebung des Bundes vor dem Bundesverwaltungsgericht vergingen weitere zehn Jahre.¹¹⁰⁹ Auch in anderen Fällen war die Verfahrensdauer erheblich.¹¹¹⁰ Durch die Inflation können bei langen Zeiträumen Forderungen erheb-

1108 BVerwG, Urt. v. 18.05.1994, Az. 11 A 1/92, BVerwGE 96, 45-59 (BAföG) juris Rn. 2.

1109 BVerwG, Urt. v. 18.05.1994, Az. 11 A 1/92, BVerwGE 96, 45-59 (BAföG) juris Rn. 5.

1110 In der Katastrophenschutz-Entscheidung datierten die Veruntreuungen aus den Jahren 1987/1988, erst im Jahre 1992 erhob der Bund Klage, das Urteil erging 1995, BVerwG, Urt. v. 02.02.1995, Az. 2 A 5/92, NVwZ 1995, 991-993 (Katastrophenschutz) juris Rn. 2, 5. In der Fernstraßen-Entscheidung datierte der Schadenfall von 1988, die Klage wurde erst 1994 erhoben, das Urteil erging 1997, BVerwG, Urt. v. 16.01.1997, Az. 4 A 12/94, BVerwGE 104, 29-36 (Bundesfernstraßen) juris Rn. 4, 5. In der Verteidigungslasten-Entscheidung ereigneten sich die Schadensfälle von 1989-1995, Klage wurde im Jahre 2005 erhoben, das Urteil erging 2007, BVerwG, Urt. v. 24.01.2007, Az. 3 A 2/05, BVerwGE 128, 99-118 (Verteidigungslasten) juris Rn. 3, 7. In der KdU-Entscheidung ereignete sich das schadenverursachende Verwaltungshandeln von 2005-2008, Klage wurde 2008 erhoben, das Urteil erging 2009, BSG, Urt. v. 15.12.2009, Az. B 1 AS 1/08 KL, BSGE 105, 100-117 (Kosten für Unterkunft und Heizung) juris Rn. 1, 56. Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts im Jahr 2006 zu EU-Anlastungen betraf u.a. Anlastungsentscheidungen der EU aus dem Jahre 2000 für die Haushaltjahre 1996 bis 1998, BVerfG, Urt. v. 17.10.2006, Az. 2 BvG 1/04, 2 BvG 2/04, BVerfGE 116, 271-327 (EU-Anlastungen) Rn. 58.

lich entwertet werden. Dies spricht für eine Verzinsung von Haftungsansprüchen. So sah der Referentenentwurf zu einem Haftungsgesetz in § 6 Abs. 2 eine Verzinsung in Höhe von 2 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz vor.¹¹¹¹

1. Bundesverwaltungsgericht: Keine Verzugszinsen

Das Bundesverwaltungsgericht hat sich in der BAföG-Entscheidung eine Verzinsung von Haftungsansprüchen frühzeitig abgelehnt.¹¹¹² Es bezog sich hierbei auf seine ständige Rechtsprechung, nach der es keinen allgemeinen Grundsatz des Verwaltungsrechts gebe, der zur Zahlung von Verzugszinsen verpflichte. Im Gegenteil sei für die Nichterfüllung öffentlich-rechtlicher Geldforderungen des Staates der in § 233 Satz 1 AO (1977) zum Ausdruck kommende, abgabenrechtliche Grundsatz anzuwenden. Hier nach können Zinsen nur aufgrund ausdrücklicher gesetzlicher Grundlage verlangt werden. Dem hat sich die Literatur angeschlossen.¹¹¹³ Nach einhelliger Auffassung besteht jedoch ein Anspruch Prozesszinsen entsprechend §§ 291, 288 BGB ab Klageeinreichung.¹¹¹⁴

2. Eigene Auffassung: Ersatz als Zinsschaden bzw. Finanzierungskosten

Diese Argumentation des Bundesverwaltungsgerichts erscheint keinesfalls zwingend. Denn § 233 AO, nach dem Ansprüche nur verzinst werden, so weit dies gesetzlich vorgeschrieben ist, bezieht sich nur auf das Steuerschuldverhältnis, also Ansprüche zwischen einem Steuerkläubiger und einem Steuerschuldner,¹¹¹⁵ i.d.R. also Forderungen zwischen einem öffent-

1111 Vgl. hierzu bereits 3. Rechtsfolge: Schadensersatz, S. 207.

1112 BVerwG, Urt. v. 18.05.1994, Az. 11 A 1/92, BVerwGE 96, 45-59 (BAföG) Rn. 51.

1113 Seelmaecker, Die Verwaltungshaftung und die Gemeinschaftsaufgaben, 1998, S. 112; Janz, Das Weisungsrecht nach Art. 85 Abs. 3 GG, 2003, S. 492; U. Stelkens, Verwaltungshaftungsrecht, 1998, S. 274; Bonner Kommentar/Proksch, Mai 2003, Art. 104a Rn. 353.

1114 BVerwG, Urt. v. 18.05.1994, Az. 11 A 1/92, BVerwGE 96, 45-59 (BAföG) juris Rn. 51.

1115 Ratschow, in: Franz Klein/Orlopp (Hrsg.), Abgabenordnung,¹⁵ 2020, § 37 Rn. 3; Koenig, in: ders. (Hrsg.), Abgabenordnung,³ 2014, § 37 Rn. 5.

lich-rechtlichen Gläubiger und einem privatrechtlichen Schuldner.¹¹¹⁶ Es ist nicht erkennbar, inwiefern das Verhältnis von Bund und Ländern bei der Verwaltungshaftung mit dem Steuerschuldverhältnis vergleichbar sein soll. Bund und Länder unterliegen schon nicht der Steuerpflicht.

Zudem handelt es sich bei dem Anspruch aus Art. 104a Abs. 5 Satz 1 Hs. 2 GG jedenfalls auch um einen Schadensersatzanspruch.¹¹¹⁷ Wie bereits dargelegt, haften Bund und Länder für die ordnungsgemäße Verwaltung und schulden vollen finanziellen Ausgleich für alle entstandenen Schäden. Hierzu gehören grundsätzlich auch der Zinsschaden bzw. die Finanzierungskosten, denn ein sachlicher Grund, diese Schadenspositionen auszunehmen, ist nicht ersichtlich.

Ein Zinsschaden folgt daraus, dass eine geschuldete Geldsumme bis zur Zahlung nicht verzinslich angelegt werden kann. § 288 Abs. 1 BGB pauschaliert diesen Schaden mit dem Verzugszinssatz.¹¹¹⁸ Der Regelung liegt der Gedanke zugrunde, dass der Besitz vom Geld wirtschaftliche Vorteile bietet, „*deren Vorenthalten rechtlich als Schaden anzusehen ist, der unabhängig von den Umständen des Einzelfalls mit einem Mindestzinssatz abzugelten ist.*“¹¹¹⁹ Der Bundesgerichtshof bejaht grundsätzlich die Analogefähigkeit des § 288 Abs. 1 BGB.¹¹²⁰

Ein Finanzierungsschaden entsteht, wenn infolge der schädigenden Handlung ein verzinslicher Kredit aufgenommen werden muss. Diese Kosten sind vom Schadenersatz im Sinne des § 249 BGB umfasst,¹¹²¹ der als allgemeiner Grundsatz des Schadensrechts jedenfalls analog anzuwenden ist. Bund und Länder nehmen zur Deckung ihrer Ausgaben und zur Bedienung von Verbindlichkeiten fortlaufend verzinsliche Kredite auf. Im Falle einer Schädigung im Rahmen der Verwaltungshaftung steht die Schadenssumme dem Haushalt nicht mehr zur Verfügung, so dass rechnerisch eine entsprechend höhere Kreditaufnahme erforderlich ist.

1116 Schöberle, in: Franz Klein (Hrsg.), Öffentliches Finanzrecht, 21993, II. Steuerrecht Rn. 36-38.

1117 A.A. wohl U. Stelkens, Verwaltungshaftungsrecht, 1998, S. 274, der den Ausschluss von Zinsschäden auf den Zusammenhang zu den Lastenverteilungsvorschriften des Art. 104a GG stützt. Dieser Argumentation erteilt das Bundesverfassungsgericht im Hinblick auf die entsprechende Anwendung § 254 BGB eine Absage, BVerfG, Urt. v. 17.10.2006, Az. 2 BvG 1/04, 2 BvG 2/04, BVerfGE 116, 271-327 (EU-Anlastungen) juris Rn. 170.

1118 BGH, Urt. v. 12.10.2017, Az. IX ZR 267/16, WM 2017, 2324-2327 juris Rn. 12.

1119 BGH, Urt. v. 12.10.2017, Az. IX ZR 267/16, WM 2017, 2324-2327 juris Rn. 14.

1120 BGH, Urt. v. 12.10.2017, Az. IX ZR 267/16, WM 2017, 2324-2327 juris Rn. 12.

1121 MüKoBGB/Oetker, 2019, § 249 Rn. 404; Staudinger/Schiemann, 2017, § 249 Rn. 233.

Um komplexe Berechnungen und Auseinandersetzungen hierüber zu vermeiden empfiehlt sich eine Pauschalierung dieser Schäden. Hierfür könnte man entweder den dynamischen Zinssatz des § 288 Abs. 1 BGB von 5 Prozent über dem Basiszinssatz heranziehen oder den statischen Zinssatz des § 247 BGB von 4%. Alternativ käme eine Schadensschätzung entsprechend § 287 Abs. 1 ZPO in Betracht.

3. Ergebnis

Wegen der Rechtsnatur des Art. 104a Abs. 5 Satz 1 Hs. 2 GG als Schadensersatzanspruch sind Zins- und Finanzierungsschäden nach allgemeinen Schadensgrundsätzen ersatzfähig und die Schadenssumme daher ab Schadenseintritt zu verzinsen. Zur Vereinfachung empfiehlt sich eine Schadenspauschalierung nach § 288 Abs. 1 BGB analog oder § 247 BGB analog. Alternativ müsste der jeweilige Anspruchssteller seinen Zins- bzw. Finanzierungsschaden konkret darlegen. In jedem Fall ist die zugrundeliegende Schadensposition vom Anspruch nach Art. 104a Abs. 5 Satz 1 Hs. 2 GG umfasst.

III. Anspruchskürzung wegen Mitverursachung entsprechend § 254 BGB

Nach herrschender und zutreffender Meinung ist der allgemeine Rechtsgedanke des § 254 BGB auch auf den Haftungsanspruch nach Art. 104a Abs. 5 Satz 1 Hs. 2 GG anwendbar und kann zur Anspruchskürzung führen.¹¹²²

1122 BVerfG, Urt. v. 17.10.2006, Az. 2 BvG 1/04, 2 BvG 2/04, BVerfGE 116, 271-327 (EU-Anlastungen) juris Rn. 170-172; BVerwG, Urt. v. 02.02.1995, Az. 2 A 5/92, NVwZ 1995, 991-993 (Katastrophenschutz) juris Rn. 24; BSG, Urt. v. 15.12.2009, Az. B 1 AS 1/08 KL, BSGE 105, 100-117 (Kosten für Unterkunft und Heizung) juris Rn. 55; Bonner Kommentar/Vogel/P. Kirchhof, Februar 1971, Art. 104a Rn. 167; Hellermann, in: Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, 7²⁰¹⁸, Art. 104a Rn. 182; Rudisile, DÖV 1985, S. 909 ff. (916); Seelmaecker, Die Verwaltungshaftung und die Gemeinschaftsaufgaben, 1998, S. 111; Kummer, Die Haftung der Länder im Verhältnis zum Bund am Beispiel der Steuerverwaltung, 1973, S. 188-194; Mitsch, Bund-Länder-Regress nach der Verhängung von EU-Zwangsgeldern, 2008, S. 112 f.; Burghart, in: Leibholz/Rinck (Hrsg.), Grundgesetz, Juli 2012, Art. 104a; Burghart, in: Leibholz/Rinck (Hrsg.), Grundgesetz, Juli 2012, Art. 104a Rn. 146; a.A. wiederum mit Verweis auf den Charakter als Lastenverteilungsvorschrift U. Stelkens, Verwaltungshaf-

1. Bundesverfassungsgericht: Grundsätzliche Geltung des Rechtsgedankens des § 254 BGB

Das Bundesverfassungsgericht macht in seiner Entscheidung zu EU-Anlastungen insoweit folgende grundsätzliche Ausführungen:¹¹²³ Der Regelung liege der allgemeine Rechtsgedanke zu Grunde, dass der Geschädigte für jeden Schaden mitverantwortlich sei, bei dessen Entstehung er in zurechenbarer Weise mitgewirkt habe. Dabei komme § 254 BGB auch dann zum Tragen, wenn der Schädiger etwa auf Grund einer Gefährdungshaftung verschuldensunabhängig für einen Schaden einzustehen habe. Umgekehrt sei eine verschuldensunabhängige Mitverantwortlichkeit des Geschädigten jedenfalls zu berücksichtigen, wenn dieser selbst hinsichtlich des zur Anrechnung führenden Verhaltens einer Gefährdungshaftung unterliege. § 254 BGB stelle zwar dem Wortlaut nach auf ein Verschulden des Geschädigten ab, beruhe jedoch auf dem Grundgedanken, dass aus Gründen der ausgleichenden Gerechtigkeit die Verantwortlichkeiten des Einstandspflichtigen und des Geschädigten miteinander korrespondieren sollen. Mithin stelle sich die Mithaftung des Geschädigten als ein Spiegelbild der Haftung des Schädigers dar. Auch aus dem Wortlaut der Haftungsregelung, wonach der Bund und die Länder „im Verhältnis zueinander“ für eine ordnungsmäßige Verwaltung haften, werde deutlich, dass den Bund unter den gleichen Voraussetzungen wie die Länder eine Verantwortlichkeit treffen könne.¹¹²⁴ Die anspruchsbegrenzende Berücksichtigung einer Mitverursachung ergebe sich zudem auch aus dem Grundsatz des bundesfreundlichen Verhaltens.

U. Stelkens Überlegung, nach der § 254 BGB wegen der Rechtsnatur des Anspruchs nach Art. 104a Abs. 5 Satz 1 Hs. 2 GG als Lastentragungsregelung nicht anwendbar sei,¹¹²⁵ erteilt das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich eine Absage.¹¹²⁶

tungsrecht, 1998, S. 276; *U. Stelkens*, in: Härtel (Hrsg.), Handbuch des Föderalismus, 2012, § 42 Rn. 78; Bonner Kommentar/*Prokisch*, Mai 2003, Art. 104a Rn. 346.

1123 BVerfG, Urt. v. 17.10.2006, Az. 2 BvG 1/04, 2 BvG 2/04, BVerfGE 116, 271-327 (EU-Anlastungen) juris Rn. 171.

1124 BVerfG, Urt. v. 17.10.2006, Az. 2 BvG 1/04, 2 BvG 2/04, BVerfGE 116, 271-327 (EU-Anlastungen) juris Rn. 172.

1125 *U. Stelkens*, Verwaltungshaftungsrecht, 1998, S. 276.

1126 BVerfG, Urt. v. 17.10.2006, Az. 2 BvG 1/04, 2 BvG 2/04, BVerfGE 116, 271-327 (EU-Anlastungen) juris Rn. 170.

2. Rechtsfolge für die Verwaltungshaftung bei der Ausführung von Bundesgesetzen

In seiner Entscheidung zu EU-Anlastungen sieht das Bundesverfassungsgericht in der unzureichenden Wahrnehmung der dem Bund nach Gemeinschaftsrecht obliegenden Koordinierungspflicht Anhaltspunkte für eine Mitverantwortung des Bundes am Schadenseintritt.¹¹²⁷ Verallgemeinernd kann man daraus schließen, dass ein Mitverschulden des Anspruchsstellers immer dann in Betracht kommt, wenn er eigene Pflichten im Zusammenhang mit der betroffenen Verwaltungsmaterie verletzt und dies die Schadensentstehung mitverursacht hat.

Für die Fallgruppen im Zusammenhang mit der Ausführung von Bundesgesetzen kommt eine Mitverursachung daher insbesondere in folgenden Konstellationen in Betracht:

Bei der Fremdmittel- und Fremdeinnahmenverwaltung durch die Länder kann eine Mitverursachung des Bundes sich aus einer unzureichenden Wahrnehmung der Bundesaufsicht bzw. der Rechtsaufsicht ergeben. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Bund zur Wahrnehmung der Bundesaufsicht überhaupt keine Tätigkeiten entfaltet. Dies hat der Bundesrechnungshof etwa bei der Bundesaufsicht über die Ausführung von Geldleistungsgesetzen festgestellt.¹¹²⁸ Auch Untätigkeit trotz Hinweisen auf eine fehlerhafte Verwaltung durch die Länder, etwa durch Berichte der Rechnungshöfe, kann zur Anspruchskürzung führen.¹¹²⁹

Im Zusammenhang mit der Haftung des Bundes für fehlerhafte Verwaltungsvorschriften und Weisungen kann sich ein Mitverschulden eines Landes daraus ergeben, dass es bei der nach dem Grundsatz der Bundestreue gebotenen Beteiligung vor Erlass nicht auf bestehende Bedenken hinsichtlich der Rechtmäßigkeit der Anordnungen hingewiesen hat, obwohl es derartige Bedenken gab.

1127 BVerfG, Urt. v. 17.10.2006, Az. 2 BvG 1/04, 2 BvG 2/04, BVerfGE 116, 271-327 (EU-Anlastungen) juris Rn. 173.

1128 *Bundesrechnungshof*, Mitteilung über die Prüfung: Aufsicht des Bundes über die Ausführung seiner sozialen Geldleistungsgesetze durch die Länder, 2011, S. 1 ff.

1129 Zu Problemen beim Vollzug der Bundesgeldleistungsgesetze etwa *Der Präsident des Bundesrechnungshofes*, Modernisierung der Verwaltungsbeziehungen von Bund und Ländern, 2007, S. 89 f.; für Probleme beim Vollzug der Steuergesetze *Der Präsident des Bundesrechnungshofes*, Probleme beim Vollzug der Steuergesetze, 2006, S. 117 f.

IV. Zusammenfassung

Die Rechtsfolge des Haftungsanspruchs ist das Einstehenmüssen für die finanziellen Folgen der fehlerhaften Verwaltung mit eigenen Haushaltsmitteln. Im Grundsatz gelten die §§ 249 BGB analog. Naturalrestitution kann jedoch nicht verlangt werden. Bei Mitverursachung durch den Anspruchsinhaber ist eine Anspruchskürzung nach analog § 254 BGB möglich.

F. Die Durchsetzung von Haftungsansprüchen

I. Die Verwaltungskompetenz zur Feststellung möglicher Haftungsansprüche

Für die Geltendmachung eines Anspruchs nach Art. 104a Abs. 5 Satz 1 Hs. 2 GG können Bund und Länder auf Informationen angewiesen sein, über die nur der Anspruchsgegner verfügt. Es stellt sich daher die Frage, ob entsprechende Informationsansprüche bestehen.

1. Bundesverfassungsgericht zu Informationsansprüchen des Bundes

Mit der Frage, ob dem Bund zur Feststellung möglicher Haftungsansprüche eine Verwaltungskompetenz zusteht, befasste sich das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung¹¹³⁰ zum Informationsrecht des Bundes nach § 6a Satz 1 Zukunftsinvestitionsgesetz (ZuInvG).¹¹³¹

Hintergrund war Folgendes: Beim Zukunftsinvestitionsgesetz handelte es sich um eine Finanzhilfe nach Art. 104b GG. Nach § 7 ZuInvG konnte der Bund Finanzhilfen zurückfordern, wenn das Land die gesetzlichen Voraussetzungen nicht erfüllte. Diese Regelung qualifizierte das Bundesverfassungsgericht als eine Ausführungsregelung zur Verwaltungshaftung nach Art. 104a Abs. 5 Satz 1 Hs. 2, Satz 2 GG.¹¹³²

1130 BVerfG, Urt. v. 07.09.2010, Az. 2 BvF 1/09, BVerfGE 127, 165-224.

1131 Gesetz zur Umsetzung von Zukunftsinvestitionen der Kommunen und Länder (Zukunftsinvestitionsgesetz -ZuInvG) vom 02.03.2009 (BGBl. I S. 438), § 6a Satz 1: „Der Bund kann in Einzelfällen weitergehende Nachweise verlangen und bei Ländern und Kommunen Bücher, Belege und sonstige Unterlagen einsehen sowie örtliche Erhebungen durchführen.“

1132 BVerfG, Urt. v. 07.09.2010, Az. 2 BvF 1/09, BVerfGE 127, 165-224 juris Rn. 118.

Im Hinblick auf das Informationsrecht des Bundes nach § 6a ZuInvG entschied das Bundesverfassungsgericht, dass Art. 104a Abs. 5 GG dem Bund neben einer Gesetzgebungskompetenz zur Bestimmung des Näheren auch eine Verwaltungskompetenz eröffne.¹¹³³

Das Ausführungsgesetz nach Art. 104a Abs. 5 Satz 2 GG müsse keine übergreifende Kodifizierung des Verwaltungshaftungsrechts sein.¹¹³⁴ Möglich seien auch Teilausführungsregelungen im Zusammenhang bereichsspezifischer Sachregelungen. Art. 104a Abs. 5 GG eröffne dem Bundesgesetzgeber jedenfalls die Möglichkeit, der Bundesverwaltung die Befugnis einzuräumen, zum Zwecke der Feststellung des Vorliegens der Voraussetzungen eines Haftungsanspruchs bei den Landesverwaltungen Berichte anzufordern, Akten beizuziehen und Unterlagen einzusehen, wenn aufgrund konkreter Tatsachen ein Anspruch möglich erscheine.¹¹³⁵

Die Haftungsregelung sei gerade auf ein Auseinanderfallen von Verwaltungs- und Finanzierungszuständigkeit zugeschnitten. In dieser Situation sei der Bund häufig schon für die Erkenntnis, dass in einem konkreten Fall überhaupt ein Haftungsanspruch in Betracht komme, auf die bei dem betreffenden Land vorliegenden Informationen angewiesen.¹¹³⁶ Das Vorliegen der Haftungsvoraussetzungen ergebe sich typischerweise nur aus den bei der Landesbehörde vorliegenden Unterlagen, über die der mitfinanzierende Bund nicht verfüge. Gesetzlich klar ausgeformte Informationsansprüche dienten dem gesamtstaatlichen Interesse an der streitvermeidenen Rückabwicklung von materiell der Finanzverfassung zuwiderlaufenden Leistungen.¹¹³⁷

Auch in Teilen der Literatur sei anerkannt, dass mit dem Haftungsanspruch im Bund-Länder-Verhältnis entsprechende Verwaltungskompetenzen des möglichen Gläubigers korrespondieren.¹¹³⁸ Soweit hieraus jedoch eine einschränkende Auslegung der materiellen Haftungsvorausset-

1133 BVerfG, Urt. v. 07.09.2010, Az. 2 BvF 1/09, BVerfGE 127, 165-224 juris Rn. 111.

1134 BVerfG, Urt. v. 07.09.2010, Az. 2 BvF 1/09, BVerfGE 127, 165-224 juris Rn. 112.

1135 BVerfG, Urt. v. 07.09.2010, Az. 2 BvF 1/09, BVerfGE 127, 165-224 juris Rn. 113.

1136 BVerfG, Urt. v. 07.09.2010, Az. 2 BvF 1/09, BVerfGE 127, 165-224 juris Rn. 114.

1137 BVerfG, Urt. v. 07.09.2010, Az. 2 BvF 1/09, BVerfGE 127, 165-224 juris Rn. 115.

1138 BVerfG, Urt. v. 07.09.2010, Az. 2 BvF 1/09, BVerfGE 127, 165-224 juris Rn. 116.

zungen zur Vermeidung ausufernder Bundesbefugnisse abgeleitet werde, sei dem nicht zu folgen. Dem sei vielmehr durch verfahrensrechtliche Anforderungen zu begegnen.

Bei der landeseigenen Ausführung von Bundesgesetzen werde ein angemessener Ausgleich dadurch erreicht, dass die Informationsbeschaffung des Bundes auf konkrete Einzelfälle beschränkt werde.¹¹³⁹ Schon im Ansatz unterscheide sich diese Verwaltungskompetenz daher von der anlassunabhängigen Bundesaufsicht, welche auch auf den künftigen Gesetzesvollzug abziele. Erforderlich seien zureichende tatsächliche Anhaltspunkte für das Bestehen eines Haftungsanspruchs aus Art. 104a Abs. 5 Satz 1 Hs. 2 GG. Derartige Anhaltspunkte könnten sich aus Meldungen der Länder, Bemerkungen der Landesrechnungshöfe oder aus Medienberichten ergeben. Lägen derartige Anhaltspunkte vor, könne der Bund weitere Informationen und Unterlagen von den Ländern anfordern. Der Gesetzgeber könne zu diesem begrenzten Zweck auch die Sachverhaltserforschung am Sitz der Landesbehörde und bei nachgeordneten Behörden und Kommunen zulassen. Hierfür spreche die Effektivität des Informationszugriffs. Zudem wiege der Schutz des Binnenbereichs der Landesverwaltung vor Zugriffen des Bundes bei der Feststellung von in der Vergangenheit liegenden Umständen weniger schwer.

2. Schlussfolgerungen für die verfassungsunmittelbare Anwendung der Haftungsnorm

Aus den Erwägungen des Bundesverfassungsgerichts zu einer konkreten gesetzlichen Ausgestaltung des Haftungsanspruchs und eines hierauf bezogenen Informationsanspruchs des Bundes lässt sich für die unmittelbare Anwendung der Haftungsregelung folgendes ableiten:

Auch ohne gesetzliche Regelung ist aus den vom Bundesverfassungsgericht angeführten Gründen von einer Verwaltungskompetenz und einem hieraus abgeleiteten Informationsanspruch des potenziellen Gläubigers auszugehen. Erforderlich sind jedoch auch hier konkrete Hinweise auf das Bestehen eines Haftungsanspruchs. Diese können sich insbesondere auch aus Rechnungshofberichten oder den Medien ergeben. Ohne gesetzliche Regelung kann der Informationsanspruch aber nur über eine Anfrage an die zuständige oberste Landesbehörde geltend gemacht werden,

¹¹³⁹ BVerfG, Urt. v. 07.09.2010, Az. 2 BvF 1/09, BVerfGE 127, 165-224 juris Rn. 117.

nicht aber im Wege des Durchgriffs auf nachgeordnete Behörden. Die Entscheidung über einen Durchgriff bleibt dem Gesetzgeber vorbehalten.

Auf der anderen Seite kommt auch ein Informationsanspruch der Länder gegen den Bund kommt in Betracht, so etwa bei der Bundesverwaltung von Steuern, welche den Ländern zustehen. Aber auch im Hinblick auf eine fehlerhafte Weisung des Bundes kann ein Informationsanspruch der Länder bestehen, insbesondere wenn man mit der herrschenden Meinung ein Verschulden für erforderlich hält. Die hierfür relevanten Umstände werden sich nämlich regelmäßig nur aus dem Innenbereich der jeweiligen Verwaltung ergeben.

II. Gerichtliche Durchsetzung von Haftungsansprüchen

Bei der gerichtlichen Durchsetzung ist grundlegend zwischen Streitigkeit verfassungsrechtlicher und nichtverfassungsrechtlicher Art zu unterscheiden. Soweit eine verfassungsrechtliche Streitigkeit vorliegt, wäre der Anspruch im Wege des Bund-Länder-Streits vor dem Bundesverfassungsgericht nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 3, §§ 13 Nr. 7, 68 ff. BVerfGG gerichtlich durchzusetzen.¹¹⁴⁰ Wie bereits im Zusammenhang mit dem Haftungsmaßstab dargelegt, gilt nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts insoweit folgender Grundsatz: Soweit Haftungsstreitigkeiten im verfassungsrechtlichen Grundverhältnis aus Art. 104a GG wurzeln, weil über die grundsätzliche Zuordnung von Finanzlasten zwischen Bund und Länder gestritten wird, ist der Verfassungsrechtsweg eröffnet.¹¹⁴¹

Hierunter fällt dem Bundesverfassungsgericht zufolge die Frage, ob Art. 104a Abs. 5 Satz 1 Hs. 2 GG unmittelbar anwendbar sei und auch die Frage der Verschuldensunabhängigkeit der Haftung. Demgegenüber komme dem Zahlungsbegehren und einem Urteil hierüber keine Bedeutung für einen verfassungsrechtlichen Bund-Länder-Streit zu.¹¹⁴² Insoweit gehe es nur um einen verwaltungsrechtlichen Anspruch auf Schadensersatz und seine Durchsetzung, nicht aber um verfassungsrechtliche Fragen, die zum Gegenstand eines Bund-Länder-Streits nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 3 GG gemacht werden könnten. Diese Abgrenzung ist von der Literatur weitge-

1140 Schorkopf, in: Burkiczak/Dollinger/Schorkopf (Hrsg.), BVerfGG, 2015, §§ 68, 69 Rn. 24.

1141 Dazu bereits unter Fünfter Teil D.V. Perspektiven für eine Weiterentwicklung des status quo: Haftungsmaßstab als verfassungsrechtliche Frage, S. 324.

1142 BVerfG, Urt. v. 20.01.1999, Az. 2 BvG 2/95, BVerfGE 99, 361-366 juris Rn. 19.

hend übernommen worden.¹¹⁴³ Wie verfassungsrechtliche Streitigkeiten von nichtverfassungsrechtlichen abzugrenzen sind, ist jedoch im Einzelnen umstritten. Aus diesem Grunde bezeichnet Winkler diese Formel des Bundesverfassungsgerichts als „*sibyllinische Formel*“.¹¹⁴⁴

1. Bundesverwaltungsgericht: Haftungsstreitigkeiten über die Ausführung von Bundesgesetzen sind stets einfachrechtlicher Natur

Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts sind Haftungsansprüche zwischen Bund und Ländern im Zusammenhang mit der Ausführung der Bundesgesetze stets einfachrechtlicher Art. Bereits in der BAföG-Entscheidung führt das Bundesverwaltungsgericht aus, der Streit wurzele im einfachen Recht, denn er betreffe die Frage, welche Rechtsfolgen sich in einem konkreten Fall aus dem fehlerhaften Vollzug des Bundesausbildungsförderungsgesetzes und aus der teilweisen Kostentragungspflicht des Bundes nach § 56 Abs. 1 BAföG ergeben.¹¹⁴⁵ Der Streit habe daher „*ausbildungsförderungsrechtlicher Charakter*“. In späteren Entscheidungen hat das Bundesverwaltungsgericht diese Auffassung stets bestätigt.¹¹⁴⁶ Die Verteidigungslasten-Entscheidung konkretisiert die einfachrechtliche Natur der Haftungskern-Rechtsprechung: Es handele sich hierbei – ungeachtet der Grundlegung in einer Bestimmung des Grundgesetzes – nicht um eine Anspruchsgrundlage verfassungsrechtlicher Art, sondern um eine richterrechtliche Ausfüllung der Lücke, welche infolge des Fehlens der in Art. 104a Abs. 5 Satz 2 GG vorgesehenen Regelung im einfachen Gesetzes-

1143 Berliner Kommentar/*Schmehl*, November 2009, Art. 104a Rn. 60; a.A. *Hermann*, in: *Mangoldt/Klein/Starck* (Hrsg.), *Grundgesetz*, ⁷2018, Art. 104a Rn. 191; *Heun*, in: *Dreier* (Hrsg.), *Grundgesetz*, ³2018, Art. 104a Rn. 39; Bonner Kommentar/*Prokisch*, Mai 2003, Art. 104a Rn. 349 f.; *Kaufmann*, NVwZ 2004, S. 438 ff. (440).

1144 *Winkler*, DVBl 2003, S. 79 ff. (80).

1145 BVerwG, Urt. v. 18.05.1994, Az. 11 A 1/92, BVerwGE 96, 45-59 (BAföG) Rn. 28.

1146 BVerwG, Urt. v. 02.02.1995, Az. 2 A 5/92, NVwZ 1995, 991-993 (Katastrophenschutz) juris Rn. 15; BVerwG, Urt. v. 02.02.1995, Az. 2 A 1/92, RiA 1995, 240-242 (Personalrat) juris Rn. 18; BVerwG, Urt. v. 16.01.1997, Az. 4 A 12/94, BVerwGE 104, 29-36 (Bundesfernstraßen) juris Rn. 14; BVerwG, Urt. v. 24.01.2007, Az. 3 A 2/05, BVerwGE 128, 99-118 (Verteidigungslasten) juris Rn. 16; BVerwG, Urt. v. 25.08.2011, Az. 3 A 2/10, LKV 2011, 24-26 (Lastenausgleich) juris Rn. 15.

recht bestehet.¹¹⁴⁷ Das Bundessozialgericht hat sich dieser Rechtsprechung angeschlossen.¹¹⁴⁸

2. Hellermann: Alle Haftungsstreitigkeiten sind verfassungsrechtlicher Natur

Hellermann kritisiert die vom Bundesverwaltungsgericht vorgenommene Unterscheidung zu Recht als „*eine inzwischen etablierte, gleichwohl schwierige und fragwürdige Differenzierung*“.¹¹⁴⁹ Er stellt die Differenzierung in einfachrechtliche und verfassungsrechtliche Streitigkeiten im Zusammenhang mit der Verwaltungshaftung grundsätzlich in Frage.¹¹⁵⁰ Nach seiner Auffassung sind sämtliche Haftungsstreitigkeiten auf der Grundlage von Art. 104a Abs. 5 Satz 1 Hs. 2 GG als verfassungsrechtliche Streitigkeiten zu qualifizieren. Es handele sich eben um eine verfassungsrechtliche Anspruchsgrundlage.

Auch sonst seien Streitigkeiten über die Finanzverfassung im Allgemeinen und über Art. 104a GG im Besonderen nach einhelliger Meinung verfassungsrechtliche Streitigkeiten.¹¹⁵¹ So habe das Bundesverfassungsgericht zutreffend Streitigkeiten über die Finanzverfassung des Grundgesetzes und die Finanzierungskompetenzen nach Art. 104a GG stets als verfassungsrechtliche föderale Streitigkeiten erachtet (so etwa in BVerfGE 41, 291 (303) und BVerfGE 95, 250 (262)). Die Verteilung der Finanzierungskompetenzen – also ob bestimmte Ausgaben vom Bund oder von den Ländern zu tragen sind – bestimme sich gemäß Art. 104a Abs. 1 Hs. 2 GG allein nach dem Grundgesetz. Streitigkeiten über die grundgesetzliche Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern seien jedoch völlig unstreitig verfassungsrechtliche föderale Streitigkeiten.

1147 BVerwG, Urt. v. 24.01.2007, Az. 3 A 2/05, BVerwGE 128, 99-118 (Verteidigungslasten) juris Rn. 16.

1148 BSG, Urt. v. 15.12.2009, Az. B 1 AS 1/08 KL, BSGE 105, 100-117 (Kosten für Unterkunft und Heizung) juris Rn. 11-15.

1149 *Hellermann*, in: Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz (Voraufgabe),⁶2010, Art. 104a juris Rn. 191, mit Verweis hierauf in der aktuellen Auflage *Hellermann*, in: Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz,⁷2018, Art. 104a Rn. 191.

1150 In diese Richtung auch *U. Stelkens*, DVBl 2000, S. 609 ff. (614 f.).

1151 So auch *U. Stelkens*, DVBl 2000, S. 609 ff. (614); *Sodan*, in: Heckmann (Hrsg.), Modernisierung von Justiz und Verwaltung, 2007, S. 378 ff. (381).

3. Eigene Auffassung: Funktionsteilung zwischen Verfassungs- und Fachgerichtsbarkeiten

Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist ersichtlich von dem Bestreben getragen, nur die grundsätzlichen Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Bund-Länder-Haftung zu klären und die Anwendung der Haftungsnorm im Einzelnen den Fachgerichtsbarkeiten zu überantworten.

Dies ist im Hinblick auf die Funktionsteilung zwischen Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeiten zu befürworten. Die Auslegung der grundgesetzlichen Haftungsnorm bleibt dem Bundesverfassungsgericht vorbehalten. Andererseits sollten Haftungsstreitigkeiten, in denen es nicht um verfassungsrechtliche Fragen geht, nicht vor dem Bundesverfassungsgericht geführt werden. Wie die bisherigen Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundessozialgerichts zur Verwaltungshaftung bei der Ausführung von Bundesgesetzen zeigen, geht es nach der grundsätzlichen Klärung der Tatbestandsvoraussetzungen der Verwaltungshaftung im Wesentlichen um Fragen des einfachen Rechts. Die Auslegung und Anwendung des einfachen Rechts obliegt jedoch den Fachgerichtsbarkeiten. Dieser Funktionsteilung zwischen Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeiten wird weder die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts noch die an formalen Kriterien orientierte Auffassung von *Hellermann* und *U. Stelkens* gerecht. Erstere schränkt die Entscheidungsbefugnis des Bundesverfassungsgerichts unzulässig ein, letztere führt zu einer Belastung des Bundesverfassungsgerichts mit der ihm nicht obliegenden Beurteilung der korrekten Anwendung des einfachen Rechts.

Im Ergebnis gilt daher für die praktische Handhabung: Im Gegensatz zur Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts ist Art. 104a Abs. 5 Satz 1 Hs. 2 GG sehr wohl eine verfassungsrechtliche Anspruchsgrundlage. Die grundsätzliche Klärung der unmittelbaren Anwendbarkeit, der Tatbestandsmerkmale und der weiteren Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Haftung obliegt daher dem Bundesverfassungsgericht.¹¹⁵²

Demgegenüber sind die Fachgerichtsbarkeiten für Anwendung im Einzelfall zuständig. In Frage kommt neben einer Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts nach §§ 40 Abs. 1, 50 Abs. 1 Nr. 1 VwGO, auch eine Zuständigkeit des Bundessozialgerichts nach §§ 39 Abs. 2 Satz 1, 51 Abs. 1 SGG in Angelegenheiten, die in die Zuständigkeit der Sozialge-

1152 In diese Richtung auch Bonner Kommentar/*Tappe*, Mai 2017, Art. 104a Rn. 354; *Kube*, in: *Epping/Hillgruber* (Hrsg.), Grundgesetz, ³2020, Art. 104a Rn. 51; *Müller*, in: *Barczak* (Hrsg.), BVerfGG, 2018, § 69 Rn. 13.

richte fallen.¹¹⁵³ Dies hat das Bundessozialgericht etwa für einen Anspruch aus Art. 104a Abs. 5 Satz 1 Hs. 2 GG im Zusammenhang mit der Grundsicherung für Arbeitslose nach § 51 Abs. 1 Nr. 4a SGG angenommen.¹¹⁵⁴ Eine Angelegenheit der Grundsicherung für Arbeitsuchende sei betroffen, wenn das streitige Begehren seine Grundlage im SGB II finde. Bei Unklarheiten komme es darauf an, ob das Begehren in einem engen sachlichen Zusammenhang zur Verwaltungstätigkeit der Behörden nach dem SGB II stehe. Dies sei für den geltend gemachten Zahlungsanspruch der Fall, weil er untrennbar an Fragen der KdU-Leistungen nach § 22 Abs. 1 SGB II anknüpfe.

Im Zusammenhang mit der Verwaltungshaftung bei der Fremdeinnahmenverwaltung ist auch eine Zuständigkeit der Finanzgerichte nach §§ 33 Abs. 1 Nr. 1, 35 FGO möglich,¹¹⁵⁵ auch wenn bisher kein solcher Fall bekannt geworden ist. Nach § 33 Nr. 1 FGO ist der Finanzrechtsweg in öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten über Abgabenangelegenheiten eröffnet, soweit die Abgaben der Gesetzgebung des Bundes unterliegen und durch Bundesfinanzbehörden oder Landesfinanzbehörden verwaltet werden. Dies ist bei Streitigkeiten zwischen Bund und Ländern über die korrekte Ausführung der Bundessteuergesetze der Fall. Sachlich zuständig sind nach § 35 FGO die Finanzgerichte. Eine erstinstanzliche Zuständigkeit des Bundesfinanzhofs sieht die FGO anders als § 50 VwGO für das Bundesverwaltungsgericht und § 39 Abs. 2 SGG für das Bundessozialgericht nicht vor.

4. Ergebnis

Art. 104a Abs. 5 Satz 1 Hs. 2 GG ist eine verfassungsrechtliche Anspruchsgrundlage. Die grundsätzliche Klärung der unmittelbaren Anwendbarkeit, der einzelnen Tatbestandsmerkmale, sowie der weiteren Rechtsfragen obliegt daher dem Bundesverfassungsgericht. Die einzelnen Fachgerichtsbarkeiten sind für die Anwendung im Einzelfall zuständig. In Betracht

1153 A.A. Janz, Das Weisungsrecht nach Art. 85 Abs. 3 GG, 2003, S. 563/564, der eine Zuständigkeit anderer Gerichtsbarkeiten als des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts für ausgeschlossen hält.

1154 BSG, Urt. v. 15.12.2009, Az. B 1 AS 1/08 KL, BSGE 105, 100-117 (Kosten für Unterkunft und Heizung) juris Rn. 20.

1155 Entgegen Janz, Das Weisungsrecht nach Art. 85 Abs. 3 GG, 2003, S. 564.

kommt je nach Gegenstand eine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts, des Bundessozialgerichts und des Bundesfinanzhofes.

III. Aufrechnung

Eine Möglichkeit zur außergerichtlichen Durchsetzung von Ansprüchen der Verwaltungshaftung zwischen Bund und Ländern ist die Aufrechnung mit Gegenforderungen, die aus den vielfältigen föderalen Finanzbeziehungen resultieren können. Diese Möglichkeit der Anspruchsdurchsetzung durch Aufrechnung war bereits im Zusammenhang mit der ursprünglichen Haftungsregelung für Steuermindereinnahmen anerkannt.¹¹⁵⁶ Und auch im Hinblick auf die Haftungsnorm des Art. 104a Abs. 5 Satz 1 Hs. 2 GG wird die Durchsetzung von Haftungsansprüchen im Wege der Aufrechnung diskutiert.¹¹⁵⁷

Dabei ist die grundsätzliche Anwendbarkeit des Instruments der Aufrechnung analog §§ 387-396 BGB im öffentlichen Recht in ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung anerkannt.¹¹⁵⁸ Soweit sich daher *Kummer* mit grundsätzlichen Erwägungen zur „*Zweckbindung öffentlich-rechtlicher Forderungen*“ gegen die Anwendbarkeit der Aufrechnung im öffentlichen Recht wendet,¹¹⁵⁹ darf dies als überholt betrachtet werden.

1. Voraussetzungen der Aufrechnung

Die Voraussetzungen der Aufrechnung dürften bei Haftungsfällen in aller Regel gegeben sein. Gleichartigkeit und Gegenseitigkeit von Forderung und Gegenforderung liegt vor, wenn beide Forderungen Geldforderungen

1156 *Zeise*, Die Haftung der Länder gegenüber dem Bund bei fehlerhafter Ausführung von Bundesrecht, 1963, S. 24.

1157 *Hellermann*, in: *Mangoldt/Klein/Starck* (Hrsg.), Grundgesetz, ⁷2018, Art. 104a Rn. 181; *Seelmaecker*, Die Verwaltungshaftung und die Gemeinschaftsaufgaben, 1998, S. 115 f.

1158 BVerwG, Urt. v. 12.02.1987, Az. 3 C 22/86, BVerwGE 77, 19-29 juris Rn. 30 f.; sowie in jüngerer Zeit zur Aufrechnung mit einem öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch eines Landes gegen die Gemeinde BVerwG, Urt. v. 15.05.2008, Az. 5 C 25/07, BVerwGE 131, 153-162 (Wohngeld) juris Rn. 12; zur Anwendbarkeit zwischen Verwaltungsträgern siehe auch *Gaa*, Die Aufrechnung im öffentlichen Recht, 1996, S. 4.

1159 *Kummer*, Die Haftung der Länder im Verhältnis zum Bund am Beispiel der Steuerverwaltung, 1973, S. 210-213.

sind und jeder der Beteiligten zugleich Schuldner und Gläubiger der anderen Partei ist.

Zu beachten ist ferner der Grundsatz der Kassenidentität analog § 395 BGB, der den Grundsatz der Gegenseitigkeit für die Aufrechnung gegen bestimmte öffentlich-rechtliche Forderungen verschärft.¹¹⁶⁰ Hiernach ist die Aufrechnung gegen eine Forderung des Bundes oder eines Landes sowie gegen eine Forderung einer Gemeinde oder eines anderen Kommunalverbands nur zulässig, wenn die Leistung an dieselbe Kasse zu erfolgen hat, aus der die Forderung des Aufrechnenden stammt. Unter dem Begriff der Kasse ist dabei jede Amtsstelle zu verstehen, die selbstständig für öffentliche Zwecke Geldbeträge als Einnahmen und Ausgaben verwaltet und hierüber Buch führt.¹¹⁶¹ Im Ergebnis werden daher verschiedene Kassen derselben Körperschaft für die Zwecke der Aufrechnung so behandelt, als wären sie verschiedene Rechtssubjekte.¹¹⁶² Die Vorschrift beruht auf Gründen der administrativen Zweckmäßigkeit und der Organisation der Staatsbehörden.¹¹⁶³ Dieser Zweck ist auch berührt, wenn auf beiden Seiten der Aufrechnung öffentlich-rechtliche Körperschaften stehen.¹¹⁶⁴ Die Bedeutung der Vorschrift geht allerdings angesichts der zunehmenden Digitalisierung des Kassenwesens zurück.¹¹⁶⁵

2. Seelmaecker: Aufrechnungsausschluss

Seelmaecker möchte einen Aufrechnungsausschluss aus „der besonderen Zweckbindung öffentlicher Gelder“ herleiten.¹¹⁶⁶ Im Anschluss an *Kummer*¹¹⁶⁷ argumentiert *Seelmaecker*, dass der Bund mit einer etwaigen Zurückhaltung von Zahlungen für Bundesgeldleistungsgesetze oder von den

1160 Vgl. MüKoBGB/Schlüter, 2019, § 395 Rn. 1; Palandt/Grüneberg, § 395 Rn. 3.

1161 Staudinger/Gursky, 2016, § 395 Rn. 6; MüKoBGB/Schlüter, 2019, § 395 Rn. 2; RGZ, 82, 232 (235 f.).

1162 Staudinger/Gursky, 2016, § 395 Rn. 3.

1163 BGH, Urt. v. 20.06.1951, Az. GSZ 1/51 , BGHZ 2, 300-310, juris Rn. 12.

1164 A.A. *Seelmaecker*, Die Verwaltungshaftung und die Gemeinschaftsaufgaben, 1998, S. 116; grundsätzlich gegen eine analoge Anwendung des Grundsatzes des Kassengleichheit im öffentlichen Recht *Gaa*, Die Aufrechnung im öffentlichen Recht, 1996, S. 7.

1165 Staudinger/Gursky, 2016, § 395 Rn. 3.

1166 *Seelmaecker*, Die Verwaltungshaftung und die Gemeinschaftsaufgaben, 1998, S. 116 f.

1167 *Kummer*, Die Haftung der Länder im Verhältnis zum Bund am Beispiel der Steuerverwaltung, 1973, S. 212.

Ländern zustehenden Steuern verfassungsrechtliche Zuständigkeitsvorschriften verletze. Dies störe das vom Grundgesetz vorgesehene Zusammenspiel von Bund und Ländern und laufe dem übergeordneten Interesse an einer funktionierenden Verwaltung zuwider. Die Zweckbindung der jeweiligen Forderungen führe daher zu einem Aufrechnungsausschluss.

3. Kritik

Seelmaeckers Auffassung überzeugt nicht. Zunächst sind Vorschriften zur Finanzierungszuständigkeit schon deshalb nicht verletzt, weil es sich bei der Aufrechnung um ein Erfüllungssurrogat handelt.¹¹⁶⁸ Erklärt der Bund mit einer Gegenforderung aus Verwaltungshaftung die Aufrechnung gegenüber einer Forderung eines Landes aus eigener Steuerertragszuständigkeit bzw. aus Finanzierungszuständigkeit des Bundes tritt Erfüllungswirkung ein. Vor diesem Hintergrund ist es zumindest missverständlich, wenn Seelmaecker von einem Einbehalten oder Zurückhalten von Zahlungen spricht. Ferner ist zu bemerken, dass auch die Gegenforderung aus Verwaltungshaftungsrecht verfassungsrechtlich begründet ist. Der Schuldner dieser Forderung würde durch die Verweigerung der Zahlung mithin ebenso gegen eine grundgesetzliche Pflicht verstossen.

Das Bundesverfassungsgericht hat die Aufrechnung als Instrument zur Durchsetzung von Verwaltungshaftungsansprüchen in seiner Entscheidung zu EU-Anlastungen nicht für problematisch gehalten.¹¹⁶⁹ Dort hatte der Bund ihm zustehende Haftungsansprüche mit Finanzierungsansprüchen der Länder aus demselben Verwaltungsbereich verrechnet und insoweit die Aufrechnung erklärt. Auch Bund und Länder haben die Möglichkeit der Aufrechnung von Haftungsansprüchen des Bund mit Finanzierungsansprüchen der Länder in dem Verfahren nicht in Frage gestellt. Schon daraus ergibt sich, dass die Aufrechnung offenbar keine prohibitiven Abwicklungsschwierigkeiten mit sich bringt, die einen Aufrechnungsausschluss rechtfertigen könnten.

1168 MüKoBGB/*Schlüter*, 2019, § 387 Rn. 1; Palandt/*Grüneberg*, § 387 Rn. 1.

1169 BVerfG, Urt. v. 17.10.2006, Az. 2 BvG 1/04, 2 BvG 2/04, BVerfGE 116, 271-327 (EU-Anlastungen), juris Tenor, Rn. 67-70.

4. Ergebnis

Die Aufrechnung von Haftungsansprüchen mit Gegenansprüchen der anderen föderalen Ebene ist zulässig. Sachliche Gründe für einen Aufrechnungsausschluss sind nicht ersichtlich. Verjährung

IV. Verjährung

Angesichts der langen Zeiträume, die zwischen schädigendem Ereignis und gerichtlicher Geltendmachung von Ansprüchen der Verwaltungshaftung liegen,¹¹⁷⁰ stellt sich die Frage nach der Verjährung.

1. Bundesverwaltungsgericht

Mit der Frage der Verjährung hat sich das Bundesverwaltungsgericht in der Verteidigungslasten-Entscheidung ausführlich auseinandergesetzt.¹¹⁷¹

Das Bundesverwaltungsgericht betont zunächst, dass nach der ständigen Rechtsprechung das Institut der Verjährung auf vermögensrechtliche Ansprüche auch im öffentlichen Recht Anwendung finde, und zwar auch dann, wenn Gläubiger und Schuldner juristische Personen des öffentlichen Rechts seien.¹¹⁷² Das Anliegen, Ansprüche nach einem gewissen Zeitablauf dem Streit zu entziehen und so Rechtssicherheit und Rechtsfrieden herzustellen, bestehe auch im öffentlichen Recht. Dies gelte auch für Ansprüche aus Art. 104a Abs. 5 Satz 1 Hs. 2 GG.¹¹⁷³

Das anwendbare Verjährungsrecht sei nach ständiger Rechtsprechung im Wege der Analogie nach dem Gesamtzusammenhang der jeweils maßgebenden Regelungen und der Interessenlage zu bestimmen.¹¹⁷⁴ Heranzuziehen sei hiernach das sachnächste Verjährungsrecht. Irrelevant sei demgegenüber die Verjährung eines etwaigen Regressanspruchs des Schuld-

1170 Dazu bereits oben unter Fünfter Teil E.II. Verzinsung, S. 330.

1171 BVerwG, Urt. v. 24.01.2007, Az. 3 A 2/05, BVerwGE 128, 99-118 (Verteidigungslasten) juris Rn. 43 f.

1172 BVerwG, Urt. v. 24.01.2007, Az. 3 A 2/05, BVerwGE 128, 99-118 (Verteidigungslasten) juris Rn. 43.

1173 BVerwG, Urt. v. 24.01.2007, Az. 3 A 2/05, BVerwGE 128, 99-118 (Verteidigungslasten) juris Rn. 44.

1174 BVerwG, Urt. v. 24.01.2007, Az. 3 A 2/05, BVerwGE 128, 99-118 (Verteidigungslasten) juris Rn. 45.

ners gegen seinen Beamten,¹¹⁷⁵ weil sich der Regress nur auf das Innenverhältnis zum Beamten, nicht aber auf das Außenverhältnis zum Anspruchsgläubiger beziehe.¹¹⁷⁶

Die hiernach gebotene Analogie habe davon auszugehen, dass es sich bei dem streitgegenständlichen Anspruch um einen Schadensersatzanspruch wegen der Verletzung der Pflicht zu ordnungsgemäßer Verwaltungsführung handele.¹¹⁷⁷ Der Anspruch stehe daher dem § 839 BGB nahe. Für derartige Ansprüche sehe das Gesetz eine doppelte Verjährungsfrist vor, eine relative kenntnisabhängige Frist und eine absolute kenntnisunabhängige. Diese Differenzierung sei auch für den Anspruch nach Art. 104a Abs. 5 BGB sachgerecht, weil auch hier ein begründetes Interesse an Rechtsfrieden bestehe. Die kenntnisabhängige regelmäßige Verjährungsfrist von drei Jahren nach § 195, 199 Abs. 1 BGB sei auch für das Verhältnis von Bund und Länder angemessen.¹¹⁷⁸ Auch hier sei die Annahme gerechtfertigt, dass es einem Gläubiger, der die anspruchsbegründenden Umstände kennt, zuzumuten sei, seine Ansprüche binnen drei Jahren geltend zu machen. Dies gelte auch dann, wenn man aus dem Grundsatz des bundesfreundlichen Verhaltens eine Pflicht zur Verständigung vor Klageerhebung herleite. Diese Argumentation lässt sich noch dahin ergänzen, dass in analoger Anwendung von § 203 BGB der Anspruchsverjährung während schwebender Verhandlungen gehemmt wäre.

Im Hinblick auf eine absolute Verjährungsfrist tendiert sich das Bundesverwaltungsgericht zu einer Frist von 30 Jahren.¹¹⁷⁹ Dies entspreche der bis zur Schuldrechtsreform geltenden regelmäßigen Verjährungsfrist nach § 195 BGB a.F. und gelte als absolute Verjährungsfrist nach § 199 Abs. 2 BGB bei Verletzung des Lebens, des Körpers, der Gesundheit oder der Freiheit fort.

Das Bundesverwaltungsgericht spricht sich deutlich gegen eine Übertragung der zehnjährigen Höchstverjährung nach § 199 Abs. 4 BGB aus, lässt

1175 BVerwG, Urt. v. 24.01.2007, Az. 3 A 2/05, BVerwGE 128, 99-118 (Verteidigungslasten) juris Rn. 46.

1176 BVerwG, Urt. v. 24.01.2007, Az. 3 A 2/05, BVerwGE 128, 99-118 (Verteidigungslasten) juris Rn. 47, 48.

1177 BVerwG, Urt. v. 24.01.2007, Az. 3 A 2/05, BVerwGE 128, 99-118 (Verteidigungslasten) juris Rn. 49.

1178 BVerwG, Urt. v. 24.01.2007, Az. 3 A 2/05, BVerwGE 128, 99-118 (Verteidigungslasten) juris Rn. 50.

1179 BVerwG, Urt. v. 24.01.2007, Az. 3 A 2/05, BVerwGE 128, 99-118 (Verteidigungslasten) juris Rn. 52.

diese Frage aber mangels Entscheidungserheblichkeit letztlich offen.¹¹⁸⁰ Eine generelle Übertragung der zivilrechtlichen Regelung auf das öffentliche Recht sei nicht geboten, der Gesetzgeber habe von einer solchen Regelung bewusst abgesehen. Die § 199 Abs. 4 BGB zugrunde liegende Wertung sei auf den Anspruch nach Art. 104a Abs. 5 GG nicht übertragbar. § 199 Abs. 4 BGB diene dem Schuldnerschutz. Der Schuldner solle Beweismittel nicht unzumutbar lange vorsorglich aufbewahren müssen.¹¹⁸¹ Die Gefahr für den Gläubiger, dass seine Ansprüche vor Kenntniserlangung bereits verjährt seien, sei auf ein zumutbares Maß beschränkt.

Eine Übertragung dieser Erwägungen auf die Interessenlage zwischen Bund und Ländern ergebe, dass eine zehnjährige, absolute Verjährungsfrist unangemessen kurz bemessen wäre.¹¹⁸² Zunächst hätten die Schuldnerinteressen ein deutlich geringeres Gewicht, weil eine Aktenaufbewahrung von 30 Jahren für Bund und Länder zumutbar sei. Zum anderen bestünde die Gefahr, dass die Verjährung vor Kenntniserlangung zum Regelfall werde, weil der Bund typischerweise nicht über die maßgeblichen Akten verfüge und schon für die Kenntnis der Schadensfalls auf Informationen der Länder angewiesen sei.

2. Janz: Anwendung der im Referentenentwurf getroffenen Regelungen

Janz spricht sich dagegen für eine Anwendung der im Referentenentwurf für ein Haftungsgesetz vorgesehenen Regelung aus.¹¹⁸³ Dieser sah in § 8 Satz 1 eine fünfjährige kenntnisabhängige und eine zehnjährige kenntnisunabhängige Frist vor. Diese Frist sei nicht zu knapp, sondern eher großzügig bemessen und solle aus Gründen der Rechtssicherheit zur Anwendung kommen.

Etwas unklar bleibt, ob Janz mit seinen Ausführungen lediglich eine entsprechende Regelung durch Bundesgesetz befürwortet oder ob er die genannten Fristen auf den Anspruch aus Art. 104a Abs. 5 GG unabhängig von einer gesetzlichen Regelung angewendet wissen will. Im ersten Fall ist zu bemerken, dass es an einer gesetzlichen Regelung nach wie vor fehlt

1180 BVerwG, Urt. v. 24.01.2007, Az. 3 A 2/05, BVerwGE 128, 99-118 (Verteidigungslasten) juris Rn. 53, 56.

1181 BVerwG, Urt. v. 24.01.2007, Az. 3 A 2/05, BVerwGE 128, 99-118 (Verteidigungslasten) juris Rn. 54.

1182 BVerwG, Urt. v. 24.01.2007, Az. 3 A 2/05, BVerwGE 128, 99-118 (Verteidigungslasten) juris Rn. 55.

1183 Janz, Das Weisungsrecht nach Art. 85 Abs. 3 GG, 2003, S. 493.

und eine solche auch nicht absehbar ist. Im letzteren Fall ist darauf hinzuweisen, dass der Entwurf nie verabschiedet wurde und seine Regelungen daher nicht als verbindliche Anknüpfung für die Verjährung des verfassungsunmittelbaren Haftungsanspruchs aus Art. 104a Abs. 5 GG taugt. Auch sonst entsprechen die im Entwurf genannten Fristen keiner gesetzlichen Regelung, so dass auch eine analoge Anwendung ausscheidet. Aus methodischer Sicht erscheint es vorzugswürdig, zunächst bestehende gesetzliche Verjährungsregeln als Ausgangspunkt der Überlegungen zu wählen und unter Würdigung der zugrundeliegenden Wertungen zu einer Parallelwertung im Hinblick auf den Anspruch nach Art. 104a Abs. 5 GG zu gelangen. So hat es auch das Bundesverwaltungsgericht gehandhabt.

Soweit *Janz* meint, eine zehnjährige kenntnisunabhängige Verjährung sei großzügig bemessen und ihr Anwendungsbereich ohnehin minimal, kann dem ebenfalls nicht gefolgt werden. Aus den bisher anhängig gewordenen Verfahren zu Ansprüchen nach Art. 104a Abs. 5 GG ergibt sich, dass es die Regel und nicht die Ausnahme ist, dass zwischen Schadensereignis und gerichtlicher Geltendmachung viele – und nicht selten mehr als zehn – Jahre liegen. Auch berücksichtigt *Janz* nicht ausreichend, dass der Anspruchsteller oft außerhalb der Vorgänge um das schädigende Ereignis steht und Informationen aus dem fremden Verwaltungsbereich des Anspruchsgegners oft erst mit erheblicher zeitlicher Verzögerung erhält.

3. Stellungnahme und Ergebnis

Den Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts ist sowohl in methodischer Hinsicht, als auch sachlich angesichts der regelmäßig langen Zeiträume zwischen Schadensfall und erstmaliger gerichtlicher Geltendmachung der Vorzug zu geben. Dies gilt insbesondere, wenn man mit der herrschenden Meinung die Verschuldensform Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit als weiteres Tatbestandsmerkmal fordert, ist eine Aufklärung durch den Anspruchsteller im fremden Verwaltungsbereich schwierig und zeitintensiv. Die Schadensersatzansprüche nach Art. 104a Abs. 5 GG verjähren mithin kenntnisabhängig in drei und kenntnisunabhängig in 30 Jahren. Auch *Rudisile* und *Seelmaecker* befürworteten frühzeitig eine entsprechende Anwendung der zivilrechtlichen Verjährungsregeln.¹¹⁸⁴ Die Literatur hat sich –

¹¹⁸⁴ *Rudisile*, DÖV 1985, S. 909 ff. (916); *Seelmaecker*, Die Verwaltungshaftung und die Gemeinschaftsaufgaben, 1998, S. 112, beide noch zum alten Schuldrecht.

soweit sie sich zu dieser Frage äußert – überwiegend dem Bundesverwaltungsgericht angeschlossen.¹¹⁸⁵

Ausdrücklich nicht entschieden hat das Bundesverwaltungsgericht, ob positive Kenntnis für den Verjährungsbeginn erforderlich ist oder in Anlehnung an § 199 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 BGB auch eine grob fahrlässige Unkenntnis genügt.¹¹⁸⁶ Eine entsprechende Anwendung ist zu befürworten, denn auch Bund und Ländern ist der Verjährungsbeginn bei grob fahrlässiger Unkenntnis zumutbar. Es ist jedoch in Anlehnung an die Rechtsanwendung bei § 48 Abs. 4 VwVfG zu fordern, dass sich ein für die Anspruchsverfolgung grundsätzlich sachlich zuständiger Behördenmitarbeiter in grob fahrlässiger Unkenntnis befindet. Ferner hat das Bundesverwaltungsgericht offengelassen, ob die Verjährung entsprechend § 199 Abs. 1 BGB erst mit dem Schluss eines Jahres beginnt. Die analoge Anwendung von § 199 Abs. 1 BGB begegnet auch insoweit keinen Bedenken und ist angesichts der Schwierigkeit der exakten zeitlichen Bestimmung eines schädigenden Ereignisses im Sinne der Rechtsklarheit zu befürworten.

V. Zusammenfassung

Für die Durchsetzung von Haftungsansprüchen können Bund und Länder auf Informationen angewiesen sein, über die nur die andere föderale Ebene verfügt. Aus der unmittelbaren Geltung der Haftungsregelung des Art. 104a Abs. 5 Satz 1 Hs. 2 GG folgt eine entsprechende Verwaltungskompetenz zur Geltendmachung der Haftungsansprüche. Diese schließt bei konkreten Hinweisen auf einen Haftungsanspruch einen Informationsanspruch gegen die andere föderale Ebene ein.

Bei der gerichtlichen Durchsetzung von Haftungsansprüchen ist das Bundesverfassungsgericht zuständig, wenn es um die grundsätzliche Klärung des Haftungstatbestands und der hiermit zusammenhängenden Rechtsfragen im Rahmen der unmittelbaren Anwendung geht. Soweit es lediglich um die Anwendung dieser Grundsätze im Einzelfall geht, sind die jeweiligen Fachgerichtsbarkeiten zuständig. Eine außergerichtliche

1185 Heintzen, in: Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz, 62012, Art. 104a Rn. 55; Schmitt/Wohlrab, NVwZ 2015, S. 932 ff. (934); a.A. U. Stelkens, in: Härtel (Hrsg.), Handbuch des Föderalismus, 2012, § 42 Rn 98, 99, der unter Verweis auf seine Auffassung zur Haftung nur für Lenkungsversagen von Parlament und Regierung für eine dreijährige Verjährungsfrist plädiert.

1186 BVerwG, Urt. v. 24.01.2007, Az. 3 A 2/05, BVerwGE 128, 99-118 (Verteidigungslasten) juris Rn. 51.

Fünfter Teil: Der Haftungstatbestand

Durchsetzung der Haftungsansprüche kann im Wege der Aufrechnung mit Gegenansprüchen erfolgen. Ansprüche der Verwaltungshaftung unterliegen nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts einer 30jährigen Verjährungsfrist.