

Staatliche Aufgaben, private Akteure

Band 3:
Neuvermessung einer Grenze

Herausgegeben von

Dr. Claudia Fuchs

Research Associate

Dr. Franz Merli

Universitätsprofessor

Dr. Magdalena Pöschl

Universitätsprofessorin

Dr. Richard Sturn

Universitätsprofessor

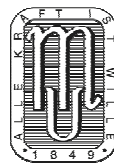
Dr. Ewald Wiederin

Universitätsprofessor

Dr. Andreas W. Wimmer

Assoziierter Professor

DIKE 



C.F. Müller

Wien 2019

MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung

Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen

C.F. Müller GmbH, Heidelberg

Zitiervorschlag: *Autor*, [Titel], in *Fuchs/Merli/Pöschl/Sturn/Wiederin/Wimmer* (Hrsg),
Staatliche Aufgaben, private Akteure Bd 3 (2019) [Seite]

Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der Übersetzung, vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form (durch Fotokopie, Mikrofilm oder ein anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung des Verlages reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Sämtliche Angaben in diesem Werk erfolgen trotz sorgfältiger Bearbeitung ohne Gewähr; eine Haftung der Herausgeber, der Autoren, sowie des Verlages ist ausgeschlossen.

ISBN 978-3-214-00963-2 (Manz)

ISBN 978-3-03891-188-3 (Dike)

ISBN 978-3-8114-5636-5 (C.F. Müller)

© 2019 MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH, Wien
Telefon: (01) 531 61-0
E-Mail: verlag@manz.at
www.manz.at
Druck: Prime Rate Kft., Budapest

Inhaltsübersicht

	Seite
Vorwort	III
Autorenverzeichnis	XV
Abkürzungsverzeichnis.....	XVII
<i>Richard Sturn</i>	
Die Abgrenzung von privatem und öffentlichem Sektor aus ökonomischer Sicht	1
<i>Ewald Wiederin</i>	
Staatliche Aufgaben, bundesstaatliche Kompetenzverteilung und private Akteure	21
<i>Magdalena Pöschl</i>	
Staatlichkeit, Ingerenz und Haftung.....	45
<i>Lorenz Dopplinger</i>	
Staatlichkeit und Grundrechte.....	77
<i>Susanne Reindl-Krauskopf</i>	
Staatlichkeit im Strafrecht	103
<i>Andreas W. Wimmer</i>	
Staatlichkeit und Kontrolle	119
<i>Harald Eberhard/Claudia Fuchs</i>	
Staatlichkeit und Information	149
<i>Arno Kahl</i>	
Staatlichkeit im Unionsrecht.....	167
<i>Franz Merli</i>	
Variable Staatlichkeit	223
Schlagwortverzeichnis.....	239

Magdalena Pöschl

Staatlichkeit, Ingerenz und Haftung*)

- I. Eingangsbeobachtungen zur Ingerenz
- II. Besichtigung der Amtshaftung
 - A. Wozu Amtshaftung?
 - B. Elemente der Amtshaftung
 - C. Grenzziehungen des Gesetzgebers
 - D. Grenzvermessungen der Judikatur
 - 1. Messwerkzeuge
 - a) Vollziehung der Gesetze
 - b) Bestellung zum Organ
 - 2. Messergebnisse
 - a) Amtshaftung kraft Hoheitsmacht
 - b) Amtshaftung kraft hoheitlicher Aufgabe
 - c) Amtshaftung zwischen Hoheitsmacht und Aufgabe
 - d) Alternativen zur Amtshaftung
 - E. Grenzbeobachtungen der Lehre
- III. Ausgangsbeobachtungen zur Ingerenz

I. Eingangsbeobachtungen zur Ingerenz

Verblüffenderweise weiß die Staatsrechtslehre nicht genau, wer eigentlich der Staat ist. Sicher sind wir uns seiner nur bei Bund und Ländern¹⁾ bzw bei den natürlichen Personen, die in die Organisation dieser beiden Gebietskörperschaften eingegliedert sind. Die Zweifel an der Staatlichkeit beginnen aber be-

*) Ich danke Stefanie Bermesser und Kilian Wagner, die mich bei den umfangreichen Recherchen für diesen Beitrag sehr unterstützt haben.

¹⁾ Bereits *Ignaz Seipel* stellt anlässlich der Beratungen des B-VG im AB 991 BlgKNV (abgedruckt in *Felix Ermacora*, Quellen zum Österreichischen Verfassungsrecht 1920 [1967] 553) fest, dass „der Entwurf den Ausdruck ‚Staat‘ und ‚staatlich‘ in einem sowohl den Bund als auch die Länder umfassenden Sinne gebraucht“. Dass Bund und Länder zum Staat gehören, setzt auch die Literatur voraus, zB *Kurt Ringhofer*, Die österreichische Bundesverfassung (1977) 16 f, 347; *Heinz Mayer/Gabriele Kucsko-Stadlmayer/Karl Stöger*, Bundesverfassungsrecht¹¹ (2015) 96, 104; *Manfred Stelzer*, Grundzüge des Öffentlichen Rechts³ (2016) 58; *Andreas Hauer*, Staats- und Verwaltungshandeln⁵ (2017) Rz 1; *Walter Berka*, Verfassungsrecht⁷ (2018) Rz 776; *Theo Öhlinger/Harald Eberhard*, Verfassungsrecht¹² (2019) Rz 218 f.

reits bei den Gemeinden,²⁾ sie mehren sich, wenn Bund und Länder neue Körperschaften kreieren,³⁾ und sie gipfeln bei den hier interessierenden privaten Verwaltern, die außerhalb der Staatsorganisation stehen und dem Allgemeinwohl dienende Aufgaben erledigen.

Wer den Staat disziplinieren will, kommt freilich nicht umhin, ihn zu identifizieren. Lehre und Rechtsprechung haben für ihn im Wesentlichen drei Erkennungsmerkmale etabliert:⁴⁾ Zunächst die Hoheitsmacht – ausgehend von der Vorstellung, der Staat sei ein Machtapparat, der alle Gewalt bei sich monopolisiert;⁵⁾ ferner die Erfüllung öffentlicher Aufgaben – wohl in der Annahme, ohne solche Aufgaben sei kein Staat zu machen.⁶⁾ Schließlich glauben wir den Staat an seiner Ingerenz zu erkennen, also am Einfluss, den er auf die Erledigung einer Sache ausübt – wohl, weil wir denken, eine Angelegenheit werde zur Staatssache, sobald der Staat sie kontrolliert.

Alle drei Parameter haben freilich Tücken: Der Nachteil der Hoheitsmacht ist, dass wir glauben zu wissen, was das ist; doch sobald Hoheitsmacht ihre typischen Formen – Verordnung, Bescheid und Maßnahme – verlässt, werden wir schon verlegen.⁷⁾ Der Vorteil der öffentlichen Aufgabe ist: Wir wissen, dass

2) Zum Staat rechnen die Gemeinden zB *Ludwig K. Adamovich/Bernd-Christian Funk/Gerhart Holzinger/Stefan Frank*, Österreichisches Staatsrecht, Bd 2³ (2014) Rz 32.022; *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger* (FN 1) Rz 875; *Benjamin Kneihls*, Verfassungs- und Allgemeines Verwaltungsrecht⁵ (2017) 86; *Öhlinger/Eberhard* (FN 1) Rz 541. *Peter Pernthaler*, Raumordnung und Verfassung III (1990) 44 f sieht die Gemeinde in einer „konfliktträchtigen Zwitterstellung“: Einerseits begründe sie als territoriale und personenbezogene öffentliche Hoheitsgewalt mit Bund und Ländern den dreigliedrigen Staatsaufbau, andererseits sei sie der staatlichen Souveränität untergeordnet und funktionell Bundes- oder Landesverwaltung. Zweifel an der Staatlichkeit der Gemeinden äußert *Berka* (FN 1) Rz 776. Für *Hauer* (FN 1) Rz 560 steht die Selbstverwaltung im eigenen Wirkungsbereich im Gegensatz zur Staatsverwaltung. Für *Ringhofer* (FN 1) 347 f besteht der Staat nur aus Bund und Ländern.

3) Die von Selbstverwaltungskörperschaften besorgten Aufgaben seien teils „spezifisch organisierte Staatstätigkeit“, teils „gesellschaftliche Selbstverwaltung“ außerhalb der staatlichen Verwaltung: *Karl Korinek*, Wirtschaftliche Selbstverwaltung (1970) 200 f; *Peter Pernthaler*, Österreichisches Bundesstaatsrecht (2004) 214 f; *Theo Öhlinger*, Die Verankerung von Selbstverwaltung und Sozialpartnerschaft in der Bundesverfassung, JRP 2008, 186 (190 f). Für *Harald Eberhard*, Nichtterritoriale Selbstverwaltung (2014) 69 f, ist Selbstverwaltung keine mittelbare Staatsverwaltung, wenn man in ihr einen „neue[n] Zurechnungsendpunkt [sieht], der mit der Einräumung einer öffentlichen Rechtspersönlichkeit einhergeht“. Im übertragenen Wirkungsbereich sei es wegen der Weisungsbindung an staatliche Stellen hingegen diskutabel, von mittelbarer Staatsverwaltung zu sprechen. Freilich habe der Selbstverwaltungskörper auch im eigenen Wirkungsbereich Anteil an der Ausübung staatlicher Gewalt (*Eberhard*, aaO 327, 403).

4) MwN *Magdalena Pöschl*, Private Verwalter als Problem des Allgemeinen Verwaltungsrechts, FS Mayer (2011) 515 (517 ff).

5) Zur Vorstellung vom Staat als Gewaltapparat *Ewald Wiederin*, Die Beleihung, und *Magdalena Pöschl*, Die Konzession, beide in *Claudia Fuchs/Franz Merli/Magdalena Pöschl/Richard Storn/Ewald Wiederin/Andreas W. Wimmer* (Hrsg), Staatliche Aufgaben, private Akteure, Bd 2 (2017) 31 (72) bzw 1 (2).

6) Wendung bei *Wiederin* (FN 5) 72.

7) Dazu *Wiederin* (FN 5) 71.

wir letztlich nicht wissen, was das ist, solange der Verfassungsgesetzgeber eine Aufgabe dem Staat nicht ausdrücklich vorbehält;⁸⁾ nur in Zweifelsfällen hilft das nicht weiter. Besonders vertrackt ist schließlich die Ingerenz, erstens weil sie gerne ihre Rollen wechselt: Einmal ist sie eine Voraussetzung dafür, dass eine Staatsdisziplinierung greift;⁹⁾ dann wieder ist sie die verfassungsrechtlich gebotene Folge von Staatlichkeit:¹⁰⁾ Wie soll sie dann helfen, den Staat zu erkennen? Zweitens ist Ingerenz variantenreich und in jeder Variante wiederum skalierbar: Sie kann bei der Bestellung von Organen ansetzen, aber auch bei der Ausübung ihrer Funktion, und hier wie dort kann der staatliche Einfluss unterschiedlich intensiv sein: Welche Varianz und Intensität an Ingerenz macht eine Sache dann aber zur Staatssache? Das fragt sich gerade bei privaten Verwaltern:

Teils werden sie ausschließlich vom Staat bestellt, etwa wenn ein Gerichtspräsident einem Unternehmen die Durchführung von Sicherheitskontrollen überträgt,¹¹⁾ wenn eine Behörde einen Privaten zur Katastrophenhilfe in die Pflicht nimmt¹²⁾ oder ein Unternehmen mit dem bescheidmäßig verfügten Abbruch eines Hauses beauftragt. Oft ist die Bestellung privater Verwalter aber zwischen Staat und Privaten geteilt: Relativ stark ist der staatliche Einfluss, wenn die Behörde einen Privaten auf dessen Antrag bestellt.¹³⁾ Schwächer wird die staatliche Ingerenz, wenn ein Privater einen Verwalter auswählt, den die Behörde dann bestellen kann;¹⁴⁾ noch schwächer, wenn der Private den Verwalter selbst bestellt und die Bestellung der Behörde nur zur Genehmigung vorlegen¹⁵⁾ oder gar bloß anzeigen muss.¹⁶⁾ Kaum spürbar ist der staatliche Einfluss schließlich, wenn ein Privater einem anderen einen Auftrag erteilt, dem damit ex lege hoheitliche

⁸⁾ Zu den vielfältigen Fragen, die die Aufgabe zudem aufwirft, *Wiederin* in diesem Band.

⁹⁾ So setzt zB die Gebarungskontrolle des Rechnungshofes ein, wenn eine Gebietskörperschaft ein Unternehmen beherrscht: Art 126b Abs 2, Art 127 Abs 3, Art 127a Abs 3 B-VG.

¹⁰⁾ Die Ausübung jeder Hoheitsmacht muss durch ein oberstes Verwaltungsorgan gesteuert und von diesem dem Parlament gegenüber verantwortet werden, näher *Andreas W. Wimmer* in diesem Band, 128 f.

¹¹⁾ ZB bei Sicherheitsunternehmern nach §§ 9 f GerichtsorganisationsG (GOG), RGBI 1896/217 idF BGBl I 2019/44.

¹²⁾ ZB § 15 Abs 3 Tir KatastrophenmanagementG, LGBl 2006/33 idF LGBl 2018/144, näher *Josef Müllner*, Rechtliche Rahmenbedingungen der Katastrophenbekämpfung (2016) 256.

¹³⁾ ZB bei der Begutachtung von Kfz, zu der der LH nach § 57a Abs 2 KraftfahrG 1967 (KFG), BGBl 1967/267 idF BGBl I 2019/19, bestimmte Personen „ermächtigt“.

¹⁴⁾ ZB Jagdaufsichtsorgane nach § 34 Abs 2 Stmk JagdG 1986, LGBl 1986/23 idF LGBl 2015/9; Mautaufsichtsorgane nach § 17 Abs 2 Bundesstraßen-MautG 2002, BGBl I 2002/109 idF BGBl I 2019/45; Schülerlotsen nach § 97a StVO 1960, BGBl 1960/159 idF BGBl I 2019/37.

¹⁵⁾ ZB § 33 f Tir FischereiG 2002, LGBl 2002/54 idF LGBl 2018/144, wonach die Bestellung eines Fischereiaufsichtsorgans durch den Fischereiausübungsberechtigten genehmigungsbedürftig ist.

¹⁶⁾ So beim Bankprüfer nach § 63 BankwesenG (BWG), BGBl 1993/532 idF BGBl I 2018/17.

Befugnisse zukommen.¹⁷⁾ Spiegelverkehrt zur Bestellung ist auch der staatliche Einfluss auf die Abberufung eines Organs bald stärker, bald schwächer ausgeprägt.

Neben der Bestellsingerenz kann der Staat auch Funktionsingerenz ausüben, indem er die Aufgabenerledigung privater Verwalter beaufsichtigt. Das setzt voraus, dass die aufsichtsbefugte Behörde Informationen über die Funktionsausübung erhält, insb durch Dokumentations-, Auskunfts-¹⁸⁾ oder Berichtspflichten,¹⁹⁾ die privaten Verwaltern manchmal eigens auferlegt sind. Auf Basis dieser Informationen kann die Behörde dann nur ermächtigt sein, ein näher bestimmtes Verhalten des Verwalters zu untersagen.²⁰⁾ Ihr kann aber auch vorbehalten sein, ein solches Handeln zu genehmigen²¹⁾ oder – noch stärker – es mit Weisung anzuordnen,²²⁾ womöglich sogar anstelle des Verwalters zu handeln,²³⁾ ihn vorübergehend durch einen Kommissär zu ersetzen²⁴⁾ oder ihn seiner Funktion ganz zu entheben.

Rollenvielfalt, Varianz und Skalierbarkeit der Ingerenz sind im Amtshafungsrecht besonders bedeutsam, aus naheliegenden Gründen. Wenn der Staat für Schäden einstehen muss, die seine Organe anrichten, wird er nach Möglichkeit auf diese Organe bzw ihr Handeln auch Einfluss nehmen. Die simple Verknüpfung von Haftung und Einfluss wirkt jedoch weniger simple Folgefra-

¹⁷⁾ ZB bei Ärzten, Angehörigen des gehobenen Dienstes für Gesundheits- und Krankenpflege und mit der pädagogischen Leitung eines Heims betrauten Personen nach § 5 Abs 1 HeimaufenthaltsG (HeimAufG) BGBl I 2004/11 idF BGBl I 2017/59.

¹⁸⁾ ZB § 11 ZulassungsstellenV (ZustV), BGBl II 1998/464 idF BGBl II 2017/76, wonach Zulassungsstellen, dh private Versicherungsunternehmen, Aufzeichnungen über die ausgegebenen Kfz-Kennzeichen zu führen und diese auf Verlangen der Behörde vorzulegen haben; s auch die Dokumentationspflichten der Anstaltsleitung nach § 10 Abs 5 UnterbringungsG (UbG), BGBl 1990/155 idF BGBl I 2017/131.

¹⁹⁾ ZB § 7 Anti-Doping-BG 2007, BGBl I 2007/30 idF BGBl I 2018/37, wonach die unabhängige Dopingkontrollereinrichtung dem zuständigen BM einmal pro Quartal über die Einhaltung der Anti-Doping-Regelungen durch Sportorganisationen zu berichten und jährlich einen Tätigkeitsbericht vorzulegen hat, § 7 ErwachsenenschutzvereinsG, BGBl 1990/156 idF BGBl I 2018/58, wonach Vereine, deren Eignung zur Mitwirkung an Pflegeschaffssachen festgestellt wurde, dem BMJ jährlich über ihre Tätigkeit, Erfahrungen und Wahrnehmungen zu berichten haben.

²⁰⁾ ZB § 26 Abs 2 BundesG über die Errichtung der Marktordnungsstelle „Agrarmarkt Austria“ (AMA-G 1992), BGBl 1992/376 idF BGBl I 2014/46; § 19 GedenkstättenG (GStG) BGBl I 2016/74 idF BGBl I 2018/56.

²¹⁾ ZB die Pflicht der Buchhaltungsagentur des Bundes, dem BMF Geschäftsführungskonzepte zur Genehmigung vorzulegen (§ 8 Abs 5 BuchhaltungsagenturG [BHAG-G] BGBl I 2004/37 idF BGBl I 2018/30).

²²⁾ ZB Weisungen des BMI an Gewerbetreibende, die gem § 32 WaffenG (WaffG), BGBl I 1997/12 idF BGBl I 2018/97, zur Registrierung von Waffen ermächtigt sind; auch die vom zuständigen BM beauftragten Flugsicherungsorganisationen unterliegen nach § 120 Abs 3 LuftfahrtG (LFG), BGBl 1957/253 idF BGBl I 2017/92, dessen Weisung.

²³⁾ § 40b Abs 4 KFG: Wenn die beliebene Zulassungsstelle einen Antrag nicht binnen einer Woche bearbeitet oder ihm nicht vollinhaltlich stattgibt, hat die Behörde den Antrag zu prüfen.

²⁴⁾ ZB § 195b Abs 2 ÄrzteG 1998, BGBl I 1998/169 idF BGBl I 2019/28, und § 79d Z 4 ApothekerkammerG 2001, BGBl I 2001/111 idF BGBl I 2018/37.

gen auf: Haftet der Staat nur, wenn er Einfluss hat, oder wird er sich umgekehrt einen Einfluss gerade sichern, weil er haftet, oder ist die staatliche Ingerenz womöglich weder Voraussetzung noch Folge der Haftung, sondern bloß ein Kriterium, um ein Handeln im Zweifel als staatlich zu qualifizieren? Und in jedem dieser Fälle fragt sich weiter: Muss der Staat auf die Organbestellung oder auf die Funktionsausübung oder auf beides Einfluss haben, wie intensiv muss dieser Einfluss sein und welche Rolle spielen für die Amtshaftung neben der Ingerenz die beiden anderen Zeichen der Staatlichkeit: Hoheitsmacht und öffentliche Aufgabe?

Um dies zu klären, wird die Amtshaftung im folgenden Kapitel in fünf Schritten besichtigt: Zunächst ist kurz zu rekapitulieren, warum es Amtshaftung eigentlich gibt (A.) und wie sie funktioniert (B.). Wie für jede Staatsdisziplinierung muss auch hier der Staat identifiziert werden; im Amtshaftungsrecht scheint dies besonders schwierig, denn auffallend oft sieht sich die Gesetzgebung bestimmt, die Grenzen der Staatshaftung in Sondervorschriften neben dem Amtshaftungsgesetz (AHG)²⁵ klarzustellen oder sogar zu verschieben (C.). Auf Basis dieser gesetzlichen Markierungen vermisst die Judikatur die Grenze zwischen Staat und Gesellschaft im Einzelfall, doch ihr bleibt ein weiter Spielraum, und sie nützt ihn mit beachtlicher Kreativität (D.). Diesen Prozess begleiten Staatsrechtsdoktrin und Privatrechtslehre intensiv; daher ist abschließend auch über ihre Grenzbeobachtungen zu berichten (E.).

II. Besichtigung der Amtshaftung

A. Wozu Amtshaftung?

Wer die Grenze zwischen Staat und Gesellschaft erkunden will, tut gut daran, sich zu vergewissern, welchem Zweck sie eigentlich dient. Steckt die Grenze den Anwendungsbereich staatlicher Pflichten ab, ist zu fragen, wozu diese Pflichten bestehen: Warum also stehen Staaten in vielen Demokratien für Schäden ein, die ihre Organe verursachen?

Augenscheinlich schützt die Amtshaftung zuerst die Person, die durch das staatliche Handeln geschädigt wurde: Sie muss nicht den Organwalter klagen, der sie geschädigt hat, sondern kann sich direkt am Staat schadlos halten. Das verschafft ihr einen solventen Haftungsfonds²⁶ und befreit sie in komplizierten Schadensfällen von der Last, die schadensstiftenden Anteile aller handelnd-

²⁵ AmtshaftungsG (AHG), BGBl 1949/20 idF BGBl I 2013/122; §§-Angaben ohne Nennung eines Gesetzes beziehen sich im Folgenden auf das AHG.

²⁶ Das betont bereits der AB 515 BlgNR 5. GP 3 und wird auch in der Literatur als wesentlicher Zweck der Amtshaftung angesehen, zB *Robert Rebhahn*, Amtshaftung im Rechtsvergleich – Deutschland, Frankreich, England, Richterwoche 2003, 235 (243); *Bernhard Raschauer*, Amtshaftung und Finanzmarktaufsicht, ÖBA 2004, 338 (343); *Martin Paar*, Amtshaftung und E-Control, ÖZW 2011, 12 f; *Gabriele Kucsko-Stadlmayer* in Karl Korinek/Michael Holoubek ua (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht (11. Lieferung, 2013) Art 23 B-VG Rz 4.

den Personen zu identifizieren und zu beweisen – es genügt, dass der Geschädigte den Rechtsträger benennt, dem die Schädiger als Organe zuzuordnen sind.²⁷⁾ Zugleich schließt die Amtshaftung Lücken des Primärrechtsschutzes,²⁸⁾ der in Österreich grundsätzlich nur gegen typisierte Vollziehungsakte besteht. Schlicht-hoheitliches Handeln und staatliches Unterlassen ist hingegen oft nicht direkt bekämpfbar²⁹⁾ – dann bleibt nur, aber immerhin die Amtshaftung, die wenigstens Schäden ausgleicht und pro futuro eine gesetzmäßige Vollziehung sichert.³⁰⁾

Die Amtshaftung schützt weiters die Organwalter, indem sie diese gegen Klagen des Geschädigten immunisiert. So trägt sie dem Umstand Rechnung, dass die Erledigung öffentlicher Aufgaben mit erheblichen Risiken verbunden sein kann. Im Schadensfall die Organwalter mit ihrem Privatvermögen voll haften zu lassen, wäre eine unbillige Sonderlast,³¹⁾ zumal von der Aufgabenerledigung ja die Allgemeinheit profitiert. Dass der Staat die Haftung übernimmt, soll die Organwalter allerdings auch nicht zu Sorglosigkeit veranlassen. Verursachen sie Schäden schwer schuldhaft, kann ihnen ein Regress des Staates daher nicht erspart bleiben.³²⁾

²⁷⁾ Auch auf die Beweiserleichterung weisen schon die Materialien hin: AB 515 BlgNR 5. GP 2; aus der Literatur zB *Gustav Kaniak/Edwin Loebenstein*, Kommentar zum Amtshaftungsgesetz (1951) 73; *Robert Rebhahn*, Staatshaftung wegen mangelnder Gefahrenabwehr (1997) 505 ff; *Walter Schragel*, Kommentar zum Amtshaftungsgesetz³ (2003) § 2 Rz 171; *Martin Paar*, Grundzüge des Amtshaftungsrechts (2010) 79; *Helmut Ziehensack*, AHG Praxiskommentar (2011) § 2 Rz 2.

²⁸⁾ Zu dieser Auffangfunktion zB *Kaniak/Loebenstein* (FN 27) 45; *Theo Öhlinger*, Der Anwendungsbereich des Amtshaftungsgesetzes, in Josef Aicher (Hrsg), Die Haftung für staatliche Fehlleistungen im Wirtschaftsleben (1988) 121 (134); *Elmar Puck*, Haftung des Staates für informelle Zusagen und Auskünfte, in Aicher (Hrsg), Die Haftung für staatliche Fehlleistungen im Wirtschaftsleben (1988) 171 (176 f); *Rebhahn* (FN 27) 22; *Michael Holoubek*, Haftung für schlichtes Verwaltungshandeln, in Michael Holoubek/Michael Lang (Hrsg), Organhaftung und Staatshaftung in Steuersachen (2002) 247 (252).

²⁹⁾ Etwa die Unterlassung von Maßnahmen, sofern keine Verhaltensbeschwerde nach Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG eröffnet ist, oder die Unterlassung von Verordnungen, dazu zB *Rudolf Welser*, Öffentlichrechtliches und Privatrechtliches aus Anlaß einer Amtshaftungsklage, JBl 1975, 225 (232 ff); *Rebhahn* (FN 27) 18 ff; *Schragel* (FN 27) § 1 Rz 67; *Gabriele Kucsko-Stadlmayer*, Säumnisschutz und Amtshaftung, in Michael Holoubek/Michael Lang (Hrsg), Rechtsschutz gegen staatliche Untätigkeit (2011) 353 (355); *Michael Potacs*, Säumnis des Ordnungsgebers, in Holoubek/Lang (Hrsg), Rechtsschutz gegen staatliche Untätigkeit (2011) 233 (236).

³⁰⁾ ZB *Josef Korn*, Schadenersatzpflicht der Gebietskörperschaften bei Rechtsverletzungen ihrer Organe, ÖJZ 1947, 273; *Ernst Hellbling*, Die Amtshaftung, ÖJZ 1949, 365; *Paar* (FN 27) 1; *Ziehensack* (FN 27) Vor § 1 Rz 116; *Kucsko-Stadlmayer* (FN 26) Art 23 B-VG Rz 4.

³¹⁾ *Ziehensack* (FN 27) § 1 Rz 586.

³²⁾ In diesem Sinn schon der Abgeordnete *Max Eibegger* bei der Beratung des AHG: „Die Beamten und die Vollzugsorgane, die für ihre Handlungen auch zur Verantwortung gezogen werden können, werden immer bestrebt sein, gesetzmäßig und volksnahe zu handeln“: StenProtNR 73. Sitzung vom 14.1.1948, 2111.

Die Amtshaftung nützt nicht nur dem Geschädigten und dem Organwalter, sondern letztlich auch dem Staat selbst: Sie ist ein niederschwelliges Instrument, um Risiken zwischen Allgemeinheit und Einzelnem zu verteilen und damit ein Stück sozialer Gerechtigkeit herzustellen.³³⁾ Vor allem aber sichert sie einen beherzten und korrekten Gesetzesvollzug, weil sie verhindert, dass Organwalter durch Klagsdrohungen eingeschüchtert oder gar zu einer rechtswidrigen Amtsausübung verleitet werden.³⁴⁾ Indem der Staat sich im Schadensfall vor seine Leute stellt, entemotionalisiert er zudem den Konflikt, der zwischen Bürgerin und schädigendem Organ entstanden ist.³⁵⁾ Mittel- und langfristig treibt die Amtshaftung überdies die Reform der Verwaltung voran, weil sie dem Staat einen guten ökonomischen Grund liefert, sein Personal ordentlich aus- und fortzubilden und es gewissenhaft zu führen.³⁶⁾

B. Elemente der Amtshaftung

Als Sonderzivilrecht baut das Amtshaftungsrecht grundsätzlich auf jenen Elementen auf, die das allgemeine Zivilrecht für Schadenersatzansprüche verlangt: Daher setzt auch der Amtshaftungsanspruch ein rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten voraus, das „wem immer“ einen Schaden am Vermögen oder an der Person zufügt (§ 1 Abs 1).³⁷⁾

Darüber hinaus muss das schädigende Verhalten nach dem AHG von einem „Organ“ gesetzt worden sein. Als solches kommt nach dem Wortlaut des § 1 Abs 2 nur eine physische Person in Betracht;³⁸⁾ im Übrigen definiert § 1 Abs 2 das Organ letztlich mit jenen drei Parametern, die Lehre und Judikatur auch sonst heranziehen, um staatliches Handeln zu identifizieren:³⁹⁾

Zunächst mit staatlicher Ingerenz, denn nach § 1 Abs 2 muss ein Organ von einem haftungspflichtigen Rechtsträger „bestellt“ worden sein. Dabei ist gleichgültig, ob die Person dauernd, vorübergehend oder für den einzelnen Fall, ob sie gewählt, ernannt oder sonst wie bestellt ist; unerheblich ist ebenso, ob ihr Verhältnis zum Rechtsträger nach öffentlichem oder privatem Recht zu beurteilen ist.

Ein Organ iSd § 1 Abs 2 handelt außerdem „in Vollziehung der Gesetze“ – eine Wendung, die sich seit 1949⁴⁰⁾ in Art 23 Abs 1 B-VG findet. Dort sollte sie klarstellen, daß sich die Amtshaftung „nur auf Handlungen und Unterlas-

³³⁾ Darauf weist etwa *Rebhahn* (FN 27) 117, 199 hin.

³⁴⁾ Zu dieser Schutzfunktion AB 594 BlgNR 5. GP 2; aus der Literatur zB *Korn* (FN 30) 274; *Kaniak/Loebenstein* (FN 27) 82, 109; *Kucsko-Stadlmayer* (FN 26) Art 23 B-VG Rz 51; *Alrun Cohen*, Amtshaftung bei schlichter Hoheitsverwaltung II, JBl 2014, 223 (234).

³⁵⁾ *Ziehensack* (FN 27) § 1 Rz 586.

³⁶⁾ AB 514 BlgNR 5. GP 2; aus der Literatur zB *Kucsko-Stadlmayer* (FN 26) Art 23 B-VG Rz 2.

³⁷⁾ Zu Rechtswidrigkeit, Verschulden und Schaden zB *Rebhahn* (FN 27) 93 ff; *Schragel* (FN 27) Rz 142 ff; *Paar* (FN 27) 38 ff; *Ziehensack* (FN 27) Rz 800 ff.

³⁸⁾ S aber noch zur abweichenden Judikatur bei FN 69.

³⁹⁾ Oben I.

⁴⁰⁾ BGBl 1949/19.

sungen bezieht, die in Ausübung der Gerichtsbarkeit und der Verwaltung (der sog Hoheitsverwaltung) unterlaufen“.⁴¹⁾ Die dafür gewählte Textierung wurde freilich schon in den Beratungen zum B-VG als vage kritisiert.⁴²⁾ Auch der Ausschussbericht zum AHG trägt zur Klärung wenig bei. Er umschreibt das Handeln „in Vollziehung der Gesetze“ nämlich als Erfüllung „hoheitlicher Aufgaben“,⁴³⁾ verknüpft also Hoheitsmacht und öffentliche Aufgabe und damit jene zwei Parameter, mit denen wir den Staat traditionell zu identifizieren versuchen, die aber ihrerseits unklar sind.⁴⁴⁾

Dass der Anwendungsbereich des AHG damit weite Deutungsspielräume eröffnet, nahmen die Abgeordneten sichtlich in Kauf. Wohl in diesem Sinn drückte der Abgeordnete *Franz Gschnitzer* die Hoffnung aus, „daß die Wissenschaft und die Praxis, denen wir dieses Gesetz damit übergeben, klug genug und nicht zu engherzig sind, um die Grundlinie herauszuarbeiten“.⁴⁵⁾ Bei aller Unklarheit lässt sich etwas doch verlässlich sagen: Der Kreis der Organe, für die der Staat nach AHG eintreten muss, ist wesentlich weiter als der Kreis der Gehilfen, für die der Staat als Geschäftsherr nach allgemeinem Zivilrecht haften müsste.⁴⁶⁾ Wie die Materialien zeigen, schließt der Organbegriff des AHG auch private Verwalter ein. Der Ausschussbericht nennt als Organe nämlich ua die „öffentlichen Verwalter“⁴⁷⁾ – das waren nach damaliger Rechtslage Private, denen eine Behörde die Führung eines Unternehmens übertrug, dessen Fortbestand im öffentlichen Interesse lag.⁴⁸⁾

Sind alle Haftungsvoraussetzungen erfüllt, stellt sich die Frage, *wer* dem Geschädigten *haftet*. Während nach allgemeinem Zivilrecht Gehilfe und Ge-

⁴¹⁾ AB 514 BlgNR 5. GP 2 f.

⁴²⁾ Ua diese Formulierung veranlasste den Bundesrat zu einem Einspruch gegen die gleichlautende Wendung in Art 23 B-VG (29. Sitzung des BR vom 4.3.1948, abgedruckt in *Kaniak/Loebenstein* [FN 27] 191), der allerdings erfolglos blieb (AB 594 BlgNR 5. GP 2).

⁴³⁾ AB 515 BlgNR 5. GP 2.

⁴⁴⁾ Oben I.

⁴⁵⁾ StenProtNR, 73. Sitzung vom 14.1.1948, 2113, abgedruckt in *Kaniak/Loebenstein* (FN 27) 186.

⁴⁶⁾ Dabei ist zwischen Erfüllungs- (§ 1313a ABGB) und Besorgungsgehilfen (§ 1315 ABGB) zu unterscheiden: Erstere setzt der Geschäftsherr zur Erfüllung eines Schuldverhältnisses mit einem Dritten ein; fügt der Gehilfe dem Dritten dabei einen Schaden zu, der mit dem Schuldverhältnis innerlich zusammenhängt, haftet der Geschäftsherr. Der Besorgungsgehilfe wird für sonstige Tätigkeiten eingesetzt; für Schäden, die er dabei anrichtet, haftet der Geschäftsherr nur, wenn er sich einer untüchtigen oder wissentlich einer gefährlichen Person bedient, näher *Rudolf Welser/Brigitta Zöchling-Jud*, Grundriss des bürgerlichen Rechts, Bd II¹⁴ (2015) Rz 1524 ff. Anders als die Gehilfenhaftung verlangt das AHG weder ein Schuldverhältnis zwischen Geschädigtem und haftendem Rechtsträger noch die Untüchtigkeit oder Gefährlichkeit des Schädigers; der Rechtsträger haftet vielmehr für alle Personen, die für ihn Gesetze vollziehen, s *Heinz Krejci*, Amtshaftung und allgemeines Schadenersatzrecht, in Aicher (Hrsg), *Die Haftung für staatliche Fehlleistungen im Wirtschaftsleben* (1988) 97 (108).

⁴⁷⁾ AB 515 BlgNR 5. GP 2.

⁴⁸⁾ §§ 2 und 6 BundesG vom 26. Juli 1946 über die Bestellung von öffentlichen Verwaltern und öffentlichen Aufsichtspersonen (VerwalterG), BGBl 1946/157.

schäftsherr solidarisch haften,⁴⁹⁾ stellt sich der Staat nach dem AHG voll vor seine Organe: Der Schädiger ist gegen Klagen des Geschädigten ausdrücklich immunisiert.⁵⁰⁾ Für die Haftung kommt dann theoretisch entweder der Rechtsträger in Betracht, der das handelnde Organ bestellt hat, oder der Rechtsträger, dessen Aufgaben das Organ erfüllt. Tragend wird dies in der mittelbaren Verwaltung, weil Beststellungs- und Funktionsingerenz dort auf verschiedene Rechtsträger verteilt sind.

In der Stammfassung entschied sich das B-VG noch für die erste Option und ließ Bund, Länder und Gemeinden „für die Rechtsverletzungen der von ihnen bestellten Personen“ haften (Art 23 Abs 1). Seit der Einführung der mittelbaren Bundesverwaltung durch die B-VG-Novelle 1925⁵¹⁾ haften jedoch die Rechtsträger für den Schaden, den die „als ihre Organe handelnden Personen“ in Vollziehung der Gesetze zugefügt haben – damit ist jener Rechtsträger gemeint, dessen Aufgabe das schädigende Organ erledigt hat.⁵²⁾ Nicht den Beststellungs-, sondern den Funktionsrechtsträger eintreten zu lassen, schien dem Verfassungsgesetzgeber 1925 „logisch und praktisch richtiger“, weil sonst in der mittelbaren Bundesverwaltung das Land für einen Landeshauptmann haften müsste, der auf Weisung des Bundesministers gehandelt hat.⁵³⁾ Sind Beststellungs- und Funktionsingerenz auf verschiedene Rechtsträger verteilt, zieht nach dem B-VG also die Funktionsingerenz vor, weil sie die schädigende Handlung stärker steuern kann. Das leuchtet ein, müsste allerdings zur Folge haben, dass der Funktionsrechtsträger nicht haftet, soweit bei der Vollziehung seiner Aufgaben ein Schaden auf das Organisationsverschulden des Beststellungsrechtsträgers zurückzuführen ist. Der OGH lässt jedoch auch in solchen Fällen allein den Funktionsrechtsträger haften, was nicht konsequent erscheint.⁵⁴⁾ Ganz vermeidbar ist es freilich nicht, dass ein Rechtsträger für ein Organhandeln eintreten muss, das er nur schwach oder gar nicht beeinflussen kann: Ersteres gilt für die weisungsfreie Verwaltung,⁵⁵⁾ Zweiteres für die Gerichtsbarkeit, die sich einer fachlichen Steuerung von vornherein entzieht. In der ordentlichen Gerichtsbarkeit hat der Bund dann zwar noch Einfluss auf die Bestellung der Richterinnen (Art 86 B-VG). Seit der Einführung der zweistufigen Verwaltungsgerichtsbarkeit haftet der Bund aber in Bundesangelegenheiten, die nicht durch Bundesbehörden zu vollziehen sind, auch für das Fehlverhalten von Landesver-

49) Neben dem Geschäftsherrn haftet der Gehilfe dem Geschädigten auch selbst nach §§ 1295 ff ABGB, mangels eines ihn betreffenden Schuldverhältnisses allerdings nur deliktisch, dh wenn er zB absolute Rechte des Geschädigten verletzt: *Welser/Zöchling-Jud* (FN 46) Rz 1541 f; *Krejci* (FN 46) 117.

50) § 9 Abs 5.

51) BGBl 1925/268.

52) *Kaniak/Loebenstein* (FN 27) 11 f.

53) RV 327 BlgNR 2. GP 8.

54) SZ 69/133, Kritik an dieser Entscheidung bei *Karl Weber/Magdalena Pöschl*, *Die Haftung der Länder in der mittelbaren Bundesverwaltung* (2000) 11 ff mwN aus der (ebenfalls kritischen) öffentlich-rechtlichen und der (dem OGH zustimmenden) zivilrechtlichen Literatur; kritisch zum genannten Urteil auch *Rebhahn* (FN 27) 115.

55) S Art 20 Abs 2 Z 1–8 B-VG und die Fülle an Beispielen, die *Christoph Lanner*, *Kodex Verfassungsrecht*⁴⁶, Stand 1.3.2019, zu diesen Ziffern nennt.

waltungsrichtern: Auf deren Bestellung hat der Bund nicht den geringsten Einfluss, weil sie allein dem Land obliegt (Art 134 Abs 2 B-VG).

Bei näherem Hinsehen zeigt sich also, dass der Staat zwar als Ganzer nach § 1 Abs 2 nur für Organe haftet, die er bestellt hat. Der Rechtsträger, der die Haftung im Binnenverhältnis übernimmt, muss aber teils auch für ein Organverhalten eintreten, das er weder durch Bestellung noch durch Aufsicht noch durch Abberufung steuern kann. Stiftet nicht die Ingerenz den Haftungsgrund, bleibt als Grund nur das Interesse des Rechtsträgers, dass seine Aufgaben erledigt werden, also eine Art Erfolgshaftung für den guten und den bösen Tropfen: Wer den Nutzen einer Sache hat, muss auch den Schaden tragen.⁵⁶⁾

Der haftende Funktionsrechtsträger kann allerdings beim *Organwalter Regress* nehmen, wenn dieser den Schaden grob fahrlässig oder vorsätzlich verursacht hat; bei grober Fahrlässigkeit kann die Regresspflicht nach Billigkeit gemäßigt werden (§ 3 Abs 1). Auch in dieser Hinsicht ist das Amtshaftungsrecht für den Organwalter günstiger als das allgemeine Zivilrecht, das den Gehilfen schon bei leichter Fahrlässigkeit haften lässt.⁵⁷⁾ Zwar kann auch der Gehilfe auf Mäßigung hoffen,⁵⁸⁾ doch muss er dem Gericht dafür Gründe liefern – anders als das leicht fahrlässig handelnde Organ, das nach AHG von vornherein keinem Regress ausgesetzt ist.⁵⁹⁾

Neben ihren evidenten Vorteilen hat die Amtshaftung gegenüber der allgemein-zivilrechtlichen Haftung für den Geschädigten allerdings auch einen Nachteil, der gerne übersehen wird:⁶⁰⁾ Das AHG verschafft ihm nur einen *Anspruch auf Geld* (§ 1 Abs 1 letzter Satz). Das stört nicht, wenn der Schaden so zu reparieren ist. Die Amtshaftung läuft aber leer, wenn ein Schaden nur durch Widerruf, Beseitigung, Unterlassung oder durch einen Realakt gutgemacht werden kann, etwa weil ein Organwalter jemandes Ruf oder Geschäft durch eine rechtswidrige Warnung ruiniert hat⁶¹⁾ oder weil dem Kläger nur mit einer Auskunft⁶²⁾ oder einer Urkunde geholfen ist.⁶³⁾

⁵⁶⁾ An dieser Weichenstellung des B-VG ändert nichts, dass seit BGBl 1989/343 Bestellungen- und Funktionsrechtsträger einfachgesetzlich zur ungeteilten Hand haften, weil dies die Lastentragung nicht verschiebt: Hat der Beststellungsrechtsträger den Schaden ersetzt, kann er beim Funktionsrechtsträger Regress nehmen: § 1 Abs 3.

⁵⁷⁾ Der Regressanspruch des Geschäftsherrn entfällt nur bei entschuldbarer Fehlleistung: § 4 Abs 3 DienstnehmerhaftpflichtG (DHG), BGBl 1965/80 idF 1983/169.

⁵⁸⁾ § 2 Abs 2 DHG.

⁵⁹⁾ *Krejci* (FN 46) 119. Dass Organe nach AHG günstiger gestellt werden als Dienstnehmer, hält die Lehre zum Teil für unsachlich (zB *Peter Apathy*, Die Haftung des Beamten aus zivilrechtlicher Sicht, ZfV 1986, 135 [136]) und veranlasste den Bundesrat sogar zu einem Einspruch gegen Art 23 B-VG, weil er „unerwünscht[e] budgetär[e] Auswirkungen“ befürchtete, s den Berichterstatter *Fleischacker*, 29. Bundesrats-sitzung vom 4.3.1948, abgedruckt in *Kaniak/Loebenstein* (FN 27) 191.

⁶⁰⁾ S aber zB *Herbert Kalb*, Kein Unterlassungsanspruch gegen staatliche Sektenwarnung. Besprechung zu OGH 19.1.1999, 1 Ob 306/98a, JBl 2000, 179 (184), und *Holoubek* (FN 28) 255, die auf dieses Problem hinweisen.

⁶¹⁾ *Rebhahn* (FN 27) 91 f. In der Praxis führt dies oft zu Klagen, s die Nachweise in FN 120.

⁶²⁾ *Puck* (FN 28) 187.

C. Grenzziehungen des Gesetzgebers

Für die hier interessierenden privaten Verwalter bleibt die Schlüsselfrage der Amtshaftung, unter welchen Voraussetzungen eine als Organ „bestellte“ Person „in Vollziehung der Gesetze“ handelt bzw – in den Worten der Materialien – „hoheitliche Aufgaben“ erfüllt. Die Gesetzgebung weist den Gerichten hier immer wieder den Weg, indem sie eine Amtshaftung in Sondervorschriften neben dem AHG für ein bestimmtes Verwaltungshandeln ausdrücklich anordnet oder ausschließt. Was den Gesetzgeber dazu veranlasst, geht aus den Materialien vereinzelt gar nicht hervor.⁶⁴⁾ Manchmal dient die Sonderregelung nur der Klarstellung.⁶⁵⁾ Meist soll die Amtshaftung mit solchen Vorschriften jedoch abweichend vom AHG gestaltet werden: Das geschieht zunächst, wenn der Gesetzgeber Verwaltungsaufgaben auf juristische Personen des Privatrechts oder Anstalten öffentlichen Rechts überträgt, die er eigens für diesen Zweck kreiert; ferner, wenn er für Verwaltungsaufgaben echte Private einsetzt, und schließlich, wenn es atypisch schwer ist, die Schadensursachen zu beherrschen oder ein Verschulden nachzuweisen.

Die erste Konstellation – Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch eigens geschaffene juristische Personen – erfordert eine amtschaftungsrechtliche Sonderregelung, weil diese juristischen Personen idR als GmbHs oder Aktiengesellschaften organisiert und daher im AHG nicht erfasst sind: Da sie keine Körperschaften öffentlichen Rechts sind, haften sie dem Geschädigten nicht als Rechtsträger iSd § 1 Abs 1. Als juristische Personen sind sie aber auch keine Organe iSd § 1 Abs 2, bei denen der haftende Rechtsträger Regress nehmen kann. Richtet der Gesetzgeber für eine Verwaltungsaufgabe eine Anstalt öffentlichen Rechts ein, ist auch sie zweifellos kein Organ und zumindest nach dem

⁶³⁾ *Cohen* (FN 34) 232 f will diese Rechtsschutzlücke durch teleologische Reduktion schließen, die in § 1 Abs 1 normierte Beschränkung auf Schadenersatz in Geld also nicht anwenden. Der OGH lehnt es ab, diese Lücke im Wege der Vollziehung zu schließen: OGH 14.10.1997, 1 Ob 303/97h; 19.5.1998, 1 Ob 140/98i. Einwandfrei lösbar wäre das Problem tatsächlich nur durch eine Anfechtung des § 1 Abs 1 letzter Satz AHG beim VfGH, die aber anscheinend nicht erwogen wird.

⁶⁴⁾ § 5 BHAG-G und dazu RV 381 BlgNR 22. GP 7; § 16 Abschlussprüfer-Aufsichtsg (APAG), BGBl I 2016/83 idF BGBl I 2018/30 und dazu RV 1012 BlgNR 25. GP 6; § 25 Abs 16–20 BundesG, mit dem ein Bundesforschungs- und Ausbildungszentrum für Wald, Naturgefahren und Landschaft als Anstalt öffentlichen Rechts errichtet und das Bundesamt für Wald eingerichtet wird (BFWG), BGBl I 2004/83 idF BGBl I 2017/58, und dazu RV 505 BlgNR 22. GP 20.

⁶⁵⁾ Das gilt zB für § 24 ZivildienstG (ZDG), BGBl 1986/679 idF BGBl I 2018/107, nach dem das AHG anwendbar ist, wenn ein Zivildienstler in Vollziehung der Gesetze handelt: Das soll klarstellen, dass der Geschädigte nicht schlechter gestellt ist, nur weil ihn ein Zivildienstler und nicht ein sonstiges Organ schädigt (RV 603 BlgNR 13. GP 27); s ferner § 49 Abs 1 UniversitätsG 2002 (UG), BGBl I 2002/120 idF BGBl I 2019/3, der klarstellt, dass Universitäten nach ihrer Vollrechtsfähigkeit für ihre Handlungen und Unterlassungen selbst haften; der Bund haftet nur, soweit die Universitäten hoheitliche Aufgaben wahrnehmen (Abs 2), dh nach RV 1134 BlgNR 21. GP 89 insb im Lehr- und Prüfungsbetrieb.

Wortlaut des § 1 Abs 1 auch kein haftungspflichtiger Rechtsträger.⁶⁶⁾ Meist stellt der Gesetzgeber diese juristischen Personen dann allerdings Organen gleich: Er lässt sie entweder mit ihren Dienstnehmern im Regressweg solidarisch haften,⁶⁷⁾ oder er gestattet dem Rechtsträger einen Regress bei der juristischen Person und dieser wiederum eine Schadloshaltung bei grob schuldhaft handelnden Dienstnehmern.⁶⁸⁾ Das zweite Modell ist unterdessen sondergesetzlich schon so oft vorgesehen, dass der OGH es per Analogie selbst dann annimmt, wenn es einmal nicht angeordnet ist.⁶⁹⁾ Diese Quasiorgan-Lösung schiebt die juristische Person zwischen Rechtsträger und Organ und nützt damit beiden: Der Rechtsträger erhält für seinen Regress einen besseren Haftungsfonds,⁷⁰⁾ und das Organ wird idR zuletzt belangt, wenn überhaupt. Dem Geschädigten entsteht durch diese Modifikationen kein Nachteil. Vereinzelt modifiziert der Gesetzgeber die Amtshaftung aber auch in die Gegenrichtung und erklärt die juristische Person kurzerhand zum Rechtsträger:⁷¹⁾ Dann muss sich der Geschädigte direkt an die juristische Person halten, die ihrerseits beim Dienstnehmer Regress nehmen kann. Diese Quasirechtsträger-Lösung ändert zwar für das Organ nichts. Sie entlastet aber den nach dem AHG eigentlich haftpflichtigen Rechtsträger auf Kosten des Geschädigten, der bei der juristischen Person einen deutlich schlechteren Haftungsfonds vorfindet.⁷²⁾

⁶⁶⁾ *Kucsko-Stadlmayer* (FN 26) Rz 12, die allerdings dafür plädiert, § 1 Abs 1 verfassungskonform weiter auszulegen, weil Art 23 B-VG auch Anstalten als haftungspflichtige Rechtsträger nennt. Anscheinend geschieht das in der Praxis aber nicht, vielmehr werden für Anstalten die noch zu schildernden Sonderregelungen neben dem AHG getroffen.

⁶⁷⁾ § 10 BundesG über die Austro Control GmbH (Austro ControlG), BGBl 1993/898 idF BGBl I 2018/37; § 120b Abs 1 und 2 LFG.

⁶⁸⁾ § 14 Abs 2 und 3 BundesG über die Bundesrechenzentrum GmbH (BundesrechenzentrumG), BGBl 1996/757 idF BGBl I 2003/71; § 21 Abs 2 und 3 WasserstraßenG (WaStG), BGBl I 2004/177 idF BGBl I 2017/103; § 18 Abs 2 und 3 Insolvenz-Entgelt-Fonds-Service-GmbH-G (IEFG), BGBl I 2001/88 idF BGBl I 2018/32; § 5 Abs 2 und 3 BHAG-G; § 35 Abs 2 und 3 BundesstatistikG 2000, BGBl I 1999/163 idF BGBl I 2018/32.

⁶⁹⁾ SZ 2009/30, SZ 2011/43, SZ 2015/58. Rechtsdogmatisch überzeugt diese Analogie nicht, denn § 1 Abs 2 beschränkt die Organeigenschaft explizit auf natürliche Personen, und die sondergesetzlichen Abweichungen bestätigen diese Regel. Wenn der OGH die amtschaftsrechtliche Sonderbehandlung physischer Personen für unsachlich hält, müsste er das Wort „physischen“ in § 1 Abs 2 beim VfGH anfechten.

⁷⁰⁾ S etwa die RV 1247 BlgNR 18. GP 13 zu § 10 Austro ControlG, wonach im „Hinblick auf die Möglichkeit hoher Schadenersatzansprüche nach Abs 1 [...] dem Bund anstelle des Bediensteten das Unternehmen selbst haften“ soll. Gleich motiviert dürfte § 120b LFG sein, der sich nach RV 537 BlgNR 23. GP 10 an § 10 Austro ControlG orientiert.

⁷¹⁾ § 19 Abs 5 Gesundheits- und ErnährungssicherheitsG (GESG), BGBl I 2002/63 idF BGBl I 2018/37, wonach die (als GmbH konstituierte) AGES als Körperschaft öffentlichen Rechts iSd AHG gilt; § 2 Abs 1 AgrarkontrollG, BGBl I 2010/111 idF BGBl I 2013/104, der die AMA ermächtigt eine GmbH zu gründen, die dann nach § 3 Abs 3 als Körperschaft öffentlichen Rechts im Sinne des AHG gilt.

⁷²⁾ Zu Recht erhebt die Lehre hier verfassungsrechtliche Bedenken: *Kurt Hofmann*, Konsequenzen von Entstaatlichung für die Amtshaftung, in ÖJK (Hrsg), Entstaatlichung

Sondergesetzlich modifiziert wird das AHG ferner, wenn der Gesetzgeber Verwaltungsaufgaben nicht auf eigens geschaffene juristische Personen, sondern auf echte Private überträgt. Ist damit zu rechnen, dass diese Verwaltungsaufgaben auch juristische Personen des Privatrechts übernehmen, schafft der Gesetzgeber für sie oft eine Quasiorgan-Lösung. Er lässt sie also nicht direkt, sondern (erst, aber immerhin) im Regressweg haften.⁷³⁾ Um den Regress zu sichern, werden private Verwalter teils ex lege verpflichtet, eine Haftpflichtversicherung abzuschließen.⁷⁴⁾ Sind besonders hohe oder weit gestreute Schäden zu befürchten, wird die Haftung bisweilen von vornherein eingeschränkt: Der Bund haftet dann zB nur bis zu einer bestimmten Schadenshöhe⁷⁵⁾ oder nur für Schäden, die eine mangelhafte Aufsicht dem Beaufsichtigten verursacht, nicht hingegen für Schäden, die der mangelhaft Beaufsichtigte seinerseits Dritten zufügt.⁷⁶⁾

Vereinzelt greift die Gesetzgebung schließlich mit Sonderregeln ein, wenn die Standard-Amtshaftung für den Schädiger oder den Geschädigten atypisch belastend wäre: So räumt er den Organen bei schwer beherrschbaren Schadensursachen Ermessen ein, damit nicht schon jeder kleine Fehler eine haftungsauslösende Rechtswidrigkeit begründet⁷⁷⁾ – das geht tendenziell zulasten des

– Gefahr für den Rechtsstaat? (2002) 148 (152); *Gabriele Kucsko-Stadlmayer*, Grenzen der Ausgliederung, 15. ÖJT (2003) 74; *Raschauer* (FN 26) 343.

⁷³⁾ S § 17 Abs 2–5 PostmarktG (PMG), BGBl I 2009/123 idF BGBl I 2018/78 für Universaldienstleister; § 24 HeimAufG für Träger einer Pflege- oder Betreuungseinrichtung; § 14 GOG für Sicherheitsunternehmer; § 8 LuftfahrtsicherheitsG 2011 (LSG 2011), BGBl I 2010/111 idF BGBl I 2013/161 für Zivilflugplatzhalter. Für Kfz-Gutachter gilt nach § 57b KFG das AHG „mit der Maßgabe, dass der Rückersatz des Rechtsträgers gegenüber dem Ermächtigten auch dann besteht, wenn es sich dabei nicht um eine natürliche Person handelt“. Damit sichert der Gesetzgeber dem Bund im Regress einen guten Haftungsfonds, unterwirft aber – anders als bei der Quasiorgan-Lösung sonst – nicht auch den Regress der juristischen Person bei ihren Dienstnehmern dem AHG, der daher dem für Dienstnehmer ungünstigeren (FN 57) DHG folgt.

⁷⁴⁾ § 5 Z 4 LSG 2011 (Versicherungspflicht für Zivilflugplatzhalter); § 10 Z 7 GOG (Versicherungspflicht für Sicherheitsunternehmer).

⁷⁵⁾ § 8 Abs 1 LSG 2011, wonach der Bund nur bis 1 000 000 € haftet. Diese Begrenzung fand sich schon in § 7 Abs 1 LSG 1992, BGBl 1992/824, gemeinsam mit einer Quasiorgan-Regelung. Letztere begründete die RV 693 BlgNR 18. GP 8 mit den exorbitant hohen Ersatzforderungen, die den Bediensteten sonst drohten; diese Erwägung dürfte auch für die mit BGBl I 2002/104 eingeführte Haftungsbegrenzung im LSG 2011 ausschlaggebend gewesen sein.

⁷⁶⁾ § 3 Abs 1 FinanzmarktaufsichtsbehördenG (FMABG), BGBl I 2001/97 idF BGBl I 2018/112; § 16 Abs 1 APAG; § 38 Abs 1 Energie-Control-Gesetz (E-ControlG), BGBl I 2010/110 idF BGBl I 2017/108. *Rebhahn* (FN 27) 279 f unterscheidet zwischen primär und beiläufig geschützten Interessen und hält die einfachgesetzliche Beschränkung auf einen bestimmten Personenkreis im Fall der Bankenaufsicht für zulässig; ebenso *Josef Bauer*, Einschränkung der Amtshaftung für die FMA, in Georg Lienbacher/Gerhart Wielinger (Hrsg) Jahrbuch öffentliches Recht (2009) 223 (238), und *Paar* (FN 26) 17. Verfassungsrechtliche Bedenken äußern hingegen *Hans Kunst/Ulrich Salzburg*, FMA: Haftungsausschluss statt effizienter Aufsicht! *ecolex* 2009, 1092 f.

⁷⁷⁾ Vgl § 3 Abs 2 Satz 1 FMABG, der der Finanzmarktaufsicht Ermessen einräumt, um ihr die für die Aufsichtstätigkeit unerlässliche Flexibilität zu gewähren (RV 819

Geschädigten. Zugunsten der Geschädigten wird das AHG modifiziert, wenn Verwaltungsabläufe für Außenstehende so undurchschaubar sind, dass sie ein Verschulden praktisch nicht beweisen können: Dann ist eine verschuldensunabhängige Haftung des Staates vorgesehen.⁷⁸⁾

Die genannten Beispiele zeigen, dass das AHG für die Verwaltung des beginnenden 20. Jahrhunderts maßgeschneidert, für manche Erscheinungen des modernen Verwaltungsstaates aber nicht gerüstet ist: Das AHG rechnet weder damit, dass der Staat juristische Personen des Privatrechts als Verwalter einsetzt,⁷⁹⁾ noch damit, dass echte Private extrem schadensgeneigte Verwaltungsaufgaben übernehmen. Das AHG ist auch nicht gefasst auf Schäden, die für den Staat atypisch schwer beherrschbar sind, ebenso wenig auf Verwaltungsabläufe, die für Geschädigte praktisch undurchschaubar bleiben. Adaptiert der Gesetzgeber das AHG sondergesetzlich für diese atypischen Verwaltungssituationen, so legt er gleichsam nebenher offen, auf welche Tätigkeiten das AHG dem Grunde nach anwendbar ist, und genau dieser Kollateralnutzen interessiert im vorliegenden Zusammenhang. Das Spektrum dieser sondergesetzlich bezeichneten Tätigkeiten lotet das Feld der „hoheitlichen Aufgaben“ nämlich voll aus: Es reicht von Zwangsakten über schlicht hoheitliches Handeln bis hin zur „zwanglosen“ Erfüllung von Aufgaben, die anscheinend „nur“ dem öffentlichen Interesse dienen:

So unterliegen der Amtshaftung kraft sondergesetzlicher Anordnung zunächst Schäden, die Pflegeeinrichtungen bei Freiheitseingriffen,⁸⁰⁾ Sicherheitsunternehmer bei Gerichtssicherheitskontrollen,⁸¹⁾ Zivilflugplatzhalter bei Passagierkontrollen⁸²⁾ und die via donau – Österreichische Wasserstraßen-GmbH bei schiffahrtspolizeilichen Aufgaben verursachen.⁸³⁾ Explizit angeordnet ist die Amtshaftung ebenso für die Bankenaufsicht durch die Finanzmarktaufsicht,⁸⁴⁾ die Energiemarktregulierung durch die E-Control⁸⁵⁾, für Kontrollen im agrari-

BlgNR 22. GP 8 f); nahezu wortgleich § 16 Abs 2 APAG betreffend die Prüfer für die Aufsicht über die Abschlussprüfer.

⁷⁸⁾ Sie besteht für Schäden, die durch den Einsatz von Informations- und Kommunikationstechnik bei der Führung gerichtlicher Geschäfte sowie der dafür notwendigen (auch öffentlichen) Register und sonstigen Geschäftsbehelfe entstehen (§ 89e GOG), ferner für Schäden, die der Einsatz automationsunterstützter Datenverarbeitung bei der Führung des Beglaubigungsarchivs der Justiz (§ 91b Abs 8 GOG) und der Register und Archive der Notariatskammer verursacht (§ 140j Notariatsordnung [NO], RGBI 1871/75 idF BGBl I 2018/71). Für unabwendbare Ereignisse bleibt die Haftung allerdings nach den genannten Vorschriften ausgeschlossen. Zur mangelnden Nachvollziehbarkeit von Fehlern bei der elektronischen Führung des Grundbuchs RV 334 BlgNR 15. GP 20 zum Grundbuchumstellungsg BGBl 1980/550; *Schragel* (FN 27) § 1 Rz 11; *Christoph Freudenthaler*, Haftung für „technische Hilfsmittel“ wie für Erfüllungsgehilfen, ÖJZ 2011, 801 (803).

⁷⁹⁾ S auch SZ 2011/43.

⁸⁰⁾ § 5 Abs 1 iVm § 24 HeimAufG.

⁸¹⁾ § 9 Abs 1 iVm § 14 GOG.

⁸²⁾ § 8 LSG 2011.

⁸³⁾ § 10 Abs 2 iVm § 21 WaStG.

⁸⁴⁾ § 3 FMABG.

⁸⁵⁾ § 38 E-ControlG.

schen Bereich⁸⁶) sowie die Flugsicherung durch die Austro Control GmbH⁸⁷) und behördlich beauftragte Flugsicherungsorganisationen.⁸⁸) Auf Amtshaftung kann man aber auch bauen, wenn der Universaldienstbetreiber, beauftragte Zustellorgane oder konzessionierte Postdiensteanbieter behördliche Schriftstücke zustellen,⁸⁹) wenn im Zuge gerichtlicher Geschäfte IT eingesetzt⁹⁰) oder wenn Daten bei der Führung des Beglaubigungsarchivs,⁹¹) der Register und Archive der Notariatskammer⁹²) automationsunterstützt verarbeitet werden. Gleiches gilt für Qualitätssicherungsprüfungen durch die Abschlussprüferaufsichtsbehörde,⁹³) die nicht privatwirtschaftliche Insolvenz-Entgeltsicherung durch die IEF-Service GmbH,⁹⁴) für sachverständige Tätigkeiten der AGES,⁹⁵) Kfz-Begutachtung und Ausstellung des „Pickerls“ durch Kfz-Mechaniker⁹⁶) und Lehr- und Prüfungstätigkeiten durch Universitätsbedienstete.⁹⁷) Der Amtshaftung unterliegen ebenso die Forschungs- und Informationstätigkeiten der AGES,⁹⁸) die Forschungs- und Ausbildungstätigkeiten des Bundesforschungs- und Ausbildungszentrums für Wald, Naturgefahren und Landschaft,⁹⁹) die Erstellung von Statistiken durch die Statistik Österreich,¹⁰⁰) die öffentliche Haushaltsführung durch die Buchhaltungsagentur des Bundes¹⁰¹) sowie IT-Aufgaben, die die Bundesrechenzentrum GmbH erfüllt.¹⁰²) Kraft sondergesetzlicher Anordnung besteht Amtshaftung schließlich für Schäden, die Zivildienstleistende Dritten zufügen,¹⁰³) nicht hingegen für Schäden, die Richteramtswärter während ihrer Ausbildung beim Rechtsanwalt¹⁰⁴) verursachen. Explizit ausgeschlossen ist die Amtshaftung ebenso für Gutachten von Prospektkontrolleuren, die die Behörde ihren Bescheiden nur zugrunde zu legen hat, wenn sie an der Qualität des Gutachtens oder der Fachkunde oder Sorgfalt des Prospektkontrolleurs keine begründeten Zweifel hat.¹⁰⁵)

Dieses Panoptikum zeigt die Vielfalt der Verwaltungstätigkeiten, für die der Staat qua Amtshaftung einsteht. Insgesamt reichen sie von eindeutigen

⁸⁶) § 3 Abs 3 AgrarkontrollG.

⁸⁷) § 10 Austro ControlG.

⁸⁸) § 120b Abs 1 und 2 LFG.

⁸⁹) § 17 Abs 2–6 PMG.

⁹⁰) § 89e GOG.

⁹¹) § 91b Abs 8 GOG.

⁹²) § 140j NO.

⁹³) § 16 APAG.

⁹⁴) § 3 Abs 2 iVm § 18 Abs 1 IEF-G.

⁹⁵) § 8 Abs 2 und 2a iVm § 19 Abs 5 GESG.

⁹⁶) § 57b KFG.

⁹⁷) § 49 Abs 2–4 UG.

⁹⁸) § 8 Abs 3 iVm § 19 Abs 5 GESG.

⁹⁹) § 25 Abs 16–20 BFWG.

¹⁰⁰) § 35 BundesstatistikG 2000.

¹⁰¹) § 5 BHAG-G.

¹⁰²) § 2 Abs 3–6 iVm § 14 BundesrechenzentrumG.

¹⁰³) § 24 Abs 3 ZDG.

¹⁰⁴) § 9a Abs 5 Richter- und StaatsanwaltschaftsdienstG (RStDG), BGBl 1961/305 idF BGBl I 2018/102.

¹⁰⁵) § 8 Abs 2a KapitalmarktG (KMG), BGBl 1991/625 idF BGBl I 2018/48.

Zwangsakten bis hin zu Tätigkeiten, die keine Spur von Zwang erfordern. In diesem breiten Spektrum sind eingegliederte Organe (einschließlich ex lege geschaffener juristischer Personen) und echte Private jedoch keineswegs gleichmäßig vertreten. Vielmehr scheinen mit abnehmendem Zwang der Tätigkeit die Anforderungen an die Eingliederung zu steigen: So besteht eine Amtshaftung für echte Private eher im vorderen und mittleren Feld, also bei Zwangsakten, Kontrollen, behördlichen Zustellungen und bei Begutachtungsplaketten mit Genehmigungswirkung, während bei Gutachten, die einer behördlichen Würdigung unterliegen, eine Amtshaftung bereits ausdrücklich ausgeschlossen ist.

Auch hinsichtlich des Kriteriums der Bestellung lassen die Sondervorschriften zum AHG Grundlinien erkennen: Richtet der Gesetzgeber für eine Verwaltungsaufgabe eigens eine juristische Person ein, fungieren deren Organe und Dienstnehmer als „bestellte“ Organe iSd AHG.¹⁰⁶⁾ Im Übrigen sind „bestellte“ Organe teils Private, die eine Behörde direkt für eine Aufgabe auswählt und bestellt¹⁰⁷⁾ und denen damit auch besondere Befugnisse verliehen sein können.¹⁰⁸⁾ Wird eine juristische Person bestellt, umschließt dies jedenfalls die Befugnis, die Aufgabenerfüllung einer physischen Person zu übertragen.¹⁰⁹⁾ Teils fungiert als „bestelltes“ Organ auch ein Privater, dem ex lege besondere Befugnisse für den Fall zukommen, dass ihm ein anderer Privater eine bestimmte Aufgabe überträgt.¹¹⁰⁾ Sondergesetzlich nicht vorgesehen ist eine Amtshaftung hingegen, wenn ein Privater einem anderen Privaten eine Aufgabe ohne ex lege damit verbundene Sonderbefugnisse überträgt, mag diese Beauftragung auch an gesetzliche Bedingungen gebunden sein, deren Einhaltung eine Behörde nachprüft.¹¹¹⁾ Das ist kein Beweis, angesichts der Fülle sondergesetzlicher Regelungen aber doch ein Indiz dafür, dass Private nur dann iSd AHG „bestellt“ sind, wenn ihnen entweder besondere Befugnisse verliehen sind oder wenn ihnen eine Aufgabe von einer Behörde oder einer juristischen Person übertragen wird, die eigens für die Besorgung dieser Aufgabe eingerichtet ist.

¹⁰⁶⁾ § 3 Abs 3 AgrarkontrollG, § 10 Abs 1 Austro ControlG, § 14 BundesrechnungszentrumG, § 38 Abs 1 E-ControlG, § 3 Abs 1 FMABG, § 19 Abs 5 GESG, § 89e GOG, § 18 Abs 1–3 IEFG, § 21 Abs 1 WaStG. Das Gleiche gilt für eigens eingerichtete Anstalten: § 16 APAG, § 25 Abs 16–20 BFWG, § 5 BHAG-G, § 35 BundesstatistikG 2000, § 49 Abs 2–4 UG.

¹⁰⁷⁾ § 9 Abs GOG, § 57b Abs 2 KFG, § 120 Abs 2 iVm § 120b Abs 1 und 2 LFG, § 17 Abs 2–6 PMG, § 8 Abs 1 iVm § 24 ZDG.

¹⁰⁸⁾ § 57b Abs 4–5a KFG (Ausfolgung einer Begutachtungsplakette, die als öffentliche Urkunde gilt und zur Verwendung des Kfz berechtigt), § 17 Abs 1 PMG (Zustellung behördlicher Schriftstücke).

¹⁰⁹⁾ SZ 68/220.

¹¹⁰⁾ § 5 Abs 1 iVm § 24 Abs 1 HeimAufG (Befugnis zur Freiheitsentziehung für bestimmte in Pflege- und Betreuungseinrichtungen beschäftigte Personen), § 5 iVm § 8 Abs 1 LSG 2011 (Befugnis zur Passagierdurchsuchung für Dienstnehmer oder sonstige Beauftragte eines Zivilflugplatzhalters).

¹¹¹⁾ S die in FN 15 f genannten Bsp.

D. Grenzvermessungen der Judikatur

1. Messwerkzeuge

Auf der Grundlage des AHG und seiner sondergesetzlichen Modifikationen vermisst die Judikatur die Grenze zwischen staatlichen und privaten Schadensfällen, und zwar mit den zwei erwähnten Messinstrumenten: Das schadensverursachende Verhalten muss „in Vollziehung der Gesetze“ und zudem von einem „bestellten Organ“ gesetzt worden sein.

a) Vollziehung der Gesetze

Der schillernden Wendung „in Vollziehung der Gesetze“ subsumiert der OGH ein breites Spektrum an Verhaltensweisen: Zunächst fällt darunter jedes Handeln mit Befehls- und Zwangsgewalt¹¹²⁾ bzw in hoheitlichen Rechtsformen.¹¹³⁾ Dazu zählen eindeutig Verordnung und Bescheid,¹¹⁴⁾ Akte unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt,¹¹⁵⁾ gerichtliche Beschlüsse und Urteile¹¹⁶⁾ sowie gerichtlich angeordnete Zwangsakte.¹¹⁷⁾

Ab dann beginnen zwar für die Lehre Zweifel, was ein Hoheitsakt ist,¹¹⁸⁾ nicht aber für den OGH, denn er zählt zur „Vollziehung der Gesetze“ umstandslos auch die schlichte Hoheitsverwaltung. Sie bestimmt er im Wesentlichen mit vier Formeln – einer dominierenden Hauptformel und drei Nebenformeln, von denen die erste die Zurechnung an den Staat erleichtert und die beiden anderen die Zurechnung erschweren:

Nach der Hauptformel des OGH gelten bei einer Aufgabe, die „ihrem Wesen nach hoheitlicher Natur“ ist, auch alle Verhaltensweisen, die mit der Erfüllung dieser Aufgabe verbunden sind, als „in Vollziehung der Gesetze“ erfolgt, wenn sie mit der hoheitlichen Aufgabe innerlich und äußerlich hinreichend eng zusammenhängen.¹¹⁹⁾ Unter dieser Voraussetzung handeln nicht nur Personen hoheitlich, die die Kompetenz haben, über die Erlassung von Hoheitsakten selbständig zu entscheiden, sondern auch Personen, die die Ausübung hoheitlicher Gewalt nur vorbereiten, unterstützen, entlasten oder abschließen. Ein solcher

¹¹²⁾ ZB SZ 51/184, SZ 57/195, SZ 60/156; OGH 28.9.1995, 6 Ob 33/95; SZ 71/99.

¹¹³⁾ ZB SZ 45/134, SZ 55/173, SZ 65/40.

¹¹⁴⁾ SZ 72/5 („etwa durch die Erlassung von Verordnungen und Bescheiden – also durch rechtstechnische Mittel, die der Hoheitsverwaltung eigentümlich sind“).

¹¹⁵⁾ ZB Festnahme und Anhaltung (SZ 54/108; OGH 28.4.2000, 1 Ob 97/00x; SZ 2007/103) oder Schusswaffengebrauch durch Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes (SZ 68/155; OGH 13.8.2002, 1 Ob 263/01k).

¹¹⁶⁾ So wurden Amtshaftungsansprüche bejaht, wenn ein Gericht unvertretbar und ohne erkennbare Überlegung von der klaren Gesetzeslage oder der stRsp abweicht (OGH 23.5.1984, 1 Ob 10/84; 24.6.1992, 1 Ob 17/92; 16.12.2004, 1 Ob 199/04b).

¹¹⁷⁾ ZB Einweisung in eine Nervenheilanstalt (SZ 61/8; OGH 17.11.1993, 1 Ob 24/93); unterlassene Verhängung der Untersuchungshaft (SZ 62/73).

¹¹⁸⁾ S oben bei FN 7.

¹¹⁹⁾ ZB SZ 55/17, SZ 59/112, SZ 60/156, SZ 61/157, SZ 65/112, SZ 69/140, SZ 70/160, SZ 72/91, SZ 73/34, SZ 2003/28, SZ 2004/54, SZ 2011/43, SZ 2012/137, SZ 2015/58; OGH 19.1.2016 10 Ob 94/15v; 25.06.2019 1 Ob 98/19x.

Konnex wird bei Informationsmaßnahmen im Umfeld hoheitlicher Akte regelmäßig bejaht,¹²⁰⁾ aber auch bei einer Vielzahl anderer Handlungen.¹²¹⁾ Diese Hauptformel ermöglicht eine relativ flexible Zurechnung, weil ihre Stellschraube – der hinreichend enge Zusammenhang mit einer hoheitlichen Aufgabe – einen gewissen Spielraum lässt.

Manchmal erweitert der OGH diesen Spielraum, indem er in einer ersten Nebenformel den Fokus vom Hoheitsakt auf die Aufgabe verschiebt: Er ergänzt dann, eine Tätigkeit stehe insb dann in einem hinreichend engen Zusammenhang zu einer hoheitlichen Aufgabe, wenn sie „zum überwiegenden Teil dem Schutz der Allgemeinheit und damit öffentlichen Interessen dient“.¹²²⁾

Bei Privaten verengt der OGH den Spielraum aber bisweilen auch, indem er mit einer zweiten Nebenformel die Anforderungen an die Hoheitlichkeit erhöht. Er betont dann, nicht jeder, der zur Erfüllung einer hoheitlichen Aufgabe beiträgt, sei schon ein Organ. Die Bestellung einer physischen oder juristischen Person sei „nur dann eine Beleihung mit der Ausübung einer hoheitlichen Funktion im Sinne des § 1 Abs. 2 AHG, wenn mit ihr der Auftrag verbunden ist, selbst für den Rechtsträger hoheitliche Handlungen zu setzen bzw solche mitzuvollziehen; es muss also die Erfüllung der hoheitlichen Aufgabe selbst übertragen sein.“¹²³⁾

Noch schärfer ist eine dritte Nebenformel, die gerade aus dem Umstand, dass ein Außenstehender handelt, auf die fehlende Organstellung schließt: Der OGH meint dann, es gebe Aufgaben, die zwar eindeutig der Vollziehung dienen, die aber durch einen hoheitlichen Akt, durch ein Gesetz oder eine Verordnung aus der Vollziehung ausgeschieden und Außenstehenden unter eigener Verantwortung, aber ohne die Möglichkeit, selbst Hoheitsakte zu setzen, übertragen werden. Diese Außenstehenden sind dann keine Organe.¹²⁴⁾

Die vier Formeln für die „Vollziehung der Gesetze“ bedienen sich vertrauter Parameter, und sie zeigen, wie unterschiedlich man den Staat begreifen kann: Soweit der OGH auf Befehl und Zwang setzt, erscheint der Staat als

¹²⁰⁾ SZ 60/156 (Wettbewerbsverzerrung durch behördliches Rundschreiben), OGH 14.7.1992, 1 Ob 2/92 (Fernsehinterview mit dem Leiter einer BPD), 14.10.1997, 1 Ob 303/97h (kreditschädigendes ministerielles Rundschreiben), 19.5.1998, 1 Ob 117/98g (Presseaussendung einer Sicherheitsdirektion), 19.5.1998, 1 Ob 140/98i (Presseaussendung einer Landesrätin), SZ 72/5 (Sektenwarnung), SZ 73/34 (unrichtige Auskunft betreffend Flächenwidmung), SZ 2004/54 (Äußerungen eines Volksanwalts), OGH 6.7.2010, 1 Ob 121/09i (falsche Auskunft durch ein Deponieaufsichtsorgan), 23.2.2011, 1 Ob 208/10k (rufschädigende Äußerungen einer Landeshauptfrau), SZ 2011/43 (Verweigerung einer Veröffentlichung durch die Wiener Zeitung), OGH 24.5.2012, 1 Ob 79/12t (an den Dienstgeber gerichtete Äußerung einer Amtsärztin über einen Fahrer), OGH 27.2.2014, 1 Ob 200/13p (Schreiben einer Baubehörde).

¹²¹⁾ ZB SZ 48/17 (Autounfall eines Soldaten), SZ 55/17 (Diplomatenjagd), OGH 4.4.1990, 1 Ob 3/90 (Kfz-Überprüfung), 16.2.1994, 1 Ob 2/94 (Verkehrsunfall mit Postbus), SZ 70/241 (Operation in einer Universitätsklinik), SZ 74/55 (Kesselprüfung), OGH 27.9.2005, 1 Ob 79/05g (Todfallsaufnahme), 23.2.2011, 1 Ob 224/10p (Rauchfangkehrer).

¹²²⁾ ZB SZ 67/39, SZ 69/188, SZ 71/99; OGH 19.5.1998, 1 Ob 140/98i; SZ 72/5.

¹²³⁾ ZB SZ 60/2; OGH 17.6.2014, 1 Ob 79/14w.

¹²⁴⁾ OGH 23.11.1999, 1 Ob 103/99z; 17.6.2014, 1 Ob 79/14w.

Machtapparat. Soweit die Judikatur die Vollziehung der Gesetze durch die öffentlichen Interessen bestimmt, erscheint der Staat als Gemeinwohlveranstaltung. Das Weichbild beider Perspektiven deckt die Hauptformel des OGH ab, die mit der „hoheitlichen Aufgabe“ hinreichend eng zusammenhängende Tätigkeiten erfasst – treffend wird dies die „Dunstkreismethode“¹²⁵⁾ genannt. In den so umschriebenen Dunstkreis gerät allerdings schwerer, wer außerhalb der staatlichen Organisation steht – auch sie spielt also in der Judikatur neben Hoheitsmacht und Aufgabe eine Rolle, die zudem auf der Linie der sondergesetzlichen Regelungen liegt.¹²⁶⁾

b) Bestellung zum Organ

Das führt zum zweiten amtschaftsrechtlichen Messinstrument der Gerichte – die Bestellung einer Person zum Organ. Prima vista scheint der OGH dem jedoch kaum Bedeutung beizumessen.¹²⁷⁾ Er nimmt bei privaten Verwaltern vielmehr immer wieder an, dass jemand, der „in Vollziehung der Gesetze“ handelt, stets ein Organ sei.¹²⁸⁾ Das trifft bei eingegliederten Organen gewiss zu. Bei den hier interessierenden privaten Verwaltern überzeugt dieser Schluss aber nur, wenn jemand mit Hoheitsmacht beliehen¹²⁹⁾ ist: Diese genuin staatliche Macht kann allein der Staat übertragen, der den Privaten damit stets zugleich bestellt. Bei schlicht-hoheitlichem Handeln liegen die Dinge aber anders, weil dieses Handeln für sich genommen neutral ist. Da es von jedermann gesetzt werden kann, bedarf es keines staatlichen Bestellungsakts. Gab es einen solchen Akt aber, kann dies nahelegen, dass die bestellte Person bzw ihr Handeln dem Staat amtschaftsrechtlich zuzurechnen ist. Dies zumal die Organbestellung, wie der OGH treffend bemerkt,¹³⁰⁾ für Außenstehende auch Vertrauen schafft. Noch bedeutsamer ist der Bestellungsakt, wenn Handeln in Vollziehung der Gesetze primär über das öffentliche Interesse bestimmt wird, weil sich über den Nutzen einer Tätigkeit für die Allgemeinheit bekanntlich trefflich streiten lässt: Auch hier könnte ein Bestellungsakt darauf hinweisen, dass der Staat jemandem eine öffentliche Aufgabe übertragen und damit die Verantwortung für allfällige Schadensfälle übernommen hat.

¹²⁵⁾ Begriff bei *Puck* (FN 28) 177 und *Holoubek* (FN 28) 250. *Peter Mader* in Georg Kodek/Michael Schwimann (Hrsg), ABGB Praxiskommentar, Bd 7⁴ (2017) § 1 AHG Rz 27 spricht von „Bereichstheorie“; *Ziehensack* (FN 27) § 1 Rz 309 ff, und *Alrun Cohen*, Amtshaftung bei schlichter Hoheitsverwaltung I, JBl 2014, 163 (167), sprechen von „Zusammenhangstheorie“; Überblick über die Begründungslinien bei *Paar* (FN 27) 32 f.

¹²⁶⁾ Oben II.C. am Ende.

¹²⁷⁾ Kritisch *Gabriele Kucsko-Stadlmayer*, Besprechung zu OGH 27.3.2001, 1 Ob 25/01k, ÖZW 2002, 59 (63); *Bernhard Raschauer*, Bankaufsicht, Amtshaftung und Beihilfenverbot, ÖJZ 2005, 1 (8 f).

¹²⁸⁾ ZB SZ 74/55 (Dampfkesselprüfer), SZ 2011/43 (Wiener Zeitung: Veröffentlichung des Amtsblattes), SZ 2003/28 (Bankprüfer), SZ 2015/58 (Verletzung eines Schülers im Rahmen der Berufsorientierung).

¹²⁹⁾ Zur Beleihung grundlegend *Wiederin* (FN 5).

¹³⁰⁾ OGH 6.7.2010, 1 Ob 121/09i (falsche Auskunft eines behördlich bestellten Deponieaufsichtsansorgans).

Mag der OGH die Frage der Bestellung bei privaten Verwaltern meist auch nicht explizit prüfen, so scheint er sie doch konzeptiv zu berücksichtigen. Denn er erfasst private Verwalter mit drei Figuren,¹³¹⁾ die einen Bestellsakt zumindest sprachlich einschließen – Hilfsorgane¹³²⁾, Inpflichtgenommene¹³³⁾ und beliehene Unternehmer¹³⁴⁾. Das Hilfsorgan ist der verlängerte Arm eines Staatsorgans, dessen Willen es durchführt – das setzt einen Bestellsakt wohl zwangsläufig voraus. Eine Bestellung liegt ebenso vor, wenn der Staat einen Privaten „in die Pflicht nimmt“, dh ihm eine Aufgabe überträgt; regelmäßig wird diese Aufgabe auch dem Allgemeinwohl dienen, weil es einer Inpflichtnahme sonst ja nicht bedurft hätte. Der beliehene Unternehmer bildet – anders als das Hilfsorgan – einen eigenen Willen,¹³⁵⁾ und er hat – anders als der Inpflichtgenommene – als Unternehmer ein Eigeninteresse an der ihm übertragenen Tätigkeit.¹³⁶⁾ Wenn der Staat für ihn dennoch einsteht, dann, weil er diesem Privaten genuin staatliche Befugnisse verliehen hat: Auch das ist eine Bestellung.¹³⁷⁾

Zwar fügt sich die Begriffsverwendung mancher Judikate nicht in diese Kategorien,¹³⁸⁾ konzeptiv enthält die Trias – Hilfsorgan, Inpflichtgenommener,

¹³¹⁾ Anders als die öffentlich-rechtliche Doktrin, die deutlich mehr Konzepte entwickelt hat, freilich mit Blick auf verschiedenste Instrumente der Staatsdisziplinierung, nicht bloß für die Amtshaftung: *Fuchs/Merli/Pöschl/Sturn/Wiederin/Wimmer* (FN 5).

¹³²⁾ Als Hilfsorgan qualifizierte der OGH zB einen Abbruchunternehmer, der im Auftrag der Vollstreckungsbehörde tätig wurde (SZ 51/126), ebenso einen Baggerunternehmer, der im Auftrag der BH kontaminiertes Erdreich beseitigte (SZ 71/99). Oft spricht der OGH auch von Personen, die die Ausübung von Hoheitsmacht vorbereiten, unterstützen, entlasten oder abschließen, zB SZ 69/132, SZ 74/55, SZ 2002/87.

¹³³⁾ Als Inpflichtnahme qualifizierte der OGH zB ein Straßenbauunternehmen, das provisorische Verkehrszeichen anbrachte (SZ 68/134).

¹³⁴⁾ Beliehene Unternehmen sind nach der Rsp die Österreichische Nationalbank (SZ 68/191), Straßenaufsichtsorgane, die einen Schwertransport begleiten (SZ 68/220), wohl auch Unternehmer, denen ein Strafgefangener im gelockerten Strafvollzug zugewiesen wurde (SZ 69/132), Dampfkesselprüfer (SZ 74/55) und Privatschulen mit Öffentlichkeitsrecht (SZ 2014/32). Bloß von Beliehenen (ohne den Zusatz Unternehmer) bzw von Beleihung spricht der OGH zB bei Kfz-Gutachtern (OGH 4.4.1990, 1 Ob 3/90) und Fleischuntersuchungsorganen (OGH 18.3.1997, 1 Ob 51/97z). Eine Beleihung verneint hat der OGH zB bei einem von der Stellungskommission beigezogenen Facharzt (OGH 13.11.1999, 1 Ob 103/99z), einer Einrichtung, bei der im Rahmen der Diversion gemeinnützige Tätigkeiten zu leisten sind (SZ 2008/140) und bei einem Pilotenprüfer (OGH 17.6.2014, 1 Ob 79/14w).

¹³⁵⁾ ZB OGH 4.4.1990, 1 Ob 3/90 (Zuständigkeit zur Setzung von Hoheitsakten in eigener Organkompetenz und Verantwortung), SZ 69/132, SZ 74/55, SZ 2002/87 (Kompetenz, über die Erlassung von Hoheitsakten selbständig zu entscheiden), SZ 71/99; OGH 13.11.1999, 1 Ob 103/99z; 17.6.2014, 1 Ob 79/14w (Auftrag, selbst für den Hoheitsträger hoheitliche Handlungen zu setzen bzw solche mitzuvollziehen).

¹³⁶⁾ SZ 68/220.

¹³⁷⁾ Daran ändert nichts, dass der OGH diese Befugnisse weiter fasst als die öffentlich-rechtliche Doktrin: Sie umschließen neben Befehls- und Zwangsakten zB auch bestimmte sachverständige Tätigkeiten, s die Bsp in FN 134 und noch näher II.D.2.c.

¹³⁸⁾ ZB SZ 2002/87 (Landwirt, der unentgeltlich eine Scheune für eine militärische Übung zur Verfügung stellt, wird „beliehener Unternehmer“ genannt), SZ 2003/28

beliehene Unternehmerin – jedoch die wesentlichen Parameter für die Zurechnung schadensstiftenden Verhaltens: Sind dem privaten Verwalter (wie dem beliebigen Unternehmer) zur Aufgabenerfüllung besondere Befugnisse verliehen? Kann seine Tätigkeit (wie insb beim Hilfsorgan) der Staat steuern oder doch nur ein Privater? Nützt die Tätigkeit (wie insb beim Inpflichtgenommenen) eher dem Allgemeinwohl oder doch bloß einem Individuum?

2. Messergebnisse

a) Amtshaftung kraft Hoheitsmacht

Die beschriebenen Messinstrumente führen oft zu erwartbaren Messergebnissen: Der OGH bejaht eine Amtshaftung zB, wenn Private im Auftrag einer Behörde ein Haus abbrechen,¹³⁹⁾ ein Auto abschleppen,¹⁴⁰⁾ kontaminiertes Erdreich beseitigen¹⁴¹⁾ oder wenn Ärzte zwangsweise Angehaltene einer Heilbehandlung unterziehen:¹⁴²⁾ Die Amtshaftung erscheint hier als Annex zur Macht, die durch den Einsatz von staatlichem Zwang ausgeübt wird. Dabei ist einerlei, ob der Private den staatlich angeordneten Zwang bloß als Hilfsorgan durchführt oder ob er einen Zwangsakt qua Beleihung aus eigenem Entschluss setzt.

b) Amtshaftung kraft hoheitlicher Aufgabe

Jenseits eindeutiger Hoheitsakte wird die Zurechnung zum Staat um einiges anspruchsvoller. Sie setzt nach der Hauptformel des OGH eine Aufgabe voraus, die „ihrem Wesen nach“ hoheitlich ist.¹⁴³⁾ Das bejaht die Judikatur insb für die Tätigkeit des Bundesheers,¹⁴⁴⁾ für den Strafvollzug,¹⁴⁵⁾ den Unterricht an öffentlichen oder mit Öffentlichkeitsrecht ausgestatteten Schulen,¹⁴⁶⁾ die Unterbringung und Behandlung psychiatrisch kranker Menschen,¹⁴⁷⁾ nicht hingegen für die Heilbehandlung sonstiger Kranker.¹⁴⁸⁾ Der gemeinsame Nenner dieser Aufgabenfelder ist das eindeutig hoheitlich geprägte Grundverhältnis, das zwischen dem Staat und den jeweils Verwalteten besteht. Punktuell nimmt

(von Kreditinstituten bestellte Bankprüfer werden als Inpflichtgenommene qualifiziert, weil das BWG ihnen bestimmte Pflichten auferlege); OGH 12.10.2004, 1 Ob 42/04i (Abschleppunternehmer, der im Auftrag der Behörde einen defekten Bus abschleppt, wird als Inpflichtgenommener qualifiziert).

¹³⁹⁾ SZ 51/126.

¹⁴⁰⁾ OGH 12.10.2004, 1 Ob 42/04i.

¹⁴¹⁾ SZ 71/99.

¹⁴²⁾ SZ 61/8; OGH 17.11.1993, 1 Ob 24/93.

¹⁴³⁾ Oben II.D.1.a).

¹⁴⁴⁾ SZ 48/17, SZ 59/112, SZ 60/264; OGH 20.11.1991, 1 Ob 28/91; 24.3.1998, 1 Ob 16/98d; 23.3.1999, 1 Ob 75/99g; 13.11.1999, 1 Ob 103/99z.

¹⁴⁵⁾ ZB OGH 13.2.1991, 1 Ob 22/90; SZ 69/132.

¹⁴⁶⁾ SZ 57/17; OGH 20.1.1988, 1 Ob 5/88; 28.7.1998, 1 Ob 206/98w; 26.2.2002, 1 Ob 29/02z; SZ 2004/145, SZ 2015/58.

¹⁴⁷⁾ SZ 61/8; OGH 17.11.1993, 1 Ob 24/93.

¹⁴⁸⁾ SZ 11/97, SZ 70/241.

der OGH sogar auf das „besondere Gewaltverhältnis“ Bezug,¹⁴⁹⁾ in dem man früher Soldaten, Strafgefangene, psychiatrierte Personen und Schülerinnen sah. Diese hoheitliche Grundierung strahlt offenbar aus und erfasst auch alle – für sich genommen – neutralen Handlungen, die im Dienst dieses Verhältnisses gesetzt werden. Dazu gehört nicht zuletzt die Fürsorge, die der Staat den genannten Personengruppen schuldet.¹⁵⁰⁾ Sie ist gerade kein Zwang, sondern dem Staat als Kehrseite des von ihm ausgeübten Zwanges – Wehrpflicht, Strafhaft, Unterbringung, Schulpflicht – grundrechtlich aufgegeben. Verletzt der Staat diese Fürsorgepflicht, muss er dafür im Wege der Amtshaftung eintreten; das gilt auch dann, wenn er in die Erfüllung dieser Aufgabe private Verwalter einbindet.

So haftet der Staat nach der Rsp zunächst für Schäden privater Verwalter, die im Rahmen des Bundesheeres verursacht werden, mag das konkrete schadenstiftende Verhalten von Zwang auch weit entfernt sein, etwa wenn die Ehefrau eines Berufsjägers einen Diensthund verwahrt.¹⁵¹⁾ Verneint hat der OGH allerdings eine Amtshaftung für das (unrichtige) Gutachten eines Facharztes, der von der Stellungskommission ständig beigezogen wurde. Dass der Arzt hier, wie der OGH begründend meinte, bloß beratend tätig werde, aber kein Stimmrecht habe,¹⁵²⁾ überzeugt nicht, wenn man die Tätigkeit des Bundesheeres unabhängig vom konkreten Zwangseinsatz als per se staatlich bzw hoheitlich versteht.

Die Judikatur bejaht eine Amtshaftung idR ferner für Schäden im Gefolge von Strafrechtspflege und Strafvollzug, und zwar auch in Konstellationen, in denen nicht direkt Zwang ausgeübt wird. So muss der Staat auch für Schäden eintreten, die die Geschäftsführerin eines von der Justizverwaltung herangezogenen Bewährungshilfe-Vereins verursacht.¹⁵³⁾ Gleiches gilt, wenn ein Häftling im gelockerten Strafvollzug in einem Unternehmen einen Arbeitsunfall erleidet.¹⁵⁴⁾ Nicht hoheitlich agiert nach der Judikatur hingegen eine Einrichtung, in der ein Beschuldigter im Zuge einer Diversion gemeinnützige Leistungen erbringt, was einleuchtet: Denn die dem Beschuldigten diesfalls auferlegten Leistungen haben keinen Strafcharakter; ihr Sinn besteht gerade darin, „dass hoheitliches Handeln – nämlich die Einleitung bzw die Fortsetzung des Strafverfahrens – unterbleiben kann“.¹⁵⁵⁾

Dem Staat zugeordnet werden schließlich Schäden, die im öffentlichen Bildungssektor entstehen: Das gilt für Verletzungen, die Volksschüler nach einer Explosion im Chemieunterricht erleiden, selbst wenn der Erhalter der fraglichen Schule nicht die Republik Österreich ist.¹⁵⁶⁾ Amtshaftung besteht ebenso

¹⁴⁹⁾ SZ 69/132 (Strafgefangene).

¹⁵⁰⁾ Diese Fürsorgepflicht wird in den genannten Entscheidungen oft angesprochen, zB SZ 59/112; OGH 28.5.1986, 1 Ob 17/86; 13.2.1991, 1 Ob 22/90; SZ 69/132; OGH 23.3.1999, 1 Ob 75/99g; SZ 2014/32.

¹⁵¹⁾ LG Innsbruck 1.12.1989, 3a R 596/89; s schon zuvor zur Verwahrung eines Gendarmeriehundes SZ 41/2.

¹⁵²⁾ OGH 23.11.1999, 1 Ob 103/99z; kritisch *Kucsko-Stadlmayer* (FN 127) 63.

¹⁵³⁾ Vgl das Urteil SSt 55/20, das die Organhaftpflicht bejaht.

¹⁵⁴⁾ SZ 69/132.

¹⁵⁵⁾ SZ 2008/140.

¹⁵⁶⁾ SZ 57/17.

für Schäden, die ein Tennislehrer¹⁵⁷⁾ oder Betreiber einer Kajakschule auf der Schulsportwoche,¹⁵⁸⁾ ein Lehrer bei der Ausbildung zum Schilehrwart¹⁵⁹⁾ oder ein Unternehmer verursacht, in dessen Betrieb ein Schüler im Rahmen einer Berufsorientierung „schnuppert“.¹⁶⁰⁾ Auch hier muss aber eine Grenze gezogen werden, wenn nicht jeder, der irgendwie mit Schülerinnen in Kontakt kommt, zum Organ werden soll. In diesem Sinn hat der OGH die Organstellung eines Liftwartes verneint, da dieser Schüler auf der Schulskiwoche nicht intensiver zu beaufsichtigen habe als andere Liftbenutzer und sie auch nicht beaufsichtige, um am Ausbildungsziel einer Schulveranstaltung mitzuwirken.¹⁶¹⁾

Jenseits der vier genannten Felder – Bundesheer, Strafvollzug, Unterbringung und Schule – bejaht der OGH eine wesensgemäß hoheitliche Aufgabe ebenso bei der Tätigkeit der Sicherheitsbehörden und der Wachkörper¹⁶²⁾, was wegen deren Bewaffnung unmittelbar einleuchtet. Am anderen Ende des Spektrums liegt, dass der OGH auch die staatliche Post als genuin hoheitlich qualifiziert hat, und zwar nicht nur, soweit sie Bescheide erließ, sondern ebenso, wenn sie ihr vorbehaltene Beförderungsleistungen erbrachte. So war etwa das Lenken eines Postpferdewagens durch einen Privaten hoheitlich.¹⁶³⁾ In die gleiche Kerbe schlägt, dass der OGH die Veröffentlichung im Amtsblatt der Wiener Zeitung als hoheitlich und die dafür zuständigen Dienstnehmer der Wiener Zeitung folglich als Organe iSd AHG qualifiziert.¹⁶⁴⁾ Hier wie dort hat der Staat Leistungen, auf die die Allgemeinheit angewiesen ist, bei einer Entität monopolisiert. Das geschieht im öffentlichen Interesse, versetzt die Monopolinhaberin aber auch in eine überlegene Position – auch diese Mischung aus Macht und Allgemeinwohl ist ein plausibler Kandidat für eine wesensgemäß „hoheitliche Aufgabe“.

c) Amtshaftung zwischen Hoheitsmacht und Aufgabe

Besonders schwierig und wechsellvoll ist schließlich die Einstufung von Sachverständigen, die sich in einer Grauzone zwischen Hoheitsmacht und öffentlichen Aufgaben zu bewegen scheinen: Ihre Tätigkeit ist nicht iS hoheitlich, und sie können als Externe von der Behörde beigezogen, aber auch Teil der Behörde sein. Die Einordnung ihres Verhaltens als staatlich oder privat ist von drei Judikaturlinien geprägt:

Die Judikatur geht zunächst von einem Gegensatz zwischen nichtamtlichen¹⁶⁵⁾ und amtlichen Sachverständigen aus. Nichtamtliche Sachverständige seien durch die Amtshaftung nicht geschützt, weil sie keine Entscheidungen

¹⁵⁷⁾ OGH 20.1.1988, 1 Ob 5/88.

¹⁵⁸⁾ SZ 2004/145.

¹⁵⁹⁾ OGH 26.2.2002, 1 Ob 29/02z.

¹⁶⁰⁾ SZ 2015/58.

¹⁶¹⁾ OGH 24.11.2015, 1 Ob 203/15g.

¹⁶²⁾ SZ 55/82, SZ 65/112; OGH 19.5.1998, 1 Ob 117/98g.

¹⁶³⁾ SZ 36/115; s später ebenso zum Postbus OGH 16.2.1994, 1 Ob 2/94.

¹⁶⁴⁾ SZ 2011/43.

¹⁶⁵⁾ Hier und im Folgenden sind die gerichtlich bestellten Sachverständigen stets mitgemeint.

träfen, sondern nur Beweismittel lieferten, die die Behörde würdigt.¹⁶⁶) Obwohl das genauso für Amtssachverständige gilt, bejaht der OGH bei ihnen die Amtshaftung – nun mit der Begründung, dass ihr Wissen „Behördenwissen“ sei.¹⁶⁷) In der Lehre wird das seit langem kritisiert,¹⁶⁸) es entspricht aber im Ergebnis der sondergesetzlich etablierten Linie, dass eine Amtshaftung für schlicht-hoheitliche Tätigkeiten eine stärkere organisatorische Einbindung der handelnden Personen voraussetzt.¹⁶⁹) Für die Judikatur ließe sich zudem ins Treffen führen, dass nichtamtliche Sachverständige den Schutz des AHG auch nicht benötigen: Sie bieten als Unternehmer Leistungen für ein Entgelt an, das es ihnen ohne weiteres ermöglicht, sich gegen Schadensfälle privat zu versichern. Warum ihnen die Allgemeinheit für leicht fahrlässige Schadensfälle qua Amtshaftung eine Haftpflichtversicherung abnehmen sollte,¹⁷⁰) ist nicht zu sehen, ja die Amtshaftung könnte sogar als Beihilfe den Wettbewerb zwischen Sachverständigen innerhalb der EU unionsrechtswidrig verzerren.¹⁷¹) Auch der Schutz der Geschädigten gebietet eine Amtshaftung nicht: Zwar gehen sie leer aus, wenn ein Sachverständiger keine Versicherung abgeschlossen hat. Doch sind Sachverständige seit 2017 ex lege zum Abschluss einer Haftpflichtversicherung verpflichtet.¹⁷²) Mit dieser Anordnung hat der Gesetzgeber die Judikatur im Nachhinein bestätigt bzw eine Schutzlücke geschlossen, die sie geöffnet hat:¹⁷³)

¹⁶⁶) SZ 28/116, SZ 34/39, SZ 54/19, SZ 58/42, SZ 60/2; OGH 24.4.2001, 1 Ob 1/01f; 17.6.2014, 1 Ob 79/14w; 24.05.2016, 1 Ob 79/16y.

¹⁶⁷) SZ 58/42; OGH 10.6.1987, 1 Ob 7/87; SZ 2005/92.

¹⁶⁸) *Karl Vrba/Alfons Zechner*, Kommentar zum Amtshaftungsrecht (1983) 115 f; *Friedrich Harrer*, Die zivilrechtliche Haftung des Sachverständigen, in Josef Aicher/Bernd-Christian Funk (Hrsg), *Der Sachverständige im Wirtschaftsleben* (1990) 177 (189 f); *Rudolf Reischauer*, § 1299 ABGB, in Peter Rummel (Hrsg), *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, Bd 2³ (2007) Rz 23; *Mader* (FN 125) Rz 10.

¹⁶⁹) Oben II.C. Dieser Gedanke klingt auch in SZ 60/2 an, nur anders herum formuliert: Bei Personen, die nicht schon kraft ihrer Stellung Organe des Rechtsträgers sind, kommt es für die Amtshaftung nicht darauf an, welchen inhaltlichen Einfluss sie auf das Verfahrensergebnis haben, sondern inwieweit sie auch verfahrensrechtlich dazu berufen sind, beim Hoheitsakt *unmittelbar* mitzuwirken.

¹⁷⁰) Auf diesen Effekt der Amtshaftung macht *Rebhahn* (FN 27) 401 aufmerksam.

¹⁷¹) *Franz Merli*, Bewertung durch Private, in Claudia Fuchs/Franz Merli/Magdalena Pöschl/Richard Storn/Ewald Wiederin/Andreas W. Wimmer (Hrsg), *Staatliche Aufgaben, private Akteure*, Bd 1 (2015) 177 (187), bezogen auf akkreditierte Zertifizierer („Konformitätsbewertungsstellen“).

¹⁷²) § 2a Sachverständigen- und DolmetscherG (SDG), BGBl 1975/137 idF BGBl I 2017/10.

¹⁷³) So meint auch der OGH 24.4.2001, 1 Ob 1/01f, der Gesetzgeber habe mit § 2a SDG „eindeutig zum Ausdruck gebracht, dass er in Ansehung aller gerichtlichen Sachverständigen die bisherige Rsp, alle SV in gerichtlichen Verfahren von der Amtshaftung auszunehmen, fortgeführt wissen will, würde doch sonst die vom SV abzuschließende Haftpflichtversicherung nur dazu dienen, einen Regressanspruch des Bundes gegen den Sachverständigen zu sichern. Zweck der eingehenden Regelungen über diese Pflicht zum Abschluss und zur Aufrechterhaltung einer Haftpflichtversicherung ist jedoch [...] ausdrücklich und ausschließlich der Schutz der durch ein fehlerhaftes Gutachten in einem gerichtlichen Verfahren geschädigten, vom Schutzzweck der Norm erfassten Verfahrensbeteiligten [...]. Durch diese Gesetzesänderung ist jedenfalls dem

Nun benötigt weder der nichtamtliche Sachverständige noch der Geschädigte eine Amtshaftung; daher kann die Organqualität dieser Sachverständigen gestrost verneint werden.

Die geschilderte Judikatur wird allerdings durch eine zweite Judikaturlinie eingeschränkt, die in gewissen Konstellationen doch eine Amtshaftung für behördenexterne Sachverständige bejaht: Das gilt nicht nur, wenn Gutachter auch hoheitliche Anordnungen treffen, zB ein Rauchfangkehrer eine Mängelbehebung anordnen darf,¹⁷⁴⁾ sondern ebenso, wenn ein Gutachten ohne vorherige Überprüfung durch eine Behörde ex lege Rechtswirkungen erzeugt, die einer Genehmigung oder einem Verbot gleichkommen: So vermittelt das „Kfz-Pickerl“ ein Recht, das Kfz im Straßenverkehr zu verwenden,¹⁷⁵⁾ und die Bewertung von Fleisch als „untauglich“ hat zur Folge, dass es ex lege nicht mehr als Lebensmittel in Verkehr gebracht werden darf.¹⁷⁶⁾ Wenn der OGH hier eine Amtshaftung bejaht, dann wohl in der Annahme, die Kfz-Gutachter und Lebensmittelprüfer verfügten durch die ihren Gutachten ex lege verliehene Tatbestandswirkung über eine mit Befehl und Zwang vergleichbare Macht, die die Zurechnung an den Staat rechtfertigt,¹⁷⁷⁾ zumal Kfz-Gutachter und Lebensmittelprüfer zudem behördlich bestellt werden.¹⁷⁸⁾ Auch diese Judikatur hat der Gesetzgeber inzwischen mittelbar bestätigt.¹⁷⁹⁾

In einer dritten Gruppe von Entscheidungen hat der OGH allerdings auch die Begutachtung durch Kesselprüfer als Handeln in Vollziehung der Gesetze qualifiziert,¹⁸⁰⁾ obwohl ihnen kein Jota Hoheitsbefugnis zukommt und sie nicht

Argument, der Verfolgung der Ansprüche nach dem AHG sei der Vorzug zu geben, weil sie dem Rechtssuchenden [...] einen besseren Schutz biete, der Boden entzogen.“

¹⁷⁴⁾ OGH 28.3.2000, 1 Ob 52/00d; 29.11.2007, 1 Ob 114/07g (hier allerdings ohne Nennung eines Hoheitsaktes); 23.2.2011, 1 Ob 224/10p. Bei der bloßen Ausstellung eines Befundes ist der Rauchfangkehrer hingen kein Organ: SZ 34/39. Die Amtshaftung bejahte der OGH auch bei Fleischbeschauern nach §§ 35 ff LebensmittelG 1975, BGBl 1975/86, soweit diese zur vorläufigen Beschlagnahme von Lebensmitteln ermächtigt waren (SZ 57/149); ebenso bei Gasversorgungsunternehmen, die aus eigenem Antrieb Gasanlagen überprüfen und eine Mängelbehebung anordnen durften (SZ 69/188).

¹⁷⁵⁾ SZ 54/19; OGH 4.4.1990, 1 Ob 3/90; SZ 2003/9, SZ 2007/5. Kritisch zu dieser Judikatur *Kucsko-Stadlmayer* (FN 127) 59; *Raschauer* (FN 127) 1 (8 f); *Merli* (FN 171) 194; anders *Wiederin* (FN 5) 75 FN 267 mit dem Argument, öffentliche Urkunden schaffen einen Vertrauenstatbestand, für den der Staat einstehen müsse, solange er keine anderweitige Vorsorge trifft. Ein Argument von mehreren ist die Qualität des Pickerls als öffentliche Urkunde auch in SZ 54/19.

¹⁷⁶⁾ OGH 18.3.1997, 1 Ob 51/97z.

¹⁷⁷⁾ Vgl SZ 54/19; OGH 4.4.1990, 1 Ob 3/90; explizit von Gutachten mit unmittelbaren Rechtsfolgen bzw von Tatbestandswirkung spricht OGH 18.3.1997, 1 Ob 51/97z. Umgekehrt verneint der OGH die Organstellung bei einem Pilotenprüfer gerade mit dem Argument, dass sein Gutachten zu keinen unmittelbaren Rechtswirkungen führt: OGH 17.6.2014, 1 Ob 79/14w.

¹⁷⁸⁾ § 57a Abs 2 KFG, § 35 LebensmittelG bzw nunmehr § 24 Abs 3 LMSVG.

¹⁷⁹⁾ § 57b KFG, wonach auf Schäden, die durch ein Kfz-Gutachten verursacht wurden, das AHG mit der Maßgabe anzuwenden ist, dass der haftende Rechtsträger beim Gutachtenden auch dann Regress nehmen kann, wenn dieser keine natürliche Person ist, s schon FN 73.

¹⁸⁰⁾ SZ 74/55.

behördlich bestellt, sondern privat beauftragt sind. Zudem waren Kesselprüfer gesetzlich verpflichtet, eine Haftpflichtversicherung abzuschließen, sodass auch kein Schutzbedarf für Geschädigte bestand.¹⁸¹⁾ Bald darauf ließ der OGH den Staat ebenso für Bankprüfer haften,¹⁸²⁾ gleichgültig, ob sie behördlich oder von einem Kreditinstitut bestellt wurden. Diese Entscheidung veranlasste den Gesetzgeber allerdings zu einer Klarstellung:¹⁸³⁾ Seither sind Bankprüfer nur dann Organe iSd § 1 Abs 1 AHG, wenn sie im Auftrag der FMA tätig werden. Handeln sie hingegen im Auftrag eines Kreditinstituts, haften sie – wie jeder andere Unternehmer – für Schäden nach allgemeinem Zivilrecht selbst. Dass die Behörde der Bestellung eines Bankprüfers durch ein Kreditinstitut nach dem FMABG widersprechen kann, ändert daran, wie die Materialien eigens betonen, nichts. Denn dieses behördliche Widerspruchsrecht sei an taxativ aufgezählte Ausschlussgründe gebunden, solle also nur gesetzwidrige Bestellungen verhindern.¹⁸⁴⁾

Damit hat der Gesetzgeber eine wichtige Leitplanke für die Abgrenzung zwischen staatlichem und privatem Handeln in Erinnerung gerufen und zugleich präzisiert: Ohne staatliche Bestellungsingerenz gibt es keine Amtshaftung, und diese Ingerenz muss deutlich spürbar sein. Sie fehlt, wenn ein Privater einen anderen Privaten beauftragt, mag die Behörde auch ermächtigt sein nachzuprüfen, ob diese Beauftragung den – gesetzlich klar umschriebenen – Voraussetzungen entspricht. Diese Klarstellung bestätigt die Linie, die bereits bei den sonstigen sondergesetzlichen Modifikationen zum AHG sichtbar wurde.¹⁸⁵⁾

d) Alternativen zur Amtshaftung

Wie die referierte Judikatur und die gesetzgeberischen Reaktionen zeigen, erfolgt die Vermessung der Grenze zwischen Staat und Gesellschaft im Amtshaftungsrecht tastend: Teils bestätigt der Gesetzgeber die Judikatur, teils korrigiert er sie, teils ergänzt er sie um eine Versicherungspflicht, die den Ausschluss

¹⁸¹⁾ Zu Recht kritisch zu diesem Urteil *Kucsko-Stadlmayer* (FN 127) 63; *Hofmann* (FN 72) 153 f; *Bernhard Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁵ (2017) Rz 124; *Merli* (FN 171) 194 f. Dem Urteil zustimmend hingegen *Alfons Zechner*, Neuere Entwicklungen in der Amtshaftungsjudikatur des Obersten Gerichtshofes, in Bundesministerium für Justiz (Hrsg), Richterwoche 2003: Haftung für staatliches Handeln (2003) 163 (177).

¹⁸²⁾ SZ 2003/28, SZ 2006/15, SZ 2006/53; OGH 27.3.2007, 1 Ob 269/06z; kritisch *Robert Rebhahn*, Amtshaftung für „Bankprüfer“ – Wohltat oder Irrweg? ÖBA 2004, 267; *Walter Doralt*, Haftung der Abschlussprüfer (2005) 205 ff; *Raschauer* (FN 127) 1; *Peter Mader*, Amtshaftung für Bankprüfer, in Michael Gruber/Friedrich Harrer (Hrsg), Aktuelle Probleme der Abschlussprüfung (2006) 119; *Ernst Karner*, Grenzen der Amtshaftung bei mangelhafter Bankaufsicht. Besprechung der Entscheidungen OGH 4.4.2006, 1 Ob 251/05a und 17.10.2006, 1 Ob 142/06y, ÖBA 2007, 794; zustimmend hingegen *Helmut Koziol*, Besprechung von OGH 25.3.2003, 1 Ob 188/02g (Bankprüfer), ÖBA 2004, 304 (306 f).

¹⁸³⁾ § 3 Abs 5 FMABG idF BGBl I 2005/33 sowie die RV 819 BlgNR 22. GP 1, wonach das Urteil OGH 25.3.2003, 1 Ob 188/02g „Klarstellungsbedarf“ auslöse.

¹⁸⁴⁾ RV 819 BlgNR 22. GP 2.

¹⁸⁵⁾ Oben II.C. am Ende.

der Amtshaftung für alle Beteiligten verträglich macht. Offensichtlich ist die Amtshaftung also nicht alternativlos. Soweit private Verwalterinnen ein Eigeninteresse an der ihnen übertragenen Aufgabe haben (und mit ihr folglich gut verdienen), kann eine gesetzlich angeordnete Haftpflichtversicherung ein funktionelles Äquivalent bzw der Amtshaftung sogar überlegen sein: Sie schützt die Geschädigten, ohne die Schädigenden unbillig zu begünstigen, zu belasten oder – sofern sie ihre Leistungen grenzüberschreitend anbieten – den Wettbewerb zwischen ihnen zu verzerren. Ist nicht ausdrücklich anderes angeordnet,¹⁸⁶⁾ legt eine gesetzlich angeordnete Haftpflichtversicherung daher nahe, dass eine Amtshaftung gerade nicht besteht.

Eine solche Versicherungspflicht bedarf freilich einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage. Fehlt sie, kann die Amtshaftung im Grenzbereich dennoch unbefriedigend sein. Wohl deshalb bringt der OGH in solchen Fällen bisweilen einen Mittelweg zwischen Amtshaftung und allgemein-zivilrechtlicher Haftung ins Spiel: Bei der Ausstellung des „Kfz-Pickerls“ klingt in der Judikatur früh an, dass neben der Amtshaftung auch eine Haftung des Kfz-Mechanikers aus dem Vertrag mit dem Kfz-Besitzer möglich wäre.¹⁸⁷⁾ Bei der Amtshaftung für Kesselprüfer betont der OGH, dass das AHG nur physische Personen gegen Klagen immunisiert, nicht hingegen deren Arbeitgeber als juristische Person: Dieser hafte neben dem Staat aus dem Vertrag, den er mit dem Kesselbesitzer geschlossen habe.¹⁸⁸⁾ In der Entscheidung zur Amtshaftung für Bankprüfer meint der OGH, die Haftung des Bankprüfers aus dem Vertrag mit dem Kreditunternehmen schließe die Amtshaftung nicht aus,¹⁸⁹⁾ was wohl bedeutet: Eine vertragliche Haftung des Bankprüfers ist zumindest möglich. Zu den Rauchfangkehrern stellt der OGH schließlich fest, dass die immunisierende Wirkung des AHG sich nicht auf eine zusätzliche Vertragshaftung erstrecke.¹⁹⁰⁾ Ausgehend von diesen Entscheidungen meinte kürzlich *Martin Paar*, dass beliehene Unternehmer als Vertragspartner in Anspruch zu nehmen seien: Immerhin erhielten sie für eine Leistung Entgelt und seien idR haftpflichtversichert.¹⁹¹⁾

Folgt der OGH diesem Vorschlag, wären künftig zwei Haftungsmodelle zu unterscheiden: Im Standardmodell bedient sich der Staat zur Erfüllung seiner Aufgaben eines privaten Verwalters, den er selbst bestellt und gegebenenfalls beaufsichtigt. Schädigt dieser Verwalter bei der Erfüllung seiner Aufgaben eine Bürgerin, so kann sie sich ausschließlich am Staat schadlos halten, der seinerseits beim schädigenden Verwalter Regress nehmen kann.

Das Alternativmodell käme zum Tragen, wenn der Staat einen Verwalter nicht selbst bestellt, sondern die Bürgerin verpflichtet, bestimmte Tätigkeiten von einem Privaten kontrollieren zu lassen, den sie selbst auswählt und vertrag-

¹⁸⁶⁾ Zu diesen (seltenen) Fällen FN 74.

¹⁸⁷⁾ SZ 54/19.

¹⁸⁸⁾ SZ 74/55.

¹⁸⁹⁾ SZ 2003/28.

¹⁹⁰⁾ OGH 23.2.2011, 1 Ob 224/10p.

¹⁹¹⁾ *Martin Paar*, Die wiederkehrende Begutachtung gem § 57a KFG, ZVR 2017, 6 (12).

lich beauftragt. Fügt dieser Privatkontrolleur der Bürgerin einen Schaden zu, könnte sie sich wahlweise aus dem Vertrag am Verwalter schadlos halten, aber auch qua Amtshaftung den Staat in Anspruch nehmen. In der Praxis würde dies die Haftung wohl regelmäßig vom Staat auf den Vertragspartner umlenken, weil der Geschädigte zu ihm eine stärkere Beziehung hat. Läuft diese Haftung leer, etwa weil der Schädiger zahlungsunfähig und nicht versichert ist, könnte der Geschädigte sich immer noch an den Staat halten. Diese modifizierte Haftung verteilt die Lasten zwischen Staat, privatem Verwalter und Bürgerin jedenfalls plausibler als das Standardmodell der Amtshaftung. Dass der schädigende Private die Schadenstragung letztlich doch auf den Staat überwälzen kann, leuchtet prima vista zwar weiterhin nicht ein. Bei näherem Hinsehen lassen sich dafür jedoch gerade in den hier einschlägigen Konstellationen Gründe finden: Verpflichtet der Gesetzgeber nämlich Bürger, bestimmte Tätigkeiten der Kontrolle eines vertraglich beauftragten Gutachters zu unterwerfen, dann geschieht das idR, weil die zu kontrollierende Tätigkeit für die Allgemeinheit gefährlich ist. Die Begutachtung soll also nicht nur Schäden vom Kontrollierten abwenden, sondern auch und sogar in erster Linie von Dritten, die mit dem Gutachter aber in keiner vertraglichen Beziehung stehen. Indem der OGH die Amtshaftung in solchen Konstellationen bejaht, schützt er also Drittgeschädigte bzw die Allgemeinheit, wenn auch um den Preis, dass der Schädiger damit begünstigt wird.

Neuerlich zeigt sich, dass Amtshaftung nicht alternativlos ist und dass Alternativen gerade im Grenzbereich zwischen Staat und Gesellschaft naheliegen. Das vom OGH lancierte und in der Literatur forcierte Modell einer Vertragshaftung des Schädigers neben der Amtshaftung kann der Gesetzgeber weiterentwickeln und variieren: Er kann die Amtshaftung zB mit einem Höchstbetrag beschränken.¹⁹²⁾ Er könnte sie auch für subsidiär erklären, also nur zum Tragen kommen lassen, wenn der Schädiger nicht zahlungsfähig ist. Nicht zuletzt kann er die Amtshaftung durch funktionelle Äquivalente ersetzen, etwa durch eine Pflicht des potentiellen Schädigers, eine Haftpflichtversicherung abzuschließen, gegebenenfalls verbunden mit einer Erfolgshaftung desjenigen, der von einer schadensgeneigten Tätigkeit profitiert.

E. Grenzbeobachtungen der Lehre

Das Amtshaftungsrecht führt nicht nur zur Frage, wo die Grenze zwischen staatlichem und privatem Handeln verläuft; es liegt selbst an der Grenze zwischen öffentlichem und privatem Recht. Dementsprechend wird die amtshaftungsrechtliche Judikatur auch von beiden Disziplinen beobachtet. Einig sind sich deren Vertreter darin, dass die Amtshaftung jedenfalls greift, wenn einem Privaten Befehls- oder Zwangsgewalt übertragen ist.¹⁹³⁾ Unstrittig dürfte aber ebenso sein, dass sich die Amtshaftung darin nicht erschöpfen kann,¹⁹⁴⁾ ja, dass sie ihre Hauptbedeutung gerade jenseits von Befehl und Zwang entfaltet, weil

¹⁹²⁾ Oben FN 75.

¹⁹³⁾ *Öhlinger* (FN 28) 135 f.

¹⁹⁴⁾ *Kucsko-Stadlmayer* (FN 26) Rz 23.

Schäden dort oft nicht durch primärrechtlichen Rechtsschutz abwendbar sind.¹⁹⁵⁾ Nach welchen Kriterien solche Schäden dem Staat zuzurechnen sind, beurteilen beide Disziplinen tendenziell verschieden: Die Staatsrechtslehre mahnt ein, dass die Organeigenschaft bzw die staatliche Bestellung der handelnden Person stärker zu berücksichtigen sei.¹⁹⁶⁾ Bisweilen lässt sie auch Skepsis gegen die Zurechnung nach der Art der Aufgabe erkennen,¹⁹⁷⁾ während die privatrechtliche Doktrin für derart materielle Kriterien offener zu sein scheint.¹⁹⁸⁾ Staatsrechts- und Privatrechtslehre eint wiederum der Befund, dass die Judikatur in dieser Frage unsystematisch und ohne erkennbare Linie sei.¹⁹⁹⁾

Um zur Lösung amtshaftungsrechtlicher Grenzprobleme etwas Konstruktives beizutragen, müsste man schon mit dem Kopf einer Staatsrechtslehrerin und eines Privatrechtslehrers denken können. Niemandem war dies mehr gegeben als *Robert Rebhahn*. In seiner Monographie „Staatshaftung wegen mangelnder Gefahrenabwehr“ formulierte er vor mehr als zwanzig Jahren präzise die Schlüsselfrage der Zurechnung privater Verwalter: Unterstützt der Private den Staat bei der Erfüllung der Staatsaufgaben gegenüber anderen Bürgern, oder hilft er mit, Aufgaben eines (anderen) Bürgers gegenüber dem Staat zu erfüllen?²⁰⁰⁾

Für die Antwort auf diese Frage ist nach *Rebhahn* zunächst die organisatorische Einbindung des Privaten in den Staat maßgeblich.²⁰¹⁾ Auf sie sei man bei eindeutigen Hoheitsbefugnissen zwar nicht angewiesen, denn deren Gebrauch sei haftungsrechtlich stets zu verantworten. Im Randbereich der Hoheitsmacht wie bei Gutachten komme es auf die Ingerenz hingegen durchaus an: Für die Amtshaftung spreche es dabei, wenn die Behörde einen Gutachter im Einzelfall auswählt oder wenn er ihren Weisungen unterworfen ist. Gegen die Amtshaftung spreche, wenn die Behörde jemandem nur allgemeine Fähigkeiten verleiht oder wenn ein Privater den Gutachter auswählt, mag der Behörde auch die gesetzlich gebundene Zustimmung dazu vorbehalten sein.

Entscheidend für die Zurechnung ist nach *Rebhahn* ferner, ob der Beitrag des Privaten die Behörde bindet: Ist ihr die Würdigung eines Gutachtens untersagt, spreche dies für die Amtshaftung. Darf die Behörde das Gutachten hingegen überprüfen oder muss sie das sogar, spreche dies eher gegen eine Amtshaftung.

Zur Kontrolle sei schließlich zu fragen, ob die Tätigkeit des Privaten eine typisch staatliche Aufgabe sei. Sie sei zu bejahen, wenn eine persönliche Haftung des Privaten verfassungsrechtliche Schutzpflichten verletzte.

¹⁹⁵⁾ *Öhlinger* (FN 28) 129.

¹⁹⁶⁾ *Rebhahn* (FN 27) 403; *Kucsko-Stadlmayer* (FN 127) 63; *Raschauer* (FN 127) 8.

¹⁹⁷⁾ *Ludwig K. Adamovich/Bernd-Christian Funk*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (1987) 440; *Kalb* (FN 60) 184; *Kucsko-Stadlmayer* (FN 127) 63; *Raschauer* (FN 127) 8.

¹⁹⁸⁾ *Vrba/Zechner* (FN 168) 74; *Heinz Krejci*, Amtshaftung für Bankprüfer, ÖBA 1998, 16 (22 f); *Zechner* (FN 181) 168; *Koziol* (FN 182) 306; *Mader* (FN 125) Rz 27, die die Judikatur insoweit ohne Kritik referieren bzw sie sogar ausdrücklich gutheißen.

¹⁹⁹⁾ *Adamovich/Funk* (FN 197) 440; *Puck* (FN 28) 177; *Öhlinger* (FN 28) 129, 136; *Kalb* (FN 60) 184; *Holoubek* (FN 28) 250 f; *Kucsko-Stadlmayer* (FN 26) Rz 24.

²⁰⁰⁾ *Rebhahn* (FN 27) 403.

²⁰¹⁾ Hiezu und zum Folgenden *Rebhahn* (FN 27) 403 ff.

Diese Formel nimmt nicht nur die drei klassischen Zurechnungselemente – Hoheitsmacht, Ingerenz und öffentliche Aufgabe – auf, sondern schließt für das Amtshaftungsrecht auch ihre offenen Flanken: Sie erfasst neben den eindeutig hoheitlichen Befehls- und Zwangsbefugnissen als hoheitlichen Randbereich auch genehmigungs- und verbotsähnliche Befugnisse insb von Sachverständigen. Sie präzisiert, welche Variante und Intensität der Ingerenz für die Amtshaftung erforderlich ist. Und sie bestimmt die – schwer fassbare – öffentliche Aufgabe mit dem Schutzzweck der Amtshaftung. Zugleich bringt die *Rebhahnsche* Formel die drei Parameter in eine Hierarchie: Verfügt ein Privater über Befehls- und Zwangsbefugnisse, greift die Amtshaftung jedenfalls. Im Übrigen setzt Amtshaftung staatliche Ingerenz und eine Tätigkeit im hoheitlichen Randbereich voraus. Der staatlichen Aufgabe kommt keine tragende Rolle, sondern nur eine Hilfsfunktion in Zweifelsfällen zu. Im Ergebnis ist der Gesetzgeber der *Rebhahnschen* Formel schon mehrfach gefolgt: zunächst, als er ein Urteil bestätigte, das die Amtshaftung für genehmigungsähnliche Gutachten bejaht hat;²⁰²⁾ sodann, als er umgekehrt „klarstellte“, dass keine Amtshaftung für ein Gutachten besteht, das noch einer behördlichen Würdigung unterliegt.²⁰³⁾ Schließlich hat der Gesetzgeber ein Urteil korrigiert, das für die Amtshaftung die Auswahl eines privaten Verwalters durch einen anderen Privaten genügen ließ.²⁰⁴⁾

III. Ausgangsbeobachtungen zur Ingerenz

Wie eingangs festgestellt, versuchen Lehre und Judikatur den Staat mit drei Parametern – Hoheitsmacht, öffentlicher Aufgabe und Ingerenz – fassbar zu machen, von denen jeder seine Grenzen hat: Die Hoheitsmacht ist leicht zu handhaben, solange es um typisierte Hoheitsakte geht. Wie sich Hoheitsmacht jenseits dieser Akte bestimmen lässt, ist aber unklar. An der öffentlichen Aufgabe kann man den Staat gewiss erkennen, wenn ihm die Verfassung die Erledigung einer Aufgabe explizit zur Pflicht macht; jenseits solcher Vorschriften fehlen jedoch greifbare Anhaltspunkte, um öffentliche Aufgaben zu identifizieren. Die Ingerenz schließlich ist variationsreich und skalierbar, ohne dass sich eine Variante bzw Intensität als die einzig richtige aufdrängt. Zugleich scheint sie uns in ein Henne-und-Ei-Problem zu führen: In manchen Zusammenhängen ist die Ingerenz zwar Voraussetzung für eine Staatsdisziplinierung, in anderen aber erst die verfassungsrechtlich gebotene Folge von Staatlichkeit.

Diese irritierenden Eingangsbeobachtungen hatten freilich eine beträchtliche Abstraktionshöhe, weil sie sich aus verschiedensten Regimes der Staatsdisziplinierung speisen. Die Unsicherheiten könnten hingegen schwinden, wenn man nur ein Regime und dessen Schutzzweck in den Blick nimmt. Für das Amtshaftungsrecht trifft das jedenfalls zu, und es erlaubt zugleich ein paar Ausgangsbeobachtungen zur Ingerenz:

²⁰²⁾ Oben FN 179.

²⁰³⁾ Oben FN 105.

²⁰⁴⁾ Oben FN 183.

Staatliche Ingerenz ist eine notwendige Voraussetzung der Amtshaftung und damit auch ein tauglicher Parameter, um staatliches Handeln zu identifizieren. Gefordert ist dabei nur der staatliche Einfluss auf die Bestellung eines Organs, nicht auch auf dessen Funktionsausübung. Forderte man mehr, würde der Staat für jene Vollziehungsbereiche nicht haften, die eine Steuerung der Funktionsausübung nicht oder nur eingeschränkt erlauben. In der Gerichtsbarkeit und womöglich auch in der weisungsfreien Verwaltung könnte sich der Geschädigte dann nur an den Organwahrer halten, der entweder zahlungsunfähig oder von der Haftung überfordert wäre. Eine solche Haftungsfreistellung des Staates war vom Amtshaftungsrecht nie intendiert.

Innerhalb der Ingerenz begnügt sich das Amtshaftungsrecht folglich mit der Bestellsingerenz, die allerdings spürbar sein muss: Sie liegt vor, wenn eine staatliche Behörde das zu bestellende Organ im Einzelfall selbst auswählt; dass ein Privater jemanden nach gesetzlichen Kriterien aussucht und die Behörde die Rechtmäßigkeit dieser Auswahl kontrolliert, genügt für die Amtshaftung nicht.

Die Bestellsingerenz in diesem strengen Sinn ist eine notwendige, aber keine hinreichende Bedingung der Amtshaftung. Zu ihr muss ein Handeln „in Vollziehung der Gesetze“ treten, das zweifellos vorliegt, wenn ein bestelltes Organ einen typisierten Hoheitsakt setzt. Da diese genuin staatliche Macht nur der Staat selbst verleihen kann, ist jeder, der – sei es auch nur durch eine generell-abstrakte Norm – zu einem typisierten Hoheitsakt ermächtigt ist, auch iSd AHG „bestellt“. Insoweit geht die Bestellsingerenz in der Hoheitsmacht auf.

Eigenständige Bedeutung erlangt die Ingerenz im Amtshaftungsrecht erst für die – praktisch besonders relevante – Vollziehung jenseits typisierter Hoheitsakte. Hier indiziert die staatliche Bestellung eines Privaten, dass der Staat für dessen Handeln haftet. Dieses Indiz verdichtet sich, wenn der bestellten Person genehmigungs- bzw verbotsähnliche Befugnisse verliehen sind.

Für verbleibende Zweifel weist der Schutzzweck der Amtshaftung den Weg: Nützt eine staatlich bestellte Tätigkeit der Allgemeinheit deutlich mehr als dem Privaten, dem diese Tätigkeit obliegt, spricht viel dafür, dass sich der Staat im Schadensfall vor den Privaten stellen muss, sofern er ihn und den Geschädigten nicht anderweitig schützt. Solche Angelegenheiten mag man als „hoheitliche Aufgaben“ iSd des AHG ansehen. Hat der Staat umgekehrt ein funktionelles Äquivalent für die Amtshaftung eingerichtet, spricht das gegen eine Amtshaftung, sofern einfachgesetzlich nicht anderes bestimmt ist. Dann wird man eine „hoheitliche Aufgabe“ iSd AHG verneinen. Das zeigt, dass die hoheitliche Aufgabe im Amtshaftungsrecht – jenseits typisierter Hoheitsbefugnisse, genehmigungs- oder verbotsähnlicher Befugnisse und dem Staat verfassungsrechtlich zugewiesener Aufgaben – kaum eigenständigen Charakter hat: Sie liegt vor, wo eine staatliche Haftung nach dem Schutzzweck der Amtshaftung mangels funktionellen Äquivalents geboten ist.

Diese Linie entspricht im Wesentlichen der Formel, die *Robert Rebhahn* schon 1997 entwickelt hat und die in der Folge einfachgesetzlich mehrfach bestätigt wurde. Fraglos hat er damit den konstruktivsten und subtilsten Bei-

trag zur Frage geleistet, wann der Staat für private Verwalter einstehen muss; daran wird sich in absehbarer Zeit auch nichts ändern.

Für die Besorgung staatlicher Aufgaben durch private Verwalter erlaubt diese lange Besichtigung der Amtshaftung ein paar kurze allgemeine Lehren: Hoheitsmacht, Ingerenz und öffentliche Aufgabe sind grundsätzlich taugliche Parameter, um den Staat zu identifizieren und zu disziplinieren. Ihre Unschärfen lassen sich nur bereichsspezifisch, dh für ein konkretes Regime der Staatsdisziplinierung abbauen. Abhängig vom Schutzzweck des jeweiligen Regimes mag der Staat dann im einen Regime enger, im anderen weiter und im dritten Regime schlicht anders zu fassen sein. Der Graubereich zwischen Staat und Gesellschaft kann zudem mit funktionellen Äquivalenten zum jeweiligen Regime zu bewältigen sein. Eines dürfte aber über alle Regimes hinweg gelten: In Demokratien ist der Staat sowohl Machtapparat als auch Gemeinwohlveranstaltung, und beides erfordert Organisation: Sie macht den Staat erst sichtbar – auch und gerade dort, wo wir daran zweifeln, ob er Macht ausübt oder dem Gemeinwohl dient.