

MORITZ FUNKE

Das Unterlassen im Staatshaftungsrecht

Beiträge zum Verwaltungsrecht

35

Mohr Siebeck

Beiträge zum Verwaltungsrecht

herausgegeben von

Wolfgang Kahl, Jens-Peter Schneider
und Ferdinand Wollenschläger

35



Moritz Funke

Das Unterlassen im Staatshaftungsrecht

Zugleich ein Beitrag zum Umgang mit
Ermessensfehlern im Staatshaftungsrecht

Mohr Siebeck

Moritz Funke, geboren 1996; Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Münster; 2020 Erstes juristisches Staatsexamen; 2024 Promotion; Wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Freien Universität Berlin; Rechtsreferendariat beim Kammergericht Berlin.

ISBN 978-3-16-163858-9 / eISBN 978-3-16-163859-6

DOI 10.1628/978-3-16-163859-6

ISSN 2509-9272 / eISSN 2569-3859 (Beiträge zum Verwaltungsrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <https://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2024 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde Laupp & Göbel in Gomaringen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Nädele in Nehren gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2023/24 von der Juristischen Fakultät der Freien Universität als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur befinden sich auf dem Stand von Juni 2024.

Großer Dank gebührt meinem Doktorvater Professor Dr. Markus Heintzen. Von der Themensuche bis zur Fertigstellung betreute er den Entstehungsprozess der Arbeit in hervorragender Weise, ließ mir größtmögliche wissenschaftliche Freiheit und stand gleichzeitig stets für wertvolle und bereichernde Rückmeldung zur Verfügung. Darüber hinaus verbrachte ich als wissenschaftlicher Mitarbeiter drei sehr angenehme Jahre an seinem Lehrstuhl, dessen Aufgaben mir eine willkommene Abwechslung boten. Des Weiteren danke ich Professor Dr. Thorsten Siegel für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens und freundliche Leitung des Rigorosums sowie der Studienstiftung des deutschen Volkes für die Förderung der Arbeit.

Charlotte Meinke möchte ich von Herzen für ihre Unterstützung während der gesamten Promotionsphase danken. Ihr Beistand und das abschließende Korrekturlesen waren von herausragendem Wert. Auch Arno Wiemann, mit dem ich schon in Münster das Studium zusammen gemeistert habe, danke ich für das Korrekturlesen und den bereichernden wissenschaftlichen Austausch.

Abschließend möchte ich meinen Eltern meinen tiefen Dank aussprechen. Sie haben mich über das gesamte Studium und die Promotionsphase hinweg stets liebevoll unterstützt, ohne ihre Hilfe wäre diese Arbeit wahrscheinlich nicht möglich gewesen.

Berlin, im Juni 2024

Moritz Funke

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	V
Inhaltsverzeichnis.....	VII
Einleitung.....	1
<i>A. Stand der Diskussion</i>	2
<i>B. Gegenstand und Gang der Untersuchung</i>	4
<i>C. Vorüberlegung: Der Begriff des Unterlassens</i>	7
1. Teil: Analyse der bisherigen Rolle des Unterlassens im Staatshaftungsrecht	9
<i>A. Das Unterlassen innerhalb der einzelnen Ansprüche</i>	9
I. Amtshaftung	10
1. Tatbestandliche Einbeziehung des Unterlassens	10
2. Begriff des Unterlassens	11
a) Ungenaue Rechtsprechung	11
b) Kaum kritische Literatur.....	14
3. Kausalität bei Unterlassen	15
4. Unterlassen im Rahmen von Ermessensentscheidungen	18
a) Amtshaftung bei Ermessensfehlern (Ermessensfehlerkausalität)	19
b) Unterlassen und behördliche Ermessensspielräume	22
5. Unterlassen im Rahmen sonstiger Tatbestandsmerkmale	27
6. Zwischenfazit	28
II. Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff.....	28
1. Entwicklung des Haftungsinstituts und seiner Rechtsgrundlage	29
2. Eingriff durch Unterlassen?	31

a)	Die nur scheinbar klare Auffassung der Rechtsprechung	31
aa)	Grundsätzliche Auffassung	31
bb)	Fallgruppen	33
(1)	Bodennutzungserlaubnisse – Förmliche Versagungen und „faktische Eingriffe“	33
(2)	Bodennutzungserlaubnisse – Verzögerungen	34
(3)	Weitere, insbesondere gewerberechtliche Erlaubnisse	37
(4)	Sonstige Fälle	39
cc)	Zwischenfazit zur Rechtsprechungsanalyse: Vermischung von zwei Problemen	41
b)	Kritik aus der Literatur	42
aa)	Begriff und Abgrenzung des (qualifizierten) Unterlassens	43
bb)	Argumente gegen die Einbeziehung des Unterlassens	45
cc)	Argumente für die Einbeziehung des Unterlassens	46
dd)	Zwischenfazit: Ausschluss des Unterlassens nicht überzeugend	50
c)	Relevanz von Ermessensspielräumen	51
3.	Unmittelbarkeitszusammenhang und Unterlassen	52
4.	Begrenzter Haftungsumfang	53
5.	Zwischenfazit	54
III.	Anspruch aus enteignendem Eingriff	54
1.	Tendenziell ablehnende Haltung der Rechtsprechung	55
2.	Wenige Stellungnahmen in der Literatur	57
3.	Zwischenfazit	58
IV.	Aufopferung	58
1.	Anspruch aus aufopferungsgleichem Eingriff (rechtswidriger Eingriff)	60
a)	Kaum eindeutige Rechtsprechung zum Unterlassen	60
b)	Überwiegend kritische Literatur	62
2.	Anspruch aus Aufopferung i. e. S. (rechtmäßiger Eingriff)	64
a)	Ablehnende Haltung der Rechtsprechung zum Unterlassen	64
b)	Überwiegende Zustimmung in der Literatur	65
3.	Sonstige für das Unterlassen relevante Fragen	66
4.	Zwischenfazit	67
V.	Ordnungsrechtliche Staatshaftungsansprüche	68
1.	Anspruchsgrundlagen wegen rechtswidrigen Verhaltens	69
a)	Unterlassen als Maßnahme?	70

aa)	Begriff der Maßnahme im Allgemeinen.....	70
bb)	Restriktive Auffassung der Rechtsprechung	72
cc)	(Gegen-)Argumente.....	75
dd)	Zwischenfazit: Ausschluss des Unterlassens nicht überzeugend	78
b)	Relevanz von Ermessensspielräumen	78
c)	Weitere Voraussetzungen und Anspruchsinhalt	80
2.	Anspruchsgrundlagen wegen rechtmäßigen Verhaltens	82
a)	Entschädigungsanspruch des rechtmäßig in Anspruch genommenen Nichtstörers	82
b)	Sonstige Entschädigungsansprüche	84
3.	Zwischenfazit	85
VI.	Fortgeltendes StHG-DDR.....	86
VII.	Europarechtliche Staatshaftung	88
1.	Haftung der Unionsorgane nach Art. 340 Abs. 2 AEUV.....	89
a)	Tatbestandsmäßigkeit des Unterlassens	89
b)	Relevanz von Ermessensspielräumen	91
c)	Zwischenfazit	93
2.	Unionsrechtlicher Haftungsanspruch gegen Mitgliedstaaten	94
a)	Tatbestandsmäßigkeit des Unterlassens	95
b)	Relevanz von Ermessensspielräumen	97
c)	Zwischenfazit	99
3.	Haftung nach Art. 41 EMRK	100
a)	Begriff und tatbestandliche Einbeziehung des Unterlassens	100
b)	Die Kausalität (von Verfahrensfehlern) als zentrales Problem	102
aa)	Die Figur des „loss of a real opportunity“ des EGMR	103
bb)	Reaktionen aus der Literatur	107
c)	Zwischenfazit	108
B.	<i>Ergebnis: Anspruchsübergreifende dogmatische Probleme</i>	109
I.	Tatbestandsmäßigkeit des Unterlassens	109
II.	Begriff und Abgrenzung des Unterlassens	110
III.	Kausalität des Unterlassens	111
IV.	Die verletzte Handlungspflicht und der Einfluss von Ermessensspielräumen.....	112
V.	Haftungsrelevanz des rechtmäßigen Unterlassens.....	113

2. Teil: Vorgaben und Ideen zur Lösung der unterlassungsspezifischen Probleme des Staatshaftungsrechts.....	115
A. <i>Historische Perspektiven</i>	115
I. Das Unterlassen innerhalb historischer Staatshaftungskonzepte	116
1. Frühe Ideen im Rahmen der Haftungskonzepte bis 1900	116
a) Tatbestandliche Einbeziehung des Unterlassens im Allgemeinen	116
b) Berücksichtigung von (Ermessens-)Spielräumen	119
2. Das Unterlassen innerhalb von Haftungskonzepten neben der Amtshaftung ab 1900.....	121
3. Unterlassen und die gescheiterte Staatshaftungsrechtsreform.....	123
4. Zwischenfazit	125
II. Das Unterlassen in der historischen Entwicklung der Aufopferungshaftung.....	126
1. Wechselvolle Entwicklung der Aufopferungshaftung	126
2. Folgerungen für die Einbeziehung des Unterlassens	128
B. <i>Verfassungsrechtliche Vorgaben und Wertungen</i>	132
I. Art. 34 GG als bloße Mindestgarantie	133
II. Rechtsstaatsprinzip	135
1. Rechtsstaatliche Herleitung der Staatshaftung im Allgemeinen	136
2. Bedeutung für die unterlassungsspezifischen Fragen	140
III. Grundrechte.....	142
1. Ansätze der grundrechtlichen Herleitung der Staatshaftung im Allgemeinen	142
2. Zweifel an der grundrechtlichen Herleitung der Staatshaftung	145
3. Anwendbarkeit der grundrechtlichen Herleitung bei Unterlassen.....	149
a) Unterlassen als Eingriff in den abwehrrechtlichen Gehalt?	149
b) Ausweitung auf weitere Grundrechtsgehalte.....	152
aa) Leistungsrechtlicher Gehalt der Grundrechte und Unterlassen.....	153
bb) Schutzfunktion der Grundrechte und Unterlassen	156

4. Zwischenfazit: Keine umfassende grundrechtliche Herleitung	157
IV. Verfassungsrechtliches Fundament der Staatshaftung wegen rechtmäßigen Verhaltens	158
V. Zwischenfazit	162
C. <i>Verwaltungsrechtliche Vorgaben und Wertungen</i>	162
I. Verwaltungsprozessrecht: Primärrechtsschutz aus Sicht des Staatshaftungsrechts	163
1. Bedeutung des Unterlassens und Abgrenzung vom Tun im Verwaltungsprozess	165
2. Umgang mit Ermessen im Verwaltungsprozess	169
3. Zwischenfazit	173
II. Materielles Verwaltungsrecht	173
1. Folgenbeseitigungsanspruch und Unterlassen	173
a) Rechtsnatur des Folgenbeseitigungsanspruchs	174
b) Eingriff durch Unterlassen?	175
c) Folgerungen für das Staatshaftungsrecht	179
2. Sozialrechtlicher Herstellungsanspruch und Unterlassen	180
III. Zwischenfazit	182
D. <i>Das Unterlassen im Zivilrecht</i>	182
I. Notwendige Vorüberlegungen	183
1. Ziel und Grenzen des vergleichenden Blicks auf das Zivilrecht	183
2. Präzise Bestimmung des zivilrechtlichen Bezugspunktes	184
II. Bedeutung und Begriff des Unterlassens im zivilrechtlichen Deliktsrecht	187
III. (Unterlassungs-)Kausalität im Zivil-, insbesondere Deliktsrecht ..	189
1. Partiiell unterschiedliche Bezugspunkte der Kausalitätsprüfung	189
2. Allgemeine Grundsätze der (Unterlassungs-)Kausalität	191
3. Anteilige Haftung bei Kausalitätszweifeln?	193
a) Zivilrechtliche Diskussion um eine anteilige Haftung	193
b) Übertragbarkeit der Ideen auf das Staatshaftungsrecht	196
IV. Zivilrechtliche Aufopferungsansprüche als ungeeigneter Vergleichsmaßstab	197
V. Wertungen zum Unterlassen im Rahmen des vertraglichen Schadensersatzes	198
VI. Zwischenfazit	200

E. <i>Das Unterlassen im Strafrecht</i>	200
I. Ziel und Grenzen des vergleichenden Blicks auf das Strafrecht	201
II. Relevanz des strafbarkeitsbegründenden Unterlassens.....	202
III. Einzelne dogmatische Fragen des Unterlassens	204
1. Abgrenzung von Tun und Unterlassen	204
a) Zwei Grundansätze in der strafrechtlichen Diskussion....	204
b) Erkenntnisse für das Staatshaftungsrecht	208
2. Kausalität des Unterlassens und Risikoverminderungslehre	209
3. Spielräume des Unterlassungstäters – die rechtfertigende Pflichtenkollision	212
IV. Strafrechtliche Wertung: Unterlassen weniger schwerwiegend? ...	216
V. Zwischenfazit	219
3. Teil: Folgerungen und Lösungen für die unterlassungsspezifischen Probleme des Staatshaftungsrechts.....	221
A. <i>Methodische und dogmatische Vorüberlegungen</i>	221
I. Gemeinsame Behandelbarkeit der unterschiedlichen Anspruchsgrundlagen	222
1. Sinn und Zulässigkeit anspruchübergreifender Lösungsansätze.....	222
2. Einbeziehbarkeit der Aufopferungsansprüche i. w. S.	225
II. Praktische Umsetzbarkeit etwaiger Lösungsvorschläge	228
B. <i>Anspruchsübergreifende Erkenntnisse und Lösungsvorschläge</i>	231
I. Begriff und Abgrenzung des Unterlassens	231
1. Grundannahmen für eine Definition des Unterlassens	232
2. Lückenhaftigkeit der bisherigen (systematisierten) Dogmatik.....	233
3. Eigener Ansatz	237
a) Vorzugswürdigkeit eines normativen Ansatzes.....	237
b) Geeignete (rechtliche) Wertungen zur Ausfüllung des normativen Ansatzes	239
aa) Grundrechtliche Wertungen.....	240
bb) Rechtsstaatlich-verwaltungsprozessrechtliche Wertungen	241
c) Einzelfragen der Definition des Unterlassens	244

4.	Anwendung der vorgestellten Abgrenzungsmethode unter Fallgruppenbildung	246
	a) Unterscheidung nach dem Modus des Unterlassens	247
	b) Fehlerhaftes Handeln	247
	c) Verzögerungen	248
	d) Unterlassen von Leistung und von Schutz	249
	e) Unterlassen im Vorfeld eines Tuns	249
	f) Unterlassen im Nachgang eines Tuns (insbesondere Verkehrssicherungspflichten)	251
5.	Zwischenfazit	253
II.	Grundsätzliche Gleichwertigkeit von rechtswidrigem Tun und Unterlassen	253
	1. Gleichwertigkeit von Tun und Unterlassen im Allgemeinen	254
	2. Gleichwertigkeit von reinem und qualifiziertem Unterlassen	258
	3. Zwischenfazit	259
III.	Kausalität des Unterlassens	260
	1. Grundlegende Anforderungen an die Unterlassungskausalität	261
	2. Beweiserleichterungen im Rahmen der Unterlassungskausalität	263
	3. Zwischenfazit	266
IV.	Haftung und Kausalität bei Ermessensentscheidungen	267
	1. Der Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung	267
	2. Ermessensfehlerhaftes Unterlassen als ausreichende Rechtsverletzung?	268
	a) Fragwürdige Restriktionen bei Unterlassen	268
	b) Lösung: Weites Verständnis der für das Unterlassen erforderlichen Pflichtverletzung	270
	3. Kausalität bei Ermessensfehlern	275
	a) Ermessensfehlerkausalität bei Tun und Unterlassen	275
	b) Bedenken gegen die restriktive Ermessensfehlerkausalität	277
	c) Übertragung der Beweislast auf die Behörde?	280
	d) Lösungsvorschlag: Anteilige Entschädigung bei unsicherer Ermessensfehlerkausalität	283
	4. Zwischenfazit	290
V.	Haftungsrelevanz des rechtmäßigen Unterlassens	290
	1. Irrelevanz der Verhaltensart für das Sonderopfer	290
	2. Denkbare Konstellationen haftungsbegründenden rechtmäßigen Unterlassens	292
	3. Zwischenfazit	296

C. Anwendbarkeit der Lösungsansätze auf die einzelnen Anspruchsgrundlagen.....	297
I. Für alle Anspruchsgrundlagen geltende Erkenntnisse	297
II. Anspruchsgrundlagen wegen rechtswidrigen Verhaltens	298
1. Amtshaftung	298
2. Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff.....	299
3. Anspruch aus aufopferungsgleichem Eingriff.....	301
4. Ordnungsrechtliche Staatshaftungsansprüche	302
5. Fortgeltendes StHG-DDR.....	302
III. Anspruchsgrundlagen wegen rechtmäßigen Verhaltens	303
1. Anspruch aus enteignendem Eingriff.....	303
2. Aufopferung i. e. S.	303
3. Ordnungsrechtliche Staatshaftungsansprüche	303
 Schlussbetrachtung	 305
 Zusammenfassung.....	 307
A. Unterlassungsspezifische Probleme des Staatshaftungsrechts	307
B. Vorgaben, Wertungen und Ideen	309
C. Lösungsansätze	310
 Literaturverzeichnis.....	 313
 Sachregister.....	 339

Einleitung

In der heutigen Rechtsordnung sind Bürger in vielen Lebenslagen auf staatliches Handeln angewiesen. Dies kann – um nur wenige wichtige Bereiche zu nennen – Genehmigungen zur Ausübung bestimmter Rechte, die Erbringung von Sozialleistungen oder den Schutz vor Gefahren betreffen. Rechtlich interessant wird es, wenn der Staat seinen Pflichten nicht oder nicht richtig nachkommt. Dann muss die staatliche Tätigkeit gerichtlich, vor allem verwaltungsgerichtlich, erwirkt werden. Allerdings reicht dieser Rechtsschutz häufig nicht aus, können durch die staatliche Untätigkeit doch bereits Schäden oder andere Einbußen entstanden sein. Hier kommt das Staatshaftungsrecht ins Spiel. Indes besteht lediglich ein begrenzter staatshaftungsrechtlicher Schutz gegen staatliche Unterlassungen. Das erscheint – angesichts der Vielzahl und Bedeutung von staatlichen Handlungspflichten – fragwürdig.

Es liegt auf der Hand, dies rechtsdogmatisch zu hinterfragen. Die Frage, warum Unterlassen im Staatshaftungsrecht nicht gleichermaßen wie Tun erfasst wird, kann jedoch nicht isoliert behandelt und beantwortet werden. Möchte man sie klären, muss man vielmehr das Unterlassen ganzheitlich betrachten, da hierbei einige Neben- und Folgefragen aufgeworfen werden. So ist vorgelagert zu bestimmen, was unter dem Begriff überhaupt zu verstehen ist, welches staatliche Verhalten also teilweise vom Staatshaftungsrecht nicht erfasst werden soll. Ferner stellt das Unterlassen, soweit man es denn für staatshaftungsrechtlich relevant hält, spezifische Anforderungen an weitere Tatbestandselemente, etwa die Kausalität. Unterlassen ist demnach ein vielschichtiges Thema des Staatshaftungsrechts, das grundlegende Überlegungen erfordert.

In anderen Rechtsgebieten, namentlich im Strafrecht mit dem zentralen § 13 StGB, erfreut sich das Unterlassen angesichts ähnlicher Fragestellungen einer umfassenden dogmatischen Aufbereitung oder zumindest einer deutlicheren Konturierung. Im Staatshaftungsrecht hingegen fehlt es bislang an einer solch gesamtheitlichen Betrachtung des Unterlassens. Die vorliegende Arbeit unternimmt den Versuch, dies zu ändern.

A. Stand der Diskussion

In der Rechtsprechung – der im Staatshaftungsrecht wohl wichtigsten Rechtsquelle – finden sich zu unterlassungsbezogenen Fragestellungen viele Unklarheiten und dogmatische Defizite. Augenfällig ist, dass das pflichtwidrige staatliche Unterlassen dem rechtswidrigen Tun zwar bei manchen Ansprüchen wie der Amtshaftung teilweise gleichgestellt und dort als haftungsbegründend angesehen wird. Bei anderen Anspruchsgrundlagen soll es dagegen gänzlich oder jedenfalls in nicht „qualifizierten“ Fällen ausscheiden. Dieser Befund überrascht zunächst, widerspricht er doch der vielfach postulierten Gleichwertigkeit von Tun und Unterlassen in der Rechtsordnung¹.

Hierbei handelt es sich nicht um eine bloße Detailfrage. Vielmehr ist sie Ausdruck einer staatshaftungsrechtlichen Dogmatik, die das Unterlassen nur oberflächlich behandelt. Das zeigt sich bereits darin, dass der Gebrauch des Begriffs Unterlassen uneinheitlich und ohne erkennbare Abgrenzungsmethode erfolgt, obwohl die Einordnung doch vorentscheidende Bedeutung haben kann. Ferner werden sich aus dem Unterlassen ergebende Folgefragen wie die nach der Kausalität kaum näher betrachtet, sondern zumeist vorschnell und ohne Problembewusstsein abgehandelt. Besondere – in anderen Rechtsgebieten in der Form nicht vorhandene – Probleme bestehen bei behördlichem Ermessen. Es verleiht der Behörde Spielräume, die spezielle Fragen bei der Bestimmung der für Unterlassungen wichtigen Handlungspflicht sowie im Rahmen der Kausalität aufwerfen. Die Haftung, wie die Rechtsprechung es tut, auszuschließen, wenn die Behörde Ermessensspielräume hatte, mutet vorschnell an. Ähnliches gilt in Bezug auf den Ausschluss des Unterlassens bei Anspruchsgrundlagen wegen eines rechtmäßigen staatlichen Verhaltens.

Zum Unterlassen im Staatshaftungsrecht finden sich in der Literatur viele Stellungnahmen.² Indessen beschränkt sich der Diskurs zumeist auf die Frage, ob bei einer spezifischen Anspruchsgrundlage rechtswidriges³ Unterlassen als haftungsbegründendes Verhalten in Betracht kommt. Dies betrifft selbst die

¹Nur aus der staatshaftungsrechtlichen Literatur *Luhmann*, Öffentlich-rechtliche Entschädigung rechtspolitisch betrachtet, 1965, S. 100; *W.-R. Schenke*, NJW 1991, 1777 (1788); *Papier/Shirvani*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 34 (Stand: 91. EL April 2020) Rn. 43. Ob und inwieweit das zutrifft, wird zu untersuchen sein.

²Bspw. zur Tatbestandsmäßigkeit des Unterlassens beim Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff u. a. *Battis*, Erwerbsschutz durch Aufopferungsentschädigung, 1969, S. 23 ff.; *Schoch*, Die Verwaltung 34 (2001), 261 (283); *Papier*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR VIII, 3. Aufl. 2010, § 180 Rn. 67; *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 307 ff.

³Zur Frage, ob auch rechtmäßiges Unterlassen bei den entsprechenden Ansprüchen haftungsbegründend ist, finden sich indessen kaum Überlegungen; von den wenigen, meist apodiktischen Stellungnahmen *Luhmann*, Öffentlich-rechtliche Entschädigung rechtspolitisch betrachtet, 1965, S. 141 f.; *Schwabe*, JuS 1974, 26.

umfassenden und im Ergebnis rechtsprechungskritischen Arbeiten von *Löwer* (1979)⁴ und *J. P. Schmidt* (2001)⁵. In beiden geht es fast ausschließlich darum, ob das Unterlassen bei bestimmten Anspruchsgrundlagen einzubeziehen ist, kaum hingegen, unter welchen Voraussetzungen und Bedingungen. Folgefragen wie die nach der Kausalität oder Besonderheiten durch Ermessensspielräume kommen wenig oder gar nicht zur Sprache. Zudem wird dem rechtmäßigen Unterlassen generell die Haftungsrelevanz abgesprochen. Darüber hinaus beschränken sich die Arbeiten auf eine beziehungsweise wenige staatshaftungsrechtliche Anspruchsgrundlagen und blenden zunehmend wichtiger werdende Haftungsinstitute aus.⁶

Vereinzelt finden sich Arbeiten, in denen allgemeinere und grundlegendere Überlegungen zur Rolle des Unterlassens im Staatshaftungsrecht angestellt werden, so, wenngleich knapp, bei *Luhmann* (1965)⁷ sowie ausführlicher bei *Rebhahn* (1997)⁸. Beide Arbeiten haben allerdings eher rechtstheoretischen Charakter und nehmen selten Bezug auf die vorhandenen Anspruchsgrundlagen des deutschen Staatshaftungsrechts. *Rebhahns* Fokus liegt gar auf dem österreichischen Recht. Letzteres gilt ebenfalls für die das Unterlassen im Staatshaftungsrecht thematisierende Dissertation von *Beirer* (2015)⁹, die sich zudem kaum mit übergreifenden Fragen, sondern vornehmlich mit Einzelfallentscheidungen aus verschiedenen Bereichen des österreichischen Rechts befasst.

Insgesamt hat die bisherige Diskussion um die Rolle des Unterlassens im deutschen Staatshaftungsrecht, wenn nicht ohnehin nur am Rande geführt, einen zu engen Fokus. Sie bezieht sich erstens nicht auf alle relevanten Ansprüche und zweitens fast ausschließlich auf einzelne Aspekte. Viele Teil- und Folgefragen werden ausgeblendet, an einer gesamtheitlichen Auseinandersetzung fehlt es bislang. Als Grundlage der Argumentation werden zwar häufig Bezüge zu anderen Rechtsgebieten hergestellt, diese gehen indes selten über Andeutungen hinaus. In diese Lücke soll die vorliegende Arbeit vorstoßen und das Unterlassen im Gesamtkontext des Staatshaftungsrechts einer systematischen und rechtsdogmatischen Betrachtung unter Berücksichtigung von Ein-

⁴ *Löwer*, Staatshaftung für unterlassenes Verwaltungshandeln, 1979. Zu beachten ist, dass die Arbeit zu einer Zeit entstand, in der der Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff noch als Unterfall der Enteignung angesehen worden ist. Das Problem musste daher notwendigerweise unter anderen Vorzeichen behandelt werden.

⁵ *J. P. Schmidt*, Staatshaftung für verzögertes Amtshandeln, 2001.

⁶ Zu nennen sind namentlich die an Bedeutung gewinnenden ordnungsrechtlichen Staatshaftungsansprüche, bei denen es ebenfalls eine, wenngleich deutlich knappere, Diskussion um die tatbestandliche Einbeziehung des Unterlassens gibt; hierzu *Rachor/Buchberger*, in: *Bäcker/Denninger/Graulich* (Hrsg.), *Hdb PolR*, 7. Aufl. 2021, Abschn. L Rn. 9.

⁷ *Luhmann*, Öffentlich-rechtliche Entschädigung rechtspolitisch betrachtet, 1965, zum Unterlassen insb. S. 110, 112 f. 141 f.

⁸ *Rebhahn*, Staatshaftung wegen mangelnder Gefahrenabwehr, 1997, zum Unterlassen insb. S. 234 ff., 644 ff.

⁹ *Beirer*, Die Amts- und Staatshaftung für Unterlassungen, 2015.

flüssen und Einwirkungen aus anderen Rechtsgebieten unterziehen. Ziel ist, zu aus dem Gesamtzusammenhang hergeleiteten, rechtsdogmatisch begründeten Erkenntnissen und Ergebnissen bezüglich der bisher nur teilweise beleuchteten Rolle des Unterlassens im Staatshaftungsrecht zu gelangen.

B. Gegenstand und Gang der Untersuchung

Oft wird die fehlende Systematik innerhalb des deutschen Staatshaftungsrechts beklagt.¹⁰ Die vorliegende Arbeit unternimmt den Versuch, zumindest für das Unterlassen eine anspruchübergreifende Betrachtung vorzunehmen und damit eine (Teil-)Systematisierung zu schaffen.¹¹ Hierbei ist zu beachten, dass dem Staatshaftungsrecht kein gesetzgeberisches Grundkonzept zugrunde liegt, sondern dass es sich in weiten Teilen um unsystematisches Fallrecht mit einem geringeren legislativen und einem hohen richterrechtlichen Einschlag handelt. Deshalb ist ein induktives Vorgehen geboten,¹² bei dem die Analyse der einzelnen Ansprüche und der dazu ergangenen Rechtsprechung der Ausgangspunkt ist, um übergreifende Fragen und Probleme in einem ersten Schritt offenzulegen. In einem zweiten Schritt sollen für diese – auf Grundlage herausgearbeiteter Vorgaben und Wertungen – Antworten und Lösungsvorschläge entwickelt werden. Dabei soll es sich, zumal eine Reform des deutschen Staatshaftungsrechts nicht zu erwarten ist,¹³ nicht um bloß rechtspolitische Vor-

¹⁰ Stellvertretend *Schoch*, Die Verwaltung 34 (2001), 261 (272); *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 2; *Sauer*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), Grundlagen VwR II, 3. Aufl. 2022, § 47 Rn. 6 ff. m. w. N.

¹¹ Dies ähnelt der Herausarbeitung eines allgemeinen Teils, wie er sich etwa im Strafrecht zum Unterlassen findet; vgl. *Rengier*, Strafrecht – Allgemeiner Teil, 15. Aufl. 2023, Kap. 9; aufgeschlossen gegenüber einem allgemeinen Teil im Staatshaftungsrecht *Morlok*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen VwR III, 2. Aufl. 2013, § 52 Rn. 2 ff.; zurückhaltender, einer Systembildung aber nun im Vergleich zur Vorauflage offener gegenüberstehend, *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 2 ff.

¹² Mit ähnlicher methodischer Herangehensweise *Löwer*, Staatshaftung für unterlassenes Verwaltungshandeln, 1979, S. 65 ff.; *J. P. Schmidt*, Staatshaftung für verzögertes Amtshandeln, 2001, S. 6 f.; *Morlok*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen VwR III, 2. Aufl. 2013, § 52 Rn. 2 ff.; vgl. zudem *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 3 f., die die Analyse der einzelnen Ansprüche als Grundlage einer Systematisierung ansehen, aber auch auf funktionale Grenzen einer wissenschaftlichen Systematisierung angesichts des richterrechtlichen Mandats zur Rechtsfortbildung hinweisen. Allgemein zur Induktion in der Rechtswissenschaft und ihren Grenzen *Weinberger*, Rechtslogik, 2. Aufl. 1989, S. 341 ff.; *Joerden*, Logik im Recht, 3. Aufl. 2018, S. 298.

¹³ So auch *Schoch*, Die Verwaltung 34 (2001), 261 (264); *Höfling*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen VwR III, 2. Aufl. 2013, § 51 Rn. 117; *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 21. Aufl. 2024, § 25 Rn. 5.

schläge, sondern um praktisch anwendbare, durch Auslegung umsetzbare Lösungsansätze handeln.

Die Arbeit untersucht lediglich das haftungsbe gründende Unterlassen, nicht sonstiges, beispielsweise haftungsausschließendes (vom Geschädigten unterlassener Primärrechtsschutz), Unterlassen. Ferner liegt der Fokus auf dem behördlichen Unterlassen, während die Bereiche des legislativen und des judikativen Unterlassens allenfalls am Rande behandelt werden. Gewiss stellen sich auch dort unterlassungsspezifische Fragen, und es dürften sogar einige der möglichen Erkenntnisse übertragbar sein. Allerdings betrifft die große Mehrheit der staatshaftungsrechtlichen Fälle behördliches, also exekutives Verhalten.¹⁴ Überdies würde sich jeweils vorgelagert die grundlegende Frage stellen, ob und inwieweit staatshaftungsrechtliche Ansprüche gegenüber der Legislative und der Judikative überhaupt möglich und sinnvoll sind. Deren Erörterung, die für die Behandlung des Unterlassens Grundlage wäre, ginge über den Rahmen der vorliegenden Arbeit weit hinaus.¹⁵

Schließlich konzentriert sich die Arbeit auf den Bereich derjenigen Ansprüche, die gemeinhin als Kern des Staatshaftungsrechts angesehen werden, auf Geldzahlung (Entschädigung oder Schadensersatz) gerichtet sind und der ordentlichen Gerichtsbarkeit unterstehen.¹⁶ Dabei handelt es sich um die Amtshaftung, die Aufopferungsansprüche i. w. S. (inklusive der Ansprüche aus enteignungsgleichem und enteignendem Eingriff), die ordnungsrechtlichen Staatshaftungsansprüche und die Ansprüche des fortgeltenden StHG-DDR. Zu betrachten sind sowohl die an rechtswidriges als auch die an rechtmäßiges¹⁷ staatliches Verhalten anknüpfenden Tatbestände.¹⁸ Die strukturelle Ähnlich-

¹⁴ Ähnlich *Wöstmann*, in: Staudinger, BGB, Neubearb. 2020, § 839 Rn. 339; vgl. nur die zahlreichen Einzelfälle behördlicher Amtspflichtverletzungen bei *Thomas*, in: BeckOGK BGB, § 839 (Stand: 01.04.2024) Rn. 143 ff.

¹⁵ Ausführliche Ausarbeitungen finden sich in Bezug auf die Staatshaftung wegen legislativen Unrechts bei *Fetzer*, Die Haftung des Staates für legislatives Unrecht, 1994; wegen judikativen Unrechts bei *Breuer*, Staatshaftung für judikatives Unrecht, 2011. Mithin liegen auch staatshaftungsrechtliche Ansprüche wegen eines überlangen (Gerichts-)Verfahrens gemäß §§ 198 ff. VVG außerhalb des Untersuchungsgegenstands; zu ihnen *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 460 ff.

¹⁶ Vgl. das ähnliche Verständnis bei *Sauer*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), Grundlagen VwR II, 3. Aufl. 2022, § 47 Rn. 4, der unter (Staats-)Haftung ebenfalls den Ausgleich von Schäden versteht und für die Einbeziehung sonstiger Ansprüche den Begriff der Einstandspflichten verwendet.

¹⁷ Ob ein staatliches Verhalten rechtmäßig oder rechtswidrig ist, wird in der vorliegenden Arbeit grundsätzlich vorausgesetzt. Bei Ermessensspielräumen können sich indes Besonderheiten ergeben; dazu näher insb. 3. Teil B. IV., S. 267 ff.

¹⁸ Ob an rechtmäßiges Verhalten anknüpfende Ansprüche Teil des Staatshaftungsrechts sind, ist umstritten; bzgl. des Anspruchs aus enteignendem Eingriff bspw. *Sproll*, in: Deterbeck/Windthorst/Sproll, Staatshaftungsrecht, 2000, § 17 Rn. 54; *Papier/Shirvani*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 34 (Stand: 91. EL April 2020) Rn. 53. Angesichts der ansonsten

keit der Ansprüche erlaubt eine gemeinsame und anspruchübergreifende Betrachtung, die bei einem zu groß gezogenen Kreis an Haftungsinstituten unmöglich wäre.¹⁹ Spezialgesetzliche Ansprüche für Sonderfälle, etwa Haftungsnormen aus dem IfSG,²⁰ werden nicht behandelt.

Aus dem Untersuchungsgegenstand fallen ferner, auch wenn zum Teil ebenfalls dem Staatshaftungsrecht zugeordnet, diejenigen Anspruchsgrundlagen heraus, die nicht auf Schadensersatz oder Entschädigung, sondern auf Abwehr, Unterlassung, Erstattung oder Folgenbeseitigung gerichtet sind. Insbesondere der Folgenbeseitigungsanspruch, der auf den status quo ante und ein tatsächliches Verhalten abzielt und vor den Verwaltungsgerichten geltend zu machen ist, weist eine abweichende, der Entschädigung vorgelagerte Grundstruktur auf.²¹ Die Einbeziehung des Folgenbeseitigungsanspruchs und der mit ihm verwandten Ansprüche würde den Untersuchungsgegenstand zu weit fassen, um allgemeine, anspruchübergreifende Erkenntnisse gewinnen zu können. Ähnliches gilt für die vertragsähnlichen Prinzipien folgende Ansprüche aus öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnissen. Dies schließt freilich nicht aus, derartige Ansprüche an späterer Stelle²² als Vergleichsmaßstab heranzuziehen, ohne sie zum eigentlichen Untersuchungsgegenstand zu machen.

Im Kern geht es um das deutsche Staatshaftungsrecht. Erst durch diese Beschränkung werden Bezüge zu verfassungs- und verwaltungsrechtlichen Wertungen sowie zum Zivil- und Strafrecht möglich. Europarechtliche Staatshaftungsinstitute sind gleichwohl zu betrachten. Sie komplettieren das Bild der auf Geldzahlung gerichteten Anspruchsgrundlagen und könnten zudem als Vergleichsgruppe Vorbildwirkung haben. Etwaig zu entwickelnde Lösungsansätze für unterlassungsspezifische Probleme im deutschen Staatshaftungsrecht werden jedoch nicht ohne Weiteres auf sie übertragbar sein.

Die Arbeit gliedert sich in drei Teile. Im 1. Teil wird die bisher bestehende Rolle des Unterlassens im Staatshaftungsrecht aufgezeigt und analysiert. Die induktive Vorgehensweise gebietet, die Bedeutung des Unterlassens zunächst für jeden der vom Untersuchungsgegenstand umfassten staatshaftungsrechtlichen Ansprüche einzeln zu untersuchen, jeweils unter Berücksichtigung der

bestehenden strukturellen Ähnlichkeit sind derlei Ansprüche Teil des Untersuchungsgegenstands, zumal sich hierdurch die bislang wenig beleuchtete Frage nach der Haftungsrelevanz des rechtmäßigen Unterlassens ergibt.

¹⁹ Vgl. *Weinberger*, Rechtslogik, 2. Aufl. 1989, S. 343, nach dem eine homogene Gruppe Grundlage für induktive Schlüsse ist.

²⁰ Eingehend *Quarch/Geissler*, in: *Quarch/Geissler/Plottek u. a. (Hrsg.)*, Staatshaftung in der Coronakrise, 2021, § 3.

²¹ So auch *Pietzko*, Der materiell-rechtliche Folgenbeseitigungsanspruch, 1994, S. 193 Fn. 208; *Höfling*, VVDStRL 61 (2002), 260 (265, 274); *Morlok*, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Voßkuhle (Hrsg.)*, Grundlagen VwR III, 2. Aufl. 2013, § 52 Rn. 8, 108; *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 21. Aufl. 2024, § 25 Rn. 2, § 30 Rn. 2.

²² Zum Folgenbeseitigungsanspruch 2. Teil C. II. 1., S. 173 ff.

dazu ergangenen Rechtsprechung und Literatur (A.). Dabei sollen unterlassungsspezifische Fragen und Probleme herausgearbeitet werden. Manche von ihnen werden anspruchsspezifisch sein, viele hingegen bei mehreren oder allen Ansprüchen vorkommen. Diese übergreifenden dogmatischen Fragen werden im Anschluss herausgestellt (B.). Sie sind Ausgangspunkt für die weiteren Überlegungen.

Die Erarbeitung von Lösungsansätzen für die unterlassungsspezifischen Probleme des Staatshaftungsrechts kann und soll nicht ausschließlich aus sich selbst heraus geschehen, sondern erfordert Seitenblicke auf und Bezüge zu anderen Rechtsgebieten (2. Teil). Dem Charakter als Querschnittsmaterie entsprechend, könnten sich hieraus Vorgaben oder Ideen für das Staatshaftungsrecht ergeben. Nach einer historischen Betrachtung (A.) ist daher zu untersuchen, ob und inwieweit sich Vorgaben und Wertungen aus dem Verfassungsrecht einerseits (B.) und dem Verwaltungsrecht andererseits (C.) ableiten lassen. Ferner bietet sich der Vergleich mit Rechtsgebieten an, in denen sich ähnliche Fragen zum Unterlassen stellen. Dies betrifft das Zivilrecht (D.), zu dessen Deliktsrecht Nähe besteht, sowie das Strafrecht (E.) mit seiner umfassenden Unterlassungsdogmatik.

Daraus soll sich ein Fundus an Erkenntnissen und Ideen ergeben, aus dem Folgerungen und Lösungsansätze für die unterlassungsspezifischen Probleme des Staatshaftungsrechts erarbeitet werden können (3. Teil). Nach nun möglicher abschließender Klärung von deren Zulässigkeit und Reichweite (A.) sollen innerhalb dieses Rahmens anspruchsübergreifende Lösungen zu den einzelnen unterlassungsspezifischen Fragen und Problemen des Staatshaftungsrechts entwickelt werden (B.). Etwaige Lösungsvorschläge sind schließlich auf die eingangs untersuchten Anspruchsgrundlagen zu übertragen, wodurch ihre praktische Eignung unter Beachtung tatbestandsspezifischer Besonderheiten überprüft werden kann (C.).

C. Vorüberlegung: Der Begriff des Unterlassens

Eine Untersuchung wie die folgende, die einen bestimmten (Rechts-)Begriff zum Inhalt hat, müsste ihn zur Konturierung des Themas üblicherweise zunächst definieren. Demnach wäre hier eine Definition des Unterlassens – in der vorliegenden Arbeit synonym: Unterlassung – zu erwarten. An solchen mangelt es in der rechtswissenschaftlichen Literatur gewiss nicht. Wohl überwiegend wird Unterlassen als Nichtvornahme einer (bestimmten) Handlung definiert.²³

²³ So etwa bei *Hruschka*, Strukturen der Zurechnung, 1976, S. 60 f.; *Köbler*, in: Arloth/Tilch (Hrsg.), Deutsches Rechtslexikon Bd. III, 3. Aufl. 2001, S. 4322; *Röhl/Röhl*,

Wie oben bereits angedeutet, sind Gebrauch und Verständnis des Begriffs Unterlassen im Staatshaftungsrecht jedoch im Rahmen der unterschiedlichen Ansprüche nicht einheitlich. Teils wird er ersetzt durch Begriffe wie „Untätigkeit“ oder „Nichteinschreiten“, teils werden sogar besondere Formen konstruiert wie das „qualifizierte Unterlassen“. Zudem gibt es einen weiten Grenzbe- reich – so beispielsweise bei der Ablehnung eines beantragten begünstigenden Verwaltungsaktes, die sich sowohl als Tun als auch als Unterlassen einordnen ließe. Dies führt dazu, dass der Begriff des Unterlassens der nun folgenden Untersuchung nicht ohne Weiteres als feststehend vorangestellt werden kann, sondern selbst eines der zu bearbeitenden Probleme ist. Auf eine Definition des Unterlassens muss also zunächst verzichtet werden. Das bedeutet zugleich, dass anfänglich, gerade im 1. Teil, alle staatlichen Verhaltensweisen einzube- ziehen sind, bei denen es sich zumindest möglicherweise um Unterlassungen handeln könnte (potentielle Unterlassungsfälle).

Trotz aller Unsicherheiten soll eingangs gleichwohl eine begriffliche Wei- che gestellt werde: Nach allgemeiner Auffassung ist das Unterlassen eine Un- terform des Oberbegriffs Verhalten und darunter das Gegenstück zum (aktiven) Tun oder – insoweit synonym – Handeln.²⁴ Während im Recht, so auch im Staatshaftungsrecht, das Tun/Handeln häufig als Regelfall angesehen wird, stellt das Unterlassen tendenziell einen Sonderfall dar. Deshalb ist dieses von Anfang an, obschon dessen genauen Konturen noch zu erarbeiten sind, als Ge- gensatz zum (aktiven) Tun/Handeln zu verstehen.

Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. 2008, S. 193 f. Zu weiteren, teils abweichenden und staats- haftungsrechtlichen Definitionen ausführlich unten, 3. Teil B. I., S. 231 ff.

²⁴ Zu dieser anerkannten Kategorisierung u. a. *Rödiger*, Die Denkform der Alternative in der Jurisprudenz, 1969, S. 77; *Köbler*, in: Arloth/Tilch (Hrsg.), Deutsches Rechtslexikon Bd. III, 3. Aufl. 2001, 4322; *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. 2008, S. 193; *Zip- pelius/Würtenberger*, Juristische Methodenlehre, 12. Aufl. 2021, S. 24.

1. Teil

Analyse der bisherigen Rolle des Unterlassens im Staatshaftungsrecht

Das Staatshaftungsrecht unterliegt keinem übergreifenden gesetzgeberischen Konzept, sondern setzt sich zusammen aus verschiedenen einzelnen Anspruchsgrundlagen mit teils sehr unterschiedlichem Rechtscharakter. Möchte man nun das Unterlassen übergreifend behandeln, kommt man demnach nicht umhin, von den einzelnen Ansprüchen auszugehen und bei ihnen jeweils anspruchsspezifisch die Rolle des Unterlassens zu analysieren. Diese induktive Herangehensweise kann Fragen und Probleme zu Tage bringen, die sich nur für einen speziellen Anspruch stellen. Sie kann aber auch Fragestellungen offenlegen, die sich in gleicher oder jedenfalls ähnlicher Weise bei mehreren oder allen Ansprüchen stellen. Daraus würde noch nicht zwingend folgen, dass diese Fragen übergreifend und damit für jeden Anspruch gleich zu beantworten sind. Allerdings ist die Herausarbeitung gemeinsamer Probleme eine notwendige Bedingung, um solch übergreifende Fragen zu diskutieren. Daher steht die Analyse der bisherigen Rolle des Unterlassens im Staatshaftungsrecht am Anfang.

A. Das Unterlassen innerhalb der einzelnen Ansprüche

Angesichts der wenigen und lückenhaften legislativen Vorgaben sind die staatshaftungsrechtlichen Ansprüche vornehmlich durch die Rechtsprechung geprägt, wenn nicht gar geschaffen worden. Folglich muss die Analyse dieser Rechtsprechung im Vordergrund stehen, deren Leitlinien im Umgang mit dem haftungsbegründenden Unterlassen herauszuarbeiten sind und durch Betrachtung einzelner Entscheidungen aufgezeigt und illustriert werden können. Die Analyse der bestehenden Dogmatik darf zugleich die Rezeption durch die Literatur nicht vernachlässigen, die im Staatshaftungsrecht fast schon traditionell die Rechtsprechung in vielfältiger Weise vehement kritisiert. Ziel für die weitere Arbeit ist es, offene unterlassungsspezifische Fragen und Probleme innerhalb der einzelnen Haftungsinstitute herauszuarbeiten.

Dazu ist zunächst die Amtshaftung als zentrale geschriebene Anspruchsgrundlage des Staatshaftungsrechts zu betrachten. Darauf folgt eine Untersuchung der miteinander verwandten Ansprüche aus enteignungsgleichem und

enteignendem Eingriff sowie der Aufopferung, bevor auf die daraus entwickelten ordnungsrechtlichen Staatshaftungsansprüche einzugehen ist. Der Anspruch nach dem partiell fortgeltenden StHG-DDR ist das letzte zu untersuchende nationale Staatshaftungsinstitut. Die Analyse der verschiedenen Ansprüche in Bezug auf das Unterlassen schließt mit einem Blick auf die europarechtlichen Anspruchsgrundlagen.

1. Amtshaftung

Der Amtshaftungsanspruch, der sich aus einer Kombination vom anspruchsbegründenden § 839 BGB und der haftungsüberleitenden Norm des Art. 34 GG ergibt, ist die wohl bekannteste und wichtigste Anspruchsgrundlage im deutschen Staatshaftungsrecht und deshalb Ausgangspunkt der Analyse der Behandlung des Unterlassens im Staatshaftungsrecht. Er setzt voraus, dass jemand in Ausübung eines öffentlichen Amtes eine Amtspflicht, die ihm einem Dritten gegenüber obliegt, vorsätzlich oder fahrlässig verletzt und dadurch einen Schaden verursacht.¹

Zentraler Anknüpfungspunkt für die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Unterlassen einzubeziehen ist, ist die Amtspflichtverletzung. Bejaht man sie im Falle eines Unterlassens, ergeben sich in der Folge Besonderheiten für die Kausalität, die, anders als beim Tun, an etwas nicht Vorhandenes anknüpfen muss. Spezielle Probleme werden aufgeworfen, wenn das Unterlassen mit einem Ermessensspielraum zusammentrifft. Weitere Modifikationen sind schließlich im Rahmen der Einordnung des Verhaltens als hoheitlich („in Ausübung eines öffentlichen Amtes“) sowie bei der Verjährung zu beachten.

1. Tatbestandliche Einbeziehung des Unterlassens

Der Amtshaftungsanspruch setzt lediglich die Verletzung einer Amtspflicht voraus, fordert also keine konkrete Verhaltensweise und steht der Einbeziehung des Unterlassens somit nicht von vornherein entgegen. Es überrascht daher nicht, dass sich in der Rechtsprechung, insbesondere der des BGH, zahlreiche Fälle finden lassen, in denen ein staatliches Unterlassen als (zumindest potentiell) tatbestandsmäßig angesehen wurde.² Dabei wurde die Tatbestandsmäßigkeit des Unterlassens zumeist schlicht vorausgesetzt, ohne sie vorher expressis verbis klarzustellen, geschweige denn zu erläutern. Sie erscheint der Rechtsprechung offenbar selbstverständlich. Auch in der Literatur ist es Kon-

¹ Übersicht zu den Tatbestandsvoraussetzungen bei *Berkemann*, DVBl 2021, 76 (77 ff.) m. w. N.

² Exemplarisch BGH VerwRSpr 1953, 832 (unterlassenes polizeiliches Einschreiten); BGHZ 126, 386 (unterlassene Warnung vor Ansteckungsrisiken nach einer Impfung); BGH NJW 2004, 1381 (unterlassene Standsicherheitsprüfung von Alleebäumen); BGH NJW 2019, 1809 (unterlassene Erste Hilfe durch einen Sportlehrer); OLG Karlsruhe NJOZ 2011, 123 (unterlassener Schutz vor Rabenkrähen).

Sachregister

- Abgrenzung von Tun und Unterlassen
 - 7, 110, 231
 - als rechtstheoretische Frage 239
 - als Wertungsfrage 188, 205, 235, 237, 239
 - bei Art. 41 EMRK 101
 - bei der Amtshaftung 11
 - bei rechtmäßigem Verhalten 244
 - beim Anspruch aus enteignungsgleichen Eingriff 43
 - Dichotomie 232
 - Einheitlichkeit im Staatshaftungsrecht 232, 297
 - Fallgruppen 246
 - fehlerhaftes Handeln 247
 - grundrechtliche Wertungen 150, 240
 - im Deliktsrecht 187
 - im Strafrecht 204
 - in der Philosophie 232, 239
 - kausalitätsbezogene 206, 209, 236
 - naturalistischer Ansatz 206, 234
 - qualifiziertes Unterlassen 43, 73, 247
 - Relativität 246
 - Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit 188, 205, 240
 - verwaltungsprozessuale Wertungen 168, 241
 - Verzögerungen 248
- Amtshaftung 10, 133, 298
- Anfechtungsklage 166
- Anscheinsbeweis 264
- Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung 167, 267, 273, 278
- Anspruch aus enteignendem Eingriff 54, 303
- Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff 28, 299
- anteilige Entschädigung 80, 283
- anteilige Haftung bei
 - Kausalitätszweifeln 193
- Aufopferung 58, 126, 291
 - Anspruch aus aufopferungsgleichem Eingriff 60, 301
 - Aufopferung i. e. S. 64, 303
 - historischer Aufopferungsgedanke 29, 69, 121, 126, 131
 - im Zivilrecht 197
 - staatshaftungsrechtlicher Charakter 225
- Ausufahrung der Staatshaftung 45, 196, 256, 289
- Begriff des Unterlassens *Siehe*
 - Abgrenzung von Tun und Unterlassen
- Berufsfreiheit 41, 150
- Bescheidungsurteil 167
- Beschleunigung der Verwaltung 50, 258
- Beweiserleichterungen 107, 263, 282
- Beweislast 108, 192, 261, 265, 276, 280, 285
- Beweislastumkehr 16, 264
- Definition des Unterlassens *Siehe*
 - Abgrenzung von Tun und Unterlassen
- Drittsschutz *Siehe* subjektiv-öffentliche Rechte
- EGMR 103, 284
- Eigentum 29, 41, 151, 300
- Eilrechtsschutz 49, 165, 170, 256
- Eingriff
 - als Tatbestandsvoraussetzung 28, 31, 55, 59, 128, 215, 271
 - in Grundrechte 149, 154

- Einheitlichkeit eines Verhaltens 245, 249
- Enteignung 29, 128, 291, 300
- Entschädigung *Siehe* Umfang der Haftung
- Erfolgsunrecht 214
- Ermessen 18
- Ermessensreduzierung auf Null 19, 51
 - Funktion 267, 278
 - im Unionsrecht 91, 97
 - rechtsstaatliche Bedeutung 270
- Ermessensfehler
- als Amtspflichtverletzung 19
 - hinreichend qualifizierter Rechtsverstoß 92, 98
 - im Verwaltungsprozessrecht 169
 - Kausalität *Siehe* Ermessensfehlerkausalität
 - rechtsstaatliche Bedeutung 140, 215
 - staatshaftungsrechtliche Relevanz 19, 268
 - Verlust einer Chance 197
- ermessensfehlerhaftes Unterlassen 23, 268
- Ermessensfehlerkausalität 19, 80, 99, 112, 121, 192, 275
- als Beweisproblem 276
 - anteilige Entschädigung 283
 - Beweiserleichterungen 20, 212, 280
 - Chancenverlust 52, 113
- europarechtliche Staatshaftung 88
- Europarechtliche Staatshaftung
- Art. 340 Abs. 2 AEUV 89
 - Art. 41 EMRK 100
 - unionsrechtlicher Haftungsanspruch gegen Mitgliedstaaten 94
- Fehlanreize 45, 258, 266
- Folgenbeseitigungsanspruch 6, 173
- bei Leistungsansprüchen 177
 - Eingriff durch Unterlassen 175
 - Rechtsgrundlage 174
 - Rechtsnatur 174, 179
- formelle Fehler 80, 172, 273
- Francovich-Entscheidung 94
- Freiheitsentziehungen 100
- Gefährdungshaftung 57, 84, 122
- Gefahrenabwehr *Siehe* Schutz vor Gefahren
- Genehmigungen *Siehe* Versagungen
- Gewerbebetrieb 38, 41, 53, 150
- Gewohnheitsrecht 31, 59
- Gleichheitssatz, allgemeiner 59, 65, 159
- Gleichwertigkeit von Tun und Unterlassen *Siehe* Tatbestandsmäßigkeit des Unterlassens
- Grundrechte
- als Abwehrrechte 143, 149
 - als Grundlage der Staatshaftung 142
 - als Leistungsrechte 153
 - als Schutzpflichten 156
 - Kommerzialisierbarkeit 146
 - Verhältnis zum einfachen Recht 147, 152
- Haftung wegen des Verlusts einer Chance 103, 195, 285
- Haftungsrelevanz des Unterlassens *Siehe* Tatbestandsmäßigkeit des Unterlassens
- Handlungspflicht 15, 51, 64, 79, 112
- aus Grundrechten 156
 - Bestimmtheit 255
 - Ermessensspielraum 79, 112, 120, 268, 270, 300
- Herausgabeanspruch 251
- hinreichend qualifizierter Rechtsverstoß 91, 97
- intradisziplinärer Rechtsvergleich 183, 201
- Kausalität 15, 102, 111, 189, 260
- Äquivalenzformel 191, 209
 - Beweiserleichterungen 16, 103, 261, 263
 - Ermessensfehler *Siehe* Ermessensfehlerkausalität
 - Funktion 270
 - haftungsausfüllende 16, 189, 261
 - haftungsbegründende 189
 - im Strafrecht 209
 - im Zivilrecht 191

- Risikoverminderungslehre 210
- Zurechnungsfunktion 260

- Lastengleichheit 59, 126, 292
- Lebensrisiko, allgemeines 53, 294
- legislatives Unrecht 5, 90, 94
- Leistungsklage, allgemeine 167
- Leistungsvornahmeklage 167, 243
- loss of a real opportunity *Siehe* Haftung
wegen des Verlusts einer Chance

- Mandatstheorie 116
- Maßnahme als
 - Tatbestandsvoraussetzung 70, 78, 302
- materielle Rechtswidrigkeit 272
- Mindestgarantie einer Staatshaftung
133, 137
- Möglichkeit der Handlungsvornahme
245

- Nassauskiesungsbeschluss 29, 127, 145
- Nichteinschreiten 12, 40, 249
- Nichtstörer 82

- öffentlich-rechtlicher Vertrag 186
- ordentliche Gerichtsbarkeit *Siehe*
Zivilprozessrecht
- ordnungsrechtliche
 - Staatshaftungsansprüche 68
 - wegen rechtmäßigen Verhaltens 82, 303
 - wegen rechtswidrigen Verhaltens
69, 302

- Polizei- und Ordnungsbehörden 68
- Polizeihelfer 82
- polizeilicher Notstand *Siehe*
Nichtstörer
- präventive Verbote mit
Erlaubnisvorbehalt 150
- Preußische Kabinettsorder 127
- Preußisches Allgemeines Landrecht
126, 128, 291
- Primär- und Sekundärrechtsschutz 138,
141, 163, 242, 256, 269, 297
- Proportionalhaftung *Siehe* anteilige
Haftung bei Kausalitätszweifeln

- qualifiziertes Unterlassen 32, 43, 47,
74, 247, 299

- rechtfertigende Pflichtenkollision 212
- rechtmäßiges Alternativverhalten 21,
172, 191, 263, 280
- Rechtsfortbildung *Siehe* Richterrecht
- Rechtspositivismus 119
- Rechtsstaatsprinzip 122, 135, 148, 241,
254, 270, 309
 - effektiver Rechtsschutz 138
 - Gebot materieller Gerechtigkeit 136
 - Gesetzmäßigkeitsprinzip 136, 138
 - staatliches Gewaltmonopol 136
 - Unbestimmtheit 137
- Reform des Staatshaftungsrechts 4, 123
- Regelungslücken des
Staatshaftungsrechts 229
- reines Unterlassen 32, 73
- repressive Verbote mit
Befreiungsvorbehalt 151
- Richterrecht 31, 229
- Richtlinienumsetzung 94
- Risikoverminderungslehre 266

- Schadensersatz 28, 184, 198
- Schutz vor Gefahren 68, 118, 249, 295
- Schutzbereich 51, 145, 288
- Schutzpflicht 63, 118, 156, 178, 249
- Schutzzweck 81, 191
- sekundäre Darlegungslast 282
- Sicherstellung 251
- Sonderopfer 28, 59, 82, 158, 290
- sozialrechtlicher Herstellungsanspruch
180
- Sphärengedanke 26, 50, 113, 197, 280
- StHG-DDR 86, 302
- Strafrecht als Vergleichsmaßstab 200
- subjektiv-öffentliche Rechte 81, 119,
138, 164, 214, 267
- System im Staatshaftungsrecht 4, 223

- Tatbestandsmäßigkeit des Unterlassens
109, 253
 - aus rechtsstaatlicher Sicht 140
 - aus verwaltungsprozessualer Sicht
169
 - bei Art. 340 AEUV 89

- bei Art. 41 EMRK 100
 - bei der Amtshaftung 10
 - bei der ordnungsrechtlichen Haftung 72
 - beim Anspruch aus aufopferungsgleichem Eingriff 60
 - beim Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff 31
 - beim Folgenbeseitigungsanspruch 175
 - beim sozialrechtlichen Herstellungsanspruch 180
 - beim StHG-DDR 87
 - beim unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruch 95
 - historische Konzepte 116, 121
 - im Deliktsrecht 187
 - im Strafrecht 202, 216
 - in Reformkonzepten 123
 - nach dem historischen Aufopferungsgedanken 128
 - qualifiziertes Unterlassen 258
 - rechtmäßiges Unterlassen 55, 64, 82, 113, 161, 290
 - Triage 207, 216
- Überkompensation 171, 266, 270, 278, 282
- Umfang der Haftung 28, 53
- anteilige Haftung 193, 286
 - Entschädigung 53, 67, 82
 - immaterielle Schäden 67, 105, 147
 - Schadensersatz 28
 - status quo ante 175
 - tatsächliche Wiederherstellung 174
- unechte Unterlassungsdelikte 202
- Unmittelbarkeitszusammenhang 52, 66, 81, 111, 263
- Unrechtsgehalt von Unterlassen *Siehe* Verwerflichkeit von Unterlassen
- Verfahrensgarantien 103
- Verjährung 27
- Verkehrssicherungspflichten 12, 40, 252
- Vermögensschäden 16, 105, 190
- Verpflichtungsklage 166
- Versagungen 33, 150
- Baugenehmigung 33
 - Begünstigungen 154
 - faktische Bausperre 33
 - gewerberechtliche Erlaubnisse 37
 - rechtmäßige 293
- Verwaltungsprozessrecht 163, 242
- Verwaltungsrecht 162
- Verwerflichkeit von Unterlassen 47, 63, 218, 255, 259
- Verzögerungen 13, 34, 248
- Verzögerungsschaden 54, 165, 177, 278
- Vornahmeurteil 166
- Vorrang des Primärrechtsschutzes 163, 242
- Zivilprozessrecht 183, 284
- Zivilrecht als Vergleichsmaßstab 182
- Bezugspunkt 184
 - Deliktsrecht 185
 - vertraglicher Schadensersatz 198
 - zivilrechtliche Aufopferungsansprüche 197
- Zulässigkeit anspruchübergreifender Überlegungen 222