

Herausgegeben von
RA Hon.-Prof. Dr. Peter Csoklich
em. o. Univ.-Prof. Dr. Peter Doralt
Univ.-Prof. Dr. Anna Gamper
Univ.-Prof. DDr. Christoph Grabenwarter, Mitglied des VfGH
Univ.-Prof. Dr. Stefan Griller
Univ.-Prof. Dr. Clemens Jabloner, Präsident des VwGH i. R.
Univ.-Prof. Dr. Meinhard Lukas, Rektor der JKU
Univ.-Prof. Dr. Susanne Reindl-Krauskopf
em. o. Univ.-Prof. Dr. Peter Rummel
RA Hon.-Prof. DDr. Hellwig Torggler
Schriftleitung: Peter Rummel und Meinhard Lukas

Juristische Blätter

Verlag Österreich

Motto: Veritas temporis filia, non auctoritatis

Heft 4 April 2017 139. Jahrgang

ISSN 0022-6912 JUBLA7 139 (4) 205-272 (2017)

Juristische Blätter 139, 205-218 (2017)
Printed in Austria

JBL

Mag. David Messner, Wien

Amtshaftung für Gesetzesvorbereitung durch Verwaltungsorgane*)

(1. Teil)

Das Fehlen einer Haftung für verfassungswidrige Gesetzgebung ist problematisch und in letzter Zeit vermehrt kritisiert worden. Es ist allerdings unklar, ob die Privilegierung der Gesetzgebung auch die Ausarbeitung von Gesetzesvorlagen durch Verwaltungsorgane erfasst, oder ob die Einbringung einer Gesetzesinitiative durch die Regierung durchaus Schadenersatzansprüche nach dem Amtshaftungsgesetz auslösen kann. Dieser bislang kaum beachteten Frage kommt beträchtliche Bedeutung zu, weil nahezu jedes verfassungswidrige Gesetz auf einer fehlerhaften Regierungsvorlage basiert. Der vorliegende Beitrag untersucht daher historische, systematische und teleologische Hinweise auf eine überzeugende Einordnung der administrativen Gesetzesvorbereitung. Ergänzend wird ein Blick auf jüngere Entwicklungen der Haftung für die Gesetzgebungsfunktion im kontinentaleuropäischen Raum geworfen und der Frage nachgegangen, ob die schadenersatzrechtlichen Zurechnungskriterien sinnvoll auf fehlerhafte Regierungsvorlagen angewendet werden können.

Deskriptoren: Amtshaftung, Europäische Menschenrechtskonvention, Gesetzesprüfung, Gesetzgebung, Gewaltentrennung, legislatives Unrecht, Rechtsschutz, Schadenersatzrecht, Staatshaftung, Verfassungsrecht, Verordnungen, Verwaltungshandeln.
§ 1 AHG; §§ 1293 ff ABGB; Art 7, 23, 41 Abs 1 B-VG; Art 41 EMRK; Art 34 dGG; § 839 dBGB.

Übersicht:

- A. Das Problem: Keine Amtshaftung für Regierungsvorlagen?
- B. Erkennbare Absicht des Gesetzgebers und systematische Hinweise
- C. Warum haftet der Staat nicht für Gesetzgebung?
 - I. Generel-abstrakte Natur des Gesetzes und Spielraum des Gesetzgebers
 - II. Gefährdung des Staatshaushaltes
 - III. Politische Natur der Verfassungsgerichtsbarkeit
 - IV. Sonderstellung der Gesetzgebungsorgane
- D. Die Privilegierung des Gesetzgebers als unsachgemäße Ausnahmeregelung
- E. Bedingungen für die Haftung bei fehlerhaften Regierungsvorlagen
- F. Zusammenfassung der Ergebnisse

A. Das Problem: Keine Amtshaftung für Regierungsvorlagen?

Nach Art 23 B-VG und § 1 AHG haften die Körperschaften öffentlichen Rechts, wenn ihre Organe „in Vollziehung der Gesetze (...) wem immer“ einen Schaden zugefügt haben. Mit „Vollziehung der Gesetze“ ist nach einhelliger Ansicht die Gerichtsbarkeit und die Verwaltung gemeint, nicht aber die Gesetzgebung.¹⁾ Während das Amtshaftungsrecht

*) Ich möchte mich bei Herrn Univ.-Prof. i. R. Dr. DDr. h. c. *Helmut Koziol* und bei Herrn Univ.-Prof. Dr. *Ernst Karner* herzlich für die kritische Begutachtung dieses Beitrags, und viele hilfreiche Anmerkungen bedanken. Die Idee zur Behandlung des Themas geht auf die Teilnahme an einem Seminar bei Herrn Univ.-Prof. Dr.

daher Opfern eines rechtswidrigen Urteils oder Bescheides Schutz gewährt, bietet es Opfern eines verfassungswidrigen Gesetzes keine Hilfe, obwohl auch ein solches Gesetz seinen Adressaten erheblichen Schaden zufügen kann. Die Auswirkungen seien an folgendem Beispiel verdeutlicht: Eine Änderung des Tabakgesetzes sah vor, dass E-Zigaretten nur noch in Trafiken verkauft werden durften.²⁾ Das entsprechende Gesetz verstößt jedoch gegen den Gleichheitssatz und verletzt zudem das Recht auf freie Erwerbsausübung von Fachgeschäftsbetreibern, die diese Produkte ebenfalls anbieten wollen. Der VfGH³⁾ kann die entsprechenden Bestimmungen deshalb zwar aufheben, doch ist es nicht möglich allein durch die Aufhebung jeden Schaden der Betroffenen zu beseitigen. In unserem Beispiel kann den in ihren Rechten verletzten Fachgeschäftsbetreibern etwa dadurch ein Nachteil verbleiben, dass sie im Hinblick auf die geänderte Rechtslage bereits zwingende wirtschaftliche Dispositionen tätigen mussten und beispielsweise Miet- oder Lieferverträge gekündigt oder sogar ihren Betrieb eingestellt haben. Das verfassungswidrige Gesetz hat in diesem Fall also einen Schaden verursacht, den selbst seine rückwirkende Aufhebung nicht mehr verhindern kann. Ein vergleichbares Problem tritt auf, wenn ein Gesetz vor allem oder ausschließlich immaterielle Schäden verursacht, weil auch dann die bloße Aufhebung des fraglichen Gesetzes für den Betroffenen zu keiner ausreichenden Wiedergutmachung der bereits erlittenen Beeinträchtigungen führt. Zu solchen Schäden könnte es etwa bei der Verletzung von Rechten aus der EMRK kommen, die vorrangig die Persönlichkeit schützen.⁴⁾ Den so Betroffenen steht aber selbst dann kein Amtshaftungsanspruch zu, wenn für jeden am Gesetzesbeschluss beteiligten Abgeordneten die Verfassungswidrigkeit offenkundig war. Die Gesetzgebung ist vielmehr durch eine Haftungsfreistellung privilegiert.

Ewald Wiederin zurück, dem ich für kritische Diskussion zu danken habe.

¹⁾ Siehe bereits *Hellbling*, Die Amtshaftung, ÖJZ 1949, 365 (365 f); *Kaniak*, Das Amtshaftungsgesetz, JBl 1949, 143 (144); weiters *Öhlinger*, Das Anwendungsgebiet des Amtshaftungsrechts, in Aicher, Die Haftung für staatliche Fehlleistungen im Wirtschaftsleben (1988) 121 (138); *Schrägel*, Kommentar zum Amtshaftungsgesetz³ (2003) Rz 55; *Vrba/Zechner*, Kommentar zum Amtshaftungsgesetz (1983) 47; OGH 1 Ob 84/64 = EvBl 1965/69; 1 Ob 231/03g = JBl 2005, 184 = SZ 2004/118.

²⁾ Siehe BGBl I 105/2014. Ein interessantes, aber haftpflichtrechtlich wesentlich komplexeres Beispiel für potentiell schädigende Gesetze bieten auch die aktuellen Maßnahmegesetze zur Abwicklung der Hypo (siehe etwa VfGH G239/2014 ua; V14/2015 ua).

³⁾ Siehe G 118/2015 ua.

⁴⁾ Den Geschädigten bleibt nur der Weg zum EGMR, der ihnen gemäß Art 41 EMRK anhand eher unklarer Kriterien billigen Ersatz zusprechen kann. Darauf hat *F. Bydlinski* in Fenyves/Karner/Koziol/Steiner, Tort Law in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights (2011) Rz 2/51 hingewiesen. Siehe auch *Danne-mann*, Schadenersatz bei Verletzungen der Europäischen Menschenrechtskonvention (1994) 362 ff und *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁶ (2016) 109 ff.

Unklar ist allerdings, welche mit dem Gesetzgebungsprozess verbundenen Handlungen im Einzelnen zu diesem privilegierten Bereich gehören. Unter Gesetzgebung und damit unter das Haftungsprivileg fällt jedenfalls der Beschluss von Gesetzen durch die Gesetzgebungsorgane. Zweifelhaft ist hingegen, ob auch die Mitwirkung von Verwaltungsorganen am Gesetzgebungsverfahren als Teil der Gesetzgebung anzusehen ist. Dies betrifft vor allem die Einbringung einer Gesetzesinitiative durch die Regierung und die diesbezügliche Vorbereitungstätigkeit der Bundesminister und Bundesministerien,⁵⁾ die großen faktischen Einfluss auf das Verfahren haben. Bekanntlich neigt das Parlament dazu, Gesetze zu beschließen, die mit der RV nahezu identisch sind. Hat jemand einen Schaden durch ein verfassungswidriges Gesetz erlitten, war die fehlerhafte Bestimmung daher regelmäßig bereits in der RV enthalten. Falls die Einbringung einer solchen RV nicht zu den privilegierten Handlungen zählt, könnten die Geschädigten somit in vielen Fällen Ersatz erhalten, indem sie ihren Amtshaftungsanspruch auf die fehlerhafte Gesetzesvorbereitung der Regierung statt auf den Gesetzesbeschluss des Parlaments stützen. Es stellt sich daher die Frage, ob die Gesetzesvorbereitung durch die Regierung Vollziehung der Gesetze ist, weil sie von Organen der Vollziehung durchgeführt wird, oder ob sie wegen ihres engen inhaltlichen Zusammenhangs mit der Gesetzgebung bereits selbst zur Gesetzgebung zu zählen ist.

Ein Teil der älteren Lehre betonte, dass die Regierung und ihre Mitglieder Organe der Vollziehung seien und war daher der Meinung, auch die Vorbereitung von Gesetzen sei insoweit der Vollziehung zuzuordnen.⁶⁾ Die heute vorherrschende Ansicht sieht diese Tätigkeiten hingegen als Teil der Gesetzgebung⁷⁾ und betont damit den inneren Zusammenhang zwischen Gesetzesvorbereitung und der Gesetzgebung selbst. Dementsprechend meint *Rebhahn*,⁸⁾ es widerspräche der Regel, dass für legislatives Unrecht nicht zu haften sei, wenn eine nicht vorgesehene Amtshaftung für die Gesetzgebung über den Umweg einer Haftung für Gesetzesvorbereitung doch wieder erzielt werde. Diese Einschätzung dürfte im Ergebnis heute von den meisten Autoren geteilt werden, auch wenn sich die gegen eine Haftung für Gesetzesvorbereitung ins Treffen geführten Argumente im Detail unterscheiden. Die Rsp hat zwischen den beiden in der Lehre vertretenen Standpunkten mehrfach geschwankt, was die Schwierigkeit der Einordnung von RV ver-

⁵⁾ Aus Gründen der Anschaulichkeit liegt der Schwerpunkt dieses Beitrags auf der Gesetzesvorbereitung des Bundes.

⁶⁾ *Ent*, Die Organhaftpflicht (1969) 71 f; *Klecatsky*, Notwendige Entwicklungen des Amtshaftungsrechts, JBl 1981, 113; *Vrba/Zechner*, AHG 48.

⁷⁾ *Kucsko-Stadlmayer*, Österreich, in Dörr, Staatshaftung in Europa (2014) 429 (440; 440 Fn 94); *Öhlinger* in Aicher, Fehlleistungen 138; *Rebhahn*, Staatshaftung wegen mangelnder Gefahrenabwehr (1997) 45 f; *Schrägel*, AHG³ Rz 56.

⁸⁾ Staatshaftung 46.

deutlicht.⁹⁾ Zuletzt rechnete der OGH¹⁰⁾ RV unter Berufung auf die jüngere Lehre der Gesetzgebung zu.

Allerdings wird von Teilen der Lehre schon die Privilegierung des Gesetzgebers als solche kritisch bewertet. So hat bereits *Klecatsky*¹¹⁾ in einem 1981 erschienenen Aufsatz erhebliche Bedenken gegen den Haftungsausschluss geäußert, die zumindest im Ergebnis von mehreren Autoren geteilt werden.¹²⁾ Gerade bei Zweifelsfällen wie der RV stellt sich daher die Frage, ob das Haftungsprivileg des Gesetzgebers tatsächlich weit oder doch möglichst restriktiv auszulegen ist, weil es sich um eine sachlich nicht gerechtfertigte Regelung handelt. Zur Lösung dieser Fragestellung empfiehlt es sich, die zentralen Argumente, die von der hA für eine weite Auslegung des Haftungsprivilegs vorgebracht werden, näher zu untersuchen. Zunächst ist zu erörtern, ob es historisch oder systematisch geboten erscheint, die Gesetzesvorbereitung durch Verwaltungsorgane in das Haftungsprivileg einzubeziehen. Sollte dies nicht der Fall sein, ist zu untersuchen, ob ihre Privilegierung mit objektiv-teleologischen Argumenten gerechtfertigt werden kann.

B. Erkennbare Absicht des Gesetzgebers und systematische Hinweise

In einem ersten Schritt ist zu untersuchen, ob die historische Interpretation einen konkreten Willen des Gesetzgebers erkennen lässt. Nach dem Wortlaut des Art 23 B-VG und des § 1 AHG kennt das österreichische Recht keine Haftung für legislatives Unrecht. Dieses Ergebnis wird durch einen Blick in die Materialien bestätigt. So wird im Ausschussbericht zur heutigen Fassung des Art 23 B-VG eine Haftung für den „Bereich der Gesetzgebung“ abgelehnt.¹³⁾ Gesetz und Materialien schweigen aber

darüber, ob dieser Haftungsausschluss auch die Gesetzesvorbereitung durch Verwaltungsorgane erfassen soll.¹⁴⁾ Es ist somit wahrscheinlich, dass dem historischen Gesetzgeber das Problem der RV gar nicht bewusst war und sich daher kein historischer Wille rekonstruieren lässt.

Die Ablehnung einer Haftung für die Gesetzgebung im Ausschussbericht lässt aber immerhin einen negativen Schluss zu: Art 23 B-VG und § 1 AHG folgen nicht einem möglichst weitgehenden Verständnis der „Vollziehung“. Denn grundsätzlich wäre sogar eine Subsumption des Beschlusses von Gesetzen durch das Parlament unter diesen Begriff möglich. Auch bei der Verabschiedung eines Gesetzes werden schließlich Gesetze vollzogen, nämlich vor allem die Erzeugungsregeln in der Bundesverfassung, aber etwa auch die Geschäftsordnung des Parlaments.¹⁵⁾ Wie jeder Erzeugungsakt ist die Gesetzgebung somit zugleich Vollziehung jener Normen, die den Erzeugungsvorgang selbst regeln.¹⁶⁾ Diesem weiten, rechtstheoretischen Begriff der Vollziehung folgt Art 23 B-VG aber nicht, wie bereits der Ausschussbericht zeigt. Das ergibt sich überdies auch aus systematischen Erwägungen: Das B-VG unterscheidet die Hauptstücke „Gesetzgebung des Bundes“ und „Vollziehung des Bundes“. Wie bereits *Kaniak*¹⁷⁾ festgestellt hat folgt daraus, dass nach der Verfassung Gesetzgebung und Vollziehung zu unterscheiden sind, wobei Art 23 B-VG dieser systematisch vorgegebenen Zweiteilung folgt.

Es gibt daher einen haftungsprivilegierten Bereich der Gesetzgebung, der zumindest den Beschluss von Gesetzen durch die Gesetzgebungsorgane erfasst. Das umfassende rechtstheoretische Verständnis der Vollziehung kann deshalb auch nicht für die Gesetzesvorbereitung durch Verwaltungsorgane fruchtbar gemacht werden. Entgegen einer älteren Entscheidung des OGH¹⁸⁾ ist ihre Tätigkeit nicht schon alleine deswegen Vollziehung, weil die Ministerien § 3 Abs 1 Z 2 BMG, der sie zur Unterstützung der Regierung bei der Ausarbeitung der Initiativen verpflichtet, „vollziehen“. Es bleibt damit bei der Ausgangsposition: Zum privilegierten Bereich der Gesetzgebung gehören sicherlich Gesetzesbeschlüsse des Parlaments, für die Gesetzesvorbereitung durch Verwaltungsorgane ist dies hingegen fraglich.

Ist der Begriff „Vollziehung der Gesetze“ nicht in einem rechtstheoretischen Sinn zu verstehen, so verbleibt die Annahme, dass er sich im Wesentlichen mit den rechtsdogmatischen Begriffen der Gerichtsbarkeit und der Verwaltung deckt, die ja auch das B-VG unter „Vollziehung“ zusammenfasst.

⁹⁾ Für Gesetzgebung OGH 05.10.1955, 1 Ob 125/55; für Vollziehung 1 Ob 116/97h = ZfRV 1999, 72, für Gesetzgebung wiederum 1 Ob 231/03g = JBl 2005, 184 = SZ 2004/118. Die Vorbereitung von Staatsverträgen ordnete der OGH 24.02.1954, 1 Ob 72/54 der Vollziehung zu.

¹⁰⁾ 1 Ob 231/03g = JBl 2005, 184 = SZ 2004/118.

¹¹⁾ JBl 1981, 114 f.

¹²⁾ *Aicher*, Das System der Haftung für staatliches Fehlverhalten, in *Aicher*, Die Haftung für staatliche Fehlleistungen im Wirtschaftsleben (1988) 1 (26); *Cohen*, Amtshaftung bei schlichter Hoheitsverwaltung I, JBl 2014, 163 (164 Fn 9); *Karner*, Staatshaftung für legislatives Unrecht nach österreichischer Ansicht, in *Tichý/Hrádek*, Staatshaftung für legislatives Unrecht (2012) 179 (179 ff, insbesondere 185 f); *derselbe*, Die Haftung des Staates für administratives, judikatives und legislatives Unrecht, in *Vereinigung tschechisch-deutsch-österreichisch-slovakischer Juristen*, *effet utile*. Vorträge bei den XX. Karlsbader Juristentagen (2012) 93 (103 ff, insbesondere 111 ff); *Koziol*, Staatsverschuldung: Schadenersatzpflicht der Regierung, RdW 2011, 457 (458); *Öhlinger* in *Aicher*, Fehlleistungen 138; *Wilhelm*, Vorsätzliche Verfassungswidrigkeit, *ecolex* 2005, 1.

¹³⁾ StenProt NR V. GP 2289: „Der Gesetzgeber hat aber die Aufgabe, die Haftung auszuschließen, wenn das Organ einerseits im Bereiche der Gesetzgebung oder andererseits im Bereiche der Privatrechtssphäre handelt“. Dies hat *Paar* hervorgehoben, siehe *Zurechnung von Regierungsvorlagen*, JRP 2009, 239.

¹⁴⁾ Obwohl Handlungen von Regierungsorganen vom Berichterstatter immerhin als allgemeines Beispiel für Vollziehungstätigkeiten genannt werden, siehe *StenProt NR V. GP 2108*.

¹⁵⁾ Siehe schon *Hellbling*, ÖJZ 1949, 366 sowie *Loebenstein/Kaniak*, Kommentar zum Amtshaftungsgesetz (1951) 40.

¹⁶⁾ Lehre vom doppelten Rechtsantlitz nach *Merkl*, Das doppelte Rechtsantlitz, JBl 1918, 425.

¹⁷⁾ JBl 1949, 144. Siehe auch *Schragel*, AHG³ Rz 55.

¹⁸⁾ 1 Ob 116/97h = ZfRV 1999, 72.

Dies ist im Übrigen auch in § 1 Abs 2 AHG als Klammerausdruck erklärend beigefügt. Erörtert man die Frage, ob die Gesetzesvorbereitung durch Verwaltungsorgane der Verwaltung zuzuordnen ist, so ist freilich anzumerken, dass die Abgrenzung der Verwaltung zu anderen Staatsfunktionen ganz allgemein erhebliche Schwierigkeiten bereitet. Die hA geht vom Grundsatz eines organisatorischen Modells aus:¹⁹⁾ Verwaltung sind prinzipiell jene Handlungen, die einem Verwaltungsorgan zurechenbar sind. Für die Einordnung der Gesetzesvorbereitung durch die Regierung bedeutet dies, dass entsprechend der älteren Ansicht tatsächlich zunächst von einer Zuordnung zur Verwaltung und damit zur Vollziehung auszugehen wäre. Aber auch der Inhalt der Tätigkeit soll für die Zuordnung beachtlich sein. Daher wäre noch zu untersuchen, ob die offensichtliche inhaltliche Nähe der Gesetzesvorbereitung zur Gesetzgebung ein Abweichen von der eben dargelegten organisatorischen Grundregel erforderlich macht.

Bevor dieser Ansatz weiterverfolgt wird, ist aber zunächst noch auf ein verbreitetes Argument einzugehen, mit dem die Richtigkeit des eben dargelegten Ausgangspunktes in Frage gestellt wird. Es geht um den Gedanken, dass eine Vorbereitungs- handlung zur Erzeugung einer Norm, in unserem Fall also eines Gesetzes, überhaupt nicht als eigenständige Handlung gesehen werden kann und daher einer Einordnung nach den dargestellten Kriterien nicht zugänglich ist. Vielmehr soll sie als unselbstständiger Teilakt zu behandeln sein, dessen Zuordnung zu Gesetzgebung oder Vollziehung ausschließlich durch die Zuordnung der erzeugten Norm zu bestimmen sei. Die Einordnung wird damit stark vereinfacht: Ein Gesetz ist selbstverständlich der Gesetzgebung zuzuordnen, und diese Zuordnung soll dann auch für alle Handlungen gelten, die seinem Erzeugungsprozess dienen, also auch für die Ausarbeitung von Gesetzesentwürfen durch Vollziehungsorgane (Zuordnung nach „funktionellen“ Gesichtspunkten). Diese Ansicht wurde offenbar vom rechtstheoretischen Verständnis *Kelsens*²⁰⁾ geprägt, der ausführt: „Will man die Vorbereitung eines Gesetzentwurfes überhaupt als Rechtsakt begreifen, dann kann es sich nur um Stadien des Gesetzgebungsverfahrens, also um die Gesetzgebungs- und nicht die Verwaltungsfunktion des Staates handeln“. Auf dem Boden dieses Verständnisses lehnen *Hellbling*,²¹⁾ *Paar*²²⁾ und *Kucsko-Stadlmayer*²³⁾ eine Amtshaftung für RV ab, und

die Ansicht *Walters*²⁴⁾ ist ebenso in diesem Sinne zu verstehen.

Diese Position scheint zunächst gut zu jenem Schwerpunkt zu passen, den das öffentliche Recht auf die Erzeugung von typisierten und abgeschlossenen Rechtsakten legt. Dies zeigt sich insbesondere auch darin, dass in aller Regel nur gegen abgeschlossene Rechtsakte wie Bescheid, VO oder eben Gesetz ein Verteidigungsmittel zusteht (siehe etwa Art 131 und 139 ff B-VG),²⁵⁾ nicht aber gegen bloße Vorbereitungs- handlungen. Für die im *formalen Rechtsschutzsystem* unverzichtbare eindeutige Einordnung des Rechtsakts als Bescheid, Gesetz, Urteil etc ist tatsächlich nur das am intensivsten beteiligte Staatsorgan als Haupturheber bedeutsam, während bloße Vorbereitungs- oder Mitwirkungshandlungen anderer Staatsorgane unbeachtlich sind.²⁶⁾ Andernfalls wäre etwa ein Beschluss des Parlaments im Zweifel zum Teil auch als Verwaltungsakt zu sehen, wenn die Regierung dafür entscheidende Vorarbeit geleistet hat. Das Rechtsschutzsystem, das vom Typus des Gesetzes oder der VO ausgeht, wäre auf einen solchen gemischten Staatsakt aber nicht anwendbar.²⁷⁾ Mit diesen Überlegungen ist freilich nur erklärbar, warum sich Hilfs- und Mitwirkungshandlungen nicht auf die Einordnung des erzeugten Rechtsaktes auswirken, jedoch nicht, warum diese Einordnung auch der Vorbereitungs- handlung selbst ihren eigenständigen Charakter nehmen soll. Gerade dies scheint *Kelsen* und der ihm folgende Teil der Lehre jedoch anzunehmen. Deutliche Anhaltspunkte für eine solche funktionelle Zurechnung gibt es im positiven Recht jedenfalls nicht,²⁸⁾ wie ihr bereits im

²⁴⁾ System des österreichischen Bundesverfassungsrechts (1972) 819. *Walter* geht für das Amtshaftungsrecht zwar grundsätzlich von einer organisatorischen Zurechnung aus. Wenn aber Gesetzgebung und Vollziehung zusammenarbeiten, sei darauf abzustellen, welchem Bereich der Rechtsakt von der Rechtsordnung zugewiesen wird.

²⁵⁾ Siehe *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht¹¹ Rz 588, 927/17; anderes gilt aber für die gemäß Art 132 Abs 1 Z 1 B-VG einfachgesetzlich eröfnbare typenfreie Beschwerde.

²⁶⁾ Vgl *Koja*, Mitwirkung und Mitverantwortung eines Bundesministers bei Vollzugsakten, JBl 1964, 440 (445 f): „Das gesamte System des Rechtsschutzes ist nämlich [...] auf bestimmt typisierte Staatsakte abgestellt, was wieder die Zurechnung eines Staatsaktes, an dessen Zustandekommen mehrere Organe mitgewirkt haben, zu *einem* dieser Organe voraussetzt“ (Hervorhebung im Original).

²⁷⁾ Siehe *G. Winkler*, Fußstritte für den Rechtsstaat, Forum X 412. Dementsprechend hält der VfGH Mischformen auch für unzulässig: siehe VfSlg 17.967/2006.

²⁸⁾ *Kelsen* selbst vertrat seine Ansicht in seinem Werk zur allgemeinen Staatslehre, wo die Einordnung auch heute geteilt wird, siehe *Gamper*, Staat und Verfassung³ (2014) 170, 172, 178. Die häufig genannten Beispiele „funktioneller“ Zurechnung sind Fälle, in denen die Verfassung ausdrücklich einem Gerichts- oder Gesetzgebungsorgan durch die eigenständige Befugnis zur Setzung von Verwaltungsakten gewährt (etwa Justiz- oder Parlamentsverwaltung) und daher immerhin ein starkes Indiz im positiven Recht dafür besteht, dass auch die Entsprechenden Handlungen zur Verwaltung zu zählen sind.

¹⁹⁾ *Rill*, Zum Verwaltungsbegriff, in *Ermacora/Winkler/Koja/Rill/Funk*, Allgemeines Verwaltungsrecht (1979) 35 (38 ff); *Wiederin*, Österreich, in *Von Bogdandy/Casse/Huber*, Handbuch Ius Publicum Europaeum III (2010) Rz 59 ff; *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Österreichisches Staatsrecht II³ (2014) Rz 26.018; *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht¹¹ (2015) Rz 163; *Funk*, Verwaltungsbegriff aus juristischer und verwaltungswissenschaftlicher Sicht, in *FS Koja* (1998) 539 (548).

²⁰⁾ Allgemeine Staatslehre (1925) 247.

²¹⁾ ÖJZ 1949, 366.

²²⁾ JRP 2009, 237 und 239 ff und *derselbe*, Grundzüge des Amtshaftungsrechts (2012) 23 ff.

²³⁾ In *Dörr*, Staatshaftung 439 f.

Rahmen einer älteren Kontroverse²⁹⁾ um die Frage, ob die Gesetzesvorbereitung durch Verwaltungsorgane zu den „Gegenständen der Vollziehung“ gehört, die vom Interpellationsrecht des Nationalrates erfasst sind, entgegengehalten wurde.³⁰⁾ Auch in anderen Bereichen hat sich der Gedanke der Unselbstständigkeit von Vorbereitungshandlungen nicht durchsetzen können, wie folgendes Beispiel zeigt: Handlungen der Kriminalpolizei sind Vorbereitungshandlungen für Akte der Strafjustiz und man könnte daher ähnlich wie bei einer RV annehmen, es handle sich schlechthin um unselbstständige Teilakte der Gerichtsbarkeit. Die hA ordnet derartige kriminalpolizeiliche Handlungen jedoch grundsätzlich der Verwaltung zu, und nur bei Befolgung konkreter Weisungen der Staatsanwaltschaft verlieren sie ihre Eigenständigkeit.³¹⁾ Die Regierung handelt jedoch sogar zwingend selbstständig.³²⁾ Es erscheint daher geboten, die Regierungstätigkeit auch bei der Lösung einer haftpflichtrechtlichen Frage als selbstständig zu beurteilende Handlung anzusehen, zumal unterstützende und vorbereitende Handlungen im Haftpflichtrecht ganz allgemein eigenständig zu prüfen sind (vgl § 1301 ABGB). Es besteht deshalb kein Grund, die Gesetzesvorbereitung als rechtlich unselbstständig anzusehen.³³⁾

Während sich der OGH früher auf die hier kritisierte Ansicht berufen hat,³⁴⁾ scheint sich auch das Höchstgericht in einem jüngeren Fall³⁵⁾ von ihr entfernt zu haben: Eine Weinhändlerin behauptete, durch einen unionsrechtswidrige Bestimmungen enthaltenden Gesetzesentwurf geschädigt worden zu sein, weil sie mit seiner Verabschiedung als Gesetz rechnete und daher nachteilige Verfügungen traf; der Entwurf wurde dem Nationalrat aber letztlich doch nicht übermittelt. Der OGH gestand der Klägerin zu, die Gesetzesvorbereitung sei „noch nicht in das eigentliche Gesetzgebungsverfahren „vorgedrungen““ und behandelte sie als eigenstän-

dige Handlung.³⁶⁾ Obwohl der OGH es offengelassen hat, ist anzunehmen, dass die Gesetzesvorbereitung auch durch die Einbringung der RV beim Nationalrat ihre Eigenständigkeit nicht verlieren würde.

Nachdem die Gesetzesvorbereitung durch Verwaltungsorgane einer eigenständigen Einordnung zugänglich ist, ist weiterhin vom Grundsatz auszugehen, dass sie der Vollziehung zurechenbar ist, wenn nicht konkrete Argumente gegen diese Einordnung sprechen.

In einer früheren Entscheidung hat auch der OGH³⁷⁾ ein solches Argument ins Spiel gebracht. Bei der Einteilung der Hauptstücke des B-VG soll es sich um eine bewusst getroffene Systementscheidung handeln, aus der man Schlüsse im Hinblick auf die Zuweisung einer bestimmten Handlung zu Gesetzgebung oder Vollziehung ziehen könne. Da die Einbringung von Gesetzesvorlagen durch die Bundesregierung (Art 41 Abs 1 B-VG) im Hauptstück „Gesetzgebung des Bundes“ geregelt wird, geht der OGH folglich davon aus, dass auch die RV zur Gesetzgebung und nicht zur Vollziehung zu zählen sei. Dem Aufbau des B-VG wird bei einer solchen Auslegung aber wohl doch zu viel Bedeutung beigemessen und es ist nicht anzunehmen, dass jede unter dem Hauptstück „Gesetzgebung des Bundes“ erwähnte Handlung zur Gesetzgebung zählt und daher nicht dem AHG unterliegt. Diese Schlussfolgerung beruht auf mehreren Gedanken, die im Folgenden näher darzulegen sind.

Erstens ging es dem Gesetzgeber bei der Hauptstückeunterteilung wohl mehr um Anschaulichkeit als um eine lückenlose systematische Zuordnung jeder erwähnten Handlung mit potentieller Folge für die Haftung. Unabhängig von ihrer Rechtsnatur wurde die RV wohl schon deswegen nicht von den anderen Initiativrechten getrennt und im Hauptstück „Verwaltung des Bundes“ geregelt. Wie Antrags- und Initiativrechte ganz allgemein, ist die RV also lediglich der Übersicht halber mit dem durch sie ausgelösten Gesetzgebungsverfahren unter einer Überschrift geregelt. Dies macht ein Bei-

²⁹⁾ Siehe die Nachweise bei *Kahl* in Korinek/Holoubek, Bundesverfassungsrecht (7. Lfg 2005) Art 52 B-VG Rz 25.

³⁰⁾ *Hofer-Zeni*, Sind Regierungsvorlagen „Gegenstände der Vollziehung“ nach Art 52 B-VG?, ÖJZ 1970, 597; *Rill* in Ermacora/Winkler/Koja/Rill/Funk, Allgemeines Verwaltungsrecht 40.

³¹⁾ VfSlg 19.281/2010 = JBl 2011, 160 (*Burgstaller*); *Reindl-Krauskopf*, UVS oder Strafjustiz – wer kontrolliert die Kriminalpolizei, JBl 2011, 345 (346 ff); *Wiederin* in Fuchs/Ratz, Wiener Kommentar zur StPO (2012) § 4 Rz 52. Auch diese Zuordnung zur Gerichtsbarkeit dürfte eher dazu dienen, eine (scheinbare) Verletzung des Art 94 B-VG zu vermeiden. Siehe *Wiederin*, In allen Instanzen getrennt, ÖJZ 2011, 351 (354 f).

³²⁾ Auch für schon planmäßig in der Eigenverantwortung der Kriminalpolizei liegendes Handeln wird die Zurechnung zur Staatsanwaltschaft von *Reindl-Krauskopf*, JBl 2011, 348 abgelehnt.

³³⁾ So auch *Koziol*, RdW 2011, 458. Auch *B. Raschauer* geht davon aus, dass Mitwirkungshandlungen im Rahmen der *checks and balances* eigenständig zu behandeln sind (und RV dabei zur Verwaltung zu zählen sind), siehe Allgemeines Verwaltungsrecht⁵ (2017) Rz 198.

³⁴⁾ 1 Ob 231/03g = JBl 2005, 184 = SZ 2004/118 ua unter Berufung auf *Kelsen*, Allgemeine Staatslehre 247.

³⁵⁾ 1 Ob 228/07x = SZ 2008/16 = RZ 2008, 237.

³⁶⁾ Weil im Fall eine Verletzung von Unionsrecht behauptet wurde, wäre nach der Rsp auch im Fall einer Zuordnung der Gesetzesvorbereitung zur Gesetzgebung eine Klage vor dem VfGH gemäß Art 137 B-VG zulässig gewesen (siehe VfSlg 16.107/2001). Freilich hätte der OGH die Zulässigkeit des ordentlichen Rechtswegs in diesem Fall dennoch ablehnen müssen. Der OGH hielt die Klage aber für zulässig. Ohne zur Zuordnung der Gesetzesvorbereitung eine Aussage treffen zu wollen, stützte er sich dabei vor allem darauf, dass der VfGH seine Zuständigkeit wörtlich nur für „unmittelbar dem Gesetzgeber zuzurechnendes“ Handeln begründet hat. Der VfGH wollte damit aber nur seine Zuständigkeit für Fälle ausschließen, in denen nach dem Sachverhalt (und nicht rechtlich) sowohl der Fehler eines Gesetzgebungs- als auch eines Verwaltungsorgans behauptet werden könnte (relativ deutlich etwa A 15/11). Hielte der OGH die Gesetzesvorbereitung weiterhin für Gesetzgebung, wäre dies in 1 Ob 228/07x nicht der Fall gewesen.

³⁷⁾ 1 Ob 231/03g = JBl 2005, 184 = SZ 2004/118. Es wurde freilich schon bei der Diskussion um die Zulässigkeit einer Interpellation zur Gesetzesvorbereitung ins Treffen geführt.

spiel deutlich: Auch der Normkontrollantrag einer Regierung an den VfGH wird nicht allein deshalb zu einem Akt der Judikative, weil er unter der Überschrift „Verfassungsgerichtsbarkeit“ geregelt ist, sondern bleibt selbstverständlich ein Akt der Vollziehung.³⁸⁾

Zweitens verdeutlicht ein weiteres strittiges Problem beispielhaft, dass sich aus der Hauptstückeinteilung keine eindeutigen Hinweise für die Zuordnung eines bestimmten Aktes zu Gesetzgebung oder Vollziehung gewinnen lassen. Art 50–55 B-VG regeln die „Mitwirkung des Nationalrates und des Bundesrates an der Vollziehung des Bundes“. Das bedeutet, dass es sich bei den dort geregelten Handlungen nach systematischer Betrachtung um Vollziehungsakte handeln müsste.³⁹⁾ Wie *Koziol*⁴⁰⁾ aufgezeigt hat, wären daher die in Art 51 B-VG geregelten besonderen RV für die jährlichen Bundesfinanzgesetze nach der Argumentation des OGH jedenfalls zur Vollziehung zu zählen.⁴¹⁾ Im Gegensatz zu allen anderen RV wären sie somit nicht privilegiert, es käme also zu ihrer Sonderbehandlung. Ihre besondere Stellung könnte man grundsätzlich damit erklären, dass der Nationalrat in Budgetfragen stets besonders vom Sachwissen der Bundesregierung abhängig ist, die dabei auch das Initiativmonopol hat. Bei RV etwa zum Steuer-, Finanzmarkts-, oder Wirtschaftsrecht kann die Abhängigkeit aber auch bei gewöhnlicher Gesetzesvorbereitung ähnliche Ausmaße annehmen. Die bei strikter Anwendung des systematischen Arguments erforderliche Verschiedenbehandlung der allgemeinen RV und jener nach Art 51 B-VG wäre daher nicht sachgerecht und dies dürfte kaum auf eine Systematisierungsabsicht des Gesetzgebers hindeuten.

Die Art 50–55 B-VG sprechen aber noch aus einem weiteren Grund gegen eine Zuordnung mit Rücksicht auf die Hauptstückeinteilung. Blickt man alleine auf die Überschrift, müssten nämlich auch die dort geregelten Mitwirkungshandlungen des Parlaments an der Vollziehung selbst als Vollziehung gelten. Als Folge könnte das sonst stets haftungsfreie Parlament somit gerade bei jenen Handlungen Amtshaftung auslösen, bei denen es in erster Linie um die Sachkompetenz der Regierung geht. Dies halten die meisten Autoren aber nicht für angebracht, weswegen die Handlungen der Gesetzgebungsorgane nach Art 50–55 B-VG meist als Gesetzgebung angesehen werden, obwohl es systematisch und auch inhaltlich um Vollziehung geht.⁴²⁾

³⁸⁾ Siehe schon *Hofer-Zeni*, ÖJZ 1970, 600 Fn 15.

³⁹⁾ So *Koziol*, RdW 2011, 458; aus funktionellen Erwägungen *Kucsko-Stadlmayer*, Staatshaftung 440 und *Paar*, Grundzüge 28 f. Eine andere Meinung geht auf *Hellbling*, ÖJZ 1949, 366 zurück.

⁴⁰⁾ RdW 2011, 458.

⁴¹⁾ So wohl auch der OGH 1 Ob 15/92 = JBI 1993, 399, allerdings ohne Erörterung des Problems.

⁴²⁾ Siehe *Ent*, Organhaftpflicht 34 f; *Koziol*, RdW 2011, 460 Fn 21; *Loebenstein/Kaniak*, AHG 42; *Mader* in Schwimann/Kodek, ABGB VII⁴ (2017) § 1 AHG Rz 19; *Öhlinger* in Aicher, Fehlleistungen 140 und wenigstens bezüglich Art 50–54 B-VG jene, die der in Fn 39 zitierten Meinung von *Hellbling* folgen. AA *Kucsko-Stadlmayer* in Dörr, Staatshaftung 440.

All dies zeigt freilich nicht nur, dass die Hauptstückeinteilung wenig über die Zuordnung einzelner Staatsakte aussagt. Die mehrheitlich vertretene Haftungsfreiheit des Parlaments auch bei Mitwirkung an der Vollziehung kann auch nicht auf überzeugende Weise mit der Haftungsfreiheit der Gesetzesvorbereitung durch Verwaltungsorgane in Einklang gebracht werden. Während die in Art 50–55 B-VG geregelten Handlungen nämlich offenbar trotz ihrer inhaltlichen Qualifikation als Verwaltungsaufgaben zur Gesetzgebung zählen sollen, weil sie von einem Organ der Gesetzgebung ausgeführt werden, soll die RV zur Gesetzgebung zählen, weil die maßgebliche Handlung inhaltlich eine gesetzgeberische ist, obwohl sie von einem Organ der Verwaltung durchgeführt wird. Die organisatorische und die inhaltliche Betrachtungsweise lassen sich freilich kaum vereinbaren und es gibt auch keinen sachlichen Grund jeweils jene Definition für den Begriff der „Gesetzgebung“ zu wählen, die für den Staat günstiger ist, weil sie zur Haftungsfreiheit führt. Bei einer widerspruchsfreien Auslegung kann daher nur eine von den beiden genannten Handlungen vom Haftungsprivileg erfasst sein, die andere ist hingegen als Vollziehung iS des Art 23 B-VG und § 1 AHG einzustufen.

Nach dem bereits angesprochenen Gewaltenteilungsverständnis des B-VG ist die RV als Akt der Vollziehung zu sehen, die Handlungen des Parlaments in Art 50–55 B-VG hingegen als Gesetzgebung,⁴³⁾ weil iS einer primär organisatorischen Gewaltenteilung regelmäßig nicht die Art der betreffenden Handlung relevant ist, sondern welches Organ sie gesetzt hat. Nach wie vor ist aber nicht ausgeschlossen, dass überzeugende Argumente an dieser vorläufigen Einordnung etwas zu ändern vermögen, sodass die Gesetzesvorbereitung gerade im Amtshaftungsrecht womöglich doch nach inhaltlichen Kriterien der Gesetzgebung zuzuordnen ist und die Mitwirkung des Parlaments an Verwaltungsaufgaben ebenso nach inhaltlichen Kriterien zur Vollziehung. Ob eine Handlung Verwaltung und damit Vollziehung ist oder nicht, ist nämlich auch nach dem inhaltlichen Kontext zu bestimmen.⁴⁴⁾ Daher ist nun zu untersuchen, ob der Zweck der Privilegierung des Gesetzgebers auch eine Privilegierung der Gesetzesvorbereitung erfordert.

C. Warum haftet der Staat nicht für Gesetzgebung?

In der Lehre gibt es unterschiedliche Ansichten dazu, welchen Sinn ein Ausschluss der Haftung für Gesetzgebung haben könnte. Manche der Argumente sprechen dafür, dass die Gesetzgebung als Gesamtfunktion durch die Privilegierung geschützt sein soll; dies würde für die inhaltliche Betrachtung jedes Staatsaktes und damit auch für die Haftungsfreiheit der Gesetzesvorbereitung durch Verwal-

⁴³⁾ So bereits *Ent*, Die Organhaftpflicht 34 und 71 f und *Rill* in Ermacora/Winkler/Koja/Rill/Funk, Allgemeines Verwaltungsrecht 38 ff.

⁴⁴⁾ Vgl *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Staatsrecht II³ Rz 26.013; *B. Raschauer*, Verwaltungsrecht⁵ Rz 23, 40 ff; *Wiederin* in Von Bogdandy/Cassese/Huber, Ius Publicum III Rz 63.

tungsorgane sprechen. Andere Argumente weisen in die Richtung, dass nur die Parlamente als Institutionen von der Amtshaftung ausgenommen sein sollen; dies würde für die Anwendung der Grundregel der organisatorischen Betrachtungsweise sprechen und damit die Ausarbeitung von RV der Amtshaftung unterstellen. Die vorgeschlagenen Begründungen sollen im Folgenden auf ihre Überzeugungskraft geprüft werden.

I. Generell-abstrakte Natur des Gesetzes und Spielraum des Gesetzgebers

Vor allem in Deutschland ist die Ansicht verbreitet, dass sich die Gesetzgebung wegen ihrer generell-abstrakten Natur nicht dazu eignet, dem für individuell-konkrete Vollziehungsakte konzipierten Amtshaftungsrecht unterworfen zu werden.⁴⁵⁾ Vorweg sei angemerkt, dass diese Argumentation im Hinblick auf die österreichische Rechtsordnung auf Schwierigkeiten stößt, die in der Sache schon von *Klecatsky*⁴⁶⁾ angesprochen wurden. Anders als in Deutschland ist nämlich eine uneingeschränkte Amtshaftung für gesetzwidrige VO seit jeher in Lehre und Rsp anerkannt.⁴⁷⁾ VO richten sich aber wie Gesetze an einen generell-abstrakt formulierten Adressatenkreis und werden wegen dieser inhaltlichen Identität auch „Gesetze im materiellen Sinn“ genannt.⁴⁸⁾ Wer nach dem Zweck der Privilegierung des Gesetzgebers im Amtshaftungsrecht sucht, müsste somit darlegen, welche Gründe es sachlich rechtfertigen sollten, dass die Gesetzgebung im Gegensatz zum Erlass von VO haftungsfrei gestellt werden sollte, obwohl es in beiden Fällen um generell-abstrakte Anordnungen geht. Denn nur so ließe sich auch eine unterschiedliche Rechtsfolge erklären. Daher sind die Vorbehalte gegen eine Haftung für generell-abstrakte Normen nun zu präzisieren.

Im Mittelpunkt der Bedenken steht, dass Gesetze gewöhnlich in die Rechte einer Vielzahl von Menschen eingreifen, was zu der Befürchtung führt, dass das potentielle Haftungsausmaß unüberschaubar würde.⁴⁹⁾ Es sind im Wesentlichen zwei Gefahrenszenarien, die dabei in den Blick rücken: Entweder könnten die Fehler des Gesetzgebers den Staat finanziell zu stark belasten, oder die Gesetzgebung müsste, um dies zu vermeiden, wesentlich vorsichtiger und damit ineffizienter durchgeführt werden,⁵⁰⁾ wodurch ihr Handlungsspielraum verringert

würde. Wer dies für überzeugende Argumente hält, müsste auch die Haftung für RV ablehnen, weil auf ihnen die überwiegende Zahl der Gesetze beruht und daher eine Haftung für Fehler der Vollziehungsorgane bei der Gesetzesvorbereitung zu den gleichen Folgen führen könnte.⁵¹⁾ Es wäre somit inhaltlich zu bestimmen, welche Handlungen zur Gesetzgebung zählen.

Den Vertretern dieses Arguments ist wohl bewusst, dass die Gesetzgebung ohnedies bereits erheblichen Einschränkungen unterliegt. Unabhängig vom Bestehen einer Haftung wird ihr Spielraum nämlich bereits durch die Verfassung zwingend abgesteckt, weil verfassungswidrige Gesetze vom VfGH aufzuheben sind. Man könnte daher annehmen, dass es für die rechtliche Bindung des Gesetzgebers an die staatliche Grundordnung keinen Unterschied macht, ob eine Missachtung der Grundrechte und anderer Verfassungsbestimmungen auch schadenersatzrechtlich sanktioniert wird oder nicht.⁵²⁾ Der uneingeschränkte Vorrang des Gesetzes ist durch die Verfassung und die Verfassungsgerichtsbarkeit also bereits abgelöst⁵³⁾ und in der Haftpflicht für fehlerhafte Gesetze könnte man nur eine logische Folge dieses Systemwandels sehen. Auf diese Weise wurde vor allem in Deutschland versucht, die Befürchtungen der Freiheitseinschränkung des Gesetzgebers zu entkräften.⁵⁴⁾

Es ist jedoch zu beachten, dass es sich bei Haftung und Aufhebung um zwei ganz unterschiedliche Rechtsfolgen handelt, wobei die Haftung für die Staatsorgane belastender erscheint. Es ist ein allgemeiner Grundsatz, dass eine Haftung schwerer wiegt als die Pflicht, einen verbotenen Eingriff zu unterlassen oder die unmittelbaren Folgen zu beseitigen. Im allgemeinen Zivilrecht wird dementsprechend betont, dass Schadenersatzansprüche stärker in die Freiheit des Handelnden eingreifen als Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche,⁵⁵⁾ die als bloße Abwehrrechte der Gesetzaufhebung vergleichbar wären. Es ist also grundsätzlich zutreffend, dass zwischen einer bloßen Gesetzaufhebung und einer Haftung auch Unterschiede hinsichtlich der daraus resultierenden Handlungsmotivation bestehen.⁵⁶⁾ Die Vertreter der dargestellten kritischen Position dürften daher befürchten, dass eine schadenersatzrechtliche Sanktionierung gesetzgeberischen Fehlerverhaltens eine übermäßige

⁴⁵⁾ Siehe besonders *Boujong*, Staatshaftung für legislatives und normatives Unrecht, in FS Geiger (1989) 431 (434); *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht⁶ (2013) 106. Aus der österreichischen Lehre siehe *Rebhahn*, Amtshaftung und Normzweck, JBl 1981, 515.

⁴⁶⁾ JBl 1981, 114. Eingehend auch *Karner*, Haftung des Staates 105.

⁴⁷⁾ Siehe *Kaniak*, JBl 1949, 144; *Schragel*, AHG³ Rz 61 ff; *Welser*, Öffentlichrechtliches und Privatrechtliches aus Anlaß einer Amtshaftungsklage, JBl 1975, 225; OGH 1 Ob 38/87 = SZ 60/217; 1 Ob 1/89 = SZ 62/72; 1 Ob 120/09t = RdÜ 2010, 210 (*Kleewein*) uva.

⁴⁸⁾ Siehe *Mayer*, Die Verordnung (1977) 12 f.

⁴⁹⁾ *Rebhahn*, Staatshaftung 44 f.

⁵⁰⁾ Das ist wohl etwa gemeint, wenn *Bender*, Staatshaftung (1972) 181 befürchtet, dass „die Freiheit der Mei-

nungsbildung und Entschließung des Parlaments (...) allzu sehr beeinträchtigt werden könnte“.

⁵¹⁾ Siehe etwa *Schack*, Entschädigung bei legislativem Unrecht?, MDR 1953, 514 (516 f); wohl zumindest auch aus diesem Grund *Rebhahn*, Staatshaftung 45 f.

⁵²⁾ Siehe *Öhlinger* in Aicher, Fehlleistungen 138 f.

⁵³⁾ Siehe *Ossenbühl*, Gesetz und Recht: Die Rechtsquellen, in Isensee/Kirchhoff, Handbuch des Staatsrechts V³ (2007) Rz 34.

⁵⁴⁾ Siehe die Nachweise bei *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht⁶ 105 und *Fetzer*, Die Haftung des Staates für legislatives Unrecht (1994) 45 ff.

⁵⁵⁾ *Koziol*, Grundfragen des Schadenersatzrechts (2010) Rz 2/7 und 2/23.

⁵⁶⁾ Vgl die Untersuchung bei *H.-B. Schäfer*, Schadenersatz für legislatives Unrecht, in Behrens/Eger/Schäfer, Ökonomische Analyse des Europarechts (2012) 47 (60 ff).

Abschreckungswirkung⁵⁷⁾ („overdeterrence“) entfalten und die Legislative faktisch lahmlegen könnte. Diese Gefahr tritt aber nicht nur bei der möglichen Haftung für Gesetzgebung auf, sondern im Schadenersatzrecht ganz allgemein. Eine zu scharfe Haftung droht stets, die Handelnden zur Untätigkeit zu motivieren und sie dadurch selbst von rechtmäßigen oder sogar sozial erwünschten Tätigkeiten abzuhalten.⁵⁸⁾ Wiegt das berechnete Interesse an diesen Handlungen schwerer als möglicherweise drohende Nachteile, sollten sie daher durch das Haftpflichtrecht nicht nahezu unmöglich gemacht werden.⁵⁹⁾ Dies gilt selbstverständlich gerade auch für die Gesetzgebung, die daher ausreichenden Freiraum benötigt.

Dennoch überzeugt die Annahme, der Gesetzgeber sei zur Wahrung dieses Spielraumes privilegiert worden, nicht. Erstens besteht eine vergleichbare Gefahr für den Handlungsspielraum auch für gesetzwidrige Ordnungsgebung. Auch wenn die gesetzlichen Vorgaben für VO in der Regel bestimmter sind als verfassungsrechtliche Vorgaben für Gesetze, bieten etwa VO in der Raumplanung⁶⁰⁾ ein Beispiel für Fälle, in denen es schwierig ist, das Haftungspotential einzuschätzen.⁶¹⁾ Schwerer wiegt allerdings zweitens, dass der Gefahr einer überschießenden Einschränkung der Handlungsfreiheit im Schadenersatzrecht ganz allgemein und damit auch im Amtshaftungsrecht nicht durch einen völligen Ausschluss jeglicher Haftung, sondern durch ein differenziertes System begegnet wird, das nach dem jeweils betroffenen Rechtsgut unterscheidet. Nur eine deliktische Haftung für reine Vermögensschäden kommt zumindest der Grundregel nach nicht in Betracht.⁶²⁾ Die ranghöchsten Güter Leben, Gesundheit und Freiheit hat dagegen grundsätzlich jedermann zu achten, ebenso wie ein wenig schwächere Schutzbereiche wie das Eigentum und manche Persönlichkeitsrechte. Dem berechtigten Interesse anderer an ihrer Handlungsfreiheit wird gegenüber diesen sogenannten absolut geschützten Rechtsgütern allenfalls durch die Festlegung eines weniger strengen Sorgfaltsmaßstabes Rechnung getragen, die Haftung aber nicht von vornherein gänzlich ausgeschlossen. Auch der hoheitlich handelnde Staat hat sie zu respektieren, wie die Kataloge der EMRK und des StGG verdeutlichen, deren Garantien freilich sogar noch zusätzliche Interessenssphären erfassen. Bei der angemessenen und zumutbaren Beachtung höherrangiger Rechtsgüter findet die Handlungsfreiheit eben ihr Ende. Der Gesetzgeber weicht von diesem

Grundsatz zwar manchmal ab und privilegiert bestimmte Schädiger, dies dient in aller Regel aber nicht dem Erhalt der Handlungsfreiheit.⁶³⁾ Anderes gilt allenfalls bei Privilegierungen freiwilliger Tätigkeiten, wie die Beschränkung der Haftung des Wegehalters auf grob schuldhaft verursachte Schäden nach § 1319a ABGB zeigt: Die unentgeltliche Eröffnung eines Weges für die Allgemeinheit wird gleichsam belohnt und damit erleichtert.⁶⁴⁾ Schon dieses Haftungsprivileg wird allerdings für problematisch gehalten, obgleich die Haftung nur für leicht fahrlässige Schädigungen ausgeschlossen ist.⁶⁵⁾ Es wäre aber noch viel weniger einzusehen, dass die Beachtung etwa von Leben, Freiheit oder Eigentum dem Gesetzgeber gänzlich unzumutbar sein sollte und diesem selbst die vorsätzliche Schädigung sogar verfassungsrechtlich geschützter Güter gestattet wäre.⁶⁶⁾ Die Privilegierung kann daher nicht mit dem schadenersatzrechtlichen Grundsatz der Abwägung zwischen Handlungsfreiheit und geschützten Interessen erklärt werden, sondern nur anderen Zwecken dienen.

Eine sachlich fundierte Interessenabwägung wäre daher wie auch sonst nicht durch eine undifferenzierte Privilegierung, sondern durch eine sachgerechte Anpassung des schadenersatzrechtlichen Sorgfaltsmaßstabes zu erreichen, der gerade der Balance der Interessen des Handelnden und des Gefährdeten dient.⁶⁷⁾ Auch der EuGH, der die durch ihn richterrechtlich begründete Staatshaftung auch auf die Fehler von Legislativorganen erstreckt, hat dem Spielraum des Gesetzgebers nur insoweit Rechnung getragen. Im diesbezüglich grundlegenden Urteil *Brasserie du pêcheur*⁶⁸⁾ hat der EuGH die Gefahr der Behinderung legislativer Arbeit durchaus erkannt und fordert daher für eine Haftung einen hinreichend qualifizierten Verstoß gegen Unionsrecht. Hierbei handelt es sich wohl um den mehr oder weniger geglückten Versuch, auf einen angemessenen Sorgfaltsmaßstab abzustellen.⁶⁹⁾ Vergleichbare Bestrebungen finden sich auch in anderen nationalen Rechtsordnungen, die eine

⁵⁷⁾ Vgl F. Bydliński, System und Prinzipien des Privatrechts (1996) 188 f; hinsichtlich der Haftung für reine Vermögensschäden Koziol, Schadenersatz für reine Vermögensschäden, JBl 2004, 273 (274).

⁵⁸⁾ Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts II/2¹³ (1994) 350.

⁵⁹⁾ Siehe Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht I³ (1997) Rz 4/31 ff mit Beispielen.

⁶⁰⁾ Vgl OGH 1 Ob 120/09t = RdU 2010, 210 (Kleewein).

⁶¹⁾ Siehe dazu etwa Schenke, Entschädigungsansprüche bei legislativem Unrecht unter dem Aspekt des Entengleichens Eingriffs, NJW 1988, 857 (859 f).

⁶²⁾ Siehe Koziol, JBl 2004, 274 f.

⁶³⁾ So befreit etwa § 333 ASVG den Dienstgeber von der Haftung für nicht vorsätzliche Körperverletzungen seiner Dienstnehmer, weil dieser bereits deren Unfallversicherung finanziert, siehe Neumayr/Huber in Schwimann/Kodek, ABGB VII⁴ § 333 ASVG Rz 2 mwN. Zum Zweck des DHG und des OrgHG bzw § 3 AHG siehe Kerschner, Dienstnehmerhaftpflichtgesetz² (2004) Einleitung 1 ff; Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht II² (1984) 216.

⁶⁴⁾ Posch, Marginalien zur Wegehaftung, JBl 1977, 281 ff. Vgl auch § 24 Abs 1 VereinsG.

⁶⁵⁾ Koziol, Haftpflichtrecht II² 195 f; Posch, JBl 1977, 281 ff.

⁶⁶⁾ Wer eine fremde Rechtsposition positiv kennt, dem wäre sogar die Berücksichtigung schwächer geschützter Interessen wie etwa Forderungsrechten zumutbar, siehe Koziol, Die Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte (1967) 178 ff.

⁶⁷⁾ Dazu Koziol, Grundfragen Rz 6/39 ff.

⁶⁸⁾ Urteil vom 05.03.1996, Rs C 46/93 Rn 45.

⁶⁹⁾ Vgl Koziol, Staatshaftung für Nichtbeachtung von EU-Recht, in Tichý/Hrádek, Legislatives Unrecht 145 (150 ff); Rebhahn, Staatshaftung 68 ff; siehe auch EuGH 26.03.1996, Rs C 392/93 (British Telecommunications) Rn 43.

Haftung für legislatives Unrecht anerkennen.⁷⁰⁾ Die Gefahr eines überspannten Sorgfaltsmaßstabes ist im Zusammenhang mit legislativem Unrecht also besonders deutlich, aber auch bei den anderen Staatsgewalten zu beachten und der Rsp zum österreichischen Amtshaftungsrecht ist sie daher seit jeher deutlich bewusst. So erkennt der OGH⁷¹⁾ an, dass die Rechtsauslegung „lebendig“ gehalten werden muss und dem rechtsanwendenden Organ keine allzu strengen Fesseln angelegt werden dürfen. Es ist daher davon auszugehen, dass die ordentliche Gerichtsbarkeit auch den Spielraum des Gesetzgebers durch einen angemessenen Sorgfaltsmaßstab ausreichend zu wahren wüsste.

II. Gefährdung des Staatshaushaltes

Für eine Privilegierung der gesamten Gesetzgebungsfunktion könnte man allerdings noch ins Treffen führen, dass auch bei der Anwendung eines angemessenen Sorgfaltsmaßstabes und der sachgemäßen Handhabung der zivilrechtlichen Zurechnungskriterien im Einzelfall vielleicht dennoch Fehler auftreten könnten, die eine wirtschaftlich staatsbeeinträchtigende Haftung heraufbeschwören würden.⁷²⁾ Denn selbst bei dem mildesten Haftungsmaß könnten einmal alle Kontrollstellen versagen. Man könnte also versuchen, das deutliche Abweichen vom allgemeinen System des Schadenersatzrechts mit den ökonomischen Interessen des Staates zu rechtfertigen. Die Diskussionen zur Einführung der Amtshaftung im Nationalrat zeigen allerdings, dass man jedenfalls der Verwaltung grundsätzlich ein sorgfältiges Handeln zutraute und derartige rein finanzielle Argumente daher abgelehnt wurden.⁷³⁾ Es wird im Zweifel auch nicht Zweck eines Gesetzes sein, Gebietskörperschaften und damit die Allgemeinheit in Einzelfällen vor finanziellen Folgen unverantwortlicher Handlungen ihrer Organe zu bewahren und dadurch den Schaden auf die einzelnen Geschädigten, die keine Verantwortung trifft, zu überwälzen. Dabei ist gleichgültig, ob das schädigende Verhalten der Hoheitsverwaltung, der Privatwirtschaftsverwaltung oder eben der Gesetzgebung zuzuordnen ist. Sowohl den Gebietskörperschaften als auch Privaten untereinander wird somit eine prinzipiell uneingeschränkte Haftung zugemutet, gerade wenn sie besonders gefährliche Handlungen ausführen. Es fehlt überdies an überzeugenden Belegen dafür, dass die Gesetzgebung als generell-abstrakte Normsetzung ein höheres Schadenspotential mit sich brächte als ein

anderes Handeln des Staates.⁷⁴⁾ Auch hier ist wiederum darauf hinzuweisen, dass die Haftung für gesetzwidrige VO allgemein anerkannt ist und diese zum Teil ebenso hohe Schäden verursachen können.⁷⁵⁾ Aber selbst wenn ein einzelnes Gesetz mehr Schaden anrichten könnte, wäre in Summe wohl kaum das Schadenspotential der viel zahlreicheren Verwaltungsentscheidungen zu erreichen.

Mit diesbezüglich klaren Bestimmungen könnte der Gesetzgeber freilich dennoch die Entscheidung treffen, seine Haftung im Interesse der Staatsfinanzen einzuschränken oder auszuschließen. Aber selbst wenn er ausdrücklich eine Privilegierung zu diesem Zweck normiert, wäre fraglich, wie weit er dabei gehen dürfte. Der Preis der finanziellen Entlastung oder sogar Verhinderung der Insolvenz ist nämlich die Belastung einer mehr oder weniger großen Gruppe von geschädigten Personen statt der in den Gebietskörperschaften erfassten Allgemeinheit. Solche Versuche müssen den Anforderungen des Gleichheitssatzes standhalten, weil das System des Schadenersatzrechts ein vom Gesetzgeber gewähltes ist, von dem er nur mit entsprechender Begründung abweichen darf.⁷⁶⁾ Bei Behandlung der Frage, inwieweit eine solche Sonderregel wegen ihrer wirtschaftlichen Notwendigkeit gleichheitskonform wäre, sind überdies die Wertungen zu berücksichtigen, die in den liberalen Grundrechten wie Recht auf Leben, Eigentum, persönliche Freiheit zu Tage treten.⁷⁷⁾ Sie verdeutlichen den hohen Stellenwert einzelner Güter im Rechtsschutzsystem und es ist daher anzunehmen, dass eine Einschränkung ihres Schutzes gewichtigere Gründe erfordert, als wenn bloß die Haftpflicht für sonstige Güter durch die Privilegierung ausgeschlossen würde. Für den wirksamen Schutz der grundrechtlich gewährleisteten Interessensbereiche ist also nicht nur ein Recht des Einzelnen auf Aufhebung eingreifender Staatsakte, sondern auch ein gewisses Mindestmaß an Schutz durch das Schadenersatzrecht erforderlich, weil präventive Maßnahmen zur Gewährleistung dieser Interessensbereiche nicht immer ausreichend sind. Die Notwendigkeit ihrer Absicherung durch das Haftpflichtrecht lässt sich auch aus einem Größenschluss ableiten: Die herrschend vertretene Theorie von der „mittelbaren Drittwirkung“⁷⁸⁾ der Grundrechte im Privatrecht

⁷⁰⁾ Siehe dazu unten D.

⁷¹⁾ 1 Ob 10/79 = SZ 52/56 im Anschluss an *Welser*, JBl 1975, 238; ebenso OGH 15.01.1992, 1 Ob 43/91; 1 Ob 233/98s = NZ 2000, 70; 29.01.2010, 1 Ob 255/09w.

⁷²⁾ Vgl *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht⁶ 611 im Hinblick auf die Rsp des EuGH.

⁷³⁾ Dazu heißt es: „Ich glaube nicht, dass die staatsfinanziellen Folgen sehr bedeutend sein werden, denn das hieße, ein Mißtrauensvotum gegen unsere Beamtenschaft auszusprechen“ (StenProt NR V. GP 2105 [*Ludwig*]). Dass der Nationalrat ein entsprechendes Misstrauensvotum gegen sich selbst aussprechen wollte, ist kaum anzunehmen. Siehe auch StenProt NR V. GP 2112; 2289 (*Gschnitzer*); 2288 (*Ludwig*).

⁷⁴⁾ Gerechnet wurde im Zuge der gescheiterten Reform in Deutschland nach Untersuchung der bisher aufgehobenen Gesetze mit einer Million DM jährlich siehe *Fetzer*, Haftung des Staates 43 f mwN.

⁷⁵⁾ Siehe den bei *Rebhahn*, JBl 1991, 186 besprochenen Fall einer Milchpreisverordnung, die im Fall ihrer Gesetzwidrigkeit den Bund einen Milliardenbetrag hätte kosten können.

⁷⁶⁾ Siehe VfSlg 8254/1978; 14801/1997; dazu *Hinteregger*, Grundrechte und Privatrecht, ÖJZ 1999, 741 (747 f) und allgemein zur Gleichheitswidrigkeit von Systemabweichungen *Pöschl*, Gleichheit vor dem Gesetz (2008) 291 ff.

⁷⁷⁾ Zur vergleichbaren Einordnung des strafrechtlichen Güterschutzsystems siehe *Pöschl*, Gleichheit 510 ff.

⁷⁸⁾ Zum Meinungsstand siehe *Schulev-Steindl*, Drittwirkung und Fiskalgeltung, in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, Handbuch der Grundrechte VII/1² (2014) mwN.

fordert, dass der Staat Private vor Verletzungen der grundrechtlichen Interessensbereiche durch andere Private schützt, und zwar gerade auch durch die Gewährung von Schadenersatzansprüchen.⁷⁹⁾ Umso mehr muss der Staat dann aber auch dazu verpflichtet sein, sie vor grundrechtsverletzenden Schädigungen durch eigene Organe entsprechend zu beschützen, gegen die sich Private wegen der staatlichen Übermachtstellung typischerweise schwerer zur Wehr setzen können. Gestützt auf dieses Argument hat Röder⁸⁰⁾ aus den Grundrechten des deutschen Grundgesetzes abgeleitet, dass der Staat sogar für schuldlose Grundrechtsverletzungen seiner Organe Ersatz leisten muss, also für Beeinträchtigung der verfassungsrechtlich geschützten Interessensbereiche wesentlich strenger eintreten muss als Private. Ob es dieser Erfolgshaftung tatsächlich bedarf, kann hier nicht näher untersucht werden.⁸¹⁾ Aus dem Größenschluss wird aber zumindest folgen, dass sich der Staat von der allgemeinen Verschuldenshaftung für die grundrechtlich geschützten Interessensbereiche nur aus gewichtigen Gründen befreien darf. Aber schon unter Privaten wäre ein Ausschluss der Haftung für die Verletzung hochrangiger Güter in der Regel unzulässig,⁸²⁾ was für den Staat somit umso mehr gelten müsste. Daher hat der VfGH⁸³⁾ die finanziell motivierte Privilegierung privatwirtschaftlichen Staatshandelns im Rahmen der Mautstraßenhaltung, die vor allem den Schutz von Leben und Eigentum verringert hätte, unter Zustimmung der Lehre für gleichheitswidrig erklärt. In vergleichba-

rer Weise hat der EGMR⁸⁴⁾ wiederholt entschieden, dass bei der Verletzung von Konventionsrechten durch den Staat innerstaatlich eine Möglichkeit bestehen muss, für erlittene immaterielle Schäden Ersatz zu erhalten, weil es sonst an einem effektiven Rechtsmittel iS des Art 13 EMRK fehlt. Im Hinblick auf die Gesetzgebungsfunktion des Staates könnte man einem solchen Haftungsgebot zwar entgegenhalten, dass der EGMR von den Mitgliedstaaten keine Einführung eines verfassungsgerichtlichen Normkontrollverfahrens verlangen möchte.⁸⁵⁾ Aber abgesehen von der Kritik an dieser Judikatur⁸⁶⁾ ist dies bei bereits bestehendem Normkontrollverfahren wohl kein Argument dagegen, den vom EGMR sonst geforderten innerstaatlichen Haftungsanspruch auch bei Konventionsverletzungen durch den Gesetzgeber für grundsätzlich geboten zu halten. Selbst bei konkreter Befürchtung finanzieller Schwierigkeiten ist ein Ausschluss staatlicher Haftung im Hinblick auf den Gleichheitssatz und die liberalen Grundrechte daher nur zulässig, wenn die Haftung für die Verletzung von Gütern hohen Ranges nicht ausgeschlossen wird.

In weiterem Maße zulässig dürfte hingegen bei übermäßiger finanzieller Belastung ein Ausschluss der Haftung des Staates für reine Vermögeninteressen sein.⁸⁷⁾ Dafür gibt es mehrere Anhaltspunkte: Die mögliche Ungleichbehandlung des betroffenen Teilbereichs berührt keine weiteren grundrechtlich geschützten Interessensbereiche, und eine Haftungsbefreiung für fahrlässige Schädigungen ist auch unter Privaten weitergehend vereinbar als für besonders geschützte Güter. Jüngst wurde gesetzlich die Amtshaftung für Handlungen der FMA gegenüber Dritten ausgeschlossen,⁸⁸⁾ was auch im Hinblick auf den Gleichheitssatz problematisiert wurde. Für ihre Gleichheitskonformität spricht aber immerhin, dass sie im Ergebnis nur durch Unterlassung verursachte reine Vermögensschäden erfasst und eine derartige Einschränkung des Schutzes noch vertretbar erscheint.⁸⁹⁾

Es ist daher festzuhalten, dass die wirtschaftlichen Erwägungen abhängig vom Schutzgut höchstens einen Haftungsausschluss für fahrlässig verursachte Schäden tragen könnten. Der Haftungsausschluss für die Gesetzgebung erfasst hingegen aktive Eingriffe in jedes Schutzgut und dies ginge jedenfalls zu weit. Auch wenn Art 23 B-VG selbst Verfassungsrang zukommt, eignen sich im Hinblick auf den wirksamen Grundrechtsschutz und den

⁷⁹⁾ Siehe *Berka* in Fenyves/Karner/Koziol/Steiner, European Court of Human Rights Rz 3/59 ff.; *G. Wagner* in Münchener Kommentar zum BGB V⁶ (2013) vor § 823 Rz 63 ff. Praktisch relevant wurde dies besonders für den Schutz von Persönlichkeitsrechten, siehe *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, AcP 184 (1984) 202 (229 ff.); *Karner*, Menschenrechte und Schutz der Persönlichkeit im Zivilrecht, ÖJZ 2014, 906 (909 ff.); *Khakzadeh-Leiler*, Die Grundrechte in der Judikatur des Obersten Gerichtshofs (2011) 48 ff.

⁸⁰⁾ Die Haftungsfunktion der Grundrechte (2001) 97 ff.; zum gleichen Ergebnis gelangt die zeitgleiche Untersuchung von *Grzeszick*, Rechte und Ansprüche (2002) 340 ff. Dies wäre das Ergebnis der konsequenten Fortentwicklung der in Deutschland entwickelten Rechtsfiguren des enteignungsähnlichen Eingriffs und des aufopferungsähnlichen Eingriffs. *Berka* in Fenyves/Karner/Koziol/Steiner, European Court of Human Rights Rz 3/50 ff. leitet aus Art 13 EMRK auch für die österreichische Rechtsordnung einen vergleichbaren Anspruch bei Verletzung eines Konventionsrechts ab.

⁸¹⁾ Siehe aber die berechtigte Kritik bei *Rebhahn*, Staatshaftung 209, 225 ff. Auch das jüngere Konzept von *Hartmann* lehnt eine bloß vom Erfolg abhängige Entschädigung ab, siehe Öffentliches Haftungsrecht (2013) 247 ff., 262 f.

⁸²⁾ Siehe *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 18/11 ff. Auch der Gesetzgeber dürfte sie nicht beliebig beschränken, siehe für das deutsche Recht umfassend *Fischinger*, Haftungsbeschränkung im bürgerlichen Recht (2015) 20 ff., 81 ff.

⁸³⁾ VfSlg 14.801/1997; zustimmend *F. Bydlinski*, Verkehrssicherungspflichten des Wegehalters im Bergland, ZVR 1998, 326 (327 f); *Reischauer* in Rummel, ABGB³ § 1319a Rz 13.

⁸⁴⁾ Siehe 10.05.2001, 29392/95 (Z and Others/Vereinigtes Königreich); 10.05.2001, 28945/95 (T.P. und K.M./Vereinigtes Königreich); (GK) 28.01.2014, 35810/09 (O' Keefee). Zur Haftung von Privatpersonen siehe hingegen 07.07.2009, 58447/00 (Zavaloka). Vgl. auch 24.07.2014, 60908/11 ua (Brincat).

⁸⁵⁾ EGMR (PL) 21.02.1986, 8793/79 (James); (GK) 19.10.2005, 32555/96 (Roche); (GK) 07.11.2013, 29381/09 und 32684/09 (Vallianatos).

⁸⁶⁾ Siehe *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ 582 f.

⁸⁷⁾ Siehe *Rebhahn*, Staatshaftung 278 ff.

⁸⁸⁾ § 3 Abs 1 FMABG, geändert durch BGBl I 136/2008.

⁸⁹⁾ So *Bauer*, Einschränkung der Amtshaftung für die FMA, in Lienbacher/Wielinger, Jahrbuch für öffentliches Recht 2009, 223 (241 f); siehe auch bereits *Rebhahn*, Staatshaftung 278 ff.

Gleichheitssatz bedenkliche Gründe im Zweifel wohl kaum für eine teleologische Fundierung des Haftungsausschlusses.

Insgesamt überzeugt die These, dass die Privilegierung der Gesetzgebung den Spielraum des Gesetzgebers und die Staatsfinanzen ganz generell schützen soll, daher nicht. Somit besteht auch nicht die Gefahr, dass dieser Zweck durch die Haftung für RV indirekt vereitelt wird.

III. Politische Natur der Verfassungsgerichtsbarkeit

Es ist allerdings noch ein weiteres Argument dafür denkbar, dass sich Gesetze bereits ihrer Natur nach nicht zur Kontrolle durch das Haftungsrecht eignen. Für eine Amtshaftung wegen verfassungswidriger Gesetzgebung wäre, wie bei VO de lege lata,⁹⁰⁾ eine Aufhebung des betreffenden Gesetzes durch den VfGH notwendig. Dieser wäre im Amtshaftungsverfahren allenfalls gemäß Art 89 Abs 2 B-VG anzurufen. *Rebhahn*⁹¹⁾ gibt zu bedenken, dass das Verfassungsgericht dabei den Verstoß des Gesetzgebers gegen Verfassungsbestimmungen festzustellen hätte. Derartige Verstöße seien wegen ihrer Unbestimmtheit aber schwer zu konkretisieren und die Annahme einer Verfassungswidrigkeit durch ein Gericht bedeute häufig nur, dass dieses politische Fragen anders gewichtet als die Gesetzgebung. Da auch die inhaltliche Rechtswidrigkeit eines Gesetzesentwurfs durch seine Vereinbarkeit mit der Verfassung zu bestimmen wäre, müsste somit auch die Gesetzesvorbereitung von der Privilegierung erfasst sein.

Dagegen ist zunächst einzuwenden, dass der VfGH die Verfassungskonformität von Gesetzen auch sonst prüfen muss und dabei ebenso politische Entscheidungen zu treffen hat. Wie zuvor dargestellt, könnte sich die mit einem aufhebenden Erkenntnis verbundene Haftpflicht zwar stärker auf die Handlungsmotivation des Gesetzgebers auswirken als die bloße Aufhebung alleine. Diese schwerwiegendere Rechtsfolge ist allerdings durch die erforderlichen weiteren Zurechnungselemente des Schadenersatzrechts gerechtfertigt. Zutreffend ist zwar, dass auch die den Amtshaftungsgerichten obliegende Beurteilung der Sorgfaltswidrigkeit bei Verstößen gegen unbestimmte Verfassungsnormen schwierig sein kann und auf der möglicherweise eher politischen Entscheidung des VfGH aufbaut, doch wäre dies kein Grund, gerade die Gesetzgebung zu privilegieren, weil auch andere Staatsakte wegen ihrer Verfassungswidrigkeit durchaus Amtshaftungsansprüche nach sich ziehen können⁹²⁾ und die ordentlichen Gerichte die Haftung der Gebietskörperschaften auch sonst häufig anhand relativ unbestimmter Normen zu beurteilen haben. In diesen Fällen besteht ebenso das Problem, dass die

⁹⁰⁾ HL und Rsp seit *Kaniak*, JBl 1949, 171; siehe *Welser*, JBl 1975, 225 (230 Fn 22); OGH 26.04.1989, 1 Ob 1/89; 26.03.1996, 1 Ob 1043/95; 1 Ob 239/13y = ZVB 2014, 316 (*Oppel*); VfSlg 19.244/2010.

⁹¹⁾ Staatshaftung 44 f.

⁹²⁾ So vertreten *Vrba/Zechner*, AHG 242 f sogar die Ansicht, dass das Amtshaftungsgericht selbst die objektive Verfassungswidrigkeit eines Bescheides festzustellen hat.

Annahme der Sorgfaltswidrigkeit durch ein Gericht oftmals nur bedeutet, dass dieses die Lage politisch oder wirtschaftlich anders einschätzt. Wie auch *Rebhahn* anerkennt, erscheint bei einer Sorgfaltshaftung daher nicht die haftpflichtrechtliche Konkretisierung gerade der Verfassungsnormen besonders problematisch, sondern dass die Gerichte die Sorgfalt der Volksvertreter bestimmen müssten. Darauf ist sogleich einzugehen.

IV. Sonderstellung der Gesetzgebungsorgane

Es konnten somit insgesamt keine überzeugenden Argumente dafür gefunden werden, dass sich die Gesetzgebung schon der Sache nach nicht zur Kontrolle durch das Haftpflichtrecht eignet und Handlungen daher immer dann einem Haftungsprivileg unterliegen sollen, wenn sie inhaltlich der Gesetzgebung zuzuordnen sind. Es bleibt deshalb nur die Annahme übrig, die Gesetzgebung sei nur wegen der besonderen Stellung der an ihr beteiligten Organe privilegiert. Für eine solche Sonderstellung spricht ihre direkte demokratische Legitimation, wegen der das B-VG die Gesetzgebung der Gerichtsbarkeit und der Verwaltung materiell nicht gleich-, sondern überordnet⁹³⁾ und zugleich vor dem Einfluss anderer Organe schützt. Deswegen soll auch die Einschränkung der Amtshaftung auf das Handeln der Vollziehung in Art 23 B-VG und § 1 AHG verhindern, dass ordentliche Gerichte die Sorgfaltswidrigkeit des übergeordneten Parlaments beurteilen und dabei womöglich unerwünschten politischen Einfluss ausüben.⁹⁴⁾ Vor allem aus diesem Gedanken hat sich das international weitverbreitete Dogma der unbedingt zu schützenden „Selbstherrlichkeit des Gesetzgebers“⁹⁵⁾ entwickelt. Die Privilegierung hat damit einen ähnlichen Schutzzweck wie die parlamentarische Immunität (Art 57 f B-VG, Landesverfassungen).⁹⁶⁾ Besonders deutlich wird der starke Schutz der Gesetzgebungsorgane in der Bundesverfassung durch die absolute Immunität für Abstimmungsvorgänge (Art 57 Abs 1 S 1 B-VG). Diese Immunität würde auch ohne Privilegierung des Staates die Abgeordneten persönlich vor Regress- und Organhaftungsansprüchen umfassend schützen. Das österreichische Recht dürfte aber weiterhin der Wertung folgen, dass die Parlamentarier nicht nur persönlich zu schützen sind, sondern auch eine Haftung des Staates für ihre Handlungen ausscheiden muss, weil auch dadurch eine Beeinflussung ihrer Entscheidung möglich wäre. So verstanden hat die

⁹³⁾ Siehe *Funk* in FS Koja 545; *Öhlinger*, Wer oder was ist der Gesetzgeber?, ZfV 2015, 210 (211); von Nachordnung der Vollziehung spricht *Wiederin* in Von Bogdandy/Cruz Villalón/Huber, Ius Publicum Europaeum I (2007) Rz 101.

⁹⁴⁾ So wohl bereits *Kaniak*, JBl 1949, 144; *Öhlinger* in Aicher, Fehlleistungen 139. Auch *Rebhahn*, Staatshaftung 44 f, sieht die Überprüfung gerade der Volksvertreter als bedenklich an.

⁹⁵⁾ Das sind die Worte des deutschen (Weimarer) Reichsgerichts, RGZ 118, 325.

⁹⁶⁾ So auch *Rill* in Ermacora/Winkler/Koja/Rill/Funk, Allgemeines Verwaltungsrecht 39. Vgl schon *Hellbling*, ÖJZ 1949, 366.

Haftungsfreistellung vor allem den Effekt, dass Initiativanträge des Parlaments und Abänderungen einer RV ohne Haftungsbedenken durchgeführt werden können. Es ist noch darauf zurückzukommen, dass selbst dieses Haftungsprivileg in Teilbereichen durch das Europarecht und die EMRK bereits wesentlich eingeschränkt ist. Es bleibt aber wegen des klaren Gesetzestextes im nationalen Recht anzuwenden und ist mit Rücksicht auf den hier vertretenen Gesetzeszweck, die Parlamente als Institutionen zu schützen, auszulegen. Dieser Zweck spricht tatsächlich für ein primär organisatorisches Verständnis der „Vollziehung der Gesetze“.

Es ist somit davon auszugehen, dass eine Privilegierung der Gesetzesvorbereitung durch Verwaltungsorgane für den Schutz der Gesetzgebungsorgane nicht nötig ist. Im Gegensatz zum Parlament ist die Regierung nämlich nicht direkt demokratisch legitimiert, weshalb ihr auch nicht die gleiche Sonderstellung innerhalb der Gewaltenteilung zukommt. Es ist daher auch unstrittig, dass in anderen Angelegenheiten die Handlungen der Regierung und ihrer Minister von den ordentlichen Gerichten auf ihre Sorgfaltswidrigkeit geprüft werden können, so etwa beim Erlass von Bescheiden und VO oder in der Privatwirtschaftsverwaltung. Wenn gegen eine Kontrolle des sorgfaltsgemäßen Handelns der Regierungsorgane durch die ordentliche Gerichtsbarkeit in diesen Fällen keine Bedenken bestehen, sollte dies auch bei legislativer Vorbereitungstätigkeit nicht der Fall sein. Dies spricht im Übrigen auch für eine Haftung für die Vorbereitung von Staatsverträgen, denen Gesetzesrang zukommt.⁹⁷⁾ Man könnte allerdings noch argumentieren, dass durch eine solche Kontrolle zumindest indirekt Einfluss auf die Gesetzgebungsorgane ausgeübt werden könnte, weil der Vorwurf unsorgfältiger Ausarbeitung einer RV zumindest faktisch auch zu einem Vorwurf gegenüber ihrem oft unveränderten Beschluss als Gesetz durch das Parlament führen könnte. Ein solcher Vorwurf hätte aber ohnehin nur ein relativ geringes Gewicht, weil dem Parlament das Sachwissen für eine umfassende Beurteilung der RV verständlicherweise fehlt und es auch gar nicht seine Aufgabe ist, RV umfassend zu kontrollieren und abzuändern.⁹⁸⁾ Bei grundsätzlicheren Fragen bleibt den Parlamentariern hingegen ohnedies die Möglichkeit, durch Initiativantrag oder Abänderung der RV die Gesetzgebung ohne Haftungsbedenken selbst zu steuern. Dass die verbleibende Gefahr indirekter Einflussnahme der Gerichte im Zweifel nicht geeignet ist, eine Haftungsfreiheit auch der Gesetzesvorbereitung argumentativ zu stützen, soll nun aber noch weiter begründet werden.

Zuvor ist jedoch anzumerken, dass sich mit der erarbeiteten Wertung – Schutz lediglich der demokratisch gewählten Organe – auch andere Zweifelsfälle lösen lassen. Handlungen der Gesetzgebungsorgane sind auch dann privilegiert, wenn sie gemäß Art 50–55 B-VG an Verwaltungsaufgaben mitwir-

ken oder ihre Vorsitzenden die Sitzungspolizei im Parlament ausüben; ein Amtshaftungsanspruch besteht in diesen Fällen nicht. Hingegen sind der Rechnungshof und die Volksanwaltschaft nicht direkt gewählt und daher nicht vom Zweck der Privilegierung erfasst, auch wenn sie rein organisatorisch als Hilfsorgane des Nationalrates zur Gesetzgebung gezählt werden. Daher erscheint die von *Adamovich/Funk*⁹⁹⁾ vertretene analoge Anwendung des Amtshaftungsrechts auf diese Institutionen angemessen.¹⁰⁰⁾

D. Die Privilegierung des Gesetzgebers als unsachgemäße Ausnahmeregelung

Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass eine Privilegierung bestimmte Tatbestände aus dem Schadenersatzrechtlichen Güterschutzsystem ausnimmt. Die ausdehnende Interpretation derartiger Ausnahmebestimmungen ist stets besonders vorsichtig vorzunehmen.¹⁰¹⁾ Zwar ist heute allgemein anerkannt, dass Ausnahmeregelungen nicht jedenfalls eng auszulegen sind. Ist eine Ausnahmeregelung allerdings nicht zu rechtfertigen und führt zu einer sachlich nicht begründbaren Verschiedenbehandlung gleichartiger Fälle, so ist sie so eng wie möglich auszulegen und keinesfalls durch Analogie zu erweitern.¹⁰²⁾ Dabei sind ausschließlich finanziell motivierte Privilegierungen besonders problematisch und können ohne ausreichende Begründung sogar gegen den verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz verstoßen. Aber auch für andere möglicherweise unsachgemäße Haftungsprivilegien wird immer wieder zumindest eine einschränkende Auslegung gefordert.¹⁰³⁾ Da gerade die Haftungsfreiheit der Gesetzgebung in jüngerer Zeit verstärkt kritisiert wurde, könnte auch bei ihrer Interpretation eine einschränkende Auslegung geboten sein. Dies würde die hier angenommene Haftung für Gesetzesvorbereitung stützen, weil Zweifelsfälle eher der Vollziehung zuzuordnen wären.¹⁰⁴⁾

Es ist daher der Frage nachzugehen, ob nicht die Immunität der Abgeordneten für einen ausreichenden Schutz der gesetzgeberischen Unabhängigkeit sorgen würde. Dafür spricht, dass sich die Abwägung der Interessen seit 1949 stark verändert hat und die Interessen der von staatlichen Fehlern Betroffenen im Allgemeinen höher gewichtet werden,

⁹⁹⁾ Siehe nun *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Staatsrecht II³ Rz 27.083. In OGH 1 Ob 38/04a = RZ 2004, 258 wurde das Problem wohl übersehen.

¹⁰⁰⁾ AA *Kucsko-Stadlmayer* in Dörr, Staatshaftung 440; *Ziehensack*, Amtshaftungsgesetz (2011) § 1 Rz 449.

¹⁰¹⁾ Siehe *Kerschner/Kehrer* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ (2014) §§ 6, 7 Rz 31; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft⁶ (1991) 355 f.

¹⁰²⁾ *F. Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff² (1991) 440 f unter Berufung auf *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz (1968) 132; *Kramer*, Juristische Methodenlehre⁵ (2016) 104 ff, 224 ff.

¹⁰³⁾ Siehe zu § 333 ASVG *Neumayr/Huber* in Schwimann/Kodek, ABGB VII⁴ § 333 ASVG Rz 8; zu § 1319a ABGB *Posch*, JBl 1977, 289.

¹⁰⁴⁾ Siehe schon zu anderen Zweifelsfällen *Schrägel*, AHG³ Rz 57 aE; *Koziol*, RdW 2011, 459.

⁹⁷⁾ Eine entsprechende Haftung vertritt auch *Öhlinger* in Aicher, Fehlleistungen 13.

⁹⁸⁾ Dazu *Öhlinger*, ZfV 2015, 211 f.

als Befürchtungen einer zu großen Einflussnahme der Justiz. Daher wurde auch ein immer stärkerer gerichtlicher Rechtsschutz gegen Staatshandeln entwickelt. Allgemein werden auch aus den liberalen Grundrechten nicht mehr lediglich Abwehrenden sondern auch positive Gewährleistungspflichten aller Staatsgewalten abgeleitet,¹⁰⁵⁾ und die Rsp der Amtshaftungsgerichte nimmt zumindest auf einfachgesetzlicher Basis Schutzpflichten an.¹⁰⁶⁾ Die Veränderung hat sich aber auch im Verfassungstext niedergeschlagen, der dem Einzelnen gerade auch gegen Gesetze einen stärkeren Rechtsschutz eingeräumt hat. So eröffnete der Verfassungsgesetzgeber 1976 die Möglichkeit eines subsidiären Individualantrages zur Aufhebung verfassungswidriger Gesetze in Art 140 Abs 1 B-VG¹⁰⁷⁾ (nun Abs 1 lit c) und 2015 wurde auch den Parteien eines ordentlichen Gerichtsverfahrens in Art 140 Abs 1 lit d B-VG ein vergleichbares Recht eingeräumt.¹⁰⁸⁾ Ein derart starker Abwehrensanspruch, der keinen Schadenersatz miteinschließt, erscheint allerdings systemwidrig.¹⁰⁹⁾ Schließlich wäre auch eine privatrechtliche Regelung verfehlt, die dem Beeinträchtigten zwar einen Unterlassungs- und einen Beseitigungsanspruch, aber trotz Sorgfaltswidrigkeit und Vorliegen der übrigen Haftungselemente keinen Schadenersatzanspruch gewähren würde.¹¹⁰⁾ Zur Missbilligung des Eingriffs in geschützte Bereiche hat die Rechtsordnung durch die Gewährung des Abwehrenspruchs bereits deutlich Stellung bezogen, und bei Vorliegen der sonstigen Haftungselemente ist in einem solchen Fall auch ein Schadenersatzanspruch zu gewähren. Daran besteht überdies ein praktischer Bedarf, denn es sind neben dem eingangs genannten Beispielfall von zwingenden Dispositionen und immateriellen Schäden wegen eines grundrechtsverletzenden Gesetzes ausreichend Fälle denkbar, in denen die Aufhebung des Gesetzes den Einzelnen nicht vor einem Schaden bewahrt und ein stärkerer Schutz daher entscheidend sein kann.¹¹¹⁾

Aus methodischer Sicht kann die Systemwidrigkeit der Privilegierung des Gesetzgebers nur aus der österreichischen Rechtsordnung abgeleitet werden. Ein Blick auf andere Rechtsordnungen mag aber zumindest zeigen, dass eine Haftungsprivilegierung des Gesetzgebers keineswegs zwingend erscheint, sondern gewichtige Gründe durchaus für eine gegenteilige Lösung sprechen. Denn in nahezu allen europäischen Ländern steht die gleiche Frage im Raum, ob nach der Exekutive und der Judikative nicht auch die Legislative einer Haftung zu unterziehen ist.¹¹²⁾ Besonders breit diskutiert wurde die Haftung für Gesetzgebung in Deutschland, wo ein Teil der Lehre schon lange eine Haftung des Gesetzgebers bei grundgesetzwidrigen Gesetzen allgemein befürwortet.¹¹³⁾ Demgegenüber bejaht die deutsche Rsp eine Haftung nur (aber immerhin) bei Maßnahmegesetzen, die Einzelne individuell betreffen.¹¹⁴⁾

In mehreren europäischen Ländern ist die Rsp aber noch wesentlich weiter gegangen und hat eine allgemeine Haftung für die Gesetzgebung anerkannt. So hat die belgische Cour de cassation im Jahr 2006¹¹⁵⁾ erstmals die Haftung des Staates für die Säumnis des Gesetzgebers, die Dauer von Zivilprozessen gering zu halten, bejaht. Er bestätigte diesen Richtungswechsel 2010, indem er einer Klage gegen verfassungswidrige Steuergesetzgebung stattgab.¹¹⁶⁾ Die belgische Rsp hat sich somit von dem einst so langlebigen Dogma der Gesetzessouveränität binnen kürzester Zeit weitgehend verabschiedet.¹¹⁷⁾ Ebenso hat jüngst ein kroatisches Berufungsgericht infolge einer Obiter-dictum-Entscheidung des Verfassungsgerichts ausgesprochen, dass der Staat für die verfassungswidrige Zurückziehung eines Beleihungsgesetzes den auf ihre Beleihung Vertrauenden für ihre wirtschaftlichen Schäden hafte.¹¹⁸⁾ In Polen hat sogar der Gesetzgeber selbst 2004 eine allgemeine Haftung für legislatives Unrecht eingeführt, wobei dem Haftungspro-

¹⁰⁵⁾ Berka, Die Grundrechte (1999) Rz 99 ff; Grabenwarter/Pabel, EMRK⁶ 157 ff; Holoubek, Grundrechtliche Gewährleistungspflichten (1997) 154 ff; zu den Schutzpflichten 243 ff; Khakzadeh-Leiler, Grundrechte in der Judikatur des OGH 26 ff.

¹⁰⁶⁾ OGH 1 Ob 7/89 = SZ 62/73; 27.02.2001, 1 Ob 282/00b; 1 Ob93/00h = ZVR 2002, 89; 1 Ob 120/09t = RdU 2010, 210 (Kleewein).

¹⁰⁷⁾ BGBl 302/1975.

¹⁰⁸⁾ BGBl I 114/2013.

¹⁰⁹⁾ Vgl Aicher in Aicher, Fehlleistungen 26.

¹¹⁰⁾ Im Amtshaftungsrecht gibt es im Gegenteil Fälle informellen Verwaltungshandelns, gegen das ein Schadenersatzanspruch ohne korrespondierendes Abwehrrecht gewährt wird. Für eine zivilrechtliche Unterlassungsklage tritt in manchen dieser Fälle Cohen, JBl 2014, 228 ff ein. Auch gegen Unterlassungen der Vollziehung besteht nicht immer ein Rechtsmittel.

¹¹¹⁾ Beispielsweise können Personen ohne eigenes Verschulden versäumen, ihren Fall rechtzeitig vor den VfGH zu bringen. In diesem Fall wirkt die Aufhebung für ihren Fall dennoch nicht zurück. Siehe Berka, Verfassungsrecht⁶ (2016) Rz 1106 zum Fall VfSlg 16.389/2001, in dem dies für etwa 6800 von 7000 Zivildienern galt, die daher eine verfassungswidrige Versorgungsregelung gegen sich gelten lassen mussten.

¹¹²⁾ Siehe Dörr in Dörr, Staatshaftung in Europa 9 f: Kategorische Ablehnung außer in Österreich nur noch in Italien, Luxemburg, Tschechien und Ungarn.

¹¹³⁾ Siehe schon Jerusalem, Die Grundrechte des Bonner Grundgesetzes und ihre Durchsetzung in der Rechtsprechung, Süddeutsche JZ 1950, 1 (7); Krückmann, Anmerkung zu RG III 60/27, JW 1928, 646 ff und zu weiteren Befürwortern die Nachweise bei Ossenhühl/Cornils, Staatshaftungsrecht⁶ 104 ff.

¹¹⁴⁾ Etwa BGH III ZR 110/68 = BGHZ 56, 40; III ZR 198/87 = NJW 1988, 101 = VersR 1988, 1046; III ZR 127/91 = NVwZ 1993, 601 = WM 1993, 707; siehe Ossenhühl/Cornils, Staatshaftungsrecht⁶ 106 f mwN zu Lehre und Rsp. Die Frage einer allgemeinen Haftung ließ das BVerfG zuletzt offen: 2 BvR 1526/04 = NVwZ-RR 2007, 266; 2 BvR 2661/06 = NJW 2010, 3422.

¹¹⁵⁾ 28.09.2006, C.02.0570.F. Siehe Durant, Belgium, in Koziol/Steininger, European Tort Law 2006 Rz 62 ff. Siehe auch schon das obiter dictum vom 01.06.2006, C.05.0494.N.

¹¹⁶⁾ 10.09.2010, F.09.0042.N. Siehe Durant, Belgium, in Oliphant/Steininger, European Tort Law 2011 Rz 7 ff.

¹¹⁷⁾ Zur Entwicklung siehe Doyen-Biver/Durviaux/Fisse, La responsabilité des pouvoirs publics II 53 mwN.

¹¹⁸⁾ Berufungsgericht Varaždin, Gž-5818/13-2, siehe Baretić, Croatia, in Karner/Steininger, European Tort Law 2014 Rz 24 ff.

zess zwingend ein Verfahren vor dem Verfassungsgericht voranzugehen hat.¹¹⁹⁾ Der portugiesische Gesetzgeber hat auf ähnliche Weise 2007 eine Haftung für jeden Gesetzgebungsakt eingeführt, der außergewöhnliche Schäden durch die Verletzung der Verfassung verursacht.¹²⁰⁾ Im selben Jahr hat der französische Conseil d'Etat einer Klage auf Haftung wegen eines völkerrechtswidrigen Gesetzes stattgegeben.¹²¹⁾

Einen starken Einfluss auf diese Entwicklungen in den nationalen Rechtsordnungen hat offenkundig die Rsp des EuGH seit *Francovich*¹²²⁾ und *Brasserie du pêcheur*¹²³⁾ ausgeübt. Seit diesen Entscheidungen vertritt der EuGH, dass die Mitgliedsstaaten auch für die Schädigung der Bürger durch unionsrechtswidrige Gesetzgebung haften müssen, wenn die gemeinschaftsrechtliche Norm bezweckt, dem Einzelnen Rechte zu verleihen, der Verstoß hinreichend qualifiziert war und zwischen der Verletzung und dem verursachten Schaden ein unmittelbarer Kausalzusammenhang besteht. Auch wenn die vom EuGH verwendeten Haftungskriterien kritisch zu betrachten sind,¹²⁴⁾ zeigt diese Rsp, dass eine Haftung für legislatives Unrecht durchaus denkbar ist. Wenn eine Haftung für die effektive Durchsetzung der Bindung des Gesetzgebers an Unionsrecht nötig ist, ist dies auch zur Sicherung seiner Bindung an das Verfassungsrecht naheliegender.¹²⁵⁾ *Hartmann*¹²⁶⁾ hat für das deutsche Staatshaftungsrecht jüngst dafür plädiert, den europarechtlichen Staatshaftungsanspruch zu einem einheitlichen Staatshaftungsanspruch zu entwickeln, um die unsachliche Differenzierung zwischen unionsrechtlichen und innerstaatlichen Sachverhalten zu beenden, und möchte dabei auch durch Gesetzgebung verursachte Schäden erfassen. In Griechenland¹²⁷⁾ und Spanien¹²⁸⁾ hat dieser Gedanke der Gleichbehandlung zu einer Wende der Judikatur zum nationalen Staatshaftungsrecht geführt. In Estland wird innerstaatliches legislatives Unrecht

durch ein 2001 geschaffenes Staatshaftungsgesetz sogar nach den gleichen Grundsätzen wie die unionsrechtliche Staatshaftung beurteilt.¹²⁹⁾ In der österreichischen Rechtsordnung besteht eine Haftung hingegen weiterhin nur für unionsrechtswidrige Gesetze, obwohl ein Unterschied in der Sache nicht erkennbar ist.

Die europäische Entwicklung in der Frage nach einer Haftung für die Gesetzgebungsfunktion des Staates zeigt sich auch im Bedeutungswandel des Art 41 EMRK, nach dem der EGMR bei Konventionsverletzungen und ungenügendem Ausgleich in einem Mitgliedsland angemessenen Ersatz zusprechen kann. Die Zuerkennung von Schadenersatz nach dieser Bestimmung sollte ursprünglich erfolgen, weil dem EGMR nicht die Kompetenz zur Aufhebung der nationalen Rechtsakte und damit auch der Gesetze zukommen sollte.¹³⁰⁾ Der EGMR spricht aber nach Art 41 EMRK Opfern von Konventionsverletzungen grundsätzlich vollen Ersatz zu,¹³¹⁾ also etwa Verfahrenskosten, Folgeschäden und immaterielle Schäden,¹³²⁾ und schafft damit im Ergebnis einen stärkeren Rechtsschutz als der VfGH mittels bloßer Aufhebung des Gesetzes. Nach Art 13 EMRK muss für Rechte der EMRK aber auch innerstaatlich ein wirksamer Rechtsbehelf zur Verfügung stehen; durch die Privilegierung des Gesetzgebers ist dies jedoch nicht umfassend gewährleistet.¹³³⁾

Insgesamt ist daher festzuhalten, dass die Haftung Privater untereinander und der Vollziehung, nicht aber der Gesetzgebung, mit der Bewahrung gesetzgeberischer Unabhängigkeit nicht mehr ausreichend rechtfertigbar ist, zumal diese Wertung auch in Österreich wegen des Unionsrechts und der EMRK bereits nur mehr eingeschränkt verwirklicht ist. Die insbesondere bei *Klecatsky*¹³⁴⁾ und jüngst bei *Karner*¹³⁵⁾ geäußerten Bedenken sind daher zutreffend. Gänzlich beseitigen könnte die Schutzlücke der Verfassungsgesetzgeber, indem er Art 23 B-VG abändert. Jedenfalls ist sie aber sachlich verfehlt. Daher sollte besser nicht von einer „Regel von der fehlenden Haftung für legislatives Unrecht“¹³⁶⁾ gesprochen werden, die nicht umgangen werden darf. Den Rechtsanwender sollte die Wertungswidrigkeit der Privilegierung vielmehr umgekehrt dazu bringen, sie bereits de lege lata im Zweifel eng auszulegen. Die hier vertretene Haftpflicht für Gesetzesvorbereitung beruht auf diesem Gedanken.

(Fortsetzung in JBI 2017, Heft 5)

¹¹⁹⁾ Siehe *Bagińska*, Poland, in Oliphant, *The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective* (2016) Rz 49 und 64 ff.

¹²⁰⁾ *Calvão*, Portugal, in Dörr, *Staatshaftung in Europa* 505 (513 ff); *De Mesquita*, Portugal, in Oliphant, *The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective* Rz 45.

¹²¹⁾ CE 8 February 2007, Gardedieu, no 279522, siehe *Fairgriève/Lichère*, France, in Oliphant, *The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective* Rz 58 f.

¹²²⁾ Urteil vom 19.11.1991, Rs C 6/90 und 9/90.

¹²³⁾ Urteil vom 05.03.1996, Rs C 46/93 und 48/93.

¹²⁴⁾ *Koziol* in Tichý/Hrádek, *Legislatives Unrecht* 149 ff.

¹²⁵⁾ Siehe dazu *Karner* in XX. Karlsbader Juristentage 183 ff; *derselbe* in Tichý/Hrádek, *Legislatives Unrecht* 109 ff, *Oliphant*, *Comparative Perspective*, in Oliphant, *The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective* Rz 5.

¹²⁶⁾ *Haftungsrecht* 247 ff, insbesondere 326 ff.

¹²⁷⁾ Siehe *Daraconia*, Greece, in Oliphant, *The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective* Rz 52; *Efstratiou*, Griechenland, in Dörr, *Staatshaftung in Europa* 243 f.

¹²⁸⁾ Siehe *Mir*, Spanien, in Dörr, *Staatshaftung in Europa* 701 (707); *Martin-Casals/Ribot*, Spain, in Oliphant, *The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective* Rz 103 ff.

¹²⁹⁾ Siehe dazu *Schmidt*, Estland, in Dörr, *Staatshaftung in Europa* 159 (164).

¹³⁰⁾ Siehe *E. Steiner* in Fenyves/Karner/Koziol/Steiner, *European Court of Human Rights* Rz 1/11.

¹³¹⁾ Siehe *F. Bydlinski* in Fenyves/Karner/Koziol/Steiner, *European Court of Human Rights* Rz 2/24.

¹³²⁾ Siehe *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ 109 ff.

¹³³⁾ Siehe *Berka* in Fenyves/Karner/Koziol/Steiner, *European Court of Human Rights* Rz 3/50 ff, der allerdings für eine von Sorgfaltswidrigkeit unabhängige Haftung eintritt.

¹³⁴⁾ JBI 1981, 114.

¹³⁵⁾ In Tichý/Hrádek, *Legislatives Unrecht* 186; *derselbe* in XX. Karlsbader Juristentage 112.

¹³⁶⁾ So *Rebhahn*, *Staatshaftung* 46.