

4. Aufrechnung (§§ 387-396)

Der Schuldner kann durch Aufrechnung eine Schuld tilgen (*Befreiung* von einer gegen ihn gerichteten Forderung) und zugleich eine u. U. sonst nicht oder nur schwer beizubringende eigene Forderung durchsetzen (*Befriedigung* durch „private Zwangsvollstreckung“). Es sind zu unterscheiden:

(1) *Aufrechnungslage* als Entstehungstatbestand eines Aufrechnungsrechts (§ 387). Sie setzt voraus:

(a) *Gegenseitigkeit*: Der Schuldner ist zugleich Gläubiger einer bestehenden Forderung gegen seinen Gläubiger. Ausnahmen: §§ 406; 268 II.

(b) *Gleichartigkeit* des Gegenstandes der Forderungen: Aufrechenbar sind deshalb i. d. R. nur Geldforderungen; nicht dagegen z. B. Zahlungs- gegen Schuldbefreiungsanspruch. Nicht erforderlich sind gleiche Höhe (§ 389: „soweit...“), Konnexität (s. § 273 I), Identität des Leistungs- oder Ablieferungsortes (§ 391 I).

(c) *Fälligkeit* (Ausnahme: § 54 KO) und *Einredefreiheit* (§ 390) der zur Aufrechnung gestellten eigenen Forderung.

(d) *Erfüllbarkeit* (s. § 271 II) der gegen den Aufrechnenden gerichteten Forderung.

(2) *Aufrechnungsrecht* als Gestaltungsrecht für die beteiligten Gläubiger. Ferner: §§ 770 II, 1211 BGB; 129 III HGB.

(3) *Aufrechnungserklärung* als Ausübung eines Aufrechnungsrechts (§ 388): Einseitiges, empfangsbedürftiges, bedingungsfeindliches Rechtsgeschäft, das eine *Verfügung* über die zur Aufrechnung gestellte eigene Forderung enthält. Im Rechtsstreit ist Eventualaufrechnung zulässig.

(4) *Vollzogene*, d. h. erklärte *Aufrechnung* (§ 389): Aufrechnungsforderung und Gegenforderung gelten „rückwirkend“ (kein Auflaufenlassen von Verzugszinsen!) als ganz oder zum Teil erloschen. Rechtsvernichtender *Einwand*.

(5) *Ausschluß* oder *Einschränkung* der Aufrechenbarkeit:

(a) vertraglich (§ 391 II): z. B. „effektiv“; „netto Kasse gegen Rechnung oder Verladepapiere“;

(b) gesetzlich: §§ 392-395, vor allem §§ 393; 394 i. V. m. §§ 850 ff ZPO.

Weitere Sonderformen der Schuldbefreiung:

5. *Erlaß* (§ 397 I) ist der Verzicht des Gläubigers durch Vertrag mit dem Schuldner auf eine Forderung (abstrakte Verfügung). Durch einen *Aufhebungsvertrag* (Gegenakt zu § 305) wird dagegen das gesamte Schuldverhältnis i. w. S. für die Zukunft beseitigt.

6. *Negatives Schuldanerkenntnis* mit Erlaßcharakter (§ 397 II), z. B. Ausgleichsquittung im Arbeitsrecht.

7. *Konfusion* (vgl. § 425 II: „Vereinigung der Forderung mit der Schuld“ in einer Person) bewirkt das Erlöschen. Beispiel: Sohn als Schuldner seines Vaters (= Gläubiger) wird dessen Alleinerbe (§ 1922 I).

8. Der *Tod des Schuldners* bewirkt nur bei persönlichen Leistungspflichten deren Erlöschen; sonst § 1967 I.

9. Beachte ferner: Anfechtung, Widerruf, Rücktritt, Eintritt einer auflösenden Bedingung (§ 158 II), Schuldumschaffung (Novation).

Literatur: Lüderitz, in Studienkomm. z. BGB, 1.-3. Buch, 1975, Erläuterungen zu den §§ 362 ff; 269-271; Brox, Allgemeines Schuldrecht, 7. Aufl. 1978, §§ 11, 13-16.

Die Anwendung der Geschäftsführung ohne Auftrag im öffentlichen Recht

Von Wiss. Mitarb. Christoph Gusy, Bochum

I. Grundfragen

Öffentlich-rechtliche Schuldverhältnisse können durch Gesetze oder Verträge begründet werden. Während der öffentlich-rechtliche Vertrag in §§ 54 ff BVwVfG und den einschlägigen Gesetzen der Länder ausführlich geregelt ist und das öffentlich-rechtliche Verwahrungsverhältnis sowie der allgemeine Erstattungsanspruch kaum noch Gegenstand fundamentaler Auseinandersetzungen sind (s. dazu *Wolff/Bachof*, Verwaltungsrecht, 9. Aufl., S. 336 ff), trifft dieser Befund auf die Geschäftsführung ohne Auftrag nicht zu. Die Anwendbarkeit dieses Rechtsinstituts im öffentlichen Recht ist ebenso umstritten wie der Umfang seiner Geltung. Gegenstand gerichtlicher Auseinandersetzungen ist in diesem Rahmen regelmäßig das Recht des Geschäftsführers auf Aufwendungs- und Schadensersatz, also das Innenverhältnis zwischen Geschäftsführer und Geschäftsherrn. Das Außenverhältnis zu Dritten wird durch die Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA) nicht berührt, hier gelten die Regeln des öffentlich-rechtlichen Vertretungsrechts.

Grundsätzlich geht die herrschende Meinung in Rechtsprechung und Literatur weitgehend übereinstimmend davon aus, daß die §§ 677 ff BGB auch im öffentlichen Recht analog oder als Ausdruck eines allgemeinen, dem öffentlichen wie dem Privatrecht zugrunde liegenden Rechtsgedankens angewandt werden kann (s. die Nwe bei *Wollschläger*, GoA im öffentlichen Recht und Ersatzanspruch, 1977, S. 9; *Hoepffner*, Die GoA in der Verwaltung, diss Würzburg 1972, S. 59 ff; dagegen jedoch *Wollschläger*, ebd., S. 95). Dabei werden nach den Beteiligten grundsätzlich vier mögliche Fallkonstellationen der GoA im öffentlichen Recht unterschieden. Sie kann entweder durch eine Stelle öffentlicher Verwaltung für eine andere Stelle öffentlicher Verwaltung oder durch einen Privaten für einen Träger öffentlicher Verwaltung oder durch einen Träger öffentlicher Verwaltung für einen Privaten oder durch einen Privaten für einen Privaten durchgeführt werden (*Wolff/Bachof*, aaO, S. 340).

Zwischen diesen Beteiligten ist allgemein sowohl eine öffentlich-rechtliche wie auch eine privatrechtliche GoA denkbar. Die Abgrenzung dieser Institute war früher umstritten. Während teilweise auf die Rechtsnatur der Handlungen des Geschäftsführers abgestellt wurde, wurde andererseits der Rechtscharakter des Geschäfts, wenn es vom Geschäftsherrn durchgeführt worden wäre, als Maßstab herangezogen (Nwe über den Streitstand bei *Erichsen/Martens* in dies., Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., 1978, S. 255). Die letztere Auffassung hat sich inzwischen weitgehend durchgesetzt. Anknüpfungspunkt der GoA ist das besorgte fremde „Geschäft“, das dem Rechtskreis des Geschäftsherrn entstammt. Ist es dort öffentlich-rechtlicher Natur, so ändert es diese nicht, wenn es durch einen anderen geführt wird. Ist die Berechtigung oder Verpflichtung des Geschäftsherrn öffentlich-rechtlicher Natur, so ist auch die Änderung ihrer Zuordnung oder Wahrnehmung nach den Maßstäben des öffentlichen Rechts zu beurteilen. Würde ein diesbezüglicher Vertrag nach öffentlichem Recht zu beurteilen sein, so ist es auch die GoA. Bei der Wahrnehmung fremder öffentlich-rechtlicher Geschäfte entsteht somit zwischen dem Geschäftsherrn und dem Geschäftsführer ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis. Dementsprechend ist bei der Bestim-

mung der Rechtsnatur einer Geschäftsführung auf den Geschäftsherrn abzustellen und zu untersuchen, welchen Charakter die Tätigkeit gehabt hätte, wenn sie von diesem selbst ausgeführt worden wäre (so jüngstens auch VGH Mannheim, NJW 1977, 1843 f.; *Erichsen/Martens*, aaO; *Menger*, VerWA 1978, 397, 399, beide mwN).

II. Voraussetzungen der Anwendung der GoA im öffentlichen Recht

Die Anwendung der Vorschriften über die GoA im öffentlichen Recht ist unproblematisch, wenn sie durch öffentlich-rechtliche Normen für anwendbar erklärt sind (s. etwa §§ 43 PolGBW, § 32 SOGHe, § 42 SOGNds, § 45 II OBGNW, § 72 PVG Berl.). Andererseits sind sie unanwendbar, wenn das öffentliche Recht selbst Sonderregelungen über die GoA enthält.

S. etwa § 121 BSHG: „Hat jemand in einem Eilfall Hilfe gewährt, die der Träger der Sozialhilfe bei rechtzeitiger Kenntnis nach diesem Gesetz gewährt haben würde, sind ihm auf Antrag die Aufwendungen im gebotenen Umfang zu erstatten, wenn er sie nicht auf grundrechtlicher oder sittlicher Pflicht selbst zu tragen hat“; vgl. auch § 80 BSHG.

Möglichkeiten und Grenzen der Anwendung dieses Instituts über den so konstituierten Rahmen hinaus sind für die einzelnen dargestellten Fallgruppen gesondert zu untersuchen.

1. Die GoA einer Behörde für eine andere Behörde

Die GoA wird zwischen Behörden, insbesondere bei Beteiligung verschiedener Träger öffentlicher Verwaltung, häufig in solchen Fällen angewendet, in denen ein negativer Kompetenzkonflikt besteht, wenn sich also keiner der Beteiligten für eine Maßnahme für zuständig hält. Das ist etwa der Fall, wenn eine staatliche Maßnahme die Zwecke mehrerer Hoheitsträger erfüllt. So war bei der Reparatur einer Ufermauer streitig, ob hierfür die klagende Gemeinde als Träger der Straßenbaulast der Uferstraße oder der beklagte Verband als Gewässerunterhaltungspflichtiger zuständig war (OVG Münster, NJW 1976, 1956). Daneben greift gelegentlich in Eil- oder Notfällen eine unzuständige Stelle in die Kompetenzen des eigentlich zuständigen Verwaltungsträgers über (s. etwa BVerwG, DöV 1973, 490 f: die Bundeswehr half bei einem Lawineneinglück).

Die differenzierte Kompetenzordnung, die die Erfüllung staatlicher Verwaltungsaufgaben unterschiedlichen Stellen zuweist, wirft hier die Frage nach der Kostenerstattungspflicht auf. Grundsätzlich ist zur Kostentragung stets die Instanz verpflichtet, die für die Durchführung der jeweiligen Verwaltungshandlung zuständig ist, sofern gesetzlich nichts anderes bestimmt ist. Das Rückgriffsproblem stellt sich somit, wenn die Kosten tatsächlich bei einer anderen Stelle anfallen. Sofern nicht spezielle öffentlich-rechtliche Normen den Rückgriff auf den eigentlich Verpflichteten regeln (so etwa § 43 III SGB), wird hier häufig die GoA angewandt.

Voraussetzung eines Ersatzanspruchs aus § 683 analog ist dann, daß die Geschäftsbesorgung im Interesse des Geschäftsherrn erfolgte und seinem Willen entsprach. Da alles staatliche Handeln am öffentlichen Interesse orientiert ist, sind bei Staatsorganen beide Merkmale stets gleichzusetzen (*Erichsen/Martens*, aaO, S. 255). Die genannten Voraussetzungen werden im öffentlichen Recht dahin konkretisiert, daß der Beklagte für die Maßnahme abstrakt zuständig war und zu ihrer Durchführung im Einzelfall konkret verpflichtet war. Bestand diese Verpflichtung nicht, so darf der unzuständige Geschäftsführer nicht die Kosten seiner eigenen Fehlentscheidung auf den „Geschäfts-

herrn“ abwälzen (so auch *Wollschläger*, aaO, S 22 f; anders in bestimmten Fällen für das Sozialrecht § 43 II 2 SGB). Stand der eigentlich zuständigen Stelle bezüglich der Maßnahme Ermessen zu, so ist sie nicht zur Kostenerstattung verpflichtet, weil sie zur Ermessensausübung selbst befugt ist und darin nicht von unzuständigen Instanzen „vertreten“ werden kann (*Wollschläger*, aaO, S. 24 f). Jedoch darf auch in solchen Fällen, in denen der zuständige Hoheitsträger seine Pflichten nicht (rechtzeitig) erfüllt, eine andere Stelle nicht ohne weitere Voraussetzungen unter Verstoß gegen die staatliche Kompetenzordnung in deren Zuständigkeiten eingreifen. Die Differenzierung der exekutiven Kompetenzen erfolgt grundsätzlich zu dem Zweck, eine sachgerechte Erfüllung der jeweiligen Verwaltungsaufgaben zu sichern. Darüberhinaus bestehen häufig Kompetenznormen zugleich zum Schutz der Rechte eigenständiger Träger öffentlicher Gewalt, etwa der Zuständigkeiten der Gemeinden oder anderer Hoheitsträger. Diese können nicht beliebig zur Disposition durch fremde „Geschäftsführer“ gestellt werden. Dieser ist daher stets zunächst verpflichtet, die säumige Stelle mit rechtlichen Mitteln, etwa der Aufsicht oder der verwaltungsgerichtlichen Klage, zur Erfüllung ihrer Pflichten anzuhalten. Erst wenn diese Mittel versagen, darf er die fremden Geschäfte selbst führen. Damit reduziert sich die GoA zwischen staatlichen Stellen weitgehend auf eine Notlagenkompetenz der unzuständigen Behörde, soweit diese nicht durch § 3 IV BVwVfG oder die entsprechenden Vorschriften der Länder selbst für zuständig erklärt worden ist. In diesem Fall liegt keine Führung eines „fremden“ Geschäfts mehr vor, ein Erstattungsanspruch aus § 683 BGB analog ist daher ausgeschlossen.

Weitere Anspruchsvoraussetzung ist das Freiwerden des Geschäftsherrn von einer eigenen Pflicht durch die Tätigkeit des Geschäftsführers. Bleibt die zuständige Stelle weiterhin zur Leistung verpflichtet, so kommt ihr die Tätigkeit des Geschäftsführers nicht zugute, ein Ausgleich ist daher ausgeschlossen, weil die Tätigkeit nicht in ihrem Interesse lag. Kann etwa ein Empfänger von Sozialleistungen von mehreren Stellen Leistungen beanspruchen, so kann nicht diejenige Behörde, die ihre Leistung erbringt, diese bei einer anderen liquidieren, die ihrerseits ihre Leistungen noch in vollem Umfang erbringen muß (*Wollschläger*, aaO, S. 23).

2. Die GoA eines Privaten für einen Träger öffentlicher Verwaltung

Die Möglichkeit der GoA eines Privaten für einen Träger öffentlicher Verwaltung ist zwar grundsätzlich anerkannt, dieser Fallgruppe gehören jedoch überdurchschnittlich viele Fälle an, in denen der Ersatzanspruch letztlich abgewiesen wurde. Typische Fälle dieser Kategorie sind Verwendungen Privater auf öffentliche Sachen (so etwa in neuerer Zeit VGH Mannheim, NJW 1977, 1843 f). Die früher häufig auftretenden sozialrechtlichen Rückgriffsfälle sind heute durch öffentlich-rechtliche Spezialgesetze (etwa §§ 121 BSHG, 368 d I 2 iVm 371, 539 I Nr. 3, 9, 765 a RVO, die statt des früheren Schadenersatzanspruchs Versicherungsansprüche des Geschäftsführers begründen) geregelt.

Von besonderer Bedeutung für die Anwendbarkeit der Regelungen über die GoA ist hier die Tatsache, daß der Bürger zu der Geschäftsführung nicht berechtigt sein darf (§ 677 BGB analog). Handelt er aufgrund eines Verwaltungsaktes oder mit Zustimmung der zuständigen Behörde, so ist er zu der Maßnahme berechtigt und kann daher keinen Anspruch aus § 683 BGB analog herleiten (das verkennt VGH Mannheim, NJW 1977, 1843 (Ls 2); dagegen zu Recht *Menger* aaO, S. 401; s. auch *Hurst*,

DVBl 1965, 757, 759). Daneben kann der Bürger auch zu Selbsthilfemaßnahmen beim Ausbleiben von Leistungen, zu denen der Staat ihm gegenüber verpflichtet ist, unter den dafür bestehenden Voraussetzungen berechtigt sein, so daß auch insoweit die GoA unanwendbar ist (*Wollschläger*, aaO, S. 48 f; solche Fälle sind allerdings äußerst selten). Andererseits ist die Okkupation von Hoheitsgewalt gegenüber Dritten durch Private wegen des Gesetzesvorbehalts auch im Innenverhältnis stets unzulässig (*Ericksen/Martens*, aaO, S. 254); die GoA kann sich insoweit nur auf schlicht hoheitliche Tätigkeiten beziehen.

Die staatliche Verwaltungskompetenz begründet zugleich die Pflicht zur Kostentragung; Voraussetzung des Anspruchs aus GoA gegen einen Träger öffentlicher Verwaltung ist daher stets, daß dieser für die durchgeführte Maßnahme abstrakt zuständig war. Daneben muß die Geschäftsführung, um in seinem Interesse zu sein, ihm auch zugute kommen. Das ist stets nur der Fall, wenn der Hoheitsträger zu der im Einzelfall durchgeführten Maßnahme konkret verpflichtet war; bei Ermessensaufgaben entsteht keine Ersatzpflicht (*Klein*, DVBl 1968, 166, 170; *Menger*, aaO, S. 400).

Nicht jede behördliche Handlungspflicht ermächtigt jedoch den Bürger zur eigenen Geschäftsführung, wenn sie nicht (rechtzeitig) erfüllt wird. Soweit diese Pflicht auch im Interesse des einzelnen besteht, hat dieser ein subjektives Recht auf staatliches Tätigwerden, das er mit Hilfe des bestehenden Rechtsschutzsystems, notfalls unter Einschaltung der Verwaltungsgerichte, durchsetzen kann. Zur Selbsthilfe ist er insoweit nicht berechtigt (*Menger* aaO, S. 400 f). Diese ist nur in solchen Fällen zulässig, in denen es auf die rechtsstaatlich grundsätzlich gebotene Einhaltung der staatlichen Kompetenzordnung weniger ankommt als darauf, daß eine Pflicht überhaupt erfüllt wird. Das ist nur dann der Fall, wenn die Wahrnehmung der jeweiligen Aufgabe besonders dringlich ist und durch die Verzögerung infolge einer Einschaltung des Rechtsschutzsystems ein erheblicher Schaden eintreten würde. Nur dieser Fall kann das Abweichen von der Zuständigkeitsordnung rechtfertigen. Das gilt etwa bei der dringlichen Behebung einer Gefahr für Leben, Gesundheit oder wesentliche Eigentumsgegenstände oder bei der Entstehung eines nicht behebbaren Schadens im Falle einer weiteren Verzögerung des Tätigwerdens (*BayVG*, VwRSpr 24, 546; *Hoepffner* aaO, S. 126; *Menger*, aaO, S. 401; *Ericksen/Martens*, aaO; enger *Freund*, JZ 1975, 513, 515, nach dem der Hoheitsträger zur Geschäftsführung außerstande sein muß; dagegen *Wollschläger*, aaO, S. 55 ff, der auch in anderen Fällen zumindest teilweise Ersatz gewähren will).

3. Die GoA eines Trägers öffentlicher Verwaltung für einen Privaten

Die GoA des Staates für den Bürger hat insbesondere in Fällen der sog. „polizeilichen Ersatzvornahme“ Bedeutung erlangt. Sie liegt vor, wenn eine Behörde eine Gefahr beseitigt, zu deren Behebung der Störer verpflichtet gewesen wäre. Hierzu gehören die bekannten Öltankwagenunfälle (s. etwa OVG Münster E 19, 101) ebenso wie ein Fall, in dem sich ein Polizeibeamter bei der Rettung einer Person, die einen Selbstmordversuch begangen hatte, verletzte und daraufhin der Bürger auf Schadensersatz in Anspruch genommen wurde (*BayObLG*, MDR 1968, 920).

Primäres dogmatisches Problem bei der Anwendung der Regelungen über die GoA ist in diesen Fällen, daß für solche staatlichen Maßnahmen, die durch die Vollstreckung einer öffentlich-rechtlichen Pflicht des Bürgers in dessen Rechte eingreifen, eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage bestehen muß. Dementsprechend regeln die Vollstreckungsgesetze detailliert

die Voraussetzungen, unter denen die Staatsorgane berechtigt sind, Pflichten der Bürger selbst oder durch Dritte zu erfüllen. Ist der Staat jedoch zu diesen Maßnahmen berechtigt, so kann von einer Geschäftsführung „ohne Auftrag“ keine Rede sein (*Maurer*, JuS 1971, 561, 563), die Voraussetzungen des § 677 BGB analog liegen in diesen Fällen nicht vor. Dementsprechend ist auch § 683 BGB analog nicht anwendbar. Das bedeutet nicht, daß in diesen Fällen eine Pflicht des Bürgers zur Kostenerstattung des Bürgers nicht besteht, vielmehr begründen hierfür öffentlich-rechtliche Vorschriften regelmäßig seine Ersatzpflicht (s. etwa § 11 II 2 Nr. 7 KostenO zum VwVfGNW). Diese regeln zugleich den Umfang der jeweiligen Leistungspflicht (s. dazu näher *Drews/Wacke/Vogel/Martens*, Gefahrenabwehr I, 1975, S. 314 ff). Für die Anwendung der Vorschriften über die GoA besteht daher insoweit kein Bedürfnis.

Demnach könnten die §§ 677 ff BGB analog nur in solchen Fällen angewandt werden, in denen die Voraussetzungen der öffentlich-rechtlichen Eingriffsermächtigungen nicht vorliegen und daher auch keine spezielle Kostenerstattungspflicht begründet wird. Der Ersatzanspruch aus § 683 BGB analog setzt jedoch voraus, daß die Übernahme der Geschäftsführung dem Interesse des Geschäftsherrn entspricht (§§ 677, 683 BGB analog). Dieses Interesse des Bürgers an der Wahrnehmung seiner Pflichten zur Einhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung kann jedoch nicht beliebig konkretisiert werden, vielmehr muß es in einem freiheitlichen Staat, der dem einzelnen durch die Grundrechte die Chance zur Selbstbestimmung einräumt, stets in Übereinstimmung mit der Verfassung konkretisiert werden. Das hat der Gesetzgeber grundsätzlich mit dem Erlaß der Polizei- oder Ordnungsgesetze getan. Die Exekutive ist ihrerseits nicht befugt, dem Bürger im Bereich des Gesetzesvorbehalts neben der Legislative zusätzliche Pflichten aufzuerlegen. Die Geschäftsführung kann daher mangels anderer gesetzlicher Grundlagen nur im Interesse des Bürgers sein, wenn die Vorschriften über die GoA als ausreichende gesetzliche Grundlage für eingreifende Verwaltungsmaßnahmen angesehen werden können. Dagegen bestehen jedoch erhebliche Bedenken. Der Staat hat durch Ordnungs- und Verwaltungsvollstreckungsgesetze eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage für belastende Maßnahmen gegenüber den Bürgern geschaffen, die Voraussetzungen und Grenzen polizeilicher Eingriffe normieren. Gegen die zusätzliche Heranziehung der Regelungen über die GoA spricht insbesondere der Bestimmtheitsgrundsatz (s. dazu BVerfGE 8, 274, 325; 9, 137, 147; 17, 306, 131 f; 22, 330, 346), der erfordert, daß mögliche staatliche Eingriffe für den Bürger vorhersehbar und meßbar sind. Erfüllt die polizeiliche Generalklausel diese Voraussetzungen infolge einer langjährigen Konkretisierung durch die Rechtsprechung, so sind die Voraussetzungen und der Inhalt der GoA dem privatautonomen Handeln der Bürger untereinander angepaßt und nicht auf die Ermächtigung zu staatlichen Eingriffen in die Rechte der Bürger angelegt. Insbesondere die Ersetzbarkeit der privaten Belange des Geschäftsherrn durch beliebige überwiegende öffentliche Interessen (§ 679 BGB analog) entbehrt jeder inhaltlichen Konkretisierung und verstieße somit gegen den Bestimmtheitsgrundsatz. Zudem würde durch eine Anwendung der §§ 677 ff BGB analog als Ermächtigungsgrundlage die Begrenzung der polizeilichen Zuständigkeiten von der Gefahrenabwehr in Richtung auf die Zuerkennung „wohlfahrtspolizeilicher“ Kompetenzen aufgelöst. Selbst wenn man daher die Regelungen über die GoA als Ermächtigungsgrundlage grundsätzlich anerkennen wollte (so etwa *Klein*, aaO, S. 167), wäre diese zumindest verfassungswidrig. Die Zulässigkeit eingreifender polizeilicher Maßnahmen ist daher in den öffentlich-rechtlichen Spezialgesetzen abschließend geregelt. Handeln die

Staatsorgane darüberhinaus belastend und somit rechtswidrig, so ist ihre Tätigkeit nicht im Interesse des privaten „Geschäftsherrn“; ein Ersatzanspruch aus § 683 BGB analog besteht daher nicht (so i. E. auch *Maurer*, aaO, S. 565; *Erichsen/Martens*, aaO; *Wolff/Bachof*, aaO, S. 340; alle mwN; dagegen aus praktischen Erwägungen *Hurst*, DVBl 1965, 757, 760).

Somit bleibt für die Anwendung der GoA durch die Verwaltung für den Bürger keine Fallgestaltung, in der dieses Rechtsinstitut Relevanz erlangen könnte (so auch *Wollschläger*, aaO, S. 83). Entweder handelt der Staat berechtigt und daher nicht „ohne Auftrag“, oder er handelt rechtswidrig und damit nicht im Interesse des Bürgers.

4. Die GoA eines Privaten für einen Privaten

Die öffentlich-rechtliche GoA eines Privaten für einen Privaten ist sehr umstritten. Teilweise wird angenommen, zumindest der Ausgleichsanspruch gehöre in diesen Fällen stets dem bürgerlichen Recht an (*Wollschläger*, S. 13). Grenzt man demgegenüber die öffentlich-rechtliche von der privatrechtlichen GoA nach den hier dargestellten Maßstäben (o. I) entsprechend dem Rechtscharakter des Geschäfts ab, wenn es der Geschäftsherr durchgeführt hätte, so ist auch die auftraglose Führung öffentlich-rechtlicher Geschäfte eines Privaten durch einen anderen Privaten als öffentlich-rechtliche GoA zu qualifizieren (*Wolff/Bachof*, aaO; *Klein*, aaO, S. 170; *Hoepffner*, aaO, S. 166 f). Das gilt insbesondere dann, wenn ein Bürger ohne Auftrag eine Pflicht eines anderen Bürgers erfüllt, die er nur aufgrund eines öffentlich-rechtlichen Vertrages mit diesem übernehmen könnte (s. etwa § 55 LWGNW; weitere Beispiele bei *Erichsen/Martens*, aaO, S. 234).

Demgegenüber erscheint zweifelhaft, ob auch die auftraglose Zahlung fremder öffentlich-rechtlich geforderter Abgaben oder die Erfüllung von einem anderen obliegenden öffentlich-rechtlich begründeter Schneeräumungspflichten als öffentlich-rechtliche GoA anzusehen ist (dafür *Hoepffner* aaO). Obwohl diese Pflichten durch Normen des öffentlichen Rechts begründet sind, unterfällt dennoch eine Übertragung ihrer Erfüllung durch den verpflichteten Bürger nicht dem öffentlichen Recht, sondern dem Privatrecht. Beauftragt der Hauseigentümer seinen Mieter mit der Schneeräumung oder der Steuerschuldner seine Bank mit der Begleichung seiner Verbindlichkeit, so sind die zwischen diesen entstehenden Rechtsverhältnisse privatrechtlicher Natur. Ausschlaggebend dafür ist die Tatsache, daß hierdurch nicht die spezifisch staatsgerichtete Dimension der öffentlich-rechtlichen Normen berührt wird, sondern die Übertragung der Pflichtenstellung ihrerseits keine spezifischen staatsgerichteten Merkmale aufweist (s. hierzu ausführlich *Gern*, Der Vertrag zwischen Privaten über öffentlich-rechtliche Berechtigungen und Verpflichtungen, 1977, S. 52 f). Sie erfolgt vielmehr kraft der Privatautonomie der Beteiligten. Demnach ist in diesem Bereich auch eine GoA privatrechtlicher Natur.

Eine öffentlich-rechtliche GoA eines Privaten für einen Privaten kann daher nur bei der Übernahme von spezifisch staatlichen Pflichten, die einem Privaten als Beliehener zugewiesen sind, angenommen werden (anders *Klein*, aaO; *Hoepffner*, aaO). Diese GoA entspricht in ihren Voraussetzungen weitgehend dem bürgerlich-rechtlichen Parallelinstitut.

III. Die GoA im System öffentlich-rechtlicher Schuldverhältnisse

Die Darstellung der einzelnen Fallkonstellationen hat gezeigt, daß die Zahl der Fälle, in denen eine öffentlich-rechtliche GoA

vorliegt, gering ist. Die Erstattung von Aufwendungen und Schäden richtet sich im übrigen nach anderen Instituten des öffentlichen Rechts, insbesondere dem öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch (s. dazu ausführlich *Eckart Weber*, Der Erstattungsanspruch, 1970, pass.).

In einer grundlegenden Untersuchung aller bisherigen Urteile zur öffentlich-rechtlichen GoA ist *Wollschläger* zu der Erkenntnis gelangt, alle Fälle, in denen die Gerichte zu Recht einen Anspruch aus § 683 BGB analog bejaht haben, seien mit Hilfe des öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruchs besser lösbar gewesen. Der Erstattungsanspruch umfasse im öffentlichen Recht zugleich alle Fälle der GoA (aaO, S. 95), diese sei daher heute durch den Erstattungsanspruch verdrängt, es gebe sie nicht mehr (aaO, S. 94). Tatsächlich weist diese Lösung einige Vorteile auf. Bei Behörden als Geschäftsführer ist häufig nicht feststellbar, ob der jeweilige Beamte mit Fremdgeschäftsführungswillen gehandelt hat oder nicht; ob also eine Geschäftsführung für einen fremden Geschäftsherrn vorliegt, ist oft nicht feststellbar (s. etwa die umstrittenen Fälle BayObLG MDR 1968, 920; BGH, DöV 1978, 688; dagegen zu Recht *Püttner*, DöV 1978, 690). Der Erstattungsanspruch erlaubte in dieser Hinsicht exaktere Lösungen ohne die Notwendigkeit der Ermittlung eines selten vorhandenen bestimmten Willens ausschließlich aufgrund der objektiven Fremdheit der Kostentrugspflicht (*Wollschläger*, aaO, S. 38). Daneben ist infolge des Zusammenfallens von Interesse und Wille bei Hoheitsträgern als Geschäftsherr diese Differenzierung im Tatbestand überflüssig und somit entbehrlich (*Wollschläger*, aaO, S. 39; darin liegt ein wesentlicher Unterschied zur GoA im bürgerlichen Recht). Auch die Höhe des Anspruchs ist bei Zugrundelegung des Erstattungsanspruchs als Rechtsgrundlage einfacher zu ermitteln als aufgrund der wenig konkreten Regelungen der GoA. Der Zweck der GoA, unrechtmäßige Vermögenslagen zu kompensieren (*Wollschläger*, aaO, S. 12 mwN) und nicht etwa „Menschenhilfe“ zu privilegieren (so aber *Hoepffner*, aaO, S. 20 ff, 76 ff mwN), erfordert, daß der Geschäftsherr durch die Erstattungspflicht nicht schlechter gestellt wird, als wenn er das Geschäft selbst geführt hätte. Die bei ihm hypothetisch angefallenen Kosten begrenzen somit zugleich die Höhe des Ersatzanspruchs (s. dazu *Wollschläger*, aaO, S. 25 f, 53 f). Diese Beschränkung wäre unter Zugrundelegung des Erstattungsanspruchs, der nur einen Anspruch in Höhe der ersparten Aufwendungen des Verpflichteten gewährt, auf einfachere Weise zu erreichen.

Gegen diese Einwände gegen die Anwendung der GoA im öffentlichen Recht sind jedoch insofern Bedenken angebracht, als die Aufgabe des Rechts darin besteht, Normen vorzuhalten, die künftige Rechtsprobleme lösen. Der Hinweis auf die bislang geringe Relevanz der öffentlich-rechtlichen GoA beweist keineswegs, daß in der Zukunft die Bedeutung dieses Instituts nicht steigen könnte. Insofern sind gegenüber der Methode *Wollschlägers* Bedenken zu erheben. Der öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch ist zudem wenig konkretisiert und von der GoA kaum abgegrenzt (Ansätze dazu bei *Weber*, aaO). Ob bei einem allgemeinen Rückgriff auf dieses Institut stets dogmatisch überzeugendere Ergebnisse erzielt werden können, als sie die GoA im öffentlichen Recht bietet, ist daher noch keineswegs gesichert. Die Aufgabe des verwaltungsrechtlichen Erstattungs- und Entschädigungsrechts besteht in der Strukturierung des allgemeinen Erstattungsanspruchs einerseits und seiner Abgrenzung zu anderen öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnissen andererseits (ähnlich *Püttner*, aaO; s. auch *Menger*, aaO, S. 402 f). Erst dann kann geklärt werden, ob der GoA im öffentlichen Recht noch ein Anwendungsbereich verbleibt. Bis dahin ist ihre völlige Verabschiedung verfrüht.