

Bernd Rohlfing

# Amtshaftung

Drittbezogenheit – Verschulden  
Kausalität – Haftungsbeschränkungen  
Schaden – Rückgriff



Universitätsdrucke Göttingen



Bernd Rohlfing  
Amtshaftung

Dieses Werk ist lizenziert unter einer  
[Creative Commons  
Namensnennung - Weitergabe unter gleichen Bedingungen  
4.0 International Lizenz](https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/).



erschieden in der Reihe der Universitätsdrucke  
im Universitätsverlag Göttingen 2015

---

Bernd Rohlfig

# Amtshaftung

Drittbezogenheit – Verschulden  
Kausalität – Haftungsbeschränkungen  
Schaden – Rückgriff

Dogmatische Untersuchung  
zu ausgewählten  
Anspruchsvoraussetzungen und  
Rechtsfolgen im Amtshaftungsrecht



Universitätsverlag Göttingen  
2015

## Bibliographische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

### *Anschrift des Autors*

Prof. Dr. Bernd Rohlfing  
Große Breite 1  
37077 Göttingen  
E-Mail: [rohlfing@rpfo.de](mailto:rohlfing@rpfo.de)

Dieses Buch ist auch als freie Onlineversion über die Homepage des Verlags sowie über den Göttinger Universitätskatalog (GUK) bei der Niedersächsischen Staats- und Universitätsbibliothek Göttingen (<http://www.sub.uni-goettingen.de>) erreichbar. Es gelten die Lizenzbestimmungen der Onlineversion.

Satz und Layout: Franziska Pannach  
Umschlaggestaltung: Jutta Pabst

© 2015 Universitätsverlag Göttingen  
<http://univerlag.uni-goettingen.de>  
ISBN: 978-3-86395-218-1

## Vorwort

„Das Wort „Amtshaftung“, das auch diesem Buche den Namen gibt, gehört zu jenem auf stillschweigender Vereinbarung beruhenden Wortbildungen, von denen jedermann weiß, was mit ihnen gemeint ist, von denen sich aber selten jemand eine klare Vorstellung macht, was sie wirklich bedeuten.“

Dieses Zitat von Kayser/Leiß (Die Amtshaftung bei Ausübung öffentlicher Gewalt, 2. Aufl. München/Berlin 1958, S. 20) hat auch rund 57 Jahre später nicht an Aktualität eingebüßt; auch heute noch wird der Begriff „Amtshaftung“ verwendet, ohne dass dieser Terminus hinterfragt wird. Obschon es keiner besonderen Erwähnung bedarf, dass nicht etwa das „Amt“ haftet, sondern die hinter dem jeweiligen Amtswalter stehende Anstellungskörperschaft, so sind einzelne Tatbestandsmerkmale des Amtshaftungsanspruchs gem. § 839 Abs. 1 BGB i. V. m. Art. 34 S. 1 GG facettenreich und schillernd. Bekanntermaßen sind Versuche, das Amtshaftungs- bzw. Staatshaftungsrecht durch ein neu konstituiertes Staatshaftungsgesetz zu ordnen, durch Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 19.10.1982 unter Hinweis auf die fehlende Gesetzgebungskompetenz des Bundes zunichte gemacht worden. Obschon dann durch Gesetz vom 27.10.1994 die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz für die Staatshaftung dem Bund in Art. 74 Abs. 1 Ziff. 25 GG eingeräumt worden ist und der Bund ein neues Staatshaftungsgesetz erlassen könnte, ist seither nichts weiter passiert. Nach wie vor knüp-

fen daher Haftungsansprüche für schuldhaft begangene Verletzungen von drittgerichteten Amtspflichten an § 839 Abs. 1 i. V. m. Art. 34 S. 1 GG an.

Die vorliegende Arbeit knüpft an einzelne ausgewählte Tatbestandsmerkmale des Amtshaftungsanspruchs an, unterzieht diese Merkmale einer gesonderten Untersuchung, wendet sich in diesem Zusammenhang auch einigen von der Rechtsprechung aufgestellten Argumentationsfiguren zu und hinterfragt diese. Darüber hinaus werden in der vorliegenden Untersuchung auch die Rechtsfolgen des Amtshaftungsanspruchs und einzelne Schadensdeterminanten näher betrachtet. Von seiner Zielsetzung her erhebt die vorliegende Arbeit keinen Anspruch darauf, die gesamten Fragestellungen bei dem Amtshaftungsanspruch abzubilden; mithin kann und will die vorliegende Arbeit keine Kommentierung darstellen. Vielmehr soll eine kritische Beleuchtung und Hinterfragung von einzelnen Tatbestandsmerkmalen und den Rechtsfolgen vorgenommen werden.

Ich widme dieses Buch meiner lieben Ehefrau Nicole, die erneut Verständnis dafür aufgebracht hat, dass ich häufiger am Schreibtisch gesessen habe als z.B im Garten; dafür danke ich ihr zutiefst.

Ein sehr großer Dank für die schreibtechnische Erstellung dieser Arbeit gebührt Melanie Schneider und Susanne Lange, die mir stets hilfreich zur Seite gestanden haben und verantwortlich dafür sind, dass dieses Buch so schnell entstehen konnte.

Die Arbeit spiegelt den Stand der Rechtsprechung und Literatur bis zum 31.03.2015 wider.

Kritik, Anregung, Wünsche etc. sind ausdrücklich erwünscht/erbeten. Den Autor erreichen Sie unter der Anschrift Große Breite 1, 37077 Göttingen bzw. unter [info@rpfo.de](mailto:info@rpfo.de).

Göttingen, im April 2015



# Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung.....	23
B. Gang der Untersuchung .....	27
<b>Erster Teil: Die Grundlagen.....</b>	<b>29</b>
<b>1. Kapitel: Die historische Entwicklung der Amtshaftung .....</b>	<b>29</b>
A. Die Situation der Amtshaftung vor 1900.....	30
B. Die Situation der Amtshaftung nach dem 01.01.1900 bis zum Erlass des Grundgesetzes.....	34
C. Die Situation der Amtshaftung nach dem Erlass des Grundgesetzes ....	36
<b>2. Kapitel: Begriff und systematische Stellung der Amtshaftung .....</b>	<b>39</b>
A. Zur Terminologie der „Amtshaftung“ .....	39
B. Die Wechselwirkung zwischen § 839 BGB und Art. 34 S. 1 GG.....	41
I. Die historische Auffassung von der mittelbaren (unechten) Haftung..	41
II. Die Auffassung über die Unmittelbarkeit der Haftung.....	42
III. Stellungnahme .....	42
C. Die systematische Einordnung der Amtshaftung zwischen Primärrechtsschutz und Deliktshaftung .....	44

<b>Zweiter Teil: Drittschadensliquidation und Drittbezogenheit</b> .....	47
<b>3. Kapitel: Einführende Anmerkungen und Fallbeispiele</b> .....	47
A. Einleitung.....	47
B. Ausgewählte Fallbeispiele aus der Rechtsprechung.....	53
I. Amtshaftung und Drittbezogenheit.....	53
1. Die Tagesbruch-Entscheidung.....	53
2. Medizinische Prüfungsfragen-Entscheidung.....	56
3. Mülheim-Kärlich-Entscheidung.....	59
4. Bauvorbescheid-Entscheidung.....	68
5. Stützmauer-Entscheidung.....	70
II. Amtshaftung und Drittschadensliquidation.....	73
1. Die Zivildienstleistenden-Entscheidung.....	73
2. Treuhandverstoß-Entscheidung.....	74
C. Vorgehensweise.....	76
<b>4. Kapitel: Die Amtspflicht: Struktur – Inhalt – Systematik</b> .....	77
A. Der Begriff der Amtspflicht.....	78
I. Die Auffassung von der mittelbaren Staatshaftung.....	79
II. Die Auffassung von der unmittelbaren Staatshaftung.....	81
B. Amtspflichtwidrigkeit und Rechtswidrigkeit.....	85
C. Ursprung und Grundlagen der Amtspflicht.....	89
I. Verfassung/Gesetz/Verordnung.....	89
II. Verwaltungsvorschriften/Rund- bzw. Rahmenerlasse/ Dienstanweisung.....	90
III. Nichtreglementierte Grundlagen von Amtspflichten.....	91
1. Beamter als „Helfer des Staatsbürgers“.....	91
2. Pflichtenübernahme.....	91
3. Rechtsnatur der wahrzunehmenden Aufgabe.....	92
4. Sonderfall: Öffentlich-rechtlicher Vertrag.....	92
D. Inhalt von Amtspflichten.....	93
I. Allgemeines.....	93
II. Fallgruppen der Amtspflichten.....	93
1. Amtspflicht zu rechtmäßigem Verhalten.....	93
a. Prüfungs- und Normverwerfungskompetenz der Verwaltung....	93
b. Unterlassen von unerlaubten Handlungen.....	95
c. Verbot, rechtswidrige Rechtsakte zu erlassen.....	96
d. Amtspflicht zu zuständigkeits- und verfahrensgemäßigem Verhalten.....	96
e. Amtspflicht zur Erforschung des Sachverhalts.....	97
f. Amtspflicht zu verhältnismäßigem Handeln.....	97
g. Amtspflicht zu fehlerfreier Ermessensausübung.....	98

2. Amtspflicht zu rascher Verwaltungsentscheidung .....	98
3. Amtspflicht zu konsequentem Verhalten und Amtspflicht, keine ungesicherten Vertrauenstatbestände zu schaffen .....	100
4. Amtspflicht zur Erteilung ordnungsgemäßer Auskünfte .....	101
a. Wesen der Auskunft als Verlässlichkeitsgrundlage.....	102
aa. Auskunft als Reaktion auf eine Frage .....	103
bb. Ungefragt erteilte Auskunft als Aufklärungs-, Belehrungs- oder Beistandspflicht.....	104
cc. Auskunft in schriftlicher oder mündlicher Form.....	105
dd. Zusicherung als stärkste Form der Auskunft.....	106
b. Beweislast.....	106
5. Amtspflicht zur Fehlerbehebung .....	107
6. Amtspflicht zu rechtzeitiger behördlicher Warnung.....	107
7. Gehorsamspflicht und Pflicht zur Beachtung der höchstrichterlichen Rechtsprechung .....	109
<b>5. Kapitel: Die Drittbezogenheit von Amtspflichten.....</b>	<b>110</b>
A. Die ratio des Merkmals der Drittbezogenheit.....	110
B. Allgemeine Anforderungen an die Drittbezogenheit.....	114
I. Die Entwicklung der „Drittbezogenheit“ in der Rechtsprechung des Reichsgerichts.....	115
II. Die Entwicklung der „Drittbezogenheit“ in der Rechtsprechung des BGH bis zur Wohnraumbewirtschaftungs-Entscheidung (BGHZ 56, 40) .....	129
III. Systematik der Drittbezogenheit.....	132
1. Der personelle Schutzbereich (geschützter Personenkreis).....	133
a. Verletzung absolut wirkender Amtspflichten.....	134
b. Verletzung relativ wirkender Amtspflichten .....	136
c. Der Erlass eines rechtswidrigen belastenden Verwaltungsakts oder die rechtswidrige Versagung/Verzögerung eines begünstigenden Verwaltungsakts.....	137
aa. Grundsatz: Analogie zu § 42 Abs. 2 VwGO .....	137
bb. Ausnahmefallgruppen.....	139
(1) Eigentumsübertragungs- und Bebauungsanspruch .....	139
(2) Tatsächliche Interessenträgerschaft .....	141
(3) Alleingesellschafter als wirtschaftlicher und rechtlicher Baubewerber .....	142
cc. Erfordernisse zur Erlangung der Rechtsstellung eines „Dritten“ .....	143
d. Der Erlass eines begünstigenden, rechtsgewährenden VA .....	144
aa. Allgemeines .....	144
bb. Schutzwürdigkeit des Vertrauens.....	145

e. Grad der Drittbetroffenheit als Indiz für die Drittbezogenheit? .....	147
f. Arbeitsteiliges Zusammenwirken von Fachbehörden .....	148
g. Drittbezogenheit bei juristischen Personen des öffentlichen Rechts .....	150
aa. Allgemeines .....	150
bb. Die Bedeutung von Art. 104 a Abs. 5 GG .....	152
h. Obliegenheit gegenüber einem Dritten .....	153
i. Ausdehnung des Schutzbereichs durch Abschluss von Verträgen des Dritten mit Vertragspartnern? .....	154
j. Unmittelbare Beteiligung am Amtsgeschäft sowie Rechtsanspruch auf die Amtshandlung .....	154
2. Der sachliche Schutzbereich (geschütztes Rechtsgut) .....	154
a. Das Schutzzweck-Kriterium .....	155
b. Das Vertrauensschutz-Kriterium .....	158
aa. Allgemeines .....	158
bb. Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Ableitungen des Vertrauensschutzgrundsatzes .....	159
(1) Verfassungsrecht .....	159
(2) Verwaltungsrecht .....	161
cc. Voraussetzung für die Inanspruchnahme von Vertrauensschutz .....	162
(1) Setzen eines Vertrauenstatbestandes .....	162
(2) Vertrauensbetätigung .....	162
(3) Schutzwürdigkeit des Vertrauens .....	163
dd. Reichweite und Einschränkung des Vertrauensschutzes ...	163
(1) § 48 VwVfG als Orientierungsgröße .....	163
(2) Mitwirkendes Verschulden (§ 254 BGB) .....	164
(3) Vertrauensschutz und Drittanfechtung .....	164
(4) Beispiele in der Rechtsprechung für fehlenden Vertrauensschutz .....	165
(5) Beispiele in der Rechtsprechung für vorhandenen Vertrauensschutz .....	167
3. Sonderfälle der Drittbezogenheit .....	168
a. Verwaltungskooperation durch Einschaltung von Fachbehörden .....	168
aa. Nichtbindende Mitwirkungshandlung .....	169
bb. Bindende Mitwirkungshandlung .....	169
b. Legislatives/normatives Unrecht .....	171
aa. Grundsatz: Wahrnehmung von Aufgaben der Allgemeinheit .....	171
bb. Maßnahme-/Einzelfallgesetze .....	172
cc. Rechtsverordnungen .....	173

dd. Verwaltungsvorschriften, Richtlinie, Erlasse .....	173
c. Drittbezogenheit staatsanwaltschaftlicher Pflichten .....	173
4. Zwischenergebnis .....	174
<b>6. Kapitel: Die Schadensliquidation im Drittinteresse</b>	
<b>(Drittschadensliquidation)</b> .....	176
A. Allgemeine Grundsätze .....	176
I. Die Begründung und relative Wirkung von Schuldverhältnissen .....	176
1. Rechtsbegründung.....	176
2. Relativität bei Schuldverhältnissen und Dogma des Gläubigerinteresses .....	176
II. Die Durchbrechung des Relativitätsprinzips .....	177
B. Die Drittschadensliquidation als Ausnahme des Grundsatzes vom Gläubigerinteresse .....	178
I. Anwendungsvoraussetzungen .....	179
1. Anspruchsteller ohne Schaden .....	179
2. Geschädigter ohne Anspruch.....	179
3. Kriterium der zufälligen Schadensverlagerung .....	179
II. Rechtsfolge .....	180
III. Fallgruppen der Drittschadensliquidation .....	181
1. Mittelbare Stellvertretung .....	181
2. Obhut für fremde Sachen .....	182
3. Obligatorische Gefahrentlastung .....	183
4. Treuhandverhältnis.....	183
5. Weitere Fallgruppen.....	184
IV. Unterscheidung zum Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte .....	185
V. Vereinbarung.....	186
VI. Zwischenergebnis .....	187
<b>7. Kapitel: Die Drittschadensliquidation im Rahmen der</b>	
<b>Drittbezogenheit von Amtspflichten</b> .....	188
A. Analyse der dogmatischen Ist-Situation bei der Drittbezogenheit .....	189
I. Zwecke, Ziele und Funktionen des Tatbestandsmerkmals der Drittbezogenheit .....	189
II. Grundlage der „inneren Rechtfertigung“ der Drittbezogenheit für die Drittschadensliquidation.....	192
B. Dogmatische Kompatibilität zwischen Drittschadensliquidation und Drittbezogenheit .....	193
I. Anwendbarkeit der Grundsätze der Drittschadensliquidation im öffentlichen Recht.....	193

II. Vergleich der Strukturen des Telos bei Drittbezogenheit und Drittschadensliquidation.....	194
III. Darstellung der relevanten Fallgruppen.....	195
1. Notarhaftung.....	195
2. Drittschadensliquidation auf der Grundlage beamtenrechtlicher Grundsätze .....	197
a. Anwendung der Drittschadensliquidation bei Eigenhaftung des Beamten .....	197
b. Haftung des Dienstherrn.....	199
3. Bundesfreiwilligendienst- bzw. Zivildienstrecht.....	200
4. Fälle mit bauplanungsrechtlichem Hintergrund .....	202
5. Analyse .....	202
IV. Zwischenergebnis .....	204
<b>8. Kapitel: Kritische Reflexionen zum Tatbestandsmerkmal     der Drittbezogenheit .....</b>	<b>204</b>
 <b>Dritter Teil: Das Verschulden als tatbestandliche Voraussetzung des     Amtshaftungsanspruchs .....</b>	<b>207</b>
<b>9. Kapitel: Das Verschuldensprinzip in der Amtshaftung.....</b>	<b>207</b>
A. Feststellungen de lege lata: Verschulden als Konsequenz der personalistischen Konstruktion der Amtshaftung.....	207
B. Überlegungen de lege ferenda: Von der Verschuldens- (Amts-)haftung zur Staats-(unrechts-)haftung .....	208
<b>10. Kapitel: Die Bezugspunkte für das Verschulden.....</b>	<b>211</b>
A. Amtspflichtverletzung als Bezugspunkt.....	211
B. Der Amtswalter als Bezugspunkt .....	212
<b>11. Kapitel: Vorsatz und Fahrlässigkeit als Schuldformen     im Amtshaftungsrecht .....</b>	<b>213</b>
A. Relevanz der Unterscheidung von Vorsatz und Fahrlässigkeit.....	213
B. Verschuldensform: Vorsatz.....	215
I. Begriff .....	215
II. Tatsachen-/Rechtsirrtum.....	217
1. Nicht erheblicher Irrtum .....	217
2. Erheblicher Irrtum.....	218
3. Rechtsfolge eines erheblichen Irrtums .....	218
C. Verschuldensform: Fahrlässigkeit .....	219
I. Objektivierung des Sorgfaltsmaßstabes durch Entindividualisierung (Anonymisierung).....	219
II. Ausgewählte Fallgruppen fahrlässigen Handelns .....	220

---

1. Fehlerhafte („unrichtige“) Rechtsanwendung durch die Exekutive .....	220
a. Allgemeines .....	220
b. Die (Un-)Vertretbarkeit amtswalterischen Handelns .....	226
c. Faktische Bindung an die höchstrichterliche Rechtsprechung? .....	227
d. Normverwerfungskompetenz der Verwaltung bei entgegenstehendem kommunalem Satzungsrecht? .....	229
aa. Allgemeines .....	229
bb. Amtspflicht zur Normprüfung als Ausgestaltung der Amtspflicht zu rechtmäßigem Verhalten .....	230
cc. Inzidente Normverwerfungskompetenz von Verwaltungsbehörden .....	231
dd. Entwicklung der amtshaftungsrechtlichen Rechtsprechung zur pflichtgemäßen Vorgehensweise bei nichtigen kommunalen Satzungen .....	232
ee. Schlussfolgerung .....	234
e. Unwirksamkeit von öffentlich-rechtlichen Verträgen .....	235
2. Fehlerhafte („unrichtige“) Rechtsanwendung durch die Judikative .....	236
a. Richterliche Tätigkeit .....	236
b. Rechtspflegerische Tätigkeit .....	238
3. Sorgfaltsmaßstab für Mitglieder kommunaler Selbstverwaltungs- Körperschaften .....	238
4. Sorgfaltsmaßstab für Mitglieder berufsständischer Einrichtungen .....	239
5. Vertretbarkeit im Rahmen des Maßregelvollzuges .....	240
6. Handeln des Amtswalters auf Weisung/Anordnung .....	241
7. Organisationsverschulden .....	241
a. Unzureichende Gerichts- bzw. Behördenausstattung .....	242
b. Versäumnis von Informationspflichten .....	243
c. Verletzung von Verkehrssicherungs-, Aufsichts- und Obhutspflichten .....	244
D. Einschränkungen des Haftungsmaßstabes .....	245
I. Haftungsprivilegierungen .....	245
II. Einwand mitwirkenden Verschuldens gem. § 254 BGB .....	246
1. Die Qualifizierung der behördlichen Maßnahme als Verlässlichkeitsgrundlage .....	248
a. Beispiele aus der Rechtsprechung zur positiven Einstufung als Verlässlichkeitsgrundlage .....	250
b. Beispiele aus der Rechtsprechung zur negativen Einstufung als Verlässlichkeitsgrundlage .....	251
2. Das sog. Rechtsanwendungsrisiko .....	252
a. Grundsatz der Rechtmäßigkeit der Verwaltung .....	253

b. Rücknahme von Rechtsmitteln/-behelfen als Anerkenntnis der Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns? .....	253
c. Drittanfechtung und bewusste Risikoübernahme .....	254
d. Wissensvorsprung beim Genehmigungsempfänger.....	255
E. Zur Darlegungs- und Beweislast beim Verschulden:	
Indiz-Vermutung-Anscheinsbeweis.....	256
I. Anscheinsbeweis und Beweislastumkehr.....	256
1. Anscheinsbeweis .....	257
2. Beweislastumkehr .....	257
II. Gesetzliche Schuldvermutungen.....	259
III. Tatsächliche Schuldvermutung bzw. Verschuldensindikation durch Amtspflichtverletzung.....	260
IV. Zur Beweisantizipation im Prozesskostenhilfe-Verfahren.....	261
F. Zwischenergebnis.....	262
<b>Vierter Teil: Die sog. Kollegialgerichts-Richtlinie:</b>	
<b>Entwicklung – Anwendungsbereich – Einschränkungen</b> .....	263
<b>12. Kapitel: Grundsatz und Terminologie</b> .....	263
A. Grundsatz.....	263
B. Terminologie .....	264
<b>13. Kapitel: Die Entwicklung der Kollegialgerichts-Richtlinie in der       Rechtsprechung</b> .....	266
A. Die Entwicklung in der Rechtsprechung des Reichsgerichts .....	266
B. Die Entwicklung in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs.....	268
<b>14. Kapitel: Anwendungsbereich und Grenzen der       Kollegialgerichts-Richtlinie</b> .....	271
A. Anwendungsbereich: Amtshaftung.....	271
B. Grenzen der Anwendung .....	273
<b>15. Kapitel: Voraussetzungen der Anwendbarkeit der       Kollegialgerichts-Richtlinie</b> .....	275
A. Vorliegen einer kollegialgerichtlichen Entscheidung.....	275
I. Beschaffenheit der Entscheidung .....	275
II. Besetzung des die Entscheidung treffenden Kollegialgerichts.....	276
1. Grundsatz.....	276
2. Entscheidung eines (konsentierten) Einzelrichters bei dem Verwaltungsgericht .....	277
3. Indizwirkung einer Einzelrichter-Entscheidung.....	278
B. Inhalt der kollegialgerichtlichen Entscheidung.....	278



I. Beurteilungsgrundlage und Prüfungsmaßstab.....	278
1. Sachverhaltsfeststellung.....	279
2. Rechtliche Würdigung.....	281
3. Außerachtlassen einschlägiger Rechtsprechung.....	283
II. Beurteilung des Verhaltens des Amtswalters als rechtmäßig.....	283
III. Billigungsgründe.....	284
C. Ausnahmen von der Kollegialgerichts-Richtlinie.....	285
I. Maßnahmen einer zentralen Dienststelle.....	285
II. Wissensvorsprung des handelnden Amtswalters.....	286
D. Zwischenergebnis.....	286
<b>Fünfter Teil: Kritische Würdigung.....</b>	<b>289</b>
<b>16. Kapitel: Verfassungsrechtliche Überlegungen.....</b>	<b>290</b>
A. Kollegialgerichts-Richtlinie und Rechtsstaatsprinzip.....	290
I. Das Spannungsverhältnis zwischen der Kollegialgerichts-Richtlinie und der Bindung der Rechtsprechung an Gesetz und Recht.....	291
II. Faktische Rechtsmittelbeschränkung.....	293
B. Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz durch Anwendung der Kollegialgerichts-Richtlinie.....	294
<b>17. Kapitel: Zweckmäßigkeit der Kollegialgerichts-Richtlinie.....</b>	<b>295</b>
A. Auffassung von der Fragwürdigkeit der Anwendungsvoraus- setzungen der Richtlinie.....	296
B. Auffassung von der uneingeschränkten Anwendbarkeit der Kollegialgerichts-Richtlinie.....	297
C. Eigene Auffassung.....	297
<b>18. Kapitel: Überlegungen de lege ferenda.....</b>	<b>299</b>
<b>Sechster Teil: Rechtmäßiges Alternativverhalten und         Schadenzurechnung.....</b>	<b>301</b>
<b>19. Kapitel: Einführende Anmerkungen und Fallbeispiele.....</b>	<b>301</b>
A. Die Windenergieanlagen-Entscheidung.....	301
B. Die Parkplatz-Entscheidung.....	303
C. Die Kiesabbau-Entscheidung.....	303
D. Die Shredderabfall-Entscheidung.....	305
<b>20. Kapitel: Kausalzusammenhang zwischen Amtspflichtverletzung         und (Vermögens-) Schaden.....</b>	<b>306</b>

A. Der adäquate Kausalzusammenhang bei der haftungsausfüllenden Kausalität.....	306
B. Inhaltliche Reichweite des adäquaten Kausalzusammenhangs .....	306
I. Verursachungselement .....	307
1. Äquivalenztheorie .....	307
2. Adäquanztheorie .....	308
a. Amtspflichtverletzung durch positives Tun .....	309
b. Amtspflichtverletzung durch Unterlassen .....	310
II. Zurechnungselement und Unterbrechung des Zurechnungszusammenhangs.....	311
1. Schutzzweck der Norm.....	311
2. Unterbrechung des Zurechnungszusammenhangs .....	312
3. Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens .....	313
4. Die nachträgliche Heilung des Verwaltungsakts durch mit Rückwirkung versehener Ermächtigungsgrundlage (Satzung) .....	315
<b>21. Kapitel: Dogmatische Einordnung des Einwands rechtmäßigen Alternativverhaltens in Rechtsprechung und Literatur.....</b>	<b>316</b>
A. Die Auffassungen im Schrifttum .....	316
I. Der Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens als Bestandteil der Schadenszurechnung.....	317
II. Die Auffassung von der Normeignung.....	317
III. Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens als Entlastungsgrund sui generis.....	317
IV. Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens als Bestandteil der (hypothetischen) Kausalität.....	318
B. Die Auffassung in der Rechtsprechung .....	319
C. Kritik und eigene Stellungnahme .....	319
<b>22. Kapitel: Die Rechtserheblichkeit des Einwands rechtmäßigen Alternativverhaltens im Amtshaftungsprozess .....</b>	<b>322</b>
A. Die Bedeutung der Bindungswirkung rechtskräftiger verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen für den Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens im Amtshaftungsprozess .....	323
I. Die formelle Rechtskraft .....	327
II. Die materielle Rechtskraft.....	327
1. Die materiell-rechtliche Rechtskrafttheorie.....	328
2. Die prozessuale Rechtskrafttheorie .....	330
III. Der Vergleich der materiellen Rechtskraft mit dem Wesen der verfahrensrechtsübergreifenden Bindungswirkung.....	331
1. Die Zwecke der Rechtskraft .....	331
2. Die Wirkungen der Rechtskraft.....	332

a. Die Lehre vom Abweichungsverbot.....	332
b. Die Lehre vom ne bis in idem.....	333
IV. Die objektiven Grenzen der Rechtskraft .....	334
1. Der Umfang der materiellen Rechtskraft.....	335
2. Die Erstreckung der Rechtskraft auf die tragenden Entscheidungsgründe.....	337
a. Die praktische Bedeutung des Problems .....	338
b. Die Auffassungen in der Rechtsprechung und in der Literatur.....	338
aa. Die Rechtsprechung des BGH .....	339
bb. Die Meinungen in der Literatur .....	339
(1) Die Auffassung von Zeuner.....	340
(2) Die Auffassung von Henckel.....	341
(3) Die Auffassung von Schwab.....	341
(4) Die Auffassung von Lindacher.....	342
(5) Die Auffassung von Götz.....	342
(6) Die Auffassung von Grunsky .....	342
(7) Die Auffassung von Peetz.....	343
cc. Die eigene Stellungnahme.....	343
c. Zusammenfassung.....	345
3. Die Feststellung der Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts als Streitgegenstand im Anfechtungsprozess .....	347
a. Die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts als Streitgegenstand.....	347
b. Der Anspruch auf Aufhebung des Verwaltungsakts als Streitgegenstand .....	347
c. Die Rechtsbehauptung des Klägers über die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts und die Rechtsverletzung als Streitgegenstand.....	348
d. Stellungnahme.....	348
4. Exkurs: Die Fortsetzungsfeststellungsklage nach Erledigung des Anfechtungs- bzw. Verpflichtungsantrags.....	349
V. Zwischenergebnis .....	353
B. Die Bedeutung des Schutzzwecks der verletzten Amtspflicht für die Drittbezogenheit und für den Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens .....	354
I. Begriff und Funktion der Drittbezogenheit von Amtspflichten.....	355
II. Aufspaltung der Drittbezogenheit .....	356
1. Personelles Element der Drittbezogenheit.....	357
2. Sachliches Element der Drittbezogenheit.....	358
a. Haftungsbegrenzendes Kriterium des Vertrauensschutzes.....	360
b. Haftungsbegrenzendes Kriterium des Schutzzwecks.....	360

3. Vergleich des Schutzzweck-Kriteriums im Bereich der Drittbezogenheit von Amtspflichten und bei dem Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens .....	361
C. Rechtsunerheblichkeit des Einwands rechtmäßigen Alternativverhaltens.....	362
I. Rechtsunerheblichkeit bei Verfahrensgarantien .....	362
II. Grenzen des Sachvortrags des Schädigers im Amtshaftungsprozess...	363
III. Hypothetische Herbeiführung des gleichen Ergebnisses nur durch rechtmäßiges Verhalten .....	365
IV. Aspekt des schuldlosen Alternativverhaltens .....	365
V. Keine inhaltliche Umkehrung der behördlichen Entscheidung.....	367
VI. Zwischenergebnis.....	369
D. Rechtserheblichkeit des Einwands rechtmäßigen Alternativverhaltens.....	370
I. Gerichtliche Entscheidungen in Bezug auf die Rechtserheblichkeit des Einwands rechtmäßigen Alternativverhaltens .....	370
II. Schlussfolgerungen für die Rechtserheblichkeit .....	377
1. Tatsächliches Behördenhandeln.....	377
2. Verwaltungsbehördliches Handeln in Gestalt eines Verwaltungsakts ..	378
3. Sonderfall der sog. Normverwerfungskompetenz.....	379
4. Zwischenergebnis .....	380
III. Anspruchskonkurrenz zum enteignungsgleichen Eingriff.....	381
E. Zur Darlegungs- und Beweislast sowie zum Beweismaß im Amtshaftungsprozess .....	383
I. Darlegungs- und Beweislast bei dem Ursachenzusammenhang .....	383
II. Beweiserleichterungen.....	384
III. Beweislast und Beweiswürdigung bei dem rechtmäßigen Alternativverhalten .....	385
F. Zwischenergebnis und Bewertung der Beispielfälle .....	387
I. Zwischenergebnisse der Untersuchung.....	387
II. Die Bewertung der Beispielfälle unter besonderer Berücksichtigung der Zwischenergebnisse .....	389
<b>Siebter Teil: Haftungsbeschränkungen bei der Amtshaftung.....</b>	<b>391</b>
<b>23. Kapitel: Die Subsidiaritätsklausel (Anderweitige Ersatzmöglichkeit)</b> <b>gem. § 839 Abs. 1 S. 2 BGB .....</b>	<b>392</b>
A. Allgemeines.....	392
B. Negatives Tatbestandsmerkmal und Darlegungs- und Beweislast .....	392
C. Einschränkung (Unanwendbarkeit) der Subsidiaritätsklausel.....	393

I. Anderweitiger Hoheitsträger als evtl. Schuldner eines Ersatzanspruchs (Grundsatz der vermögensrechtlichen Einheit der öffentlichen Hand) .....	393
1. Beliehene und (unselbständige) Verwaltungshelfer.....	394
2. Amtshaftungsbezogener Gesamtschuldnerausgleich.....	395
II. Teilnahme am allgemeinen Straßenverkehr und Verkehrssicherungspflichten .....	396
D. Bestehen einer anderweitigen Ersatzmöglichkeit.....	397
I. Ausschluss bestimmter Anspruchsgruppen .....	397
1. Ansprüche gem. §§ 1 ff. EFZG.....	397
2. Ansprüche auf Versorgung gem. BVG .....	398
3. Ansprüche der gesetzlichen und privaten Renten- und Unfallversicherung.....	398
4. Anderweitige öffentlich-rechtliche Ersatz-/ Entschädigungsansprüche.....	398
II. Zumutbarkeit der Rechtsverfolgung anderweitiger Ersatzmöglichkeiten .....	399
1. Architektenhaftung bei fehlerhafter Baugenehmigung.....	400
2. Anwaltshaftung bei Schlechterfüllung des Anwaltsvertrages .....	401
3. Unzumutbarkeit der Rechtsverfolgung anderweitiger Ersatzmöglichkeiten.....	402
III. Schuldhafte Versäumung der anderweitigen Ersatzmöglichkeit.....	404
E. Ausgewählte Fallgestaltungen und Sonderfragen.....	405
I. Erneute Amtshaftungsklage nach vergeblicher Ersatzklage gegen Dritte.....	405
II. Schlechterstellung durch Rechtsmittelentscheidung.....	406
III. Abtretung des Amtshaftungsanspruchs an ersatzpflichtigen Dritten .	406
<b>24. Kapitel: Das Spruchrichter-/Richterspruchprivileg gem.</b>	
<b>§ 839 Abs. 2 BGB</b> .....	408
A. ratio legis des § 839 Abs. 2 S. 1 BGB und die Funktionsweise des Haftungsprivilegs .....	409
I. ratio legis des § 839 Abs. 2 S. 1 BGB .....	409
II. Funktionsweise des Privilegs .....	410
III. Terminologie .....	411
IV. Ausdehnung des Richterspruchprivilegs .....	411
B. Tatbestandliche Voraussetzungen des § 839 Abs. 2 S. 1 BGB .....	412
I. Der Richter als „Beamter“ .....	412
1. Berufsrichter .....	412
2. Ehrenamtliche Richter .....	413
3. Schiedsrichter .....	413
II. Das Urteil in einer Rechtssache.....	414

1. Der Begriff des Urteils .....	414
2. Die urteilsvertretende richterliche Erkenntnis .....	414
3. Richterliche Fehler bei der Vergleichsprotokollierung .....	416
4. Pflichtverletzung „bei“ dem Urteil.....	417
III. Die spezifische richterliche Pflichtverletzung.....	418
1. Die Verwirklichung des Straftatbestandes .....	419
2. Spannungsverhältnis zum Beratungsgeheimnis im Regressfall .....	420
C. Richterliche Amtspflichtverletzung außerhalb des Anwendungsbereichs von § 839 Abs. 2 S. 1 BGB .....	420
D. Grenzen der Privilegierungswirkung bei Verweigerung oder Verzögerung richterlicher Amtsausübung.....	422
I. Ausschluss der Privilegierungswirkung durch § 839 Abs. 2 S. 2 BGB..	422
1. Verfassungsrechtlicher Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit...	423
2. Anspruch auf effektive Justizgewährung .....	424
a. Verfahrensbeschleunigung und -förderung als richterliche Amtspflicht .....	425
b. Richterliche Prozessführung, Zeitfaktor und (Un-)Vertretbarkeit.....	425
II. Die Anwendung der sog. Kollegialgerichts-Richtlinie im Rahmen der richterlichen Tätigkeit.....	427
III. Das Gesetz über den Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren und der Entschädigungsanspruch aus § 198 GVG.	428
1. Verfassungsmäßigkeit der Rechtswegzuweisungen.....	429
2. Der Entschädigungsanspruch gem. § 198 GVG .....	430
<b>25. Kapitel: Der Sonderfall des schadensbegrenzenden Einwands mitwirkenden Verschuldens durch schuldhaften Nichtgebrauch eines Rechtsmittels (§ 839 Abs. 3 BGB).....</b>	<b>434</b>
A. Allgemeines.....	434
B. Vorrang des Primärrechtsschutzes (§ 839 Abs. 3 BGB) .....	435
I. ratio des § 839 Abs. 3 BGB.....	435
II. Begriff des Rechtsmittels .....	435
1. Extensive Auslegung .....	436
2. Förmliche Rechtsmittel/Rechtsbehelfe.....	436
3. Nicht förmliche (formlose) Rechtsmittel/Rechtsbehelfe.....	437
4. Unmittelbarkeit des Rechtsmittels .....	438
5. Sonderfälle .....	439
a. Antrag auf Ladung des Sachverständigen und dessen Befragung .....	439
b. Sozialrechtlicher Herstellungsanspruch .....	440
III. Gebrauch eines Rechtsmittels.....	441
IV. Verschulden .....	441

1. Zweifelhafte Erfolgsaussichten eines Rechtsmittels .....	442
2. Nichtgebrauch des Effektivsten von mehreren Rechtsmitteln .....	443
<b>26. Kapitel: Ausschluss der Haftungsverlagerung gem. Art. 34 S. 1 GG</b>	
<b>durch Sondervorschriften .....</b>	<b>445</b>
A. Gebührenbeamte .....	445
B. Beamte des Auswärtigen Dienstes .....	446
C. Haftung gegenüber Ausländern.....	447
D. Versorgungsrechtliche Bestimmungen .....	447
<b>Achter Teil: Die Verjährung des Amtshaftungsanspruchs .....</b>	<b>449</b>
<b>27. Kapitel: Allgemeines .....</b>	<b>449</b>
<b>28. Kapitel: Der Beginn der Verjährung .....</b>	<b>450</b>
A. Die Entstehung des Anspruchs.....	451
B. Die Kenntnis des Geschädigten.....	451
I. Tatsächliche Umstände bzgl. einer Amtspflichtverletzung.....	451
II. Tatsächliche Umstände bzgl. der Person des Schädigers.....	452
III. Tatsächliche Umstände bzgl. der Unvertretbarkeit einer Maßnahme .....	453
IV. Kenntnis vom Fehlen einer anderweitigen Ersatzmöglichkeit.....	453
V. Kenntnis bei Legalzession .....	455
VI. Verjährungsbeginn bei falscher Rechtsanwendung des Schuldners ....	455
C. Grobfahrlässige Unkenntnis .....	456
D. Verjährungsfristbeginn bei unsicherer/zweifelhafter Rechtslage.....	457
<b>29. Kapitel: Verjährungshemmung durch Rechtsverfolgung .....</b>	<b>458</b>
A. Erhebung der Amtshaftungsklage .....	458
B. Inanspruchnahme von Primärrechtsschutz.....	458
C. Verjährungshemmung durch Einreichung eines Mahnbescheides.....	461
<b>30. Kapitel: Verjährungshemmung durch Verhandlung.....</b>	<b>463</b>
<b>Neunter Teil: Ausgewählte Schadenskomponenten und</b>	
<b>-konstellationen .....</b>	<b>467</b>
<b>31. Kapitel: Allgemeine Grundsätze des Schadensausgleichs im</b>	
<b>Amtshaftungsrecht .....</b>	<b>467</b>
A. Maßstab der §§ 249 ff. BGB.....	468
I. Differenzhypothese und negatives Interesse.....	470
II. Ersatzfähige Schadenspositionen.....	471
III. Hilfs- und Nebenansprüche auf Auskunftserteilung und Abgabe	
einer eidesstattlichen Versicherung.....	472

B. Der maßgebliche Zeitpunkt der Schadensfeststellung.....	472
C. Vorteilsausgleichung.....	473
D. Mitverschulden/Drittschadensliquidation.....	475
<b>32. Kapitel: Zur Darlegungs-/Beweislast und Beweismaß</b>	
<b>beim Schaden</b> .....	476
A. Reduzierung der Darlegungslast des Geschädigten durch § 287 ZPO.....	476
B. Reduzierung des Beweismaßes durch § 287 ZPO.....	478
I. Grundsatz.....	478
1. Systematik und Normzweck.....	479
2. Erleichterungswirkung.....	479
II. Ermessensregel bei Schadensermittlung und -entstehung.....	480
III. Ermessensregel bei der Schadensschätzung.....	480
C. Umkehr der Beweisführungslast durch tatsächliche Vermutungen.....	480
D. Beweiserleichterung gem. § 252 S. 1 BGB.....	481
<b>33. Kapitel: Ausgewählte Schadenskonstellationen</b> .....	483
A. Aufwendungen für erfolglose Vorprozesse (Prozessschaden).....	483
B. Aufwendungen für berichtigende Gegendarstellungen und -erklärungen (Korrekturmateriale).....	484
C. Ersatz von immateriellen Schäden.....	484
I. Schmerzensgeld.....	484
II. Geldentschädigung bei Verletzung des Persönlichkeitsrechts/der Menschenwürde.....	487
III. Sonderfall: Menschenunwürdige Haftbedingungen.....	489
D. Entgangener Gewinn und Verdienstaufschlag-/Erwerbsschaden.....	490
I. Entgangener Gewinn.....	491
1. Grundlagen.....	491
2. Maßgeblicher Zeitpunkt.....	491
3. Feststellung und Berechnung.....	491
a. Abstrakte Schadensberechnung.....	492
b. Konkrete Schadensberechnung.....	492
c. Subjektive Gewinnerwartung vers. Gewinn aus Spekulationsgeschäften.....	494
d. Entgangener Gewinn und steuerliche Aspekte.....	495
II. Verdienstaufschlag-, Erwerbs- und Fortkommensschaden.....	496
1. Verdienstaufschlag des abhängig Beschäftigten.....	497
2. Erwerbs- und Fortkommensschaden.....	498
a. Beamter.....	498
b. Selbständiger.....	498



c. Gesellschafter .....	501
d. Personen ohne feste Beschäftigung.....	502
3. Schaden vor/kurz nach Eintritt in das Berufsleben.....	502
a. Schadensermittlung für einen Personenschaden bei einem jüngeren Kind .....	502
b. Schadensermittlung bei rechtswidrigen Prüfungsentscheidungen .....	503
aa. Ausbildungs-/Studiumsabschließende Prüfung.....	504
bb. Vor- und Zwischenprüfungen .....	505
c. Schadensermittlung bei einem Berufsanfänger .....	505
E. Haftungsprivilegierende Wirkung der §§ 2 Abs. 1, 106 Abs. 1, 105 Abs. 1 SGB VII bei Schulunfällen.....	505
I. Gegenstand und Rechtfertigung der Haftungsprivilegierung.....	506
II. Anwendungsvoraussetzung: Schulbezogenheit .....	507
III. Ausschluss der Haftungsprivilegierung bei vorsätzlichem Handeln ...	508
<b>Zehnter Teil: Formell-rechtliche Aspekte des Rückgriffsanspruchs     (Regress) des Dienstherrn gegen den Amtswalter .....</b>	<b>511</b>
<b>34. Kapitel: Innenregress und Rückgriffsvorbehalt.....</b>	<b>512</b>
A. Abgrenzung des sog. Innenregresses zur Eigenhaftung des Beamten.	512
B. Rückgriffsvorbehalt und Rückgriffspflicht .....	513
<b>35. Kapitel: Die Zulässigkeit des ordentlichen Rechtswegs.....</b>	<b>514</b>
A. Verfassungsrechtliche Garantie des ordentlichen Rechtswegs .....	515
B. Konsequenzen aus der Rechtsweggewährleistung und Sonderzuweisung .....	517
I. Ausschluss der Zuständigkeit anderer Gerichte .....	518
II. Ausschluss der Durchsetzung des Rückgriffsanspruchs durch Leistungsbescheid .....	519
C. Einzelfragen.....	519
I. Aufrechnung im Regress-Prozess mit rechtswegfremder Gegenforderung .....	520
II. Geltendmachung sonstiger Gegenrechte im Regress-Prozess .....	522
III. Einschränkung des Nachprüfungsumfangs in der Revisionsinstanz?.	523
<b>36. Kapitel: Die fehlende Bindungswirkung verwaltungsgerichtlicher     Vorentscheidungen und die prozessstrategische     Ausrichtung des Regressklägers .....</b>	<b>525</b>
<b>Elfter Teil: Materiell-rechtliche Aspekte des Rückgriffsanspruchs     (Regress) des Dienstherrn gegen den Amtswalter .....</b>	<b>527</b>

<b>37. Kapitel: Ausschluss des Rückgriffsanspruchs infolge Ausschlusses der Haftungsüberleitung .....</b>	<b>527</b>
A. Gebührenbeamte .....	528
B. Beamte des Auswärtigen Dienstes .....	530
C. Haftung gegenüber Ausländern.....	530
<b>38. Kapitel: Der Rückgriffsgläubiger .....</b>	<b>532</b>
<b>39. Kapitel: Der Status des in Regress genommenen Amtswalters als Bundes-/ Landesbeamter oder Privatperson .....</b>	<b>534</b>
<b>40. Kapitel: Amtswaltereigenschaft von natürlichen Personen.....</b>	<b>537</b>
<b>41. Kapitel: Die Ausübung eines öffentlichen Amtes.....</b>	<b>539</b>
A. Amtsbezogenheit bei Handeln durch einen Beliehenen .....	543
I. Allgemeines .....	543
II. Haftungsausdehnung für die Tätigkeit des Beliehenen durch Nichtanwendung des Haftungsprivilegs gem. Art. 34 S. 2 GG .....	543
1. ratio des Art. 34 S. 2 GG .....	544
2. Die Auffassung des BVerwG.....	545
3. Kritik und eigene Auffassung .....	546
B. Verwaltungshelfer .....	548
I. Allgemeines .....	548
II. Haftungsausdehnung für die Tätigkeit des Verwaltungshelfers durch Nichtanwendung des Haftungsprivilegs.....	549
C. (Selbstständiger) Privatunternehmer.....	550
D. Mitglieder kommunaler Vertretungsorgane .....	551
I. Allgemeines .....	551
II. § 54 Abs. 4 NKomVG als Grundlage für einen Rückgriff gegen Mitglieder kommunaler Vertretungsorgane .....	552
III. Rückgriff bei der Mitwirkung von rechtswidrigen Ratsbeschlüssen....	553
<b>42. Kapitel: Weitere Voraussetzungen des Rückgriffsanspruchs .....</b>	<b>555</b>
A. Amtsbezogenheit der schädigenden Verletzungshandlung .....	555
B. Verschuldensmaßstab .....	558
I. Vorsatz.....	558
II. Grobe Fahrlässigkeit .....	558
III. Mitverschulden.....	560
C. Schaden .....	561
D. Kausalität.....	561
E. Beteiligung des Personalrats .....	561
<b>43. Kapitel: Rechtsfolgen des Rückgriffs.....</b>	<b>563</b>

---

A. Verpflichtung des in Regress genommenen Beamten zur Freistellung des Dienstherrn.....	563
B. Haftungsfreistellungserklärungen im Innenregress.....	565
C. Drittschadensliquidation.....	566
<b>44. Kapitel: Ausschluss und Beschränkungen des Rückgriffsanspruchs .....</b>	<b>570</b>
A. Haftungsbeschränkung gemäß § 32 Abgabenordnung (AO) .....	570
B. Regressbeschränkungen bei Verkehrshaftpflicht .....	571
C. Die beamtenrechtliche Fürsorgepflicht des Dienstherrn.....	572
D. Das Spruchrichter-/Richterspruchprivileg gem. § 839 Abs. 2 BGB ...	574
<b>45. Kapitel: Verjährung und tarifliche Ausschlussfristen .....</b>	<b>575</b>
A. Verjährung des Rückgriffsanspruchs.....	575
B. Ausschlussfristen .....	576
<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>569</b>
<b>Stichwortverzeichnis .....</b>	<b>607</b>



## A. Einleitung

Zivilrecht und öffentliches Recht sind – so wird es im rechtswissenschaftlichen Studium gelehrt – zwei voneinander zu unterscheidende Rechtsgebiete. Gleichwohl bedeutet die systematische Trennung von Zivilrecht und öffentlichem Recht nicht, dass der Rechtssuchende es mit zwei getrennten Hemisphären der Rechtsordnung zu tun hat, worauf *Ossenbühl* in seinem Beitrag über „Öffentliches Recht in der Rechtsprechung des BGH“ hinweist.<sup>1</sup> Vielmehr sind zahlreiche Entscheidungen des BGH, welche sich mit öffentlich-rechtlichen Fragen unterschiedlichster Couleur auseinandersetzen, beredte Beispiele für die mannigfaltigen praxisrelevanten Verschränkungen zwischen beiden Rechtsgebieten.

Die vorliegende Arbeit untersucht aus dem Kaleidoskop dieser praxisrelevanten Verschränkungen Sonderprobleme aus dem Bereich des Amts- bzw. Staatshaftungsrechts.<sup>2</sup> Obschon der Amtshaftungsanspruch gemäß § 839 BGB i. V. m. Art. 34 GG systematisch dem Verwaltungsrecht und damit dem öffentlichen Recht angehört, ist der Amtshaftungsprozess eine „Domäne der Zivilgerichte“<sup>3</sup>; nach näherer Maßgabe des § 71 Abs. 2 Ziff. 2 GVG sind für Amtshaftungsklagen in I. Instanz die Landgerichte sachlich zuständig. Verletzt ein Beamter vorsätzlich oder fahrlässig die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so hat er dem Dritten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen, § 839 Abs. 1 S. 1 BGB. Diese Regelung knüpft an die Bestimmung des Art. 34 GG an: Verletzt jemand in Ausübung eines ihm anvertrauten öffentlichen Amtes die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so trifft die Verantwortlichkeit grundsätzlich den Staat oder die Körperschaft, in deren Dienst er steht (Art. 34 S. 1 GG). Wenn gleich weitestgehend Einigkeit darüber besteht, dass beide Vorschriften gemeinsam die unmittelbar verbindliche Rechtsgrundlage der Amtshaftung bilden<sup>4</sup>, ist indessen die Art und Weise des Zusammenwirkens dieser Regelungen bis heute

---

<sup>1</sup> Ossenbühl, NJW 2000, 2945 (2945)

<sup>2</sup> zu der Unterscheidung zwischen den Begrifflichkeiten s. u. S. 39 ff.

<sup>3</sup> Ossenbühl, NJW 2000, 2945 (2948); ebenso bereits Bachof S. 116; BVerfGE 61, 149 (176) = NJW 1983, 25 (26); BGHZ 12, 278 (282); OLG Koblenz, NJW-RR 2001, 318 (320): der Amtshaftungsanspruch ist öffentlich-rechtlicher Natur; zu dem Fall, dass ein Amtshaftungsverfahren außergewöhnlich lang (15 Jahre) dauert und dadurch der Anspruch des Klägers auf Gewährleistung eines wirkungsvollen Rechtsschutzes (vgl. Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 20 Abs. 3 GG) verletzt wird: BVerfG, NJW 2008, 503; NJW 2005, 739; NJW 2004, 3320; NJW 2001, 2161 ff.; NJW 2001, 214 ff.; zu daraus resultierenden evtl. Amtshaftungsansprüchen bei Verstößen gegen das Beschleunigungsgebot vgl. BGHZ 187, 286 = NJW 2011, 1072; BGHZ 170, 260 = NJW 2007, 830; Brüning, NJW 2007, 1094 ff.; Terhechte, DVBl. 2007, 1134 ff.; Schlick, NJW 2008, 127 (129); Lansnicker/Schwartzek NJW 2001, 1969 (1973 f.)

<sup>4</sup> Tremml/Karger/Luber Rdziff. 43; Maurer, § 26 Rdziff. 7; Detterbeck/Windthorst/Sproll, § 8 Rdziff. 2 (S. 79)

nicht eindeutig geklärt.<sup>5</sup> Beide Normen haben einen gemeinsamen Kern. Beide Normen werden gleichsam umklammert durch den Begriff des „Dritten“. Nur die Person, der gegenüber die Amtspflicht zu erfüllen gewesen ist und die durch die Verletzung der Amtspflicht geschädigt worden ist, ist geschädigter „Dritter“. Nur dieser „Dritte“ ist dann auch Schadensersatzberechtigt. In Person kann der Schaden auch nur entstehen. Die Rechtsfolge des Amtshaftungsanspruchs ist der Ersatz des adäquat-kausal eingetretenen Schadens, wobei eine Zurechnung des Schadens nicht in jedem Fall einer schuldhaften Amtspflichtverletzung vorgenommen werden kann; dies zeigt sich allein bei der Rechtsfigur des rechtmäßigen Alternativverhaltens. Nach Maßgabe der einschlägigen Rechtsprechung wird bei Amtshaftungsansprüchen, die sich auf verfahrensfehlerhaft zustande gekommene behördliche Entscheidungen stützen, der (üblicherweise durch die Beklagtenseite erhobene) Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens zugelassen, dass also bei Ordnungsgemäßheit des Verfahrens eine gleichlautende behördliche Entscheidung ergangen wäre.<sup>6</sup> Als schutzfähig wird ein Schaden nur dann im Einzelnen angesehen, wenn er auch in den Schutzbereich der verletzten Amtspflicht fällt, die Amtspflicht mithin gerade den Zweck hat, den Bürger vor eben diesem Nachteil zu bewahren. Das Kriterium des Schutzzwecks wird im Regelfall erst im Rahmen der Drittbezogenheit virulent, während der Schutzzweck der Norm eine eigenständige Bedeutung erst im Rahmen von sog. Folgeschäden zu erlangen vermag.

Die Rechtsprechung erachtet die Bestimmung des Kreises der geschützten Dritten als ein taugliches Instrument für einen interessengerechten Schadensausgleich; der Rechtsprechung zur Drittbezogenheit wird auf diese Weise eine Sperrwirkung für die Anwendung der Drittschadensliquidation beigemessen.<sup>7</sup>

Amtshaftung ist Verschuldenshaftung; das Verschulden ist durch eine Vielzahl von Besonderheiten (u. a. der Kollegialgerichts-Richtlinie) geprägt. Ein mitwirkendes Verschulden ist im Rahmen des § 254 BGB zu berücksichtigen. Da es sich bei dem Einwand mitwirkenden Verschuldens um ein allgemeines Prinzip im Schadens(ersatz-)recht handelt, ist es auch im Rahmen der Amtshaftung anzuwenden. Allerdings ist es nicht erst eine Frage des mitwirkenden Verschuldens, ob die jeweils maßgebliche Amtshandlung in der Lage ist, eine Art „Verlässlichkeitsgrundlage“ darzustellen; vielmehr ist es eine Frage der objektiven Reichweite des zu gewährenden Vermögensschutzes.<sup>8</sup>

Grundsätzlich ergibt sich die Art und der Umfang des Schadensersatzes im Rahmen der Amtshaftung aus den allgemeinen Vorschriften der §§ 249 ff. BGB; dabei ist allerdings deutlich hervorzuheben, dass der zu leistende Schadensersatz diejenige Vermögenslage herstellen soll, die bei pflichtgemäßem Verhalten des

---

<sup>5</sup> s. dazu u. S. 41 ff.

<sup>6</sup> vgl. im Einzelnen unten S. 301 ff.

<sup>7</sup> s. im Einzelnen dazu unten S. 110 ff, 188 ff.

<sup>8</sup> s. unten S. 246 ff.

Beamten eingetreten wäre; der entsprechende, dem Dritten zustehende Anspruch ist regelmäßig auf Geldersatz und nicht Naturalrestitution ausgerichtet. Auch insoweit stellen sich allerdings eine Vielzahl von Fragen. Können die Aufwendungen für erfolglose Vorprozesse oder aber für Gegendarstellungen und/oder -erklärungen als Schaden angesehen werden? Unter welchen Voraussetzungen sind immaterielle Schäden als ersatzfähig anzusehen? Unter welchen Kautelen sind ein entgangener Gewinn bzw. Verdienstaufschlag ersatzfähig? Welche Auswirkungen zeigt die von §§ 2 Abs. 1 Ziff. 8 b, 106 Abs. 1 Ziff. 2, 105 Abs. 1 S. 1 SGB VII ausgehende Privilegierungswirkung bei Schul- und Arbeitsunfällen?

Dies vorausgeschickt bleibt festzuhalten, dass eine Vielzahl der auch im Amtshaftungsrecht angewendeten Rechtsfiguren bzw. auftauchenden Fragen/Probleme mit dem Schaden bzw. seiner Zurechnung verknüpft werden können. Deswegen bietet es sich einmal mehr an, einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen und dem Schaden bzw. seiner Zurechnung den notwendigen Raum zu geben.





## B. Gang der Untersuchung

Die mit Art. 34 S. 1 GG begründete Staatshaftung weist Besonderheiten struktureller und inhaltlicher Art auf, die sich nur aus dem historischen Kontext, in welchem diese Vorschrift steht, erklären lassen.<sup>9</sup> Vor diesem Hintergrund soll zunächst einmal auf die historische Entwicklung im Zusammenhang mit Art. 34 GG eingegangen werden und damit zugleich der Begriff der „Amtshaftung“ ebenso einer näheren Untersuchung unterzogen werden, wie der Normzweck und das Zusammenspiel von § 839 BGB und Art. 34 S. 1 GG.

Eine Voraussetzung für das Bestehen eines Amtshaftungsanspruchs ist die Kausalität zwischen Amtspflichtverletzung und Schaden. Der Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens kann u. U. dazu führen, dass ein Schaden nicht zugerechnet werden kann, obschon zuvor die Kausalität zu bejahen war. Daher soll im Weiteren dann auf das Zusammenspiel zwischen rechtmäßigem Alternativverhalten und Schadenszurechnung eingegangen werden.

In einem weiteren Kapitel soll die Frage näher untersucht werden, ob die Annahme des BGH, die Grundsätze der Schadensliquidation im Drittinteresse seien nicht im Amtshaftungsrecht anwendbar, in sich tragfähig ist. Dies wird sich nur klären lassen, wenn der Drittbezogenheit ein entsprechend breiter Raum zugestanden wird; daher soll die Rechtsfigur der Drittschadensliquidation und deren Anwendungsmöglichkeit im Amtshaftungsrecht erst untersucht werden, wenn die Drittbezogenheit hinreichend geklärt ist.

Das Tatbestandsmerkmal „Verschulden“ verdient in Ansehung der sog. Kollegial-Richtlinie eine genauere Betrachtung. Der Einwand mitwirkenden Verschuldens kann sich schadensbegrenzend und im Extremfall auch schadenausschließend auswirken, so dass es sich aufdrängt, sich auch dieser Schadensdeterminanten zuzuwenden.

Die Rechtsfigur des rechtmäßigen Alternativverhaltens und ihre Bedeutung im Zuge der Schadenszurechnung sollen im Anschluss näher untersucht werden.

Danach wendet sich die Untersuchung den Haftungsbeschränkungen und der Verjährung bei der Amtshaftung zu.

Abschließend sollen ausgewählte Schadenskomponenten und -konstellationen untersucht werden.

---

<sup>9</sup> Papier in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 34 Rdziff. 1; Jacobs Rdziffn. 25 ff.; a. A. wohl Ladeur, DÖV 1994, 665 (666) zu FN 26, nach dessen Ansicht eine historische Interpretation der Haftungsnorm keine besondere Hilfe verspricht



# Erster Teil: Die Grundlagen

## 1. Kapitel: Die historische Entwicklung der Amtshaftung

Das bestehende Amtshaftungsrecht ist das Ergebnis einer über 200 Jahre andauernden Entwicklung, die – wie sogleich dargelegt werden wird – ihren Ursprung im Preußischen Allgemeinen Landrecht von 1794 (ALR) gefunden hat. Der Umstand, dass sich zu dieser Entwicklung in dem dreibändigen Werk von Stolleis über die „Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland“ nur an zwei Stellen etwas Nebensächliches findet<sup>10</sup>, ist ggf. auch Ausdruck einer gewissen Zerrissenheit des Amtshaftungsrechts.

---

<sup>10</sup> Stolleis, Bd. II S. 375: „Der Staat «paktierte» mit dem Bürger nicht, wie Otto Mayers Ablehnung des öffentlich-rechtlichen Vertrags zeigt, er ließ sich auch nur widerwillig zu hoheitlichem Handeln zwingen, allenfalls zu Zahlungen in seiner Rolle als Fiskus und als Schadensersatzpflichtiger im Rahmen der Amtshaftung.“ sowie in Bd. III S. 211 der Hinweis auf die Entwicklung der Dogmatik des Verwaltungsakts, der Erstattung, der Staatshaftung und des Enteignungsrechts; zur historischen Entwicklung im Übrigen auch instruktiv Pfab S. 1 ff.; Link S. 74 ff.; Traeger S. 9 ff.; Feurer S. 39 ff.; Detterbeck/Windthorst/Sproll § 2 Rdziff. 1 ff.; Ossenbühl/Cornils S. 7 ff.; Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 1 ff.; Stein/Itzel/Schwall Rdziff. 1 ff.

### A. Die Situation der Amtshaftung vor 1900

Die für den Amtshaftungsanspruch charakteristische doppelstöckige Konstruktion aus § 839 BGB sowie Art. 34 GG ist eine Folge der historischen Entwicklung, welche bereits vor Inkrafttreten des BGB begonnen hatte. Der sich im Herrscher verkörpernde hoheitlich handelnde Staat galt seinerzeit als unrechtsunfähig und damit als nicht haftbar. („The king can do no wrong.“) Vor 1900 entsprach es einer allgemeinen Rechtspraxis, dass jeden Beamten, sofern er schuldhaft seine Amtspflichten verletzte, eine deliktische Eigenverantwortlichkeit treffe. Gleichwohl fehlte es an einer allgemein anerkannten Rechtsgrundlage dieser Verantwortlichkeit, sieht man einmal von einzelnen Gebieten, in denen die Beamtenhaftung landesgesetzlich geregelt war, ab. Eine Ausnahme sah z.B. das Preußische Allgemeine Landrecht von 1794 (ALR) vor. Dort war die Beamtenhaftung im II. Teil, 10. Titel, in §§ 88 - 91 ALR geregelt:

➤ § 88

Wer ein Amt übernimmt, muss auf die pflichtmäßige Führung desselben die genaueste Aufmerksamkeit wenden.

➤ § 89

Jedes dabei begangene Versehen, welches bei gehöriger Aufmerksamkeit und nach den Kenntnissen, die bei der Verwaltung des Amtes erfordert werden, hätte vermieden werden können und sollen, muss er vertreten.

➤ § 90

Vorgesetzte, welche durch vorschriftsmäßige Aufmerksamkeit die Amtsvergehungen ihrer Untergebenen hätten hindern können, sind für den aus der Vernachlässigung dessen entstehenden Schaden, sowohl dem Staat, als einzelnen Privatpersonen, welche darunter leiden, verhaftet.

➤ § 91

Doch findet in beiden Fällen (§§ 89, 90) die Vertretung nur alsdann statt, wenn kein anderes gesetzmäßiges Mittel, wodurch den nachteiligen Folgen eines solchen Versehens abgeholfen werden könnte, mehr übrig ist.

Das ALR regelte damit (lediglich) eine primäre Beamtenhaftung; eine Staats- bzw. Amtshaftung war indessen nicht vorgesehen. Die persönliche Beamtenhaftung einerseits bzw. der Umstand, dass eine Staatshaftung nicht vorgesehen war, beruhte auf die den römisch-rechtlichen Vorstellungen zurückzuführende Deutung des Verhältnisses zwischen Landesherr und Staatsdiener.<sup>11</sup> Nach jenen Rechtsvorstel-

---

<sup>11</sup> Ossenbühl/Cornils S. 8; Detterbeck/Windthorst/Sproll, § 2 Rdziff. 4; Bonk in: Sachs, GG, Art. 34 Rdziff. 9; Dagtoglou in: Bonner Kommentar zum GG, Art. 34 Rdziff. 12; Papier in:

lungen wurde – i. S. d. römisch-rechtlichen Mandatstheorie – das Verhältnis zwischen Staatsdiener und Landesherrn als ein privatrechtliches Vertragsverhältnis angesehen; dieses Verhältnis (Mandatskontrakt) bedeutete nach der damals vorherrschenden Auffassung, dass dem Staat nur ein rechtmäßiges Handeln seiner Beamten, also wenn sich jene im Rahmen der Gesetze halten würden, zugerechnet werden könnten.<sup>12</sup> Wenn jedoch der Amtsträger rechtswidrig und daher „contra mandatum“ bzw. „ex officio“ handelte, wurde sein Handeln dem Landesherrn nicht zugerechnet und die Haftung traf den Beamten in jenem Fall selbst. Zur Begründung wurde ausgeführt, dass der Beamte, wenn er seinen Amtsauftrag überschreite, quasi in den „Privatstand“ trete und mithin kein Grund ersichtlich sein solle, warum der Beamte, wenn er aus eigener Selbstbestimmung etwas Ungesetzliches verfüge, anders als eine Privatperson behandelt werden solle („si excessit, privatus est“).<sup>13</sup>

Die primäre Beamtenhaftung im Sinne der Mandatstheorie wurde überdies dadurch eingeschränkt, dass die Zulässigkeit einer Klage gegen den Beamten von einer die Amtsbefugnisüberschreitung des Beamten bejahenden Vorentscheidung einer Verwaltungsinstanz abhängig gemacht wurde. Wenngleich eine entsprechende Regelung die Klarheit der Verantwortungslage bezweckte, wurde sie jedoch im Sinne eines weitgehenden Beamtenschutzes ausgelegt.<sup>14</sup> Letztlich war dies wohl der Grund, warum aufgrund erheblicher Kritik die Regelung des § 160 der Reichsverfassung vom 28.03.1849 eingeführt wurde, welche folgenden Wortlaut hatte:

*„Eine vorgängige Genehmigung der Behörden ist nicht notwendig, um öffentliche Beamte wegen ihrer amtlichen Handlungen gerichtlich zu verfolgen.“*

---

MünchKomm BGB, § 839 Rdziff. 5; Papier in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 34 Rdziff. 3; Papier in: Isensee/Kirchhof, HdbStR, § 180 Rdziff. 4; **zur historischen**

**Entwicklung** auch BVerfGE 61, 149 (176 ff.) = NJW 1983, 25 (26 ff.) Erman/Küchenhoff/Hecker, BGB, § 839 Rdziff. 10; Soergel/Vinke, BGB, § 839 Rdziff. 1 ff.; RGRK/Kreft, BGB, § 839 Rdziff. 2; Schoch, JURA 1988, 585 (585); Stein/Itzel/Schwall Rdziff. 1 ff.; Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 1 ff.; Pfab S. 1 ff.; Defren S. 14 ff.; Link S. 74 ff.; Feuer S. 39 ff.; Traeger S. 9 ff. je m. w. N.

<sup>12</sup> Ossenbühl/Cornils S. 8; Detterbeck/Windthorst/Sproll, § 2 Rdziff. 4 (S. 9); Bonk in: Sachs, GG, Art. 34 Rdziff. 9; Dagtoglou in: Bonner Kommentar zum GG, Art. 34 Rdziff. 12; Papier in: MünchKomm BGB, § 839 Rdziff. 5; Papier in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 34 Rdziff. 3; Papier in: Isensee/Kirchhof, HdbStR, § 180 Rdziff. 4; Erman/Küchenhoff/Hecker, BGB, § 839 Rdziff. 10 RGRK/Kreft, BGB, § 839 Rdziff. 2; Heidenhain S. 15; Zoepfl S. 370 f.; Gehre S. 96; Schoch, JURA 1988, 585 (585); Link S. 261

<sup>13</sup> Ossenbühl/Cornils S. 8; Papier, JZ 1975, 585 (586); Dagtoglou in: Bonner Kommentar zum GG; Art. 34 Rdziff. 14; Link S. 82; RGRK/Kreft, BGB, § 839 Rdziff. 2; Schoch, JURA 1988, 585 (585)

<sup>14</sup> Dagtoglou in: Bonner Kommentar zum GG, Art. 34 Rdziff. 13; Link S. 81 f.

Diese Regelung wurde dann in Art. 97 S. 2 der Verfassungsurkunde für den preußischen Staat vom 31.01.1850 übernommen. Gleichwohl wurde eine sog. Vorentscheidung nicht generell abgeschafft. Eine entsprechende Möglichkeit war nämlich nach dem Preußischen Gesetz vom 13.02.1854 über die Konflikte bei gerichtlichen Verfolgungen wegen Amts- und Diensthandlungen vorgesehen. Die Erhebung des Konflikts, wie man das Eingreifen der vorgesetzten Dienstbehörde bezeichnete, war sowohl im Zivil- als auch im Strafprozess zulässig. Eine derartige, sog. Konflikterhebung war nun zwingende Voraussetzung für das im Zivilrechtsweg zu verfolgende Beamtenhaftungsverfahren. Über die Begründetheit des Konflikts entschied das oberste Verwaltungsgericht oder aber besondere Konfliktgerichtshöfe.<sup>15</sup> Diese Art der Einschränkung in Gestalt der sog. Konflikterhebung wurde indessen erst durch das Preußische Gesetz vom 16.11.1920 – bis auf eine Übergangsvorschrift – aufgehoben. Der Grund für die Wiederaufgabe des Erfordernisses der Konflikterhebung war die Regelung in Art. 131 Abs. 1 S. 3 WRV; diese Vorschrift zielte für Staatshaftpflichtsachen auf eine Vereinheitlichung des Rechtsweges.<sup>16</sup> Entgegenstehende Vorschriften wurden demgemäß auch vom Reichsgericht seinerzeit als mit Art. 131 Abs. 1 S. 3 WRV nicht für vereinbar erklärt.<sup>17</sup>

Für das gegenwärtige Verständnis der Amtshaftung ist es allerdings erforderlich, die Entwicklung in den Lehrmeinungen zu untersuchen, die im 19. Jh. vertreten wurden. Zunächst einmal ist insofern auf Pfeiffer zu verweisen, der sich für eine primäre Staatshaftung bei hoheitlichem Handeln aussprach.<sup>18</sup> Demgegenüber befürwortete Zachariae eine subsidiäre Haftung; er ging dabei von dem Standpunkt aus, der Staat als juristische Person handle durch natürliche Personen, die ihn sowohl berechtigten als auch verpflichteten, jedoch nur dann „repräsentieren“ würden, wenn sie im Rahmen einer ihnen erteilten Vollmacht oder aber im Rahmen einer amtlichen Sphäre handeln würden. Daraus wiederum aber sei zu schlussfolgern, dass der Staat durch Handlungen einer Privatperson gar nicht verpflichtet werden könne und für Handlungen des Beamten, die in gar keinem Verhältnis zu seiner amtlichen Tätigkeit stünden, auch niemals haften müsse. Demgegenüber hafte der Staat aber für alle Amtshandlungen seiner Beamten, unabhängig davon, ob diese rechtmäßig oder rechtswidrig seien.<sup>19</sup> Nach Ansicht von Zachariae müsse zwischen staatlichen Geschäften privatrechtlicher Natur und Fällen der „Geltendmachung der obrigkeitlichen Zwangsgewalt“ unterschieden werden. Bei staatlichen Geschäften privatrechtlicher Natur habe der Staat nach den geltenden Grundsätzen des Zivilrechts zu haften, während in den anderen

<sup>15</sup> Jellinek S. 327; vgl. dazu auch Ibler S. 303

<sup>16</sup> Anschütz S. 612

<sup>17</sup> RGZ 106, 34 (36); 105, 334 (335); 103, 429 (430); vgl. ferner RGZ 160, 193 (195); 167, 1 (7); dazu auch Jellinek S. 321 sowie Forsthoff. S. 320, dort FN 2 sowie Michaelis, FS Larenz S. 927 (934 FN 18)

<sup>18</sup> Pfeiffer S. 361 ff., 369 f.

<sup>19</sup> Zachariae, ZStaatsW 19 (1863), 582 (618 ff., 633 ff.)

Fällen der Staat für die amtlichen Handlungen und Unterlassungen seiner Beamten zu garantieren habe und den Untertan gegen widerrechtliche Verletzungen durch Beamte bei Ausübung von deren Amtsgewalt schützen müsse. Diese Haftpflicht solle jedoch nur subsidiär sein; der Staat solle also nur dann haften, wenn der Geschädigte von dem schuldigen Beamten keinen Ersatz erlangen könne.

Nachdem auf dem 6. Deutschen Juristentag und dem 9. Deutschen Juristentag die Diskussion um die Einführung einer Staatshaftung kontrovers geführt wurde und der DJT 1871 mehrheitlich beschlossen hatte, seine Überzeugung auszusprechen, dass der Staat bei seiner Gesetzgebung im Betreff der Schadenszufügung seiner Beamten das Prinzip der direkten Haftungsverbindlichkeit des Staates zur Grundlage zu nehmen habe, wurde die Frage nach der Verantwortlichkeit des Staates für seine Beamten eingehender als zuvor behandelt.<sup>20</sup> Im Jahre 1879 widmete Loening dem Thema Staatshaftung eine umfassende Monographie, in der er allerdings die alte Lehre vom Mandatskontrakt favorisierte und eine Staatshaftung – vor allem *de lege lata* – ablehnte.<sup>21</sup> Sein Schwager, Otto von Gierke, gelangte hingegen zu einem anderen Ergebnis. Von Gierke war Vertreter der Genossenschaftslehre und zugleich fundamentaler Kritiker des damaligen staatsrechtlichen Positivismus. In seinem Werk „Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung“ gelangte er zu einer Staatshaftung, indem er diese als Verbandshaftung ansah.<sup>22</sup> Otto Mayer wiederum trennte die staatliche Entschädigungspflicht aus rechtswidrigen Amtshandlungen von der privatrechtlichen Grundlage des Beamten delikts. Nach Ansicht von Otto Mayer sei der Verwaltungsakt ein der Verwaltung zugehöriger obrigkeitlicher Ausspruch, der dem Untertanen im Einzelfall bestimme, was für ihn rechtens sein solle.<sup>23</sup> Er sah den Untertanen als den gewaltunterworfenen Bürger, der dem obrigkeitlichen Ausspruch, auch wenn dieser rechtswidrig sein sollte, zunächst einmal zu gehorchen habe. Gleichzeitig sah er aber auch die Amtshaftung als einen besonderen Fall des Prinzips der „öffentlich-rechtlichen Entschädigung“, die einen billigen Ausgleich des vom Einzelnen im Interesse der Allgemeinheit gebrachten Opfer fordere.<sup>24</sup> Diesen öffentlich-rechtlichen Ansatz von Mayer lehnten jedoch sowohl Rechtsprechung und Lehre ab.<sup>25</sup>

Die Rechtsprechung stand einer Staatshaftung ablehnend gegenüber. Sowohl das preußische Obertribunal als auch das Reichsoberhandelsgericht sowie das Reichsgericht waren der Auffassung, dass es einer Staatshaftung zum einen nicht bedürfe und sich zum anderen auch dogmatisch nicht herleiten lasse.<sup>26</sup>

Letztlich mögen es rechtspolitische Erwägungen gewesen sein, die dazu führten, dass sich die im Schrifttum als Alternative vorgeschlagene unmittelbare

---

<sup>20</sup> Dagtoglou in: Bonner Kommentar zum GG, Art. 34 Rdziff. 16 f.

<sup>21</sup> Loening S. 106 ff.

<sup>22</sup> von Gierke S. 1 ff.

<sup>23</sup> Mayer, Bd. I S. 95

<sup>24</sup> Mayer, Bd. II S. 358 ff.

<sup>25</sup> vgl. Heidenhain S. 48 ff., 148 f.

<sup>26</sup> vgl. die Nachweise dazu bei Heidenhain, JZ 1968, 487 (489); Link S. 114 ff.

Staatshaftung bei hoheitlicher Schädigung nicht durchgesetzt hat. Hinzu kommt, dass die einzelnen Länder grundsätzlich die Rechtsetzungsgewalt für eben diesen Bereich der Amtshaftung für sich in Anspruch nahmen. Sofern man - wie dies im Schrifttum (bis auf Otto Mayer) vorgenommen wurde - die Amtshaftung privatrechtlich ansiedelte, traten Probleme mit Art. 4 Nr. 13 der Verfassung des Deutschen Reichs vom 16.04.1871<sup>27</sup> in der Fassung des Gesetzes vom 20.12.1873<sup>28</sup> auf. Nach diesem Gesetz unterlag u. a. die gemeinsame Gesetzgebung über das gesamte bürgerliche Recht der Beaufsichtigung durch das Reich und auch der Gesetzgebung desselben. Das BGB, welches am 24.08.1896 verkündet wurde und am 01.01.1900 in Kraft trat, hielt ebenfalls an einer reinen Beamtenhaftung fest. Durch § 839 BGB wurde reichseinheitlich eine deliktische Eigenhaftung des amtpflichtwidrig handelnden Beamten vorgesehen. Insoweit trat eine Abkehr von der Mandatslehre ein. Eine Staatshaftung sah das BGB nur für den privatrechtlich handelnden Staat gem. §§ 89, 31 BGB vor; eine weitergehende Staatshaftung war, sieht man von dem Sonderfall des § 12 Reichsgrundbuchordnung vom 24.03.1897 ab, nicht vorgesehen. Vielmehr überließ Art. 77 EGBGB die Entscheidung über die Haftung des Staates der Gesetzgebung der einzelnen Länder. Von dieser Ermächtigungsgrundlage machten dann die Länder Bayern, Baden und Württemberg Gebrauch. Nach deren jeweiligen gesetzlichen Regelungen wurde eine „mittelbare Haftung des Staates“ geschaffen, indem bestimmt wurde, dass die gem. § 839 Abs. 1 BGB den Beamten treffende Verantwortlichkeit den Staat treffe.<sup>29</sup> Während dann einige Länder von der Ermächtigungsgrundlage des Art. 77 EGBGB überhaupt keinen Gebrauch machten, ließen andere Länder den Staat lediglich subsidiär, dann auch nur als Bürge, haften.<sup>30</sup>

#### B. Die Situation der Amtshaftung nach dem 01.01.1900 bis zum Erlass des Grundgesetzes

Aufgrund der uneinheitlichen gesetzlichen Regelungen wurde 1905 auf dem Deutschen Juristentag die Frage untersucht, ob sich eine einheitliche Regelung der Haftung des Staates und anderer juristischer Personen des öffentlichen Rechts für den von ihren Beamten bei Ausübung der diesen anerkannten öffentlichen Gewalt zugefügten Schaden empfiehlt. Zwar wurde auf dem 28. Deutschen Juristentag dann beschlossen, dass die unmittelbare Haftung des Staates und anderer juristischer Personen des öffentlichen Rechts für den von ihren Beamten in Ausübung der diesen anvertrauten öffentlichen Gewalt zugefügten Schäden durch das Reichsgesetz grundsätzlich auszusprechen sei. Dies geschah jedoch zunächst nicht. Statt dessen wurde an der bereits in den Länder Bayern, Baden und Würt-

---

<sup>27</sup> RGBI 1871 S. 63

<sup>28</sup> RGBI 1873 S. 379

<sup>29</sup> vgl. Heidenhain, JZ 1968, 487 (489)

<sup>30</sup> Dagtoglou in: Bonner Kommentar zum GG, Art. 34 Rdziff. 20; zum Ganzen auch BVerfGE 61, 149 /178 ff.)



temberg eingeführten mittelbaren Staatshaftung festgehalten. Sie wurde auch durch das Gesetz über die Haftung des Staates und anderer Verbände für Amtspflichtverletzungen von Beamten bei Ausübung öffentlicher Gewalt in Preußen eingeführt. Kurze Zeit später wurde 1910 dann das Reichsbeamtenhaftungs-gesetz<sup>31</sup> eingeführt, welches eine Haftung des Reiches für schuldhaft begangene Amtspflichtverletzungen seiner Beamten vorsah, sofern diese in Ausübung öffentlicher Gewalt erfolgten.<sup>32</sup>

Erst Art. 131 WRV brachte eine einheitliche Regelung:

*„Verletzt ein Beamter in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so trifft die Verantwortlichkeit grundsätzlich den Staat oder die Körperschaft, in deren Dienste der Beamte steht. Der Rückgriff gegen den Beamten bleibt vorbehalten. Der ordentliche Rechtsweg darf nicht ausgeschlossen werden. Die nähere Regelung liegt der zuständigen Gesetzgebung ob.“*

Das Reichsgericht hat relativ früh Art. 131 WRV als reichseinheitlich unmittelbar anwendbares aktuelles Recht angesehen und entgegenstehende Vorschriften als mit Art. 131 Abs. 1 S. 3 WRV nicht für vereinbar erklärt.<sup>33</sup> Art. 131 WRV hat damit in zweierlei Hinsicht neues Recht geschaffen. Zum einen führte er für alle Beamten entweder des Reichs oder der Länder, des Staates oder der sonstigen juristischen Personen des öffentlichen Rechts eine Primärhaftung des Staates ein, wobei allerdings ein Rückgriffsrecht gegen diesen Beamten vorbehalten blieb. Zum anderen wurden aber auch landesgesetzliche Einschränkungen in der Geltendmachung der Staatshaftung außer Kraft gesetzt. So wurde z.B. die bereits vorerwähnte Stimmung über die sog. Konflikterhebung aufgehoben. Art. 131 WRV blieb dann bis zum Inkrafttreten des Grundgesetzes in Kraft. Wenngleich zwischen Art. 131 WRV und Art. 34 GG Unterschiede in der systematischen Stellung und in der Formulierung der Bestimmung existieren<sup>34</sup>, so ist klar, dass die sprachlichen und systematischen Abweichungen nicht Ausdruck einer Änderung der Rechtslage sind. Vielmehr sanktioniert Art. 34 GG nur die Auslegung des Art. 131 WRV. Mit Art. 34 GG wurden auch die Strukturschwächen des Art. 131 WRV übernommen, so z.B. die den Rechtsschutz erschwerende Zweispurigkeit des Rechtsweges, nämlich einerseits Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte über

<sup>31</sup> RBHG vom 22.05.1910, RGBl 1910, S. 798

<sup>32</sup> Heidenhain, JZ 1968, 487 (489); Pfab S. 10 ff.; Papier in: Isensee/Kirchhof, HdbStR § 180 Rdziff. 7; Bachof S. 116

<sup>33</sup> RGZ 102, 166 (168); RGZ 102, 391 (393); RGZ 103, 429 (430); RGZ 104, 290 (291); RGZ 105, 334 (335); RGZ 106, 34 (35); RGZ 160, 193 (195, 196); RGZ 167, 1 (7); dazu Hoppe, JA 2011, 167 (167)

<sup>34</sup> Dagtoglou in: Bonner Kommentar zum GG, Art. 34 Rdziff. 23; Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 9, 10; vgl. auch BVerfGE 61, 149 (198) = NJW 1983, 25 (30); dazu Hoppe, JA 2011, 167 (167)

die Frage, ob ein Verwaltungsakt rechtswidrig ist, während die ordentlichen Gerichte für den daraufhin auszusprechenden Schadensersatz zuständig sind. Bedeutung erlangt Art. 131 WRV mitunter auch heute noch; denn nach Maßgabe der Rechtsprechung des BGH sind die dem „Deutschen Reich völkerrechtlich zurechenbaren militärischen Handlungen während des Kriegs im Ausland von dem – eine innerstaatliche Verantwortlichkeit des Staats auslösenden – Amtshaftungstatbestand des § 839 BGB i. V. m. Art. 131 WRV ausgenommen.“<sup>35</sup>

### C. Die Situation der Amtshaftung nach dem Erlass des Grundgesetzes

Die historische Entwicklung des Amtshaftungs- bzw. Staatshaftungsrechts seit Inkrafttreten des Grundgesetzes umfasst zwei Einschnitte, auf die an dieser Stelle kurz eingegangen werden soll. Zum einen geht es dabei um das Staatshaftungsgesetz (StHG) vom 26.06.1981, welches durch Urteil des BVerfG vom 19.10.1982 für nichtig erklärt wurde.<sup>36</sup> Direkt im Zusammenhang damit steht die Änderung des Grundgesetzes durch Gesetz vom 27.10.1994, durch das Art. 74 Abs. 1 Nr. 25, Abs. 2 GG eingefügt worden ist<sup>37</sup>:

Bereits der 47. DJT 1968 hatte sich mit Reformbestrebungen im Bereich des Staatshaftungsrechts befasst. Hintergrund war der Umstand, dass bereits damals die Erkenntnis gereift war, dass das geltende Staatshaftungsrecht durch teils anachronistische und teils antiquierte, aber bis in die Gegenwart fortgeschleppte Ablagerungen charakterisiert wird.<sup>38</sup> Die auf diese Weise hervorgerufenen Widersprüche und Unstimmigkeiten führten zu teilweise grotesken Ungereimtheiten. Die Reformvorschläge des Kommissionsberichts, der von der Bundesregierung zur öffentlichen Diskussion gestellt worden ist<sup>39</sup>, waren vor dem Hintergrund folgender Mängel des (seinerzeitigen und auch heutigen) Staatshaftungsrechts zu sehen:

- (1) Hauptangriffspunkt war die personale Ausrichtung der Amtshaftung. Wie bereits oben dargelegt, beruht die Amtshaftung auf der persönlichen Haftung des handelnden Amtswalters, welche auf den Staat übergeleitet wird. Mithin ist die Amtshaftung eine nur mittelbare Staatshaftung; daraus wurde bzw. wird auch heute noch abgeleitet, dass Art. 34 GG lediglich an § 839 BGB als bloße Passivlegitimationsnorm „angeseilt“ wird.<sup>40</sup> Daraus wiederum folgt, dass die Amtshaftung grundsätzlich nur auf Kompensation, d. h. auf Gelder-

<sup>35</sup> BGHZ 155, 279 (295) = NJW 2003, 3488 (3492)

<sup>36</sup> BVerfGE 61, 149 = DÖV 1982, 982 = NJW 1983, 25 = JZ 1983, 137 (m. Anm. Peine) = JuS 1983, 141

<sup>37</sup> BGBl 1994 I, S. 3146 ff.

<sup>38</sup> Ossenbühl/Cornils S. 736

<sup>39</sup> s. im Einzelnen Nachweise dazu bei Ossenbühl/Cornils S. 737 zu FN 3

<sup>40</sup> Jellinek, JZ 1955, 147 (149)

satz, nicht indessen auf Naturalrestitution ausgelegt ist, da der einzelne Amtswalter qua Privatperson selbst keine Amtshandlung erbringen kann.<sup>41</sup>

- (2) Der Staat profitiert von allen haftungsrechtlichen Vergünstigungen, so insbesondere von dem Verweisungsprivileg (Subsidiaritätsklausel) des § 839 Abs. 1 S. 2 BGB, welches nicht nur als antiquiert<sup>42</sup>, sondern auch als „Schandfleck“<sup>43</sup> charakterisiert worden ist. Auch dies war Anlass für die Sachverständigenkommission, die Subsidiaritätsklausel entweder ganz abzuschaffen oder zu modifizieren.
- (3) Die Anonymität des Verwaltungsapparates bereitet auch heute noch dem einzelnen Bürger Schwierigkeiten, den gem. § 839 BGB erforderlichen Verschuldensnachweis zu führen.
- (4) Die Dichotomie des Rechtswegs führt zu Schwierigkeiten eigener Art. Für den Primärrechtsschutz gegen hoheitliche Eingriffe ist der Verwaltungsrechtsweg nach Maßgabe des § 40 Abs. 1 VwGO eröffnet, während für den Sekundärrechtsschutz (Schadensersatz) die ordentlichen Gerichte zuständig sind, vgl. § 40 Abs. 2 VwGO; für den Bereich der Amtshaftung entscheiden in erster Instanz die Landgerichte, § 71 Abs. 2 Ziff. 2 GVG. Dies wirft mitunter kuriose Fragen auf, so z.B., ob die Zivilgerichte im Fall der Bestandskraft eines Verwaltungsakts an eben diese Bestandskraft gebunden sind, wenn der einzelne Bürger es versäumt hat, gegen den ihn belastenden Bescheid (z.B. Kanalausbaubeitrags-Bescheid) fristgerecht Widerspruch einzulegen bzw. gegen einen abschlägigen Widerspruchsbescheid fristgerecht Klage zu erheben.<sup>44</sup>

Nachdem der Bundestag mehrheitlich die Gesetzesvorlage angenommen hatte, stellte der Bundesrat fest, dass dem Bund für die wesentlichen Punkte die entsprechende Gesetzskompetenz fehle und verweigerte demgemäß seine Zustimmung. Nachdem der Bundespräsident dann das StHG am 26.06.1981 ausgefertigt hatte, wurde es unter dem 02.07.1981 verkündet.<sup>45</sup> Im Rahmen eines abstrakten Normenkontrollverfahrens (Art. 39 Abs. 1 Nr. 2 GG, §§ 13 Ziff. 6, 76 Ziff. 1 BVerfGG) stellte dann das BVerfG in seinem Urteil vom 19.10.1982 fest, das StHG verstoße gegen Art. 70 GG, weil dem Bund die Gesetzskompetenz fehle. Art. 74 Nr. 1 GG („Bürgerliches Recht“) scheidet als Kompetenzgrundlage aus;

<sup>41</sup> Ossenbühl/Cornils S. 737; BGHZ 34, 99 (105)

<sup>42</sup> Scheuner, DÖV 1955, 545 (548)

<sup>43</sup> Schneider, Anm. zu BGH NJW 1966, 1263 (1264)

<sup>44</sup> vgl. zu diesem Problemkreis Rohlffing S. 1 ff.; das Widerspruchsverfahren gem. §§ 68 ff. VwGO ist allerdings in zehn von sechzehn Bundesländern ganz oder teilweise abgeschafft worden, vgl. weitere Hinweise bei Rohlffing, KommJur 2011, 326 (326) dort in FN 2, 3

<sup>45</sup> BGBl 1981 I S. 553 ff.

denn das Staatshaftungsrecht könne nicht zu der Materie gezählt werden, die dem bürgerlichen Recht unterfalle.<sup>46</sup>

Wenngleich seit diesem Zeitpunkt eine von der 54. Justizministerkonferenz 1983 eingesetzte Arbeitsgruppe weitere Reformvorschläge erstellt hat<sup>47</sup>, gibt es derzeit noch keinerlei aktuelle Gesetzesinitiativen. Indessen ist darauf hinzuweisen, dass durch das Gesetz vom 27.10.1994 Art. 74 Nr. 25 GG in das Grundgesetz eingefügt worden ist.<sup>48</sup> Nach dieser Grundgesetzänderung ist nunmehr auch der Bund befugt, im Wege konkurrierender Gesetzgebung ein einheitliches Staatshaftungsgesetz zu erlassen, welches nach näherer Maßgabe des Art. 75 Abs. 2 GG der Zustimmung des Bundesrates bedarf.

---

<sup>46</sup> BVerfGE 61, 149 = DÖV 1982, 982 = NJW 1983, 25 = JZ 1983, 137 (m. Anm. Peine) = JuS 1983, 141

<sup>47</sup> Die drei Regelungsmodelle sind dargestellt bei Ossenbühl/Cornils S. 751 f.; vgl. zu Reformbestrebungen Tremml/Karger/Luber Rdziff. 18 ff.; Stelkens, DöV 2006, 770 ff.

<sup>48</sup> BGBl 1994 I, S. 3146 ff.

## 2. Kapitel: Begriff und systematische Stellung der Amtshaftung

### A. Zur Terminologie der „Amtshaftung“

Mit dem Terminus des Rechts der staatlichen Ersatzleistungen wird das gesamte System der öffentlich-rechtlichen Restitutions- und Kompensationsleistungen unabhängig davon erfasst, ob die Ersatzleistungspflicht des Staates auf rechtmäßigem oder rechtswidrigem Handeln beruht.<sup>49</sup> Dieses Recht der staatlichen Ersatzleistungen umfasst zwei Säulen. Eine dieser beiden Säulen ist die Kompensation (Ausgleich, Entschädigung) für **rechtmäßige** Eingriffe, die dem Einzelnen ein besonderes Opfer zugunsten des Allgemeinwohls auferlegen. Die andere Säule bildet die Restitution (Schadensersatz) für **rechtswidrige** Eingriffe.<sup>50</sup> Der Säule der Kompensation liegt die Aufopferungsentschädigung zugrunde, die ihrerseits klassisch in §§ 74, 75 ALR ausgeprägt war und im geltenden Recht in Art. 14 Abs. 3 GG ihren Niederschlag gefunden hat. Das Grundmodell der Restitution ist die Amtshaftung gem. § 839 i. V. m. Art. 34 GG.<sup>51</sup> Diese Unterscheidung zwischen diesen beiden Fundamentalbereichen (einerseits Ausgleich, andererseits Entschädigung) knüpft an den Haftungsgrund und die Haftungsfolgen an:

Ausgangspunkt der Aufopferungskompensation ist die geschützte Rechtsposition des Bürgers und dessen durch staatlichen Eingriff veränderte Stellung im Vergleich zu anderen Rechtsinhabern. Mithin ist der Haftungsgrund durch ein „Sonderopfer“ gekennzeichnet, welches von der Rechtsordnung als eine missbilligende Belastung des Einzelnen für die Gemeinschaft darstellt; hingegen ist das die Wirkung erzeugende rechtmäßige (oder rechtswidrige) Staatshandeln nicht erfasst.<sup>52</sup> Demgegenüber knüpft die Amtshaftung an ein Modell der Verhaltenshaftung an, welches durch ein von der Rechtsordnung missbilligtes amtspflichtwidriges Verhalten eines Amtswalters gekennzeichnet ist.<sup>53</sup> Bei der Amtshaftung ist der Haftungsgrund also ein der Rechtsordnung entgegenstehendes Handeln eines Organwalters, welches die Haftungsfolge des vollen Ersatzes für einen dadurch verursachten Schaden auslöst. Wesensmäßig ist die „Amtshaftung“ mithin „Amtshandlungshaftung“ bzw. „Amtspflichtverletzungshaftung“.<sup>54</sup> Die vorge-

<sup>49</sup> Terminus bei Maurer, § 25 Rdziff. 1 ff.

<sup>50</sup> Maurer, vor § 25 Rdziff. 1; Stern, Staatsrecht I, § 20 IV 6; Achterberg, § 25 Rdziff. 29; Schoch, JURA 1988, 585 (585); Jochum S. 6

<sup>51</sup> Schoch in: von Mutius, Kommunale Haftung S. 42; Jochum S. 6; vgl. auch Ossenbühl, Festgabe BGH, S. 887 (887)

<sup>52</sup> Jochum S. 7; Jaenicke, VVDStRL 20 (1963), 135 (145)

<sup>53</sup> Jaenicke, VVDStRL 20 (1963), 135 (144); Jochum S. 7

<sup>54</sup> Dagtoglou in: Bonner Kommentar zum GG, Art. 34 Rdziff. 7; Bettermann, DÖV 1954, 299 (299); vgl. auch Detterbeck/Windthorst/Sproll, § 8 Rdziff. 1 (S. 78); zu dem Sonderfall der

nannten Begriffe werden jedoch nach teilweiser Auffassung in der Rechtslehre als nicht ganz zutreffend angesehen, weil sich Art. 34 GG nur auf die Haftung für Amtshandlungen oder Amtspflichtverletzungen im **hoheitlichen** Bereich beziehe.<sup>55</sup> Demgegenüber wird der Begriff der Staatshaftung teilweise als Oberbegriff angesehen, die „Amtshaftung“ als einer von deren Unterfällen.<sup>56</sup> Dies wird auch damit gerechtfertigt, dass der Terminus „Staatshaftung“ eindeutiger sei als der Begriff der „Amtshaftung“ und im Übrigen das Hauptmoment des Art. 34 GG, nämlich die Übernahme der durch § 839 BGB begründeten Haftung durch den Staat betone und schließlich auch der internationalen Terminologie entspreche (Responsabilité de L'Etat; Responsabilité Publique; Responsabilità della Pubblica Amministrazione; Liability of State).<sup>57</sup>

Obschon sich der Begriff der Amtshaftung aus den o. g. Gründen nicht ganz unberechtigten Bedenken ausgesetzt sieht, wird für die nachstehenden Ausführungen an diesem Begriff festgehalten, nicht zuletzt deswegen, weil er sich in der juristischen Terminologie einen festen Platz erobert hat.

Die Amtshaftung ist gekennzeichnet durch eine ausschließliche, subsidiäre, mittelbare, verschuldensabhängige Unrechtshaftung des Staates im hoheitlichen Funktionskreis<sup>58</sup> und ist Teil der Rechtswidrigkeitshaftung des Staates oder sonstiger Träger öffentlicher Gewalt (Staatshaftung), die zugleich die richterrechtlich ausgebildeten Rechtsinstitute des enteignungs gleichen und aufopferungs gleichen Eingriffs sowie die Folgenbeseitigung und den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch. In den neuen Bundesländern gilt überdies das Staatshaftungsgesetz der DDR als Landesrecht fort. Diese verschiedenen Elemente des zur Zeit geltenden und praktizierten Staatshaftungsrechts bilden kein in sich geschlossenes und konsistentes System.<sup>59</sup>

Die Amtshaftung und die Staatshaftung aufgrund privatrechtlicher deliktischer Vorschriften schließen sich wechselseitig aus. Entscheidend ist die Rechtsnatur des jeweiligen (rechtswidrigen) Handelns. Die Regelungen in §§ 31, 89, 823 ff. BGB sind einschlägig, wenn der Staat im privatrechtlichen Funktionskreis tätig

---

Amtspflichtverletzung durch richterliche Tätigkeit: BGHZ 187, 286 = NJW 2011, 1072; OLG Hamm, Urt. v. 17.06.2011 - 11 U 27/06 -, juris; OLG München, Beschl. v. 28.01.2011 - 1 W 94/11 -, juris (keine Passivlegitimation des Richters); OLG München, BtPrax 2009, 244; OLG Stuttgart, ZIP 2007, 1822; OLG Frankfurt, OLG-Report 2002, 301; OLG Brandenburg, MDR 2002, 1192; OLG Frankfurt, NJW 2001, 3270 = NVwZ 2001, 1324 (Ls); zum Regressanspruch gegen Richter wegen Amtspflichtverletzung: Scheffer, NVwZ 2010, 425 ff.; zur Amtshaftung der Kirchen: BGHZ 154, 54 = NJW 2003, 1308; BGH VersR 1961, 437; BGHZ 22, 383; Feuer, Amtshaftung und Staatskirchenrecht (2010), S. 1 ff.; Wilms, NJW 2003, 2070; Kriele, Sonderheft NJW für Hermann Weber S. 28

<sup>55</sup> Dagtoglou in: Bonner Kommentar zum GG, Art. 34 Rdziff. 7

<sup>56</sup> Dagtoglou in: Bonner Kommentar zum GG, Art. 34 Rdziff. 7; Bonk in: Sachs, GG, Art. 34 Rdziff. 6

<sup>57</sup> Dagtoglou in: Bonner Kommentar zum GG, Art. 34 Rdziff. 7

<sup>58</sup> Deterbeck/Windthorst/Sproll, § 8 Rdziff. 6 (S. 81)

<sup>59</sup> Papier in: MünchKomm BGB, § 839 Rdziff. 3; Bonk in: Sachs, GG, Art. 34 Rdziff. 6

geworden ist. Das Begriffselement „Haftung“ setzt die Einstandspflicht eines Hoheitsträgers für das schädigende Verhalten voraus, impliziert also dessen Zurechnung. Fehlt es daran, spricht man – je nach Status des Handelnden – von Beamtenhaftung (§ 839 BGB) oder von sonstiger deliktischer Eigenhaftung des Amtswalters gem. § 823 BGB.<sup>60</sup> Diese vorgenannten Regelungen bilden eine unmittlere, primäre, kumulative und gesamtschuldnerische Haftung, in deren Rahmen die Eigenhaftung des Handelnden bestehen bleibt.<sup>61</sup>

Der Amtshaftungsanspruch ist (nur) auf Geldersatz, nicht auf Naturalrestitution ausgerichtet, zumindest nicht, wenn die Naturalrestitution nur durch ein hoheitliches Handeln bewirkt werden könnte. Denn von dem Staat kann eben nur das begehrt werden, was auch von einem (persönlich haftenden) Beamten gefordert werden könnte; der Beamte kann aber als persönlich Haftender keinerlei Amtshandlungen vornehmen.<sup>62</sup>

## B. Die Wechselwirkung zwischen § 839 BGB und Art. 34 S. 1 GG

Während in Literatur und Rechtsprechung Einigkeit darüber besteht, dass die Regelungen in § 839 BGB, Art. 34 S. 1 GG die rechtliche Grundlage der Amtshaftung bilden und eine objektiv-rechtliche Haftungsverpflichtung der staatlichen Gewalt begründen, ist gleichwohl nach wie vor umstritten, auf welche Weise dieses Zusammenspiel begründet wird.

### *I. Die historische Auffassung von der mittelbaren (unechten) Haftung*

Die Vertreter dieser Auffassung greifen im Wesentlichen auf den unterschiedlichen Entstehungszeitpunkt der beiden Vorschriften zurück. Während § 839 BGB mit dem 01.01.1900 in Kraft trat, ist Art. 34 S. 1 GG erst unter dem 23.05.1949 entstanden. Bereits die Historie dieser beiden Vorschriften lege es nahe, § 839 BGB als die eigentliche (haftungsbegründende) Bestimmung anzusehen, während Art. 34 S. 1 GG lediglich als verfassungsrechtliche haftungsverlagernde Norm verstanden werden müsse. Die in der Verfassungsvorschrift vorgesehene Verantwortlichkeit werde im Einzelnen durch die Merkmale in § 839 BGB ausgefüllt. Schuldbefreiend werde die Haftung dann vom Staat übernommen (Schuldübernahmekonstruktion).

Auf diese Weise werde eine Passivlegitimation lediglich verschoben. Somit sei es auch eine deliktische, d.h. am Verschulden des handelnden Beamten lediglich anknüpfende, insoweit keine echte (unmittelbare), sondern eine lediglich mittelba-

---

<sup>60</sup> Detterbeck/Windthorst/Sproll, § 8 Rdziff. 1 (S. 78)

<sup>61</sup> Papier in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 34 Rdziff. 32; Detterbeck/Windthorst/Sproll, § 8 Rdziff. 8 (S. 82)

<sup>62</sup> BGHZ 34, 99 (105); OLG Frankfurt, Beschl. v. 30.11.2011 - 1 W 54/11, juris Rdziff. 12; Tremml/Karger/Luber Rdziff. 49; a. A. aber BGHZ 5, 102 (Verpflichtung zur Lieferung vertretbarer Sachen)

re und damit unechte Haftung.<sup>63</sup> Nach dieser Auffassung sei Art. 34 GG – um es mit einem Wort von Jellinek zum Ausdruck zu bringen – lediglich an § 839 BGB „angeseilt“.<sup>64</sup>

## II. Die Auffassung über die Unmittelbarkeit der Haftung

Anders als die Vertreter der historischen Auffassung wird nach dieser neueren Auffassung Art. 34 S. 1 GG als die eigentliche Anspruchsgrundlage verstanden, die durch § 839 BGB lediglich an Konkretisierung erfährt. Einzelnen Vertretern dieser Auffassung zufolge bestehe auch auf der Ebene der Anspruchs begründung eine Wechselwirkung. Art. 34 S. 1 GG sei lediglich Ausdruck einer originären Staatsverbandshaftung und damit das publizistische Gegenstück zu §§ 31, 89 BGB.

Des Weiteren sei auf die „offene“ Formulierung von Art. 34 S. 1 GG abzustellen, wonach – lasse man die Entstehungsgeschichte außer Acht – eine unmittelbare Verantwortlichkeit des jeweiligen Trägers öffentlicher Gewalt ebenso begründet werden könne.<sup>65</sup>

## III. Stellungnahme

Beide Auffassungen weisen gewisse nachvollziehbare Argumentationen auf, sehen indessen die Verfassungsnorm des Art. 34 S. 1 GG nicht zwingend in ihrer gesamten Komplexität. Denn zutreffender Auffassung zufolge wohnt der Regelung in Art. 34 S. 1 GG eine Doppelfunktion inne.<sup>66</sup> Einerseits handelt es sich um eine unmittelbar geltende Zurechnungsnorm, die die Passivlegitimation des Schadensersatzanspruch vom pflichtwidrig-schuldhaft handelnden Amtsträger auf die öf-

<sup>63</sup> **Aus der Literatur:** Dagtoglou in: Bonner Kommentar zum GG, Art. 34 Rdziff. 9; Bartlspenger, NJW 1968, 1697 (1701); Heidenhain, S. 38, 47; ders. JZ 1968, 487 (488); Jacobs Rdziff. 35 f.; Ossenbühl/Cornils S. 12; Papier in: MünchKomm BGB, § 839 Rdziff. 298; 117; Papier in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 34 Rdziff. 11; Schoch, JURA 1988, 585 (586); Bamberger/Roth/Reinert, BGB, § 839 Rdziff. 1; Palandt/Sprau, BGB, § 839 Rdziff. 1, 12; Soergel/Vinke, BGB, § 839 Rdziff. 30; RGRK/Kreft, BGB, § 839 Rdziff. 22; Tremml/Karger/Luber Rdziff. 40; Nüssgens, FS Gelzer, S. 293 (293); Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 20; Wurm, JA 1992, 1 (1); Kunschert in: Geigel, Kap. 20 Rdziff. 3; Maurer § 26 Rdziff. 1 **Aus der Rechtsprechung:** BVerfGE, 61, 149 (198); BVerfG, NVwZ 1998, 271 (272); RGZ 102, 166 (168); BGHZ 1, 388 (391); 4, 10 (45); 9, 65 (67); 13, 88 (92); 34, 99 (104 ff.); 96, 50 (57); BVerwGE 13, 17 (23); 25, 138 (145); BVerwG, NJW 1963, 69 (70) = DVBl 1963, 184 (184); OLG Frankfurt, Beschl. v. 30.11.2011 - 1 W 54/11, juris Rdziff. 12; OLG Frankfurt NJW-RR 2007, 283 (283); OLG Koblenz, NJW-RR 2001, 318 (318)

<sup>64</sup> Jellinek, JZ 1955, 147 (149)

<sup>65</sup> Bettermann, DÖV 1954, 299 (300); Bettermann, DÖV 1955, 528 (530); Bettermann, JZ 1961, 482 (482); Bettermann, Grundrechte S. 831 ff.; Jarass in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 34 Rdziff. 1; Papier, Die Verwaltung 75, 23 (25); Wieland in: Dreier, GG, Bd. II, Art. 34 Rdziff. 25

<sup>66</sup> Papier in: MünchKomm BGB, § 839 Rdziff. 14; Papier in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 34 Rdziff. 13; Dagtoglou in: Bonner Kommentar zum GG, Art. 34 Rdziff. 31; Detterbeck/Windthorst/Sproll, § 8 Rdziff. 4 (S. 80)



fentlich-rechtliche Körperschaft verlagert; in eben dieser Funktion ist der Verfassungsrang des Art. 34 S. 1 GG eher zufällig und hat auch anerkanntermaßen keinen spezifischen Wirkungsgrad.<sup>67</sup> Zum anderen beinhaltet die Regelung in Art. 34 S. 1 GG eine institutionelle Garantie der Staatshaftung.<sup>68</sup> Die Regelung in Art. 34 S. 1 GG gewährleistet also von Verfassungs wegen die prinzipielle Haftung des Staates für das von seinen Amtsträgern bei Ausübung öffentlicher Gewalt begangene Unrecht, wobei zu vergegenwärtigen ist, dass Art. 34 S. 1 GG kein Grundrecht oder ein sonstiges, mit der Verfassungsbeschwerde durchsetzbares grundrechtsgleiches Recht des Bürgers i. S. d. Art. 39 Abs. 1 Nr. 4a GG begründet.<sup>69</sup> Denn Art. 34 GG steht im Abschnitt „Der Bund und die Länder“. Obwohl Art. 34 GG kein Grundrechtscharakter beizumessen ist, ist es gleichwohl unbestreitbar, dass die Haftung des Staates und der Ersatzanspruch des Geschädigten einen wichtigen Teil des Rechtsschutzes des Einzelnen gegen staatliche Eingriffe und Beeinträchtigungen darstellen. Es muss jedoch vergegenwärtigt werden, dass es sich durch den von Art. 34 S. 1 GG vermittelten Schutz nur um einen Mindestschutz zugunsten der durch die öffentliche Gewalt geschädigten Personen handelt.<sup>70</sup> Dabei gilt es, zweierlei zu beachten. Zum einen steht Art. 34 S. 1 GG, soweit es die Haftungsverlagerung bzw. die Schuldübernahmekonstruktion anbelangt, zur Disposition des einfachen Gesetzgebers. Denn die spezifische Wirkkraft von Art. 34 S. 1 GG besteht nur für die institutionelle Garantie der Staatshaftung an sich, nicht jedoch für die Frage, auf welche Weise diese zu gewährleisten ist. Der einfache Gesetzgeber könnte also die Schuldübernahmekonstruktion durch eine unmittelbare – ggf. der privatrechtlichen Organhaftung nachgebildeten – Staatsunrechtshaftung ersetzen.<sup>71</sup> Zum anderen könnte der einfache Gesetzgeber aber auch insoweit über das derzeit geltende Amtshaftungsrecht hinausgehen, als er auch die Verschuldensunabhängigkeit einführen könnte.<sup>72</sup>

Einer Entscheidung darüber, ob der historischen Auffassung oder aber der Auffassung über die unmittelbare Haftungswirkung von Art. 34 S. 1 GG zu folgen

---

<sup>67</sup> Papier in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 34 Rdziff. 13; konkret zu dem Aspekt der Haftungsverlagerung gem. Art. 34 S. 1 GG bei einer Klage gegen den TÜV: OLG Karlsruhe, VersR 2007, 498

<sup>68</sup> Papier in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 34 Rdziff. 13; Dagtoglou in: Bonner Kommentar zum GG, Art. 34 Rdziff. 31; Bonk in: Sachs, GG, Art. 34 Rdziff. 3; BVerfGE 61, 149 (198)

<sup>69</sup> Bettermann, Grundrechte, S. 831 (853); BVerfGE 2, 336 (338); Papier in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 34 Rdziff. 13; Dagtoglou in: Bonner Kommentar zum GG, Art. 34 Rdziff. 28

<sup>70</sup> BVerfGE 61, 149 (199); Lerche, JuS 1961, 237 (240); Dagtoglou in: Bonner Kommentar zum GG, Art. 34 Rdziff. 31; Papier in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 34 Rdziff. 15; Bonk in: Sachs, GG, Art. 34 Rdziff. 54

<sup>71</sup> BVerfGE 61, 149 (198 f.)

<sup>72</sup> Dagtoglou in: Bonner Kommentar zum GG, Art. 34 Rdziff. 38; Papier in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 34 Rdziff. 15; Detterbeck/Windthorst/Sproll, § 8 Rdziff. 5 (S. 80)

wäre, bedarf es m. E. nicht. Beide Ansichten geben die Problematik um das Zusammenspiel von Art. 34 S. 1 GG und § 839 BGB jeweils nur fragmentarisch wieder. Insoweit ist es sicherlich zutreffend, wenn ausgeführt wird, dass das Zusammenspiel zwischen beiden Regelungen nicht durch die Schlagworte „Haftungs begründung“ bzw. „Haftungsverlagerung“ verkürzt werden könne.<sup>73</sup>

### C. Die systematische Einordnung der Amtshaftung zwischen Primärrechtsschutz und Deliktshaftung

Nach heutiger Auffassung gehört die Frage der Haftung des Staates, seiner Verantwortlichkeit für die Folgen pflichtwidriger Ausübung öffentlicher Gewalt zum öffentlichen Recht, das vom Privatrecht zu unterscheiden ist.<sup>74</sup> Auch im Rahmen des Amtshaftungsprozesses stellt sich die Frage nach dem Verhältnis zwischen den Möglichkeiten des Betroffenen, Eingriffe in seine Rechtssphäre mit den dafür vorgesehenen Rechtsbehelfen/Rechtsmitteln abzuwehren und auf diese Weise Rechtsschutz in Anspruch zu nehmen (Primärrechtsschutz) oder aber derartige Eingriffe hinzunehmen und lediglich Geldersatz für die erlittene Einbuße zu verlangen (Sekundärrechtsschutz). Der BGH selbst hat auf seine Rechtsprechung zum Entschädigungsrecht verwiesen. Bei Ansprüchen aus enteignungsgleichem Eingriff könne der Betroffene, wenn er es schuldhaft unterlassen habe, den Eingriff mit entsprechenden Rechtsmitteln abzuwehren, keinerlei Entschädigung für Nachteile verlangen, die durch den Gebrauch der Rechtsmittel nicht entstanden wären. Dies gebiete eine entsprechende Anwendung des § 254 BGB.<sup>75</sup> Dieses Verhältnis beider Rechtsschutzmöglichkeiten zueinander ist im Wesentlichen auf den Nassauskiesungs-Beschluss des BVerfG<sup>76</sup> zurückzuführen. Das BVerfG hat mit der Möglichkeit, rechtswidrige Verwaltungsakte unter die Kontrolle der Verwaltungsgerichte zu stellen, gleichsam eine Anfechtungspflicht, mindestens aber eine Anfechtungslast verknüpft. Wer sich dieser Anfechtungspflicht oder der Anfechtungslast entzieht, büßt nach Ansicht des BVerfG sein Recht ein, und zwar mit der Folge, dass auch eine Entschädigung oder eine Schadensliquidation nicht mehr in Betracht kommt. Das BVerfG verleiht damit der Wiederherstellung der Rechtsordnung ein deutlich höheres Gewicht als dem individuellen Ausgleich von Vermögensnachteilen. Bestandsgarantie geht also der Wertgarantie deutlich vor.<sup>77</sup> Die grundsätzliche Bedeutung des Primärrechtsschutzes liegt also in der Feststellung, dass die Eigentumsgarantie in erster Linie auf Bestandsschutz abzielt. Der Betroffene kann sich rechtswidriger Eigentumseingriffe erwehren und auf diese Weise den Bestand seines Eigentums erhalten. Sollte jedoch im konkreten Fall eine Abwehr des Eingriffs nicht möglich oder nicht zumutbar sein und damit der

<sup>73</sup> Detterbeck/Windthorst/Sproll, § 8 Rdziff. 4 (S. 80)

<sup>74</sup> BVerfGE 61, 149 (176)

<sup>75</sup> BGHZ 110, 12 (14); 99, 24 (31 f.); 90, 17 (31)

<sup>76</sup> BVerfGE 58, 300 = NJW 1982, 745 = NVwZ 1982, 242

<sup>77</sup> s. im Einzelnen Rohlfing S. 196 ff.

Bestandsschutz bei rechtswidrigen Eigentumsbeeinträchtigungen nicht oder nicht ausreichend greifen, dann muss Entschädigung geleistet werden. Die Entschädigung wird also nicht ausgeschlossen, sondern gleichsam in die zweite Reihe verwiesen und steht dort als subsidiäres Auffangmittel bereit. Dem entspricht das Verhältnis von Primärrechtsschutz und Sekundärrechtsschutz.<sup>78</sup> Wenngleich die Ausführungen des BVerfG sich im Nassauskiesungs-Beschluss auf das Verhältnis zwischen einerseits verfassungswidriger Inhaltsbestimmung i. S. v. Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG und andererseits Enteignung gem. Art. 14 Abs. 3 GG bezogen, so wird jedoch das Verhältnis von Primärrechtsschutz zu Sekundärrechtsschutz auch (entsprechend) im Amtshaftungsrecht verwendet. Dazu ist zunächst einmal davon auszugehen, dass in dem differenzierten Rechtswegestaat des GG die Rechtswege einerseits zum ordentlichen Gericht (§ 13 GVG) und zum Verwaltungsgericht (§ 40 VwGO) gleichrangig sind.<sup>79</sup> Einzig im Bereich des Amtshaftungsprozesses besteht – trotz ausdrücklicher verfassungsrechtlicher Rechtswegzuweisung zu den ordentlichen Gerichten nach Maßgabe des Art. 34 S. 3 GG – eine Subsidiarität der Schadensersatzpflicht im Verhältnis zu den Rechtsschutzmöglichkeiten der allgemeinen und besonderen Verwaltungsgerichtsbarkeit.<sup>80</sup> Der Amtshaftungsanspruch ist mithin durch den in § 839 Abs. 3 BGB geregelten Haftungsausschluss wegen schuldhafter Rechtsbehelfsversäumung der verwaltungsgerichtlichen Klage nachgeordnet. Der damit verbundene Ausschluss des Wahlrechts, entweder den rechtswidrigen Verwaltungsakt mit den entsprechenden Rechtsbehelfen des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes abzuwehren oder aber diesen rechtswidrigen Verwaltungsakt hinzunehmen und dafür Schadensersatz zu verlangen, schützt neben der Wahrung der Anfechtungsfristen auch und gerade das Institut der Bestandskraft von Verwaltungsakten.<sup>81</sup> Vor diesem Hintergrund verweist auch der BGH zu Recht darauf, dass in aller Regel die Verweisung auf zulässige und zumutbare Rechtsmittel die Konsequenz einer Abweisung von Schadensersatzansprüchen habe, wenn der Geschädigte den Verwaltungsakt hat bestandskräftig werden lassen.<sup>82</sup> Gleichwohl ist mit Nachdruck darauf hinzuweisen, dass die zuvor beschriebene Subsidiarität nicht absolut gilt, sondern nur dann, wenn es der Betroffene vorwerfbar im Sinne eines „Verschuldens gegen sich selbst“ versäumt hat, gegen den Verwaltungsakt mit Widerspruch und Anfechtungsklage vorzugehen. Diese Subsidiarität gilt also nur „relativ“.<sup>83</sup> Während also das BVerfG im

<sup>78</sup> Maurer § 27 Rdziff. 99; Tremml/Karger/Luber Rdziff. 332 ff.; Ossenbühl S. 92/93; Lässig, NVwZ 2002, 304 (304); ausführlich zum Primär- und Sekundärrechtsschutz im öffentlichen Recht auch Axer, DVBl. 2001, 1322; Rohlffing S. 199/200

<sup>79</sup> Nierhaus, JZ 1992, 209 (209/210)

<sup>80</sup> Ossenbühl, FS Geiger, S. 475 (492 ff.)

<sup>81</sup> Rohlffing S. 200

<sup>82</sup> BGHZ 113, 17 (22) = NJW 1991, 1168 (1169) = NJW-RR 1991, 669 (Ls) = DÖV 1991, 330 (331) = DVBl 1991, 379 (380); dazu auch Axer, DVBl. 2001, 1322 (1326)

<sup>83</sup> Nierhaus, JZ 1992, 209 (210); Maurer § 27 Rdziff. 99; Ossenbühl/Cornils S. 93/94;

Tremml/Karger/Luber Rdziff. 333; Lässig, NVwZ 2002, 304 (304); Axer, DVBl. 2001, 1322

Nassauskiesungs-Beschluss für den Bereich der Entschädigungen für Beeinträchtigungen des Eigentums diese Subsidiarität als absolut voraussetzt, ist dieses Verhältnis im Bereich des Amtshaftungsrechts nach Maßgabe der vorstehenden Ausführungen zu relativieren. Folgerichtig führt der BGH auch aus, dass ein absoluter Vorrang des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes den beschränkten Haftungsausschluss gem. § 839 Abs. 3 BGB gegenstandslos machen und sich damit „vom Gesetz entfernen“ würde.

Die zivilrechtliche Deliktshaftung des Staates einerseits und die Amtshaftung andererseits schließen sich zwangsläufig aus. Entscheidend dafür, ob entweder das eine oder das andere vorliegt, ist die Rechtsnatur des rechtswidrigen Handelns. Dies wird nach den herkömmlichen Abgrenzungsmerkmalen, insbesondere der Subjektions-, Interessen- und Subjektstheorie zu beurteilen sein.<sup>84</sup> Ist die Organhaftung gem. §§ 31, 89 BGB einschlägig, so haftet der Staat ohne Exkulpationsmöglichkeit, wenn verfassungsmäßig berufene Vertreter gehandelt haben; dazu gehören diejenigen Personen, deren Stellung durch die Verfassung der jeweiligen Organisation konstituiert ist. Wenn die Deliktshaftung gem. §§ 823 ff. BGB einschlägig ist, so gilt auch für den Staat die Exkulpationsmöglichkeit des § 831 Abs. 1 S. 2 BGB. Die persönliche Haftung von Nicht-Beamten gem. § 823 BGB und die von Beamten nach § 839 BGB bleibt in einem solchen Fall unberührt und tritt neben die evtl. Haftung des Geschäftsherrn für den Erfüllungsgehilfen. Bei einer nur zivilrechtlichen Eigenhaftung des Beamten nach § 839 BGB gilt im Übrigen auch die Subsidiaritätsklausel uneingeschränkt weiter.<sup>85</sup>

---

(1326); zum Vorrang des verwaltungsgerichtlichen Primärrechtsschutzes bei enteignungsgleichen Eingriffen: BVerfG NJW 2000, 1402

<sup>84</sup> Bonk in: Sachs, GG, Art. 34 Rdziff. 51

<sup>85</sup> BGHZ 89, 263 (273); 85, 393 (395); Bonk in: Sachs, GG, Art. 34 Rdziff. 51

## Zweiter Teil: Drittschadensliquidation und Drittbezogenheit

### 3. Kapitel: Einführende Anmerkungen und Fallbeispiele

#### A. Einleitung

Sowohl § 839 Abs. 1 S. 1 BGB als auch Art. 34 S. 1 GG stellen in gleicher Weise darauf ab, dass der Amtsträger „die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht“ verletzt haben muss. Nur der solchermaßen geschützte „Dritte“ kann also Inhaber eines Amtshaftungsanspruchs sein. Diese Drittbezogenheit als Tatbestandsvoraussetzung wird als ein wichtiges haftungsbegründendes und zugleich haftungsbegrenzendes Merkmal dargestellt, an welchem zahlreiche Amtshaftungsklagen scheitern.<sup>86</sup> Völlig zu Recht wird daher die Drittbezogenheit der Amtspflicht als die „crux des Amtshaftungsanspruchs“<sup>87</sup> bzw. als die „Achillesfer-

---

<sup>86</sup> Detterbeck/Windthorst/Sproll, § 9 Rdziff. 96 (S. 131); Wurm JA 1992, 1 (1); bereits 1976 ergab sich anhand der Gerichtsaktenauswertung des Bundesministeriums der Justiz (dort S. 202) zur Vorbereitung der Staatshaftungsrechtsreform, dass 2,2 % der Klagen abgewiesen worden seien, weil keine Amtspflicht gegenüber einem Dritten existiert habe und 15,1 % der Klagen der Abweisung anheim fielen, weil überhaupt keine Amtspflicht bestanden habe; vgl. auch Blankenagel DVBl 1981, 15 (15) dort FN 6; zur Funktion der Drittbezogenheit s. u. S. 110 ff.

<sup>87</sup> Ossenbühl/Cornils S. 60

se der Amtshaftung<sup>88</sup> bezeichnet. Diese Feststellung hat auch ihren guten Grund. Denn Amtspflichten sind nicht umfassend bzw. abschließend gesetzlich geregelt und daher weitgehend unbestimmt und durch eine Flut einschlägiger gerichtlicher Entscheidungen vorgegeben (case law). Diese stark verästelte Kasuistik lässt sich jedoch nicht verallgemeinern; auch wenn der konkrete Sachverhalt einer der höchstrichterlich gebildeten Fallgruppen zuzuordnen ist, besteht – wie noch darzulegen sein wird – eine erhebliche Rechtsunsicherheit, die die Beurteilung der Erfolgsaussichten einer Amtshaftungsklage wesentlich erschwert. Da mithin der Bereich der Drittbezogenheit von Amtspflichten seine Impulse im Wesentlichen durch die Gerichte erhält, wird dieser Bereich nicht zu Unrecht als „entwicklungs-offene Flanke“ des Amtshaftungsanspruchs bezeichnet.<sup>89</sup>

Das Tatbestandsmerkmal „gegenüber einem Dritten“ ist zwar (selbstverständlich) ein anspruchsbegründendes Merkmal<sup>90</sup>; obwohl in der Rechtsprechung die Tendenz besteht, dieses Erfordernis bezüglich der Person des Dritten als auch seiner sachlich geschützten Interessen auszudehnen<sup>91</sup>, so hat dieses Tatbestandsmerkmal in erster Linie aber haftungsbegrenzende Funktion.<sup>92</sup> Dieses Spannungsverhältnis löst der BGH durch folgende – mitunter als gebetsmühlenhaft<sup>93</sup> apostrophierte – Definition:

*„Der Kreis der Ersatzberechtigten beschränkt sich in den Fällen der §§ 823 - 826 BGB auf die unmittelbar Verletzten; diesen entspricht in § 839 BGB der „Dritte“, dem gegenüber die – verletzte – Amtspflicht bestand. Ob im Einzelfall der Geschädigte zu dem Kreis der „Dritten“ in diesem Sinne gehört, muss entscheidend danach beantwortet werden, ob die Amtspflicht – wenn auch nicht notwendig allein, so doch auch – den Zweck hat, das Interesse gerade dieses Geschädigten wahrzunehmen. Nur wenn sich aus den die Amtspflicht begründenden und sie umreisenden Bestimmungen sowie aus der besonderen Natur des Amtsgeschäfts ergibt, dass der Geschädigte zu dem Personenkreis zählt, dessen Belange nach dem Gesetz und der rechtlichen Bestimmung des Amtsgeschäfts geschützt oder gefördert werden sollten, besteht ihm gegenüber bei schuldhafter Pflichtverletzung eine Schadensersatzpflicht. Hingegen tritt anderen Personen gegenüber, selbst wenn sich die Amtspflichtverletzung auf sie mehr oder weniger nachteilig auswirkt,*

<sup>88</sup> Deterbeck/Windthorst/Sproll, § 9 Rdziff. 94 (S. 130)

<sup>89</sup> Ossenbühl/Cornils S. 60

<sup>90</sup> Wurm, JA 1992, 1 (1); Gotzen, VR 1993, 423 (423); Deterbeck/Windthorst/Sproll, § 9 Rdziff. 96 (S. 131)

<sup>91</sup> Ossenbühl/Cornils S. 61; Blankenagel, DVBl 1981, 15 (17); de Witt/Burmeister, NVwZ 1992, 1039 (1040); Dagtoglou in: Bonner Kommentar zum GG, Art. 34 Rdziff. 158 ff.; so bereits Hagen S. 228

<sup>92</sup> Wurm, JA 1992, 1 (1); Tremml/Karger/Luber Rdziff. 99; Gotzen, VR 1993, 423 (423); Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Bd. 2, § 67 Rdziff. 68; Ossenbühl/Cornils S. 60; Schoch, JURA 1988, 585 (590); Jochum S. 11; Roth S. 97; Ladeur, DÖV 1994, 665 (666); de Witt/Burmeister, NVwZ 1992, 1039 (1039); Bonk in: Sachs, GG, Art. 34 Rdziff. 70; Blankenagel, DVBl 1981, 15 (17); Boujong, FS Geiger, S. 430 (432); Rohlfing, MDR 2002, 254 (254); Petersen, DÖV 2004, 700 (700); vgl. auch BGHZ 129, 17 (19) = NJW 1995, 1828 (1829)

<sup>93</sup> Deterbeck/Windthorst/Sproll, § 9 Rdziff. 95 (S. 130)

*eine Ersatzpflicht nicht ein. Es muss mithin eine besondere Beziehung zwischen der verletzten Amtspflicht und dem geschädigten „Dritten“ bestehen.“<sup>94</sup>*

Der BGH verweist darüber hinaus darauf, dass eine Person, der gegenüber eine Amtspflicht zu erfüllen sei, nicht immer in allen ihren Belangen als Dritter anzusehen sei. Vielmehr sei zu prüfen, ob gerade das im Einzelfall berührte Interesse nach dem Zweck der rechtlichen Bestimmung des Amtsgeschäfts geschützt werden solle.

Es komme danach auf den Schutzzweck der Amtspflicht an.<sup>95</sup> Durch Heranziehung eben dieser Grundsätze ist die Rechtsprechung bemüht, praktikable Rege-

<sup>94</sup> BGH MDR 2013, 1099 (1100) = juris Rdziff. 14; BGHZ 195, 276 (282) = NJW 2013, 604 (605); BGHZ 191, 173 (179) = NVwZ-RR 2012, 54 (55); BGHZ 182, 370 (374) = NVwZ 2010, 467 (468); BGH VersR 2010, 346 (348) = MDR 2010, 167 (168); BGH NJW-RR 2009, 601 (602); BGHZ 162, 49 (55) = NJW 2005, 742 (743); BGH NVwZ-RR 2003, 714 (715); BGH WM 2002, 92 (93) = VersR 2002, 97 (97); BGH WM 2001, 1711 (1711); BGHZ 146, 365 (368); BGHZ 140, 380 (382) = WM 1999, 1016 (1017); BGHZ 137, 11 (15) = NJW 1998, 138 (139); BGHZ 134, 268 (276) = NJW 1997, 2174 (Ls) = NVwZ 1997, 714 (716); BGHZ 129, 17 (18) = NJW 1995, 1828 (1828); BGHZ 129, 23 (25) = NJW 1995, 1830 (1830); BGHZ 126, 386 (393) = NJW 1994, 3012 (3013); BGH NJW 1994, 2415 (2416); BGH NJW 1994, 130 (130); BGHZ 122, 317 (320) = NJW 1993, 2303 (2304); BGHZ 121, 65 (67) = NJW 1993, 933 (933); 117, 240 (244) = NJW 1992, 3229 (3230); BGH NJW 1992, 2758 (2758); BGH NJW 1991, 2696 (2696); BGH NJW 1991, 2696 (2696); BGH NVwZ 1991, 707 (708); BGHZ 110, 1 (8) = NJW 1990, 1042 (1043); BGHZ 109, 380 (389) = NJW 1990, 1038 (1040); BGHZ 109, 163 (167) = NJW 1990, 836 (837); BGHZ 108, 224 (227) = NJW 1990, 381 (383); BGHZ 106, 323 (331) = NJW 1989, 976 (978); BGH NVwZ-RR 1989, 600 (600); BGHZ 100, 313 (317) = NJW 1987, 2664 (2665); BGH NJW 1987, 585 (586); BGH VersR 1986, 1084 (1084); BGHZ 93, 87 (91) = NJW 1985, 2817 (2818); BGHZ 90, 310 (311) = NJW 1984, 2691 (2691); BGHZ 89, 1 (5) = NJW 1984, 2220 (2221); BGHZ 87, 253 (254) = NJW 1984, 118 (119); BGHZ 84, 292 (299) = NJW 1983, 215 (216); BGHZ 84, 292 (299) = NJW 1983, 215 (216); BGH NJW 1981, 2347 (2347); BGHZ 74, 144 (146) = NJW 1979, 1354 (1355); BGHZ 69, 128 (136) = NJW 1977, 1875 (1877); BGHZ 65, 196 (198) = NJW 1976, 186 (187); BGH NJW 1976, 103 (104); BGHZ 63, 35 (38) = NJW 1974, 1764 (1766); BGH WM 1973, 491 (497); BGHZ 58, 96 (98) = NJW 1972, 577 (578); BGH NJW 1971, 1699 (1700); BGHZ 56, 40 (45) = NJW 1971, 1171 (1172); BGH NJW 1966, 1021 (1021); ebenso: OLG Hamm, MDR 2010, 991 (991); OLG Saarbrücken, OLG-Report 2008, 793 (794); OLG Koblenz, MDR 2008, 746 (747); OLG Saarbrücken, OLG-Report 2006, 1068 (1069); OLG Oldenburg, OLG-Report 2008, 605 (606); OLG München, VersR 2006, 272 (272); OLG Jena, OLG-NL 2004, 196 (198); OLG Dresden, VIZ 2001, 489 (492); OLG Brandenburg, NVwZ-RR 2001, 704 (706); LG Düsseldorf, AbfallPrax 2000, 164 (164/5): dort zur Drittbezogenheit in Bezug auf Abfallwirtschaftspläne; die Amtspflicht der Deutschen Terminbörse, den Börsenterminhandel nicht auszusetzen, wenn die Voraussetzungen von § 25 Abs. 1 BörsenO nicht vorliegen, bezweckt nicht den Schutz des einzelnen Anlegers, vgl. OLG Frankfurt, ZiP 2001, 730 = OLG-Report 2001, 286

<sup>95</sup> BGH WM 2002, 92 (93) = VersR 2002, 97 (97); BGHZ 129, 17 (18) = NJW 1995, 1828 (1828); BGHZ 121, 65 (67) = NJW 1993, 933 (933); BGHZ 110, 1 (8/9) = NJW 1990, 1042 (1043); BGHZ 109, 380 (389) = NJW 1990, 1038 (1040); BGHZ 109, 163 (167/8) = NJW 1990, 836 (837); BGHZ 108, 224 (227) = NJW 1990, 381 (383); BGHZ 106, 323 (331) = NJW 1989, 976 (978); auch OLG Celle, NJW-RR 2001, 1033 (1033) = VersR 2001, 1288, wonach die Vorschriften zur Eigensicherung von Polizeibeamten keine Amtspflichten beinhalten, die dem Polizeibeamten gegenüber der transportierten Person obliegen; für die Ausweisung eines

lungen zu finden, um den Vorwurf zu entkräften, dass „Dritter“ i. S. d. § 839 BGB im Einzelfall stets derjenige sei, den die Rechtsprechung zum Dritten erkläre.<sup>96</sup>

Eine derartige Formulierung kann indessen nur die Richtung angeben, bietet jedoch keine Hilfe für den jeweiligen konkreten Einzelfall<sup>97</sup>; die Bestimmung des jeweiligen „Dritten“ ist also – wie noch näher darzulegen sein wird – in concreto sehr unterschiedlich gelagert, was wiederum zu Rechtsunsicherheiten führt. Teilweise wird in diesem Zusammenhang in der Literatur ausgeführt, dass es nicht unbedingt und ausschließlich ein Nachteil sein müsse, wenn sich die Drittgerichtetheit der Amtspflicht nicht bis in die letzten Verästelungen systematisieren lasse; denn die Beschränkung auf allgemein gehaltene Leitlinien, wie es der BGH vornehme, verleihe dem Tatbestandsmerkmal des „Dritten“ eine Elastizität, welche flexible und den Besonderheiten des jeweiligen Lebenssachverhalts angepasste Lösungen ermögliche<sup>98</sup>. Zwar mag der Hinweis von Wurm auf die Erhaltung der Flexibilität von Problemlösungen nicht von der Hand zu weisen sein; indessen dürfte noch ein anderer Aspekt bei der Ermittlung des „Dritten“ zu berücksichtigen sein. Die derzeitige Situation ist vor allem deswegen unbefriedigend, weil sie für den Rechtssuchenden wenig vorhersehbar und kalkulierbar ist; die mäandrierende Rechtsprechung zur „Amtspflicht gegenüber einem Dritten“ ist mit dem Gebot der Rechtssicherheit (als Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips) scheinbar nur schwer in Übereinstimmung zu bringen und erschließt sich – wenn überhaupt – nur dem „Kenner“.<sup>99</sup> Amtshaftungsprozesse, die die Drittbezogenheitsproblematik zum Gegenstand haben, entpuppen sich damit aus Klägersicht leicht als *van-banque*-Spiel. Die von Wurm hervorgehobene Flexibilität der Lösungsfindung offenbart sich u. U. als ein Maß an Rechtsunsicherheit, das – wie noch zu untersuchen sein wird – mit dem Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes nur schwer korrespondiert.

Nach Auffassung von Papier wiederum seien die allgemeinen Anforderungen an die Drittbezogenheit seit langem geklärt, was sich durch die gleichbleibenden

---

Altlastengrundstücks durch Gemeinderat auch OLG Düsseldorf, NVwZ 1989, 993 (995); vgl. auch instruktiv zu dem Schutzzweck im Baurecht Krohn, ZfBR 1994, 8 (9); zu der Entwicklung (in) der Rechtsprechung selbst s. u. S. 115 ff.

<sup>96</sup> Deppert, FS Boujong, S. 533 (534); Kayser/Leiß S. 34; vgl. dazu auch Wurm, JA 1992, 1 (2) sowie Ossenbühl/Cornils S. 61 und Ladeur, DÖV 1994, 665 (667)

<sup>97</sup> Ossenbühl/Cornils S. 61

<sup>98</sup> Wurm, JA 1992, 1 (2); Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 173; diesen Ansatz wiederum als „euphemistisch“ (beschönigend) titulierend: Middendorf, Amtshaftung und Gemeinschaftsrecht, S. 54 (dort FN 251)

<sup>99</sup> Blankenagel, DVBl 1981, 15 (17); ähnlich Tremml/Karger/Luber Rdziff. 103, wonach Gerichte dazu neigen würden, unerwünschte Ergebnisse mithilfe dieser Tatbestandsvoraussetzung zu korrigieren oder zu umschiffen.



Formulierungen in der Judikatur manifestiere.<sup>100</sup> Dies vermag ebenso wenig zu überzeugen. Die gleichförmige Verwendung der o. g. Definition über einen längeren Zeitraum<sup>101</sup> kann nicht per se eine „Klärung“ implizieren, nicht dadurch, dass der konkret zu entscheidende Fall in eine von der Rechtsprechung geschaffene Fallgruppe „gepresst“ wird. Weiterhin besteht bei einer derartigen Ansatzweise durch die Rechtsprechung (= Kasuistik statt Systematik) natürlich stets die Möglichkeit, unerwünschte Ergebnisse zu korrigieren. Gänzlich konturenlos wird es, wenn sich der konkrete Fall nicht einer der bestehenden Fallgruppen zuordnen lässt; dann wird auf wenig griffige und dogmatisch nicht haltbare Kriterien rekurriert, die für die Feststellung der Drittbezogenheit der Amtspflicht maßgeblich sein können, z. B. die Natur des Amtsgeschäfts oder das Ausgeliefertsein des Betroffenen gegenüber dem Verwaltungshandeln.<sup>102</sup> Diese Kriterien dokumentieren die Hilflosigkeit der derzeit unsystematisch angelegten Situation bezüglich der Drittbezogenheit.

Im vorliegenden Abschnitt soll der derzeitige Stand der Rechtsprechung und Literatur zur Frage nach der Kontur der Drittbezogenheit von Amtspflichten erfasst werden. Dabei muss auch die Rechtsprechung zum schutzwürdigen Vertrauen als haftungsbegrenzendes Kriterium Berücksichtigung finden. Die Rechtsprechung prüft als sog. „Vertrauenstatbestand“ dabei die Frage, ob der Geschädigte Vermögensdispositionen in schutzwürdigem Vertrauen auf einer von einem Träger der öffentlichen Verwaltung geschaffenen „Verlässlichkeitsgrundlage“ getätigt hat.<sup>103</sup> Da bereits beachtenswerte Untersuchungen zur Reichweite des Vertrauensschutzkriteriums im Bereich der Amtshaftung vorliegen<sup>104</sup>, soll der Schwerpunkt dieser Arbeit bei der Frage liegen, nach welchen Kriterien die Person des Dritten bestimmt wird und ob sich derzeit ggf. Alternativansätze finden lassen.

---

<sup>100</sup> Papier in: MünchKomm BGB, § 839 Rdziff. 227 a. E.; so wird z. B. in BGHZ 144, 394 (Amtspflichten im Baugenehmigungsverfahren) die Drittbezogenheitsformel nicht mehr erwähnt.

<sup>101</sup> Seit BGHZ 56, 40 ständige Rspr., vgl. dazu die Nachweise in FN 94

<sup>102</sup> Tremml/Karger/Luber Rdziff. 104; Ossenbühl/Cornils S. 62; Dagtoglou in: Bonner Kommentar zum GG, Art. 34 Rdziff. 156; RGRK/Kreft, BGB, § 839 Rdziff. 239; Erman/Küchenhoff/Hecker, BGB, § 839 Rdziff. 52; vgl. auch BGH BB 2001, 590 (591) = WM 2001, 872 (873); die „haftungsrechtliche Ordnung“

<sup>103</sup> Dazu auch jüngst BGH NJW 2009, 1207 (1208); BGH NJW 2008, 2502 (2503); BGHZ 155, 354 (358) = NJW 2003, 3049 (3050); BGH NVwZ 2003, 501 (501); BGH NVwZ 2003, 376 (377); BGHZ 144, 394 (397) = NJW 2000, 2996 unter Verweis auf BGHZ 123, 191 (198) = NJW 1993, 2615 (2617) sowie BGHZ 109, 380 (394) = NJW 1990, 1038 (1041); zum Vertrauen des Bürgers auf die grundsätzliche „Rechtmäßigkeit der Verwaltung“ vgl. BGHZ 134, 268 (279, 284) unter Verweis auf BGH VersR 1989, 594 sowie BGH NVwZ 2001, 709 (711) und BGH NJW 1994, 2088 (2089); BGH NVwZ-RR 171 (171); speziell zum Vertrauensschutz im Rahmen der Drittbezogenheit bei nichtigen Baugenehmigungen vgl. von und zu Franckenstein, NWVB 2000, 85 ff.; Dolderer, BauR 2000, 491 ff.; zur Drittbezogenheit bei der Versicherungsaufsicht Tönnies S. 1 ff.

<sup>104</sup> Kümper S. 1 ff.; Küch S. 1 ff. je m. w. N.

Des Weiteren soll die Frage beantwortet werden, ob die Grundsätze der Drittschadensliquidation<sup>105</sup> für die Bestimmung der Drittbezogenheit nutzbar gemacht werden können. Nach Ansicht der Rechtsprechung bedürfe es keines Rückgriffs auf das Rechtsinstitut der Drittschadensliquidation, da „in aller Regel schon die Bestimmung des Kreises der geschützten Dritten als ein taugliches Instrument für einen interessengerechten Schadensausgleich“ anzusehen sei.<sup>106</sup> Das Schrifttum hat sich dieser Ansicht weitestgehend angeschlossen.<sup>107</sup> Gelangt man indessen zu dem Ergebnis, dass die Rechtsprechung zur Drittbezogenheit gerade kein taugliches Abgrenzungsinstrument darstellt, stellt zumindest das soeben erwähnte Argument der Rechtsprechung keinen Hinderungsgrund für die Anwendung der Drittschadensliquidation mehr dar. Ein weiterer Aspekt tritt hinzu. Bei der Notarhaftung gem. § 19 BNotO, einer personalisierten und nicht auf den Staat überleitbaren Haftung (die in ihrer Struktur weitgehend der Amtshaftung ähnelt) ist die Drittschadensliquidation vom BGH vereinzelt angewandt worden.<sup>108</sup>

Es geht nicht um den Versuch, dem „gewachsenen Chaos des Staatshaftungsrechts den Mantel der Rechtssystematik überzuwerfen“<sup>109</sup>; auf diesem Wege soll vielmehr das Tatbestandsmerkmal der Drittbezogenheit einer näheren Überprüfung unterzogen werden. Dabei wird selbstverständlich nicht verkannt, dass das Amtshaftungsrecht – ebenso wie das übrige Staatshaftungsrecht<sup>110</sup> – sog. case law ist. Dieser Umstand hindert jedoch nicht eine Untersuchung der verschiedenen Entscheidungen sowie den Versuch, diese Entscheidungen ggf. zu kategorisieren.

Um die Problematik im Zusammenhang mit der Drittbezogenheit von Amtspflichten bzw. den ggf. aus einer Verlässlichkeitsgrundlage abzuleitenden Vertrauensstatbestand bzw. der Drittschadensliquidation im Rahmen der Drittbezogenheit transparent werden zu lassen, werden im nachfolgenden Abschnitt einige ausgewählte Fallbeispiele aus der Rechtsprechung dargestellt, wobei die die Entscheidung jeweils tragenden Gründe zum Zwecke der Nachvollziehbarkeit der Entscheidung wiedergegeben werden. Eine inhaltliche Auseinandersetzung mit der jeweiligen Entscheidung erfolgt im Verlauf der Arbeit. Die Auswahl der nachfolgenden Fallbeispiele erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit sämtlicher in der

<sup>105</sup> dazu i. E. Staudinger/Schiemann (2005), BGB, Vorbem. zu §§ 249 ff. Rdziff. 62 ff.; Oetker in: MünchKomm BGB, § 249 Rdziff. 277 ff.; Palandt/Grüneberg, BGB, Vorbem. v. § 249 Rdziff. 105 ff.; Bamberger/Roth/Schubert, BGB, § 249 Rdziff. 148 ff.; zur Drittschadensliquidation im öffentlichen Recht: Schröder, VerwArch 2011, 223 ff.

<sup>106</sup> BGH ZIP 2008, 1480 (1481) = NVwZ-RR 2008, 670 (671); BGH NJW-RR 1996, 724 (724); noch offen gelassen in: BGH NJW 1991, 2696 (2697); BGHZ 93, 87 (95) = NJW 1985, 2817 (2818); ablehnend auch: OLG Hamm, NJW 1970, 1793

<sup>107</sup> Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 237; Ossenbühl/Cornils S. 63; PWW/Kramarz, BGB, § 839 Rdziff. 30 a. E.; Palandt/Sprau, BGB, § 839 Rdziff. 82; Tremml/Karger/Luber Rdziff. 269; a. A. Petersen, DöV 2004, 700; Nierwetberg, NVwZ 1986, 719

<sup>108</sup> BGH NJW 1967, 930 (930, 931) unter Hinweis auf BGHZ 40, 91 (100); KG WM 2008, 852 (853) offen gelassen in: BGH, WM 1983, 416

<sup>109</sup> Ossenbühl/Cornils S. 2

<sup>110</sup> zu der Unterscheidung zwischen den Begrifflichkeiten s. u. S. 39 ff.

Rechtsprechung auftretenden Fallkonstellationen zur Drittbezogenheit bzw. Drittschadensliquidation; vielmehr dient die Darstellung der Beispiele an dieser Stelle lediglich dem ersten Zugriff auf die Materie.

## B. Ausgewählte Fallbeispiele aus der Rechtsprechung

### I. *Amtshaftung und Drittbezogenheit*

#### 1. Die Tagesbruch-Entscheidung

Ab Mitte 1990 traten die Kläger und weitere Investoren auf der Suche nach einem geeigneten Standort für einen Gewerbepark an die später beklagte Gemeinde heran. In dem in Aussicht genommenen Gebiet war zu Ende des 19. Jahrhunderts unter Tage Braunkohle abgebaut worden. Infolge nicht zureichender Verwahrung der Grubenbaue kam es in der Folgezeit zu Senken und Einsturztrichtern an der Erdoberfläche. Vor diesem Hintergrund wurde das im Umfang noch nicht sichergestellte Territorium über den alten Grubenbauten zum bergschadengefährdeten Gebiet erklärt; es wurden Nutzungsbeschränkungen verfügt. Die beklagte Gemeinde erbat Auskunft über die genaue Lage und Ausdehnung des bergschadengefährdeten Gebietes. Von dem geologischen Amt des beklagten Landes wurden Anfragen unter Hinweis auf bergbehördliche Feststellungen aller im Bergschadensgebiet durchzuführenden Maßnahmen beantwortet. Die beklagte Gemeinde beschloss im März 1991 nach entsprechenden Vorberatungen mit den Investoren die Aufstellung eines Vorhaben- und Erschließungsplans für den Industrie- und Gewerbepark; dessen Fläche lag westlich von dem bergschadengefährdeten Gebiet. Die Kläger und andere Investoren erwarben nun Grundstücke und schlossen mit der beklagten Gemeinde jeweilige Erschließungsverträge. Das zuständige Ministerium des beklagten Landes genehmigte den von der Gemeinde gebilligten Vorhaben- und Erschließungsplan als Bebauungsplan, woraufhin die Gemeinde den Bebauungsplan als Satzung beschloss. Im Verlaufe der sich dann anschließenden Bauarbeiten kam es zu wiederholten sogenannten Tagesbrüchen, die einen größeren Umfang des bergbaulich beanspruchten Geländes vermuten ließen und schließlich auch zu einer Verfügung eines Baustopps führten. Nunmehr fanden sich in den Archiven des früheren Bergwerksbetriebs Grubenpläne, nach denen die ungefähre Lage des ehemaligen Bergwerks festgestellt werden konnte. Nachdem die feststellbaren Hohlräume verfüllt wurden, konnte eine Teilfläche von etwa 60 % des Gewerbebetriebs für eine Bebauung nutzbar gemacht werden. Dabei mussten jedoch besondere Sicherungsmaßnahmen ergriffen werden. Die Kosten für diese besonderen Sicherungsmaßnahmen beanspruchten die Kläger nunmehr von dem Land, der Gemeinde sowie dem Landkreis und behaupteten dazu, dass der seinerzeit zuständigen Bergbehörde eine Karte vorgelegen habe, auf der das gesamte spätere Gewerbegebiet als unsicher gekennzeichnet worden sei. Diese Karte habe auch der von der Gemeinde beauftragten Firma vorgelegen.

Diese Firma habe die Gemeinde auch entsprechend unterrichtet. Der BGH hat die gegen das beklagte Land gerichtete Klage abgewiesen, indessen der Revision stattgegeben, soweit die vorinstanzliche Klage gegen die beklagte Gemeinde bzw. den beklagten Landkreis abgewiesen wurde.<sup>111</sup> Soweit es die beklagte Gemeinde anbelangt, zog der BGH seine „Altlasten-Rechtsprechung“, welche Bodenverseu- chungen mit gesundheitsgefährdenden Schadstoffen betrifft, heran. Danach sei das Gebot, die Anforderungen an gesunde Wohn- und Arbeitsverhältnisse zu beachten, stets als drittbezogen anzusehen. Vor diesem Hintergrund lasse sich dann auch wegen der Überplanung des bergschadengefährdeten Gebiets eine Haftung weder mit Rücksicht auf den Schutzzweck der bei der Aufstellung von Bebauungsplänen bestehenden Amtspflichten noch aus sonstigen Gründen verneinen. Das zuvor genannte Gebot solle nicht nur dem Schutz der Allgemeinheit dienen, sondern bezwecke zugleich den Schutz gerade der Personen, die in dem konkreten, von der jeweiligen Bauleitplanung betroffenen Plangebiet wohnen oder arbeiten werden; diese müssten sich darauf verlassen können, dass ihnen zumin- dest aus der Beschaffenheit des Grund und Bodens keine Gefahren für Leben und Gesundheit drohen. Dieser Personenkreis sei daher „Dritter“ i. S. d. § 839 Abs. 1 S. 1 BGB. Die Verpflichtung, Gefährdungen aufzuklären und Gesundheitsrisiken für die zukünftigen Bewohner eines Plangebiets auszuschließen, treffe neben den Bediensteten der Gemeinde auch die Mitglieder des Gemeinderats, die bei dem Beschluss über den Bebauungsplan als Beamte im haftungsrechtlichen Sinne tätig würden. Diese auf der überragenden Bedeutung der Rechtsgüter von Leben und Gesundheit beruhenden Erwägungen würden nicht minder gelten, wenn der Bau- grund wegen verborgener Hohlräume die Gefahr in sich berge, dass sich plötzlich Trichter größeren Ausmaßes bilden würden und dadurch Personen oder Fahrzeu- ge abrutschen oder Gebäude einstürzen würden. Auch der Umstand, dass Gewer- betreibende in dem Baugebiet eine gewerbliche Bebauung vornehmen wollten, hindere eine Haftung der beklagten Gemeinde nicht. Denn auch Gewerbetreibende, welche eine gewerbliche Bebauung anstreben würden, gehörten zu den geschützten Dritten i. S. d. § 839 BGB.<sup>112</sup>

Der BGH führte weitergehend aus, dass die mit der Klage geltend gemachten Schäden aus Mehraufwendungen für die Standsicherheit der Gebäude sowie bezüglich der Verzögerung der Bauarbeiten in vollem Umfang in den Schutzbereich der verletzten Amtspflichten fallen würden. Das Gericht ging davon aus, dass die beklagte Gemeinde die Pflicht treffen würde, mit der Ausweisung des bergscha- dengefährdeten Gebiets als Baugelände nicht Leben und Gesundheit seiner Be- wohner oder Beschäftigten zu gefährden und dass der Zweck dieser Pflicht darin bestehe, zu verhindern, dass auf einem derartigen Gelände Gebäude errichtet werden, die schon während ihrer Bauzeit oder später vom Einsturz bedroht sind.

---

<sup>111</sup> BGHZ 142, 259 = VIZ 1999, 608 = NJW 2000, 427 = LM H. 1/2000 § 839 (Ca) BGB Nr. 105

<sup>112</sup> BGHZ 142, 259 (265) = VIZ 1999, 608 (609, 610) = NJW 2000, 427 (428) = LM H. 1/2000 § 839 (Ca) BGB Nr. 105

Folgerichtig müsse diese Amtspflicht dann auch gegen Vermögensverluste aus der Verwirklichung derartiger Baumaßnahmen schützen, um die es sich hier handele. Einschränkend fügte das Gericht in diesem Zusammenhang hinzu, dass – im Hinblick auf die frühere Rechtsprechung – der Nachweis der Standfestigkeit für ein Bauvorhaben zwar Sache des Bauherrn sei; mit einer solchen Fallgestaltung sei die vorliegende jedoch nicht mehr vergleichbar, und zwar deswegen nicht, weil der Bauherr weder bauordnungsrechtlich verpflichtet sei, noch es ihm im eigenen Interesse abverlangt werden könne, ohne zureichende Anhaltspunkte die Tragfähigkeit des Baugrunds bis zu der hier erforderlichen Tiefe von 50 bis 90 m zu überprüfen. Unter Rückgriff auf seine Altlasten-Rechtsprechung stellte der BGH in Frage, inwieweit die planerischen Maßnahmen der beklagten Gemeinde eine Vertrauensgrundlage für die Investitionen der Kläger bilden konnten, da die Grundstücke zu einem Zeitpunkt erworben wurden, als der Vorhaben- und Erschließungsplan zwar aufgestellt und bekannt gemacht worden sei, die Planung aber noch nicht abgeschlossen gewesen sei. Denn in aller Regel rechtfertige erst die Bekanntmachung der Satzung ein schutzwürdiges Vertrauen der Planungsbe betroffenen in die Festsetzungen des Bebauungsplanes. Vor diesem Hintergrund hat der BGH dann auch lediglich diejenigen Schäden als im vorliegenden Fall ersatzfähig angesehen, welche solche Vermögensdispositionen betreffen, die nach Bekanntmachung der Satzung von März 1992 getroffen worden seien. Von daher bezog der BGH insoweit den überwiegenden Teil der Bautätigkeiten und die dabei erforderlich gewordenen zusätzlichen Aufwendungen für Planungsänderungen und diejenigen Kosten, die zur statischen Absicherung der errichteten Bauwerke notwendig gewesen seien, zu den Schäden. Ebenso wurden die nach dem Kläger vorbringen eingetretenen Verzögerungsschäden hinzugerechnet.

Soweit es den beklagten Landkreis anbelangt, hat der BGH Amtshaftungsansprüche ohnehin nur unter dem Aspekt angenommen, dass der Landkreis rechtswidrig einzelne Teilbaugenehmigungen erteilt habe und dem Bauherrn im Vertrauen darauf Schäden entstanden seien. Da das Berufungsgericht Einzelheiten dazu nicht festgestellt habe, konnte der Senat Abgrenzungen derartiger Schäden aus dem eingeklagten Gesamtschaden nicht vornehmen. Der BGH sah sich allerdings veranlasst, noch einmal auf seine ständige Rechtsprechung zu verweisen, dass eine Amtspflicht dahingehend bestehe, eine rechtswidrige Baugenehmigung nicht zu erteilen und diese Amtspflicht der Bauaufsichtsbehörde gegenüber dem antragstellenden Bauherrn als Dritten obliege.<sup>113</sup> In den Schutzbereich einer derartigen Amtspflicht fielen nach Ansicht des BGH auch die im vorliegenden Fall geltend gemachten Schäden; insoweit könne für eine Baugenehmigung nichts anderes gelten als für den Schutzzweck der Amtspflichten bei der Bauleitplanung. Mithin dürfe der Bauherr darauf vertrauen, dass sich aus dem Baugrund keine aus

---

<sup>113</sup> BGHZ 134, 268 (276) = NVwZ 1997, 714 (716) = MDR 1997, 352 (LS) = DÖV 1997, 420 (421) = LM H. 5/1997 § 839 (Ca) BGB Nr. 101 - zu dieser Entscheidung vgl. den Beispielfall 3 auf S. 59 ff.; BGH NJW 1994, 2087 (2088); BGHZ 60, 112 (117) = NJW 1973, 616 (618)

für ihn nicht erkennbaren Bergbaumaßnahmen herrührenden Gefahren für die Standsicherheit des zu errichtenden Gebäudes ergeben würden. Wenn die Baugenehmigung diesen Zweck verfehlen würde, so hafte dann die Anstellungskörperschaft für die daraus entstandenen Schäden.<sup>114</sup>

## 2. Medizinische Prüfungsfragen-Entscheidung

Der Kläger, der im März 1991 an der ärztlichen Vorprüfung teilgenommen hatte, erhielt kurze Zeit danach den Bescheid des Landesversorgungsamts Nordrhein-Westfalen – Landesprüfungsamt für Medizin und Pharmazie, dass die Prüfung insgesamt nicht bestanden sei, wobei die mündliche Prüfung mit „ausreichend“ und die schriftliche Prüfung mit „mangelhaft“ benotet wurde. Ursächlich für das Nichtbestehen der schriftlichen Prüfung (damit der ärztlichen Vorprüfung insgesamt) war der Umstand, dass der Kläger nach der Bewertung des Prüfungsamtes von den 320 gestellten Fragen nur 155 statt der geforderten 156 zutreffend beantwortet hatte. Der Kläger beschritt dann nach erfolglosem Widerspruchsverfahren das verwaltungsgerichtliche Klageverfahren; das Verwaltungsgericht verpflichtete das Landesprüfungsamt, den schriftlichen Teil der ärztlichen Vorprüfung des Klägers für bestanden zu erklären. Der Kläger hatte zwischenzeitlich an weiteren Prüfungen im Rahmen der ärztlichen Vorprüfung teilgenommen, jedoch beide wiederum nicht bestanden. Nach Rechtskraft des verwaltungsgerichtlichen Urteils setzte der Kläger sein Studium dann im Herbst 1994 fort. Im Zuge dieses Studiums unterzog er sich im August 1995 der ärztlichen Prüfung, der schriftliche Teil wurde mit „ungenügend“ bewertet. Danach nahm der Kläger im Sommersemester 1996 das Studium der Zahnmedizin auf und begehrte nunmehr klageweise die Feststellung, dass sowohl das Land Nordrhein-Westfalen als auch das Institut für medizinische und pharmazeutische Prüfungsfragen verpflichtet seien, ihm den Erwerbsschaden zu ersetzen, der ihm im Hinblick auf die fehlerhafte Prüfungsentscheidung entstanden sei.<sup>115</sup> Während das erstinstanzlich angerufene Landgericht der Klage vollumfänglich stattgab, wurde auf die Berufung der Beklagten die gegen das beklagte Land gerichtete Klage abgewiesen, während die Berufung des Instituts für medizinische und pharmazeutische Prüfungsfragen erfolglos blieb. Im Rahmen der Revision erstrebt der Kläger die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils, während das Institut für medizinische und pharmazeutische Prüfungsfragen die Abweisung der gegen sich gerichteten Klage erstrebt.

Der BGH wies auf die Revision des Instituts für medizinische und pharmazeutische Prüfungsfragen die Klage ab und führte dazu aus, dass die Rechtswidrigkeit des vom Landesprüfungsamt erlassenen Prüfungs- und Widerspruchsbescheides, durch welchen die ärztliche Vorprüfung des Klägers für nicht bestanden erklärt worden sei, mit Bindungswirkung für die Zivilgerichte im Amtshaftungsprozess

<sup>114</sup> BGHZ 142, 259 (266) = VIZ 1999, 608 (611) = NJW 2000, 427 (430 f.) = LM H. 1/2000 § 839 (Ca) BGB Nr. 105

<sup>115</sup> BGHZ 139, 200 = NJW 1998, 2738 = LM H. 3/1999 § 839 (Cb) BGB Nr. 99

feststehe.<sup>116</sup> Sodann führte der BGH unter Hinweis auf die Auffassung des Berufungsgerichts aus, dass das Institut für medizinische und pharmazeutische Prüfungsfragen eine Amtspflicht dahingehend treffe, die Prüfungsaufgaben präzise zu formulieren; dem in § 14 Abs. 2 Approbationsordnung für Ärzte (ÄAppO) festgelegten Maßstab genügenden Aufgaben im Antwort-Wahl-Verfahren nur dann, wenn sie verständlich, widerspruchsfrei und eindeutig seien. Außerdem müssten sie dem vorgegebenen Prüfungsschema entsprechen, wonach der Prüfling in jeder Aufgabe eine richtige und vier falsche Antwort-Alternativen erwarten könne. Diesen Anforderungen verfehle daher eine aufgestellte Prüfungsfrage nicht nur, wenn die festgelegte Antwort unrichtig sei, sondern auch dann, wenn die Frage systemwidrig auf mehrfache Weise vertretbar beantwortet werden könne, weil eine solche Frage zu Irritationen des Prüflings führen könne, der sich darauf verlassen dürfe und davon ausgehen müsse, dass nur eine der Antworten zutreffend sei. Das Gericht fügte weiterhin zu, dass die dem Institut für medizinische und pharmazeutische Prüfungsfragen obliegende Amtspflicht zugleich den Zweck hätte, gerade die Interessen des Klägers wahrzunehmen, dieser also „Dritter“ i. S. d. § 839 Abs. 1 S. 1 BGB sei. Vorschriften, die wie die Approbationsordnung für Ärzte für die Aufnahme des Berufs eine bestimmte Vor- und Ausbildung sowie den Nachweis erworbener Fähigkeit in Form einer Prüfung verlangten, griffen in die Freiheit der Berufswahl ein und müssten daher den Anforderungen des Art. 12 Abs. 1 GG genügen. Darüber hinaus beanspruche das Grundrecht der Berufsfreiheit auch Geltung für die Durchführung des Berufungsverfahrens. Grundrechtsschutz sei auch durch die Gestaltung von Verfahren zu bewirken. Die Grundrechte beeinflussten nicht nur das gesamte materielle Recht, sondern auch das Verfahrensrecht, soweit dieses für einen effektiven Grundrechtsschutz Bedeutung habe. In Anbetracht dieser grundrechtlichen Verfahrensgarantien im Bereich des Prüfungswesens könne es nicht zweifelhaft sein, dass die mit der Erstellung von Prüfungsaufgaben und der Durchführung von Prüfungen betrauten Ämter und Stellen obliegenden Amtspflichten grundsätzlich auch gegenüber den Prüflingen als den geschützten Dritten bestünden. Dies sei in Bezug auf das Institut für medizinische und pharmazeutische Prüfungsfragen nicht deshalb anders, weil dieses Institut eine „verwaltungsinterne Hilfsanstalt“ der Bundesländer wäre, die lediglich administrative Aufgaben zugunsten ihrer Anstaltsträger wahrnehmen würde, ohne zu den Prüflingen in unmittelbare Rechtsbeziehungen zu treten. Der BGH

---

<sup>116</sup> Zur Frage der Bindung der Zivilgerichte an verwaltungsgerichtliche Urteile im Amtshaftungsverfahren vgl. Detterbeck/Windthorst/Sproll, § 11 Rdziff. 22 ff. (S. 210); Schwager/Krohn, DVBl 1990, 1077 (1086); Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Band 2, § 67 Rdziff. 144; Bergmann/Schumacher Rdziff. 1022, 1367; Redeker/von Oertzen, VwGO, § 121 Rdziff. 9; Kopp/Schenke, VwGO, § 121 Rdziff. 12; Ossenbühl/Cornils S. 123; Schlick/Rinne, NVwZ 1997, 1171 (1180); Schlick/Rinne, NVwZ - Beilage II/2000, S. 29; Rohlfig S. 24 zu FN 11, S. 47 zu FN 57, S. 89 je m. w. N.; zur Frage der Bindung der Zivilgerichte an verwaltungsgerichtliche Beschlussentscheidungen gem. § 80 V VwGO vgl. BGH NVwZ 2001, 352 = LM § 839 (J) BGB Nr. 15 mit Anm. Ossenbühl

führte dann weiter unter Hinweis auf die Regelungen in §§ 8, 9, 10 Abs. 1, 14 Abs. 3 ÄAppO aus, dass im Außenverhältnis zum Prüfling allein das Landesprüfungsamt dazu berufen sei, durch Verwaltungsakt über das Bestehen der Prüfung zu entscheiden. Insoweit stelle sich die Beteiligung des Instituts für medizinische und pharmazeutische Prüfungsfragen aus Sicht des Kandidaten als ein bloßes Verwaltungsinternum dar. Der III. Senat des BGH führte dann aus, dass von ihm wiederholt die Drittbezogenheit von Amtspflichten, die denjenigen Ämtern in Stellen oblägen, die von der dem Bürger gegenüber tätig werdenden Behörde bei ihrer Entscheidungsfindung herangezogen würden, mit der Begründung verneint worden sei, die Mitwirkung dieser Ämter sei ein rein innerbehördlicher Vorgang. So habe der Senat z. B. entschieden, dass die dem zur Prüfung immissionsschutzrechtlicher Belange im Baugenehmigungsverfahren verwaltungsintern eingeschalteten (staatlichen) Gewerbeaufsichtsamt obliegenden Amtspflichten nicht auch gegenüber den Beteiligten des Baugenehmigungsverfahrens als „Dritten“ bestünden.<sup>117</sup> Ebenso wenig könne ein Bauherr wegen der rechtswidrigen Erteilung einer Baugenehmigung durch die Bauaufsichtsbehörde Amtshaftungsansprüche gegen die Gemeinde herleiten, die das erforderliche Einvernehmen gem. § 36 BauGB zu dem Bauvorhaben erteilt hätten.<sup>118</sup> Für die Entscheidung des Gerichts sei in diesen Fällen die Erwägung ausschlaggebend gewesen, dass es sich bei der Stellungnahme des Gewerbeaufsichtsamts bzw. bei der Erteilung des gemeindlichen Einvernehmens um solche Maßnahmen gehandelt habe, die am Umfang der Prüfungspflichten und an der Alleinverantwortung der nach außen hin tätig werdenden Bauaufsichtsbehörde nichts geändert hätten. Wenn also demgegenüber aus der Beteiligung von anderen Ämtern und Stellen für die dem Bürger entgegentretende Behörde rechtliche Bindungen erwachsen würden, so könne auch ein bloßes Verwaltungsinternum amtshaftungsrechtliche Konsequenzen zu Lasten der mitwirkenden Stelle haben. So sei es nach Auffassung des Gerichts seit langem anerkannt, dass die rechtswidrige Versagung des erforderlichen Einvernehmens unmittelbare Amtshaftungs- oder Entschädigungsansprüche des Bauherrn gegen die Gemeinde begründen könne, weil die Versagung die Bauaufsichtsbehörde daran hindere, die nachgesuchte Baugenehmigung zu erteilen.<sup>119</sup> Vor dem Hintergrund dieser Ausführungen hat der BGH dann die Drittgerichtetheit der dem Institut für medizinische und pharmazeutische Prüfungsfragen obliegenden Amtspflichten im Verhältnis zu den Prüflingen bejaht. Denn es sei eine Eigenart des Antwort-Wahl-Verfahrens, dass alle prüfungsrelevanten Entscheidungen schon bei der Fragestellung getroffen werden müssten. Mit der Wahl der Aufgabe und ihres Schwierig-

---

<sup>117</sup> BGH NVwZ 1991, 707 (708) = LM § 839 (Cb) BGB Nr. 76 = BB 1990, 1794 (1795) unter Hinweis auf BGHZ 99, 262 (273)

<sup>118</sup> BGH NJW 1994, 253 (255), insoweit nicht abgedruckt in BGHZ 123, 363; BGHZ 99, 262 (273) = NJW 1987, 1320 (1322)

<sup>119</sup> BGH NJW 1993, 3065 (3066) = NVwZ 1994, 91 (92); BGHZ 118, 263 (265) = NJW 1992, 2691 (2692)



keitsgrades werde über die Anforderungen in dem entsprechenden Ausbildungsstadium entschieden. Der korrekten Formulierung der Prüfungsaufgabe komme daher eine zentrale Bedeutung zu, weil Ungenauigkeiten und Fehler, die zu Verständnisschwierigkeiten oder Irrtümern führen könnten, nicht durch Nachfragen des Prüflings oder im Wege des Meinungsaustausches zwischen Prüfling und Prüfer behoben werden könnten. Im Übrigen würde sich auch aus den Vorschriften der ÄAppO ergeben, dass das Institut für medizinische und pharmazeutische Prüfungsfragen für die Aufstellung der Prüfungsaufgaben die Alleinverantwortung trage. Dies reiche dann für die Schlussfolgerung aus, dass die daraus resultierenden Amtspflichten auch den Schutz des Prüflings bezweckten. Diese Drittgerichtetheit werde auch nicht dadurch wieder beseitigt, dass die Landesprüfungsämter in einem späteren Stadium, nämlich vor der Feststellung des Prüfungsergebnisses, die Prüfungsaufgaben daraufhin zu überprüfen hätten, ob sie – gemessen an den Anforderungen des § 14 Abs. 2 ÄAppO – offensichtlich fehlerhaft seien.<sup>120</sup>

Der BGH wies die Klage indessen wegen der fehlenden Kausalität des amtspflichtwidrigen Verhaltens zu dem (möglichen) Schaden des Klägers ab.

### 3. Mülheim-Kärlich-Entscheidung

Die Klägerin, die RWE Energie AG, nahm das beklagte Land im Rahmen einer Feststellungsklage auf Schadensersatz in Anspruch, weil die von dem beklagten Land erteilte 1. atomrechtliche Genehmigung (im Folgenden: 1. TG alt) für das später errichtete und in Betrieb genommene Kernkraftwerk Kärlich rechtswidrig war und zum Abbruch des Leistungsbetriebes auf unbestimmte Dauer führte. Im Dezember 1972 beantragte die Rechtsvorgängerin der Klägerin bei dem zuständigen Ministerium für Wirtschaft und Verkehr des beklagten Landes die Genehmigung zur Errichtung und zum Betrieb eines Kernkraftwerks mit Druckwasserreaktor in der Gemarkung Mülheim-Kärlich auf dem linken Rheinufer. Nach den in das Genehmigungsverfahren eingebrachten Unterlagen sollten das Reaktorgebäude und die übrigen Gebäude der Anlage einen gemeinsamen Gebäudekomplex bilden. Aus eingeholten Gutachten außerhalb des Genehmigungsverfahrens ergab sich, dass bei der ursprünglich vorgesehenen Ausführung des Kernkraftwerks die südliche Hälfte auf eine Verwerfungszone gegründet worden wäre. Die Gutachter schlugen deshalb vor, das Reaktorgebäude in nördlicher Richtung auf eine feste Gebirgsscholle zu verschieben. Da diese Scholle wiederum nicht ausreichte, den gesamten Kernkraftwerkskomplex aufzunehmen, entschloss sich die Klägerin, die Gebäudeanordnung zu ändern, sodass nunmehr zwei getrennte Komplexe, verbunden durch Rohrleitungen, entstehen sollten. Die Genehmigungsbehörde wurde im Laufe des Jahres 1974 über die geänderte Planung unterrichtet. Diese wurde jedoch noch nicht zum Gegenstand des Genehmigungsverfahrens gemacht. In einer Besprechung im Dezember 1974 kamen Vertreter der Rechtsvorgängerin der

<sup>120</sup> BGHZ 139, 200 (208) = NJW 1998, 2738 (2739 f.)

Klägerin und des zuständigen Ministeriums überein, dass es nur eine Errichtungsgenehmigung geben und die weitere Errichtung des Kernkraftwerks durch „Freigaben“ gestattet werden sollte. Die zu erteilende Genehmigung sollte sich noch nach dem ursprünglichen Lageplan richten, die neue Gebäudeanordnung jedoch im ersten Freigabebescheid Berücksichtigung finden. Im Januar 1975 erteilte das beklagte Land der Rechtsvorgängerin der Klägerin einen als „1. Teilgenehmigung“ bezeichneten und für sofort vollziehbar erklärten Bescheid (1. TG alt), mit dem der Rechtsvorgängerin der Klägerin genehmigt wurde, in Mülheim-Kärlich ein Kernkraftwerk nach Maßgabe der Beschreibung in dem Sicherheitsbericht zu errichten, „soweit sich aus den Auflagen ... und den Freigaben nichts anderes ergibt“. Nr. 1 der Auflagen enthielt einen sog. Freigabevorbehalt dergestalt, dass mit Errichtung der im Einzelnen bezeichneten sicherheitstechnisch wichtigen Anlagenteile und Systeme erst nach positiver Begutachtung durch den TÜV Rheinland und schriftlicher Freigabeerklärung der Genehmigungsbehörden begonnen werden durfte. Auf Antrag der Rechtsvorgängerin der Klägerin erteilte dann das Ministerium auf der Grundlage der geänderten Planunterlagen im Juni 1975 die Freigabe der Errichtung der Fundamente und danach bis 1977 weitere, mit Auflagen versehene Freigabebescheide. Wegen aufgekommener Zweifel, ob die 1. TG alt die den Freigabebescheid zugrunde liegende Änderung der Gebäudeanordnung abdeckte, genehmigte das Ministerium die neue Gesamtanordnung, die Errichtung der Fundamente sämtlicher Gebäude sowie die Errichtung eines zusätzlichen Verbindungsbauwerks zwischen den getrennten Gebäudekomplexen durch einen als „2. Teilgenehmigung“ bezeichneten Bescheid vom Juli 1977 (im Folgenden: 2. TG alt). Diesen Bescheid ersetzte das Ministerium nach Öffentlichkeitsbeteiligung unter Erörterung zwischenzeitlich geänderter Planungen durch einen als „2. Teilgenehmigung (Zweitbescheid)“ bezeichneten Bescheid vom Mai 1981 (2. TG Zweitbescheid), der ebenso wie die weiteren Teilgenehmigungen - bis hin zur 8. Teilgenehmigung vom Februar 1986 mit der Gestattung, das Kernkraftwerk in Betrieb zu setzen und einen beschränkten Leistungsbetrieb durchzuführen - bestandskräftig ist. Im März 1986 nahm die Klägerin den Betrieb des Kernkraftwerks auf. Mit Urteil vom 09.09.1988 hob das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) die 1. TG alt als rechtswidrig auf.<sup>121</sup> Der Leistungsbetrieb des Kernkraftwerks wurde abgebrochen und ruhte. Im Hinblick auf die von der Klägerin im Zusammenhang mit dem Genehmigungsantrag abgeschlossenen Werkverträge über die Herstellung der baulichen und kerntechnischen Anlagen machte die Klägerin geltend, das beklagte Land schulde wegen der Erteilung der rechtswidrigen 1. TG alt Schadensersatz u.a. aus Amtspflichtverletzung und beantragte daher festzustellen, dass das beklagte Land verpflichtet sei, ihr die Schäden zu ersetzen, die ihr infolge der rechtswidrigen Erteilung der 1. TG alt und der darauf basierenden weiteren atomrechtlichen Bescheide im Genehmigungsverfahren

---

<sup>121</sup> BVerwGE 80, 207 = NVwZ 1989, 52

betreffend das Kernkraftwerk Mülheim-Kärlich entstanden seien und noch entstehen werden. Während das Landgericht eine Schadensersatzpflicht des beklagten Landes zur Hälfte ausgesprochen hatte, stellte das OLG Koblenz auf die Berufung des Beklagten unter Zurückweisung der Berufung der Klägerin und unter Abweisung der Klage im Übrigen fest, dass das beklagte Land verpflichtet sei, der Klägerin die Hälfte des Schadens zu ersetzen, welcher dieser infolge der rechtswidrigen Erteilung der 1. TG alt entstanden sei oder noch entstehen werde, und zwar bezogen auf die Kosten der Errichtung des Kernkraftwerks (Investitionskosten). Die Revision des beklagten Landes und die Anschlussrevision der Klägerin führten zur Aufhebung des angefochtenen Urteils.

Der BGH führte insoweit aus, dass Streitgegenstand allein Schadensersatzansprüche gegen das beklagte Land wegen der rechtswidrigen Erteilung der 1. TG alt seien. Im Übrigen sei es an die Beurteilung der 1. TG alt als objektiv rechtswidrig durch das BVerwG in dem vorliegenden Amtshaftungsprozess gebunden und verwies dazu auf seine frühere Rechtsprechung.<sup>122</sup> Zwar werde nach der Rechtsprechung des Senats von der Bindung des Zivilgerichts an das einen Verwaltungsakt aufhebende Urteil des Verwaltungsgerichts nicht die von diesem gegebene Begründung, warum der Verwaltungsakt rechtswidrig sei, umfasst.<sup>123</sup> Es sei allerdings kein Grund ersichtlich, warum die vom BVerwG vorgegebene Begründung in Frage gestellt werden könne.

Nachdem das Gericht darüber hinaus angemerkt hatte, dass das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei ein Verschulden (Fahrlässigkeit) der Bediensteten des beklagten Landes angenommen hatte, führte es indessen nunmehr im Kern der vorliegenden Entscheidung bezüglich des Drittschutzes aus, dass die Annahme des Berufungsgerichts in diesem Punkt einer rechtlichen Nachprüfung nicht standhalte. Insoweit wurde dann auf die bereits vorerwähnte Formel<sup>124</sup> zurückgegriffen. Ob der durch eine Amtspflichtverletzung Geschädigte „Dritter“ i. S. d. § 839 BGB sei, bestimme sich danach, ob die Amtspflicht – wenn auch nicht notwendig allein, so doch auch – den Zweck habe, gerade sein Interesse wahrzunehmen. Nur wenn sich aus den die Amtspflicht begründenden und sie umreisenden Bestimmungen sowie aus der besonderen Natur des Amtsgeschäfts ergebe, dass der Geschädigte zu dem Personenkreis zähle, dessen Belange nach dem Zweck und der rechtlichen Bestimmung des Amtsgeschäfts geschützt und gefördert werden solle, bestehe ihm gegenüber bei schuldhafter Pflichtverletzung eine Schadensersatz-

---

<sup>122</sup> BGHZ 134, 268 (273) = NVwZ 1997, 714 (716) = WM 1997, 375 (378) = LM § 839 (Ca) BGB Nr. 101 unter Hinweis auf BGH WM 1985, 1349 (1350); Zur Frage der Bindung der Zivilgerichte an verwaltungsgerichtliche Urteile im Amtshaftungsverfahren vgl. die Hinweise in FN 1090 (S. 323)

<sup>123</sup> BGH a. a. O. unter Hinweis auf BGH NJW 1983, 2241 (2241) = LM § 839 (Fa) BGB Nr. 23; BGHZ 20, 379 (383) = NJW 1956, 1358 (1358) = LM § 80 MRVO (BrZ) 165 Nr. 1; Zur Frage der Erstreckung der Rechtskraft auf die Entscheidungsgründe s. o. S. 337 ff., vgl. auch Rohlffing S. 105 ff.

<sup>124</sup> S. dazu o. S. 48

pflicht. Hingegen sei anderen Personen gegenüber, selbst wenn die Amtspflichtverletzung sich für sie mehr oder weniger nachteilig ausgewirkt habe, eine Ersatzpflicht nicht begründet. Es müsse mithin eine besondere Beziehung zwischen der verletzten Amtspflicht und dem geschädigten „Dritten“ bestehen.<sup>125</sup> Dabei müsse eine Person, der gegenüber eine Amtspflicht zu erfüllen sei, nicht in allen ihren Belangen immer als „Dritter“ anzusehen sein. Vielmehr sei jeweils zu prüfen, ob gerade das im Einzelfall berührte Interesse nach dem Zweck und der rechtlichen Bestimmung des Amtsgeschäfts geschützt werden solle. Es komme danach auf den Schutzzweck der Amtspflicht an.<sup>126</sup> Für das Baugenehmigungsverfahren gelte bezüglich des Schutzzwecks der Amtspflicht, nicht einen rechtswidrigen (positiven) Bescheid zu erteilen, nach der Rechtsprechung des BGH Folgendes. Die Erteilung einer Baugenehmigung begründe für den Bauherrn grundsätzlich einen Vertrauenstatbestand dahin, dass er sein Bauvorhaben nunmehr verwirklichen könne, ohne mit öffentlich-rechtlichen Hindernissen rechnen zu müssen. Gebe die Behörde einem Antrag auf eine Baugenehmigung zu Unrecht statt, bringe sie den Bauherrn in die Gefahr, dass er einen vorschriftswidrigen Bau ausführe, der keinen Bestand haben könne und unter Umständen wieder beseitigt werden müsse. Insoweit solle ihm aber durch die Baugenehmigung gerade eine verlässliche Grundlage für seine wirtschaftlichen Dispositionen verschafft werden. Zwar gehe der Schutzzweck der im Baugenehmigungsverfahren wahrzunehmenden Pflicht nicht dahin, den Bauherrn vor allen denkbaren wirtschaftlichen Nachteilen zu bewahren, die ihm bei der Verwirklichung seines Bauvorhabens erwachsen könnten; dies lasse jedoch unberührt, dass die Baugenehmigung einen Vertrauenstatbestand für den Bauherrn dahingehend begründe, sein Bauvorhaben überhaupt ausführen zu können. Aus diesem Grund sei bei der Erteilung der Baugenehmigung stets auf die Interessen des Antragstellers und darüber hinaus – da die erteilte Baugenehmigung nicht an die Person des Antragstellers gebunden, sondern auf das Grundstück und das Bauvorhaben bezogen sei – auf die Interessen der Personen in individualisierter und qualifizierter Weise Rücksicht zu nehmen, die im berechtigten, schutzwürdigen Vertrauen auf den Bescheid unmittelbar die Verwirklichung des konkreten Bauvorhabens in Angriff nehmen wollten und zu diesem Zweck konkrete Aufwendungen für die Planung und Durchführung des Vorhabens tätigten. Das gelte jedenfalls in den Grenzen eines überschaubaren zeitli-

<sup>125</sup> BGHZ 134, 268 (276) = NVwZ 1997, 714 (716) = WM 1997, 375 (378) = DÖV 1997, 420 (421) = MDR 1997, 352 (LS) = LM § 839 (Ca) BGB Nr. 101 unter Hinweis auf BGHZ 110, 1 (9) = NJW 1990, 1042 (1043) = LM § 839 (Cb) BGB Nr. 74; BGHZ 108, 224 (227) = NJW 1990, 381 (383) = LM § 839 (Cb) BGB Nr. 72; BGHZ 106, 323 (331) = NJW 1989, 976 (978) = LM § 839 (Ca) BGB Nr. 71; BGHZ 93, 87 (91) = NJW 1985, 2817 = LM § 36 BBauG Nr. 7

<sup>126</sup> BGH a. a. O. unter Hinweis auf BGZ 117, 83 (90) = NJW 1992, 1230 (1231) = LM H. 6/1992 § 839 (Fe) BGB Nr. 117; BGHZ 110, 1 (9) = NJW 1990, 1042 (1043) = LM § 839 (Cb) BGB Nr. 74

chen und sachlichen Zusammenhangs.<sup>127</sup> Der BGH führte dann aus, dass auch im atomrechtlichen Genehmigungsverfahren nach § 7 AtG eine dem Baugenehmigungsverfahren vergleichbare Amtspflicht der Bediensteten der Genehmigungsbehörde jedenfalls gegenüber dem Antragsteller als zukünftigen Errichter, Betreiber oder Inhaber der Atomanlage bestehe, keine ungesicherten Vertrauenstatbestände zu schaffen. Dies gelte unbeschadet gewisser Besonderheiten der Rechtsnatur der Anlagengenehmigung nach § 7 AtG als eines administrativen Kontrollinstruments, dessen Rechtsgrundlage „auf der Grenze zwischen einem präventiven und einem repressiven Verbot“ stehe – wobei das Gesetz keinen Rechtsanspruch auf Erteilung vorsehe – und unabhängig davon, dass die Regeln über die Möglichkeit einer rechtswidrigen Genehmigung und über etwaige Entschädigungsansprüche des Genehmigungsempfängers in einem solchen Fall bei der Baugenehmigung und bei der atomrechtlichen Anlagengenehmigung im Einzelnen teilweise unterschiedlich ausgestaltet seien (vgl. einerseits § 48 VwVfG, andererseits §§ 17 Abs. 2, 18 AtG). Zwar ermögliche § 17 Abs. 2 AtG die Rücknahme einer von Anfang an rechtswidrigen Genehmigung, ohne dass die nach allgemeinem Verwaltungsrecht dafür vorgesehenen besonderen tatbestandlichen Voraussetzungen gegeben sein müssten. Abgesehen davon, dass die Genehmigungsbehörde insoweit im Rahmen der Ausübung pflichtgemäßen Ermessens auch den Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes des Begünstigten in die Abwägung mit einzubeziehen habe, sehe aber § 18 AtG für den Fall der Rücknahme grundsätzlich eine Entschädigung des Betroffenen vor. Auch diese – differenzierende – Regelung trage dem vom Gesetzgeber mithin grundsätzlich anerkannten Erfordernis eines Vertrauensschutzes des Antragstellers/Genehmigungsempfängers im Atomrecht Rechnung. Andererseits verdrängten etwaige Entschädigungsansprüche nach § 18 AtG nicht den Amtshaftungsanspruch. Beide Ansprüche bestünden neben- und unabhängig voneinander. Der BGH führte dann aus, dass auch die Amtspflicht der Bediensteten der Genehmigungsbehörde, keine rechtswidrige atomrechtliche Teilgenehmigung zu erteilen, grundsätzlich in entsprechender Weise drittgerichtet sei. Nach Ausführungen zu den verschiedenen Stufen des atomrechtlichen Genehmigungsverfahrens hob der BGH hervor, dass das amtshaftungsrechtlich geschützte Vertrauen des Unternehmers auf die Rechtmäßigkeit des gestattenden Teils einer Teilgenehmigung – wie hier der 1. TG alt – beschränkt sei. Vielmehr komme grundsätzlich darüber hinaus dem in einer Teilgenehmigung enthaltenen vorläufigen positiven Gesamturteil eine vertrauensbildende Wirkung zu. Dieses Vertrauen könne auch nicht mit dem Hinweis von vornherein als haftungsrechtlich nicht schutzwürdig abgetan werden, der Antragsteller hätte, um hinsichtlich des vorläufigen positiven Gesamturteils sicherer zu gehen, einen Vorbescheid im

---

<sup>127</sup> BGHZ 134, 268 (277) = NVwZ 1997, 714 (717) = WM 1997, 375 (379) = DÖV 1997, 420 (421) = MDR 1997, 352 (LS) = LM § 839 (Ca) BGB Nr. 101 unter Hinweis auf BGHZ 122, 317 (321) = NJW 1993, 2303 (2304) = MDR 1993, 738 (739) = LM H. 10/1993 § 839 (Cb) BGB Nr. 84; BGH NJW 1994, 2087 (2088) = LM H. 10/1994 § 839 (Cb) BGB Nr. 91

Rechtssinne erwirken müssen. Denn es gebe keine Grundlage dafür, allein deshalb die Genehmigungsbehörde, die beim Erlass einer Teilgenehmigung amtspflichtwidrig gehandelt habe, von vornherein aus ihrer haftungsrechtlichen Verantwortung zu entlassen. Dies führe dann zu dem Schluss, dass bei einer atomrechtlichen Teilgenehmigung der Schutz des Vertrauens des Antragstellers als zukünftigen Errichters, Betreibers oder sonstigen Inhabers in dem Sinne Beachtung finde, dass die Amtspflicht der Bediensteten der Genehmigungsbehörde, keine rechtswidrige (Teil-) Genehmigung zu erteilen, grundsätzlich zu seinen Gunsten drittschützend wirke, weil eine solche (Teil-) Genehmigung als „Verlässlichkeitsgrundlage“ in Betracht komme.

Daraus, so der BGH, ergebe sich andererseits aber auch zugleich der Maßstab für die Begrenzung der Haftung im Rahmen des Amtshaftungstatbestands. So habe der Senat bereits für den Fall einer im Rahmen eines förmlichen Bauvorfrageverfahrens abgegebenen mündlichen Auskunft eines Sachbearbeiters – nicht erst unter dem Gesichtspunkt eines mitwirkenden Verschuldens i. S. d. § 254 BGB, sondern bei der Prüfung der objektiven Reichweite des dem Geschädigten durch das Amtshaftungsrecht gewährten Vermögensschutzes – darauf abgestellt, ob der Adressat, unbeschadet des Umstandes, dass er weder einen rechtsverbindlichen Vorbescheid noch eine wirksame Zusicherung des Erlasses eines solchen in Händen gehalten habe, gleichwohl in schutzwürdiger Weise auf die Richtigkeit und Verbindlichkeit der mündlichen Auskunft vertrauen und diese zur Grundlage für die dort in Rede stehenden Vermögensdispositionen habe machen dürfen. Nach Auffassung des Senats müsse also der amtshaftungsrechtliche Vertrauensschutz generell dort schon im Vorfeld des § 254 BGB seine Grenzen finden, wo bereits nach allgemeinem Verwaltungsrecht grundsätzlich von vornherein jeder Vertrauensschutz für den Adressaten des Verwaltungsakts ausscheide. Der Bürger dürfe zwar grundsätzlich von der „Rechtmäßigkeit der Verwaltung“ ausgehen und demgemäß darauf vertrauen, dass die Behörden das ihnen Obliegende richtig und sachgemäß tun. Solches Vertrauen sei jedoch in dem Maß nicht schutzwürdig, in dem der Bürger selbst erkenne oder es sich ihm aufdrängen müsse, dass der erteilte Verwaltungsakt geltendes Recht verletze. Dies werde etwa in den Fällen des § 48 Abs. 2 S. 3 VwVfG in Betracht kommen, insbesondere bei arglistiger Täuschung der Behörde durch den Begünstigten oder bei Kollusion zwischen Behörde und Begünstigtem, aber auch schon dann, wenn der Begünstigte die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts kannte oder ohne Mühe hätte erkennen müssen. Der Rechtsgedanke des § 48 Abs. 2 S. 3 VwVfG, der für die darin genannten Fälle ausspreche, dass sich der Begünstigte nicht auf Vertrauen berufen könne, lasse sich im vorliegenden haftungsrechtlichen Zusammenhang unbeschadet dessen in die Betrachtung mit einbeziehen, dass diese Vorschrift als Regelung der Rücknahme eines von Anfang an rechtswidrigen Verwaltungsakts für die atomrechtliche Genehmigung durch die §§ 17, 18 AtG verdrängt werde, die inhaltlich teilweise anders ausgestaltet seien. Dass der Betroffene sich bei einer solchen Sachlage

nach den Spezialvorschriften des Atomrechts haftungsrechtlich auf ein schutzwürdiges Vertrauen berufen könne, kann diesen Vorschriften und dem gesamten Regelungszusammenhang nicht entnommen werden. Der Grundsatz, dass ein mit einem Makel i. S. d. § 48 Abs. 2 S. 3 VwVfG behafteter begünstigender Verwaltungsakt haftungsrechtlich als Vertrauensgrundlage für den Begünstigten regelmäßig ausscheide, gelte unabhängig davon, ob und inwieweit der Verwaltungsakt von der Behörde oder vom Gericht mit der Anordnung der sofortigen Vollziehung versehen worden sei.

Soweit dann nach den Ausführungen des BGH eine atomrechtliche (Teil-)Genehmigung schutzwürdiges Vertrauen einmal begründet habe, entfalle dieses Vertrauen auch nicht ohne weiteres mit der Anfechtung durch Dritte. Zwar werde im Schrifttum teilweise die Eignung einer Baugenehmigung als Vertrauensgrundlage ab dem Zeitpunkt verneint, in welchem die Genehmigung von dritter Seite angefochten und der eingelegte Rechtsbehelf nicht offensichtlich unzulässig oder unbegründet sei. Der Streitfall gebe jedoch keinen Anlass, darauf in allen Einzelheiten einzugehen. Denn der Vertrauensschutz in dem Bestand des Verwaltungsakts entfalle nach Auffassung des Senats in einem solchen Fall jedenfalls dann nicht ohne weiteres völlig, wenn und solange der Verwaltungsakt sofort vollziehbar sei.

Der beschriebene Drittschutz des Antragstellers im atomrechtlichen Genehmigungsverfahren im Sinne eines Vertrauensschutzes betreffe dann nicht nur, wie der BGH weiter ausführte, die Amtspflicht der Bediensteten, keine materiell fehlerhafte – auf Dauer unberechtigte und nicht nutzbare – (Teil-)Genehmigung zu erteilen, sondern eben auch die Amtspflicht, nicht eine möglicherweise sachlich-rechtlich in Betracht kommende (Teil-)Genehmigung auf verfahrensfehlerhafte Art und Weise in die Welt zu setzen und damit die Gefahr zu begründen, dass sie so nicht bestandskräftig, sondern vom Gericht aufgehoben und dass dadurch in das vollständige Genehmigungssystem eine Lücke gerissen werde, derentwegen ein bereits begonnener Betrieb zwangsläufig zum Erliegen kommen müsse. Fehlgeschlagene Aufwendungen des Antragstellers fallen dann nach Ansicht des Senats in den Schutzbereich der Amtspflicht der Genehmigungsbehörden, keinen rechtlich nicht haltbaren Vertrauenstatbestand in die Welt zu setzen.

Hinsichtlich des Umfangs des haftungsrechtlich relevanten Vertrauensschutzes argumentierte der BGH dann dergestalt, dass die in der Teilgenehmigung enthaltene Gestattung für sich geeignet sei, eine „Vertrauensgrundlage“ dahingehend zu schaffen, der Antragsteller könne die gestattete (Vor-)Arbeit nunmehr ausführen, ohne bei unveränderter Sach- und Rechtslage hinsichtlich des genehmigten Teils mit öffentlich-rechtlichen Hindernissen rechnen zu müssen. Dem Antragsteller verbleibe allerdings – abgesehen davon, dass damit noch nicht ausgeschlossen sei, dass die Teilgenehmigung in der Zukunft wegen nachträglich eingetretener Gefährdung durch die Anlage (entschädigungslos) widerrufen werden könne – das beachtliche Risiko, die betreffende begrenzte Gestattung könne schon dadurch

wertlos werden, dass das weitere Genehmigungsverfahren im Rahmen der darin noch vorzunehmenden Prüfungen scheitere. Bezogen darauf gebe die atomrechtliche Teilgenehmigung dem Antragsteller aber immerhin noch das in seinen Auswirkungen häufig mit einer verwaltungsrechtlichen Zusage verglichene vorläufige positive Gesamturteil an die Hand, wonach auf der Grundlage der jeweils vorgelegten Antragsunterlagen der gesamten zur Genehmigung unterbreiteten Anlage und ihrem Betrieb keine von vornherein unüberwindlichen rechtlichen Hindernisse entgegenstünden.

Ausgehend davon stehe zwar die „Vertrauensgrundlage“ einer atomrechtlichen Teilgenehmigung in ihrer Reichweite in einem gewissen Bezug zu der rechtlichen Bindungswirkung ihres (definitiv) gestattenden Teils einerseits und des vorläufigen positiven Gesamturteils andererseits. Dies sei jedoch nicht der alleinige Maßstab für den Umfang des haftungsrechtlichen Vertrauensschutzes. Letzterer decke sich auch nicht allgemein mit dem zur Begründung der Bindungswirkung einer Teilbaugenehmigung im Sinne einer Grundlage für einen Anspruch auf Erteilung der Hauptgenehmigung erörterten Vertrauensschutz. Der haftungsrechtliche Vertrauensschutz habe auch, obwohl ähnliche Ansätze bestünden, nicht unbedingt denselben Inhalt und dieselbe Reichweite wie der Vertrauensschutz vor der Rücknahme eines Verwaltungsakts nach allgemeinem Verwaltungsrecht. Allerdings werde regelmäßig schon die Existenz der 1. Teilgenehmigung einen wirtschaftlich kalkulierenden Unternehmer veranlassen, in einem gewissen, angemessenen Umfang kostenauslösende Maßnahmen zu treffen. Vor allem werde die Teilgenehmigung den Antragsteller in aller Regel veranlassen, die Detailplanung für die demnächst zur weiteren (Teil-)Genehmigung zu bringenden Anlagen vorzunehmen. In solchen Maßnahmen könnten bei wertender Beurteilung – je nach dem Ablauf und dem Stand des Genehmigungsverfahrens und nach der jeweiligen wirtschaftlichen und rechtlichen Gesamtlage – auch dann schon durch die Erteilung der 1. Teilgenehmigung „veranlasste“, von dieser adäquat verursachte und ihr haftungsrechtlich zuzurechnende wirtschaftliche Dispositionen liegen, wenn der Unternehmer keinen Vorbescheid nach § 7 a AtG in Händen halte. Maßgebliche Bedeutung für den „Wert“ des vorläufigen positiven Gesamturteils der betreffenden Teilgenehmigung als Grundlage für die vorausschauende Beurteilung der Genehmigungsfähigkeit der noch ausstehenden Teile des Gesamtvorhabens könne neben dem eigentlichen Entscheidungsteil des Bescheids der Beschreibung des Umfangs und des Ergebnisses der Prüfung durch die Genehmigungsbehörde auf der Grundlage der vorgelegten Unterlagen in den Gründen der Teilgenehmigung – mithin insbesondere auch der konkreten Beschaffenheit der im Genehmigungsverfahren für die Teilgenehmigung vorgelegten Antragsunterlagen selbst – zukommen. Gehe es allerdings um die Beurteilung des Vertrauensschutzes einer als „Grundentscheidung“/„Grundsatzgenehmigung“ für das gesamte Genehmigungsverfahren naturgemäß besonders bedeutsamen 1. Teilgenehmigung, so könne es, wenn die Auffassungen über die Möglichkeiten zur Ausgestaltung und über



die Auswirkungen derselben sich gewandelt oder erst später durch höchstrichterliche Entscheidungen geklärt worden seien, auf die zur Zeit des Erlasses nahe liegende oder zumindest vertretbare Ansicht ankommen. Die „Vertrauensgrundlage“ einer atomrechtlichen Teilgenehmigung könne im Übrigen vor allem unter Umständen auch unternehmerische Dispositionen auslösen, für die es noch keine rechtliche Absicherung gebe, die jedoch nach dem jeweiligen Sach- und Verfahrensstand unternehmerisch/wirtschaftlich (objektiv) „vernünftig“ (erforderlich) seien. Dies nach Lage des Einzelfalls und mit Blick auf die jeweilige konkrete wirtschaftliche Disposition zu beurteilen, sei in erster Linie Sache einer im trichterlichen Bereich liegenden umfassenden wertenden Betrachtung.<sup>128</sup>

Als eine mögliche „Vertrauensgrundlage“ scheidet nach Ansicht des BGH in dessen und entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts die – später aufgehobene – 1. TG alt für sich genommen von vornherein aus. Der grundlegende Mangel dieser Teilgenehmigung habe darin gelegen, dass diese sich auf eine Anlage bezogen habe, die so in Kompaktbauweise gar nicht gebaut werden sollte und auch so später gar nicht gebaut wurde, und dass es an einer Sicherheitsüberprüfung und einem vorläufigen positiven Gesamturteil in Bezug auf die in Aussicht genommene neue Gebäudeanordnung gefehlt habe. Diese Fehlerhaftigkeit der 1. TG alt sei aber auch für die Klägerin ohne Weiteres erkennbar gewesen. Wenn sie gleichwohl auf der Grundlage der 1. TG alt Investitionen tätige, so nehme sie dies auf eigenes Risiko vor.

Der BGH hat jedoch in Betracht gezogen, dass die an sich erkennbar rechtswidrige 1. TG alt im Laufe des weiteren Genehmigungsverfahrens von einem bestimmten Zeitpunkt ab in Verbindung mit weiteren Bescheiden des beklagten Landes, welche sich auf die geänderte Anordnung der Gebäude des Kernkraftwerks bezogen und aus damaliger Sicht die Fehler der 1. TG alt geheilt haben könnten, doch noch eine Vertrauensgrundlage geschaffen hätten. Eine derartige Vertrauensgrundlage könne zwar nicht schon in Verbindung mit den der 1. TG alt nachfolgenden behördlichen „Freigaben“ entstanden sein, wohl aber – frühestens – in Verbindung mit der förmlichen 2. TG alt (vom Juli 1977). Dies bedeute, dass ein Schadensersatzanspruch der Klägerin allenfalls für solche Investitionen in Betracht kommen könne, die nach Juli 1977 getätigt worden seien. Zur weiteren Aufklärung diesbezüglich und zur Würdigung eines etwaigen Mitverschuldens wurde die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Dieses Urteil wirft bereits an dieser Stelle bei cursorischer Betrachtung die Frage auf, warum die 1. TG alt in Verbindung mit den nachfolgenden Genehmigungsakten eine Vertrauensgrundlage darstellen kann, wenn doch unmittelbar zuvor ausgeführt worden ist, dass die 1. TG alt – isoliert betrachtet – als Verlässlichkeitsgrundlage ausscheidet. Konsequenterweise hätte der BGH doch dann allein auf die später folgenden Genehmigungsakte abstellen müssen und eine

---

<sup>128</sup> BGHZ 134, 268 (290) = NVwZ 1997, 714 (719 f.) = WM 1997, 375 (381, 382, 383) = DÖV 1997, 420 (423) = LM § 839 (Ca) BGB Nr. 101

Haftung allenfalls dann in Betracht ziehen müssen, wenn einer dieser Akte selbst amtspflichtwidrig und vorwerfbar erlassen worden ist.<sup>129</sup> Die Stichhaltigkeit der vom BGH vorgegebenen Konstruktion dieser Verlässlichkeitsgrundlage bei derartigen - zeitlich hintereinander gestaffelten - Genehmigungen wird noch zu würdigen sein.

#### 4. Bauvorbescheid-Entscheidung

Durch notariellen Kaufvertrag erwarb die Klägerin ein Grundstück zu einem Preis von 530.000,00 DM, welches im Außengebiet gelegen war. Die Klägerin ihrerseits veräußerte dieses Grundstück zu einem Kaufpreis von 570.000,00 DM an P. Die Klägerin gewährte dem Käufer P. ein Rücktrittsrecht für den Fall, dass nicht bis zu einem näher bestimmten Datum ein positiver Vorbescheid für die Bebauung für ein näher beschriebenes Wohnhaus ergangen worden sein sollte. Nachdem dann ein Teilkaufpreis in Höhe von 50.000,00 DM zu treuen Händen an den Notar entrichtet wurde, sollte der Restkaufpreis dann gezahlt werden, wenn der Vorbescheid erteilt wurde. Der Erwerber stellte nun bei der Beklagten den Antrag auf einen Vorbescheid für die Errichtung eines Einfamilienhauses. Dieser Antrag wurde zurückgewiesen. Ein dagegen eingelegter Widerspruch wurde zurückgewiesen. Der verwaltungsgerichtlichen Klage wurde erstinstanzlich stattgegeben; die daraufhin eingelegte Berufung der Behörde wurde vom OVG zurückgewiesen. In beiden Rechtszügen war die Klägerin beigeladen. Nachdem dann die beklagte Behörde den begehrten Bauvorbescheid erteilt hatte, zahlte der Erwerber den vereinbarten Restkaufpreis in Höhe von 520.000,00 DM zugunsten der Klägerin auf das Notaranderkonto. Nunmehr machte die Klägerin Ansprüche wegen eines Zinsschadens in Höhe von insgesamt 88.050,00 DM mit der Behauptung geltend, infolge der verzögerten Abwicklung des Grundstückskaufvertrages habe sie ihre eigenen Verbindlichkeiten aus dem Erwerb des Grundstücks nicht zu einem früheren Zeitpunkt zurückführen können.<sup>130</sup>

Der BGH wies die Klage ab und führte zunächst relativ knapp aus, dass aufgrund des Urteils des OVG feststehe, der Bescheid, durch den der beantragte Bauvorbescheid abgelehnt worden sei, sei rechtswidrig gewesen. Der BGH verneinte allerdings die Annahme, dass es sich bei der Klägerin um einen „Dritten“ i. S. d. § 839 Abs. 1 S. 1 BGB handeln könne. Auch hier wurde zunächst die bereits zitierte<sup>131</sup> Drittbezogenheits-Formel zugrunde gelegt. Der BGH differenzierte dann danach, ob bei Bauverwaltungsakten eine Genehmigung erteilt oder ob der betreffende Bescheid versagt werde. Denn z. B. sei die positiv erteilte Baugenehmigung oder der entsprechende Bauvorbescheid nicht an die Person des Antragstellers gebunden, sondern auf das Grundstück und das Bauvorhaben bezo-

<sup>129</sup> So bereits Burmeister, LM § 839 (Ca) BGB Nr. 101, Bl. 23

<sup>130</sup> BGH NJW 1994, 2091 = NVwZ 1994, 932 = LM § 839 (Cb) BGB Nr. 88 = BGHR § 839 I 1 „Dritter“ Nr. 55

<sup>131</sup> s. o. S. 48

gen. Deshalb sei bei der Erteilung eines Vorbescheids – jedenfalls in den Grenzen eines überschaubaren zeitlichen und sachlichen Zusammenhangs – nicht nur auf die Interessen des Antragstellers selbst, sondern auch auf diejenigen der Personen in individualisierter und qualifizierter Weise Rücksicht zu nehmen, die im berechtigten, schutzwürdigen Vertrauen auf den Bescheid unmittelbar die Verwirklichung des konkreten Bauvorhabens in Angriff nehmen wollen und zu diesem Zweck Aufwendungen für die Planung des Vorhabens tätigten. Dies gelte selbst dort, wo eine Rechtsnachfolge in die durch den Bauvorbescheid begründete Rechtsposition nach dem jeweils einschlägigen Landesrecht nicht möglich sei. Demgegenüber sei dann, wenn die Behörde einen Antrag auf Erteilung einer Baugenehmigung oder eines Bauvorbescheids zu Unrecht abgelehnt hätte, grundsätzlich nur der Antragsteller – hier: der Käufer – in seinen durch § 839 Abs. 1 S. 1 BGB geschützten Belangen betroffen. Der Versagung einer Baugenehmigung oder eines Bauvorbescheids komme nämlich in der Regel einem anderen als dem Antragsteller gegenüber keine materielle Bestandskraft im Sinne einer Feststellungswirkung zu. Die bestandskräftige Versagung einer Baugenehmigung berechtige die Behörde daher nicht, einen neuen Bauantrag ohne Sachprüfung abzulehnen. Der Grundstückseigentümer sei daher in aller Regel nicht „Dritter“ i. S. d. § 839 Abs. 1 S. 1 BGB, wenn ein anderer – hier: der Käufer – einen Antrag auf einen Bauvorbescheid oder eine Baugenehmigung gestellt habe und hiermit nicht durchgedrungen sei.<sup>132</sup>

Der BGH verwarf damit die Ansicht des Berufungsgerichts, welches ausgeführt hatte, dass der Schutzzweck der im Verwaltungsverfahren einschließlich des Widerspruchsverfahrens bestehenden Amtspflichten sich auch auf die Klägerin als Grundstückseigentümerin erstreckt habe, weil sie wegen der rechtlichen Verknüpfung des Kaufvertrages mit dem von dem Käufer beantragten Vorbescheid an dessen Erteilung ein rechtliches Interesse gehabt habe. Der BGH führte diesbezüglich aus, dass die Verknüpfung des Vertragsinhalts mit dem allein vom Käufer als künftigen Bauherrn zu beantragenden Bauverwaltungsakt (Baugenehmigung oder Vorbescheid) in keinem der bereits entschiedenen Fälle dazu geführt habe, den Eigentümer angesichts seines wirtschaftlichen Interesses an der Erteilung eines positiven Bescheids als „Dritten“ anzuerkennen, wenn der Antrag abgewiesen worden sei. Zwar habe der BGH auch Ausnahmefälle von dem Grundsatz zugelassen, dass ablehnenden Bescheiden im Baugenehmigungsverfahren eine Drittbezogenheit im Sinne des Amtshaftungsrechts nur zugunsten des jeweiligen Antragstellers zukomme; derartige Fallgestaltungen erhielten jedoch ihr besonderes Gepräge dadurch, dass der formell am Baugenehmigungsverfahren nicht beteiligte Dritte der eigentliche Träger des Interesses an der Verwirklichung eines konkreten Bauvorhabens gewesen sei, dass er mithin eine Rechtsstellung innehatte, die ihrem sachlichen Gehalt nach der eines Bauherrn gleichgekommen sei. Allein

<sup>132</sup> BGH NJW 1994, 2091 (2092) = NVwZ 1994, 932 (933) = LM § 839 (Cb) BGB Nr. 88 = BGHR § 839 I 1 „Dritter“ Nr. 55

dies rechtfertige es, eine besondere Beziehung zwischen ihm und der auf die Ermöglichung dieses Vorhabens gerichteten Amtspflicht im Sinne der oben dargestellten Rechtsprechungsgrundsätze anzunehmen. Eine vergleichbare Rechtsstellung sei jedoch der Klägerin nicht zuzuerkennen. Der Umstand, dass sich ein Versagungsbescheid auf Vertragsbeziehungen des Antragstellers (Bauherrn) zu dem Grundstückseigentümer ungünstig auswirke, das nur mittelbare Interesse des Grundstückseigentümers an einem positiven Bescheid, stehe aber außerhalb der mit dem Baugenehmigungsverfahren (Vorbescheidsverfahren) verfolgten Schutzzwecke. Daran ändere sich auch durch den Umstand nichts, dass die Klägerin in dem Verwaltungsrechtsstreitverfahren beigeladen worden sei. Dadurch sei ihr nicht im Nachhinein die Stellung eines „Dritten“ im Baugenehmigungsverfahren verliehen worden.<sup>133</sup>

### 5. Stützmauer-Entscheidung

Unter dem 19.11.1990 erteilte der im späteren Verfahren beklagte Landkreis als Bauaufsichtsbehörde einer GmbH die Baugenehmigung, auf einem in deren Eigentum stehenden und mit einem Einfamilienhaus bebauten Grundstück unter Abbruch der vorhandenen Gebäude vier Einfamilienwohnhäuser nebst Stellplätzen zu errichten. Erschlossen wurde das Grundstück durch eine den Nachbarn gehörenden Wegeparzelle, auf der zu deren Gunsten eine Grunddienstbarkeit lastete. Eine Baulast hingegen bestand nicht. Die GmbH verkaufte das Grundstück nebst Baugenehmigung an die Klägerin, die im Februar 1991 mit der Bauausführung gemäß dem Bauschein des beklagten Landkreises begann. Die Grundstücksnachbarn erwirkten indessen gegen die Klägerin eine einstweilige Verfügung auf Untersagung, die auf dem privaten Wegegrundstück errichtete und den Weg sichernde Stützmauer zu entfernen. Die Klägerin reichte nun bei dem beklagten Landkreis eine Bauvoranfrage für eine geänderte Planung zur Errichtung von vier Wohneinheiten nebst Tiefgaragen ein. Der beklagte Landkreis lehnte indessen diese Bauvoranfrage durch Bescheid vom 03.12.1991 mit der Begründung ab, zur Sicherung der Erschließung und Zuwegung sei eine Baulast erforderlich. Nachdem dann die Klägerin mit Grundstücksnachbarn und Eigentümern der privaten Wegeparzelle verhandelt hatte, wurde am 03.06.1993 eine Vereinbarung abgeschlossen, durch die eine Baulast für die Erschließung des Grundstücks bewilligt wurde. Nach Eintragung der Baulast und Erstellung einer neuen Planung wurde vonseiten des beklagten Landkreises am 26.11.1993 eine entsprechende Baugenehmigung erteilt. Die Klägerin ist nunmehr der Auffassung, dass der beklagte Landkreis durch die Erteilung der ursprünglichen Baugenehmigung vom 19.11.1990 eine Amtspflichtverletzung zu ihren Lasten begangen habe. Im Vertrauen auf die durch die Baugenehmigung ausgewiesene Bebaubarkeit mit vier

---

<sup>133</sup> BGH NJW 1994, 2091 (2093) = NVwZ 1994, 932 = LM § 839 (Cb) BGB Nr. 88 = BGHR § 839 I 1 „Dritter“ Nr. 55

Wohnungen habe sie das Grundstück zu einem überhöhten Preis erworben; überdies habe sie überhöhte Maklerkosten gehabt und Grunderwerbssteuer gezahlt sowie nutzlose Planungskosten aufgewendet. Während das erstinstanzlich angerufene Landgericht der Klage voll umfänglich stattgab, wies das Berufungsgericht die Klage teilweise ab. Der beklagte Landkreis legte gegen das Berufungsurteil Revision und die Klägerin selbständige Anschlussrevision ein.<sup>134</sup>

Der BGH wies die Anschlussrevision der Klägerin zurück, hob auf die Revision des beklagten Landkreises das Berufungsurteil auf und wies die Klage insgesamt ab. Er führte aus, dass der Klägerin ein Amtshaftungsanspruch nicht zustehe. Zwar sei die Erteilung der Ursprungsgenehmigung vom 19.11.1990 amtspflichtwidrig gewesen; die verletzte Amtspflicht habe auch zugunsten der Klägerin als der Rechtsnachfolgerin der ursprünglichen Antragstellerin bestanden. Insoweit bejahte der BGH die Stellung der Klägerin als „Dritter“ i. S. d. § 839 Abs. 1 S. 1 BGB. Gleichwohl wurde jedoch daraus kein Schadensersatzanspruch zugunsten der Klägerin abgeleitet. Denn die Klägerin könne nur den Ersatz solcher Schäden verlangen, deren Ausgleich vom Schutzzweck der verletzten Amtspflicht gedeckt sei. In solchen Fällen richte sich, soweit es um öffentlich-rechtliche Genehmigungen gehe, die inhaltliche Bestimmung und sachliche Begrenzung der Haftung unter dem Gesichtspunkt des Schutzzwecks nach dem Vertrauen, welches die Maßnahme begründen solle.<sup>135</sup> Nach Ansicht des BGH solle die Baugenehmigung klären, ob das Bauvorhaben den öffentlich-rechtlichen Vorschriften entspreche bzw. ob entsprechende Hindernisse entgegenstünden. Dabei dürfe der Bauherr nicht in die Gefahr gebracht werden, einen vorschriftswidrigen Bau auszuführen, der keinen Bestand haben könne und unter Umständen wieder beseitigt werden müsse. Insoweit solle eine verlässliche Grundlage für die wirtschaftlichen Dispositionen des Bauherrn geschaffen werden. Dementsprechend würden von dem Schutzzweck der bei der Erteilung der Baugenehmigung wahrzunehmenden Pflichten von vornherein solche Nachteile nicht erfasst, die sich daraus ergeben würden, dass das Bauvorhaben private Rechte von Nachbarn beeinträchtigt und deshalb nicht verwirklicht werden könnten. Im vorliegenden Fall sei zu vergegenwärtigen, dass die Baugenehmigung trotz ihrer Rechtswidrigkeit bestandskräftig geworden und geblieben sei, da der Beklagte diese nicht zurückgenommen habe. Im Übrigen habe die Klägerin eine von Seiten des Magistrats der Stadt verfügte sofortige Einstellung der Bauarbeiten nicht zum Anlass genommen, eine Umplanung des Vorhabens zu veranlassen.

Im Übrigen ließ es der BGH dahinstehen, ob die Ursprungsgenehmigung bei der Klägerin ein schutzwürdiges Vertrauen dahin begründet habe, dass dem angestrebten Maß der baulichen Nutzbarkeit auch bei einer solchermaßen geänderten Planung keine öffentlich-rechtlichen Hindernisse entgegenstünden. Ebenso wenig bedürfe es einer Klärung, ob sich die Klägerin habe darauf verlassen dürfen, dass

---

<sup>134</sup> BGHZ 144, 394 = NJW 2000, 2996

<sup>135</sup> BGHZ 144, 394 (396) = NJW 2000, 2996 (2996)

einer Umplanung des Vorhabens, die lediglich den berechtigten privaten Belangen der Nachbarn Rechnung tragen wollte, aber die öffentlich-rechtlichen Rahmenbedingungen unberührt gelassen hätte, mit der Baugenehmigung jedenfalls keine solchen Hindernissen entgegengesetzt würden, die schon bei der Ursprungsgenehmigung erkennbar und berücksichtigungsfähig gewesen wären. Denn selbst bei Bejahung dieser Fragen in einem der Klägerin günstigen Sinn wäre damit nicht zum Ausdruck gebracht, dass das geänderte Vorhaben tatsächlich realisierbar gewesen wäre. Nach den Feststellungen der Berufungsinstanz sei die Zuwegung privatrechtlich nicht gesichert gewesen. Zwar habe sich die Grunddienstbarkeit nach dem Inhalt der Grundbucheintragung auf ein Geh- und Fahrrecht bezogen, ohne dass die Nutzung des herrschenden Grundstücks auf die Bebauung mit einem Einfamilienhaus beschränkt gewesen wäre. Wenngleich die Dienstbarkeit nach deren Wortlaut auch Geh- und Fahrrechte zugunsten mehrerer Wohneinheiten auf dem Grundstück abgedeckt habe, so sei nach den örtlichen Verhältnissen wohl nicht zu verkennen gewesen, dass sie ursprünglich lediglich ein Wegerecht zugunsten eines Einfamilienhausgrundstücks gewährleistet habe und gewährleisten sollte. Deswegen seien die Nachbarn auch nicht von vornherein verpflichtet gewesen, einer Baulast für das von der Klägerin angestrebte Projekt zuzustimmen. Das wiederum bedeute jedoch, dass das Fehlen der Baulast auf einem Mangel in der privatrechtlichen Nutzbarkeit des Grundstücks beruhe. Dieser Mangel falle jedoch in den Risikobereich der Klägerin und nicht in denjenigen der Bauaufsichtsbehörde. Die Amtspflicht der Bauaufsichtsbehörde, eine Baugenehmigung nur dann zu erteilen, wenn die Zuwegung zu dem Baugrundstück öffentlich-rechtlich (durch Baulast) gesichert sei, nimmt dem Bauherrn nicht das privatrechtliche Risiko ab, dass die Nachbarn die Bewilligung dieser Baulast deswegen verweigern würden, weil die bestehende Grunddienstbarkeit die beabsichtigte Erweiterung der Nutzung nicht abdecke. Nach Ansicht des BGH wäre es Sache der Klägerin gewesen, sich insoweit durch den Vorbehalt von kaufrechtlichen Mängelgewährleistungsansprüchen gegenüber der Verkäuferin abzusichern. Deswegen genüge es im vorliegenden Fall für die Haftungsbegründung auch nicht, dass zwischen der rechtswidrig erteilten Baugenehmigung und den von der Klägerin getätigten Aufwendungen ein ursächlicher Zusammenhang bestehe. Da das Scheitern des ursprünglich geplanten Projekts auf Gründen beruhe, die in den Risikobereich der Klägerin fallen würden, kann diese sich nicht mit Erfolg darauf berufen, dass sie ohne die rechtswidrige Ursprungsgenehmigung vom 19.11.1990 den Erwerb des Grundstücks unterlassen habe.<sup>136</sup>

Die dargestellten Beispiele zeigen, dass – nach Vorgabe der Rechtsprechung – die Drittbezogenheit der Amtspflicht eng mit deren Schutzzweck verbunden wird; der Schutzzweck begründet dabei nicht nur den sachlichen Umfang des zu ersetzenden Schadens, sondern beschreibt auch die personelle Reichweite, sog. Relati-

---

<sup>136</sup> BGHZ 144, 394 (398) = NJW 2000, 2996 (2997)

vierung der Drittbezogenheit.<sup>137</sup> Untersuchungsbedürftig wird damit der „judizielle Beurteilungsspielraum“<sup>138</sup>, der der Rechtsprechung durch die mitunter unscharf gehaltenen und nur teilweise gesetzlich verankerten Amtspflichten und die damit verknüpften Schutzzwecke eröffnet wird. Eine andere Problematik tritt hinzu. Nach Ansicht des BGH können nicht nur Baugenehmigungen oder atomrechtliche Genehmigungen, sondern auch andere Hoheitsakte bzw. Hoheitsmaßnahmen eine den Vertrauensschutz auslösende Verlässlichkeitsgrundlage darstellen<sup>139</sup>; die besondere Fallkonstellation in derartigen Vertrauensschutzfällen liegt indessen in dem Umstand, dass der Schaden nicht durch die Hoheitsmaßnahme selbst, sondern erst durch eine Vermögensdisposition des Geschädigten ausgelöst wird. Mithin geht es dabei strukturell um Fragen des Kausalzusammenhanges. Der BGH hingegen operiert mit Fragen des Vertrauensschutzes auf der Ebene des objektiven Tatbestandes. Auch dieser Ansatzpunkt wird näher zu untersuchen sein.

## II. Amtshaftung und Drittschadensliquidation

### 1. Die Zivildienstleistenden-Entscheidung

Die in jenem Fall auftretende Klägerin betrieb eine Klinik. Der von ihr in Anspruch genommene Beklagte hatte bei der Klägerin Zivildienst geleistet und in Ausübung dieser Tätigkeit eines der Fahrzeuge beschädigt. Das OLG Naumburg hat auf die erstinstanzliche Entscheidung, nach welcher der beklagte Zivildienstleistende zum Schadensersatz verurteilt wurde, das Urteil aufgehoben und die Klage abgewiesen. Zur Begründung führte das Gericht aus, dass die Regelung des § 34 des Gesetzes über den Zivildienst der Kriegsdienstverweigerer (ZDG) eine abschließende Regelung darstelle. Nach dieser Regelung könne der Bund als Dienstherr den Zivildienstleistenden im Fall des Vorsatzes und der groben Fahrlässigkeit in Anspruch nehmen. Dieses Recht stehe allerdings grundsätzlich nur dem Bund zu. Der § 34 Abs. 1 ZDG ordne eine Anspruchskonzentration an.<sup>140</sup> Ein Amtshaftungsanspruch scheidet aus, da der Zivildienstleistende seiner Beschäftigungsstelle i. S. d. §§ 3, 4 ZDG nicht wie einem normalen Staatsbürger entgegentrete. Vielmehr würden Staat und Beschäftigungsbehörde eine Einheit bilden, sodass es an dem Merkmal der Drittgerichtetheit der Amtspflicht fehlen würde.<sup>141</sup> Der Senat hat allerdings erwogen, dass ggf. ein Anspruch der Beschäftigungsstelle gegen den Bund aus den öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnis angenommen werden könne, einen etwaigen Innenregress des Bundes gegen den Zi-

---

<sup>137</sup> S. dazu u. S. 132 ff.

<sup>138</sup> Ossenbühl, NJW 2000, 2945 (2949)

<sup>139</sup> BGH NJW 1994, 2415 (2417) = NZV 1994, 429 (430): z.B. ein Gesundheitszeugnis

<sup>140</sup> OLG Naumburg, OLG-Report 2007, 481 (482)

<sup>141</sup> OLG Naumburg, OLG-Report 2007, 481 (482) unter Hinweis auf OLG Köln, OLG-Report 1998, 339

vildienstleistenden gem. § 34 Abs. 1 ZDG im Wege der Drittschadensliquidation geltend zu machen. Gegebenenfalls müsse sich der Bund im Verhältnis zur Beschäftigungsstelle auch so behandeln lassen, als ob er diesen Regress geltend gemacht hätte. Dieser Ansatz rechtfertigt im vorliegenden Fall allerdings kein anderes Ergebnis, da die Klägerin aus eigenem Recht Klage, sich mithin etwaige Ansprüche des Bundes gegen den Zivildienstleistenden nicht habe abtreten lassen und auch nicht im Wege der gewillkürten Prozessstandschaft für den Bund aufgetreten sei.<sup>142</sup> Obschon die Konstellation zwischen dem Bund als Dienstherrn, dem Zivildienstleistenden, der Beschäftigungsstelle i. S. d. §§ 3, 4 ZDG und einem möglicherweise noch hinzutretenden weiteren Geschädigten vielfältig sein können<sup>143</sup> ist zu vergegenwärtigen, dass die Rechtsfigur der Drittschadensliquidation eine nicht unerhebliche Rolle bei derartigen Ausgangskonstellationen im Zusammenhang mit der Haftung von Zivildienstleistenden spielt. Grundsätzlich ist der Bund verpflichtet, dem Zivildienstleistenden, der dem Träger der Beschäftigungsstelle einen Schaden zufügt, im Wege der Drittschadensliquidation auf Ersatz dieses Schadens in Anspruch zu nehmen.<sup>144</sup> Wenn der Bund es unterlässt, derlei Schäden im Wege der Drittschadensliquidation geltend zu machen, erwächst wiederum der Beschäftigungsstelle ein Schadensersatzanspruch gegen den Bund wegen Verletzung des verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnisses, welches zwischen der Beschäftigungsstelle und dem Bund aufgrund der Anerkennung gem. § 4 Abs. 1 ZDG entstanden ist.<sup>145</sup>

## 2. Treuhandverstoß-Entscheidung

Der Notar ist nach Maßgabe des § 1 BNotO Träger eines öffentlichen Amtes, eine Haftungs Sonderregelung existiert in § 19 BNotO. Anders als ein Beamter bzw. Amtswalter steht allerdings ein Notar nicht in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis. Die Rechtsprechung konstruiert allerdings ein persönliches öffentlich-rechtliches Treueverhältnis.<sup>146</sup> Wenngleich eine Staatshaftung anstelle des Notars, wie § 19 Abs. 1 S. 4 BNotO zeigt, nicht besteht, und es auch im Rahmen der verschiedenen Haftungskonstellationen Besonderheiten zu beachten gilt, gibt es aber durchaus auch konstruktive Parallelitäten zwischen der Amts- und Notarhaftung.<sup>147</sup> dem hier maßgeblichen Fall wurde der Notar wegen eines Treuhandverstoßes auf Schadensersatz in Anspruch genommen. Dem lag folgender Sachverhalt zugrunde. Nachdem der Notar einen Grundstücksverkauf unter Ehe-

<sup>142</sup> OLG Naumburg, OLG-Report 2007, 481 (483)

<sup>143</sup> vgl. zu den verschiedentlichen Konstellationen bei Zivildienst und Amtshaftung: Shirvani, NVwZ 2010, 283

<sup>144</sup> BVerwGE 120, 370 (372) = NVwZ 2004, 1372 = DVBl. 2004, 1369

<sup>145</sup> BVerwGE 120, 370 (373) = NVwZ 2004, 1372 = DVBl. 2004, 1369 unter Hinweis auf BVerwGE 106, 272 (274); BGHZ 135, 341 (344) = NJW 1998, 298 (300); BGH NVwZ 1990, 1103 (1104)

<sup>146</sup> BVerfGE 17, 371 (377); Stein/Itzel/Schwall, Rdziff. 194

<sup>147</sup> dazu Stein/Itzel/Schwall, Rdziff. 194 ff.



leuten beurkundet hatte, schloss die Käuferin (Ehefrau) einen Darlehensvertrag mit einer Lebensversicherung über 250.000,00 DM sowie einen Darlehensvertrag mit der Klägerin über 54.000,00 DM und einen weiteren Darlehensvertrag mit einer Bank über 200.000,00 DM. Nach den Verträgen sollten diese beiden Darlehen durch eine Grundschuld zugunsten der Klägerin über insgesamt 254.000,00 DM abgesichert und ein erststelliger Teilbetrag in Höhe von 200.000,00 DM zugunsten der Bank gehalten werden. Durch einen Treuhandauftrag (erteilt am 13.10.2000) kündigte die Klägerin dem Notar die nachfolgende Überweisung in Höhe von 498.000,00 DM durch sie bzw. der Lebensversicherung auf dessen Notaranderkonto an und machte eine Verfügung über diesen Betrag davon abhängig, dass die Eintragung von Grundschulden zugunsten der Lebensversicherung über 250.000,00 DM und (im Rang nachfolgend) zugunsten der Klägerin über 254.000,00 DM sichergestellt sei, denen in Abt. II und III des Grundbuchs keine anderen Rechte vorgehen oder gleichstehen sollten. Die Grundschulden wurden am 17.11.2000 im Grundbuch eingetragen, in welchem am 17.08.2000 für die Mutter des Grundstücksverkäufers jedoch eine beschränkt persönliche Dienstbarkeit (Wohnungs- und Mitbenutzungsrecht) eingetragen worden war. Der beklagte Notar veranlasste am 30.01.2002 die Auszahlung des hinterlegten Geldes; die Klägerin und die Bank kündigten am 07.12.2001 bzw. 23.08.2002 die Darlehensverträge mit der Käuferin. Bei einer sich dann anschließenden Zwangsversteigerung des Grundstücks fielen sowohl die Klägerin als auch die Bank mit deren Forderungen teilweise bzw. ganz aus. Unter dem 06.09.2005 kündigte die Klägerin den Treuhandauftrag mit dem beklagten Notar und forderte ihn zur Rückzahlung des hinterlegten Geldes auf. Nachdem die Bank dann deren Ansprüche gegen den Notar an die Klägerin abgetreten hatte, verlangte die Klägerin von dem beklagten Notar Schadensersatz in Höhe der noch offenen Darlehensforderungen. In dieser Entscheidung führte das KG Berlin aus, dass der Notar auch für den Schaden einzustehen habe, der der Bank aus der Auszahlung entstanden sei, wobei es dahinstehen könne, ob ein eigener – durch Abtretung auf die Klägerin übergegangener – Amtshaftungsanspruch zu bejahen sei. Selbst, wenn ein solcher Amtshaftungsanspruch nicht bestehe, sei der Schaden der Bank nach den Grundsätzen der Drittschadensliquidation als Schaden der Klägerin zu behandeln. Denn bei der Treuhand – als Unterfall der mittelbaren Stellvertretung – sei anerkannt, dass der bei dem Treugeber entstandene Schaden von Treuhänder geltend gemacht werden könne. Dies müsse auch für den Bereich der Notarhaftung gelten. Einem Notar dürfe es ebenso wenig wie einem anderen Schädiger zugute kommen, dass sich der Schaden zufällig vom Anspruchsinhaber auf einen Dritten verlagere. Dass ein Notar für einen Schaden einstehen müsse, der bei einem Dritten anstatt bei einem Auftraggeber/Hinterleger eingetreten sei, stelle von daher keine Erweiterung der Haftung dar, sondern allenfalls eine Verschiebung. Die Subsidiarität der Notarhaftung i. S. d. § 19 Abs. 1 S. 2 BNotO, die ohnehin bei Verletzung einer selbständigen Betreuungspflicht nicht gelte, stehe

einer solchen Annahme der Drittschadensliquidation nicht entgegen. Diese Sichtweise stehe auch im Einklang mit der Rechtsprechung des BGH. Denn dieser habe für den Sonderbereich der Notarhaftung die Möglichkeit der Drittschadensliquidation ausdrücklich in Bezug genommen.<sup>148</sup>

Diese beiden Entscheidungen belegen, dass – zumindest in den Bereichen der Haftung des Zivildienstleistenden und im Bereich der Notarhaftung – die Rechtsfigur der Drittschadensliquidation keine irrelevante Funktion einnimmt, sodass sich die Frage erhebt, ob es möglich und sachgerecht ist, eine in sich schlüssige Implementierung der Rechtsfigur der Drittschadensliquidation im Bereich der Drittbezogenheit von Amtspflichten im Rahmen der Amtshaftung vornehmen zu können.

### C. Vorgehensweise

Die mit Art. 34 S. 1 GG begründete Staatshaftung weist Besonderheiten struktureller und inhaltlicher Art auf, die nur aus dem historischen Kontext, in welchem diese Vorschrift steht, verständlich werden.<sup>149</sup> Vor diesem Hintergrund muss zunächst die historische Entwicklung vergegenwärtigt werden, die bereits dargestellt worden ist.<sup>150</sup>

Der Begriff der „Amtspflicht“ sowohl in Art. 34 GG als auch in § 839 BGB kann nicht eindeutig erfasst werden; dem Wortlaut nach handelt es sich um Beamten bzw. Amtsträgern obliegende Amtspflichten, also Amtspflichten des Beamten als solchem. Da aber ein Rechtsverhältnis nur zwischen dem Beamten einerseits und seinem Dienstherrn andererseits, nicht hingegen zwischen dem Beamten und einem Dritten besteht, sind nur Beamtenpflichten gegenüber dem Dienstherrn vorstellbar, deren Verletzung die Rechtslage Dritter nicht (oder nicht unmittelbar) beeinträchtigt. Gleichwohl erwähnen sowohl Art. 34 GG als auch § 839 BGB Amtspflichten, die dem Amtsträger einem Dritten gegenüber obliegen. Darin könnte bei vordergründiger Betrachtung ein innerer Widerspruch des geltenden Staatshaftungsrechts liegen.<sup>151</sup> Bevor daher dezidiert auf die Dogmatik der Drittbezogenheit von Amtspflichten eingegangen werden kann, ist es mithin notwendig, die Amtspflichten selbst einer näheren Untersuchung zu unterziehen. Dazu gehört auch, die Amtspflichten, soweit möglich, einzeln aufzulisten und zu systematisieren.

<sup>148</sup> KG, WM 2008, 852 (853) unter Hinweis auf BGH NJW 1998, 1864 sowie BGH NJW 1991, 2696 (2697)

<sup>149</sup> Papier in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 34 Rdziff. 1; Jacobs Rdziffn. 25 ff.; a. A. wohl Ladeur, DÖV 1994, 665 (666) zu FN 26, nach dessen Ansicht eine historische Interpretation der Haftungsnorm keine besondere Hilfe verspricht.

<sup>150</sup> s. o. S. 29 ff.

<sup>151</sup> Dagtoglou in: Bonner Kommentar, Art. 34 Rdziff. 109; Detterbeck/Windthorst/Sproll, § 9 Rdziff. 55 ff. (S. 115 ff.); Pfab S. 74; Ossenbühl/Cornils S. 44; a. A. offenbar Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Band 2, § 67 Rdziff. 67, s. dazu im Einzelnen u. S. 85 ff.

Die Darstellung der Drittbezogenheit, die sowohl in § 839 Abs. 1 S. 1 BGB als auch in Art. 34 S. 1 GG normiert ist und gleichsam das Nadelöhr darstellt, durch welches jeder Kläger im Amtshaftungsprozess seine Klage zu bringen hat, stellt einen der Schwerpunkte der vorliegenden Untersuchung dar. Während zunächst der status quo von Rechtsprechung und Literatur bezüglich der Drittbezogenheit von Amtspflichten einer kritischen Würdigung unterzogen und der von der Rechtsprechung zunehmend herangezogene Vertrauenstatbestand als haftungsbegrenzendes Kriterium eingehend untersucht wird, sollen danach alternative Modelle zur Bestimmung der Drittbezogenheit näher untersucht werden.

Im Anschluss an die Untersuchung der Drittbezogenheit wird auf die Drittschadensliquidation näher eingegangen; dabei wird analysiert, ob und inwieweit deren Grundsätze zur Bestimmung der Reichweite der Drittbezogenheit nutzbar gemacht werden können.

#### 4. Kapitel: Die Amtspflicht: Struktur – Inhalt – Systematik

Die vorliegende Untersuchung widmet sich u. a. der Frage, auf welche Weise und mit welcher Systematik das Problem der Drittbezogenheit von Amtspflichten erfasst werden kann. Zwangsläufig setzt die Untersuchung zuerst bei dem Begriff der „Amtspflicht“ selbst an. Nur dann, wenn geklärt ist, welche Struktur und welchen Inhalt Amtspflichten haben, kann demzufolge eine nähere Aussage zu dessen etwaiger Drittbezogenheit getroffen werden.

Soweit in den nachstehenden Ausführungen der Begriff „Amtswalter“ verwendet wird, sei insoweit Folgendes angemerkt. Weder in § 839 Abs. 1 BGB noch in Art. 34 S. 1 GG taucht der Begriff „Amtswalter“ auf; in § 839 Abs. 1 S. 1 BGB ist „ein Beamter“ erwähnt, während Art. 34 S. 1 GG von „jemand“ spricht. Die Bezeichnung als „Amtswalter“ dient als Oberbegriff, um auf diese Weise Divergenzen zwischen den unterschiedlichen Formulierungen in beiden Normen zu überbrücken. Hinter dem Begriff des „Amtswalters“ steht der sog. haftungsrechtliche Beamtenbegriff, welcher nicht auf die Stellung des Handelnden, sondern auf die Rechtsnatur der von ihm wahrgenommenen Aufgabe abstellt. Amtshaftung ist demnach keine Statushaftung, sondern eine Funktionshaftung.<sup>152</sup> Amtswalter ist folglich nicht nur der Beamte oder Richter, sondern auch der Angestellte/Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst<sup>153</sup> sowie der Abgeordnete<sup>154</sup>, das Ge-

<sup>152</sup> Ossenbühl/Cornils S. 14; Detterbeck/Windthorst/Sproll, § 9 Rdziff. 4 (S. 93);

Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Bd. 2, § 67 Rdziff. 14; Erman/Küchenhoff/Hecker, BGB, § 839 Rdziff. 67; Soergel/Vinke, BGB, § 839 Rdziff. 42; vgl. auch Papier in:

Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 34 Rdziff. 106; Papier in: MünchKomm, BGB, § 839 Rdziff. 128; Papier in: Isensee/Kirchhof, § 180 Rdziff. 10, 19, 20

<sup>153</sup> BGHZ 2, 350 (354)

<sup>154</sup> BGHZ 75, 384 = NJW 1980, 780

meinderatsmitglied<sup>155</sup>, der Ortsbürgermeister<sup>156</sup> oder der Minister<sup>157</sup>, aber auch die sog. Beliehenen und Verwaltungshelfer.<sup>158</sup>

### A. Der Begriff der Amtspflicht

Die Regelungen in § 839 Abs. 1 S. 1 BGB und Art. 34 S. 1 GG stellen gleichermaßen auf die Verletzung einer „Amtspflicht“ ab. Dies erklärt sich aus der zuvor beschriebenen historischen Entwicklung des Amtshaftungsrechts. Der Begriff der „Amtspflicht“ in den zuvor genannten Normen ist indessen facettenreich; hervorzuheben ist zunächst einmal, dass die Amtspflicht in Art. 34 S. 1 GG – im Gegensatz zu § 839 Abs. 1 S. 1 BGB – nicht an einen Beamten anknüpft. Vielmehr ist es erforderlich, aber auch ausreichend, dass „jemand“ eine Amtspflicht verletzt, was wiederum bedeutet, dass es ausschließlich darauf ankommt, dass die handelnde Person Inhaber eines öffentlichen Amtes ist.<sup>159</sup> Art. 34 GG erweitert mithin den Anwendungsbereich über den Beamten im statusrechtlichen Sinn hinaus auch auf Personen, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis stehen. Obschon sowohl § 839 Abs. 1 S. 1 BGB als auch Art. 34 S. 1 GG die Amtspflicht an eine Person („Beamter“ bzw. „jemand“) anknüpfen, wird dieser Bezug in der Rechtsprechung nicht immer beachtet, wenn dort von einer Amtspflicht(-verletzung) der Gemeinde oder Behörde die Rede ist.<sup>160</sup> Wenn in der Rechtsprechung mitunter der Hinweis auf die Amtspflichtverletzung einer Behörde erfolgt und damit die Verletzung einer Amtspflicht durch den Beamten (dieser Anstellungskörperschaft) gemeint ist, ist dies sicherlich auch Ausdruck des funktionellen Zusammenwirkens von § 839 BGB und Art. 34 GG, belegt aber zugleich einen mindestens ungenauen Ansatzpunkt für die „Amtspflicht“ und damit auch für die Drittbezogenheit der Amtspflicht. Eine Behörde erfüllt keine Amtspflichten, eine Behörde handelt durch deren Beamte bzw. Amtswalter. Nur diese bzw. die Personen, die einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zu der Behörde stehen, haben eine Amtspflicht zu erfüllen. Indessen ist die „Amtspflicht“ von dem Begriff der „Dienstpflicht“ zu unterscheiden; letztgenannte sind innerhalb des Gemeinwesens vom Amtswalter im Verhältnis zu anderen Behörden oder Gerichten zu beachten.<sup>161</sup>

Soweit in nicht systemgerechter Art und Weise die Amtspflicht an die Behörde angeknüpft wird, ist damit zugleich die Frage aufgeworfen, ob die Staats- bzw. Amtshaftung mittelbar oder unmittelbar ist.

<sup>155</sup> BGHZ 103, 323 = NJW 1989, 976

<sup>156</sup> BGHZ 147, 381; BGHZ 121, 65

<sup>157</sup> BGH NJW 1977, 713 (713)

<sup>158</sup> Stein/Itzel/Schwall Rdziff. 23 ff., 762 ff.

<sup>159</sup> Pieper in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, GG, Art. 34 Rdziff. 16

<sup>160</sup> vgl. insofern BGHZ 187, 51 (54) = NVwZ 2011, 249 (249); BGHZ 182, 370 (374) = NVwZ 2010, 467 (468); BGH NJW-RR 2009, 601 („Amtspflicht des Versteigerungsgerichts“); OLG Karlsruhe, VersR 2011, 351 (351); OLG Bremen, OLG-Report 2009, 250 (254)

<sup>161</sup> BGHZ 137, 11 (15); BGH NVwZ 1991, 707 (708); BGHZ 26, 232 (234)

### I. Die Auffassung von der mittelbaren Staatshaftung

Dem Wortlaut nach handelt es sich um eine den Beamten bzw. den Amtsträger treffende und obliegende Amtspflicht, also um eine Amtspflicht des Beamten/Amtsträgers als solchem, wobei der Begriff „Amtsträgerpflicht“ oder „Amtswalterpflicht“ in der gesetzlichen Terminologie treffender gewesen wäre. Dabei ist allerdings zu vergegenwärtigen, dass ein Rechtsverhältnis ausschließlich zwischen dem Beamten einerseits und seinem Dienstherrn andererseits besteht, also gerade **nicht** zwischen dem Beamten und dem Dritten, dem gegenüber eine solche Amtspflicht obliegen soll. Folglich sind auch nur Beamtenpflichten bzw. Amtsträgerpflichten gegenüber dem Dienstherrn denkbar, deren Verletzung die Rechtslage Dritter eben gerade nicht oder jedenfalls nicht unmittelbar beeinträchtigen kann. Ungeachtet dessen sehen jedoch sowohl die Regelung in § 839 Abs. 1 S. 1 BGB als auch die Regelung in Art. 34 S. 1 GG expressis verbis die Verletzung von Amtspflichten vor, die dem Amtsträger gegenüber einem Dritten obliegen. Hierin liegt einer der inneren Widersprüche des geltenden Amtshaftungsrechts.<sup>162</sup>

Eine weitere Überlegung tritt hinzu: Die „Amtspflicht“ des Beamten bzw. Amtswalters ist von der „Rechtspflicht“ des Staates oder eines sonstigen Trägers der öffentlichen Gewalt zu unterscheiden. Während die Amtspflicht eine persönliche Verhaltenspflicht des Amtswalters in Bezug auf seine Amtsführung darstellt<sup>163</sup>, bedeutet die Verletzung einer Rechtspflicht die Begehung von Staatsunrecht, sodass auf diese Weise erlassene Verwaltungsakte rechtswidrig i. S. d. § 113 VwGO sind.<sup>164</sup>

Überdies gilt es zu beachten, dass die Amtspflicht „gegenüber einem Dritten“ bestehen muss. Wenn es einen „Dritten“ gibt, so hat es auch einen „Ersten“ und „Zweiten“ zu geben. Hier zeigt sich einmal mehr die historisch bedingte Konstruktion der Amtshaftung, die nicht als Rechtswidrigkeitshaftung, d. h. Haftung wegen der Verletzung objektiver Rechtspflichten, sondern als Haftung wegen der Verletzung interner, dem Dienstherrn gegenüber obliegender Pflichten gestaltet wurde; bei dem vorgenannten Zahlen- bzw. Wortspiel wäre der „Erste“ der Dienstherr und der „Zweite“ die Allgemeinheit sowie der individualisierte Geschützte der „Dritte“. Wenn aber Zweiter und Dritter identisch wären, d. h. wenn

<sup>162</sup> Rupp, Grundfragen, S. 34 ff., 266 ff.; Dagtoglou in: Bonner Kommentar zum GG, Art. 34 Rdziff. 109; Ossenbühl/Cornils S. 44; Pfab S. 74; Erman/Küchenhoff/Hecker, BGB, § 839 Rdziff. 41

<sup>163</sup> Ossenbühl/Cornils S. 44; Rupp S. 34 ff.; Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Bd. 1, § 67 Rdziff. 48; Papier, Forderungsverletzung S. 100 ff.; Papier, DVBl 1974, 573 (573); Papier, JZ 1975, 585 (588); Papier in: MünchKomm, BGB, § 839 Rdziff. 189; Papier in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 34 Rdziff. 156; Czybulka/Jeand’Heur, JuS 1992, 396 (397); Kühn S. 49; Ibler, BauR 1995, 595 (596); Dohnold, DÖV 1991, 152 (152); Fetzer S. 56; Bender Rdziff. 484, 488; Bonk in: Sachs, GG, Art. 34 Rdziff. 60; Soergel/Vinke, BGB, § 839 Rdziff. 133

<sup>164</sup> Papier in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 34 Rdziff. 156; vgl. auch Bender, JZ 1986, 838 (839), der darauf verweist, dass der BGH häufig abbreviatorisch (verkürzend) von den „Amtspflichten einer Behörde“ spricht, dennoch die Amtspflicht an den Amtsträger knüpft.

der Dritte nur situativ bestimmt werden kann, nicht jedoch apriorisch, besteht die Gefahr, dass der gesamten Rechtsordnung drittschützender Charakter beigemessen würde.<sup>165</sup>

Nach der herrschenden Auffassung sind die persönlichen (Innen-)Amtspflichten des Amtswalters weder identisch noch inhaltsgleich mit den dem Bürger („Dritten“) gegenüber bestehenden, auf Rechtssätzen beruhenden (Außen-) Rechtspflichten des Staates. Dies führt zu der eigenartigen Konsequenz, dass nicht jede Amtspflichtwidrigkeit im Innenrechtsverhältnis zugleich die Verletzung einer Rechtspflicht des Staates im Außenverhältnis ist und umgekehrt.<sup>166</sup>

Die Rechtsprechung<sup>167</sup> überwindet diese dogmatische Untiefe dergestalt, dass bestimmten Amtspflichten Außenwirkung beigemessen wird; mithin erscheint als Pflichtbegünstigter nicht nur der Staat, sondern auch der Bürger.<sup>168</sup> So hat der BGH bereits frühzeitig ausgeführt, dass interne Verwaltungsvorschriften, die den Beamten zu einem bestimmten Verhalten veranlassen sollen, nur dann Amtspflichten konstituieren, wenn die internen Vorschriften auch den Schutz einzelner Bürger bezwecken.<sup>169</sup> Überdies hob der BGH in einer anderweitigen Entscheidung hervor, dass sich Inhalt und Umfang der Amtspflichten eines Beamten nach den seinen Aufgaben- und Pflichtenkreis regelnden Vorschriften bestimmen. Das könnten gesetzliche oder auch untergesetzliche Rechtssätze, zugleich aber auch Verwaltungsvorschriften oder dienstliche Einzelanweisungen sein.<sup>170</sup> Schließlich konkretisiert sich nach Ansicht des BGH die allen Behörden obliegende allgemeine Pflicht zur gesetzmäßigen Verwaltung zugleich in der Pflicht eines jeden Amtsträgers, die Grenzen seiner Zuständigkeit einzuhalten. Dies habe nicht nur eine formale Bedeutung, der Sinn einer solchen Zuständigkeitsregelung liege auch und gerade darin, sicherzustellen, dass der jeweilige Entscheidungsträger auch über die erforderliche Fachkompetenz verfüge. Der Sinn einer Zuständigkeitsregelung liege also darin, eine sachlich richtige Entscheidung zu gewährleisten, was dem Schutz der Betroffenen diene.<sup>171</sup>

Ungeachtet der Vorgehensweise der Rechtsprechung stellt sich jedoch gleichwohl die Frage, ob das zuvor dargestellte Spannungsverhältnis zwischen Amtspflichten einerseits und Rechtspflichten andererseits aufzulösen ist. Nach wohl

<sup>165</sup> Blankenagel, DVBl 1981, 15 (17)

<sup>166</sup> Soergel/Vinke, BGB, § 839 Rdziff. 133; Erman/Küchenhoff/Hecker, BGB, § 839 Rdziff. 41; Kühn S. 50; s. dazu auch Ladeur, DÖV 1994, 665 (673)

<sup>167</sup> a. A. insoweit Erman/Küchenhoff/Hecker, BGB, § 839 Rdziff. 41, wonach diese Außenwirkung – auf eine „dogmatisch schwer erklärliche Weise“ – aus § 839 i. V. m. Art. 34 GG selbst folgen soll.

<sup>168</sup> Ossenbühl/Cornils S. 45; RGZ 145, 204 (215); BGHZ 34, 375 (380); 27, 278 (282); 26, 232 (234); jüngst auch BGH WM 2001, 1727 (1730)

<sup>169</sup> BGH VersR 1961, 512 (512)

<sup>170</sup> BGHZ 69, 128 (135) = NJW 1977, 1875 (1877) (betreffend Fluglotsen); BGHZ 78, 724 (729); 97, 97 (102); BGH NJW 1990, 505 (505) (betreffend Dienstanweisung für Standesbeamte); BGH WM 2001, 1727 (1730) (betreffend „GIRL“ - Geruchsimmissionsverwaltungsvorschrift)

<sup>171</sup> BGHZ 117, 240 (244) = NJW 1992, 3229 (3230) = VersR 1992, 1092 (1093)

herrschender Auffassung in Lehre und Rechtsprechung ist zunächst einmal das Innenverhältnis zwischen Amtswalter einerseits und Dienstherrn andererseits maßgeblich. Danach sind Amtspflichten die persönlichen Verhaltenspflichten des Amtswalters bei seiner Amtsführung.<sup>172</sup> Nach dieser Auffassung fehlt es allerdings im Verhältnis zwischen den Rechtspflichten des Staates und den Amtspflichten der Amtsträger nicht allein an der juristisch-begrifflichen Identität; vielmehr sind auch beide Pflichtenkreise nicht inhaltsgleich. Das wiederum bedeutet, dass sich Amtspflichten auch aus dem für das Organwalterverhältnis bedeutsamen Innenrecht (z. B. Verwaltungsvorschriften oder Einzelanweisungen) ergeben können. Wenngleich diese Verwaltungsvorschriften oder Einzelanweisungen mangels einer Rechtssatzqualität nicht in der Lage sind, im Außenverhältnis zwischen Staat und Bürger Rechtspflichten der öffentlichen Gewalt zu begründen, so führt die Verletzung nicht unmittelbar zur Rechtswidrigkeit des staatlichen Aktes. Sie sind aber für den einzelnen Amtsträger als Bestandteil des Innenrechts der öffentlichen Verwaltung bindend und begründen daher auch Amtspflichten i. S. d. Art. 34 S. 1 GG. Konstruktiv hilft man sich also damit, dass einzelnen Amtspflichten eine externe Wirkung beigemessen wird.<sup>173</sup> Diese Sichtweise der wohl herrschenden Auffassung ist Folge der mittelbaren Staatshaftung, nach der der Amtswalter das Zurechnungssubjekt und der Staat das Haftungsobjekt ist.

## II. Die Auffassung von der unmittelbaren Staatshaftung

Insbesondere wegen der Konstruktion einer „externen“ Wirkung einzelner Amtspflichten wird in der Literatur von einigen Autoren seit langem die Forderung erhoben, das System der Amtshaftung zugunsten einer unmittelbaren Staatshaftung zu ändern, die dann an die Verletzung der im Verhältnis Staat – Bürger bestehenden Rechtspflichten anknüpfen soll.<sup>174</sup> Demnach seien die Amtsträgerpflichten gem. Art. 34 S. 1 GG und die Beamtenpflichten gem. § 839 Abs. 1 S. 1 BGB in Wirklichkeit Pflichten des Staates oder aber einer anderen juristischen Person (Anstellungskörperschaft). Diese zuletzt genannte Auffassung legt den Begriff des Staatsunrechts zugrunde und steht daher in Einklang mit den Tendenzen der Rechtsprechung zur Objektivierung der Staatshaftung.<sup>175</sup> Insbesondere diese Auffassung ist der Ansicht, dass die Amtspflichten aber auch ohne eine entsprechende Gesetzesänderung aus dem Pflichtenverhältnis Staat – Bürger her bestimmt werden könnten. In diesem Zusammenhang ist z. B. Papier der Auffas-

<sup>172</sup> s. o. S. 78, 89

<sup>173</sup> Ossenbühl/Cornils S. 45; Ossenbühl, Isensee/Kirchhof, § 104 Rdziff. 37; Palandt/Sprau, BGB, § 839 Rdziff. 32; RGZ 145, 204 (215); BGH WM 1963, 788 (788); BGH WM 2001, 1727 (1730); Rupp S. 34 ff.

<sup>174</sup> Teschner S. 14

<sup>175</sup> Flume, NJW 1953, 585 (586); Schlech, AÖR 92 (1967), 58 (88); Bartlsperger, NJW 1968, 1697 (1700, 1701); Frings S. 79 f.; Hickl S. 135 f.; Bettermann, Grundrechte, S. 831 (841); Bonk in: Sachs, GG, Art. 34 Rdziff. 60; Buschlinger, DÖV 1964, 797 (798); wohl auch Ladeur, DÖV 1994, 665 (665)

sung, § 839 BGB gehöre systematisch zu den Tatbeständen der unerlaubten Handlung und würde demgemäß einen Verstoß gegen objektives Recht, also gegen Außenrecht, voraussetzen. § 839 BGB wolle mithin Schäden des Bürgers durch schuldhaft begangenes Staatsunrecht ausgleichen; vor diesem Hintergrund müssten die Amtspflichten jedenfalls inhaltlich ausschließlich durch die Rechtspflichten des Staates gegenüber dem Bürger bestimmt sein.<sup>176</sup> Nach Auffassung von Papier setzen weder Art. 34 S. 1 GG noch § 839 Abs. 1 S. 1 BGB die Verletzung interner Dienstplichten, sondern die Verletzung bestehender Amtspflichten gegenüber Dritten voraus. Mithin könne die Verletzung der dem Dienstherrn gegenüber obliegenden Gehorsamspflichten des Beamten keinen Amtspflichtverstoß darstellen. Grund für das Entstehen des Staates für seine Bediensteten sei die Verletzung von Pflichten, die der Staat gegenüber seinen Bürgern habe, sodass auch die Natur der verletzten Pflichten vom Staat her zu bestimmen sei.<sup>177</sup>

Die Auffassung von Papier ist in rechtspolitischer Hinsicht sicherlich bedenkenswert. Der Staat hat bestimmte, ihm auch vom Grundgesetz zugewiesene Aufgaben zu erfüllen. Zu diesem Zweck bedient er sich der Hilfe seiner Beamten; von daher liegt es nahe, anzunehmen, die Amtspflichten seien inhaltlich durch die Rechtspflichten des Staates gegenüber dem Bürger bestimmt.<sup>178</sup>

Die Ansicht von Papier und der ihm folgenden Stimmen setzt sich jedoch in Widerspruch zu dem Wortlaut in Art. 34 S. 1 GG bzw. § 839 Abs. 1 S. 1 BGB. Denn beide Normen sprechen ausdrücklich von „Amtspflichten“ des jeweiligen Beamten bzw. Amtsträgers. Es ist eben gerade nicht von Rechtspflichten des Staates die Rede. Die Ansicht von Papier bzw. der ihm folgenden Stimmen überschreitet daher die Grenzen der Norminterpretation und kommt einer der derzeitigen Gesetzeslage widersprechenden unmittelbaren Staatshaftung sehr nahe<sup>179</sup>; eine derartige unmittelbare Staatshaftung wäre jedoch wiederum nicht mit Art. 34 S. 1 GG in Einklang zu bringen, welcher von einer mittelbaren Staatsunrechtshaftung ausgeht, was wiederum durch dessen historische Entwicklung und die Verbindungslinien zu Art. 131 WRV unterstrichen wird.<sup>180</sup>

Insbesondere dem letzten Argument wird entgegengehalten werden, dass Art. 34 S. 1 GG zwar eine Mindestgarantie der Staatshaftung enthalte, die der Gesetzgeber und andere Teile der staatlichen Gewalt nicht unterschreiten dürfe;<sup>181</sup> damit gewährleiste Art. 34 S. 1 GG den Bestand einer Staatshaftung für hoheitlich begangenes Unrecht. Allerdings werde nicht eine bestimmte Form der Staatshaftung

<sup>176</sup> Papier in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 34 Rdziff. 21, 160; Papier in: MünchKomm, BGB, § 839 Rdziff. 12, 166; Papier in: Isensee/Kirchhof, § 180 Rdziff. 32; Papier, JZ 1975, 585 (588)

<sup>177</sup> Papier a. a. O. (FN 152) sowie wohl auch Schenke S. 92, wenn er die Identität von Amts- und Rechtspflicht für „erwägbar“ hält.

<sup>178</sup> In diesem Sinne wohl auch RGRK/Kreft, BGB, § 839 Rdziff. 146

<sup>179</sup> Teschner S. 15; Bender Rdziff. 491 (FN 568, 570)

<sup>180</sup> Schoch, JURA 1988, 588 (589)

<sup>181</sup> BVerfGE 61, 149 (199); Wieland in: Dreier, GG, Art. 34 Rdziff. 23



garantiert.<sup>182</sup> Das wiederum leitet zu der Überlegung über, dass der in Art. 34 S. 1 GG verwendete Begriff der „Amtspflicht“ auch nicht unverrückbar an das Innenverhältnis anknüpft; vielmehr dürfte der Begriff der „Amtspflicht“ aufgrund der rechtsstaatlichen Gewährleistungsdimension einer offenen Auslegung zugänglich sein, welche dann wiederum sowohl das Innen- als auch das Außenverhältnis einbezieht.<sup>183</sup>

Es darf also letztlich in Zweifel gezogen werden, ob eine Entscheidung zwischen den beiden vorgenannten Ansichten zur Ausgestaltung des Begriffs der „Amtspflicht“ angezeigt ist. Denn der Streit zwischen den soeben dargestellten Auffassungen relativiert sich dadurch erheblich, dass – wie noch darzulegen sein wird – den Rechtspflichten durchweg Amtspflichten entsprechen. Nach übereinstimmender Ansicht in Literatur und Rechtsprechung ist es z. B. die Amtspflicht eines jeden Beamten, die dem Staat gegenüber Dritten obliegenden Rechtspflichten zu beachten und nicht zu verletzen.<sup>184</sup> Damit laufen die Unterschiede zwischen den beiden zuvor dargestellten Ansichten auf die Frage hinaus, ob die Amtspflichten – so die herrschende Auffassung<sup>185</sup> – auch aus dem Innenrecht der öffentlichen Verwaltung oder aber – so die Gegenansicht<sup>186</sup> – nur aus objektivem Recht hergeleitet werden können.

In diesem Zusammenhang kann sicherlich nicht außer Acht gelassen werden, dass es Fallgestaltungen gibt, in denen ein Amtswalter ihn bindendes Innenrecht verletzt, indessen in Übereinstimmung mit der Rechtsordnung handelt, so z. B., wenn der zuständige Amtsträger der Bundeswehr es versäumt, einen Wehrpflichtigen auf die durch Verwaltungsvorschrift (Erlass) angeordnete, gleichwohl gesetzeswidrige Möglichkeit einer Wehrdienstbefreiung gem. §§ 5 Abs. 1, 21 Abs. 1 WPflG, § 13 MusterungsVO hinzuweisen und dem Wehrpflichtigen auf diese Weise ein Schaden entsteht.<sup>187</sup> Dabei darf jedoch nicht übersehen werden, dass der Bürger bei einem Amtshaftungsanspruch (auch im Prozess) dem Staat bzw. einer seiner juristischen Personen gegenübersteht.<sup>188</sup> Vergegenwärtigt man sich, dass der Staat (nur) durch seine Amtsträger handelt, so würde ihm bereits – wie

<sup>182</sup> Detterbeck/Windthorst/Sproll, § 3 Rdziff. 7, 10 (S. 16, 18) sowie § 9 Rdziff. 62 (S. 117)

<sup>183</sup> Detterbeck/Windthorst/Sproll, § 9 Rdziff. 62 (S. 117); Littbarski, JuS 1979, 537 (540)

<sup>184</sup> Teschner S. 15; Dagtoglou in: Bonner Kommentar zum GG, Art. 34 Rdziff. 110; Maurer § 25 Rdziff. 16; Bender Rdziff. 497; Papier in: MünchKomm, BGB, § 839 Rdziff. 167; Papier in: aunz/Dürrig/Herzog/Scholz, GG, Art. 34 Rdziff. 161; Papier, DZWir 1997, 221 (222); Ossenbühl/Cornils S. 44 f.; BGHZ 91, 243 (248) = NJW 1984, 2216 (2218); BGHZ 84, 285 (287) = NJW 1983, 222 (223); BGH NJW 1979, 642 (643); BGH VersR 1973, 317 (318); VersR 1966, 473 (475); BGHZ 16, 111 (113) = NJW 1955, 458 (459); Wieland in: Dreier, GG, Art. 34 Rdziff. 33; Bryde in: von Münch/Kunig, GG, Art. 34 Rdziff. 20

<sup>185</sup> s. o. S. 79 ff.

<sup>186</sup> s. o. S. 81 ff.

<sup>187</sup> vgl. insoweit die Fallgestaltung bei OLG Düsseldorf, NVwZ-RR 1992, 225

<sup>188</sup> vgl. insoweit zu dem Anspruchsgegner im Rahmen eines Amtshaftungsprozesses

Detterbeck/Windthorst/Sproll § 11 Rdziff. 1 ff. (S. 200 ff.); Tremml/Karger/Luber Rdziff. 556 ff.

der Fall des OLG Düsseldorf zeigt – eine nicht gerechtfertigte Haftungserleichterung zugute kommen, wenn man eine dogmatisch stringente Trennung von Amts- und Rechtspflichten durchhalten wollte. Insbesondere der vom OLG Düsseldorf entschiedene Fall belegt, dass der Staat von einem widersprüchlichen Verhalten im Sinne eines *venire contra factum proprium* profitieren würde, wenn man eine Trennung von Amts- und Rechtspflicht vornimmt. Denn der Staat hat einerseits eine Verwaltungsvorschrift (Ministerialerlass) erlassen, die aber andererseits mit einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen kollidiert. Dies kann aber andererseits nicht dem Geschädigten zum Nachteil gereichen. Das widersprüchliche Verhalten des Staates durch seine Beamten (im haftungsrechtlichen Sinn) kann ihn also nicht dergestalt entlasten, dass man dogmatisch eine Trennung von Amts- und Rechtspflichten vornimmt. Vor diesem Hintergrund erscheint es zur Befreiung aus diesem „Bett des Prokrustes“<sup>189</sup> zunächst konsequent, wenn die Rechtsprechung zweistufig verfährt:

Zunächst wird geprüft, ob überhaupt eine Amtspflicht vorliegt, und erst dann, ob diese Amtspflicht im konkreten Fall drittbezogen ist oder nicht;<sup>190</sup> der Schwerpunkt der Prüfung liegt dabei stets bei der Frage nach der Drittbezogenheit. *Colorandi causa* sei angemerkt, dass es auf die Frage, ob eine interne Dienstanweisung eine extern wirkende Amtspflicht begründet, welche dem Schutz des Einzelnen dient, häufig unter dem Gesichtspunkt eines Organisationsverschuldens mitunter gar nicht ankommt. Dies belegt der von dem OLG Koblenz entschiedene Sachverhalt bezüglich der Haftung einer Verbandsgemeinde, nachdem ein Kind im Freibad ertrunken war. Das Gericht hat es dahinstehen lassen können, ob die Dienstanweisung für die Dienstkräfte ausreichende Unfallverhütungsregelungen enthielt und inwieweit die zugleich beklagten Schwimmmeister gegen diese Dienstanweisung verstoßen haben und ob die interne Dienstanweisung extern wirkende Amtspflichten begründet hat, die dem Schutz des Einzelnen dienen. Denn das Gericht ging amtschaftsrechtlich vom Gesichtspunkt des Organisationsverschuldens aus, weil die beklagte Verbandsgemeinde die Aufsicht nicht so effektiv organisiert habe, dass eine Beobachtung der gesamten Wasserfläche ge-

---

<sup>189</sup> Gef. bei Detterbeck/Windthorst/Sproll § 9 Rdziff. 90 (S. 129); Prokrustes (griech.: „Strecker“), auch Damastes oder Prokoptas, in der griech. Sage ein Unhold bei Eleusis, der die bei ihm einkehrenden Wanderer entweder durch Verstümmelung oder Streckung mit dem Hammer in eine Bettstelle einpasste, wurde von Theseus auf eben diese Weise getötet; der Räuber Prokrustes, der ein Riese von Gestalt war, wurde von Theseus in ein kleines Bett gelegt und ihm wurde mit dem Schwert der Leib gekürzt.

<sup>190</sup> Blankenagel, DVBl 1981, 15 (15); vgl. i. Ü. auch BGHZ 146, 365 zur Frage der Drittbezogenheit der Amtspflichten intern eingeschalteter Behörden. In dieser Entscheidung ändert der BGH seine bisherige Rechtsprechung, sodass der Mitwirkung intern eingeschalteter Behörden eine über die innerbehördliche Beteiligung hinausgehende Qualität beigemessen wird; zu dieser Entscheidung auch s. u. S. 148 ff. sowie Rohlfing, MDR 2002, 254 ff.

währleistet gewesen sei und sich deswegen der Unfall nicht habe vermeiden lassen.<sup>191</sup>

Auch und gerade vor dem Hintergrund einer Amtspflicht zu rechtmäßigem Verhalten<sup>192</sup> wird es auf die Frage der (Nicht-) Identität von Amts- und Rechtspflichten nicht ankommen. Diese Amtspflicht führt durch ihre Anlehnung an die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (Art. 20 Abs. 3 GG) zu einer rechtsstaatlichen „Färbung“ der Amtspflichten.<sup>193</sup>

Zusammenfassend darf an dieser Stelle festgestellt werden, dass zwar durch das Staatshaftungsgesetz eine unmittelbare Staatshaftung konzipiert worden ist, nicht zuletzt auch deswegen, um der personalen Konstruktion der derzeitigen Amtshaftung mit den ihr innewohnenden unzuträglichen haftungsrechtlichen Konsequenzen zu begegnen.<sup>194</sup> Der Konzeption einer (unmittelbaren) Verbandshaftung durch das Staatshaftungsgesetz im Gegensatz zu der Amtshaftung als eine (nur) mittelbare Staatshaftung wurde allerdings durch das BVerfG bekanntermaßen eine Absage erteilt.<sup>195</sup>

## B. Amtspflichtwidrigkeit und Rechtswidrigkeit

Der Amtshaftungstatbestand in § 839 BGB gehört systematisch zu den Tatbeständen der unerlaubten Handlung, die ihrerseits durch das Erfordernis der Rechtswidrigkeit gekennzeichnet sind. Die „Rechtswidrigkeit“ der die Schädigung verursachenden Amtshandlung im Amtshaftungstatbestand wird nicht erwähnt. Gleichwohl findet sie ihre Entsprechung in dem amtspflichtwidrigen Verhalten des Amtswalters gegenüber dem Verletzten; es wird also an ein verhaltensbezogenes Unrecht angeknüpft, nicht an den tatbestandsmäßigen Erfolg, dem keine Unrechtsindikation für das zur Verletzung führende Handeln beigemessen wird.<sup>196</sup> In der Literatur wird es hingegen als streitig erachtet, ob eine amtspflichtwidrige Amtshandlung eo ipso rechtswidrig (oder umgekehrt) sei.<sup>197</sup> Es stellt sich mithin die Frage, ob z. B. durch ein rechtskräftiges verwaltungsgerichtliches Urteil, durch welches ein (rechtswidriger) Verwaltungsakt aufgehoben wurde, die Amtspflichtwidrigkeit indiziert ist. Mit Rücksicht auf die Amtspflicht des Amtswalters zu

---

<sup>191</sup> vgl. OLG Koblenz, NJW-RR 2001, 318 (320)

<sup>192</sup> s. dazu u. S. 93

<sup>193</sup> Detterbeck/Windthorst/Sproll, § 9 Rdziff. 63 (S. 118); Schoch, JURA 1988, 585 (589); Czybulka/Jeand'Heur, JuS 1992, 396 (397)

<sup>194</sup> Ossenbühl/Cornils S. 737

<sup>195</sup> s. im Einzelnen dazu o. S. 82

<sup>196</sup> Soergel/Vinke, BGB, § 839 Rdziff. 147; BGH VersR 1981, 256 (258)

<sup>197</sup> so: Dagoglou in: Bonner Kommentar zum GG, Art. 34 Rdziff. 143; differenzierend: Ossenbühl/Cornils S. 58 f.

rechtmäßigem Handeln<sup>198</sup> dürfte dies zwar i. d. R. der Fall sein; die Aspekte der Amtspflichtwidrigkeit und der Rechtswidrigkeit können nämlich kongruent sein, brauchen sich aber nicht stets zu decken.<sup>199</sup> Ein Bewertungszwiespalt tritt insbesondere dann auf, wenn ein Amtsträger auf Weisung zu handeln hat:

In einem vom BGH entschiedenen Fall hatte ein städtischer Beamter auf verbindliche Weisung des Regierungspräsidenten (also pflichtgemäß) einen gesetzeswidrigen VA erlassen; der BGH trennte in dieser Entscheidung zwischen Rechtswidrigkeit einerseits und Amtspflichtwidrigkeit der Handlung andererseits. Er bejahte das Vorliegen einer zwar rechtswidrigen Handlungsweise, verneinte aber die Amtspflichtwidrigkeit und damit die Erfüllung des Tatbestands.<sup>200</sup> Der Entscheidung des BGH muss hier entgegengehalten werden, dass die Amtspflicht zum rechtmäßigen Handeln<sup>201</sup> auf jeden Fall verletzt worden ist, sodass die Klage nicht hätte abgewiesen werden dürfen. Zu Recht ist denn auch diese Entscheidung in der Literatur kritisiert worden.<sup>202</sup> In einem weiteren Weisungsfall hatte die Baubehörde, d.h. der Landrat als untere staatliche Verwaltungsbehörde, eine von ihr erteilte Baugenehmigung auf Weisung des zuständigen Ministers in rechtswidriger Weise zurückgenommen. Diesbezüglich führte nun der BGH aus, dass dann, wenn ein Beamter eine ihn bindende, aber gesetzeswidrige Weisung der übergeordneten Behörde zum Nachteil des Bürgers ausführe, die Verantwortlichkeit nicht die Anstellungskörperschaft des angewiesenen Beamten, also hier den Landkreis, treffe. Denn der (angewiesene) Beamte handele nicht amtspflichtwidrig, was aber nichts daran ändere, dass dann vom Träger der Baubehörde ein Unrechtstatbestand verwirklicht werde. Tatsächlich liege die Passivlegitimation dann bei dem Dienstherrn des anweisenden Beamten. Denn dieser übernehme mit der Anweisung auch die beamtenrechtliche Verantwortung für die Gesetzmäßigkeit des Verwaltungshandelns. Zwar könne – so der BGH – die Weisung den Unrechtstatbestand der Amtspflichtverletzung nicht beseitigen, verschiebe jedoch die Passivlegitimation auf die Anstellungskörperschaft des anweisenden Beamten.<sup>203</sup>

In der hier sog. Lavasand-Entscheidung begehrte die Klägerin die bergamtliche Zulassung eines bergrechtlichen Betriebsplans zum Abbau von Lavasand. Nach den dafür einschlägigen Vorschriften durfte die staatliche Bergbehörde diese

<sup>198</sup> Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 120 ff.; Stein/Itzel/Schwall Rdziff. 39; Deterbeck/Windthorst/Spröll § 9 Rdziff. 59, 65; Ossenbühl/Cornils S. 46; Tremml/Karger/Luber Rdziff. 76; s. auch unten S. 93 ff.

<sup>199</sup> Soergel/Vinke, BGB, § 839 Rdziff. 126; für die Beweislast hinsichtlich der Rechtswidrigkeit bzw. Pflichtwidrigkeit einer behördlichen Maßnahme gelten im Amtshaftungsprozess die gleichen Regeln wie im Verwaltungsprozess und im Verwaltungsverfahren, vgl. OLG Köln, VersR 2001, 105 (zur Ausfuhr von Waren mit militärischer Verwendbarkeit nach Libyen)

<sup>200</sup> BGH NJW 1959, 1629 (1629) = DVBl 1959, 623 (623)

<sup>201</sup> s. dazu u. S. 93 ff.

<sup>202</sup> vgl. dazu Dagtoglou in: Bonner Kommentar zum GG, Art. 34 Rdziff. 145 m. w. N.

<sup>203</sup> BGH NVwZ-RR 2009, 363 (363); BGH NVwZ-RR 1991, 171 (171); BGH, VersR 1985, 588 (588) = NVwZ 1985, 682 (683); OLG Brandenburg, Urt. v. 17.07.2007 - 2 U 26/06, juris Rdziff. 32; ebenso: Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 66

(gebundene) bergrechtliche Betriebsplangenehmigung nicht ohne (verwaltungsinterne) Zustimmung der zuständigen Landespflegebehörde, d. h. der Kreisbehörde, erteilen. Die Zustimmung wurde zunächst rechtswidrig verweigert, sodass die Bergbehörde von der Erteilung der Genehmigung zunächst absah und auch später förmlich ablehnte. Weil sich die Bergbehörde damit in Übereinstimmung mit dem für sie geltenden Recht verhielt, verstießen ihre zuständigen Bediensteten nicht gegen eine Amtspflicht, als sie dem Antrag der Klägerin nicht stattgaben. Vor diesem Hintergrund treffe, so urteilte der BGH, die amtschaftsrechtliche Verantwortlichkeit den Kreis. Diese Würdigung sei vergleichbar der amtschaftsrechtlichen Beurteilung derjenigen Fälle, in denen ein Amtsträger amtspflichtgemäß handle, wenn er eine rechtswidrige, aber bindende Weisung seines Dienstvorgesetzten befolge.<sup>204</sup> Dieser Fall macht deutlich, was auch bei mehrstufigen Verwaltungsakten problematisch wird.<sup>205</sup> Der Amtsträger derjenigen Behörde, die nach außen tätig wird und materiell rechtswidrig handelt, indem sie gegen eine den Behördenträger dem Antragsteller gegenüber obliegende (mit seinem Genehmigungsanspruch korrespondierende) öffentlich-rechtliche Genehmigungspflicht verstößt, kann schon tatbestandsmäßig keine primär dem Dienstherrn gegenüber bestehende Amtspflicht verletzen, wenn die Behörde andererseits innenrechtlich an der Erfüllung der materiellen Genehmigungspflicht gehindert ist, obgleich die Versagung der drittschadensrechtlichen Zustimmung (oder des Einvernehmens etc.) ihrerseits nach außen rechtswidrig war. Auf diese Weise verschiebt sich die Passivlegitimation.<sup>206</sup>

Die sog. Weisungsfälle werden also auf der Grundlage der Rechtsprechung des BGH dahingehend zu lösen sein, dass sich die Passivlegitimation auf die Anstellungskörperschaft des anweisenden Beamten verschiebt. Damit wird zwar das Problem der Amtspflichtwidrigkeit-Rechtswidrigkeit in praxi nicht mehr bedeutsam. Es entstehen damit aber für den rechtssuchenden Bürger ganz andere Probleme. Denn der geschädigte Bürger wird regelmäßig von einer internen Weisung, von wem auch immer diese stammen mag, nicht wissen. Der Geschädigte wird sich regelmäßig an die nach außen hin tätig werdende Behörde halten. Dies kann sich vor dem Hintergrund der obigen Rechtsprechung u. U. als Fehlgriff erweisen.<sup>207</sup> Deshalb vertritt Ossenbühl die Ansicht, dass die Amtspflichtwidrigkeit zu relativieren sei. Ein und dieselbe Handlung könne also intern amtspflichtgemäß und extern amtspflichtwidrig sein. In den Anweisungsfällen treffe danach also die Verantwortlichkeit die Körperschaft des angewiesenen Beamten, da dieser extern amtspflichtwidrig gehandelt habe.<sup>208</sup>

---

<sup>204</sup> BGH, VersR 1986, 372 (373) = UPR 1986, 261 (262)

<sup>205</sup> vgl. dazu u. S. 148 ff., 168 ff.

<sup>206</sup> Bender, JZ 1986, 838 (839)

<sup>207</sup> vgl. zu solch einem Fall: OLG Hamm, Urt. v. 03.05.2013 - 11 U 22/11, juris

<sup>208</sup> Ossenbühl/Cornils S. 59; Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften, S. 490, FN 29; Ossenbühl in: Isensee/Kirchhof, § 104 Rdziff. 36, 37 (S. 442 f.)

Auf den ersten Blick hat die von Ossenbühl erwähnte Relativierung der Amtspflichten etwas für sich. Bei näherer Betrachtung stellt sich indessen die Frage, ob es einer solchen Konstruktion überhaupt bedarf. Denn die fraglichen Grenzfälle, in denen sich die Begriffe der Amtspflichtwidrigkeit und der Rechtswidrigkeit nicht in Übereinstimmung bringen lassen, lassen sich durchaus überzeugend damit lösen, dass die Amtspflicht zu rechtmäßigem Handeln nicht nur auf den anweisenden Beamten, sondern auch auf den angewiesenen Beamten zu erstrecken ist. Eine weitere Lösungsmöglichkeit hat der BGH mit der Verschiebung der Passivlegitimation dargestellt. Wenn in der jüngeren Judikatur des BGH überhaupt noch Anlass zur Erwähnung besteht, so werden regelmäßig die Begrifflichkeiten zusammen benannt.<sup>209</sup>

Unabhängig davon, ob man – wie in den jüngeren Gerichtsentscheidungen – die Anweisungsfälle mittels einer Haftungsverlagerung oder aber die Fälle des Verstoßes gegen interne Dienstvorschriften dergestalt löst, dass man die Drittbezogenheit verneint<sup>210</sup>, bleibt ein weiteres Faktum zu vergegenwärtigen:

Die Gerichtsaktenauswertung im Rahmen von Vorarbeiten zur Reform des Staatshaftungsrechts aus dem Jahre 1976 belegt, dass von den 993 untersuchten Amtshaftungsklagen nicht eine deshalb abgewiesen wurde, weil zwar Rechtswidrigkeit, hingegen keine Amtspflichtwidrigkeit vorlag.<sup>211</sup> Von daher kommt es auf die in diesem Zusammenhang in der Vergangenheit erörterte Frage, ob in den Anweisungsfällen die Problematik nicht viel eher über das Tatbestandsmerkmal „Verschulden“ gelöst werden sollte<sup>212</sup>, auch nicht an. Es darf an dieser Stelle bereits Folgendes zu bedenken gegeben werden. Die Gegenüberstellung von Amtspflicht und Rechtspflicht wirkt sich nicht nur im Zusammenhang mit der Amtspflichtwidrigkeit/Rechtswidrigkeit aus; sie bleibt ebenso wenig auf die Frage beschränkt, ob interne Weisungen Amtspflichten begründen können.<sup>213</sup> Auch bei der Frage, ob Hoheitsträger „Dritte“ i. S. d. Drittbezogenheits-Formel des BGH sein können, kommt es entscheidend auf die Frage an, in welchem Pflichtenkreis der Beamte (der haftpflichtigen Behörde) gegenüber der geschädigten Körper-

<sup>209</sup> BGHZ 144, 394 (396): „Die Erteilung der solchermaßen rechtswidrigen Ursprungsgenehmigung war amtspflichtwidrig.“ ... „War die Baugenehmigung vom 19. November 1990 rechts- und amtspflichtwidrig, so kann doch die Klägerin ...“

<sup>210</sup> vgl. BGH, VersR 1961, 512 – Ein Soldat hatte auf einer Dienstreise die nach den einschlägigen Straßenverkehrsvorschriften zulässige und den konkreten Umständen auch angemessene Höchstgeschwindigkeit eingehalten, hingegen die durch Dienstweisung ihm vorgegebene interne Geschwindigkeitsbeschränkung überschritten; der BGH stellte in diesem Zusammenhang in Frage, ob eine interne Weisung oder aber eine Verwaltungsvorschrift bezwecken könne, den Interessen bestimmter außenstehender Dritter zu dienen.

<sup>211</sup> BMJ, Gerichtsaktenauswertung S. 202 (Tab. I/38)

<sup>212</sup> vgl. dazu Menger, VerwArch 57 (1966), 64 (73); RGRK-Kreft, BGB, § 839 Rdziff. 173; Arndt, DVBl 1959, 624 (625)

<sup>213</sup> s. dazu o. S. 86 ff. sowie u. S. 241 ff.

schaft auftritt.<sup>214</sup> Vergegenwärtigt man sich, dass dann, wenn in den Anweisungsfällen der jeweils angewiesene Beamte die Weisung nicht befolgt und daraufhin wohl regelmäßig eine Ersatzvornahme angeordnet werden dürfte, so wird in einem solchen Fall die anweisende Anstellungskörperschaft nach außen hin die haftungsrechtliche Verantwortung zu übernehmen haben. Dies bedeutet in seiner Konsequenz, dass der entscheidende Impetus für den Amtshaftungsanspruch der Rechts(pflicht)verstoß ist, worauf Windthorst zu Recht hinweist.<sup>215</sup> Rechtspflichten münden also in – amtshaftungsrechtlich relevante – Amtspflichten; umgekehrt lässt sich diese Schlussfolgerung indessen nicht aufstellen.<sup>216</sup> Dies lässt die an dieser Stelle offengelassene Frage aufkommen, ob bei Überlegungen zur Drittbezogenheit statt an Amtspflichten an Rechtspflichten angeknüpft werden könnte.<sup>217</sup>

### C. Ursprung und Grundlagen der Amtspflicht

Amtspflichten sind die an den Amtswalter gerichteten Verhaltensmaßregeln, mithin die öffentlich-rechtlichen Verhaltenspflichten, die an die Wahrnehmung des öffentlichen Amtes anknüpfen.<sup>218</sup> Ausgangspunkt für die Frage, was die Rechtsgrundlage derartiger Amtspflichten sein können, ist zunächst die Regelung in Art. 20 Abs. 3 GG, wonach die vollziehende Gewalt an „Gesetz und Recht“ gebunden ist. Dabei ist unter „Gesetz“ jeder geschriebene Rechtssatz zu verstehen und unter dem Begriff „Recht“ jeder ungeschriebene Rechtssatz.<sup>219</sup>

#### *I. Verfassung/Gesetz/Verordnung*

Die den Amtswalter bindenden Regelungen bzw. Amtspflichten ergeben sich zunächst einmal aus dem Grundgesetz und die für die Bundesrepublik Deutschland geltenden gesetzlichen Bestimmungen, die nicht nur das Bundes- bzw. Landesrecht umfassen, sondern auch das Gemeinschaftsrecht. Die Verpflichtung zur Beachtung der Bestimmungen der Verfassung und der für die Bundesrepublik Deutschland einschlägigen Gesetze kommt auch in dem Dienst- bzw. Amtseid gem. § 38 BeamStG zum Ausdruck.<sup>220</sup> In diesem Zusammenhang ist darauf hin-

---

<sup>214</sup> vgl. zu diesem Problembereich neuerdings BGHZ 177, 37 = NVwZ-RR 2008, 671; BGH NVwZ 2004, 127; BGHZ 153, 198 = NJW 2003, 1318; BGHZ 148, 139 = NJW 2001, 2799 = WM 2001, 1730; BGHZ 116, 312 = NJW 1992, 972; Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 187 ff.; Soergel/Vinke, BGB, § 839 Rdziff. 189; ausführlich dazu s. u. S. 148 ff.

<sup>215</sup> Detterbeck/Windthorst/Sproll, § 9 Rdziff. 93 (S. 130)

<sup>216</sup> Detterbeck/Windthorst/Sproll, § 9 Rdziff. 93 (S. 130)

<sup>217</sup> Detterbeck/Windthorst/Sproll, § 9 Rdziff. 93 (S. 130) sprechen an dieser Stelle von einer „Notwendigkeit“

<sup>218</sup> Stein/Itzel/Schwall, Rdziff. 33

<sup>219</sup> Hofmann in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfau, GG, Art. 20 Rdziff. 91; Sachs in: Sachs, GG, Art. 20 Rdziff. 64 f.; Bamberger/Roth/Reinert, BGB, § 839 Rdziff. 35; Palandt/Sprau, BGB, § 839 Rdziff. 32

<sup>220</sup> Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 117

zuweisen, dass es nach Ansicht des BGH im Bereich der Amtshaftung keinen „justizfreien Raum“ und keine „injustiziablen Hoheitsakte“ gibt.<sup>221</sup>

## II. *Verwaltungsvorschriften/Rund- bzw. Rahmenerlasse/Dienstanweisung*

Bei nicht-verfassungsrechtlichen bzw. nicht-gesetzlichen Grundlagen für Amtspflichten stellt sich die Rechtsprechung auf den Standpunkt, dass derlei Rechtsgrundlagen Auslegungshilfen und -anweisungen darstellen, die dazu bestimmt seien, die Rechtsanwendungstätigkeit der Verwaltung der Allgemeinheit gegenüber zu vereinheitlichen. Bei dem Erlass derartiger Verwaltungsvorschriften würden Ministerien und deren vergleichbaren Stellen in aller Regel ausschließlich im öffentlichen Interesse handeln. Verwaltungsvorschriften und auch Weisungen könnten im Hinblick auf die Selbstbindung der Verwaltung indessen de facto die gleiche Wirkung wie der Erlass eines formellen Gesetzes zukommen und seien daher – auch im Hinblick auf die Frage der Drittbezogenheit – nicht anders zu beurteilen als Gesetze und Verordnungen.<sup>222</sup> Mitunter wird jedoch genau dieser Ansatz mit der Begründung kritisiert, dass es sich bei Verwaltungsvorschriften, Erlassen, Dienstanweisungen, Richtlinien etc. ausschließlich um Innenrecht handle, welches nicht durch die Etikettierung zur Amtspflicht zum Außenrecht werden könne.<sup>223</sup> Dieser Ansatz von Papier ist – für sich betrachtet – zwar richtig, hingegen nicht zielführend für die Frage einer etwaigen Amtspflichtverletzung. Denn ein Amtswalter hat auch die Amtspflicht, gleiche Sachverhalte gleich zu beurteilen. Letztlich verfolgen Verwaltungsvorschriften, Dienstanweisungen, Erlasse, Richtlinien o. ä. im Wesentlichen den Zweck, eine Grundlage bzw. Hilfsmittel für die Gleichbehandlung gleichgelagerter Sachverhalte zu bilden.<sup>224</sup> Zu gewährleisten ist, dass Verwaltungsvorschriften, die eine gleichmäßige Ermessensausübung gewährleisten sollen, dem Zweck der Ermächtigung entsprechen. Dabei ist von dem Ansatz auszugehen, dass für die generelle Ermessensausübung durch abstrakt-generelle Verwaltungsanweisung dieselben Maßstäbe zu gelten haben, wie für im Einzelfall getroffene Ermessensentscheidungen.<sup>225</sup> Verwaltungsvorschriften sind keine Rechtsnormen, so dass sie Außenwirkung gegenüber dem Bürger grundsätz-

<sup>221</sup> BGHZ 57, 33 (46) = NJW 1971, 1986 (1988); BGH, Urt. v. 13.03.1967 - III ZR 28/64, juris, Rdziff. 145

<sup>222</sup> BGH NJW 2001, 3054 (3056); BGH NVwZ-RR 2000, 746 (747); BGH NJW 1990, 505 (505), dort zur Dienstanweisung für Standesbeamte; BGHZ 91, 243 (249) = NJW 1984, 2216 (2218); BGHZ 87, 321 (335); BGHZ 84, 292 (300); BGH NJW 1971, 1699 (1700); OLG Frankfurt, Urt. v. 18.03.2013 - 1 U 215/11, juris Rdziff. 44; OLG Karlsruhe, VersR 2007, 1373 (1373) = OLG-Report 2006, 510 (510); LG Düsseldorf, Urt. v. 29.09.2010 - 2 B O 34/10, juris Rdziff. 33 ff.; vgl. auch Palandt/Sprau, BGB, § 839 Rdziff. 32; Bamberger/Roth/Reinert, BGB, § 839 Rdziff. 35; Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 118

<sup>223</sup> Papier in: MünchKomm, BGB, § 839 Rdziff. 192 ff.

<sup>224</sup> OLG Karlsruhe, VersR 2007, 1373 (1374) = OLG-Report 2006, 510 (511)

<sup>225</sup> Maurer, § 24 Rdziff. 31; LG Düsseldorf, Urt. v. 29.09.2010 - 2 b O 34/10, juris Rdziff. 36



lich nur über die sog. Selbstbindung der Verwaltung erlangen können, die wiederum nur über eine tatsächliche Verwaltungspraxis zu erlangen ist.<sup>226</sup>

### *III. Nichtreglementierte Grundlagen von Amtspflichten*

Bisweilen geht die Rechtsprechung auch soweit, an nicht geschriebene, d. h. nicht reglementierte Amtspflichten anzuknüpfen.

#### 1. Beamter als „Helfer des Staatsbürgers“

In einem Fall, in welchem es um eine Impfschädigung bzw. die Anerkennung eines Impfschadens ging, war vom BGH zu klären, wie weit die Pflichten eines Arztes zur Aufklärung eines Sachverhalts (und dort: Impfschaden bei einer Pockenschutz-Wiederimpfung) reichen. Jener Fall zeichnete sich dadurch aus, dass ein Runderlass bestimmte Pflichten nur für den Fall festgeschrieben hatte, dass ein Antrag auf Anerkennung bestimmter gesundheitlicher Einschränkungen als Impfschaden gestellt wäre, was indessen nicht der Fall war. Gleichwohl hat der BGH die Verletzung einer Amtspflicht angenommen. Denn es gehöre im sozialen Rechtsstaat zu den Amtspflichten der mit der Betreuung der sozialschwachen Volkskreise betrauten Beamten, diesen Personen zur Erlangung und Wahrung der ihnen vom Gesetz zugedachten Rechte und Vorteile nach Kräften beizustehen.<sup>227</sup> Überdies dürfe nicht außer Acht gelassen werden, dass der Beamte „Helfer des Staatsbürgers“ zu sein habe; daraus folge möglicherweise im Einzelfall für den Beamten den Pflicht, die von ihm betreute Person ausreichend zu belehren und aufzuklären, damit ein Antragsteller im Bereich des „Möglichen und Zulässigen“ das Erreichbare erreichen könne, was er zu Erreichen wünsche und damit ein vermeidbarer Schaden von ihm fern gehalten werde.“<sup>228</sup> Diese vom BGH ursprünglich angenommene Amtspflicht hat nunmehr ihre gesetzliche Grundlage in § 16 Abs. 3 SGB I gefunden, wonach (sozialrechtliche) Leistungsträger verpflichtet sind, darauf hinzuwirken, dass unverzüglich klare und sachdienliche Anträge gestellt und unvollständige Angaben ergänzt werden.

#### 2. Pflichtenübernahme

Sofern Amtswalter Pflichten (freiwillig) übernehmen, deren Erfüllung ihnen nicht als originäre Aufgabe obliegt, so liegt auch eine (ggf. drittgerichtete) Amtspflichtverletzung vor. Wenn also Polizeibeamte aus Anlass eines Geleites, den sie freiwillig übernommen haben, hierdurch einen Schaden bei dritten Verkehrsteilnehmern und Einrichtungen verursachen, steht die – wenngleich freiwillig übernommene – Pflicht im inneren Zusammenhang mit der Dienstaussübung und stellt mithin eine

---

<sup>226</sup> BGH, Urt. V. 18.03.2014 – VI ZR 10/13, juris Rdziff. 14; BVerwGE 143, 50 (59); BVerwGE 126, 33 (50); BVerwGE 104, 220 (2); BVerwGE 100, 335 (339)

<sup>227</sup> BGH NVwZ-RR 2000, 746 (748) unter Hinweis auf BGH NJW 1957, 1873

<sup>228</sup> BGH NVwZ-RR 2000, 746 (748) unter Hinweis auf BGH NJW 1960, 1244

Amtspflicht dar.<sup>229</sup> Insbesondere im Zusammenhang mit eben diesem entschiedenen Fall des BGH ist allerdings darauf hinzuweisen, dass es nicht Aufgabe der Polizei ist, den Transport auf einer bestimmten Route zu führen und für die Eignung der Wegstrecke im Hinblick auf das Transportfahrzeug und -gut zu sorgen, um im Schadensfall dafür einzustehen. Denn diese Aufgabe ist ausschließlich der privaten Tätigkeit des Transporteurs zuzuordnen.<sup>230</sup>

### 3. Rechtsnatur der wahrzunehmenden Aufgabe

Auch die Aufgabe und deren Rechtsnatur bilden die Grundlage für die jeweiligen Amtspflichten im Einzelfall.<sup>231</sup> So hat die Rechtsprechung z. B. den Leiter eines öffentlichen Schlachthofes als berechtigt und zugleich verpflichtet angesehen, in den Schlachthof eingeführtes Fleisch, welches nach dessen pflichtgemäßer und sachverständiger Überzeugung verdorben war, vorübergehend „anzuhalten“, um auf diese Weise eine nähere Untersuchung gewährleisten zu können und ggf. eine lebensmittelpolizeiliche Verfügung erwirken zu können.<sup>232</sup>

### 4. Sonderfall: Öffentlich-rechtlicher Vertrag

Bei der Bestimmung von Amtspflichten hat ein öffentlich-rechtlicher Vertrag außer Betracht zu bleiben; die Grundsätze der Amtshaftung sind nicht anzuwenden, da „anderenfalls die besonderen Regeln, die sich für die gegenseitigen Leistungen aus dem öffentlich-rechtlichen Leistungsverhältnis ergeben, und die gerichtliche Zuständigkeit dort, wo über den Erfüllungsanspruch nicht die Zivilgerichte zu entscheiden haben, umgangen werden könnten“.<sup>233</sup> Jede andere Sichtweise würde zu einer Umgehung der vom Gesetzgeber vorgesehenen Rechtswegzuständigkeit führen. Denn wenn jede Verletzung eines öffentlich-rechtlichen Vertrages zugleich eine Amtspflichtverletzung darstellen würde, könnten auf diese Weise die in §§ 13 GVG, 40 VwGO vorgesehenen Rechtswegzuweisungen umgangen werden.<sup>234</sup>

<sup>229</sup> BGH VersR 1961, 438 (Straßenbahn im Gegenverkehr)

<sup>230</sup> OLG Koblenz, Urt. v. 29.08.2011 - 12 U 1473/09, juris Rdziff. 17, unter Hinweis auf OLG Düsseldorf, Urt. v. 01.07.2009 - 18 U 235/08

<sup>231</sup> Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 119; BGHZ 69, 128 (136) unter Hinweis auf RGRK-BGB, 11. Aufl., § 839 Anm. 32

<sup>232</sup> BGH VersR 1958, 600

<sup>233</sup> BGHZ 120, 184 (188) = NJW 1993, 1526 (1527); BGHZ 87, 9 (18) = NJW 1983, 2311 (2313); BGH NJW 1958, 1183 (1184); BGH WM 1956, 65 (66); BGHZ 11, 212 (213); BVerwG, Beschl. v. 24.10.2011 - 9 B 12/11, juris Rdziff. 8; VG Ansbach, Urt. v. 05.03.2015 - AN 3 K 13.01480, juris Rdziff. 122 f.; ebenso: Stein/Itzel/Schwall Rdziff. 34; Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 118

<sup>234</sup> OLG Celle, Urt. v. 15.11.1988 - 16 U 170/87, juris

## D. Inhalt von Amtspflichten

### I. Allgemeines

Der Amtshaftungstatbestand setzt die Verletzung einer (drittgerichteten) Amtspflicht voraus; indessen sucht man vergeblich nach einer Auflistung von Amtspflichten im Tatbestand. Weder in § 839 BGB noch in Art. 34 GG ist eine solche Amtspflicht konkretisiert bzw. speziell geregelt. Derlei Amtspflichten finden sich – wenn überhaupt – nur vereinzelt explizit im Gesetz, so z. B. in § 31 Abs. 2 VermG.<sup>235</sup> Weit überwiegend wurden und werden Amtspflichten durch die Rechtsprechung auf der Grundlage der Verfassung, der Gesetze, von Verordnungen, Verwaltungsvorschriften, Richtlinien etc. herausgearbeitet bzw. konkretisiert.<sup>236</sup> Amtspflichten sind sämtliche, das Amtswalterverhältnis prägenden, geschriebenen und ungeschriebenen Pflichten. Diese Pflichten sind durch verschiedene Fallgruppen (im Wesentlichen) wie folgt zusammengefasst worden.

### II. Fallgruppen der Amtspflichten

#### 1. Amtspflicht zu rechtmäßigem Verhalten

Keimzelle der verschiedenen, nachstehend wiedergegebenen Amtspflichten ist Art. 20 Abs. 3 GG, wonach die vollziehende Gewalt an „Gesetz und Recht“ gebunden ist. Die Amtspflicht zu rechtmäßigem Verhalten umspannt gleichsam die nachfolgend explizit aufgeführten einzelnen Amtspflichten. Letztlich ist mit der Amtspflicht zu rechtmäßigem Verhalten die an den Amtswalter gerichtete Vorgabe zu verstehen, sich an Gesetzen und sonstigen Rechtsvorschriften oder (ungeschriebenen) Rechtssätzen zu orientieren.<sup>237</sup> Man sollte meinen, dass ein solcher Ausgangspunkt keine besonderen Schwierigkeiten aufwirft. Dem ist aber spätestens dann nicht so, wenn ein Amtswalter eine von ihm anzuwendende Rechtsgrundlage für unvereinbar mit höherrangigem Recht hält. Liegt auf Seiten des Amtswalters (noch) ein rechtmäßiges Verhalten vor, wenn er eine von ihm für nichtig gehaltene Satzung (z. B.: Bebauungsplan) noch anwendet? Oder kann bzw. muss er die Satzung unberücksichtigt lassen?

#### a. Prüfungs- und Normverwerfungskompetenz der Verwaltung

Häufig sieht sich z. B. eine Baugenehmigungsbehörde im Zusammenhang mit der Erteilung eines Bauverwaltungsaktes (Baugenehmigung oder Bauvorbescheid) vor

<sup>235</sup> dazu auch BGH MDR 2011, 482 = VersR 2011, 672

<sup>236</sup> Ossenbühl/Cornils S. 44; Stein/Itzel/Schwall Rdziff. 33 ff., Tremml/Karger/Luber Rdziff. 74 ff.; Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 117 ff.; Palandt/Sprau, BGB, § 839 Rdziff. 31 ff.; PWW/Kramarz, BGB, § 839 Rdziff. 19 ff.

<sup>237</sup> Ossenbühl/Cornils S. 46; Stein/Itzel/Schwall Rdziff. 39; Tremml/Karger/Luber Rdziff. 76; Palandt/Sprau, BGB, Rdziff. 32; PWW/Kramarz, BGB, § 839 Rdziff. 20; Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 120 ff.

die Frage gestellt, wie sie mit einer evtl. Unwirksamkeit eines Bebauungsplanes oder aber einer Veränderungssperre umzugehen hat. Beide ergehen, wie §§ 10 Abs. 1, 16 Abs. 1 BauGB zeigen, als (kommunale) Satzung. Für einen Bebauungsplan kann dies insbesondere dann virulent werden, wenn dessen Funktionslosigkeit in Rede steht. Kann es mithin einer Behörde amtshaftungsrechtlich zum Nachteil gereichen, wenn – auf der Grundlage eines Bebauungsplanes – eine beantragte Baugenehmigung bzw. ein beantragter Bauvorbescheid nicht erteilt wird, ein solcher Bauverwaltungsakt jedoch im verwaltungsgerichtlichen Prozess erfolgreich mit der Begründung erstritten wird, dass der von der Behörde zugrunde gelegte Bebauungsplan funktionslos geworden sei?

Auf die Prüfungs- und Normverwerfungskompetenz wird an anderer Stelle ausführlich eingegangen, so dass darauf verwiesen werden darf.<sup>238</sup>

Die Auswertung der dort erörterten<sup>239</sup> amtshaftungsrechtlichen Rechtsprechung führt zu dem – an dieser Stelle vorweggenommenen – Ergebnis, dass es zunächst der Baugenehmigungsbehörde nicht von vornherein zum Nachteil gereicht, wenn sie einen Bebauungsplan zur Anwendung bringt und zur Grundlage ihrer (für den Bauantragsteller negativen) Entscheidung macht, selbst dann nicht, wenn diese Entscheidung in einem sich anschließenden verwaltungsgerichtlichen Verfahren geändert und der begehrte Bauverwaltungsakt erteilt wird. Nur:

Da der Behörde eine Prüfungscompetenz obliegt, hat sie sich in Zweifelsfragen zunächst einmal unter Zugrundelegung und Ausschöpfung sämtlicher Möglichkeiten sachkundig zu machen, um – nach sorgfältiger Prüfung – zu einem sachgerechten Ergebnis zu gelangen. Wenn sich im Nachhinein, in einem verwaltungsgerichtlichen Verfahren, die Unrichtigkeit dieses Prüfungsergebnisses herauskristallisieren sollte, begründet dieser objektive Rechtsirrtum allein keinen Vorwurf schuldhaften Verhaltens. Zweifelsfragen in Bezug auf die Wirksamkeit eines Bebauungsplans oder einer Veränderungssperre darf die Behörde nicht ohne weitere Prüfung unbeantwortet lassen. Ein amtspflichtwidriges Verhalten wird dann begründet, wenn die Behörde, ohne den Bauantragsteller auf etwaige Bedenken hinzuweisen, den unwirksamen Bebauungsplan oder aber die Veränderungssperre anwendet.

Eine etwas andere Schwerpunktsetzung in Bezug auf die vorbeschriebene Argumentation ist angezeigt, wenn der Bauantragsteller selbst bereits die Unwirksamkeit des Bebauungsplans (z. B. wegen Funktionslosigkeit) heranzieht, um seinen Bauantrag durchzubringen. In einem solchen Fall bedarf es keines gesonderten Hinweises vonseiten der Baugenehmigungsbehörde mehr; gleichwohl hat eine sorgfältige Prüfung durch die Behörde stattzufinden, ob tatsächlich von einer Funktionslosigkeit auszugehen ist. Ist nach Einschätzung der Behörde diese Frage wiederum nach sorgfältiger Prüfung zu verneinen, so trifft die Behörde ebenfalls

---

<sup>238</sup> s. o. S. 329 ff.

<sup>239</sup> s. o. S. 232 ff.

keinen Schuldvorwurf, falls ein Verwaltungsgericht zu einem anderen Ergebnis in Bezug auf die Funktionslosigkeit des Bebauungsplanes kommen sollte.

Diese vorbeschriebene Konfliktsituation der Verwaltung wird selbstverständlich nicht nur bei der Frage nach einem Verstoß gegen die Amtspflicht zum rechtmäßigen Handeln, sondern auch und vor allem beim Verschulden wiederzuspiegeln sein. Hier wie dort wird zu prüfen sein, ob die Behörde bei pflichtgemäßem Handeln die Nichtigkeit (Funktionslosigkeit) hätte erkennen können oder müssen und dementsprechend dem zuständigen Organ (Rat) Gelegenheit geben müssen, über die Rechtmäßigkeit der Satzung zu beraten und diese ggf. aufzuheben.

Darüber hinaus hat Amtspflicht zu rechtmäßigem Verhalten verschiedentliche Ausprägungen bzw. Konkretisierungen erfahren.

#### b. Unterlassen von unerlaubten Handlungen

Der wichtigste Unterfall ist die an den Amtswalter gerichtete Pflicht, deliktische Schädigungen anderer Personen bzw. Institutionen zu unterlassen. Die hoheitlichen Aufgaben hat der Amtswalter so wahrzunehmen, dass Rechtsgüter von anderen Personen nicht verletzt werden können.<sup>240</sup>

Die Existenz einer Amtspflicht, keine unerlaubten Handlungen vorzunehmen bzw. deliktische Schädigungen zu unterlassen, verwundert nicht weiter. Es handelt sich – bei Lichte betrachtet – um eine Pflicht, die nicht ein Spezifikum des Beamtenrechts darstellt. Vielmehr handelt es sich letztlich um Pflichten, die von jedermann zu beachten sind. Der Beamte bzw. Amtswalter darf dabei keine Ausnahme darstellen. Die Pflicht, deliktische Schädigungen zu unterlassen, offenbart sich nicht selten als Verkehrssicherungspflicht.<sup>241</sup> So ist z. B. auch der Träger eines psychiatrischen Krankenhauses verpflichtet, die aufgenommenen Patienten auch vor Selbstschädigungen durch evtl. Suizidversuche zu bewahren.<sup>242</sup> Diese Pflicht ist indessen auf das Maß des Erforderlichen und des – für das Personal und die Patienten – Zumutbaren beschränkt. Nach Ansicht des BGH sei der Träger einer städtischen Klinik daher nicht verpflichtet, sämtliche Fenster einer geschlossenen psychiatrischen Station der Klinik so auszustatten, dass sie auch unter Einsatz von Körperkraft nicht so geöffnet werden könnten, dass ein Patient hinaussteigen oder -springen könnte.<sup>243</sup>

Als Pflicht zum Unterlassen unerlaubter Handlungen wird auch das Verbot erfasst, Maßnahmen zu unterlassen, die auch das Verbot zu fassen, Maßnahmen zu

<sup>240</sup> BGH NJW-RR 2013, 1490 (1491); BGH NVwZ-RR 2003, 166 (166); BGHZ 78, 274 (279); BGHZ 69, 128 (138); BGHZ 49, 108 (115); BGHZ 32, 145 (149); BGHZ 16, 111 (113); BGHZ 14, 319 (324); Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 122 ff.; Tremml/Karger/Luber Rdziff. 76

<sup>241</sup> i. E. dazu Ossenbühl/Cornils S. 32 ff., 34; Tremml/Karger/Luber Rdziff. 833 ff.; Stein/Itzel/Schwall Rdziff. 466 ff., 481 ff.

<sup>242</sup> BGH NJW 2000, 3425 (3426); BGH NJW 1994, 794 (794); BGHZ 96, 98 (102)

<sup>243</sup> BGH NJW 2014, 539 (539) = juris Rdziff. 9

unterlassen, die die Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) oder das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 GG) verletzen könnten.<sup>244</sup> Dies gilt auch im Zusammenhang mit sog. Mobbing-Vorwürfen (durch Dienstvorgesetzte); für Schäden, die dadurch entstehen, dass ein Beamter durch seinen Vorgesetzten systematisch und fortgesetzt schikaniert und beleidigt wird (Mobbing), haftet der Dienstherr des Schädigers.<sup>245</sup>

Einer gesonderten Betrachtung bedarf allerdings die Frage, inwieweit derlei Amtspflichten drittbezogen sein können.

#### c. Verbot, rechtswidrige Rechtsakte zu erlassen

Auch bei dieser Amtspflicht handelt es sich letztlich um eine Konkretisierung der Amtspflicht zu rechtmäßigem Verhalten.<sup>246</sup> Rechtsakte in dem vorgenannten Sinn sind dabei nicht nur Verwaltungsakte, sondern auch formelle und materielle Gesetze bzw. untergesetzliche Normen.<sup>247</sup> Aus Art. 10 EGV i. V. m. Art. 23 Abs. 1 GG wird darüber hinaus die Amtspflicht abgeleitet, das europäische Gemeinschaftsrecht zu beachten.<sup>248</sup>

#### d. Amtspflicht zu zuständigkeits- und verfahrensgemäßigem Verhalten

Ausgehend von dem Sinn der jeweils einschlägigen Zuständigkeits- und Verfahrensbestimmungen soll durch deren Einhaltung eine sachlich richtige Entscheidung gewährleistet werden, die drittgerichtet, d. h. dem Schutz des Einzelnen zu dienen bestimmt ist.<sup>249</sup> Dies gilt dann, wenn eine innere Beziehung zwischen der – unter Überschreitung vorgenommenen schädigenden – Amtshandlung und den durch die an sich zuständige Behörde zu schützenden Belangen des Dritten bestehen.<sup>250</sup>

Freilich ist im Zusammenhang mit der Frage nach der Verletzung etwaiger Zuständigkeitsvorschriften und der darauf basierenden etwaigen Rechtswidrigkeit von Verwaltungsakten die besondere Regelung in § 46 VwVfG zu berücksichtigen. Nach dieser Vorschrift kann die Aufhebung eines Verwaltungsaktes (der nicht nach § 44 VwVfG nichtig ist) nicht allein deshalb beansprucht werden, weil der Verwaltungsakt ggf. unter Verletzung von Vorschriften über das Verfahren, die Form oder die örtliche Zuständigkeit zustande gekommen ist, wenn offen-

<sup>244</sup> instruktiv dazu BGH NJW 1994, 1950; BGHZ 78, 279; die Gaefgen-Entscheidung des LG Frankfurt, JR 2012, 36 = juris Rdziff. 44 ff., bestätigt durch OLG Frankfurt, NJW 2013, 75 ff.

<sup>245</sup> BGH NJW 2002, 3172 (3173); OLG Koblenz, OLG-Report 2005, 745; OLG Stuttgart, OLG-Report 2003, 416 (418 f.); Zimmerling in: juris PK, § 839 Rdziff. 91

<sup>246</sup> Detterbeck/Windthorst/Sproll, § 9 Rdziff. 69 (S. 119)

<sup>247</sup> Stein/Itzel/Schwall Rdziff. 41; Detterbeck/Windthorst/Sproll § 9 Rdziff. 69 (S. 120)

<sup>248</sup> Morlok in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Bd. III, § 54 Rdziff. 48;

Detterbeck/Windthorst/Sproll, § 9 Rdziff. 67 (S. 119)

<sup>249</sup> Ossenbühl/Cornils S. 47; Tremml/Luber, NJW 2013, 262 (266); BGHZ 117, 240 (244) = NJW 1992, 3229 (3230)

<sup>250</sup> BGHZ 117, 240 (244/5); LG Stralsund, Urt. v. 29.03.2012 - 4 O 193/09, juris Rdziff. 89

sichtlich ist, dass die Verletzung die Entscheidung in der Sache nicht beeinflusst hat. Ist mithin die Anwendbarkeit dieser sog. Unbeachtlichkeitsklausel aus § 46 VwVfG zu bejahen, scheidet die Annahme einer Amtspflichtverletzung von vornherein aus.<sup>251</sup>

Einen Sonderfall behandelt in diesem Zusammenhang eine Entscheidung des LG Stade; in jenem Sachverhalt wurde um eine Amtspflichtverletzung im Zusammenhang mit einem verlorengegangenen Grundschuldbrief gestritten. Nach Auffassung des Gerichts gehört es zu den Amtspflichten der Posteingangsstelle eines Amtsgerichts, dass Post, die fälschlich in den Organisationsbereich des Gerichts gelangt, dort auch zunächst ordnungsgemäß verwahrt oder aber weitergeleitet oder aber zurückgesandt wird. Wenn also einer Person der Nachweis gelingt, dass ein Grundschuldbrief bei einem unzuständigen Amtsgericht eingegangen ist, so steht ihm von vornherein ein Ersatz des daraus resultierenden Schadens in Gestalt der Kosten eines Aufgebotsverfahrens zu, wenn der Grundschuldbrief aus nicht näher geklärten Gründen im Organisationsbereich des Amtsgerichts verlorengeht.<sup>252</sup>

#### e. Amtspflicht zur Erforschung des Sachverhalts

Die Amtspflicht zu rechtmäßigem Verhalten beinhaltet zugleich die Pflicht des Amtswalters, den Sachverhalt von Amts wegen zu ermitteln und sämtliche für den Einzelfall bedeutsamen Umstände zu berücksichtigen. Dies ergibt sich auch aus vereinzelten Vorschriften, vgl. z. B. § 24 VwVfG sowie § 20 SGB X. Jeder Amtswalter hat die Rechtslage unter Zuhilfenahme der ihm zur Verfügung stehenden Hilfsmittel sorgfältig und gewissenhaft zu prüfen und sich aufgrund vernünftiger Überlegungen eine Rechtsmeinung zu bilden.<sup>253</sup> Für den Fall, dass eine Behörde bzw. die für sie tätigen Beamten nicht über den notwendigen Sachverstand verfügen, haben sie sich gutachterlicher Hilfe zu bedienen. In einem solchen Fall besteht für die Behörde bzw. den Amtswalter aber auch die Pflicht, das eingeholte Gutachten zu überprüfen. Wenn Anhaltspunkte für offensichtliche Unrichtigkeiten, Lügen oder Missverständnisse vorliegen, darf eine Entscheidung auf Basis des Gutachtens nicht getroffen werden, ohne dass diese Unzulänglichkeiten zuvor aufgeklärt worden wären.<sup>254</sup>

#### f. Amtspflicht zu verhältnismäßigem Handeln

Auch diese Amtspflicht ist inhaltlich kein Neuland, vielmehr resultiert die Verpflichtung der Verwaltung bzw. des Amtswalters zu verhältnismäßigem Handeln

---

<sup>251</sup> Tremml/Karger/Luber Rdziff. 78; Ossenbühl/Cornils S. 47

<sup>252</sup> LG Stade, NVwZ-RR 2009, 50

<sup>253</sup> BVerfG, Beschl. v. 21.11.2012 - 1 BvR 1711/09, juris Rdziff. 16; BGH NJW 2003, 3693 (3696); BGH NJW 1989, 99 (99); Staudinger/Wurm, BGB, § 839 Rdziff. 129

<sup>254</sup> OLG Saarbrücken, Urt. v. 27.11.2012 - 4 U 291/11 - 92, juris Rdziff. 30; LG Ellwangen, ZMGR 2009, 114 (115)

aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit; dieser wiederum ist Teil des aus Art. 20 Abs. 2 S. 2, Abs. 3 GG resultierenden Rechtsstaatsprinzips. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist, wie auch der BGH schon frühzeitig ausgeführt hat, bei jedweder Art hoheitlicher Tätigkeit bzw. bei jeder Amtsausübung zu beachten.<sup>255</sup>

#### g. Amtspflicht zu fehlerfreier Ermessensausübung

Ausgehend von der Regelung in § 114 VwGO hat ein Amtswalter das ihm bei der Erfüllung seiner Dienstpflichten bzw. Wahrnehmung seiner öffentlichen Aufgaben eingeräumte Ermessen fehlerfrei auszuüben. Ob und inwieweit einer Behörde ein Ermessen eingeräumt ist, kann häufig an dem Wortlaut der jeweils einschlägigen Norm erkannt werden.<sup>256</sup> Entgegen einer früher vertretenen Ansicht vertritt nunmehr der BGH die Auffassung, dass Ermessensfehler (Ermessensausfall, -defizit, -fehlgebrauch, -missbrauch oder -überschreitung) Rechtsfehler sind, die eine Amtspflichtverletzung begründen können. Amtspflichtgemäß verhält sich ein Amtswalter nach Auffassung des BGH nur dann, solange er sich im Rahmen der „Bandbreite“ des ihm eingeräumten pflichtgemäßen Ermessens verhalte, mag auch ein anderes pflichtgemäßes Verhalten denkbar sein. Eine Amtspflichtverletzung hingegen liege dann vor, wenn der Beamte die Ermessensschranken und -bindungen, die das Gesetz in § 114 VwGO andeute, verletze oder aber wenn er verkenne, dass sein Ermessen reduziert oder sogar auf eine bestimmte Verhaltensweise festgelegt sei, wie z. B. bei der Ermessensreduzierung auf Null.<sup>257</sup>

Auch die mehrfache Vertagung eines Termins zur Verkündung des Zuschlags (§ 87 Abs. 1 ZVG) übersteigt nicht das dem Vollstreckungsgericht zustehende Ermessen, wenn der Vollstreckungsschuldner/Eigentümer und Vollstreckungsgläubiger übereinstimmend die Vertagung beantragen, der Vollstreckungsschuldner zwischenzeitlich einen – nicht offensichtlich unbegründeten – Vollstreckungsschutzantrag gestellt hat und die Vertagung auch dem Zweck dient, den Grundstückswert weiter aufzuklären.<sup>258</sup>

## 2. Amtspflicht zu rascher Verwaltungsentscheidung

Auch schon in seinen früheren Entscheidungen hatte der BGH ausgeführt, dass im Rechtsstaat jede Behörde die Amtspflicht habe, Anträge bzw. Verwaltungsverfahren mit der gebotenen Beschleunigung zu bearbeiten; sobald die behördenseitige Prüfung abgeschlossen sei, habe eine Bescheidung des jeweiligen Antrages zu

<sup>255</sup> BGHZ 55, 261 (266); dazu auch: Tremml/Karger/Luber Rdziff. 84; Stein/Itzel/Schwall Rdziff. 48; Ossenbühl/Cornils S. 49; Tremml/Luber, NJW 2013, 262 (265)

<sup>256</sup> Eyermann/Rennert, VwGO, § 114 Rdziff. 14

<sup>257</sup> BGHZ 118, 263 (271); auch: BGHZ 110, 253 (257); BGH NVwZ 1985, 682 (683); BGHZ 75, 129 (134); BGHZ 74, 144 (155); Detterbeck/Windthorst/Sproll § 9 Rdziff. 71 (S. 120); Stein/Itzel/Schwall Rdziff. 43 ff.; Tremml/Karger/Luber Rdziff. 82; Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 142; Tremml/Luber, NJW 2013, 262 (265)

<sup>258</sup> OLG Saarbrücken, Urt. v. 28.11.2013 - 4 U 419/12, juris Rdziff. 23, 25, 29



erfolgen.<sup>259</sup> Seit dem 19.09.1996 bedarf es insofern nicht mehr einer Konstruktion dieser Amtspflicht durch die Rechtsprechung, vielmehr ist diesbezüglich § 10 VwVfG in den Blick zu nehmen. Nach Maßgabe von § 10 S. 2 VwVfG ist das Verwaltungsverfahren „einfach, zweckmäßig und zügig durchzuführen“. Nicht nur mit Rücksicht auf diese Vorschrift, sondern auch auf besondere Umstände des Einzelfalles, die ggf. in der Person des Antragstellers liegen, ist eine besondere Beschleunigung eines Verfahrens geboten. Das Gesetz stellt nur vereinzelt in wenigen Vorschriften bestimmte Bearbeitungsfristen zur Verfügung, so z. B. in § 6 GrdstVG bzw. in § 69 a Abs. 4 NBauO bzw. § 12 BJagdG. Die Amtspflicht zu einer raschen Verwaltungsentscheidung gewinnt allerdings auch vor dem Hintergrund jüngerer Rechtsprechung des BGH sowie der Neuregelung der §§ 198 ff. GVG zum Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren an Bedeutung. Im Zusammenhang mit Amtshaftungsansprüchen bei verzögerter Antragsbearbeitung eines Grundbuchamts und der dadurch behaupteten Haftung des Landes Schleswig-Holstein verwies das Gericht auf seine ursprüngliche Rechtsprechung zur gebotenen Beschleunigung; dem entspreche für gerichtliche Verfahren der Anspruch auf Justizgewährung und eine Entscheidung innerhalb angemessener Frist, wie sich dies auch aus Art. 6 Abs. 1 MRK ableiten lasse.<sup>260</sup> Was im Einzelfall nicht mehr als zeitlich angemessen und nicht mehr als rasch zu bezeichnen ist, wird von der Rechtsprechung nur situativ und für den jeweiligen Einzelfall beantwortet. Auch das Gesetz zum Schutz vor überlangen Gerichtsverfahren und Ermittlungsverfahren beantwortet diese Frage nicht. Es bedarf mithin stets einer wertenden Gesamtbetrachtung, wann eine Verwaltungsentscheidung bzw. ein Verwaltungsverfahren nicht mehr als „zügig“ i. S. d. § 10 S. 2 VwVfG zu beurteilen ist. Bedeutung erlangt diese Amtspflicht in jedem Fall im Bereich des Baurechts.<sup>261</sup>

Der Umstand, dass das Gesetz in § 75 VwGO die Möglichkeit der sog. der Untätigkeitsklage zur Verfügung stellt, darf einen Beamten nicht zu der Fehlannahme verleiten, er könne mit seiner Sachentscheidung solange zuwarten, bis der jeweilige Antragsteller eine Untätigkeitsklage ergreift oder aber gar bis die Verwaltungsgerichte auf eine solche Untätigkeitsklage eine rechtskräftige Entscheidung getroffen haben.<sup>262</sup> Ebenso wenig kann aus dem in § 75 VwGO vorgesehenen Drei-Monats-Zeitraum abgeleitet werden, dass eine Amtspflichtverletzung erst ab Verstreichen dieses Zeitraums angenommen werden kann. Es stellt (lediglich) eine besondere Prozessvoraussetzung im Zusammenhang mit der Untätigkeitsklage gem. § 75 VwGO dar, dass die Frist von drei Monaten verstrichen ist. Vorher ist die Erhebung einer solchen Untätigkeitsklage nicht statthaft. Von daher ist also

<sup>259</sup> BGH NVwZ-RR 2008, 674 (675); BGHZ 170, 260 (266); BGHZ 30, 19 (26); BGHZ 15, 305 (309)

<sup>260</sup> BGHZ 170, 260 (266) unter Hinweis auf BGH VersR 2002, 714; BGH NJW 1994, 2091 (2092); BGH WM 1972, 743

<sup>261</sup> Stein/Itzel/Schwall Rdziff. 53, 585 unter Hinweis auf BGH NJW 1994, 2091; BGH NVwZ 1993, 299; BGH NVwZ 1992, 1119; Schlick/Rinne, NVwZ 1997, 1065 (1070)

<sup>262</sup> BGHZ 30, 19 (26)

auch schon vor Ablauf des Drei-Monats-Zeitraums die Schädigung eines Bürgers denkbar, für die dann die Verwaltung im Wege der Amtshaftung einzustehen hat, soweit die übrigen Voraussetzungen einer schuldhaften Pflichtverletzung erfüllt sind.<sup>263</sup>

### 3. Amtspflicht zu konsequentem Verhalten und Amtspflicht, keine ungesicherten Vertrauenstatbestände zu schaffen

Die Amtspflicht zu konsequentem Verhalten beinhaltet die Verpflichtung einer Behörde, eine in bestimmter Weise geplante und begonnene Maßnahme auch entsprechend der Zielsetzung durchzuführen. Die Behörde darf sich nicht zu dem eigenen früheren Verhalten in Widerspruch setzen, wenn die gebotene Rücksichtnahme auf die Interessen der Betroffenen es gebietet, das von diesem in den Bestand der Maßnahme gesetzte Vertrauen zu schützen. Solange sich allerdings eine Behörde im Rahmen des ihr (gesetzlich zustehenden) Planungsermessens bewegt, kann dies den Vorwurf amtspflichtwidriger Inkonsequenz nicht begründen.<sup>264</sup> Den Boden eines konsequenten Verhaltens verlässt die Behörde nicht bereits dann, wenn sie deren Maßnahmen nach Bedarf veränderten Situationen, Vorstellungen und Zielen anpasst.<sup>265</sup> Die Prüfung, ob ein Amtswalter gegen die ihm obliegende Amtspflicht zu konsequentem Verhalten verstoßen haben könnte, bedeutet folgerichtig, dass zunächst einmal das frühere behördliche Verhalten analysiert und festgestellt wird, welches (hypothetische) Verhalten plangerecht und plangemäß gewesen wäre und inwieweit zu dem tatsächlich aufgetreten Verhalten ein Widerspruch zu verzeichnen ist.

In der Mülheim-Kärlich-Entscheidung hat der BGH – soweit erkennbar – erstmals eine Amtspflicht, keine ungesicherten Vertrauenstatbestände zu schaffen, statuiert.<sup>266</sup> Letztlich handelt es sich auch bei einer derartigen Amtspflicht (nur) um eine besondere Ausprägung der Amtspflicht zu rechtmäßigem Verhalten. Ob es – neben der Amtspflicht zu konsequentem Verhalten – einer solchen Amtspflicht, keine ungesicherten Vertrauenstatbestände zu schaffen, noch bedarf, erscheint fraglich. Denn beides verfolgt die gleiche Zielrichtung. In der Mülheim-Kärlich-Entscheidung führte der III. Zivilsenat aus, dass in einem atomrechtlichen Anlagengenehmigungsverfahren der Antragsteller haftungsrechtlich auf die Rich-

<sup>263</sup> BGH NVwZ 1993, 299 (300); BGH, Beschl. v. 21.09.1989 - III ZR 41/88, juris Rdziff. 5; Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 131; Stein/Itzel/Schwall Rdziff. 53; Tremml/Karger/Luber Rdziff. 86 f

<sup>264</sup> BGH NVwZ 2006, 1207 (1208); BGHZ 137, 344 (346); BGH NVwZ 1986, 245; BGH BGHR BGB § 839 Abs. 1 S. 1 Konsequentes Verhalten 1; BGH WM 1983, 993 (995) = juris Rdziff. 35; BGHZ 81, 21 (31); BGHZ 76, 343 (350); BGH WM 1970, 1252 (1255); BGH NJW 1963, 644 (645); BGH VersR 1962, 421; BGH NJW 1960, 2334 (2335); ausführlich auch: Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 137 ff.; Stein/Itzel/Schwall Rdziff. 54; Tremml/Karger/Luber Rdziff. 96; PWW/Kramarz, BGB, § 839 Rdziff. 23

<sup>265</sup> BGH NVwZ 1986, 245 (246)

<sup>266</sup> BGHZ 134, 268 (277)

tigkeit und Verlässlichkeit der Entscheidung der Genehmigungsbehörde angewiesen sei. Im Übrigen gelte, so der BGH, auch insoweit der Grundsatz von der „Rechtmäßigkeit der Verwaltung“.<sup>267</sup> Wenn aber auf eine solche Weise der Vertrauenstatbestand in die Amtspflicht gleichsam inkorporiert ist, so ist diese Amtspflicht solchermaßen demjenigen gegenüber drittgerichtet, der tatsächlich auf den Bestand einer (sich im Nachhinein als rechtswidrig herausstellenden) rechtswidrigen Genehmigung vertraut hat.<sup>268</sup>

#### 4. Amtspflicht zur Erteilung ordnungsgemäßer Auskünfte

Gesetzliche Regelungen, die eine Auskunftspflicht explizit festlegen, existieren nur vereinzelt. Gemäß § 25 S. 2 VwVfG erteilt die Behörde, soweit erforderlich, Auskunft über die den Beteiligten im Verwaltungsverfahren zustehenden Rechte und die ihnen obliegenden Pflichten. Darüber hinaus wird die Vermittlung von Informationen auch durch § 14 SGB I erfasst, wonach jeder Anspruch auf Beratung über seine Rechte und Pflichten nach diesem Gesetzbuch hat, wobei für die Beratung die Leistungsträger zuständig sind, denen gegenüber die Rechte geltend zu machen oder die Pflichten zu erfüllen sind.<sup>269</sup> Die Zielsetzung der beiden vorgenannten Vorschriften ist freilich nicht deckungsgleich mit dem amtschaftsrechtlichen Maßstab; während die Auskunftspflicht im Rahmen des Verwaltungsverfahrens durch die Erforderlichkeit der Auskunft begrenzt wird<sup>270</sup>, kommt es auf der Grundlage der ständigen Rechtsprechung des BGH auf die Erforderlichkeit der Auskünfte nicht an:

*„Eine behördliche Auskunft muss vollständig, richtig und unmissverständlich sein, sodass der Empfänger zuverlässig disponieren kann. Dies ist insbesondere dann geboten, wenn der Empfänger weitreichende, sogar Lebensweg entscheidende Dispositionen an das Ergebnis der Auskunft knüpft.“<sup>271</sup>*

Die Vorgaben des BGH gelten selbst dann, wenn im Einzelfall keine Pflicht zur Erteilung einer Auskunft bestanden hat, der Beamte diese Auskunft gleichwohl

<sup>267</sup> BGHZ 134, 268 (278/9)

<sup>268</sup> Küch S. 46; Bömer NVwZ 1996, 749 (753); Stein/Itzel/Schwall Rdziff. 54

<sup>269</sup> zur Verletzung der Auskunfts- und Beratungspflicht gem. § 14 SGB I durch einen Mitarbeiter einer Krankenkasse: OLG Karlsruhe, VersR 2013, 501

<sup>270</sup> vgl. dazu Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 25 Rdziff. 15 ff.

<sup>271</sup> BGH NJW 2013, 604 (607); BGH NVwZ 2006, 245 (246); BGHZ 155, 354 (357); BGHZ 121, 65 (69); BGHZ 117, 83 (87); BGH NJW 1991, 3027 (3027); BGH NJW 1990, 1042 (1044); BGH NJW 1990, 245 (246); BGH NJW 1980, 2573 (2574); BGH NJW 1970, 1414 (1415); OLG Hamm DVP 2006, 477; OLG Dresden, Urt. v. 27.04.2005 - 6 U 628/04, juris Rdziff. 68; Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 152; Palandt/Sprau, BGB, § 839 Rdziff. 41; Stein/Itzel/Schwall Rdziff. 57 ff.; Detterbeck/Windthorst/Sproll, § 9 Rdziff. 80 (S. 125); PWW/Kramarz, BGB, § 839 Rdziff. 24; Papier in: MünchKomm, BGB, § 839 Rdziff. 219; Rohlfing NdsVBl. 2008, 57 (57); speziell für baurechtliche Auskünfte: v. u. z. Franckenstein, BauR 2003, 807 ff.; Küch S. 113 ff.

erteilt.<sup>272</sup> Des Weiteren gilt der von dem BGH entwickelte Maßstab, wenn der Beamte zur Erteilung der Auskünfte fachlich nicht ausgebildet oder befugt ist.<sup>273</sup>

Indessen ist zu vergegenwärtigen, dass die vom BGH entwickelte Leitlinie nicht dahingehend missverstanden werden darf, dass ein auf Beratung in Anspruch genomener Amtsträger jeden auch nur entfernt mit dem Beratungsgegenstand gedanklich in Verbindung stehenden Aspekt zu beleuchten hat. Ein derart weitgehendes Verständnis vom Umfang der geschuldeten Beratung würde auf eine nicht mehr interessengerechte Überdehnung der Verantwortlichkeit des Amtsträgers hinauslaufen. Mithin ist der Umfang der geschuldeten Beratung einzelfallgerecht vor dem Hintergrund der konkreten Auskunftssituation zu bestimmen.<sup>274</sup>

#### a. Wesen der Auskunft als Verlässlichkeitsgrundlage

Die Auskunft bezieht sich auf Tatsachen, also auf gegenwärtige Gegebenheiten, mithin auf Umstände, die nicht von einer Willensentschließung abhängen. Die Frage, ob eine Auskunft ordnungsgemäß erteilt worden ist und den Anforderungen genügt, beantwortet sich danach, wie die Auskunft von dem Empfänger aufgefasst werden konnte und welche Vorstellungen diese Auskunft wecken konnte, kurzum, ob und inwieweit der Empfänger der Auskunft diese als Verlässlichkeitsgrundlage auffassen durfte. Maßgeblich dafür ist nicht die innere Willensrichtung des Beamten, sondern vielmehr die Erkenntnismöglichkeit des Empfängers.<sup>275</sup> Das wiederum bedeutet, dass dann, wenn der Empfänger – für den Auskunftserteilenden erkennbar – über wenig bis gar keine Rechts- und Fachkenntnisse verfügt, die Auskunft umso mehr nach Form und Inhalt klar und eindeutig sein muss, sodass Zweifel, Missverständnisse und Unklarheiten auf Empfängerseite nicht entstehen bzw. ausgeschlossen werden können.<sup>276</sup> All dies hängt auch davon ab, welche Frage der Auskunftsempfänger an die Behörde bzw. den Amtswalter richtet.<sup>277</sup>

Grundsätzlich darf der Bürger von der „Rechtmäßigkeit der Verwaltung“ ausgehen und darauf vertrauen, dass der jeweilige Amtswalter das jeweils Notwendige

<sup>272</sup> BGH NJW 1980, 2573 (2574)

<sup>273</sup> OLG Zweibrücken, NVwZ-RR 2001, 79 (80), dort zur Erteilung einer Rechtsauskunft durch einen Nichtjuristen bei einer Verwaltungsbehörde

<sup>274</sup> OLG Saarbrücken, OLG-Report 2006, 487 (488); Soergel/Vinke, BGB, § 839 Rdziff. 122; Bamberger/Roth/Reinert, BGB, § 839 Rdziff. 39

<sup>275</sup> BGH NJW 1991, 3027 (3028); Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 150

<sup>276</sup> BGH VersR 1987, 50 (51); BGH VersR 1980, 943 (944); BGH VersR 1970, 711 (712); BGH VersR 1964, 919 (922)

<sup>277</sup> BGH NVwZ 1997, 1243 (1244); BGH NJW 1993, 3204 (3205); BGH NJW 1991, 3027 (3027); BGH BGHR BGB § 839 Abs. 1 S. 1 - Auskunft 2; Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff.

bzw. Obliegende richtig und sachgemäß veranlasst.<sup>278</sup> Vor allem bei Auskünften kommt es jedoch auch auf die Prüfung der Frage an, ob das nach Erteilung der Auskunft entfaltete Vertrauen schutzwürdig ist; insoweit kommt es nicht nur auf objektive Umstände, sondern auch auf subjektive Erkenntnisse und sich aufdrängende Erkenntnismöglichkeiten des Auskunftsempfängers an.<sup>279</sup>

Für die Reichweite der Auskunft als Verlässlichkeitsgrundlage ist in erster Linie in den Blick zu nehmen, auf welche Art und Weise die Auskunft zustande gekommen ist. Die Auskunft kann z. B. in mündlicher oder schriftlicher Form erteilt, sie kann auch in Gestalt einer Zusicherung abgegeben worden sein.

aa. Auskunft als Reaktion auf eine Frage

Sofern der Auskunftsempfänger an den Beamten explizit eine Frage richtet, gelten zunächst einmal für die Frage nach der Reichweite der Verlässlichkeitsgrundlage die o. a. Ausführungen. In diesem Zusammenhang wird sicherlich der Umstand wertend zu berücksichtigen sein, ob das Gespräch zwischen dem Auskunftsempfänger und dem Amtswalter per Telefon erfolgte; bejahendenfalls wird der Auskunftsempfänger das Risiko zu tragen haben, dass ggf. der die Auskunft erteilende Amtswalter nicht sämtliche für die Auskunftserteilung maßgeblichen Einzelheiten im Gedächtnis parat hat.<sup>280</sup>

---

<sup>278</sup> BGHZ 155, 354 (358) = NJW 2003, 3049 (3050); BGH NJW 1994, 2087 (2089); BGH NVwZ-RR 1991, 171 (172); BGH VersR 1989, 594 (595)

<sup>279</sup> OLG Karlsruhe, VersR 2013, 501 (502); OLG Koblenz, OLG-Report 2008, 339 (340)

<sup>280</sup> Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 151

bb. Ungefragt erteilte Auskunft als Aufklärungs-, Belehrungs- oder Beistandspflicht

Der Amtswalter ist nicht nur dann zur Auskunft verpflichtet, wenn er ausdrücklich befragt wird. Eine Auskunftspflicht kann sich auch aus anderen Umständen ergeben; nach Auffassung des III. Zivilsenats des BGH dürfe ein Beamter nicht „sehenden Auges“ zulassen, dass der bei ihm vorsprechende Bürger Schaden erleide, den der Beamte durch einen kurzen Hinweis, eine Belehrung mit wenigen Worten oder eine entsprechende Aufklärung zu vermeiden in der Lage sei.<sup>281</sup>

*„Den Beamten trifft eine solche Aufklärungs- oder Belehrungspflicht, die sich auch auf mit einiger Wahrscheinlichkeit bevorstehende Änderungen der Rechtslage bezieht, wenn er bei Wahrnehmung seiner dienstlichen Aufgaben erkennt oder erkennen muss, dass ein Bürger, der in einer besonderen Rechtsbeziehung zu einer Behörde steht, einem Schadensrisiko ausgesetzt ist, dem durch einen kurzen Hinweis zu begegnen ist.“<sup>282</sup>*

Eine solche Verpflichtung zur Erteilung eines aufklärenden Hinweises ist insbesondere dann geboten, wenn der Beamte erkennt, dass ein Antragsteller aufgrund eines behördlichen Verhaltens Maßnahmen treffen könnte, die für den Antragsteller nachteilige Folgen oder zumindest mit dem Risiko des Eintritts solcher Folgen behaftet sein könnte.<sup>283</sup>

Die vorgenannte Rechtsprechung des BGH zwingt allerdings keineswegs zu dem Rückschluss, ein Beamter sei schlechthin zur Erteilung von Rechtsauskünften zur Berichtigung von Rechtsirrtümern oder zur Aufklärung über mögliche künftige Veränderungen der Sach- und Rechtslage verpflichtet.<sup>284</sup> Entscheidend wird mithin stets eine Beurteilung im Einzelfall sowie eine Interessenabwägung sein. Je größer der möglicherweise drohende Schaden finanzieller oder sonst welcher Art sein könnte, desto eher ist ein aufklärender Hinweis vonseiten des Amtswalters bzw. der Behörde geboten. Dabei wird auch der im jeweiligen Einzelfall maßgebliche Umfang der Auskunftspflicht zu ermitteln sein. Der Umfang der Auskunfts-

<sup>281</sup> BGH NVwZ-RR 2006, 634 (634), dort zur Hinweispflicht von Gemeindebediensteten auf eine drohende straßenrechtliche Veränderungssperre; BGH NVwZ-RR 2004, 474 (475), dort zur Hinweispflicht eines Zollbeamten auf eine günstigere zollrechtliche Gestaltung; BGH NVwZ 2004, 638 (639), dort zur Hinweispflicht zur unverzüglichen Unterrichtung des Bauherrn über einen Nachbarwiderspruch; BGH NVwZ 1996, 512 (512); BGH NJW 1994, 2415 (1417); BGH JZ 1971, 227 (227/); BGH NJW 1965, 1226 (1226); BGH NJW 1960, 1244 (1244); BGHZ 15, 305 (312); Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 158

<sup>282</sup> BGH NVwZ-RR 2006, 634 (634), dort zur Hinweispflicht von Gemeindebediensteten auf eine drohende straßenrechtliche Veränderungssperre

<sup>283</sup> BGH NJW 1985, 1335 (1337); BGH NJW 1980, 2573 (2574); BGH WM 1978, 37 (38); BGH VersR 1970, 1104 (1106); BGHZ 45, 23 (29); BGH NJW 1965, 1226 (1227); dazu auch Schlick, NJW 2014, 2915 (2917)

<sup>284</sup> BGH NJW 1985, 1335 (1337); BGH NJW 1980, 2573 (2574); BGH WM 1978, 37 (38); BGH NJW 1965, 1226 (1227)

pflicht hängt nicht unbedingt von der Fragestellung und dem erkennbaren Interesse des Auskunftsempfängers ab. Auch nicht jedes Wort, welches der Amtswalter spricht, wird sich im Rahmen einer rechtlichen Wertung gegen ihn richten können:

*„Erwähnt ein Beamter im Rahmen eines Gesprächs – erkennbar ohne Beziehung einschlägiger Akten – beiläufig einen Umstand, der nach der Auffassung der Gesprächsbeteiligten keine ausschlaggebende Bedeutung für die Beurteilung des den Gegenstand des Gesprächs bildenden Rechtsfalles hat, als Tatsache, dann kann sein Gesprächspartner, wenn er diesen Umstand im Rahmen seiner weiteren Rechtsverfolgung als gegeben annimmt und vorträgt, aus der unzutreffenden „Auskunft“ keinen Schadensersatzanspruch herleiten, wenn sich später herausstellt, dass dem Umstand entscheidende Bedeutung für das Obsiegen oder Unterliegen in einem Rechtsstreit zukommt und bei richtigem Vortrag die Rechtsverfolgung erfolgreich gewesen wäre. Bei Erwähnung eines (scheinbar) unwichtigen Nebepunktes ohne Hinzuziehung von Unterlagen besteht erfahrungsgemäß ein besonderes Irrtumsrisiko. Das ist für den Auskunftssuchenden ohne Weiteres erkennbar. Will er insoweit eine verlässliche Vertrauensgrundlage erhalten, dann er muss den auskunftserteilenden Beamten ausdrücklich darauf hinweisen, dass er auf eine verbindliche Auskunft auch zu diesem Punkt Wert legt, und sich vergewissern, ob der Beamte selbst zuverlässige Kenntnis darüber besitzt oder sich diese Kenntnis durch eine Prüfung der einschlägigen Vorgänge erst noch verschaffen müsste. Erforderlichenfalls muss er auf die Beziehung von Unterlagen hinwirken.“<sup>285</sup>*

In der Regel besteht keine Verpflichtung des Jugendamts zur aufklärenden Auskunft darüber, ob der leibliche Vater von in einer Pflegefamilie untergebrachten Kindern weiterhin (nicht) Unterhaltszahlungen an die leibliche Mutter (und frühere Ehefrau des leiblichen Vaters) erbringt.<sup>286</sup>

cc. Auskunft in schriftlicher oder mündlicher Form

Für den BGH ist die Frage nach der Geeignetheit einer Auskunft als Verlässlichkeitsgrundlage auch abhängig davon, ob diese Auskunft in schriftlicher oder mündlicher Form erteilt wird. Die im Rahmen eines förmlichen Bauvoranfrageverfahrens abgegebene mündliche Erklärung eines Sachbearbeiters, der zuständige Beamte des Bauamtes werde den beantragten Bauvorbescheid erlassen, begründet kein schutzwürdiges Vertrauen dahingehend, dass der Bauvorbescheid entsprechend erlassen wird.<sup>287</sup> Hingegen kann die im Rahmen eines Baugenehmigungsverfahrens an den Antragsteller gerichtete, schriftliche und vom Amtsleiter unterzeichnete Mitteilung der unteren Bauaufsichtsbehörde, dass „gegen das Bauvorhaben keine planungs- und baurechtlichen Bedenken bestehen“, geeignet sein, bei dem Adressaten – aber auch bei einem Dritten, der am Erwerb des Objekts

<sup>285</sup> BGH NJW 1993, 3204 (3205/6)

<sup>286</sup> BGH NJW 2014, 2642 (2644)

<sup>287</sup> BGHZ 117, 83 (85, 90)

zur Durchführung des Bauvorhabens interessiert ist – ein schutzwürdiges Vertrauen in die Richtigkeit der Auskunft begründen, welches Grundlage für Vermögensdispositionen sein kann.<sup>288</sup> Daraus folgt:

Wenn sich eine Behörde in Schriftform äußert, so kann aus diesem Umstand sicherlich ein größerer Grad der Verbindlichkeit abgeleitet und eine Verlässlichkeitsgrundlage angenommen werden.

#### dd. Zusicherung als stärkste Form der Auskunft

In der Rechtsprechung des III. Zivilsenats des BGH wird zwischen der „Zusicherung“ (als bindende Verpflichtung für ein künftiges Verhalten) und einer „Auskunft“ (über gegenwärtige tatsächliche Gegebenheiten) unterschieden. Die Zusicherung einer Behörde ist sicherlich auch vor dem Hintergrund der Regelung in § 38 VwVfG zu sehen, sodass die Wirksamkeit einer Zusicherung von der Erteilung in Schriftform abhängt. Die Grenzziehung zwischen der Auskunft einerseits und der Zusicherung andererseits ist nicht eindeutig bestimmbar. Während sich die Auskunft auf Tatsachen, also auf Umstände, die nicht von einer Willensentscheidung abhängen, beziehen, will die Zusage eine Grundlage dafür schaffen, welches künftige Verhalten behördenseitig angezeigt sein soll. Der Umstand, dass eine Zusicherung nicht der vom Verwaltungsrecht vorgesehenen Schriftform entspricht, schließt deren amtschaftsrechtliche Grundlage für eine Auskunft nicht von vornherein aus.<sup>289</sup> Nach Auffassung des BGH kann eine Zusicherung zugleich eine tatsächliche Mitteilung über gegenwärtige Gegebenheiten enthalten. So seien die bestehende Absicht, der bereits gefasste Beschluss, künftig etwas zu tun, und die dazu betroffenen Vorbereitungen vorhandene Wirklichkeit „Tatsachen“.<sup>290</sup> Mithin ist stets zu prüfen, ob die – mangels Einhaltung der Schriftform (§ 38 VwVfG) – unwirksame Zusicherung wenigstens Tatsachen enthält, deren Mitteilung als amtschaftsrechtlich relevante Auskunft verstanden werden können.

Besondere Bedeutung erlangt die Auskunftserteilung im Bereich des (öffentlichen) Baurechts.<sup>291</sup>

#### b. Beweislast

Im Amtshaftungsprozess hat der Amtshaftungskläger das Vorliegen einer Amtspflichtverletzung darzulegen und zu beweisen. Bei der Behauptung einer behör-

<sup>288</sup> BGH NJW 1994, 2087 (2090), wo die betreffende Auskunft an die Stelle eines anderenfalls ergangenen Bauvorbescheids getreten war und deshalb eine Haftung für möglich gehalten wurde

<sup>289</sup> BGHZ 117, 83 (88)

<sup>290</sup> BGHZ 117, 83 (88/9)

<sup>291</sup> Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 608 ff.; Stein/Itzel/Schwall Rdziff. 592 ff.; Tremml/Karger/Luber Rdziff. 818 ff.; Kellner, NVwZ 2013, 482 ff. je mit weiteren umfangreichen Nachweisen



denseitigen fehlerhaften Auskunftserteilung muss der Kläger die Umstände näher darlegen, die zu der behaupteten fehlerhaften Auskunftserteilung geführt haben. Darüber hinaus wird der Geschädigte auch zu beweisen haben, dass die Auskunft überhaupt in der von ihm dargestellten Art und Weise erteilt wurde. Existiert keine Auskunftserteilung in Schriftform, wird die Beweislast regelmäßig an dieser Stelle zum neuralgischen Punkt im Zusammenhang mit einer Auskunftserteilung. Denn die Behörde wird die ihr möglichen und zulässigen Wege der Rechtsverteidigung wählen und (substantiiert) bestreiten, dass die mündlich erteilte Auskunft mit dem vom Kläger behaupteten Inhalt abgegeben worden ist. In einem solchen Fall wird der Kläger der ihm obliegenden Beweislast regelmäßig nicht genügen können, wenn sich im Rahmen der Beweisaufnahme (Zeugenvernehmung des die Auskunft erteilenden Beamten) nicht bestätigen lässt, dass die klägerseits behaupteten Angaben von dem Amtswalter gemacht worden sind.

#### 5. Amtspflicht zur Fehlerbehebung

Ausgehend von der Amtspflicht zu rechtmäßigem Verhalten hat der BGH zugleich die Amtspflicht postuliert, begangene Fehler zu beheben. Es handelt sich dabei um die logische Weiterführung der Amtspflicht zu rechtmäßigem Verhalten. Grundsätzlich kann nicht ausgeschlossen werden, dass ein Amtswalter einen Fehler begeht. Demgemäß besteht für jeden Amtswalter die Amtspflicht, begangene und als solche erkannte Fehler zu beheben, im Rahmen des Zumutbaren ihre für den Betroffenen nachteiligen Folgen zu beseitigen und hervorgerufene Schadensgefahren auszuräumen.<sup>292</sup> Im Zusammenhang mit Verwaltungsakten bedeutet dies, dass im Rahmen rechtmäßiger Amtsausübung ein Amtswalter in der Regel die Pflicht hat, die als rechtswidrig erkannten oder erkennbaren Verwaltungsakte zurückzunehmen.<sup>293</sup>

Eine derartige Amtspflicht erlangt vor allem Bedeutung für diejenigen Behörden, die wegen einer Steuerschuld einen (dinglichen) Steuerarrest festzusetzen berechtigt sind, insbesondere Finanzämter oder Hauptzollämter.

#### 6. Amtspflicht zu rechtzeitiger behördlicher Warnung

Auf dem Gebiet der Gefahrenabwehr hat der Staat eine Fürsorgepflicht auch gegenüber der Öffentlichkeit bzw. dem Verbraucher.<sup>294</sup> Nachdem zunächst per 01.08.1997 das Produktsicherheitsgesetz (ProdSG)<sup>295</sup> in Kraft getreten war, wurde

---

<sup>292</sup> BGH NJW 1986, 2952 (2953); BGHZ 43, 34 (38)

<sup>293</sup> BGH VersR 1971, 859 (861)

<sup>294</sup> Ossenbühl/Cornils S. 50; Fiebig, NVwZ 1992, 37; Leidinger, DÖV 1993, 925 ff.; aus der Rechtsprechung: OLG Düsseldorf, VersR 1994, 96 – Hormonskandal; OLG Stuttgart, NJW 1990, 2690 – Birkel; LG Göttingen, NVwZ 1992, 89 – Förster-Quellen; LG Stuttgart, NJW 1989, 2257

<sup>295</sup> Gesetz zur Regelung der Sicherheitsanforderungen an Produkte und zum Schutz der CE-Kennzeichnung, Produktsicherheitsgesetz – ProdSG – vom 22.04.1997, BGBl I 1997, 934

dieses Gesetz mit Wirkung zum 30.04.2004 von dem Geräte- und Produktsicherheitsgesetz (GPSG)<sup>296</sup> abgelöst, welches zwischenzeitlich aber ebenfalls bereits abgeschafft worden ist. Seit dem 01.12.2011 gilt das Gesetz über die Bereitstellung von Produkten auf dem Markt (Produktsicherheitsgesetz).<sup>297</sup> Nach Maßgabe von § 31 Abs. 2 ProdsG haben die sog. Marktüberwachungsbehörden und die Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin die Öffentlichkeit (vorzugsweise auf elektronischem Weg) über sonstige ihnen zur Verfügung stehende Erkenntnisse zu Produkten, die mit Risiken für die Sicherheit und Gesundheit von Personen verbunden sind, zu informieren. Dies betrifft insbesondere Informationen zur Identifizierung der Produkte über die Art der Risiken und die getroffenen Maßnahmen.

Behördenseitige Warnungen stellen häufig einen haftungsrechtlichen „Drahtseilakt“ dar. Wenngleich einer Behörde bei der Beurteilung der Frage, ob Sicherheitsrisiken die Veröffentlichung einer Produktwarnung zu rechtfertigen geeignet ist, ein Beurteilungsspielraum zusteht, ist aber doch stets der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten. Das durch die entsprechende behördlich veröffentlichte Information als „Störer“ identifizierte Unternehmen hat naturgemäß ein Interesse daran, durch hoheitliche Äußerungen nicht beeinträchtigt zu werden.<sup>298</sup>

Auch insoweit wird es stets einer Einzelfallbetrachtung überlassen bleiben müssen, ob vonseiten der die Warnung aussprechenden Behörde bzw. deren Beamten Grenzen überschritten worden sind. Nach Ansicht des EuGH ist eine Rechtsvorschrift nicht zu beanstanden, die eine Information der Öffentlichkeit in Bezug auf ein Lebensmittel und das Herstellungsunternehmen (Namens-/Firmennennung) gestattet, selbst dann, wenn das Produkt nicht gesundheitsschädlich, sondern nur verzehrungsgeeignet ist.<sup>299</sup>

Wenn verschiedene Bundesämter gemeinsame Presseerklärungen herausgeben, so müssen die zugrundegelegten Informationen bzw. der Sachverhalt zutreffend ermittelt und der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz beachtet worden sein; den Amtshaftungskläger trifft insbesondere auch die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass ein von ihm beklagter (wirtschaftlicher) Schaden kausal auf eben diese – auf einer Verzehrwarnung (EHEC 2011) basierenden – Presseerklärung und nicht etwa auf einen allgemeinen Medienrummel zurückzuführen ist.<sup>300</sup>

---

<sup>296</sup> BGBl I 2004, 2

<sup>297</sup> BGBl I 2011, 2179

<sup>298</sup> vgl. zur Amtshaftung wegen behördlicher Warnungen auch: Tremml/Nolte, NJW 1997, 2265; Ossenbühl/Cornils S. 50; Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 166 f.; Tremml/Luber, NJW 2013, 262 ff.

<sup>299</sup> EuGH, Urt. v. 11.04.2013 – C – 636/11, juris

<sup>300</sup> Instruktiv dazu: LG Braunschweig, Urt. v. 20.05.2014 – 7 O 372/12 juris Rdziff. 70 ff. (dort zu im Jahr 2011 aufgetretenen EHEC-Infektionen)

## 7. Gehorsamspflicht und Pflicht zur Beachtung der höchstrichterlichen Rechtsprechung

In der – wenngleich älteren – Rechtsprechung wird auch die Gehorsamspflicht des Beamten als eine solche Amtspflicht erachtet, die einem Beamten gegenüber Dritten obliegt.<sup>301</sup> Es stellt sich in diesem Zusammenhang freilich die Frage, ob es angesichts der Amtspflicht zu rechtmäßigem Verhalten noch der Konstruktion einer gesonderten „Gehorsamspflicht“ bedarf. Dies erscheint auch deswegen zweifelhaft, weil die ältere Rechtsprechung noch davon ausgeht, dass ein Beamter strikt ein seinen Zuständigkeitsbereich betreffendes verwaltungsgerichtliches Urteil umzusetzen habe, selbst dann, wenn er das Urteil für unrichtig halte, weil es sich z. B. nicht mit einer der Verpflichtung entgegenstehenden Vorschrift auseinandergesetzt hätte.<sup>302</sup> Dieser Ansatz erscheint zweifelhaft, zumal sich nach jüngerer Auffassung des BGH eine Behörde nicht ohne Weiteres dem Vorwurf der Fahrlässigkeit ausgesetzt sieht, wenn sie sich ihre Rechtsmeinung in vertretbarer Weise gebildet hat und einer gegen sie ergangenen (nicht rechtskräftigen) Entscheidung eines Verwaltungsgerichts nicht beugt.<sup>303</sup> Auch angesichts des dem Beamten zustehenden Remonstrationsrechts gem. § 36 Abs. 2 BeamStG braucht die Gehorsamspflicht nicht als gesonderte Amtspflicht identifiziert zu werden. Fälle, in denen der Beamte gegen die ihm nach näherer Maßgabe des § 35 BeamStG obliegenden Pflichten verstößt, lassen sich auch über die Amtspflicht zu rechtmäßigem Verhalten lösen.

---

<sup>301</sup> vgl. dazu Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 141

<sup>302</sup> BGH JZ 1962, 373

<sup>303</sup> BGH NJW 1994, 3158 = WM 1994, 1681 = BGHR BGB § 839 Abs. 1 S. 1 Verschulden 26; dazu auch: Schlick/Rinne, NVwZ 1997, 1171 (1173)

## 5. Kapitel: Die Drittbezogenheit von Amtspflichten

Es stellt keine tief greifende Erkenntnis dar, dass die Feststellung einer Amtspflichtverletzung und eines dadurch verursachten Schadens allein noch keinen Amtshaftungsanspruch auslöst. Ein Seitenblick auf § 839 Abs. 1 S. 1 BGB i. V. m. Art. 34 S. 1 GG deutet an, dass es sich bei der Amtshaftung um keine reine Kausal-, Rechts- und Pflichtwidrigkeitshaftung handelt, sondern zugleich ein Bezug zur Rechtssphäre des Bürgers hergestellt werden bzw. bestehen muss.<sup>304</sup> Dabei ist zu vergegenwärtigen, dass alle Amtspflichten zunächst (lediglich) im Interesse des Staates und der Allgemeinheit bestehen und sich nur ausnahmsweise dem Individualinteresse zuwenden.<sup>305</sup>

### A. Die ratio des Merkmals der Drittbezogenheit

Das Merkmal der Drittbezogenheit soll – neben ihrer haftungsbegründenden Wirkung – eine Haftungsbegrenzung gewährleisten.<sup>306</sup> Durch diese haftungsbegrenzende Funktion soll einer ausufernden Amtshaftung entgegengesteuert und zugleich sichergestellt werden, dass der verantwortliche Hoheitsträger und der geschädigte Bürger in „nahe“ Kontakt zueinander stehen und diese Konstellation die besondere (Amts-)Haftung rechtfertigt.<sup>307</sup> Anderen Personen, die nicht zum Kreis der „Dritten“ zählen, bleibt ein Ersatzanspruch auch dann versagt, wenn sich die Amtspflichtverletzung des Amtsträgers für sie nachteilig ausgewirkt hat.<sup>308</sup> Hintergrund dieser Haftungsbegrenzung ist der Umstand, dass der Amtshaftungsanspruch gem. § 839 Abs. 1 S. 1 BGB i. V. m. Art. 34 S. 1 GG als *lex specialis* zu §§ 823, 826 BGB nicht auf diejenigen Schäden beschränkt ist, die aufgrund der Verletzung bestimmter deliktisch geschützter Güter oder eines Schutzgesetzes entstanden sind; vielmehr umfasst der Amtshaftungsanspruch jeden Vermögensschaden<sup>309</sup>; dabei ist der Anspruch nur auf Geldersatz gerichtet. Die Naturalrestitution ist, sofern sie ein hoheitliches Handeln erfordern würde, wegen

<sup>304</sup> Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Bd. 2, § 67 Rdziff. 66; Bonk in: Sachs, GG, Art. 34 Rdziff. 70

<sup>305</sup> BGH NJW 2013, 604 (604); dies bleibt unerwähnt bei Förster, NJW 2013, 571 ff.

<sup>306</sup> Maurer, § 25 Rdziff. 19; Detterbeck/Windthorst/Sproll § 9 Rdziff. 96 (S. 131);

Ossenbühl/Cornils S. 60; Schoch, JURA 1988, 585 (590); Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Bd. 2, § 67 Rdziff. 66; Jochum S. 11; Roth S. 97; Wurm, JA 1992, 1 (1); Ladeur, DÖV 1994, 665 (666); de Witt/Burmeister, NVwZ 1992, 1039 (1039); Bonk in: Sachs, GG, Art. 34 Rdziff. 70; Blankenagel, DVBl 1981, 15 (17); Gotzen, VR 1993, 423 (423); Rohlfing, MDR 2002, 254 (254); so ausdrücklich BGH NJW 2013, 604 (604); BGHZ 129, 17 (19) = NJW 1995, 1828 (1829); OLG Saarbrücken, NJW-RR 2001, 813 (815)

<sup>307</sup> Ossenbühl/Cornils S. 61; OLG Saarbrücken, NJW-RR 2001, 813 (815)

<sup>308</sup> Jochum S. 11; Wurm, JA 1992, 1 (1); BGH NJW 1986, 2952 (2954) = MDR 1986, 649 (651) = VersR 1986, 289 (290)

<sup>309</sup> Meister S. 20

der Besonderheiten des Amtshaftungsrechts ausgeschlossen.<sup>310</sup> Die haftungsbegrenzende Funktion des Merkmals der Drittbezogenheit ist also auch vor dem Hintergrund zu sehen, dass der Gefahr uferloser Schadensersatzansprüche vorgebeugt werden soll. Überdies muss vergegenwärtigt werden, dass zwischen dem Amtsträger einerseits und dem Bürger andererseits kein Verhältnis besteht, welches von beiderseitigen subjektiven Rechten geprägt ist; vielmehr besteht ein Amtsverhältnis. Die gesetzlichen Bestimmungen erlegen dem Amtsträger Pflichten auf, denen nicht – im Gegensatz z. B. zu einem synallagmatischen Vertragsverhältnis zwischen zwei Privatpersonen – eine Berechtigung des Bürgers entspricht. „Partner“ dieser Amtspflichten sind der Gesetzgeber, der Vorgesetzte oder der Dienstherr. Derartige Amtspflichten können jedoch auch im Einzelfall den Interessenbereich eines Bürgers tangieren. Vor diesem Hintergrund ging der Gesetzgeber bei Schaffung des Amtshaftungsanspruchs davon aus, dass zwischen dem Beamten und dem „Dritten“ besondere rechtliche Beziehungen dergestalt bestehen müssen, dass der Dritte auf die Tätigkeit des Beamten angewiesen ist, dieser dafür im Gegenzug verpflichtet ist, auf die Lebens- und Rechtsverhältnisse des Dritten einzuwirken. Zu einer Amtshaftung bzw. unerlaubten Handlung kommt es dann dadurch, dass infolge eines Versehens des Beamten aus der berechtigten Einwirkung eine widerrechtliche Schädigung wird.<sup>311</sup>

Wiewohl dem Merkmal der Drittbezogenheit eine **haftungsbegrenzende** Funktion beigemessen wird, ist in der Rechtsprechung mitunter eine gegenläufige Tendenz im Sinne einer Erweiterung sowohl in Bezug auf die Person des Dritten als auch dessen sachlich geschützter Interessen festzustellen.<sup>312</sup> Exemplarisch für die Ausdehnung des Begriffs des „Dritten“ sei an dieser Stelle die Rechtsprechung des BGH in der (hier sog.) Gutachterausschuss-Entscheidung erwähnt. Das Gericht entschied, dass die Amtspflichten, die der im Rahmen eines sanierungsrechtlichen Genehmigungsverfahrens nach §§ 144, 145 BauGB von der Genehmigungsbehörde intern mit der Wertermittlung beauftragte Gutachterausschuss wahrzunehmen hat, auch zugunsten des Antragstellers des Genehmigungsverfahrens als eines geschützten „Dritten“ bestehen könnten.<sup>313</sup> Mit diesem Ansatz modifizierte der III. Senat des BGH seine frühere Rechtsprechung in der Gewerbe-

---

<sup>310</sup> Tremml/Karger/Luber Rdziff. 49, 256, 258; BGHZ 34, 99 (105); OLG Frankfurt, Beschl. v. 30.11.2011 - 1 W 54/11, juris Rdziff. 12

<sup>311</sup> Motive zum BGB II S. 819 ff., Protokolle II S. 659 ff.; Meister S. 21

<sup>312</sup> Detterbeck/Windthorst/Sproll, § 9 Rdziff. 96; Blankenagel, DVBl 1981, 15 (17); Schoch, JURA 1988, 585 (590); Ossenbühl/Cornils S. 61; Maurer, § 25 Rdziff. 20; Dagtoglou in: Bonner Kommentar zum GG, Art. 34 Rdziff. 158; de Witt/Burmeister, NVwZ 1992, 1039 (1040); Engelhardt, NVwZ 1985, 621 (624)

<sup>313</sup> BGH BB 2001, 590 (590) = WM 2001, 872 (872) = BGH-Report 2001, 231 (231); vgl. dazu auch die Handwerkskammer-Entscheidung BGH MDR 2001, 749 = DVBl 2001, 811, wonach ein Kaufinteressent, gegenüber dem bei den Kaufverhandlungen das von der Handwerkskammer erstellte Gutachten verwendet wird, geschützter Dritter i. S. d. § 839 BGB ist; s. dazu vertiefend S. 148 ff., 168 ff. sowie Rohlfing, MDR 2002, 254 ff.

aufsichtsamt-Entscheidung. Dort hatte er noch entschieden, dass die dem zur Prüfung immissionsschutzrechtlicher Belange im Baugenehmigungsverfahren berufenen (staatlichen) Gewerbeaufsichtsamt obliegenden Amtspflichten nicht auch gegenüber den Beteiligten des Baugenehmigungsverfahrens als „Dritten“ bestünden.<sup>314</sup> Letztlich stellt das Tatbestandsmerkmal der Drittbezogenheit einen Gradmesser des Haftungsrisikos dar. Denn die Festsetzung des jeweiligen drittbezogenen Schutzbereichs einer Amtspflicht ist gleichbedeutend mit der generellen Zuweisung des Haftungsrisikos.<sup>315</sup> Je nachdem, wie die Drittbezogenheit einer Amtspflicht definiert wird, werden damit auch zugleich abschließend diejenigen Gebote festgelegt, deren Verletzung überhaupt und ausschließlich eine Haftpflicht begründet. Die Bestimmung der Drittbezogenheit bedeutet damit eine Weichenstellung für die Verteilung des wirtschaftlichen Risikos von amtswalterischen Fehlleistungen, indem zwischen einerseits individuellem Lebensrisiko und andererseits gesellschaftlicher Verantwortung eine Entscheidung getroffen wird.<sup>316</sup>

Die Darstellung der einzelnen Amtspflichten<sup>317</sup> sowie die daraus resultierende Drittbezogenheit<sup>318</sup> zeigen auch die sich wandelnden gesellschaftlichen Vorstellungen und deren Umsetzung durch die Rechtsprechung. Im Zuge der Rechtsprechung hat die Drittbezogenheit der Amtspflicht als ursprünglich vorgesehene Schranke der Amtshaftung an Bedeutung stark eingebüßt. Die Rechtsprechung tendiert – analysiert man den Entwicklungsverlauf von den einschlägigen Entscheidungen des RG bis hin zu den jüngsten Entscheidungen des BGH – bei konsequenter Durchführung ihrer Grundsätze dazu, die a priori verstandene Voraussetzung der einem Dritten gegenüber obliegenden Amtspflicht zu einem a posteriori zu beurteilenden Moment der Schwere des Eingriffs oder seiner Unterlassung zu qualifizieren.<sup>319</sup> Deutlich wird dies auch in Bezug auf die Rechtsprechung zu der Verpflichtung der Polizei zur Verhütung strafbarer Handlungen. Insoweit geht der BGH davon aus, dass die Rechtsgüter, deren Behütung diese Polizeipflicht betrifft, zu den elementarsten gehören und bejaht deshalb die Verantwortung der Polizei jedem Dritten gegenüber, dessen Belange durch die Verletzung dieser Pflicht gefährdet werden.<sup>320</sup> Derartige Überlegungen führen aber zwangsläufig zu einer indirekten, in die Voraussetzung der Drittbezogenheit eingezwängten Anerkennung einer allgemeinen Sorgfaltspflicht als Haftungsgrundlage bzw. zu einer extensiven Auslegung des Tatbestandsmerkmals der Drittbezogenheit zu einer „den-es-angeht“-Klausel.<sup>321</sup>

---

<sup>314</sup> BGH NJW-RR 1991, 707 (707) = WM 1990, 2013 (2013) = NVwZ 1991, 707 (707)

<sup>315</sup> Jochum S. 11

<sup>316</sup> Ossenbühl, Neuere Entwicklungen, S. 6; Jochum S. 12

<sup>317</sup> s. o. S. 93 ff.

<sup>318</sup> s. o. S. 110 ff.

<sup>319</sup> Dagtoglou in: Bonner Kommentar zum GG, Art. 34 Rdziff. 172; vgl. dazu auch u. S. 134 ff.

<sup>320</sup> vgl. zu den einzelnen Pflichten/Aufgaben der Polizei: Palandt/Sprau, BGB, § 839 Rdziff. 131

<sup>321</sup> Dagtoglou in: Bonner Kommentar zum GG, Art. 34 Rdziff. 172

Die ursprünglich vom Gesetzgeber vorgesehene Schranke der Drittbezogenheit hat damit ihre Bedeutung verloren und ist durch die wirtschaftliche Entwicklung vorgegeben. Während das Tatbestandsmerkmal der Drittbezogenheit aus der Zeit einer vom wirtschaftspolitischen Liberalismus durchdrungenen Kodifikation stammt und sich der Staat damit auf die Rolle des Hüters von Sicherheit und Ordnung zu beschränken hatte, blieben drittbezogene Amtspflichten in einem derartigen Staatswesen die Ausnahme. Heute jedoch ist der Einzelne auf staatliche Leistungen angewiesen. Dann jedoch kann eine willkürliche Totalabhängigkeit des Bürgers vom Staat nur dadurch vermieden werden, wenn möglichst viele der staatlichen Befugnisse auf die Interessen des Einzelnen rechtlich bezogen und dadurch z. B. Verfassungsbeschwerde, verwaltungsgerichtliche Klagen und auch Schadenersatzansprüche austariert werden. Mit dem veränderten Verhältnis von Staat und Bürger geht aber auch dann die Veränderung des Wirkungsbereichs des Tatbestandsmerkmals der Drittbezogenheit einher. Zwar wohnt der Drittbezogenheit nach wie vor eine haftungsbegrenzende Funktion inne; diese Wirkungsweise ist indessen vor dem Hintergrund des heutigen Wirtschaftssystems zu sehen. Die Tendenz der Rechtsprechung, den Kreis des Dritten auszudehnen, dürfte letztlich wohl seine Rechtfertigung in dem Umstand haben, dass einerseits der Bürger von der „Rechtmäßigkeit der Verwaltung“ ausgehen und darauf vertrauen darf, dass die Behörden das ihnen Obliegende richtig und sachgemäß tun<sup>322</sup> und andererseits das Interesse des Betroffenen besonders schutzwürdig sein kann. Denn insbesondere bei bestimmten Ausgangssituationen wäre die Versagung von Schadenersatzansprüchen evtl. evident ungerecht und nicht hinnehmbar. Dies hat der seinerzeitige Vorsitzende des III. Zivilsenats des BGH wie folgt formuliert:

*„Das Rechts- und Sozialstaatsprinzip verpflichtet die Rechtsprechung, Konflikte zwischen Staat und Bürger im Rahmen der geltenden Gesetze sachgerecht zu lösen. Sie darf sich dieser Aufgabe nicht dadurch entziehen, dass sie ganzen Sachbereichen oder Fallgruppen unter Berufung auf rechtsdogmatische Gründe an sich mögliche sachgerechte Konfliktlösungen mit angemessener Verteilung der fallgruppenspezifischen Risiken verweigert.“<sup>323</sup>*

bzw.:

*„Eine Rechtsordnung, die einem als schutzwürdig anerkannten Interesse allein aus dogmatischen Gründen die Durchsetzbarkeit schlechthin versagt, stellt sich selbst in Frage.“<sup>324</sup>*

Ob und inwieweit insbesondere die letztgenannte Feststellung mit der hier zu erörternden einschlägigen Rechtsprechung in Einklang zu bringen ist, wird noch zu erörtern sein.

---

<sup>322</sup> Rinne, FS Boujong, S. 633 (639) unter Hinweis auf BGH WM 1994, 1816 (1819); vgl. auch die Nachweise auf S. 248 FN 839, 840

<sup>323</sup> Rinne, FS Boujong, S. 633 (639)

<sup>324</sup> Rinne, FS Boujong, S. 633 (639)

Dem Merkmal der Drittbezogenheit ist noch ein anderer Zweckgedanke zugrunde zu legen. Dieses haftungsbegrenzende Merkmal beschränkt die Haftpflicht des Staates nur auf die Schadensfolgen aus solchen Pflichtverletzungen, gegen die die haftungsbegründende Norm Schutz gewährt, weil sie auch Interessen Dritter zu dienen bestimmt ist. Damit ist ein Zurechnungszusammenhang zwischen verletzter Norm einerseits und der Schadensfolge andererseits notwendig, wobei ein bloßer Rechtsreflex nicht ausreicht.<sup>325</sup> Wegen dieses Ansatzes besteht eine Parallele zum Primärrechtsschutz, so dass zu Recht die Ansicht vertreten wird, die Drittbezogenheit diene der Harmonisierung von Primär- und Sekundärrechtsschutz.<sup>326</sup>

Art. 19 Abs. 4 GG gewährleistet den Rechtsweg nur, soweit jemand in seinen Rechten verletzt ist. Für die Klagebefugnis gem. § 42 Abs. 2 VwGO reicht die objektive Rechtswidrigkeit einer Maßnahme nicht aus, die Verletzung in subjektiven Rechten muss als möglich erscheinen.<sup>327</sup> Die Anfechtungsklage ist nur begründet, wenn der Verwaltungsakt objektiv rechtswidrig und der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt ist, § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO.

Durch die vom BGH verwendete Drittbezogenheitsformel wird mithin die Parallelität zwischen dem primären Rechtsschutz (Rechtmäßigkeitskontrolle) und dem sekundären Rechtsschutz (Schadensersatz durch Amtshaftung) hergestellt.<sup>328</sup>

## B. Allgemeine Anforderungen an die Drittbezogenheit

Die allgemeinen Anforderungen an die Drittbezogenheit seien nach Ansicht von Papier seit langem geklärt, was sich in den gleichbleibenden und gleichlautenden Formulierungen der Judikatur manifestierte.<sup>329</sup> Unabhängig von der Frage, ob die von Papier getroffene Aussage in Bezug auf den Rückschluss von den Formulierungen der Judikatur auf die dadurch bedingte „Klärung“ der allgemeinen Anforderungen an die Drittbezogenheit zutreffend ist, soll in den nachstehenden Ausführungen der Frage nachgegangen werden, welche Entwicklungen in der Rechtsprechung in Bezug auf die Drittbezogenheit stattgefunden haben. Nur dann werden sich die allgemeinen Anforderungen an die Drittbezogenheit freilegen lassen; und erst dann werden ggf. Rückschlüsse auf die dogmatischen Hintergründe möglich.

<sup>325</sup> RGRK-Kreft, BGB, § 839 Rdziff. 246; Papier in: MünchKomm, BGB, § 839 Rdziff. 167 ff.; Bonk in: Sachs, GG, Art. 34 Rdziff. 73; BGHZ 65, 196 (202); OLG Dresden, VIZ 2001, 489 (492) ist der Auffassung, die Amtspflicht des ARoV gem. § 34 Abs. 2 VermG entfalte keinen Drittschutz, ein unterlassenes Verwaltungshandeln wirkte dann als bloßer Rechtsreflex zugunsten des Inhabers eines schuldrechtlichen Eigentumsverschaffungsanspruchs.

<sup>326</sup> Bonk in: Sachs, GG, Art. 34 Rdziff. 70; zum Vorrang des Primärrechtsschutzes auch: Lässig, NVwZ 2002, 304 (304); Axer, DVBl. 2001, 1322 (1326)

<sup>327</sup> BVerwGE 95, 333 (335); 82, 246 (249); 75, 147 (154); 44, 1 (3); Kuhla/Hüttenbrink D 56 (S. 103); Eyermann/Happ, VwGO, § 42 Rdziff. 120

<sup>328</sup> Zu dem Aspekt Primär- und Sekundärrechtsschutz im Amtshaftungsrecht vgl. Rohlffing S. 193 ff.

<sup>329</sup> Papier in: MünchKomm, BGB, § 839 Rdziff. 227 a. E.



*I. Die Entwicklung der „Drittbezogenheit“ in der Rechtsprechung des Reichsgerichts*

In einer der früheren Entscheidungen hatte sich das RG mit der Frage zu befassen, ob und inwieweit die Pflichten eines Beamten bei der Testamenterrichtung drittbezogen seien. Nach Auffassung des RG komme es darauf an, ob einem Beamten, der verpflichtet sei, alle Sorgfalt aufzuwenden, damit bei den vor ihm zu errichtenden Testamenten die gesetzlich erforderliche Form beobachtet werde, diese Pflicht nicht bloß dem Testator gegenüber obliege, sondern auch denjenigen gegenüber, die der Testator letztwillig bedenken wolle. Unter Hinweis auf die Literatur bejahte das RG diese Frage, indem es davon ausging, dass die Pflicht, bei einem Geschäft alle Sorgfalt anzuwenden, einem Beamten nicht bloß demjenigen gegenüber obliege, auf dessen Antrag er das Geschäft vornehme, sondern all denjenigen gegenüber, deren Interessen nach der besonderen eigenen Natur dieses Geschäftes (nicht etwa nur infolge hinzutretender äußerlicher Umstände) durch dasselbe berührt würden; zu diesen Interessenten gehörten eben bei einer letztwilligen Verfügung deren Wesen gemäß allemal auch die in derselben Verfügung bedachten Personen.<sup>330</sup>

Recht frühzeitig nahm das RG auch zu der Frage der sachlichen Zuständigkeit und der daraus resultierenden Drittbezogenheit Stellung. Zur Entscheidung stand die Frage, ob ein westfälischer Gemeindevorsteher zur Ausstellung von Beglaubigungen, d. h. von Beurkundungen zu öffentlichem Glauben, zuständig sei. Das Gericht verneinte diese Frage und führte aus, dass auch diese Pflicht eine Amtspflicht sei, die ihm nicht nur dem Gemeinwesen, sondern jedem gegenüber obliege, der von den Folgen der Amtsüberschreitung betroffen sein könne. Zwar hinderten die gesetzlichen Bestimmungen, welche bestimmten Behörden oder Beamten die Befugnis zur Ausstellung öffentlicher Beglaubigungen beilegen, nicht, dass auch andere Beamte gleich jeder Privatperson durch eine schriftliche Erklärung die Echtheit einer Unterschrift bezeugen. Die Beamten könnten sich dabei auch zur Kennzeichnung ihrer Person ihres Amtstitels bedienen. Unzulässig sei es aber, dass sie eine solche Erklärung in einer Form abgeben würden, die den Anschein einer öffentlichen Urkunde erwecke. Eine solche in der Form einer amtlichen Beurkundung ausgestellte Beglaubigung sei geeignet, das Publikum, insbesondere die Beteiligten, irrezuführen, sie zu veranlassen, ihr das Vertrauen einer öffentlichen Urkunden entgegenzubringen, worauf sie keinen Anspruch habe und so die Sicherheit des Geschäftsverkehrs ernstlich zu gefährden. Dadurch, dass der Beamte nicht als Privatperson, sondern als Amtsinhaber aufgetreten sei und eine amtliche Beurkundung vorgenommen habe, habe er seine Amtsbefugnisse überschritten und damit objektiv eine Amtspflicht verletzt, die ihn auch gegenüber dem Kläger oblag, als derjenigen Person, für welche die beglaubigte Bürgschaftserklärung bestimmt gewesen sei und der sie auch übergeben worden sei.<sup>331</sup>

---

<sup>330</sup> RGZ 58, 296 (299) = JW 1904, 450 (450)

<sup>331</sup> RGZ 71, 60 (62)

Im Rahmen der Tätigkeit eines Grundbuchrichters führte das RG aus, dass Beteiligter i. S. d. § 12 (a. F.) GBO derjenige Dritte sei, dem gegenüber i. S. d. § 839 BGB dem Grundbuchrichter die verletzte Amtspflicht obliege; die Frage, wem gegenüber dem Beamten eine Amtspflicht obliege, lasse sich nur im Hinblick auf die besondere Art der dem Beamten zur Pflicht gemachten Tätigkeit unter Berücksichtigung des Zweckes und der Interessen, denen sie dienen sollten, beantworten. Dies seien bei den Beteiligten i. S. d. § 12 (a. F.) GBO all diejenigen Personen, in deren Rechtskreis durch die Pflichtverletzung des Grundbuchbeamten unmittelbar eingegriffen werde. Dies bräuchten nicht stets diejenigen Personen zu sein, denen auch das Recht zur Beschwerde gegen die pflichtwidrige Handlung zustehen würde. Denn einerseits sei das Recht zur Beschwerde in Grundbuchsachen Beschränkungen unterworfen; andererseits seien auch Fälle denkbar, in denen jemand erst durch die eingetretene Verletzung seiner Rechte zum Beteiligten werde. Damit sei der Personenkreis vorläufig ein ganz unbegrenzter, weil jeder in die Lage kommen könne, sich auf die richtige Handhabung der Grundbucheinrichtungen verlassen zu müssen und somit jeder durch eine Täuschung in diesem Vertrauen Schaden erleiden könne. Erleide jemand in dieser Weise Schaden, dann sei er dadurch aus der unbegrenzten Zahl der in diesem Sinne möglichen Beteiligten herausgehoben. Ihn habe die Verletzung der dem Grundbuchbeamten der Allgemeinheit gegenüber obliegenden Amtspflicht durch den Eingriff in seinen Rechtskreis geschädigt.<sup>332</sup>

Auf eben die vorgenannte Rechtsprechung griff das RG in einer weiteren Entscheidung zurück, in der es um die Beurkundungstätigkeit eines Notars ging. Nach Auffassung des Gerichts sollten die dem Notar auferlegten Pflichten, wie die gesamte Tätigkeit des Notars auf dem Gebiete des Beurkundungswesens, der Sicherheit des rechtsgeschäftlichen Verkehrs dienen. Die Amtspflicht, die erforderliche Sorgfalt auf die Erfüllung dieser Tätigkeit zu verwenden, liege daher dem Notar nicht nur gegenüber dem ob, auf dessen Antrag er tätig geworden sei oder werden solle, bei Beurkundung eines Vertrages auch nicht lediglich gegenüber den Vertragsparteien, sondern gegenüber all denen, die in Betreff der Gestaltung ihrer Rechtsverhältnisse auf jenem Gebiete auf die pflichtmäßige Ausübung der Tätigkeit des Notars angewiesen seien. Zu diesen Personen gehörten nicht nur diejenigen, welche durch den zu beurkundenden Vertrag Rechte erwerben sollen, sondern weiter auch zunächst diejenigen, welche im Vertrauen auf die Ordnungsmäßigkeit der Beurkundung die durch den Vertrag (vermeintlich) begründeten Rechte von einer der Vertragsparteien erworben hätten. Die Sicherheit des Verkehrs, der die notarielle Beurkundung eines Rechtsgeschäfts dienen solle, beschränke sich nicht auf die an dem Rechtsgeschäft unmittelbar Beteiligten. Der öffentliche Glaube, den die notarielle Beurkundung genieße, berechtere vielmehr seiner Natur nach jeden, auf die Zuverlässigkeit der Beurkundung zu vertrauen. Daher könne

---

<sup>332</sup> RGZ 72, 324 (329)

der Kreis der Personen, denen gegenüber dem Notar die Pflicht zur sorgfältigen Beurkundung obliege, auch nicht auf die Personen beschränkt werden, welche die für eine der Vertragsparteien durch den beurkundeten Vertrag erworbenen Rechte von dieser Vertragspartei ihrerseits erworben hätten. Er sei vielmehr dahin zu erweitern, dass er überhaupt alle diejenigen Personen umfasse, welche im Vertrauen auf die Rechtsgültigkeit der Beurkundung und auf die durch das beurkundete Rechtsgeschäft geschaffene Rechtslage in Beziehung auf diese Rechtslage im Rechtsverkehr tätig würden. Hierher gehöre z.B. auch, wer im Vertrauen darauf, dass die eine der Vertragsparteien durch den beurkundeten Vertrag ein Recht erworben habe, gegen Verpfändung dieses Rechts der Vertragspartei ein Darlehen gewähre und ebenso, wer sich an einer Gesellschaft beteilige, die von einer der Vertragsparteien das für diese durch den beurkundeten Vertrag begründete Recht erworben habe. Erleide einer in dieser Weise dem Rechtsverkehr tätig gewordenen Person durch eine Täuschung in jenem Vertrauen unmittelbar einen Schaden, so seien die Voraussetzungen des § 839 Abs. 1 BGB gegeben. Es sei also nicht erforderlich, dass der Geschädigte Rechte oder Pflichten aus dem beurkundeten Geschäft selbst unmittelbar erworben habe.<sup>333</sup>

Mit Seitenblick auf das Strafprozessrecht führte das RG aus, dass die Beachtung der vom Gesetz für die Anordnung der Beschlagnahme gegebenen Schranken eine dem Beamten auch Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht darstelle. Der Beamte werde gem. § 839 BGB durch eine schuldhaft Verletzung dieser Amtspflicht dem Dritten gegenüber schadensersatzpflichtig.<sup>334</sup>

Wiederum im Hinblick auf die Beurkundungstätigkeit des Notars führte das RG unter Bezugnahme auf seine früheren diesbezüglich einschlägigen Entscheidungen aus, dass der Kreis derer, denen gegenüber dem Notar eine Amtspflicht obliege, all diejenigen Personen umfasse, die im Vertrauen auf die Rechtsgültigkeit der Beurkundung des Notars und auf die durch das beurkundete Rechtsgeschäft geschaffene Rechtslage tätig würden. Zwar treffe dies in jenem Fall nicht zu, denn der Kläger habe von der Beglaubigung nichts gewusst und sei auch nicht im Vertrauen auf die Richtigkeit dieser Beurkundung tätig geworden. Allein jene Umschreibung des Kreises derer, die ein Recht auf die Amtspflicht hätten, sei dem Gedanken entsprungen, dass es allein darauf ankomme, welche Interessen durch das Amtsgeschäft des Notars berührt würden. Berührt würden aber dadurch die Interessen eines jeden, in dessen Rechtskreis infolge der unrichtigen Ausführung des Amtsgeschäfts oder durch sie eingegriffen würde. Die Möglichkeit eines solchen Eingriffs bestehe bei einer unbestimmten, unbegrenzten Zahl von Personen; ihnen allen gegenüber sei die Amtspflicht des Notars begründet, deren Verletzung für den Geschädigten den Ersatzanspruch bestehen lasse.<sup>335</sup>

---

<sup>333</sup> RGZ 78, 241 (246)

<sup>334</sup> RG, Recht 1912, Nr. 1177

<sup>335</sup> RGZ 86, 102 (105); RGZ 72, 324 (329); RGZ 66, 107 (110)

Wenig später präzisierte das RG seine bisherige Rechtsprechung dahingehend, dass unter den „Dritten“ i. S. d. § 839 BGB nicht nur die nächsten Beteiligten, deren Erklärungen in Frage stünden, sondern auch diejenigen Personen zu verstehen seien, die von eben diesen Erklärungen betroffen seien.<sup>336</sup>

In Bezug auf die Schweigeverpflichtung der Polizei nach Maßgabe des § 383 Abs. 1 Ziff. 5, Abs. 2 ZPO führte das RG aus, dass diese Schweigepflicht gegenüber Dritten bestehe. Der Kläger sei als Mitglied eines betroffenen Verbandes als ein solcher Dritter des von der polizeilichen Maßnahmen Betroffenen anzusehen.<sup>337</sup> Wenig später konkretisierte das RG diese Verpflichtung dahingehend, dass sich eine Veröffentlichung auch nicht etwa durch die Wahrnehmung eines öffentlichen Interesses an der Warnung vor dem klägerischen Geschäft rechtfertige. Die Beamten hätten die Schweigepflicht nicht bloß im Interesse des inneren Dienstes auszuüben, sondern sie liege ihnen auch denen gegenüber ob, die, wie der Kläger, ein Interesse an ihrer Erfüllung hätten und denen durch ihre Verletzung Schaden zugefügt werden könnte. Sofern den Polizeibeamten die behauptete Amtspflichtverletzung zur Last falle, sei sie auch in Ausübung der ihnen anvertrauten öffentlichen Gewalt geschehen. In den Kreis des amtlichen Verhaltens der Polizeibeamten gehöre nicht bloß der körperliche Vorgang der Beschlagnahme, sondern auch das Schweigen über die aus Anlass der Beschlagnahme ihnen kundgewordenen Vorgänge.<sup>338</sup>

Wiederum in Bezug auf die Verpflichtung von Gemeindevorstehern bei Aufnahme von Testamenten führte das Gericht aus, dass bei Befolgung gesetzlicher Formvorschriften die gehörige Sorgfalt anzuwenden sei. Dies sei eine Amtspflicht, die dem Gemeindevorsteher nicht nur gegenüber dem Erblasser, sondern auch dem in dem Testament vom Erblasser Bedachten gegenüber bestehe.<sup>339</sup>

Unter Berufung auf RGZ 71, 60 führte das Gericht in einer weiteren Entscheidung aus, dass es zu der einem Beamten Dritten gegenüber obliegenden Amtspflicht gehöre, seine Zuständigkeit nicht zu überschreiten. Diese Amtspflicht obliege ihm gegenüber jedem, der von den Folgen der Amtsüberschreitung betroffen werden könne. Was von dem Beamten hinsichtlich der Überschreitung seiner Amtsbefugnis gelte, müsse für alle Personen des Soldatenstandes hinsichtlich der Überschreitung der Dienstbefugnisse gelten.<sup>340</sup>

Im Hinblick auf eines von einer Behörde ausgesprochenen Verbotes führte das RG aus, dass die Amtspflicht, die gesetzlichen Voraussetzungen eines derartigen Verbots zu prüfen, eine solche sei, welche der Behörde den von dem Verbot

---

<sup>336</sup> RG, Warneyer 1915 Nr. 140

<sup>337</sup> RGZ 87, 419 (420) = JW 1916, 436

<sup>338</sup> RGZ 88, 171 (172)

<sup>339</sup> RG JW 1917, 219 (220)

<sup>340</sup> RGZ 99, 285 (287)

Betroffenen gegenüber obliege. Dafür spreche entscheidend, wenn den vom Verbot betroffenen Personen ein Beschwerderecht eingeräumt sei.<sup>341</sup>

Wiederum im Zusammenhang mit strafprozessualen Maßnahmen erklärte das RG, dass es einem Staatsanwalt, der über den Antrag auf Herausgabe eines beschlagnahmten Fahrrades zu befinden hatte, demjenigen gegenüber, bei dem er es beschlagnahmt habe, die amtliche Verpflichtung obliege, dafür Sorge zu tragen, dass diesem der beschlagnahmte Gegenstand, sobald dessen Zurückhaltung überflüssig geworden sei, ausgehändigt werden könne. Diese Pflicht bringe es mit sich, dass der Staatsanwalt Zeugen über die Sachlage höre. Denn nur so könne er den Eigentümer ermitteln und dessen Interessen mit Erfolg wahrnehmen. Die Unterlassung dieser Zeugenvernehmung trage daher eine fahrlässige Amtspflichtverletzung des Beamten in sich.<sup>342</sup>

Eine klare Absage erteilte das RG der Drittbezogenheit in einer Entscheidung, in der um Schadensersatz im Hinblick auf die Ausgabe ungedeckter Banknoten durch die Reichsbank gestritten wurde. Das Gericht hatte auch dabei Anlass, grundsätzliche Darlegungen zur Drittbezogenheit vorzunehmen und führte aus, dass eine Schadenshaftung des Staates nur bei einem Verstoß gegen amtliche Pflichten eintrete, deren Erfüllung, wenn nicht allein, so doch zumindest auch dem Schutze einzelner Dritter dienen solle. Die Haftung falle hingegen fort, wenn es sich um eine Verletzung von Pflichten handle, die den Beamten lediglich im Interesse des Staates und der Allgemeinheit auferlegt seien. Die Amtshandlungen des Reichskanzlers und der Reichsminister, insbesondere die ihnen zur Last gelegten Anordnungen (Anweisung an die Reichsbank zur Erhöhung des Notenumlaufs) seien innerdienstlicher Natur gewesen. Selbst wenn man dies einmal außer Acht lasse, richteten sie sich aber nicht an oder gegen einzelne Personen, sondern an die Allgemeinheit und berührten unmittelbar nur deren Interessen. Diese Anordnungen bezweckten, bei der wachsenden Teuerung und der damaligen Knappheit an Zahlungsmitteln, dem Reich und dem Publikum solche Zahlungsmittel zur Verfügung zu stellen, um dadurch den Staat und den Verkehr möglichst vor finanziellen Erschütterungen zu bewahren und Ruhe und Ordnung im Inneren aufrecht zu erhalten. Das RG trat insoweit dem Berufungsgericht bei und führte aus, dass den Leitern der Finanzpolitik in der Nachkriegszeit die Amtspflicht obliegen habe, bei ihren Währungsmaßnahmen lediglich das Wohl des Reichs und der Allgemeinheit im Auge zu behalten und ggf. die Interessen einzelner Staatsbürger dahinter zurücktreten zu lassen. Es sei ein allgemein anerkannter Grundsatz des deutschen Staatsrechts, dass die Interessen der Allgemeinheit den Interessen der Einzelnen vorzugehen hätten und dass die Staatsangehörigen, insbesondere in Zeiten der Not, dem Staat wohl auch Opfer zu bringen verpflichtet seien. Hätten der Reichskanzler und die Minister in der Wahl der Mittel fehlgegriffen, so hätten

---

<sup>341</sup> RGZ 107, 118 (119) = DJZ 1924, 232

<sup>342</sup> RG JR 1925, Nr. 1520 unter Hinweis auf RGZ 108, 210

sie ihre Amtspflicht zwar dem Reich gegenüber, jedoch nicht Dritten und daher auch nicht dem Kläger gegenüber verletzt.<sup>343</sup>

Im Rahmen der Aufsichtspflicht eines Lehrers während eines Handballspiels, bei dem ein Ball die Windschutzscheibe eines Pkw zerstörte, führte das RG aus, dass jeder Amtsausübung die Pflicht innewohne, dafür Sorge zu tragen, dass Dritte, die von der Amtstätigkeit nicht berührt werden sollen, auch nicht durch sie beeinträchtigt würden. Dem Lehrer oblag amtlich die Spielleitung, sodass es als seine Amtspflicht anzusehen gewesen sei, dafür Sorge zu tragen, dass denjenigen dritten Personen, die – wie er vorauszusehen hatte – unfreiwillig als Straßenpassanten in den Bereich der Wirkungen des Spiels geraten könnten, nicht getroffen oder beschädigt würden. Diesen Personen gegenüber liege ihm die vorbezeichnete Amtspflicht ob.<sup>344</sup>

Die durch eine Polizeibehörde veranlasste Stilllegung einer Baustelle veranlasste das RG zu erneuten grundsätzlichen Ausführungen. Fehle es der Polizeibehörde an der örtlichen Zuständigkeit für eine polizeiliche Anordnung, dann habe sie auch nicht mit einer Verwaltungsmaßregel, die sich in die gleiche Richtung wie eine solche polizeiliche Anordnung bewegte, in die Angelegenheit eingreifen dürfen. Sie habe damit die ihren Machtbefugnissen gezogenen Schranken überschritten und dadurch eine ihr gegenüber der Klägerin obliegende Amtspflicht verletzt.<sup>345</sup>

Das RG hatte sich auch mit der Frage zu befassen, ob die gegen eine Ehefrau gerichtete unerlaubte Handlung eines Beamten zugleich Ansprüche des Ehemanns gegen den Staat bzw. das Reich auslösen könnten. Nach Auffassung des Gerichts würde sich aus den §§ 844, 845 BGB eindeutig ergeben, dass eine gegen eine Ehefrau begangene unerlaubte Handlung nicht zugleich eine solche gegen den Ehemann darstelle. Nur in den in diesen beiden Vorschriften bezeichneten Fällen und in dem dort näher begrenzten Umfang könne der Ehemann Schadensersatzansprüche aufgrund einer gegen seine Ehefrau verübten unerlaubten Handlung erheben. Im weiteren Umfang stünde sie ihm als nur mittelbar Verletzten nicht zu. Die §§ 844, 845 BGB würden auch für den Fall des § 839 BGB gelten. Das Gesetz habe mithin Vorsorge getroffen für den Fall, dass ein Beamter eine Amtspflicht verletzte, die ihm nur einer Ehefrau gegenüber, nicht zugleich auch ihrem Ehemann gegenüber obliege. Nach den Regeln des BGB über unerlaubte Handlungen müsse also eine Amtspflichtverletzung gegenüber der Ehefrau nicht schon ohne Weiteres auch eine solche gegen den Ehemann enthalten. Zwar sei dies grundsätzlich möglich, ob dies allerdings der Fall sei, bestimme sich nach dem Inhalt der Amtspflicht, insbesondere nach dem mit ihr verfolgten Zweck.<sup>346</sup>

---

<sup>343</sup> RGZ 118, 325 (327, 328) = JW 1928, 102 (103)

<sup>344</sup> RGZ 125, 85 (86) unter Hinweis auf RGZ 91, 347 (348 f.)

<sup>345</sup> RG, Seuffert Archiv 84 Nr. 62

<sup>346</sup> RGZ 126, 253 (255/6) = JW 1930, 1582 (1583)

Im Hinblick auf eine aufgrund fehlender vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung fehlerhaft erteilte Prokura entspann sich durch einen deswegen fehlerhaft erteilten Wechsel ein Schadensersatzprozess gegen den Staat; in der reichsgerichtlichen einschlägigen Entscheidung führte das Gericht aus, dass dem Rechtspfleger auch dem Kläger gegenüber die amtliche Pflicht obliegen habe, nach Anmeldung der Prokuraerteilung, deren Gesetzmäßigkeit, Wirksamkeit und Eintragungsfähigkeit zu prüfen und bei berechtigten Bedenken den Eintragungsantrag abzulehnen. Denn der Rechtspfleger habe darüber zu wachen, dass Erklärungen von Firmeninhabern, die den gesetzlichen Erfordernissen nicht entsprechen würden oder aus sonstigen Gründen unwirksam seien und der tatsächlichen Rechtslage widerstreiten, keine Aufnahme in das Handelsregister und mit amtlicher Hilfe öffentliche Verbreitung fänden.<sup>347</sup>

Im Hinblick auf die Frage, ob der durch eine amtspflichtwidrige Handlung Verletzte bereits Verfahrensbeteiligter gewesen sein müsse, um ihm gegenüber eine Schadensersatzverpflichtung auszulösen, positionierte sich das RG dahin, dass es für den Tatbestand des § 839 BGB nicht darauf ankomme, ob bereits ein festes Recht bestanden habe, welches verletzt worden sei; es sei lediglich maßgeblich, dass der Beamte eine Amtspflicht verletzt habe, die in den verfahrensrechtlich gesicherten Kreis der Rechte und Interessen der Dritten eingreife. Diese Personen seien i. S. d. § 839 BGB auch dann geschützt, wenn die Amtspflichtverletzung begangen worden sei, bevor sie sich an dem Verfahren beteiligten hätten.<sup>348</sup>

Kurze Zeit darauf hatte sich das RG mit der Frage zu befassen, welchen Personen gegenüber der Prozessrichter seine Amtspflicht verletze, wenn er bei der Beurkundung eines Prozessvergleichs für eine Partei einen Vertreter ohne gehörige Prüfung der vorgezeigten Vollmacht zulasse und über deren Inhalt falsche Angaben in das Protokoll aufnehme. Zunächst führte das RG aus, dass es sich bei dem Prozessvergleich bzw. dem dementsprechenden Protokoll um eine Urkunde handle und dieser so protokollierte Vergleich ein Vollstreckungstitel sei. Wenn aber in dieser Weise vor dem Prozessrichter durch öffentliche Urkunde Rechte begründet würden, dann müsse er sich bewusst sein, dass derartige Urkunden nicht nur Bedeutung für die unmittelbaren Prozessparteien hätten, sondern von diesen auch vielfach zur Übertragung oder Verpfändung der darin begründeten Rechte benutzt werden. Dritte, denen gegenüber dem Prozessrichter eine Amtspflicht obliege, seien in einem solchen Fall nicht nur die Prozessparteien einschließlich der im Sinne des 2. Abschnitts des 1. Buchs der ZPO am Rechtsstreite beteiligten Dritten, sondern alle diejenigen Personen, deren Belange nach der besonderen eigenen Natur des Rechtsgeschäfts – nicht nur infolge zufälligen Hinzutretens äußerer Umstände – durch dieses berührt würden, also insbesondere auch der Rechtsnachfolger oder Pfandgläubiger einer Prozesspartei.<sup>349</sup>

---

<sup>347</sup> RGZ 127, 153 (156)

<sup>348</sup> RG JW 1930, 2433 (2434)

<sup>349</sup> RGZ 129, 37 (43/44)

In einem anderen Fall hatte die seinerzeitige Lippische Regierung eine steuerrechtliche Gesetzesregelung erlassen und damit die Grenze zwischen der eigenen steuerlichen Zuständigkeit und der des Reichs überschritten. Den Klägern entstand dadurch ein Schaden, welchen sie nunmehr klageweise geltend machten. Wenngleich das RG den Klägern zugestanden hatte, dass die Lippische Regierung die Gesetzeszuständigkeit verkannt habe, so wurde doch judiziert, dass die Verpflichtung zur Beachtung der eigenen steuerlichen Zuständigkeit nur dem Reich gegenüber aufgrund der Reichsverfassung und des Finanzausgleichsgesetzes obliegen hätte. Amtspflichten seien insoweit gegenüber den Untertanen des Landes nicht in Betracht gekommen. Soweit der einzelne Steuerpflichtige die Unvereinbarkeit und damit die Nichtigkeit einer Bestimmung geltend machen wollte, könne er dies nur auf dem durch die Landesgesetze zugelassenen Wege tun.<sup>350</sup>

Das RG nahm auch zu der Frage Stellung, ob auch juristische Personen des öffentlichen Rechts „Dritte“ i. S. d. § 839 BGB sein können. Dies wurde vom Gericht bejaht. Alle Personen, deren Interessen nach der besonderen Natur des Amtsgeschäfts durch dieses berührt würden und in deren Rechtskreis eingegriffen würde, seien „Dritte“. Dies könnten auch der Staat oder sonstige Körperschaften des öffentlichen Rechts sein, wenn und soweit der Beamte das Vermögensinteresse eines anderen Gemeinwesens zu wahren habe, dem er nicht unterstehe. Wenn also ein Beamter einer ihm vom Gesetz dem städtischen Zuwachssteueramt gegenüber auferlegten Mitteilungspflicht nicht nachkomme, handele es sich dabei nicht um die Verletzung von sog. Ordnungs- und Aufsichtsvorschriften, die im inneren Verhältnis zu übergeordneten, nebengeordneten und nachgeordneten Beamten zu beobachten seien oder um Vorschriften, die dem Schutze der öffentlichen Ordnung dienen, sondern um Gesetzesvorschriften die den städtischen Zuwachssteuerämtern die erschöpfende Erfassung der Steuerpflichtigen ermöglichen sollten und eben zu diesem Zweck dem Beamten eine Anzeige an die Ämter, also an Dritte, zur Pflicht machen würden.<sup>351</sup>

Mögliche Amtspflichtverletzungen hatte das RG auch im Zusammenhang mit der Erteilung von Armenrecht (heute: Verfahrens- bzw. Prozesskostenhilfe) zu entscheiden und demgemäß die Frage zu klären, ob den über einen Antrag auf Bewilligung des Armenrechts entscheidenden Richtern dem Gegner der armen Partei gegenüber die Amtspflicht obliege, das Vorbringen des Antragstellers sachgemäß und erschöpfend zu prüfen. Das Gericht führte hier wiederum grundsätzlich unter Hinweis auf die Entscheidung RGZ 78, 243 aus, dass bei der Frage nach der Drittbezogenheit von Amtspflichten das Hauptgewicht auf den Zweck zu legen sei, dem die einzelne Amtspflicht dienen solle. Sei ihr Zweck nur die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung, der Schutz der vermögensrechtlichen Interessen des Gemeinwesens, dem der Beamte diene oder das Interesse des Gemeinwesens an einer ordentlichen Amtsführung des Beamten, so handele es sich

---

<sup>350</sup> RGZ 130, 319 (328)

<sup>351</sup> RGZ 134, 311 (321) = JW 1932, 641 (643) sowie JW 1932, 1131 (1131)



nicht um eine dem Beamten einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht. Sei dagegen die Amtspflicht dem Beamten gerade im Interesse des Einzelnen auferlegt, so liege sie nun einem Dritten gegenüber ob. In der Rechtsprechung des RG sei weiterhin anerkannt, dass der Aufgaben- und Pflichtenkreis des Prozessrichters zwar regelmäßig nur die Prozessparteien einschlieÙe, dass aber in den Fällen, wo der Prozessrichter beweiskräftige öffentliche Urkunden nicht nur über Parteierklärungen, sondern auch über eigene Wahrnehmungen aufnehme, deren Ausfertigung zur Eintragung von Rechten in das Grundbuch und zum Nachweise von Rechten dienen sollten, jener Pflichtenkreis dahin zu erweitern sei, dass er all diejenigen Personen umfasse, welche im Vertrauen auf die Rechtsgültigkeit der Beurkundung und auf die durch das beurkundete Rechtsgeschäft geschaffene Rechtslage in Beziehung hierauf im Rechtsverkehr tätig würden. Unter Hinweis auf diese Grundsätze konnte das Gericht das Bestehen einer Amtspflicht der mit Anträgen auf Bewilligung oder Versagung des Armenrechts befassten Richter gegenüber dem Gegner des Antragstellers nicht herleiten.<sup>352</sup>

Im Hinblick auf eine frühere Entscheidung führte das Gericht in einer späteren Entscheidung aus, dass zu den Dritten auch solche Personen gehörten, gegen die ein Eingriff erst später wirksam werde. Immer müsse es sich aber um eine dem Dritten gegenüber bestehende Amtspflicht handeln. Sei die Amtspflicht nach Art der Tätigkeit des Beamten auf einen bestimmten Kreis von Personen beschränkt, so liege sie ihm nicht gegenüber anderen Personen ob, mögen auch deren Belange später durch Nachwirkungen der Amtshandlungen betroffen sein. Demgemäß führte das Gericht aus, dass den beteiligten Beamten bei der Zuweisung eines Zwangsmieters und bei Abschluss eines Zwangsmietvertrages eine Amtspflicht nur dem von der Zuweisung betroffenen verfügungsberechtigten Personen gegenüber obliege, nicht jedoch den evtl. Rechtsnachfolgern.<sup>353</sup>

Die Frage, ob sich ein im Unternehmerbetrieb einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft tätiger Beamter auf die Schutzvorschrift des § 839 Abs. 1 S. 2 BGB berufen kann, wenn er Straßenverkehrsvorschriften fahrlässig verletzt und dadurch einen Straßenbenutzer schädigt, beantwortete das RG zunächst dahingehend, dass die Erfüllung der allgemeinen Verkehrssicherungspflichten zu den dem Beamten auch einem Dritten gegenüber obliegenden Amtspflichten gehöre, wenn die Ausübung der öffentlichen Gewalt in Frage stehe.<sup>354</sup> In diesen Fällen handle es sich um eine gegenüber einem Dritten obliegende Amtspflicht grundsätzlich deshalb, weil eine Ausübung der öffentlichen Gewalt nicht nur dann vorliege, wenn diese rechtmäßig oder missbräuchlich zu einem Zwange benutzt werde, sondern immer auch dann, wenn durch schuldhaftes Verhalten die amtlichen Machtmittel ohne Zwangsabsicht in eine andere personenschädliche Wirksamkeit trete. Dem mit hoheitsrechtlichen Befugnissen ausgestatteten Beamten liege

---

<sup>352</sup> RGZ 135, 110 (113)

<sup>353</sup> RGZ 138, 309 (313)

<sup>354</sup> RGZ 139, 149 (154) unter Hinweis auf RGZ 125, 86 (99); 108, 367 (388); 91, 347 (348)

grundsätzlich jedem Dritten gegenüber amtlich eine Fürsorgepflicht dahin ob, dass die damit verbundenen Machtmittel streng in den Schranken der Amtsausübung gebraucht würden und dass dabei in keiner Weise in den Bereich eines Unbeteiligten eingegriffen werde. Dieser leitende Gesichtspunkt treffe aber auf diejenigen Beamten, welche in privatrechtlichen Unternehmerbetrieben des Staates, wie z.B. in Post- oder Eisenbahnbetrieben, tätig seien, jedenfalls insoweit nicht zu, als es sich um die Beachtung der allgemeinen zur Aufrechterhaltung der Sicherheit des Straßenverkehrs erlassenen Vorschriften und der allgemeinen Verkehrssorgfaltspflicht handele. Wenn solche Beamte bei Ausübung ihrer Dienstverrichtungen diese Verkehrsvorschriften verletzen und einem unbeteiligten Straßenbenutzer Schaden zufügen, so seien sie in Ansehung der Haftungsfrage nicht anders zu behandeln als die Angestellten eines privaten Unternehmers.<sup>355</sup>

Der Umstand im Übrigen, dass es gegen eine Maßnahme der öffentlichen Gewalt kein Rechtsmittel gibt, deutet nach der Rechtsprechung des RG darauf hin, dass das Präsidium des Oberlandesgerichts bei Abgabe der Erklärung gem. § 9 RDO nicht in Erfüllung einer ihm dem Rechtsanwalt gegenüber obliegenden Amtspflicht gehandelt habe.<sup>356</sup>

Nach Auffassung des RG obliegt die Amtspflicht, zu prüfen, ob die Voraussetzungen eines Zeitungsverbots tatsächlich gegeben seien, der Behörde gegenüber allen Personen ob, die durch das Verbot betroffen würden, also Herausgeben, Verlegern, Druckern und Verbreitern.<sup>357</sup>

Andererseits begründet die Dienstvorschrift einer Behörde, wonach bei ihr eingehende Schecks am nächsten Tag zur Einlösung zu bringen seien, keine Amtspflicht gegenüber dem Zahlenden, sondern diese Dienstvorschrift diene nur dem Schutze des Fiskus.<sup>358</sup>

Die Frage, ob der Staat dem geschädigten Zeitungsverlag auf Schadensersatz haftet, wenn die Landesjustizverwaltung die Ausübung des richterlichen Ermessens bei Auswahl der Zeitungen für die Bekanntmachung gerichtlicher Verfügungen ergriffen hat, beantwortete das RG dahin, dass der preußische Justizminister die von der Klägerin beanstandeten Verfügungen in seiner Eigenschaft als oberstes Organ der Justizverwaltung erlassen habe. Es handele sich also um die Erfüllung einer Amtspflicht im reinen öffentlichen Interesse, nicht jedoch im Interesse einzelner Dritter.<sup>359</sup> Nach der Rechtsprechung des RG sei nämlich die Frage, ob dem Beamten eine Dienstpflicht gegenüber einem Dritten obliege, unter Berücksichtigung des Amtskreises des Beamten und der Art des Geschäfts, das er verrichte, zu beurteilen. Das Hauptgewicht sei hierbei auf den Zweck zu legen, dem die Amtspflicht dienen solle. Sei der Zweck der Amtspflicht nur die Aufrechter-

---

<sup>355</sup> RGZ 139, 149 (154); 126, 28 (31); 109, 209 (212)

<sup>356</sup> RG JW 1933, 1058 (1059) unter Hinweis auf RGZ 135, 114

<sup>357</sup> RG HRR 1933 Nr. 655

<sup>358</sup> RG HRR 1933 Nr. 1846

<sup>359</sup> RGZ 140, 423 (427)

haltung der öffentlichen Ordnung oder das Interesse des Staates an einer ordentlichen Amtsführung der Beamten, so handele es sich nicht um eine dem Beamten einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, auch wenn durch die Ausübung dieser Amtspflicht mittelbar in die Interessen Dritter eingegriffen würde.<sup>360</sup>

Das RG stellte auch deutlich, dass der Umstand des Rechtsanspruchs auf ein bestimmtes Handeln des Beamten nichts mit der Drittbezogenheit zu tun hat. Amtspflichten können einem Beamten auch gegenüber einer solchen Person obliegen, die auf ein bestimmtes Handeln des Beamten keinen Rechtsanspruch habe.<sup>361</sup>

Einmal mehr nahm das RG zu der Frage der Drittbezogenheit der Amtspflicht bei Überschreitung der Zuständigkeitsgrenzen Stellung. Der Beamte habe jedem Dritten gegenüber die Amtspflicht, die Grenzen seiner Zuständigkeit einzuhalten. Eine schuldhaftige Amtsüberschreitung begründet daher eine Schadensersatzpflicht nach § 839 BGB gegenüber jedem, der dadurch geschädigt worden sei.<sup>362</sup>

Soweit es die Vorschriften der Geschäftsanweisungen für preußische Gerichtsvollzieher anbelangt, knüpfte das RG an die entsprechenden vorhergehenden Entscheidungen an und führte aus, dass eben diese Vorschriften zu einem wesentlichen und gerade auch zu dem hier in Betracht kommenden Teile im Interesse der Rechtssuchenden erlassen worden seien. Sie begründeten damit Amtspflichten, die dem Gerichtsvollzieher – und wenn der Dienstvorgesetzte kraft seines Aufsichtsrechts sie unmittelbar handhabe, auch diesem – dem an einem Verfahren Beteiligten oder von ihm betroffenen Personen gegenüber oblägen. Die unrichtige Anwendung dieser Geschäftsanweisungsvorschriften ergebe folglich einen Anwendungsfall des § 839 BGB.<sup>363</sup>

Das RG dehnte dann den Kreis der möglicherweise betroffenen „Dritten“ weiter aus und judizierte, dass Dritte, denen gegenüber ein Beamter Amtspflichten habe, nicht nur die bei dem Amtsgeschäft unmittelbar Beteiligten zu sein bräuchten; es kämen auch andere Personen in Betracht, deren Rechtskreis mittelbar nach der besonderen Natur des Amtsgeschäfts, namentlich nach seinem Ziel und Zweck, durch seine Vornahme berührt werde.<sup>364</sup>

Im Zusammenhang mit der Amtspflicht der Polizei zum Einschreiten wiederholte das RG seine frühere Rechtsprechung und führte aus, dass auch solche Personen „Dritte“ seien, gegen die ein Eingriff erst später wirksam werde. Stets müsse geprüft werden, ob es sich um eine gegenüber dem Dritten bestehende Amtspflicht handele. Wenn die Amtspflicht nach Art der Tätigkeit des Beamten auf einen bestimmten Personenkreis beschränkt sei, so obliege sie ihm nicht gegen-

---

<sup>360</sup> RGZ 140, 423 (427)

<sup>361</sup> RG DJ 1934, 260 = HRR 1934, Nr. 381

<sup>362</sup> RGZ 144, 391 (395) = JW 1934, 2333 (2333)

<sup>363</sup> RGZ 145, 204 (210) = JW 1935, 507 (508)

<sup>364</sup> RG JW 1935, 1084 (1084)

über anderen Personen, auch wenn deren Belange später durch Nachwirkungen der Amtshandlung betroffen worden seien.<sup>365</sup>

Im Zusammenhang zu den Pflichten mit der Führung und Verwahrung eines Dienstsiegels (Metallsiegel oder Gummistempel) stellte das RG fest, dass die Amtspflicht zur sorgfältigen Verwahrung des Dienstsiegels und zur strengen Aufsicht über seine Verwendung für den mit seiner Führung und Verwahrung betrauten Beamten gegenüber jedermann bestehe, der Anlass habe, im Vertrauen auf die ordnungsgemäße Verwendung des Dienstsiegels und damit im Vertrauen auf die durch das Dienstsiegel erfolgte Kennzeichnung einer Urkunde als einer öffentlichen tätig zu werden.<sup>366</sup>

Wenn es sich allerdings um behördliche Maßnahmen handelt, die eine Entscheidung z.B. über die Steuerpflichtigkeit einer Ware nur vorbereiten, stellte das RG diesbezüglich fest, dass derlei Maßnahmen regelmäßig noch keine Amtspflichtverletzung gegenüber dem beteiligten Dritten darstellen würde.<sup>367</sup>

Eine gegenüber jedermann bestehende Amtspflicht erblickte das RG auch darin, dass der Beamte sein Amt sachlich und im Einklang mit den Forderungen von Treu und Glauben und guter Sitte auszuüben habe. Verstöße er dagegen, so missbrauche er sein Amt. Die Pflicht, sich jedes solchen Missbrauchs zu enthalten, obliege ihm gegenüber jedem Dritten, der durch den Missbrauch geschädigt werden könne.<sup>368</sup>

Auch für den Bereich des Beurkundungswesens konnte das RG auf frühere Entscheidungen zurückgreifen. Nach Auffassung des RG sei „Dritter“ jeder, dessen Belange durch die fehlerhafte Amtshandlung nachträglich irgendwie berührt werden könne, auch wenn dieser Erfolg nur mittelbar und unbeabsichtigt herbeigeführt worden sei. Die weite Grenzziehung rechtfertige sich daraus, dass jede öffentliche Beurkundung oder Beglaubigung ihrer Natur nach in eine ungewisse Zukunft hinauswirke und die Belange eines zunächst ganz unbestimmten Kreises auch solcher Personen, die an dem beurkundeten oder beglaubigten Privatrechtsgeschäft nicht beteiligt gewesen seien, zu beeinflussen geeignet und bestimmt sei.<sup>369</sup> Das RG bezog sich auf die von ihm selbst aufgestellten Rechtsgrundsätze, die zur Wahrung der Sicherheit des Rechtsverkehrs aufgestellt und zu beachten seien, sodass die Entscheidung des Berufungsgerichts aufzuheben sei. Dessen Ansicht, dass eine Gesellschaft aus der fahrlässigen Amtspflichtverletzung des verklagten Notars nur dann einen Schadensersatzanspruch nach § 839 BGB herleiten könne, wenn sie bei ihrem Geschäftsverkehr mit der anderen Gesellschaft gerade auf die Gültigkeit der Vollmacht oder gar im Besonderen auf die ordnungsgemäße Persönlichkeitsprüfung des beglaubigenden Notars vertraut habe,

<sup>365</sup> RGZ 147, 142 (144, 147) = JW 1935, 1621 (1621) unter Hinweis auf RGZ 121, 225

<sup>366</sup> RG JW 1935, 3372 (3372)

<sup>367</sup> RGZ 149, 275 (279 f.) = JW 1936, 861 (862)

<sup>368</sup> RGZ 154, 201

<sup>369</sup> RGZ 154, 276 (288)

lasse sich mit diesen Grundsätzen nicht vereinbaren. Vielmehr müsse für die Begründung des Anspruchs unter dem hier erörterten Gesichtspunkt des „Dritten“ genügen, wenn sich diese Gesellschaft auf die mittels der fehlerhaften Vollmacht geschaffenen Rechtslage verlassen habe, wenn sie also bei ihrem Geschäftsverkehr mit der mangelhaft gegründeten Gesellschaft davon ausgegangen sei, die Gründung als Ganzes sei in Ordnung und das Grundkapital vertrags- und gesetzmäßig eingezahlt. Dann habe ihr die Rechtstellung des „Dritten“ nicht abgesprochen werden dürfen.<sup>370</sup>

Im Zusammenhang mit dem Armenrecht (heute: Verfahrens- bzw. Prozesskostenhilfe) bezog sich das RG zunächst auf seine frühere Rechtsprechung in RGZ 135, 110 und führte aus, dass die Amtspflicht des Richters, einen Prozess ohne sachlich unnötige, d. h. zur Entscheidung des Streits nicht erforderliche Abschweifung durchzuführen, allein zur Wahrung einer geordneten Rechtspflege als einer hohen Staatsaufgabe bestehe, nicht aber mit dem Zweck einer Wahrnehmung der Kostenbelange der am Prozess beteiligten Einzelpersonen. Wohl würden ihnen die aus klarer Prozessleitung entspringenden Vorteile zugute kommen. Aber die Pflicht des Richters dazu obliege diesem nicht der Prozesspartei, sondern allein der Staatsgewalt gegenüber.<sup>371</sup>

Bei den Maßnahmen, die ein Dienstvorgesetzter aufgrund einer Dienstaufsichtsbeschwerde treffe, erfülle er keine ihm dem Beschwerdeführer gegenüber obliegende Amtspflicht. Denn die Dienstaufsicht über die Beamten hat die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung zum Zweck, nicht jedoch dem Schutz der Belange einzelner Personen.<sup>372</sup>

Im Zusammenhang mit dem dem amtlichen Vorgesetzten in § 196 StGB eingeräumten Strafantragsrecht führte das RG aus, dass dieses Antragsrecht dem Dienstvorgesetzten im öffentlichen Interesse eingeräumt sei. Der Vorgesetzte habe zwar nach pflichtgemäßem Ermessen zu prüfen, ob das öffentliche oder dienstliche Interesse es geboten erscheinen lasse, durch die Stellung des Strafantrags die Einleitung eines Strafverfahrens gegen diejenige Person einzuleiten, die nach dem äußeren Tatbestand eine Beleidigung gegenüber dem Beamten begangen habe. Werde diese Person in dem Strafverfahren freigesprochen, so könne sie, falls kein Ermessensmissbrauch seitens des Dienstvorgesetzten vorgelegen habe, jedoch nicht unter dem Gesichtspunkt der Amtshaftung Schadensersatzansprüche (z. B. Kosten für das Strafverfahren, Verdienstausfall) stellen.<sup>373</sup>

Einmal mehr rückte in den Blickpunkt des Interesses des RG der Gemeindevorsteher einer Gemeinde. Da der Gemeindevorsteher das Organ der Gemeinde sei, durch das sie allein handeln könne, könne das Verhalten des Gemeindevorstehers nicht anders beurteilt werden als das Verhalten der Gemeinde selbst. Es kön-

---

<sup>370</sup> RGZ 154, 276 (289) = JW 1937, 2208 (2210)

<sup>371</sup> RGZ 155, 218 (223) = JW 1937, 2766 (2767)

<sup>372</sup> RG DJ 1938, 1395

<sup>373</sup> RG JW 1938, 2613 (2613)

ne daher keine besondere Amtspflicht anerkannt werden, die dem Gemeindevorsteher als gesetzlichem Vertreter der Gemeinde einem Dritten gegenüber obliege, die Pflichten der Gemeinde gegen den Dritten ordnungsmäßig zu erfüllen. Die Pflicht der Behördenvorstände und der Zentralbehörde, allgemein für die Aufrechterhaltung eines ordnungsmäßigen Dienstbetriebs zu sorgen, bestehe lediglich zum öffentlichen Nutzen und liege diesen Stellen nicht als eine Dritten gegenüber bestehende Amtspflicht ob.<sup>374</sup>

Eine weitere Entscheidung befasste sich mit dem Straßenverkehr. Ein Obergefreiter hatte einen Wehrmachtlastkraftwagen durch eine geschlossene Bahn-schranke gefahren. Der Lastkraftwagen wurde von einem Personenzug erfasst. Der Beifahrer starb noch am gleichen Tag. Bei dieser Situation führte das RG aus, dass einem beamteten Kraftfahrer die Amtspflicht zur ordnungsgemäßen Führung eines Lastkraftwagens treffe. Grundsätzlich sei davon auszugehen, dass eine derartige Amtspflicht auch gegenüber mitfahrenden Personen anzuerkennen sei.<sup>375</sup>

Mit dem Pflichtenkreis der Polizei im Rahmen von Verkehrsunfällen befasste sich die Entscheidung des RG vom 20.09.1943. Ein Radfahrer war durch einen Pkw angefahren worden und war sowohl von den Insassen als auch von einem unbeteiligten Zeugen gemeinsam ins Krankenhaus gebracht worden. Ein zufällig im Krankenhaus anwesender Polizeibeamter wurde von dem Zeugen gebeten, die Personalien und das Geschehen aufzunehmen, was der Polizeibeamte jedoch aus Zeitmangel ablehnte und an die örtlich zuständige Polizeidienststelle verwies. Nachdem dann auch bei der örtlich zuständigen Polizeidienststelle niemand angetroffen werden konnte, versprachen die Insassen des Fahrzeugs, am nächsten Tag bei dem Zeugen wieder vorstellig zu werden, lösten dieses Versprechen indessen nicht ein. Bei dieser Situation hat das RG eine Verpflichtung der Polizei zur Verhütung drohender strafbarer Handlungen angenommen, da solche das Allgemeinwohl verletzen. Sicherlich finde diese Pflicht ihre Grundlage ebenfalls in dem öffentlichen Interesse. Jedoch sei in der Rechtsprechung anerkannt, dass sie auch Einzelnen gegenüber bestehe, gegen den die zu verhütende Straftat sich richten könne.<sup>376</sup> So umfasse die in § 14 Polizeiverwaltungsgesetz wurzelnde Aufgabe der Polizei, der drohenden Gefahr einer Fahrerflucht vorzubeugen, zugleich den Schutz der am Unfall Beteiligten, um damit einen sonst zu gewärtigenden Anspruchsverlust für sie zu verhüten. Diese Amtspflicht liege der Polizei also auch Dritten gegenüber ob.<sup>377</sup>

Die dargelegte Rechtsprechung des RG zum Merkmal der Drittbezogenheit dokumentiert, was bereits ausgeführt worden ist.<sup>378</sup> Der Staat hatte sich auf die Rolle des Hüters von Sicherheit und Ordnung zu beschränken. Drittbezogene

---

<sup>374</sup> RGZ 162, 129 (162 ff.) = DR 139, 1638

<sup>375</sup> RGZ 170, 311 (314)

<sup>376</sup> RGZ 172, 11 (14)

<sup>377</sup> RGZ 172, 11 (14)

<sup>378</sup> s. o. S. 110 ff.

Amtspflichten waren in einem derartigen Staatswesen daher die Ausnahme. Die dargestellten Entscheidungen des RG betrafen ganz überwiegend die allgemeinen Sorgfaltspflichten, welche dem Beamten bei Ausübung staatlicher Funktionen als Amtspflichten gegenüber Dritten obliegen. Diese allgemeinen Sorgfaltspflichten hat das RG zunehmend weiterentwickelt. Insbesondere diese Weiterentwicklung dieser Sorgfaltspflichten ist auch Beleg für die seinerzeitige Tendenz der Rechtsprechung, das Bestehen einer besonderen Amtspflicht gegenüber einem Verletzten eher anzuerkennen als zu verneinen.<sup>379</sup>

## *II. Die Entwicklung der „Drittbezogenheit“ in der Rechtsprechung des BGH bis zur Wohnraumbewirtschaftungs-Entscheidung (BGHZ 56, 40)*

Die anfängliche nachkonstitutionelle Rechtsprechung des BGH war davon geprägt, dass der Kernbereich – soweit es die Drittbezogenheit von Amtspflichten anbelangt – von dem Reichsgericht übernommen wurde. Auch nach Ansicht des BGH bestehe eine Amtspflicht, deren Zweck nur die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung oder das Interesse des Gemeinwesens an einer ordentlichen Amtsführung der Beamten sei, nicht gegenüber einem Dritten, selbst wenn durch Ausübung dieser Amtspflicht mittelbar in dessen Interessen eingegriffen werde. Die Frage, ob einem Beamten einem Dritten gegenüber eine Amtspflicht obliege, müsse also hauptsächlich danach zu entscheiden sein, ob die Amtspflicht nach dem Zweck, dem sie dienen solle, dem Beamten im Interesse einzelner Personen auferlegt sei.<sup>380</sup>

Anspruchsvoller für den BGH wurde es jedoch in Ansehung der hier sog. Maukruben-Entscheidung. Die Klägerin beabsichtigte, auf ihrem Ziegeleigrundstück eine Maukrube zur Aufbereitung und Aufnahme des für die Ziegelherstellung erforderlichen Lehm- und Tonmaterials bauen zu lassen. Die Baugenehmigungsbehörde ließ die ihr hereingereichten statischen Berechnungen durch deren Prüfmgenieur für Baustatik nachprüfen und erteilte die Baugenehmigung. Als dann die Maukrube weitgehend fertiggestellt war, brachen die Seitenwände an mehreren Stellen nach innen ein. Daraufhin eingeholte Gutachten kamen zu dem Ergebnis, dass dem Architekten bei der statischen Berechnung der Seitenwände sowie des Fundaments Fehler unterlaufen seien, die der Prüfmgenieur der Baugenehmigungsbehörde übersehen habe. Da der Bauunternehmer und der Architekt vermögenslos waren, nahm die Klägerin (vergeblich) den Landkreis in Anspruch. Der BGH führte hier klar aus, dass sämtliche Amtspflichten zunächst einmal im Interesse des Staates und der Allgemeinheit bestünden.<sup>381</sup> Diene eine Amtspflicht

---

<sup>379</sup> Meister S. 22

<sup>380</sup> BGHZ 1, 388 (394); ebenso BGHZ 10, 122 (124); 14, 319 (322); 18, 110 (113); 20, 53 (55); 26, 232 (234); 31, 388 (390); 32, 145 (147); 35, 44 (46/7); BGH NJW 1966, 157 (157); 1965, 200 (200); s. dazu auch Dagtoglou in: Bonner Kommentar zum GG, Art. 34 Rdziff. 153; Bettermann, Grundrechte S. 831 (842); Böhmer, JZ 1965, 487 (487)

<sup>381</sup> BGHZ 39, 358 (362)

also lediglich dem Schutz der öffentlichen Ordnung, dem allgemeinen Interesse des Gemeinwesens an einer ordnungsmäßigen, sauberen Amtsführung, der Wahrung innerdienstlicher Belange oder der Aufrechterhaltung einer wohlfunktionierenden geordneten Verwaltung, dann komme Dritten gegenüber eine Haftung für die Verletzung derartiger Amtspflichten auch dann nicht in Betracht, wenn die Amtstätigkeit sie betroffen, insbesondere ihre Belange beeinträchtigt habe. Vielmehr bestehe eine Haftung nur dann, wenn die verletzte Amtspflicht dem Beamten gerade Dritten gegenüber ob gelegen habe. Der Kreis der geschützten Personen würde sich nach dem Zweck bestimmen, dem die Amtspflicht diene. Dieser Zweck ergebe sich aus den Bestimmungen, die die Amtspflicht begründen und umreißen sowie aus der besonderen Natur des Amtsgeschäfts. Allerdings genüge es, dass die Amtspflicht neben der Erfüllung allgemeiner Interessen und öffentlicher Zwecke auch den Zweck verfolge, die Interessen Einzelner wahrzunehmen, selbst wenn der Betroffene einen Rechtsanspruch auf Vornahme der Amtshandlung nicht habe.<sup>382</sup> Das Gericht stellte zunächst fest, dass die Bauüberwachung der Gefahrenabwehr diene und die Bestimmungen über die statische Prüfung den Gefahren vorbeugen, die der Allgemeinheit durch den Einsturz standunsicherer Bauwerke drohen würden. Diese Bestimmungen schützten also jeden, der als Bewohner, Benutzer, Besucher oder als Vorübergehender oder Arbeiter zu dem Bauwerk in Beziehung trete und auf die Standsicherheit vertrauen dürfe. Zwar sei es richtig, dass durch die Bauantragstellung eine besondere Beziehung zwischen dem Bauwilligen und der Behörde entstehe und daraus auch besondere Amtspflichten erwachsen würden. Diese aber gingen in eine andere Richtung. Zwar habe der Senat auch eine Amtspflicht der Beamten der Bauaufsichtsbehörde, einen Bauwilligen im Blick auf eine bevorstehende Änderung baurechtlicher Bestimmungen zu beraten, aus der allgemeinen Beamtenpflicht hergeleitet, einem Gesuchsteller im Rahmen des jeweils Möglichen und Zulässigen zu seinem Recht zu verhelfen und ihn vor vermeidbaren Schäden zu bewahren.<sup>383</sup> In der Maukruben-Entscheidung differenzierte jedoch der BGH. Das Baugenehmigungsverfahren sei gerade nicht dazu bestimmt, dem Bauherrn die Verantwortung für eine einwandfreie Durchführung und Durchführbarkeit seines Bauvorhabens abzunehmen. Wenn die Baugenehmigungsbehörde mit den übrigen Bauunterlagen die statischen Berechnungen prüfe, so geschehe dies im Hinblick auf das öffentliche Interesse der Gefahrenabwehr, aber nicht zu dem Zwecke, den Bauherrn zu sichern oder ihm die Verantwortung zu erleichtern. Die sachkundige und in der Regel gründliche Prüfung der Bauunterlagen durch die Baugenehmigungsbehörde habe für den Bauherrn zwar die erfreuliche Nebenwirkung, ihn vor finanziellen Schäden durch falsche Konstruktionsberechnungen zu schützen. Es sei jedoch abwegig, aus dieser Nebenwirkung der einem anderen Zweck dienenden behördli-

---

<sup>382</sup> BGHZ 39, 358 (363)

<sup>383</sup> BGHZ 39, 358 (365)



chen Prüfung Amtspflichten zum Schutze der Belange des Bauherrn herleiten zu wollen.<sup>384</sup>

Die eingangs bereits wiedergegebene Drittbezogenheitsformel des BGH<sup>385</sup> wurde – soweit ersichtlich – in der hier sog. Wohnraumbewirtschaftungs-Entscheidung erstmals verwendet. Die Kläger waren Eigentümer eines Mietwohnhauses in Düsseldorf, welches als Altbau der Wohnraumbewirtschaftung und der Mietpreisbindung unterlag. Die Kläger trugen nun vor, dass der Wohnungsfehlbestand in Düsseldorf 2,7 %, also weniger als 3 %, betragen habe, so dass das beklagte Land die Wohnraumbewirtschaftung hätte aufheben müssen. Wenn dies geschehen wäre, so hätten die Kläger die Mieten für die 14 von ihnen vermieteten Wohnungen im Wege der Änderungskündigung oder aber durch freie Vereinbarung angemessen um 25 % erhöhen können. Für den Mietausfall sei nun das Land unter dem Gesichtspunkt der Amtspflichtverletzung (und des enteignungsgleichen Eingriffs) einstandspflichtig. Nachdem dann das Gericht die Zweck-Formel zur Drittbezogenheit aufgestellt hatte<sup>386</sup>, führte es aus, dass alle Amtspflichten der öffentlichen Amtsträger in erster Linie dem Interesse der Allgemeinheit an einem geordneten Gemeinwesen dienen. Soweit sich Amtspflichten darin erschöpfen würden, diesem Allgemeininteresse zu dienen und noch keine besonderen Beziehungen zwischen diesen Amtspflichten und Personen oder Personengruppen in dem zuvor aufgezeigten Sinn bestünden, kämen sonach bei Verletzung dieser Amtspflichten Schadensersatzansprüche für außen stehende Dritte eben nicht in Betracht. Um derartige Amtspflichten handele es sich insbesondere im Allgemeinen bei den Pflichten, die für die dafür Verantwortlichen im Rahmen der Gesetzgebungsaufgaben bestünden. Gesetze und Verordnungen würden durchweg generelle und abstrakte Regeln enthalten und dementsprechend nehme der Gesetzgeber – bei Tätigwerden und Untätigbleiben – Aufgaben in der Regel ausschließlich gegenüber der Allgemeinheit wahr, denen die Richtung auf bestimmte Personen oder Personenkreise mangle.<sup>387</sup>

---

<sup>384</sup> BGHZ 39, 358 (365); kritisch dazu mit Recht Böhmer JZ 1965, 487 (487); s. auch u. S. 148 ff. sowie 168 ff. unter Berücksichtigung des Aspekts des arbeitsteiligen Zusammenwirkens zwischen Behörde und Sachverständigen im Lichte der jüngsten Rechtsprechung (BGHZ 146, 365 = NVwZ 2001, 231 = BB 2001, 590 = WM 2001, 872 = DVBl 2001, 807, vgl. dazu vertiefend Rohlfing, MDR 2002, 254)

<sup>385</sup> s. o. S. 48

<sup>386</sup> BGHZ 56, 40 (45); s. o. S. 48.

<sup>387</sup> BGHZ 56, 40 (46); diese Rspr. – Ablehnung der Amtshaftung für legislatives Unrecht - bestätigte später der BGH, vgl. BGHZ 134, 30 (32); BGHZ 102, 350 (367); BGH NJW 1989, 101 (101); Tremml/Karger/Luber Rdziff. 98 ff.; Detterbeck, AöR 125 (2000), S. 202 (227); Boujong, FS Geiger, S. 430 (431); neuerdings: BGH NJW 2013, 168 (172); BGH NVwZ 2007, 362 (365); auch LG Berlin, Urt. v. 04.12.2012 – 15 O 7/12, juris Rdziff. 34 ff. (dort zur – verneinten – Haftung der Bundesrepublik Deutschland für die Einführung eines Postmindestlohns); LG Bonn, NJW 2000, 815 (819) m. Anm. Gratias, NJW 2000, 786 sowie OLG Köln ZfP 2001, 967 (969); zum Ganzen auch weiterführend s. u. S. 171 ff.

Die von dem BGH in der Wohnraumbewirtschaftungs-Entscheidung aufgestellte Schutzzweck-Formel fand dann in den nachfolgenden Entscheidungen des BGH stereotyp Verwendung.<sup>388</sup>

### III. Systematik der Drittbezogenheit

Die beiden, den Amtshaftungsanspruch begründenden Rechtsnormen (§ 839 Abs. 1 S. 1 BGB i. V. m. Art. 34 S. 1 GG) stellen gleichermaßen darauf ab, dass der Amtsträger bzw. jemand „die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht“ verletzt haben muss. Die zu dem – die Haftung begründenden aber auch begrenzenden – Tatbestandsmerkmal der Drittbezogenheit ergangene Rechtsprechung ist wenig systematisch und daher transparent; dies wird wohl auch der Grund sein, dass mitunter Kritik geübt worden ist bzw. wird:

*„Dritter“ in diesem Sinne ist, wen die Rechtsprechung immer seltener mit einlässlicher Begründung, häufig mit dem formelhaften Hinweis darauf, dass es einen „Dritten“ nicht geben könne, wo Ziel und Zweck der hoheitlichen Tätigkeiten die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung oder das Interesse des Staates an eine ordentliche Geschäftsführung seiner Beamten oder der Schutz seiner vermögensrechtlichen Belange sei (...), immer öfter aber ohne jede Rechtfertigung (...) als „Dritten“ erklärt. Die Erklärung ist von Fall zu Fall verschieden.“<sup>389</sup>*

Zugegebenermaßen liegt – wie noch näher darzustellen sein wird - bei diesem Labyrinth der Dogmatik die Vermutung nahe, dass das gewünschte Ergebnis - als Drittbezogenheit verkleidet – die Haftung regiert.<sup>390</sup>

Die Drittbezogenheit wird von drei Aspekten bzw. Fragestellungen beherrscht, und zwar:

- Ist die im jeweiligen Einzelfall konkret verletzte Amtspflicht generell geeignet, eine drittbezogene bzw. drittschützende Wirkung zu entfalten?
- Gehört der im konkreten Fall geschädigte Bürger zu dem Personenkreis, den die (verletzte) Amtspflicht schützen soll?
- Ist der im konkreten Fall geltend gemachte Schaden bzw. die Schadensposition auch in sachlicher Hinsicht von der drittschützenden Wirkung, die von der Amtspflicht bzw. der Norm ausgeht, erfasst?<sup>391</sup>

<sup>388</sup> s. dazu die Nachweise auf S. 49 FN 94

<sup>389</sup> Kayser/Leiss S. 34; zu dieser Kritik auch: Deppert, FS Boujong, S. 533 (534); Wurm, JA 1992, 1 (2); Ossenbühl/Cornils S. 61

<sup>390</sup> in Anlehnung an Deutsch, Allgemeines Haftungsrecht, S. 98 Rdziff. 301, dort zum Schutzzweck der Norm bei der Kausalität

<sup>391</sup> zu diesen Fragestellungen bereits: Tremml/Karger/Luber Rdziff. 100

Um die Drittbezogenheit richtig erfassen zu können, wird weit überwiegender Auffassung in Rechtsprechung und Literatur zufolge zwischen dem personellen und dem sachlichen Schutzbereich differenziert, wobei diese Aufspaltung der Drittbezogenheit auch als „Relativierung“ bezeichnet wird<sup>392</sup>; der BGH vermeidet es indessen, in seinen Entscheidungen von einer solchen Aufspaltung bzw. Relativierung zu sprechen. Die nachfolgende Darstellung zum personellen Schutzbereich (s. nachfolgend Ziff. 1.), zum sachlichen Schutzbereich (s. nachfolgend Ziff. 2.) sowie zu den Sonderfällen der Drittbezogenheit (s. nachfolgend Ziff. 3.) orientiert sich an der von der Rechtsprechung und herrschenden Lehre entwickelten dogmatischen Struktur. Eine Darstellung der – vereinzelt – abweichenden bzw. dogmatischen tiefgreifenderen Auffassungen erfolgt allein aus Gründen der Übersichtlichkeit an anderer Stelle.<sup>393</sup>

### 1. Der personelle Schutzbereich (geschützter Personenkreis)

Die Eingrenzung des personellen Schutzbereichs bzw. die Reduzierung des geschützten Personenkreises soll gewährleisten, dass nicht jeder, der durch eine Amtspflichtverletzung einen Schaden erlitten hat, diesen Schaden im Wege der Amtshaftung liquidieren kann. Ausgehend von der bereits eingangs erwähnten Drittbezogenheitsformel<sup>394</sup> zählt zu dem personellen Schutzbereich gehörig nur der Geschädigte, „dessen Belange nach dem Gesetz und der rechtlichen Bestimmung des Amtsgeschäfts geschützt oder gefördert werden sollte“. Andere Personen, selbst wenn sich die Amtspflichtverletzung auf sie mehr oder weniger nachteilig auswirkt, können die Einbeziehung in den Schutzbereich nicht beanspruchen. Maßgeblich für die vorgenannten Belange sind die die Amtspflicht begründenden und sie umreißenden Bestimmungen sowie die besondere Natur des Amtsgeschäfts. An dieser Stelle darf auf die obigen Ausführungen verwiesen werden sowie darauf, dass als Ausgangspunkt der dem Amtswalter obliegenden Pflichten die Amtspflicht zu rechtmäßigem Verhalten Erwähnung gefunden hat. Berücksichtigt man weiterhin die bereits in Bezug genommene Drittbezogenheitsformel, wird schnell erkennbar, dass eine Parallele zu der verwaltungsrechtlichen Schutznormtheorie gegeben ist, wonach eine Vorschrift des öffentlichen Rechts drittschützend ist und daher rechtsbegründenden Charakter haben kann, wenn dem jeweiligen Hoheitsträger eine Verhaltenspflicht auferlegt ist, die (mindestens auch) dem Zweck zu dienen bestimmt ist, die Interessen Einzelner zu schützen und es diesem Personenkreis ermöglicht werden soll, sich auf eben diesen Rechts-

---

<sup>392</sup> Detterbeck/Windthorst/Sproll, § 9 Rdziff. 98; Ossenbühl/Cornils S. 71; Papier in: MünchKommBGB, § 839 Rdziff. 232; Papier, DZWIR 1997, 221 (222) sowie die Angaben in den nachfolgenden FN

<sup>393</sup> s. u. S. 189 ff. sowie 204 ff.

<sup>394</sup> s. o. S. 48.

vorteil berufen zu können.<sup>395</sup> Auch hier gibt es allerdings keine klare begriffliche Vorgabe. Mitunter wird die Drittbezogenheit der Amtspflicht als die Festlegung des geschützten Personenkreises angesehen, während mit dem Schutzzweck die sachliche Begrenzung des dem Dritten gewährten Schutzes betrachtet wird.<sup>396</sup> Aus Gründen der Übersichtlichkeit und Einheitlichkeit sollte es allerdings bei der zuvor beschriebenen Terminologie bleiben, und zwar dergestalt, dass die „Drittbezogenheit“ den Oberbegriff sowohl für die Frage nach dem personellen und dem sachlichen Schutzbereich bleibt.

Wenn es um die Ermittlung des geschützten Personenkreises geht, ist Ausgangspunkt zunächst einmal die Amtspflicht bzw. die der Amtspflicht zugrundeliegende Rechtsnorm. In diesem Zusammenhang werden absolut und relativ wirkende Amtspflichten unterschieden, entsprechend unterschiedlich ist der geschützte Personenkreis zu ermitteln.

#### a. Verletzung absolut wirkender Amtspflichten.

Zu der von einem Amtswalter zu beachtenden Amtspflicht zu rechtmäßigem Verhalten gehört es selbstverständlich auch, keine unerlaubten Handlungen gem. §§ 823 ff. BGB zu begehen bzw. die von diesen Vorschriften geschützten Rechtsgüter anderer Personen zu verletzen. Die jeweiligen Inhaber der von §§ 823 ff. BGB geschützten Rechte bzw. Rechtsgüter sind zugleich als Dritte i. S. d. Amtshaftungsrecht anzusehen.<sup>397</sup> Jeder Amtswalter ist verpflichtet, sich bei der Amtsausübung sämtlicher Eingriffe in fremde Rechte zu enthalten, die eine unerlaubte Handlung darstellen könnten. Zu diesen Rechten i. S. d. § 823 Abs. 1 BGB gehört auch das allgemeine Persönlichkeitsrecht, welches zugleich den Schutz der Ehre umfasst.<sup>398</sup>

So sehr es einleuchtet, dass der Drittschutz sich auch auf die Inhaber der durch die §§ 823 ff. BGB geschützten Rechte und Rechtsgüter bezieht, so sehr bereitet doch die Abgrenzung in praxi Schwierigkeiten; dies zeigen die Amtshaftungsansprüche im Zusammenhang mit der durch einen Strafgefangenen während seines Hafturlaubes oder der Vollzugslockerungen vorgenommenen Schädigungen. Nach Ansicht des Hanseatischen Oberlandesgerichts diene die in §§ 13 Abs. 1 S. 2, 11 Abs. 2 StVollzG normierte Amtspflicht, einem Gefangenen Hafturlaub nur dann zu gewähren, wenn nicht zu befürchten sei, dass der Gefangene sich dem Vollzug der Freiheitsstrafe entziehen oder die Lockerung des Vollzugs zu

<sup>395</sup> Detterbeck/Windthorst/Sproll § 9 Rdziff. 103 (S. 134/5); Sachs in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 40 Rdziff. 131 ff.; Kopp/Ramsauer, VwVfG, Einf. Rdziff. 71 ff. je m. w. N.

<sup>396</sup> so Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 170; Wurm, JA 1992, 1 (2); dessen Hinweis auf BGHZ 125, 258 (269) trägt nichts aus, da der BGH an der Stelle eben nicht diese von Wurm verwendete terminologische Differenzierung verwendet

<sup>397</sup> Stein/Itzel/Schwall Rdziff. 91; Papier in: MünchKomm BGB, § 839 Rdziff. 232 ff.; Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 171

<sup>398</sup> BGHZ 78, 274 (279); BGHZ 69, 128 (138) unter Hinweis auf BGHZ 50, 133 (138); BGHZ 39, 124 (127, 129); BGHZ 31, 308 (311)

Straftaten missbrauchen werde, jedenfalls in erster Linie dem Interesse der Allgemeinheit. Diese Bestimmungen stellten eine Konkretisierung der allgemeinen und in § 2 S. 2 StVollzG normierten Vollzugsaufgabe dar, dass der Vollzug auch dem Schutz der Allgemeinheit vor weiteren Straftaten diene. Zwar schließe dies nicht zwingend aus, dass im Einzelfall auch konkrete Personen in den Schutzbereich der in Rede stehenden Amtspflicht einbezogen sein könnten, so etwa, wenn die über den Hafturlaub entscheidende Stelle auch die Interessen individualisierbarer Personen zu berücksichtigen habe, was etwa der Fall sein könne, wenn der Strafgefangene gegenüber bestimmten, insbesondere ihm nahestehende Personen strafällig geworden sei und/oder wieder zu werden drohe und der Hafturlaub diesen bestimmten Personenkreis möglicherweise in Gefahr bringen könne. Allein der Umstand, dass ein Recht oder Rechtsgut einer solchermaßen ausstehenden Person durch den Strafgefangenen später verletzt worden sei, reiche indes nicht aus, eine besondere Beziehung zwischen der Amtspflicht und der geschädigten Person i. S. eines Drittschutzes herzustellen.<sup>399</sup> Diese Entscheidung bedeutet konsequenterweise, dass ein Amtshaftungsanspruch selbst dann zu verneinen ist, wenn ein Strafvollzugsbeamter zu Unrecht einem Strafgefangenen Hafturlaub oder Vollzugslockerungen gewährt und dieser Strafgefangene eines der von §§ 823 ff. BGB geschützten Rechtsgüter zulasten einer außenstehenden Person schädigt. Ganz anders beurteilt dies – vollkommen zu Recht – das OLG Karlsruhe. Nach dessen Auffassung stellten die Beachtung der in § 11 Abs. 2 StVollzG geregelten Voraussetzungen für die Gewährung von Strafvollzugslockerungen eine drittschützende Amtspflicht i. S. d. § 839 Abs. 1 S. 1 BGB dar. Diese Amtspflicht sei verletzt, wenn die Entscheidung über die Gewährung von Vollzugslockerungen getroffen worden sei, ohne dass eine ausreichende Abwägung derjenigen Gründe stattgefunden habe, die für oder gegen eine Vollzugslockerung gesprochen hätten, oder aber weil gewichtige tatsächliche Umstände, die in dieser Entscheidung hätten einfließen müssen, nicht aufgeklärt worden seien. Diese – verletzte – Amtspflicht bezweckt auch den Schutz des Einzelnen vor Straftaten des Gefangenen. Gerade Vollzugslockerungen brächten – wie auch in den genannten Bestimmungen zum Ausdruck komme – erfahrungsgemäß zwangsläufig die Gefahr mit sich, dass der Gefangene während des offenen Vollzugs neue Straftaten begehe, § 10 Abs. 1 StVollzG. Im Übrigen zeige auch Ziff. 2 Abs. 3 der Verwaltungsvorschrift zu § 10 StVollzG in Übereinstimmung mit § 57 Abs. 2 StGB, dass bei jeder Vollzugslockerung der Schutz des bedrohten Rechtsguts und dessen Gewicht berücksichtigt werden müsse. Dabei sei der Schutz von Leben und sexueller Selbstbestimmung hervorragende Aufgabe des Staates und wesentliche Pflicht seiner mit der Prävention vor Straftaten befassten Amtsträger, zu denen auch die im Strafvollzug tätigen Beamten zählten. Unter diesen Umständen zähle die Pflicht, Sexualstraftäter daran zu hindern, während des Vollzugs neue einschlägige Straftaten zu begehen,

<sup>399</sup> OLG Hamburg, OLG-Report 1995, 5 (7); ähnlich beurteilt dies OLG Bamberg, OLG-Report 1998, 20 (21) unter Hinweis auf die Reichweite des § 63 StGB

der Natur des Amtsgeschäfts nach darauf, die von solchen Tätern bedrohten Personen zu schützen. Dieser Schutzzweck begründe die für eine Amtshaftung erforderliche besondere Beziehung zwischen der verletzten Amtspflicht und dem geschädigten Dritten.<sup>400</sup>

#### b. Verletzung relativ wirkender Amtspflichten

In besonderen Gewaltverhältnissen, wie z. B. dem Strafgefangenen-, Schul- oder Soldatenverhältnis wirken die Amtspflichten (nur) relativ. Denn durch eben solche öffentlich-rechtlichen Sonderverbindungen kommt ein besonderes Näheverhältnis der jeweils betroffenen Person (Schüler, Strafgefangener, Soldat) zur öffentlichen Gewalt zum Ausdruck. Dies wird unterstrichen durch die Tatsache, dass die öffentliche Gewalt kraft dieses Sonderverbindungsverhältnisses auch „erweiterte Einwirkungsmöglichkeiten“<sup>401</sup> hat. Diese jeweilige besondere Beziehung des Einzelnen reicht für die Annahme eines personellen Drittbezugs stets aus. Dies hat der BGH u. a. auch für ein Beamtenrechtsverhältnis bzw. die Fürsorgepflicht des Dienstherrn im Zusammenhang mit einer nicht unverzüglich vorgenommenen Aushändigung der Ernennungsurkunde angenommen. Nach Ansicht des BGH habe ein Beamter einen Anspruch auf Erfüllung der vom Dienstherrn jedem seiner Beamten gegenüber geschuldeten Fürsorgepflicht; eine solche Fürsorgepflicht stelle zugleich eine dem Beamten gegenüber obliegende Amtspflicht dar, die auch gegenüber den versorgungsberechtigten Angehörigen des Beamten bestehe, soweit sie durch die Verletzung der Fürsorgepflicht in ihrer Rechtstellung unmittelbar berührt werden könnten.<sup>402</sup>

Ebenso hat der BGH im Zusammenhang mit den Amts- (insbesondere Mitteilungs-)pflichten entschieden, die im Verfahren betreffend die Besetzung einer öffentlich ausgeschriebenen Stelle der Kommunalverwaltung, gegenüber konkurrierenden Mitbewerbern wahrzunehmen sind. Um einen unterlegenen Bewerber in einem beamtenrechtlichen Konkurrentenverfahren in die Lage zu versetzen, zu entscheiden, ob er eine ihn belastende negative Entscheidung angreift, muss der unterlegene Bewerber vor der Ernennung des Mitbewerbers durch eine Mitteilung

<sup>400</sup> OLG Karlsruhe, NJW 2002, 445 (446); LG Bielefeld, Urt. v. 09.10.2003 - 2 O 552/02, juris Rdziff. 33 ff.; angesichts dieser Divergenz in der obergerichtlichen Rechtsprechung in Bezug auf die Rechtsgüter Leib oder Leben von unbeteiligten Personen ist es schon nachdenkenswert, dass es der Rechtsprechung keinerlei Probleme bereitet, unter Hinweis auf die Verletzung der Menschenwürde einem Strafgefangenen einen Amtshaftungsanspruch zuzuerkennen, der gemeinsam mit anderen in einem Haftraum untergebracht sind, wenn jedem Gefangenen eine Zellengrundfläche von weniger als 5 m<sup>2</sup> zur Verfügung steht, BGHZ 161, 33 (35); BGH NJW 2006, 3572 (3572); BGH NJW 2006, 1289 (1289); OLG Hamm, Urt. v. 08.04.2011 - 11 U 76/09, juris; OLG Hamm, Urt. v. 26.01.2011 - 11 U 122/10, juris; OLG Hamm, Urt. v. 10.12.2010 - 11 U 125/10, juris

<sup>401</sup> Detterbeck/Windthorst/Sproll, § 9 Rdziff. 111 (S. 137); Ossenbühl/Cornils S. 61

<sup>402</sup> BGH ZBR 1983, 336 (337) = VersR 1983, 1031 (1033); BGHZ 29, 310 (313); BGHZ 15, 185 (187); BGH ZBR 1953, 92 (93); RGZ 146, 35 (39,40)

des Dienstherrn Kenntnis vom Ausgang des Auswahlverfahrens erlangen, wobei die bloße Feststellung, die Wahl sei nicht auf den unterlegenen Bewerber gefallen, für sich allein genommen, keine ordnungsgemäße, den Anforderungen an die Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes genügende Erfüllung dieser Mitteilungspflicht sei. Die Amts-/Mitteilungspflicht bestehe auch zugunsten des unterlegenen Beamten als eines geschützten „Dritten“, was sich insbesondere auch schon daraus ergebe, dass sie dem unmittelbaren Individualinteresse des Beamten diene.<sup>403</sup>

c. Der Erlass eines rechtswidrigen belastenden Verwaltungsakts oder die rechtswidrige Versagung/Verzögerung eines begünstigenden Verwaltungsakts

Sehr häufig wird in Amtshaftungsprozessen – unter Heranziehung eines zuvor zwischen den gleichen Parteien abgeschlossenen verwaltungsgerichtlichen Verfahrens – um den Schaden in Bezug auf einen Verwaltungsakt gestritten. Insoweit lassen sich zwei verschiedene Konstellationen identifizieren, zum einen die rechtswidrige Versagung oder Verzögerung im Zusammenhang mit dem Erlass eines begünstigenden Verwaltungsakts (VA) oder aber die Erteilung eines begünstigenden VA, der im Nachhinein, ggf. bei Nachbarwiderspruch oder aber Nachbarklage aufgehoben wird.

aa. Grundsatz: Analogie zu § 42 Abs. 2 VwGO

Wird der Amtshaftungsanspruch darauf gestützt, dass die Amtspflichtverletzung in dem Erlass eines rechtswidrigen belastenden VA oder in der rechtswidrigen Ablehnung oder Unterlassung eines begünstigenden VA bestehe, fällt nach Auffassung des BGH die Drittbezogenheit mit der Klagebefugnis gem. § 42 Abs. 2 VwGO zusammen. „Dritter“ ist demzufolge, wer durch den VA oder durch dessen Ablehnung oder Unterlassung in seinen Rechten verletzt wird.<sup>404</sup> In diesem Zusammenhang wird auch die Regelung in § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO in den Blick zu nehmen sein, wonach der VA (und der „etwaige Widerspruchsbescheid“<sup>405</sup>) vom Gericht aufgehoben wird, soweit er rechtswidrig ist und „der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt ist“. Entsprechendes gilt durch § 113 Abs. 5 VwGO. Hier schließt sich der Kreis zur Amtspflicht zu rechtmäßigem Verhalten. Die vom BGH verwendete Drittbezogenheitsformel knüpft damit an die im Verwaltungsrecht angewandte Schutznormtheorie an; danach vermitteln Drittschutz bzw. ein subjektiv öffentliches Recht nur solche Vorschriften, die nach dem in ihnen ent-

<sup>403</sup> BGHZ 129, 226 (231, 232) = NJW 1995, 2344 (2345)

<sup>404</sup> BGHZ 125, 258 (268) = NJW 1994, 1647 (1649); ebenso OLG Hamburg, OLG-Report 2006, 84 (86) = juris Rdziff. 32; Wurm, JA 1992, 1 (2); Detterbeck/Windthorst/Sproll, § 9 Rdziff. 114 (S. 138); Depert, FS Boujong, S. 535 (534, 539, 541); Stein/Itzel/Schwall Rdziff. 93 ff.; Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 173, 573, 575

<sup>405</sup> Auch der Widerspruchsbescheid ist ein VA, wie sich – direkt – aus § 79 Abs. 1 Ziff. 2 VwGO ableiten lässt, vgl. Kopp/Schenke, VwGO, § 73 Rdziff. 1

haltenen und durch Auslegung zu ermittelnden Entscheidungsprogramm zumindest auch dem Schutz von Individualinteressen derart zu dienen bestimmt ist, dass die Träger der Individualinteressen die Einhaltung des Rechtssatzes sollen verlangen können.<sup>406</sup>

Die Anlehnung an §§ 42 Abs. 2, 113 Abs. 1 S. 1, Abs. 5 VwGO wird zugegebenermaßen nur indizielle Bedeutung haben.<sup>407</sup> Denn von dem zuvor beschriebenen Grundsatz hat - wie noch darzustellen sein wird - der BGH auch Ausnahmen zugelassen, zumal Überlegungen zur personellen Betroffenheit im Rahmen der Drittbezogenheit regelmäßig die gleichen Schwierigkeiten bereiten wie die Feststellung eines die Klagebefugnis begründenden subjektiv-öffentlichen Rechts.

Der BGH begründet seine Anlehnung an § 42 Abs. 2 VwGO mit Überlegungen zur materiellen Bestandskraft eines VA bzw. zur Rechtskraft i. S. d. § 121 VwGO:

*„Sonstigen am Ausgang des Baugenehmigungsverfahrens interessierten Personen gegenüber kommt der Versagung der hier in Rede stehenden Nutzungsänderungsgenehmigung keine materielle Bestandskraft im Sinne einer Feststellungswirkung zu. Hat nicht der Grundeigentümer selbst (...), sondern eine andere Person (...) den Antrag gestellt, so ist der Eigentümer dementsprechend grundsätzlich nicht „Dritter“, sogar wenn er im verwaltungsgerichtlichen Verfahren beigelegt wird.“<sup>408</sup>*

Weiterführend wird vom BGH stets angemerkt, eine bestandskräftige Versagung einer Baugenehmigung berechtige die Behörde nicht, einen neuen Bauantrag ohne eine Sachprüfung abzulehnen, eine solche Befugnis bestehe nur, wenn eine Klage auf Erteilung der Genehmigung rechtskräftig abgewiesen worden sei, stets aber auch nur zwischen den Beteiligten des Verwaltungsrechtsstreits bzw. deren Rechtsnachfolgern, zu denen der Grundstückseigentümer dann nicht gehöre, wenn ein Dritter die Baugenehmigung beantragt und nach Antragsablehnung Leistungsklage erhoben habe:

- Erteilt die Bauaufsichtsbehörde einem - mangels Zustimmung des Grundstückseigentümers - nichtantragsberechtigten Bauwilligen einen sachlich unrichtigen Bauvorbescheid, so verletzt sie damit keine ihre dem

<sup>406</sup> BVerwGE 98, 118 (121); BVerwG, Buchholz 451.74 § 7 Nr. 1; BVerwGE 81, 329 (334); BVerwG Buchholz 451.74 § 10 Nr. 4; BVerwGE 78, 40 (43); BVerwGE 72, 226 (229); BVerwGE 52, 122 (128); OVG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 24.05.2012 - 7 A 10976/11, juris Rdziff. 21; Kopp/Schenke, VwGO, § 42 Rdziff. 66, 78 ff.

<sup>407</sup> so bereits vollkommen zu Recht: Detterbeck/Windthorst/Sproll § 9 Rdziff. 116 (S. 139)

<sup>408</sup> BGH NVwZ-RR 2008, 670 (670); BGH NJW 1994, 2091 (2092); BGH NJW 1994, 130 (130); BGH NJW 1993, 2696 (2696); BGH NJW 1993, 2303 (2303); BGHZ 119, 365 (367); Deppert, FS Boujong S. 535 (539)



Eigentümer gegenüber obliegende Amtspflicht; dieser ist nicht „Dritter“ i. S. d. § 839 Abs. 1 BGB.<sup>409</sup>

- Die Bauaufsichtsbehörde verletzt dem Grundstückseigentümer gegenüber keine Amtspflichten, wenn sie die von einem Dritten beantragte Baugenehmigung rechtsfehlerhaft versagt.<sup>410</sup>
- Wird die von den Grundstückskäufern gestellte Bauvoranfrage rechtsfehlerhaft abgelehnt, so steht dem Grundstücksverkäufer, wenn daraufhin die Käufer vom Kaufvertrag zurücktreten, kein Schadensersatz wegen Amtspflichtverletzung gegen die ablehnende Gemeinde zu. Das mittelbare Interesse des Verkäufers an der Erteilung eines positiven Bauvorbescheides und damit an der Aufrechterhaltung des Kaufvertrages reicht nicht aus, um ihn in den Schutzbereich der der Gemeinde nach § 36 BBauG im Rahmen eines Baugenehmigungsverfahrens den Antragstellern gegenüber obliegenden Amtspflichten einzubeziehen.<sup>411</sup>

Das Näheverhältnis, welches nach der Drittbezogenheitsformel die Drittbezogenheit ausmachen soll, rechtfertigt sich vor dem vorbeschriebenen Hintergrund dadurch, dass der Geschädigte mit der Behörde, für die der handelnde Amtswalter tätig geworden ist, durch ein Verwaltungs-/Antragsverfahren verbunden war.

#### bb. Ausnahmefallgruppen

Von dem vorgenannten Grundsatz, dass im Fall des Erlasses eines rechtswidrigen belastenden VA oder in der rechtswidrigen Ablehnung oder Unterlassung eines begünstigenden VA die Drittgerichtetheit (in der Regel) mit der Klagebefugnis i. S. d. § 42 Abs. 2 VwGO zusammenfällt, gibt es verschiedentliche, vom BGH geschaffene Ausnahmen.

##### (1) *Eigentumsübertragungs- und Bebauungsanspruch*

Im Baugenehmigungsverfahren trifft die Beamten der jeweils beteiligten Gemeinde die Amtspflicht, ein gem. § 36 Abs. 1 BauGB erforderliches Einvernehmen nicht gesetzwidrig zu versagen; diese Amtspflicht bestand nach – zwischenzeitlich nicht mehr aktueller – Rechtsprechung des BGH auch gegenüber einer am Verfahren formell nicht beteiligten Person (Erwerber), wenn aufgrund eines vor Antragstellung mit dem Eigentümer abgeschlossenen notariellen Vertrages dieser

---

<sup>409</sup> BGH VersR 1983, 154

<sup>410</sup> BGH NVwZ 1987, 356

<sup>411</sup> BGH NVwZ 1990, 501 (dort noch zu § 36 BBauG)

Erwerber die Befugnis erworben hat, das Grundstück zu bebauen und ihm ein Anspruch auf Übertragung des Eigentums eingeräumt worden ist.<sup>412</sup>

Der BGH gelangt auf folgendem Weg zu diesem Ergebnis. Im Grundsatz geht der III. Zivilsenat von einer Amtspflicht der jeweiligen Amtswalter gegenüber dem Baubewerber aus, dass das gem. § 36 BauGB erforderliche Einvernehmen der Gemeinde nicht versagt werden dürfe, wenn das Bauvorhaben als baurechtlich zulässig zu beurteilen sei.<sup>413</sup> Die „besondere Beziehung“, die nach näherer Maßgabe der Drittbezogenheitsformel erforderlich ist, hat der BGH für die Mitwirkung der Gemeinde in Baugenehmigungsverfahren bejaht. Es sei daher auch nicht entscheidend, dass die Voreigentümerin den Antrag auf Erteilung einer Baugenehmigung gestellt habe und sie nur formell als Bauherrin an diesem Baugenehmigungsverfahren beteiligt gewesen sei. Die Eigentümerin habe den Kläger durch den bereits vor Antragstellung abgeschlossenen notariellen Kaufvorvertrag eine Rechtsstellung vermittelt, die ihrem materiell-rechtlichen Gehalt nach der eines Bauherrn gleichgekommen sei. Der Vorvertrag habe dem Erwerber einen Anspruch auf Übertragung des Eigentums vermittelt und ihn zugleich berechtigt, alle zur Bebauung des Grundstücks erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen. Dies sei ausreichend, eine solche „besondere Beziehung“ zu bejahen. Damit seien die Interessen des Amtshaftungsklägers eben nicht nur „mittelbar und rein zufällig“ berührt worden.<sup>414</sup> Andererseits gilt es auch zu vergegenwärtigen, dass nicht offensichtlich jede „Beziehung“ bzw. jedwedes Interesse ausreichend zu sein scheint. Das Provisionsinteresse eines vom Grundstückseigentümer mit der Baureifmachung eines grundstücksbeauftragten Architekten fällt nicht in den Schutzbereich der Amtspflichten der Bauaufsichtsbehörde, die bei der Bearbeitung einer von diesem Architekten im eigenen Namen gestellten Bauvoranfrage wahrzunehmen wäre.<sup>415</sup>

Im Bereich der Bauleitplanung ist der Kreis der geschützten Personen auf die durch einen Bauleitplan betroffenen Grundstückseigentümer oder sonst dinglich Berechtigte begrenzt; denn nur diese Personen gehören zum Adressatenkreis eines Bebauungsplans.<sup>416</sup>

---

<sup>412</sup> BGHZ 93, 87 = NJW 1985, 2817, dort ebenfalls noch zu der Vorgängervorschrift des § 36 BBauG; zur neueren Rechtsprechung des BGH in Bezug auf § 36 BauGB vgl. unten S. 150.

<sup>413</sup> BGH NVwZ 1986, 504 (505); BGHZ 65, 182 (186)

<sup>414</sup> BGHZ 93, 87 (93) = NJW 1985, 2817 (2818); die bisherige Rechtsprechung zur Drittbezogenheit von Amtspflichten der Gemeinde bei der Verweigerung des Einvernehmens ist durch die Möglichkeit der Ersetzungsbefugnis (§ 36 Abs. 2 S. 3 BauGB) überholt, vgl. BGHZ 187, 51 sowie bestätigend BGH NVwZ 2013, 167

<sup>415</sup> BGHZ 125, 258 = NJW 1994, 1647

<sup>416</sup> LG Münster, Urt. v. 17.04.2009 - 11 O 167/08, juris Rdziff. 43; Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 550

(2) *Tatsächliche Interessenträgerschaft*

Ausgehend von dem zuvor dargestellten Grundsatz der Anlehnung der Drittbezogenheit an die Klagebefugnis gem. § 42 Abs. 2 VwGO hat der BGH verschiedentlich die Stellung eines „Dritten“ verneint, wenn die Person des Grundstückseigentümers nicht mit der Person des Antragstellers im Baugenehmigungsverfahren identisch ist. Nach Auffassung des BGH greift die einem Dritten versagte Baugenehmigung nicht unmittelbar in das Grundstückseigentum ein. Die Baugenehmigung sei kein „dinglicher Verwaltungsakt“. Ein bloß mittelbares – wirtschaftliches – Interesse an der Erteilung der Baugenehmigung reicht nicht aus.<sup>417</sup> Entsprechendes gilt bei von den Grundstückskäufern gestellte (und rechtswidrig abgelehnte) Bauvoranfrage; in einem solchen Fall steht dem Grundstücksverkäufer bei Rücktritt der Käufer vom Kaufvertrag kein Schadensersatz wegen Amtspflichtverletzung zu.<sup>418</sup> Diese für den Bereich des öffentlichen Bau(plannungs-)rechts maßgebliche Rechtsprechung gilt auch für andere Bereiche.<sup>419</sup>

Der BGH hat – in Ergänzung zu der Fallgruppe des Eigentumsübertragungs- und Bebauungsanspruchs – einen weiteren Ausnahmefall in Erwägung gezogen. Die Klägerin in jenem Verfahren war mit der Ausstattung und dem Betrieb von Spielhallen befasst und verfolgte den Plan, selbst eine Spielhalle zu betreiben. Mit der Einholung der dazu erforderlichen Nutzungsänderungsgenehmigung für ein konkretes Objekt beauftragte die Klägerin eine andere Firma. Nach Ablehnung der beabsichtigten Nutzungsänderung und erfolglosem Widerspruchsverfahren wurde von der beauftragten Firma Klage erhoben, wobei die Klage durch in Rechtskraft erwachsenes Urteil des Verwaltungsgerichts abgewiesen wurde. Da die Amtshaftungsklägerin zwischenzeitlich aber das von ihr ins Auge gefasste Ladenlokal angemietet hatte, wurde nun um entgangenen Gewinn gestritten. Der III. Zivilsenat sah es als zweifelhaft an, ob die Rechtsstellung der Klägerin durch die Ablehnung des von der von ihr beauftragten Firma gestellten Bauantrags überhaupt unmittelbar betroffen sein könne und verwies dazu auf seine bisher ergangene Rechtsprechung; diese Frage konnte jedoch auf sich beruhen. Denn selbst dann, wenn man in Abkehr von der früheren Rechtsprechung eine unmittelbare Betroffenheit deswegen bejaht hätte, weil die Firma lediglich im Auftrag der Klägerin gehandelt hätte und die Klägerin selbst die Baugenehmigung als Rechtsnachfolgerin der Firma zu nutzen beabsichtigt hatte und mithin von vornherein im

---

<sup>417</sup> BGH NVwZ 1987, 356 (356)

<sup>418</sup> BGH NVwZ 1990, 501 (501), dort unter Hinweis auf die vorherige Entscheidung BGH NVwZ 1987, 356 sowie BGH VersR 1986, 95 (95) sowie BGH NVwZ 1983, 698 (699)

<sup>419</sup> BGH NJW 1981, 2347 (2347), dort zur nicht gegenüber dem Verpächter einer Gaststätte wirkenden Amtspflicht zur richtigen Führungszeugniserteilung; BGHZ 69, 128 (136), dort zur Haftung für Fluglotsenstreik; BGHZ 65, 196 (198), dort zur Wehrdienstfeststellung eines nicht Dienstfähigen; BGHZ 63, 35 (39), dort zur Erteilung eines unrichtigen Zeugnisses über die Fortsetzung der ehelichen Gütergemeinschaft; BGHZ 56, 40 (45, 46), dort zur Haftung für „legislatives Unrecht“ (Wohnraumbewirtschaftungsgesetz)

wirtschaftlichen Sinn eigentliche Bauherrin gewesen sei, ändere dies im Ergebnis nichts daran, dass die Klägerin nicht die Rechtsstellung einer geschützten „Dritten“ erlangt hatte.<sup>420</sup> Das heißt:

Der BGH hat nicht von vornherein das von der Revision vorgebrachte Argument zurückgewiesen, dass die Rechtsstellung der Klägerin durch den gestellten Bauantrag (Nutzungsänderungsantrag) unmittelbar betroffen sein könnte; im vorliegenden Fall konnte dies aber aus anderen Erwägungen heraus dahinstehen. Mithin wird man diese Fallgestaltung auch tatsächlich als Ausnahmefall begreifen müssen, wobei inhaltlich nur schwerlich eine Abgrenzung zu denjenigen Fällen möglich sein dürfte, in denen sich der BGH bereits ablehnend zu der Rechtsstellung des „Dritten“ geäußert hat.<sup>421</sup>

An der restriktiven Handhabung in Bezug auf den „Dritten“ ändert im Übrigen auch die prozessuale Möglichkeit der Beiladung i. S. d. § 65 VwGO nichts.<sup>422</sup> Bei einer Beiladung handelt es sich um eine rein prozessuale Maßnahme, welche dazu bestimmt ist, die Interessen Dritter zu achten und beachten, weil sie gerade nicht als Prozesspartei am Verwaltungsstreitverfahren beteiligt sind. Für eine Beiladung i. S. d. § 65 Abs. 1 VwGO genügt allerdings schon die bloße Möglichkeit, dass ggf. rechtliche Interessen von dritten Personen betroffen sein können. Dies hat nichts mit der Frage zu tun, ob Behörden bzw. deren Amtswaltern besondere Amtspflichten diesem Personenkreis gegenüber obliegen.<sup>423</sup>

### (3) *Alleingesellschafter als wirtschaftlicher und rechtlicher Baubewerber*

Als Ausnahmefall wurde es ebenfalls angesehen, wenn ein Grundstückseigentümer einen Bauantrag für eine im Planungsstadium befindliche Bauherrngemeinschaft (als deren alleiniger Gesellschafter) gestellt hat und die Verhandlungen weiterführte, nachdem das Bauherrenmodell in ein Erwerbermodell umgewandelt worden war. Dies gab für den BGH den Anlass, die Alleingesellschafterin in wirtschaftlicher und rechtlicher Hinsicht als Baubewerberin anzusehen, sodass Amtspflichten der Behörde im Baugenehmigungsverfahren auch ihr gegenüber als bestehend angenommen wurden.<sup>424</sup> Die vorgenannte Ausnahme knüpft indessen nicht allein an den Status als Alleingesellschafter an. Denn dieser Umstand bringt einem Amtshaftungskläger keinen Vorteil, wie der BGH in einer jüngeren Entscheidung festgestellt hat. Stellt nämlich der Alleingesellschafter und zugleich alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer einer GmbH (im eigenen Namen) einen Antrag auf Genehmigung einer Nutzungsänderung für ein im Eigentum der GmbH stehendes Grundstück, so ist die GmbH bei rechtswidriger Ablehnung des

<sup>420</sup> BGH NVwZ 1992, 204

<sup>421</sup> vgl. dazu die Angaben auf S. 138 ff.

<sup>422</sup> BGH NVwZ-RR 2008, 670 (671); BGH NJW 1994, 2091 (2092, 9093)

<sup>423</sup> BGH NJW 1994, 2091 (2093)

<sup>424</sup> BGHZ 119, 365 (368) = NJW 1993, 530 (531)

Antrags grundsätzlich nicht geschützter „Dritter“ im amtshaftungsrechtlichen Sinn.<sup>425</sup> Der BGH verwies darauf, es sei nicht erkennbar, dass die Klägerin (GmbH) selbst aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen gehindert gewesen sein könnte, das verwaltungsrechtliche Genehmigungsverfahren zu betreiben. Die mit der Verselbständigung der Rechtspersönlichkeiten des Geschäftsführers als natürlicher Person einerseits und der Klägerin als juristischer Person andererseits verbundenen Konsequenzen unterschiedlicher Reichweite des amtshaftungsrechtlichen Drittschutzes müssten die Beteiligten hinnehmen.<sup>426</sup> Ebenso wenig ist eine sämtliche Anteile der GmbH haltende AG „Dritte“ i. S. d. § 839 BGB; mithin kann ein der AG entstandener Schaden nicht nach Amtshaftungsgrundsätzen verlangt werden, wenn – wegen vermeintlich verdeckter Gewinnausschüttung zugunsten von Altgesellschaftern – amtspflichtwidrig Steuerbescheide gegenüber einer GmbH erlassen werden.<sup>427</sup>

cc. Erfordernisse zur Erlangung der Rechtsstellung eines „Dritten“

Die vorstehende Darstellung der Rechtsprechung des BGH zur Anwendung von § 42 Abs. 2 VwGO bzw. der gebildeten Ausnahmefälle belegt, dass das wirtschaftliche Interesse nicht von ausschlaggebender Bedeutung sein kann. Die wirtschaftlichen Interessen, mögen sie auch noch so bedeutsam sein, haben dem III. Zivilsenat zu keinem Zeitpunkt ausgereicht, die Position eines „Dritten“ zu begründen.<sup>428</sup> Entscheidend bleibt, ob der Amtshaftungskläger durch das jeweilige Gepräge des Sachverhalts eine Rechtsstellung erlangt hat, die der eines Bauherrn gleich zu erachten ist. Dies wiederum findet seinen Grund in dem objektbezogenen Charakter der Baugenehmigung, die auch für und gegen Rechtsnachfolger des Bauherrn und der Nachbarn Geltung beansprucht.<sup>429</sup> Wird diese Rechtsstellung jedoch nicht vermittelt, sondern verbleibt es (lediglich) bei der Annahme eines erheblichen wirtschaftlichen Interesses, stellt sich die jeweilige klägerische Betroffenheit lediglich als Partizipation in Gestalt eines bloßen (amtshaftungsrechtlich nicht relevanten) Reflexes dar.

Die Entscheidung, mit der der BGH die Drittbezogenheit der Amtspflicht gegenüber einem Architekten bejaht hatte, der eine Bauvoranfrage im eigenen Namen gestellt hatte und vor diesem Hintergrund zugleich Adressat des (rechtswidrigen ablehnenden) Bescheides war<sup>430</sup>, stellt keinen Widerspruch zu der dargestellten Rechtsprechung dar. Denn in allererster Linie ist – wie bereits oben ausgeführt wurde – maßgeblich, ob der Kläger im Amtshaftungsprozess zugleich Antragsteller im Baugenehmigungsverfahren war. Ist dies zu bejahen, steht dies der Annah-

<sup>425</sup> BGH NVwZ-RR 2008, 670 (671)

<sup>426</sup> BGH NVwZ-RR 2008, 670 (671)

<sup>427</sup> OLG Hamburg OLG-Report 2006, 84

<sup>428</sup> Deppert, FS Boujong, S. 535 (542)

<sup>429</sup> BGHZ 93, 87 (92, 93)

<sup>430</sup> BGHZ 125, 258 = NJW 1994, 1647

me eines „Dritten“ nicht entgegen. Eine andere Frage ist es freilich, ob der Schaden der von dem vom Grundstückseigentümer verschiedenen Personen als von dem sachlichen Schutzbereich der Amtspflicht umfasst angesehen werden kann.<sup>431</sup>

Die Regelung des § 42 Abs. 2 VwGO ist indessen nur als eine Orientierung zu verstehen. Auch aus anderen Bestimmungen können sich Rechtspositionen zur Bestimmung des „Dritten“ ableiten. Nach Auffassung des LG Köln solle die Vorschrift des § 54 Abs. 2 Ziff. 4 GWB gewährleisten, dass die Interessen eines Veräußerers bereits im Verwaltungsverfahren Berücksichtigung fänden; der Zweck des § 63 GWB bestehe darin, den am Kartellverfahren Beteiligten (also auch dem Veräußerer) Rechtsschutzmöglichkeiten zu verschaffen, was wiederum den Veräußerer zu einem „Dritten“ werden lasse.<sup>432</sup>

Nach Auffassung des BGH sei in den Schutzbereich der nach § 1 Abs. 2 GVO bestehenden, der Sicherung des Unterlassungsanspruchs gem. § 3 Abs. 3 VermG dienenden Amtspflicht, eine Grundstücksverkehrsgenehmigung nur unter den dort näher bestimmten Voraussetzungen zu erteilen, nur der materiell restitutionsberechtigten Antragsteller einbezogen.<sup>433</sup>

#### d. Der Erlass eines begünstigenden, rechtsgewährenden VA

##### aa. Allgemeines

Nicht nur, aber auch bei Bauverwaltungsakten muss danach differenziert werden, ob die Amtspflichtverletzung darin besteht, dass dem Antragsteller gegenüber ein rechtswidriger Bescheid erlassen worden ist oder aber der Antragsteller einen begünstigenden, rechtsgewährenden VA erhalten hat, welcher im Nachhinein aufgehoben worden ist. Nur im erstgenannten Fall, d. h. bei Erlass eines rechtswidrigen VA greift die vom BGH entwickelte Faustformel, dass die Drittgerichtetheit mit der Klagebefugnis gem. § 42 Abs. 2 VwGO zusammenfällt. Besteht die Amtspflichtverletzung hingegen im Erlass eines begünstigenden positiven Bescheides, greift diese Faustformel gerade nicht, denn der Antragsteller, der einen ihn begünstigenden VA erhalten hat, ist nicht beschwert, eine Klagebefugnis i. S. d. § 42 Abs. 2 VwGO muss zwangsläufig ausscheiden.<sup>434</sup> Da mithin eine Indizwirkung mangels Eröffnung eines Rechtsbehelfs in einem solchen Fall zu verneinen ist, weicht die Rechtsprechung im Fall des Erlasses eines begünstigenden, rechtsgewährenden VA auf eine anderweitige Erwägung aus, nämlich auf die Frage, ob und inwieweit die durch den VA vermittelte Gewährung einer Rechts-

<sup>431</sup> s. dazu u. S. 154 ff.

<sup>432</sup> LG Köln, Urt. v. 26.02.2013 - 5 O 86/12, juris Rdziff. 32; bestätigt durch OLG Köln, Urt. v. 26.03.2014 - VI-U (Kart) 43/13, juris

<sup>433</sup> BGH, Urt. v. 20.11.2014 - III ZR 494/13, juris

<sup>434</sup> Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 173 a. E.; Wurm, JA 1992, 1 (2); Papier in: MünchKomm BGB, § 839 Rdziff. 206; Papier DZWIR 1997, 221 (222); de Witt/Burmeister, NVwZ 1992, 1039 (1040)

position eine Verlässlichkeitsgrundlage darstellen kann. Bei behördlichen Maßnahmen wird mithin untersucht, ob dadurch ein „Vertrauenstatbestand“ geschaffen wurde.

#### bb. Schutzwürdigkeit des Vertrauens

Nicht erst bei der Frage nach dem sachlichen Schutzbereich kommt es mithin auf die Schutzwürdigkeit des Vertrauens an, sondern auch bereits im personellen Schutzbereich. Insbesondere wurde diese Rechtsprechung im Bereich des öffentlichen Bau(ordnungs-)rechts entwickelt:

*„Für die Baugenehmigung hat der Senat ausgeführt, dass die zuständige Behörde auf die Interessen des Bauherrn Rücksicht zu nehmen hat, als sie ihm nicht ohne ausreichende rechtliche Grundlage deren Erteilung verweigern darf. Darüber hinaus fällt mit ihrer Erteilung das bis dahin bestehende Bauverbot, und der Bauherr ist nunmehr befugt, mit dem Bauen entsprechend der Genehmigung zu beginnen. Es wird deshalb für ihn mit der Baugenehmigung ein Vertrauensstatbestand geschaffen, dass er nunmehr davon ausgehen darf, dass der der Baugenehmigung entsprechenden Durchführung seines Bauvorhabens (öffentlich-)rechtliche Hindernisse nicht entgegenstehen und er dementsprechend wirtschaftlich disponieren kann.“<sup>435</sup>*

Ausgehend von dem vorbeschriebenen Maßstab sowie davon, dass z. B. die Baugenehmigung nicht „personenbezogen“, sondern vielmehr „objektbezogen“ ist, schlussfolgert die Rechtsprechung, dass der Kreis der geschützten Dritten im Fall der Erteilung eines begünstigenden VA (der sich im Nachhinein als rechtswidrig herausstellt) weiter zu ziehen und keineswegs auf die Person des antragstellenden Bauherrn beschränkt ist.<sup>436</sup> Mithin hat z. B. die Baugenehmigungsbehörde bei der Erteilung einer Baugenehmigung zu berücksichtigen, dass durch die Erteilung der Baugenehmigung oder aber des Bauvorbescheides nicht nur die Interessen des Antragstellers selbst, sondern auch anderer Personen betroffen sind. Mithin kann sich der Kreis der geschützten Dritten auch auf diejenigen Personen erstrecken, die in schutzwürdigem Vertrauen auf den Bescheid unmittelbar die Verwirklichung des konkreten Bauvorhabens in Angriff nehmen wollten und zu diesem Zweck konkrete Aufwendungen für die Planung des Vorhabens tätigen bzw. getätigt haben. Dies jedenfalls gilt in den Grenzen eines überschaubaren zeitlichen und sachlichen Zusammenhangs.<sup>437</sup> Folgende Personen hat die Rechtsprechung als in den Schutzbereich aufgenommen angesehen (Auswahl):

<sup>435</sup> BGH NJW 2009, 1207 (1208); BGHZ 144, 394 (396); BGHZ 134, 268 (276); BGHZ 109, 380 (394); BGHZ 105, 52 (54); BGHZ 60, 112 (116); BGH NVwZ 1995, 620 (622); BGH NJW 1994, 2087 (2088); BGH VersR 1992, 698 (699); Krohn, ZfBR 1994, 8 (11); Seiters, NordÖR 2010, 477 (478); BGH NJW 1980, 2578 (2579); BGH NJW 1969, 234 (235); Papier, DZWIR 1997, 221 (222); Deppert, FS Boujong, S. 533 (535)

<sup>436</sup> Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 579; Seiters, NordÖR 2010, 477 (478); Stein/Itzel/Schwall Rdziff. 120 ff.

<sup>437</sup> BGHZ 122, 317 (321); Seiters, NordÖR 2010, 477 (478)

- Der Rechtsnachfolger des Bauantragstellers, der im Hinblick auf die Baumaßnahme Aufwendungen getätigt hat.<sup>438</sup>
- Die GmbH, die zum Zwecke der Planung und Durchführung eines Vorhaben gegründet worden ist und deren Gesellschafter einen – sich im Nachhinein als rechtswidrig herausgestellten – Bauvorbescheid erhalten hat.<sup>439</sup>
- Der Käufer, der ein Grundstück im Hinblick auf einen Bauvorbescheid und die darin ausgewiesene Baulandqualität von dem Adressaten dieses Bescheides erwirbt.<sup>440</sup>

Als nicht zum Schutzbereich zugehörig hat die Rechtsprechung indes folgende Personen angesehen (Auswahl):

- Der Erwerber eines denkmalgeschützten Hauses, der den Denkmalschutzbehörden eine pflichtwidrige Versäumung der Information über die Feststellung der Denkmalseigenschaft (gegenüber den früheren Eigentümern) vorhält.<sup>441</sup>
- Der Bauunternehmer, der für den Bauherrn tätig wird, nachdem diesem eine Baugenehmigung erteilt worden ist.<sup>442</sup>
- Der Architekt, der im Rahmen einer für seinen Auftraggeber erteilten rechtswidrigen Baugenehmigung tätig wird.<sup>443</sup>

Geht es um die Erteilung eines begünstigenden, sich im Nachhinein als rechtswidrig herausstellenden VA, fallen die Primär- und Sekundärschutzebenen auseinander, da eine Bezugnahme auf § 42 Abs. 2 VwGO – mangels Klagebefugnis des Antragstellers – nicht weiterführt. Um in einem solchen Fall sachgerechte Ergebnisse erzielen zu können, greift die Rechtsprechung bereits im personellen Schutzbereich auf das Vertrauensschutzkriterium zurück; diese ursprünglich für

<sup>438</sup> BGHZ 144, 394 (396); BGH NJW 1991, 2696 (2697)

<sup>439</sup> BGHZ 122, 317 (321)

<sup>440</sup> BGH NJW 1994, 130 (130)

<sup>441</sup> BGH NJW 2013, 3370 (3371/2) = juris Rdziff. 17

<sup>442</sup> BGHZ 93, 87 (93); BGH NJW 1980, 2578 (2579)

<sup>443</sup> Angabe bei Seiters, NordÖR 2010, 478 (479), dort zu FN 23 sowie das durch Vergleich beendete Verfahren BGH - III ZR 318/07: Die Planung des Architekten sei bei Erteilung der Genehmigung bereits abgeschlossen, sodass diese dem Architekten keine verlässliche Grundlage für die Planung mehr bieten könne.



den Bereich der Baugenehmigung entwickelte Rechtsprechung<sup>444</sup> ist auch auf das atomrechtliche Genehmigungsverfahren übertragen worden.<sup>445</sup>

e. Grad der Drittbetroffenheit als Indiz für die Drittbezogenheit?

Aus der Drittbezogenheitsformel ergibt sich, dass nur solche Personen als „Dritte“ gelten, deren Belange nach dem Gesetz und der rechtlichen Bestimmung des Amtsgeschäfts geschützt oder gefördert werden sollen. Anderen Personen gegenüber tritt, selbst wenn sich die Amtspflichtverletzung auf sie mehr oder weniger nachteilig auswirkt, eine Ersatzpflicht nicht ein. Mit anderen Worten kommt es nach Auffassung des BGH auf den Grad der Betroffenheit nicht an, abzustellen ist stets auf die „besondere Beziehung zwischen der verletzten Amtspflicht und dem geschädigten Dritten“. <sup>446</sup> Dieser Ansatz gibt besonderen Anlass zum Nachdenken, wenn – worauf in der Literatur bereits hingewiesen wurde<sup>447</sup> – eine hoheitliche Maßnahme die Grundrechte von einzelnen oder mehreren Personen beeinträchtigt, ohne dass zugleich eine drittschützende Regelung besteht. In einem solchen Fall müssten konsequenterweise Amtshaftungsansprüche verneint werden. Hat indessen die hoheitliche Maßnahme einen derart intensiven Beeinträchtigungsgrad bei einem individualisierbaren Personenkreis, dass dort Grundrechte beeinträchtigt worden sind, wird zu vergegenwärtigen sein, dass Grundrechte einerseits regelmäßig einklagbare subjektive öffentliche Rechte des Einzelnen gegen den Staat darstellen, andererseits die maßgebende Eigenschaft der Grundrechte darin besteht, dass sich der Staat für seine Beeinträchtigungen von grundrechtlich geschützten Freiheitsrechten zu rechtfertigen hat. <sup>448</sup> Sicherlich wird man auch zu berücksichtigen haben, dass keine allgemeine, unmittelbar aus den Grundrechten abzuleitende Verpflichtung des Staates besteht, seine Bürger vor dem Verlust von Einnahmen zu schützen, die ihm durch wildlebende Tiere entstehen können; vielmehr ist es Sache des Einzelnen, sich bei seiner landwirtschaftlichen Tätigkeit auf die natürlichen Rahmenbedingungen und ggf. auch auf deren Änderung einzustellen. Einnahmeausfälle im Bereich des Tabakanbaus infolge des Rabenvogelbestandes begründen daher keinen Amtshaftungs- bzw. Entschädigungsanspruch. <sup>449</sup> Gleichwohl sind aktive hoheitliche Maßnahmen denkbar, die sich grundrechtsrelevant und intensiv für einzelne Personen auswirkt. Wenn – auf der Ebene des Primärrechtsschutzes – diesbezüglich ein subjektives öffentliches Recht

<sup>444</sup> BGHZ 122, 317 (321); BGHZ 60, 112 (116); vgl. dazu auch Krohn, FS Boujong S. 573 (573); Boujong, WiVerw 1991, 61 (92, 95)

<sup>445</sup> BGHZ 134, 268 (277) „Mülheim-Kärlich“

<sup>446</sup> BGHZ 134, 268 (276); BGHZ 110, 1 (9); BGHZ 108, 224 (227); BGHZ 106, 323 (331); BGHZ 93, 87 (91); BGHZ 90, 310 (311); BGHZ 56, 40 (45); Detterbeck/Windthorst/Sproll § 9 Rdziff. 104 (S. 135); Deppert, FS Boujong S. 533 (533)

<sup>447</sup> Detterbeck/Windthorst/Sproll § 9 Rdziff. 106 (S. 135)

<sup>448</sup> Müller-Franken in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, GG, Vorb. Art. 1 Rdziff. 3; Kopp/Ramsauer, VwVfG Einf. Rdziff. 75

<sup>449</sup> OLG Karlsruhe MDR 2010, 1117 (1118) = VersR 2010, 1501 (1502)

angenommen werden kann, so sollte sich dann auf der Sekundärebene das Amtshaftungsrecht nicht davor verschließen. Denn anderenfalls geriete man die Gefahr, dass ein als schutzwürdig anerkanntes Individualinteresse allein aus dogmatischen Gründen durch die Rechtsordnung als rechtsschutzlos entlarvt werden könnte; auf diese Weise würde sich die Rechtsordnung selbst infrage stellen.<sup>450</sup>

Diesen Schritt hat die Rechtsprechung indes noch nicht vollzogen. Der Umstand, dass im Einzelfall die Rechtsgüter von Leben und Gesundheit tangiert sein können, vermag nach Ansicht des BGH nicht „automatisch“ eine Drittgerichtetheit der in Rede stehenden Amtspflicht zu begründen; vielmehr bedarf es auch in solchen Fällen jeweils der Abgrenzung von individuell geschützten Interessen einerseits und von Allgemeininteressen andererseits, mögen letztere auch Reflexwirkungen zugunsten einzelner Personen entfalten.<sup>451</sup> In Ansehung der Drittbezogenheitsformel und des darin auftauchenden Terminus 'von der „besonderen Natur des Amtsgeschäfts“ stellt sich die Frage, ob nicht eine für die Drittbezogenheit notwendige Individualisierung durch eine güterrechtsspezifische und sachverhaltskonforme Auslegung herbeigeführt werden kann. Ob daher die bereits vorerwähnte Rechtsprechung des BGH, letztlich auch unter dem Einfluss der Rechtsprechung des EuGH, aufrechterhalten bleiben kann, erscheint fraglich.

#### f. Arbeitsteiliges Zusammenwirken von Fachbehörden

Die vom BGH verwendete Drittbezogenheitsformel beantwortet die Frage nach dem Kreis der Ersatzberechtigten, mithin danach, ob der Amtshaftungskläger als „Dritter“ angesehen werden kann. In diesem Zusammenhang sollte aber nicht unerwähnt bleiben, dass auch das arbeitsteilige Zusammenwirken von Fachbehörden als ein Aspekt der Drittgerichtetheit – wengleich aus einem anderen Blickwinkel – angesehen werden muss:

Wenn sich eine Behörde, die eine Verwaltungsentscheidung zu treffen hat, der Mithilfe einer anderen (Fach-)Behörde versichert, so blieb im Außenverhältnis bis vor einiger Zeit nach Maßgabe der Rechtsprechung nur die Sachentscheidende absetzende Behörde amtshaftungsrechtlich verantwortlich. Der faktische Einfluss, den die um Amtshilfe gebetene Fachbehörde auf diese Sachentscheidung nehmen konnte, reichte für eine Überwälzung der Verantwortung im Außenverhältnis nicht aus, die Einflussnahme der Fachbehörde wirkte allenfalls als bloßer Reflex zugunsten (oder zulasten) des Antragstellers, ohne diesem jedoch die Stellung eines geschützten Dritten i. S. d. Amtshaftungsrechts zu verschaffen. Demgemäß bestanden die dem zur Prüfung immissionsschutzrechtlicher Belange in Baugenehmigungsverfahren berufenen (staatlichen) Gewerbeaufsichtsamt obliegenden Amtspflichten nicht zugleich gegenüber den Beteiligten des Baugenehmigungsver-

<sup>450</sup> zu diesem Argument: Rinne, FS Boujong, S. 633 (639)

<sup>451</sup> BGHZ 129, 17 (19) = NJW 1995, 1828 (1829); BGH NJW 1994, 2415 (2416)

fahrens als „Dritten“.<sup>452</sup> Diese Rechtsprechung hat der BGH in der hier sog. Gutachterausschuss-Entscheidung<sup>453</sup> abgeändert:

*„Die haftungsrechtliche Ordnung kann nicht daran vorbeigehen, dass die Aufklärung des relevanten Sachverhalts in solchen Fällen tatsächlich arbeitsteilig erfolgt und die Stellungnahme einer Fachbehörde unter diesen Umständen die Bedeutung eines sachverständigen Gutachtens gewinnt und diese ersetzt. Indem die von der zuständigen Behörde eingeschaltete Fachbehörde auf der Grundlage arbeitsteiligen Zusammenwirkens ihr überlegenes Fachwissen in die zu treffende Entscheidung einbringt, gewinnt ihre Mitwirkung – ihr erkennbar – im Verhältnis zum Bürger eine über die innerbehördliche Beteiligung hinausgehende Qualität. Sie dann ebenso wie die nach außen tätig werdende Behörde gehalten, bei der Ausübung des Amtsgeschäfts auch die Interessen des betroffenen Bürgers zu wahren. In diesen Fällen wirken die Amtspflichten der Fachbehörde in den Schutzbereich der Amtspflichten, welche die zur Endentscheidung berufene Behörde dem Bürger gegenüber wahrzunehmen hat, hinein und erlangen ihrerseits drittschützenden Gehalt. Damit ist zugleich die Parallelwertung zu den Fallgestaltungen vollzogen, in denen nach der Rechtsprechung für den Bereich privatrechtlicher Rechtsbeziehungen anerkannt ist, dass die Beauftragung eines Sachverständigen Schutzwirkung zugunsten eines Dritten entfalten kann, gegenüber dem der Auftraggeber von dem Gutachten Gebrauch machen will. Diese Schutzwirkung kann unmittelbare Schadensersatzansprüche des Dritten gegen den Sachverständigen begründen.“<sup>454</sup>*

Demgemäß kam der BGH in der Gutachterausschuss-Entscheidung zu dem Ergebnis, dass die Amtspflichten, die der im Rahmen eines sanierungsrechtlichen Genehmigungsverfahrens gem. §§ 144, 145 BauGB von der Genehmigungsbehörde intern mit der Wertermittlung beauftragte Gutachterausschuss wahrzunehmen hat, auch zugunsten des Antragstellers des Genehmigungsverfahrens als eines geschützten „Dritten“ bestehen kann.

In prozessualer Hinsicht bedeutet dies aus Sicht des Amtshaftungsklägers, dass er vor dem Hintergrund dieses arbeitsteiligen Zusammenwirkens sowohl die die Entscheidung erlassende Behörde als auch die dabei mitwirkende Fachbehörde (bzw. die im Rahmen der behördlichen Organisation maßgeblich Anstellungskörperschaft) verklagen sollte. Die in Anspruch genommene Behörde, die die Sachentscheidung erlassen hat, sollte nach Eröffnung des (auch gegen sie gerichteten) Amtshaftungsklageverfahrens eine Streitverkündigung gegenüber der von ihr beauftragten Fachbehörde (bzw. der im Rahmen der behördlichen Organisation maßgeblichen Anstellungskörperschaft) in Erwägung ziehen. Wenn die erlassene Sachentscheidung der einen Behörde maßgeblich auf die Begutachtung einer Fra-

---

<sup>452</sup> BGH NVwZ 1991, 707 (709)

<sup>453</sup> BGHZ 146, 365 = NVwZ 2001, 1074; vgl. dazu auch Rohlfing, MDR 2002, 254 ff.; Detterbeck, JuS 2002, 127 ff.

<sup>454</sup> BGHZ 146, 365 (369) = NVwZ 2001, 1074 (1075), unter Hinweis auf BGH NJW 2001, 514 sowie BGHZ 127, 378 = NJW 1995, 392

ge durch die Fachbehörde zurückzuführen ist, im Innenverhältnis also die Fachbehörde die ausschließliche Verantwortung trägt, stellt sich im Innenverhältnis die Frage des Gesamtschuldnerausgleichs. Um zu verhindern, dass etwaige Ausgleichsansprüche der Verjährung anheim fallen können, wäre die Streitverkündung bezüglich der mitverklagten Fachbehörde angezeigt.<sup>455</sup>

Als arbeitsteiliges Zusammenwirken kann auch die Herbeiführung des Einvernehmens i. S. d. § 36 BauGB angesehen werden. Während der BGH ursprünglich zu § 36 BauGB in der bis zum Inkrafttreten des Bau- und Raumordnungsgesetzes von 1998<sup>456</sup> geltenden Fassung die Ansicht vertrat, eine besondere Beziehung zwischen der verletzten Amtspflicht und dem Bauwilligen (als ein insoweit geschützter Dritter) sei anzunehmen, wenn ein planungsrechtlich zulässiges Vorhaben durch eine unberechtigte Versagung des Einvernehmens vereitelt oder verzögert werde, wurde diese Rechtsansicht nunmehr ausdrücklich aufgegeben:

Der nach Ansicht des III. Zivilsenats des BGH maßgebliche Grund für die Annahme einer drittgerichteten Amtspflicht seitens der Gemeinde bei der Entscheidung über die Einvernehmenserteilung sei mit der Einführung der Ersetzungsbefugnis (§ 36 Abs. 2 S. 3 BauGB) entfallen; d. h. der Gemeinde obliegen im Baugenehmigungsverfahren bei der Verweigerung des gemeindlichen Einvernehmens keine den Bauwilligen drittschützenden Amtspflichten, wenn die Baugenehmigungsbehörde das rechtswidrigerweise verweigerte Einvernehmen ersetzen könnte.<sup>457</sup> Das wiederum bedeutet, dass in einem solchen Fall ein Amtshaftungsanspruch nur noch gegen den Träger der Baugenehmigungsbehörde durchgesetzt werden kann.

#### g. Drittbezogenheit bei juristischen Personen des öffentlichen Rechts

Die Anwendung des Amtshaftungsanspruchs ist nicht auf „Dritte“ als natürliche Personen beschränkt. Auch Hoheitsträger können „Dritte“ sein. Die Regelung in Art. 34 S. 1 GG steht nicht entgegen, ganz im Gegenteil ist diese Vorschrift auch zugunsten von Hoheitsträgern anwendbar.<sup>458</sup>

##### aa. Allgemeines

Der BGH sieht mit folgender Formulierung in ständiger Rechtsprechung juristische Personen des öffentlichen Rechts als „Dritte“ an:

<sup>455</sup> BGHZ 175, 221 = NVwZ 2009, 132; Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 72, 76; zum amtshaftungsbezogenen Gesamtschuldnerausgleich: Rohlfig, KommJur 2011, 326 ff.

<sup>456</sup> BGBl. I 1997, S. 2081 ff.

<sup>457</sup> BGH NVwZ 2013, 167 (168) = juris Rdziff. 17; BGHZ 187, 51 (54 f.); dazu auch Jeromin, BauR 2011, 456; Schlarmann/Krappel, NVwZ 2011, 215; Schoch, NVwZ 2012, 777; Schröder/Kullick, NZBau 2012, 31; Tremml/Luber, UPR 2013, 81; Singbartl/Wehowsky, NVwZ 2013, 1525

<sup>458</sup> Detterbeck/Windthorst/Sproll § 9 Rdziff. 162 (S. 158); Ossenbühl/Cornils S. 72

*„Der Umstand, dass der Kläger eine juristische Person des öffentlichen Rechts ist, steht seiner Einbeziehung in den Schutzbereich allerdings nicht von vornherein entgegen. Zwar werden im Allgemeinen die zwischen verschiedenen Körperschaften des öffentlichen Rechts bestehenden Pflichten lediglich solche sein, die eine ordentliche Verwaltung gewährleisten. Der Amtsträger handelt insoweit in Wahrnehmung des allgemeinen öffentlichen Interesses an einer rechtmäßig funktionierenden Verwaltung. Auch dann, wenn der Dienstherr des Amtsträgers und eine andere Körperschaft bei der Erfüllung einer ihnen gemeinsam übertragenen Aufgabe gleichsinnig und nicht in Vertretung einander widerstreitender Interessen derart zusammenwirken, dass sie im Rahmen dieser Aufgabe als Teil eines einheitlichen Ganzen erscheinen, können jene Pflichten, die dem Amtsträger im Interesse der Förderung des gemeinsam angestrebten Ziels obliegen, nicht als dritgerichtete Amtspflichten angesehen werden, deren Verletzung außerrechtliche Amtshaftungsansprüche der geschädigten Körperschaft auslöst. Eine juristische Person des öffentlichen Rechts kann aber dann Dritte sein, wenn sie der Anstellungskörperschaft des Amtsträgers in der Weise gegenübersteht, wie es für das Verhältnis zwischen dem Dienstherrn des Amtsträgers und dem Bürger, der sich auf die Verletzung einer ihm gegenüber bestehenden Amtspflicht beruft, charakteristisch ist. Die Ersatz verlangende Körperschaft muss der Anstellungskörperschaft des die Amtspflicht verletzenden Bediensteten im Hinblick auf die wechselseitigen – widerstreitenden und vom Amtsträger eben um des Schutzes der anderen Körperschaft willen zu wahren – Interessen der Beteiligten gewissermaßen als „Gegner“ gegenüberstehen.“<sup>459</sup>*

Nur ausnahmsweise kann also eine juristische Person des öffentlichen Rechts nach näherer Maßgabe der vorbeschriebenen Rechtsprechung „Dritter“ sein, und zwar (lediglich) dann, wenn der für die Körperschaft tätige Amtsträger bei der Erledigung seiner Dienstgeschäfte der anderen – geschädigten – Körperschaft gegenüber auftritt, wie es für das Verhältnis zwischen Behörde und Staatsbürger charakteristisch ist; insbesondere gilt dies im Verhältnis von Gemeinden zu den die Rechtsaufsicht in Selbstverwaltungsangelegenheiten ausübenden Behörden, da die staatliche Kommunalaufsicht den Gemeinden gegenüber Amtspflichten begründet.<sup>460</sup>

Wenn jedoch der Verwaltungsträger mit der Anstellungskörperschaft des die schädigende Handlung vornehmenden Amtswalters dergestalt verbunden ist, dass sie beide als Teile einer einheitlichen Organisation verstanden werden müssen, so

<sup>459</sup> BGH NVwZ 2014, 389 (389) = juris Rdziff. 7; BGH NVwZ-RR 2013, 896 (897) Rdziff. 19; BGHZ 191, 173 (179, 180); BGH VersR 2010, 346 (347); BGHZ 177, 37 (39); BGH, Urt. v. 11.10.2007 – III ZR 301/06, juris Rdziff. 13; BGHZ 153, 198 (201); BGHZ 148, 139 (147); BGHZ 116, 312 (315); BGH NVwZ 1987, 531 (532); BGH NJW 1984, 118 (118); BGHZ 60, 371 (373) = NJW 1973, 1461 (1462); BGHZ 27, 210 (211); BGHZ 26, 232 (254)9; Thüringer OLG, Urt. v. 18.09.2012 – 4 U 695/11, juris Rdziff. 30 ff.; OLG Hamm, Urt. v. 13.01.2012 – 11 U 54/11, juris Rdziff. 30, insoweit nicht abgedruckt in NVwZ-RR 2012, 563; OLG Schleswig, NVwZ-RR 2009, 188 (189); OLG Köln, DVBl. 1990, 311 (311); Ossenbühl/Cornils S. 72; Tremml/Karger/Luber Rdziff. 108; Stein/Itzel/Schwall Rdziff. 95; Detterbeck/Windthorst/Sproll § 9 Rdziff. 162 (S. 158); Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 187 ff., je m. w. N.

<sup>460</sup> BGH NVwZ-RR 2013, 896 (898) = juris Rdziff. 19 unter Hinweis auf BGHZ 153; 198 (202)

erscheint deren Beziehung untereinander lediglich als ein „Internum“, was wiederum dann zu einer Verneinung der Drittgerichtetheit/Drittbezogenheit führen muss. So ist z. B. jüngst vom OLG Hamm entschieden worden, dass ein klagendes Bundesland als Dienstherr für einen Lehrer und die beklagte Gemeinde als Schulträger gleichsinnig und nicht etwa in Vertretung widerstreitender Interessen bei der Umsetzung des ihnen gemeinsam erteilten Bildungsauftrags zusammenwirkten.<sup>461</sup> Legt man die vorbeschriebene Rechtsprechung des BGH zugrunde, ist die Drittgerichtetheit zugunsten eines Hoheitsträgers wohl eher als Ausnahme zu sehen.<sup>462</sup>

Auf den Aspekt der Verzahnung und den Umstand, dass sich die Beziehung der Behörden/Verwaltungsträger untereinander als ein „Internum“ darstellen könnte, ist unter gleichzeitiger Hinzuziehung der – neuerlichen – Rechtsprechung zur Drittgerichtetheit der Amtspflichten der Gemeinden im Rahmen der Verweigerung des gemeindlichen Einvernehmens im Baugenehmigungsverfahren bei landesrechtlicher Ersetzungsbefugnis der Baugenehmigungsbehörde<sup>463</sup> an anderer Stelle eingegangen worden.<sup>464</sup>

Die Amtshaftung einer juristischen Person des öffentlichen Rechts setzt nicht voraus, dass diese die beamtenrechtliche Dienstherrnenfähigkeit besitzt.<sup>465</sup>

#### bb. Die Bedeutung von Art. 104 a Abs. 5 GG

Wenn sich zwei juristische Personen des öffentlichen Rechts im Zusammenhang mit Haftungsfragen gegenüberstehen, ist nicht nur an den Amtshaftungsanspruch gem. § 839 Abs. 1 S. 1 BGB i. V. m. Art. 34 S. 1 GG zu denken, sondern auch an die Lastenverteilungsregelung in Art. 104 a GG. Nach Maßgabe von Art. 104 a Abs. 5 GG tragen der Bund und die Länder die bei ihren Behörden entstehenden Verwaltungsausgaben und haften im Verhältnis zueinander für eine ordnungsmäßige Verwaltung. Mit Rücksicht auf die Zweistufigkeit des Staatsaufbaus ist die somit vorgesehene Haftungsanordnung nur zwischen dem Bund und den Ländern, nicht aber unmittelbar zwischen dem Bund und den Kommunen gegeben.<sup>466</sup> Nach der Rechtsprechung des BVerwG stellt Art. 104 a Abs. 5 GG eine unmittelbar anwendbare Anspruchsgrundlage dar, obschon eine nähere Ausgestaltung durch ein Bundesgesetz fehlt. Eine unmittelbare Geltung ist Art. 104 a Abs. 5 S. 1

<sup>461</sup> OLG Hamm, Urt. v. 13.01.2012 - 11 U 54/11, juris Rdziff. 31 = NVwZ-RR 2012, 563 (565)

<sup>462</sup> vgl. dazu die Nachweise bei Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 188 f.; Stein/Itzel/Schwall Rdziff. 96

<sup>463</sup> BGHZ 187, 51 = NVwZ 2011, 249; bestätigt durch BGH NVwZ 2013, 167

<sup>464</sup> s. S. 148 ff., vgl. auch S. 168 ff.

<sup>465</sup> BGH NVwZ 1992, 298

<sup>466</sup> Hennecke in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfau, GG, Art. 104 a Rdziff. 42

Halbs. 2 GG aber nur für einen Haftungskern zu entnehmen (sog. Haftungskernrechtsprechung).<sup>467</sup>

Der Schadensersatzanspruch in Fällen nicht ordnungsgemäßer Verwaltungsführung eines Landes setzt ein rechtswidriges und schuldhaftes Handeln der für das Land handelnden Amtswalter in Ausübung eines öffentlichen Amtes voraus, welches zu einem Schaden des Bundes geführt hat.<sup>468</sup> Nach Auffassung des BVerwG ist ein Verschulden erforderlich, wobei ausdrücklich noch keine Entscheidung in Bezug auf die Frage vorliegt, ob das Land ein gesteigerter Vorwurf treffen und welche Schuldform ggf. vorliegen muss, um die Haftung in ihrem zu begründen. Festzuhalten ist, dass ein Verschulden erforderlich ist. Eine Ausdehnung der Haftung auf unverschuldet rechtswidriges Verwaltungshandeln kommt nicht in Betracht, weil eine solche Verschärfung den Haftungskern überschreiten würde.<sup>469</sup>

Um zu vermeiden, dass die Kommune unter Umständen aufgrund fehlerhafter Wahrnehmung der Verwaltungsaufgaben geschädigt würde, ohne dass ihr der Weg des Art. 104 a Abs. 5 GG eröffnet wäre, wird in der Literatur der Weg der Drittschadensliquidation vorgeschlagen; der Schaden könne vom Land bei dem Bund im Wege der Drittschadensliquidation geltend gemacht werden.<sup>470</sup>

Artikel 104 a Abs. 5 S. 1 (HS 2) GG ist keine die Haftung im Bund-Länder-Verhältnis abschließende Regelung; vielmehr können auch andere Anspruchgrundlagen einschlägig sein, so z. B. § 839 Abs. 1 S. 1 BGB i. V. m. Art. 34 S. 1 GG, dies freilich nur dann, wenn die geschädigte Körperschaft als geschützter Dritter angesehen werden kann.<sup>471</sup>

#### h. Obliegenheit gegenüber einem Dritten

In § 839 Abs. 1 S. 1 BGB wird explizit auf die „einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht“ abgestellt. Obschon der Gesetzgeber nicht auf das Bestehen der Amtspflicht, sondern – sprachlich nicht gelungen – auf die Obliegenheit abgehoben hat, wird allgemein hin aus dieser Bezeichnung keine Bedeutung abgeleitet.<sup>472</sup>

---

<sup>467</sup> BVerwG LKV 2012, 24 (25); BVerwGE 128, 99 = NVwZ 2007, 1315 (1316); BVerfGE 104, 29 (32) = NVwZ 1997, 885 (886); BVerfGE 100, 56 (60) = NVwZ 1996, 595 (596); BVerwG NVwZ 1995, 991 (992)

<sup>468</sup> BVerwGE 96, 45 (50); vgl. auch BVerfG NVwZ 2010, 1549 (1550)

<sup>469</sup> BVerwG LKV 2012, 24 (25); Schwenke, NVwZ 2003, 1430 (1433 ff.)

<sup>470</sup> Stein/Itzel/Schwall Rdziff. 98; Jarass/Pieroth, GG, Art. 104 a Rdziff. 11; Schwenke, NVwZ 2003, 1430 (1436)

<sup>471</sup> BGHZ 198, 277 = NVwZ 2014, 389 (389) = juris Rdziff. 15; dazu: Schlick, NJW 2014, 2915 (2917)

<sup>472</sup> Tönnies, S. 36 f.

i. Ausdehnung des Schutzbereichs durch Abschluss von Verträgen des Dritten mit Vertragspartnern?

Bereits frühzeitig hat der BGH festgestellt, dass es der geschützte Dritte nicht in der Hand habe, den personellen Schutzbereich der Drittbezogenheit dadurch zu erweitern, dass er Verträge mit anderen Personen abschließe.<sup>473</sup> Diese Auffassung ist vom BGH jüngst wieder bestätigt worden<sup>474</sup>; sie wird von der zutreffenden Überlegung getragen, dass es einer objektiven Betrachtungsweise überlassen bleiben muss, ob eine Person als Dritter anzusehen ist. Eine vertragsschlussbedingte automatische Erweiterung der Rechtsposition und dadurch bedingte Einbeziehung als „Dritter“ wäre gleichsam willkürlich.

j. Unmittelbare Beteiligung am Amtsgeschäft sowie Rechtsanspruch auf die Amtshandlung

Der BGH vertritt die Ansicht, dass die unmittelbare Beteiligung an dem Amtsgeschäft ebenso wenig notwendige Voraussetzung für die Annahme einer drittgerichteten Amtspflicht sei wie ein Rechtsanspruch des Betroffenen auf die in Rede stehende Amtshandlung.<sup>475</sup> Dieser Auffassung ist zuzustimmen, da anderenfalls der Personenkreis der „Dritten“ in nicht mehr billigenwerter Weise eingeschränkt werden würde.

## 2. Der sachliche Schutzbereich (geschütztes Rechtsgut)

Die vorstehenden Überlegungen zeigen, dass zunächst einmal im Rahmen der Drittbezogenheit festgestellt werden muss, ob eine Amtspflicht bzw. die darauf zurückzuführende Norm drittgerichtet ist, mithin auch den Schutz des jeweiligen, den Amtshaftungsschaden beanspruchenden Klägers bzw. des Geschädigten bezweckt. Diese Feststellung allein ist indes für die Drittbezogenheit nicht ausreichend. Denn anderenfalls könnte der „Dritte“ sämtliche ihm durch die Amtspflichtverletzung zugefügten Nachteile ersetzt verlangen. Dies aber wird von der Rechtsprechung – zu Recht – abgelehnt. Jeweils ist zu prüfen, ob gerade das im Einzelfall berührte Interesse nach dem Zweck und der rechtlichen Bestimmung des Amtsgeschäfts geschützt werden soll. Es kommt mithin auf den Schutzzweck der Amtspflicht an.<sup>476</sup>

<sup>473</sup> BGH NJW 1980, 2578 (2579); BGH NJW 1962, 2100 (2102); BGH VersR 1959, 194 (194); BGH VersR 1958, 886 (886)

<sup>474</sup> BGH NJW 2013, 604 (606)

<sup>475</sup> BGH NJW 2005, 1865 (1866); BGHZ 137, 11 (15) = NJW 1998, 138 (139); BGH VersR 1960, 979 (980); ebenso Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 169 a. E.

<sup>476</sup> BGHZ 191, 187 (193) = NVwZ 2012, 517 (518); BGH NJW-RR 2009, 601 (602); BGHZ 162, 49 (55) = NJW 2005, 742 (743); BGH NVwZ-RR 2003, 714 (715); BGH NJW-RR 2002, 307 (308); BGH NJW 2000, 2672 (2675); BGHZ 144, 394 (396) = NJW 2000, 2996 (2998); BGHZ 140, 380 (382) = NVwZ 1999, 689 (690); BGHZ 134, 268 (276) = NVwZ 1997, 714 (715); BGHZ 109, 163 (167); BGHZ 106, 323 (331)



### a. Das Schutzzweck-Kriterium

Der Schutzzweck dient der inhaltlichen Bestimmung und sachlichen Begrenzung der Amtshaftung. Der Ersatzanspruch hängt davon ab, dass der in concreto geltend gemachte Schaden von der Schutzwirkung der (drittbezogenen) Amtspflicht abgedeckt ist.<sup>477</sup> Der Klageerfolg bzw. der Ersatzanspruch hängt mithin von der Beantwortung der Frage ab, ob der Zweck und die rechtliche Bestimmung/Grundlage des Amtsgeschäfts das klägerische Interesse zu schützen bezweckt. Die auf dieser Rechtsprechung basierenden Entscheidungen zeigen ein buntes und einer Systematik nicht recht zugängliches Bild:

- Die unterbliebene Beachtung der Verwaltungsvorschrift für die Erfassung von Kulturdenkmälern in einer Liste mit der darin vorgesehenen Unterrichtung der Eigentümer der betroffenen Objekte begründet mangels Verletzung drittbezogener Amtspflichten keine Amtshaftungsansprüche späterer Erwerber gegen die Träger der Denkmalschutzbehörden.<sup>478</sup>
- Die dem Aufsichtspersonal obliegende Pflicht, die Kinder auf dem Außengelände einer Kindertagesstätte zur Verhinderung von Schäden zu beaufsichtigen (und ebenso die Organisation dieser Maßnahme) stellt eine Amtspflicht dar, die auch Dritten (z. B. Eigentümer von durch Steinwürfe der Kinder beschädigten PKW) gegenüber besteht.<sup>479</sup>
- Die rechtlichen Bestimmungen über die Ausgestaltung von BSE-Tests dienen überwiegend nur dem Gesundheitsschutz und sind nicht darauf ausgelegt, drittgerichtete Schutzwirkungen zugunsten derjenigen Unternehmen zu entfalten, die vom Schlachthof Schlachtprodukte zum Zwecke der Weiterveräußerung oder -verarbeitung kaufen.<sup>480</sup>
- Wird bei der Festsetzung der Beihilfe die Überschreitung des Schwellenwertes (2,3facher Gebührensatz) in einer Zahnarztrechnung rechtswidrig und schuldhaft nicht anerkannt, und lässt sich daraufhin der den Antrag stellende Beamte wegen der bei ihm durch diese Entscheidung hervorgerufenen begründeten Zweifel an der Richtigkeit der Rechnungsstellung auf einen Zivilrechtsstreit mit dem behandelnden Arzt ein, so sind ihm die im Falle des Unterliegens entstehenden Kosten zu ersetzen. Der Pro-

---

<sup>477</sup> BGH NJW 2009 (1207, 1208); BGHZ 125, 258 (269) = NJW 1994, 1647 (1649); OLG Köln, Urt. v. 06.09.2012 – 7 U 18/12, juris Rdziff. 24; Schlick, NJW 2014, 2915 (2917)

<sup>478</sup> BGH NJW 2013, 3370

<sup>479</sup> BGHZ 196, 35 (39 f.) = NJW 2013, 1233 (1233) = juris Rdziff. 12, 13; OLG Frankfurt, Urt. v. 13.01.2014 – 1 U 76/13, juris Rdziff. 8

<sup>480</sup> BGH, Urt. v. 08.11.2012 – III ZR 293/11, juris und BGH NJW 2013, 604; dazu auch Förster, NJW 2013, 571

zessschaden ist insoweit als vom Schutzzweck der Amtspflicht umfasst anzusehen.<sup>481</sup>

- Wenn dem Bauherrn aufgrund der amtspflichtwidrigen Aufhebung einer Baugenehmigung ein Schaden dadurch entstanden ist, dass der vom Bauherrn beauftragte Bauunternehmer von einem für diesen Fall eingeräumten Kündigungsrecht Gebrauch gemacht und den vertraglich zugesagten „pauschalen Schadensersatz“ verlangt hat, ist diese Position als vom Schutzzweck der Amtspflicht umfasst anzusehen.<sup>482</sup>
- Die Amtspflicht des Versteigerungsgerichts zur Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften im Zwangsversteigerungsverfahren schützt auch den Vollstreckungsgläubiger. Der Schutzzweck dieser Amtspflicht umfasst den Verlust, der dadurch eintritt, dass der Zuschlagsbeschluss eines Zustellungsfehlers wieder aufgehoben wird und in einem nachfolgenden Versteigerungstermin ein geringerer Erlös erzielt wird.<sup>483</sup>
- Die Vaterschaftsanfechtungsprozess zu beachtende Ausschlussfrist des § 1600 b Abs. 1 BGB dient nicht dem Schutz des leiblichen Vaters an einer Verhinderung seiner Vaterschaftsfeststellung und vor seiner Inanspruchnahme auf Zahlung von Unterhalt.<sup>484</sup>
- In den Schutzbereich der Warnung vor Überschwemmungen fallen solche Schäden nicht, die sich nur bei Missachtung des Inhalts der Warnung hätten vermeiden lassen; das gilt für Schäden an im Keller befindlichen Gegenständen, wenn vor einem Betreten des Kellers wegen Lebensgefahr hätte gewarnt werden müssen.<sup>485</sup>
- Der Grundsatz, dass die den amtlichen Sachverständigen für den Kraftfahrzeugverkehr bei der technischen Prüfung nach § 21 S. 3 StVZO treffenden Amtspflichten nicht dem Schutz des Vermögens des zukünftigen Fahrzeugerwerbers dienen, gilt auch, soweit die generelle Benutzbarkeit des Fahrzeugs infrage steht.<sup>486</sup>

---

<sup>481</sup> BGHZ 191, 187 = NVwZ 2012, 517

<sup>482</sup> BGH NJW 2009, 1207

<sup>483</sup> BGH NJW-RR 2009, 601

<sup>484</sup> BGH NJW 2007, 223

<sup>485</sup> BGH NVwZ-RR 2005, 149

<sup>486</sup> BGH NJW 2004, 3484

- Das Gebot, Untersuchungsgefangene von Strafgefangenen getrennt zu halten, hat nicht den Schutzzweck, die Untersuchungsgefangenen vor Schädigungen durch Strafgefangene zu bewahren.<sup>487</sup>
- Nach der besonderen Rechtslage und Verwaltungspraxis in Hessen dienen die in Rede stehenden Prüfungs- und Beratungspflichten des Pflanzenschutzdienstes (auch) dem Schutz der Vermögensinteressen der Inhaber landwirtschaftlicher und gärtnerischer Betriebe.<sup>488</sup>
- Die Amtspflicht des Versteigerungsgerichts zur Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften im Zwangsversteigerungsverfahren schützt auch den Meistbietenden. Er ist mithin „Dritter“ i. S. d. § 839 BGB. Der Schutzzweck dieser Amtspflicht umfasst jedoch nicht den entgangenen Gewinn, wenn der Zuschlagsbeschluss wegen eines Zustellungsfehlers wieder aufgehoben wird.<sup>489</sup>
- Die rechtliche Ausgestaltung der zusätzlichen Fahrerlaubnis zur Fahrgastbeförderung (§§ 15 e, 15 f StVZO) umreißt auch Zweck und Zielsetzung der Untersuchung, die der Amtsarzt aus Anlass der Erteilung oder Verlängerung dieser besonderen Fahrerlaubnis vornimmt. Daraus folgt, dass diese Untersuchung nicht (auch) den gesundheitlichen Interessen des Bewerbers dient. Diese Amtspflicht schützt nur das berufliche Interesse des Bewerbers und ist auch nur insoweit drittbezogen. Dies amtsärztliche Pflicht bezweckt indessen nicht den Schutz allgemeiner gesundheitlicher Interessen. Wenn also aufgrund der insoweit vorgesehenen medizinischen Untersuchung eine bestehende Krankheit nicht erkannt und infolge dessen eine medizinische Heilbehandlung unterbleibt, kann ein Amtshaftungsanspruch darauf nicht gestützt werden.<sup>490</sup>

Die vorstehende Aufzählung stellt nur einen sehr kleinen Ausschnitt aus der im Übrigen umfangreichen Rechtsprechung dar. Das Kriterium des Schutzzwecks ist dem allgemeinen Deliktsrecht entlehnt und dient – wie soeben dargestellt – der inhaltlichen und sachlichen Eingrenzung der Haftung entsprechend dem Telos der jeweils in Rede stehenden Rechtsnormen.<sup>491</sup> Das Schutzzweck-Kriterium allein reicht nicht immer aus; soweit begünstigende Verwaltungsakte in Rede stehen, ist auf das Vertrauen abzustellen, welches diese Maßnahme begründen soll.<sup>492</sup>

---

<sup>487</sup> BGH NJW 2003, 3698

<sup>488</sup> BGH NVwZ 2002, 1276

<sup>489</sup> BGH NJW-RR 2002, 307

<sup>490</sup> BGH NJW 1994, 2415 (2416, 1417)

<sup>491</sup> Küch S. 45; Ossenbühl/Cornils S. 53

<sup>492</sup> BGH NJW 2009, 1207 (1209); BGH NVwZ 2003, 376 (377)

## b. Das Vertrauensschutz-Kriterium

Nicht nur mit Hilfe des zuvor erwähnten Schutzzweck-Kriteriums wird die sachliche Reichweite bestimmt; ergänzend greift die Rechtsprechung auf das Vertrauensschutz-Kriterium zurück, wobei die Anwendung des Vertrauensschutztatbestandes an dieser Stelle nicht identisch ist mit dem bereits im personellen Schutzbereich geprüften Vertrauenstatbestand. Mit anderen Worten führt die Einbeziehung einer Person als „Dritten“ in den geschützten Personenkreis, und zwar über den Weg der Schutzwürdigkeit des Vertrauens, nicht automatisch dazu, dass zugleich in anspruchsbegründender Weise die von dieser Person erlittenen Schadensersatzpositionen in sachlicher Hinsicht als geschützt angesehen werden könnten. Diese Sichtweise wird dadurch verklärt, dass nach der Rechtsprechung des BGH das Vertrauen, welches mit einer ordnungsbehördlichen Maßnahme (z. B. Genehmigung) einhergeht, als ein „maßgebliches Kriterium für den Schutzzweck“ angesehen wird.<sup>493</sup> Beide Kriterien – Schutzzweck und Vertrauensschutz – sind indes Determinanten für eine Wertung und Bewertung der jeweiligen Einzelfallumstände, sodass es im Ergebnis nicht darauf ankommt, ob beide Kriterien selbständig nebeneinander stehen oder ein Kriterium den Unterfall des anderen darstellt.

### aa. Allgemeines

Mit den Begriffen „Vertrauensgrundlage“ oder „Vertrauenstatbestand“ oder „Vertrauensschutz“ bzw. „schutzwürdiges Vertrauen“, die schon recht früh in der Rechtsprechung des III. Zivilsenats des BGH Verwendung gefunden haben<sup>494</sup>, ist – in Bezug auf die Erteilung einer Baugenehmigung – zum Ausdruck gebracht worden, dass dem Empfänger einer Baugenehmigung eine Art „Verlässlichkeitsgrundlage“ erteilt worden ist, die wiederum eine schutzfähige Position darstellt:

*„Das Genehmigungsverfahren dient mithin dazu, derartige Bauten zu verhindern. Andererseits hat jedoch der Grundstückseigentümer Anspruch darauf, dass ihm die Baugenehmigung erteilt wird, sowie seinem Bauvorhaben (öffentlich-)rechtliche Hindernisse nicht entgegenstehen. Im Baugenehmigungsverfahren hat die zuständige Behörde mithin insoweit auch auf die Interessen des Bauherrn Rücksicht zu nehmen, als sie ihm nicht ohne ausreichende rechtliche Grundlage die Erteilung der Baugenehmigung verweigern darf; sie hat daher die Amtspflicht dem Bauherrn gegenüber, ihm – wenn die gesetzlichen Voraussetzungen dafür gegeben sind – in angemessener Frist die Baugenehmigung zu erteilen (u. a. BGHZ 39, 358, 364/5). Darin erschöpfen sich aber die Amtspflichten, die im Rahmen des Baugenehmigungsverfahrens der zuständigen Behörde dem Bauherrn gegenüber obliegen, noch nicht. Denn wenn dem Bauherrn die Baugenehmigung erteilt wird, fällt für ihn das bis zur Genehmigungserteilung bestehende Bauverbot und er ist*

<sup>493</sup> BGH NVwZ 1995, 620 (622); BGHZ 123, 191 (198)

<sup>494</sup> BGHZ 60, 112 (116)

*nunmehr befugt, mit dem Bauen entsprechend der Genehmigung zu beginnen. Es wird sonach für die Bauherren mit der Baugenehmigung ein Vertrauenstatbestand dahin geschaffen, dass er nunmehr davon ausgehen darf, dass der der Baugenehmigung entsprechenden Durchführung seines Bauvorhabens (öffentlich-)rechtliche Hindernisse nicht entgegenstehen und dass er dementsprechend wirtschaftlich disponieren kann. Mit der in ihr liegenden rechtsverbindlichen Feststellung der Unbedenklichkeit des Bauvorhabens unter allen öffentlich-rechtlichen Gesichtspunkten (...) dient die Baugenehmigung auch dem Zweck, für den Bauherrn eine Vertrauensgrundlage dahin zu bilden, dass er den geplanten Bau der Genehmigung gemäß durchführen kann, ohne Gefahr zu laufen, dadurch zu (öffentlich-)rechtlichen Vorschriften in Widerstreit zu geraten.“*

Die vorgenannte Rechtsprechung, die bis zum heutigen Tag weitgehend unverändert in Bezug auf die Baugenehmigung geblieben ist<sup>495</sup>, knüpft an die bereits beschriebene Situation bei Erteilung eines begünstigenden VA an; der Empfänger eines solchermaßen begünstigenden Bescheides ist nicht klagebefugt i. S. d. § 42 Abs. 2 VwGO, sodass es zur Herstellung der Kongruenz von Primär- und Sekundärrechtsschutzebene eines anderweitigen Elementes bedarf, und zwar dem des Vertrauensschutzes. Für den Fall, dass also im Nachhinein die durch Erteilung eines begünstigenden Bescheides (z. B. Baugenehmigung) zur Entziehung dieser günstigen Rechtsposition kommt, ist das Element des „Vertrauens“ das passende Versatzstück. Der Grundsatz des Vertrauensschutzes wurzelt im Verfassungs- sowie Verwaltungsrecht.

#### bb. Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Ableitungen des Vertrauensschutzgrundsatzes

##### (1) Verfassungsrecht

Das Prinzip der Rechtsstaatlichkeit ist zwar nicht ausdrücklich in Art. 20 GG aufgenommen, wird aber aus Art. 20 Abs. 3 GG (indirekt) abgeleitet.<sup>496</sup> Das Rechtsstaatsprinzip gehört zu den elementaren und tragenden Verfassungsgrundsätzen und zu den Grundentscheidungen des Grundgesetzes. Durch das Element der Rechtsstaatlichkeit soll die Verlässlichkeit des Rechts garantiert werden, ein wesentliches Element dabei ist die Rechtssicherheit.<sup>497</sup> Das Prinzip der Rechtssi-

<sup>495</sup> BGH NJW 2009, 1207 (1208); BGHZ 144, 394 (396); BGHZ 134, 268 (276); BGHZ 109, 380 (394); BGHZ 105, 52 (54); vgl. auch: Tremml/Karger/Luber Rdziff. 114 ff., 771 ff.; Stein/Itzel/Schwall Rdziff. 120 ff., 582 ff.; Detterbeck/Windthorst/Sproll, § 9 Rdziff. 119 ff. (S. 141 ff.); Küch S. 31 ff.; Krohn ZfBR 1994, 8 (10 ff.); Papier DZWIR 1997, 221 (224); Krohn, FS Boujong, S. 573 (577 ff.); Staudinger/Wöstmann, BGB, Rdziff. 580 ff.; Palandt/Sprau, BGB, § 839 Rdziff. 100; Bamberger/Roth/Reinert, BGB, § 839 Rdziff. 72 ff.

<sup>496</sup> Hofmann in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, GG, Art. 20 Rdziff. 57; Zippelius/Würtenberger, Staatsrecht § 10 II 3; Leibholz/Rinck/Hesselberger, GG, Art. 20 Rdziff. 627; Schmidt-Jortzig, NJW 1994, 2569 (2569)

<sup>497</sup> BVerfGE 60, 253 (268); BVerfGE 51, 356 (362); BVerfGE 49, 148 (164); BVerfGE 45, 142 (167); BVerfGE 41, 323 (326); BVerfGE 35, 41 (47); BVerfGE 25, 269 (290); BVerfGE 22, 322

cherheit, welches die Rechtsbeständigkeit von rechtskräftigen Entscheidungen sicherstellen soll, schafft zugleich Rechtsfrieden. Wenn als der Staat der Neuzeit Privatgewalt ächtet und Gewalt sowie Rechtsbefriedigung staatlich monopolisiert, muss er zugleich für die dauerhafte und verbindliche Beilegung von Rechtsstreitigkeiten Sorge tragen. Wurzeln der Rechtssicherheit sind dabei nicht nur die Rechtskraft gerichtlicher Urteile, sondern auch die der Bestandskraft von behördlichen Verwaltungsakten.<sup>498</sup> Die Beständigkeit staatlicher Regelung soll Widerspruchlichkeit bei staatlichem Handeln vermeiden; der rechtsunterworfenen Bürger soll nicht durch rückwirkende Beseitigung von erworbenen Rechten in seinem Vertrauen auf die Verlässlichkeit der Rechtsordnung enttäuscht werden. Der Bürger soll die ihm gegenüber möglichen staatlichen Eingriffe voraussehen und sich dementsprechend einrichten können. Denn die Verlässlichkeit der Rechtsordnung ist nach Ansicht des BVerfG eine Grundbedingung freiheitlicher Verfassungen.<sup>499</sup> Allerdings geht der verfassungsrechtliche Vertrauensschutz nicht soweit, den Staatsbürger vor jeder Enttäuschung zu bewahren. Soweit nicht besondere Momente der Schutzwürdigkeit hinzutreten, genießt die bloß allgemeine Erwartung, das geltende Recht werde zukünftig unverändert fortbestehen, keinen besonderen verfassungsrechtlichen Schutz.<sup>500</sup> Die schlichte Erwartung, das geltende Recht werde auch in der Zukunft unverändert fortbestehen, ist folglich verfassungsrechtlich nicht geschützt, es sei denn, dass besondere Momente der Schutzwürdigkeit hinzutreten und zu berücksichtigen sind.<sup>501</sup>

Obschon ein verwaltungsgerichtliches Urteil nach näherer Maßgabe des § 121 VwGO die beteiligten Parteien und deren Rechtsnachfolger bindet und daher ein verwaltungsgerichtliches Verpflichtungsurteil auf Erteilung eines Bauvorbescheides kraft Gesetzes mit einer entsprechenden Bindungswirkung ausgestattet ist, knüpft die Rechtsprechung an ein Urteil keinen solchen Vertrauensschutz wie an die Erteilung des Bauvorbescheides selbst. Zwar kann sich ein bestandskräftiger Bauvorbescheid, der die Feststellung enthält, dass das Vorhaben bauplanungsrechtlich zulässig ist, gegenüber nachfolgenden Rechtsänderungen durch das Inkrafttreten einer Veränderungssperre oder eines Bebauungsplanes durchsetzen; indessen kann dieser Konstellation nicht der Fall gleichgestellt werden, dass eine Behörde durch rechtskräftiges Urteil zum Erlass eines Bauvorbescheides ver-

---

(329); BVerfGE 15, 313 (319); BVerfGE 14, 288 (297); BVerfGE 13, 261 (271); BVerfGE 7, 194 (196); BVerfGE 7, 89 (92); BVerfGE 2, 325 (237); BVerfGE 2, 380 (403); Herzog in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 20 Abschnitt VII Rdziff. 58

<sup>498</sup> BVerfGE 60, 253 (269)

<sup>499</sup> BVerfGE 109, 133 (180)

<sup>500</sup> BVerfG, Beschl. v. 03.05.2012 - 2 BvR 2355/10, 2 BvR 1443/11, juris Rdziff. 21; BVerfG, NVwZ 2012, 876 (877); BVerfG NJW 2012, 669 (672); BVerfG NJW 2011, 1058 (1060); BVerfG NJW 2010, 3629 (3630); BVerfGE 109, 133 (180); BVerfGE 76, 256 (349); BVerfGE 71, 255 (272); BVerfGE 68, 287 (307); BVerfGE 67, 1 (15); BVerfGE 63, 312 (331); BVerfGE 30, 367 (389)

<sup>501</sup> BVerfG NVwZ 2012, 876 (878) m. w. N.

pflichtet worden ist, diesen Bescheid aber noch nicht erteilt hat. Denn der gerichtlich festgestellte Anspruch auf Erteilung verleiht nicht die gleiche Rechtsposition wie ein bereits erlassener Bauvorbescheid. Aus § 14 Abs. 3 BauGB ergibt sich, dass erst ein erteilter Bescheid den Bauherrn vor Rechtsänderungen schützt; bis dahin steht der Anspruch auf Erteilung, mag er auch rechtskräftig tituliert sein, unter dem Vorbehalt, dass sich die Sach- und Rechtslage nicht in rechtlich relevanter Weise ändert.<sup>502</sup>

## (2) Verwaltungsrecht

Verwaltungsrecht ist angewandtes Verfassungsrecht. Ausgehend von dem Grundsatz, dass das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG verletzt werden kann, wenn das aus dem Rechtsstaatsprinzip folgende Gebot des Vertrauensschutzes nicht hinreichend beachtet wird<sup>503</sup>, hat der Grundsatz des Vertrauensschutzes auch für das Handeln der Verwaltung Geltung zu beanspruchen:

*„Das Rechtsstaatsgebot und das aus ihm folgende Prinzip der Beachtung des Vertrauensschutzes führt nicht in jedem Fall zu dem Ergebnis, dass jegliche einmal erworbene Rechtsposition ungeachtet der wirklichen Rechtslage Bestand haben muss; es nötigt aber zu der an den Kriterien der Verhältnismäßigkeit und der Zumutbarkeit ausgerichteten, im Einzelnen vorzunehmenden Prüfung, ob jeweils die Belange des Allgemeinwohls, wie etwa die Wiederherstellung der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, oder die Interessen des Einzelnen am Fortbestand einer Rechtslage, auf die er sich eingerichtet hat und auf deren Fortbestand er vertraute, den Vorrang verdienen. Dies hat auch für das Handeln der Verwaltung Geltung.“<sup>504</sup>*

Der Grundsatz des Vertrauensschutzes findet im Verwaltungsrecht seinen Niederschlag in §§ 48 Abs. 3, 49 Abs. 6 VwVfG bzw. in spezialgesetzlichen Regelungen.<sup>505</sup> Im Bereich des Verwaltungsrechts müssen zum Zwecke der Feststellung des Vertrauensschutzes das Vertrauen des Begünstigten auf den Bestand des VA einerseits und das öffentliche Interesse an der Rücknahme des VA andererseits gegeneinander abgewogen werden. In subjektiver Hinsicht muss der Betroffene auf den Bestand des VA vertraut und dieses Vertrauen auch ins Werk gesetzt haben (Vertrauensbetätigung); objektiv muss das Vertrauen schutzwürdig sein.<sup>506</sup>

Insbesondere die letztgenannten Punkte spiegeln sich regelmäßig in der amtschaftsrechtlichen Rechtsprechung des III. Zivilsenats des BGH wieder.

---

<sup>502</sup> BGH NVwZ 2008, 815 (816) unter Hinweis auf BVerwGE 117, 44 = NVwZ 2003, 214 (215)

<sup>503</sup> BVerfG NJW 1993, 3191 (3191); BVerfGE 72, 200 (257); BVerfGE 59, 128 (164)

<sup>504</sup> BVerfG NJW 1993, 3191 (3191)

<sup>505</sup> z. B. §§ 44 ff. SGB X, §§ 130, 172 ff. AO

<sup>506</sup> Sachs in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 48 Rdziff. 135 ff.; BVerwGE 68, 159 (164); BVerwGE 67, 129 (133); BVerwGE 48, 87 (93)

cc. Voraussetzung für die Inanspruchnahme von Vertrauensschutz

Ausgehend von den im Bereich des Verwaltungsrechts zu §§ 48, 49 VwVfG entwickelten Grundsätzen muss, wenn der Grundsatz der Vertrauensschutzes in amtshaftungsrechtlicher Hinsicht Platz greifen soll, ein Vertrauenstatbestand überhaupt behördlicherseits gesetzt worden sein. Sodann muss – in subjektiver Hinsicht – aufseiten des Berechtigten eine Vertrauensbetätigung erfolgt sein. In objektiver Hinsicht muss das enttäuschte Vertrauen schutzwürdig sein.

(1) *Setzen eines Vertrauenstatbestandes*

Jedwedes hoheitliches Verhalten, welches in irgendeiner Form geeignet sein könnte, eine Art „Verlässlichkeitsgrundlage“ für entsprechende wirtschaftliche Dispositionen zu gelten, kommt als Vertrauenstatbestand in Betracht. Hauptanwendungsfälle sind solche Verwaltungsakte, die rechtsgewährenden Charakter haben, z. B. Genehmigungen.<sup>507</sup> Eine geeignete Vertrauens- bzw. Verlässlichkeitsgrundlage kann auch ein Bebauungsplan sein.<sup>508</sup> Freilich wird insbesondere im Rahmen der Bauleitplanung zu differenzieren sein. Der Bebauungsplan stellt nicht schlechthin für jedweden Schaden bzw. für jedwedes Risiko eine Verlässlichkeitsgrundlage dar. Ausgeschlossen ist dies z. B. für Baugrundrisiken, mit anderen Worten schützt der Bebauungsplan nicht das Vertrauen darauf, dass der Baugrund geologisch oder sonst wie entsprechend seiner Beschaffenheit für eine Bebauung geeignet ist.<sup>509</sup> Geht es um einen Verwaltungsakt als Vertrauenstatbestand, so reicht zu dessen Herbeiführung die Wirksamkeit des Verwaltungsakts aus, entscheidend ist mithin die wirksame Bekanntgabe gem. §§ 43 Abs. 1, 41 Abs. 1 VwVfG. Nichtigkeits Verwaltungsakte i. S. d. §§ 43 Abs. 3, 44 VwVfG scheiden hingegen als Vertrauens- bzw. Verlässlichkeitsgrundlage aus.<sup>510</sup>

(2) *Vertrauensbetätigung*

Um in amtshaftungsrechtlicher Hinsicht Vertrauensschutz in Anspruch nehmen zu können, bedarf es neben einer Vertrauensgrundlage auch des „ins-Werk-Setzens“ des Vertrauens. Der Adressat eines begünstigenden Bescheides (oder eine sonstige, als „Dritter“ zu identifizierende Person) muss das Vertrauen, welches er aus der Verlässlichkeits- bzw. Vertrauensgrundlage ableitet, auch nach außen manifestiert haben. Anhaltspunkte dafür sind etwa Investitionskosten für

<sup>507</sup> vgl. BGHZ 134, 268 ff.; BGH NJW 1994, 2087 ff.; BGHZ 122, 317 = NJW 1993, 2303

<sup>508</sup> BGHZ 142, 259 (265) = NJW 2000, 427 (428); Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 549 ff.; Stein/Itzel/Schwall Rdziff. 567 ff.

<sup>509</sup> Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 554; Stein/Itzel/Schwall Rdziff. 569 f.

<sup>510</sup> Detterbeck/Windthorst/Sproll, § 9 Rdziff. 136 (S. 148); Stein/Itzel/Schwall Rdziff. 123; BVerwG NJW 1981, 363 (364)



Planung von Bauvorhaben oder aber Kosten für die eigentliche Bauwerkerstellung o. ä.

(3) *Schutzwürdigkeit des Vertrauens*

Ausgangspunkt der diesbezüglichen Überlegungen muss zunächst einmal der Grundsatz sein, dass der Bürger auf die Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns vertrauen darf. Der Grundsatz der Rechtmäßigkeit der Verwaltung wiederum ist aus Art. 20 Abs. 3 GG abzuleiten. Mithin darf der Bürger grundsätzlich unterstellen, dass die Verwaltung bei dem Erlass eines Bescheides, Genehmigung etc. rechtmäßig gehandelt hat. Dieses Vertrauen ist insoweit schutzwürdig, als es nicht durch anderweitige Tatbestände eingeschränkt oder vollkommen aufgebraucht wird.

dd. Reichweite und Einschränkung des Vertrauensschutzes

Wenngleich die Rechtsprechung den durchaus zutreffenden Grundsatz herausgearbeitet hat, dass der Vertrauensschutz nicht soweit reicht, den Betroffenen vor allen erdenklichen wirtschaftlichen Nachteilen zu bewahren, die bei der Realisierung eines Vorhabens entstehen können<sup>511</sup>, so erhebt sich doch schnell die Frage, wie die Reichweite des Vertrauensschutzes bestimmt werden kann.

(1) *§ 48 VwVfG als Orientierungsgröße*

Zugunsten des Empfängers einer Genehmigung kann der amtshaftungsrechtliche Vertrauensschutz nicht in Betracht kommen, wenn bereits nach den Vorgaben des Verwaltungsrechts ein Vertrauensschutz zu verneinen wäre. Dies bedeutet in concreto, dass ein amtshaftungsrechtlicher Vertrauensschutz ausscheidet, wenn auch ein allgemein-verwaltungsrechtlicher Vertrauensschutz in Ansehung fehlerhafter begünstigender Verwaltungsakte zu verneinen ist.<sup>512</sup> Als solche Gesichtspunkte, die der Annahme haftungsrechtlich schutzwürdigen Vertrauens auf einen (rechtswidrigen) begünstigenden VA entgegenstehen können, kommen nicht nur objektive Umstände, sondern auch subjektive Kenntnisse und sich aufdrängende Erkenntnismöglichkeiten auf Empfängerseite in Betracht. Solcherlei Kenntnisse oder Erkenntnismöglichkeiten werden dann zu bejahen sein, wenn der betreffende VA mit solchen Mängeln behaftet ist, die eine entschädigungslose Rücknahme gem. § 48 Abs. 3 S. 2, Abs. 2 S. 3 VwVfG rechtfertigt. Dies ist der Fall, wenn der entsprechende Empfänger den VA durch arglistige Täuschung, Drohung, Bestechung oder durch solche Angaben erwirkt hat, die in wesentlicher Beziehung un-

---

<sup>511</sup> s. o. S. 147 ff.

<sup>512</sup> Papier DZWIR 1997, 221 (224); Seiters, NordÖR 2010, 477 (481); BGH NVwZ 2004, 638 (638/9); BGHZ 149, 50 (55); BGHZ 134, 268 (285)

richtig/unvollständig waren oder aber wenn der Bescheidempfänger die Rechtswidrigkeit des VA kannte oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht kannte.<sup>513</sup>

### (2) *Mitwirkendes Verschulden (§ 254 BGB)*

Auch im Rahmen des Amtshaftungsanspruchs bzw. des notwendigerweise zu überprüfenden Tatbestandsmerkmals des Verschuldens kann der Einwand des Mitverschuldens gem. § 254 BGB zum Tragen kommen und den Amtshaftungsanspruch ganz oder teilweise ausschließen. Nach Maßgabe der Rechtsprechung des BGH ist es allerdings nicht (erst) eine Frage des mitwirkenden Verschuldens gem. § 254 BGB, sondern bereits eine solche der objektiven Reichweite des dem Betroffenen durch das Amtshaftungsrecht gewährten Vermögensschutzes, ob die in Rede stehende begünstigende Maßnahme (Genehmigung, Auskunft o. ä.) ihrer Art nach geeignet ist, eine „Verlässlichkeitsgrundlage“ für auf sie gestützte Aufwendungen, Investitionen und dergleichen zu bilden.<sup>514</sup> Die vorbeschriebene Rechtsprechung des BGH hat in der Literatur Kritik erfahren. Nach vereinzelt gebliebenen Stimmen bestehe aufgrund der „Alles-oder-Nichts“-Rechtsprechung die Gefahr, dass die im jeweiligen Einzelfall flexibel zu handhabende Regelung des § 254 BGB in den Hintergrund gedrängt wird und der objektive Tatbestand des Amtshaftungsanspruchs mit subjektiven Momenten überfrachtet wird.<sup>515</sup>

Trotz dieser Kritik hat der BGH an seiner Rechtsprechung festgehalten und sah keinerlei Veranlassung zur Abänderung.<sup>516</sup> Auf den Einwand mitwirkenden Verschuldens wird an anderer Stelle noch vertiefend eingegangen.<sup>517</sup>

### (3) *Vertrauensschutz und Drittanfechtung*

Die Regelung in § 80 a VwGO zeigt, dass bei einem VA mit Doppelwirkung auch ein „Dritter einen Rechtsbehelf gegen den an einen anderen gerichteten, diesen begünstigenden Verwaltungsakt“ einzulegen berechtigt ist. Es handelt sich dabei um die typischen Fälle des Nachbarwiderspruchs oder aber der Nachbarklage. Denkbarer Anknüpfungspunkt für den Wegfall des Vertrauensschutzes ist die Anfechtung z. B. der Baugenehmigung durch einen Nachbarn. Indessen hat der BGH dieser Konstellation eine Absage erteilt. Der Vertrauensschutz bzw. die

<sup>513</sup> BGH NVwZ 2004, 638 (639); BGHZ 149, 50 (54); BGHZ 134, 268 (284); Krohn, FS Boujong, S. 573 (582); Papier DZWiR 1997, 221 (224); de Witt/Burmeister, NVwZ 1992, 1039 (1041); Bömer NVwZ 1996, 749 (750)

<sup>514</sup> BGHZ VersR 2008, 252 (253); BGH NVwZ 2003, 376 (377); BGH VersR 2003, 205 (206); BGHZ 177, 37 (40); BGHZ 149, 50 (53); BGHZ 134, 268 (283); BGHZ 117, 83 (90); vgl. dazu auch Stein/Itzel/Schwall Rdziff. 124; Seiters, NordÖR 2010, 477 (480); Krohn, FS Boujong, S. 573 (586 ff.)

<sup>515</sup> so vor allem Ossenbühl, JZ 1992, 1074; Bömer, NVwZ 1996, 749 (751)

<sup>516</sup> BGH NVwZ 2003, 501 (501); s. a. Rohlfing, BauR 2004, 1873 ff.

<sup>517</sup> s. u. S. 246 ff.

Verlässlichkeitsgrundlage geraten nicht allein deswegen in Wegfall, weil ein Nachbar Widerspruch und/oder Anfechtungsklage erhoben hat. Es entspricht gefestigter Rechtsprechung des BGH spätestens seit dem Mülheim-Kärlich-Urteil, dass der Vertrauensschutz in den Bestand des von dritter Seite angefochtenen VA ebenfalls dann nicht wegfällt, wenn und solange der VA sofort vollziehbar ist.<sup>518</sup> Man wird indessen ab dem Zeitpunkt einer Drittanfechtung grundsätzlich von einer größeren Eigenverantwortung des Bauherrn vor dem Hintergrund des in § 254 BGB wurzelnden Gedankens auszugehen haben. Denn ist zulässigerweise Widerspruch eingelegt oder Klage erhoben und damit ein Antrag auf Wiederherstellung des aufschiebenden Wirkung verbunden worden, so hat der Bauherr stets die Möglichkeit ernsthaft in Betracht zu ziehen, dass die Rechtswidrigkeit der ihm erteilten Genehmigung festgestellt werden kann; zumindest gilt dies, wenn Anfechtungsgründe vorgebracht werden, deren Richtigkeit nicht von vornherein von der Hand zu weisen sind. Wenn sich der Bauherr in einer derartigen Situation dazu entschließt, sein Vorhaben fortzusetzen, ohne die Entscheidung einer Behörde oder aber eines Gerichts in Bezug auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung abzuwarten, so nimmt er das in dieser Drittanfechtung liegende Risiko bewusst auf sich.<sup>519</sup> Wenn also ein Bauherr trotz der ihm bekannten heftigen Angriffe von Nachbarn gegen die ihm erteilte Baugenehmigung mit den Bauarbeiten beginnt oder aber sie fortsetzt, können Amtshaftungsansprüche wegen der Erteilung einer rechtswidrigen Baugenehmigung vollkommen entfallen.<sup>520</sup>

Grundsätzlich ist in diesem Zusammenhang die Regelung in § 50 VwVfG zu berücksichtigen, nach der der verwaltungsrechtliche Vertrauensschutz regelmäßig im Fall von Widerspruch und Anfechtungsklage suspendiert ist. Daraus wiederum wird aber nicht für den Bereich des Amtshaftungsrechts der entsprechende Rückschluss gezogen, dass der Vertrauensschutz in eben diesem Maße in Wegfall gerät. Vielmehr wendet der BGH die bereits vorerwähnte Formel an und stellt auf die jeweiligen Umstände des Einzelfalls ab.

#### *(4) Beispiele in der Rechtsprechung für fehlenden Vertrauensschutz*

Die Erteilung der Baugenehmigung setzt die Prüfung voraus, ob das Bauvorhaben den öffentlichen-rechtlichen Bauvorschriften entspricht, wobei diese Prüfung auch die Standsicherheit umfasst. Die Bestimmungen über die statische Prüfung

<sup>518</sup> BGH NJW 2008, 2502 (2503); BGH NVwZ 2004, 638 (639); BGH NVwZ 2003, 501 (502); BGHZ 149, 50 (55) = NJW 2002, 432 (434); BGH NJW 2002, 1266 (1267); BGH NJW 2001, 3054 (3056); BGHZ 134, 268 (285); OLG Rostock, Urt. v. 10.10.2002 – 1 U 207/00, juris Rdziff. 44

<sup>519</sup> BGH NJW 2008, 2502 (2503); BGHZ 149, 50 (56); BGH NJW 2001, 3054 (3056); BGH WM 1997, 375 (393), insoweit nicht abgedruckt in BGHZ 134, 268

<sup>520</sup> OLG Rostock, Urt. v. 10.10.2002 - 1 U 207/00, juris Rdziff. 48 unter Hinweis auf OLG Oldenburg, Urt. v. 29.10.1993 – 6 U 67/93 und den Nichtannahmebeschluss des BGH v. 14.07.1994 – III ZR 147/93 n. v.

der Bauwerke soll den Gefahren vorbeugen, die der Allgemeinheit durch den etwaigen Einsturz von standunsicheren Bauwerken drohen könnten; indem diese Bestimmungen und die ihnen entsprechende Amtspflichten dem Schutz der Allgemeinheit bzw. dem öffentlichen Interesse dienen, schützen sie jedes Glied der Allgemeinheit, das von der Gefahr mangelnder Standsicherheit bedroht wird, also jeden, der als Bewohner, Benutzer, Besucher, Nachbar oder als Vorübergehender oder Arbeiter zu dem Bauwerk in Beziehung tritt und auf die Standsicherheit vertrauen darf. Diese der Genehmigungsbehörde obliegende Pflicht gilt jedoch nicht nach der Richtung, dass der Bauherr davor bewahrt werden soll, durch einen statisch falsch berechneten Bau nutzlose finanzielle Aufwendungen zu machen.<sup>521</sup>

Den Amtsträgern einer Gemeinde obliegt es, bei der Aufstellung von Bebauungsplänen Gesundheitsgefährdungen zu vermeiden, die den zukünftigen Bewohnern des Plangebiets aus dessen Bodenbeschaffenheit drohen könnten. Die (allgemeine) Amtspflicht der Bauaufsichtsbehörde, für ein Bauvorhaben eine Baugenehmigung nur dann zu erteilen, wenn es die öffentliche Sicherheit und Ordnung, insbesondere Leben und Gesundheit, nicht gefährdet, geht nicht dahin, dem Bauherrn vor allen denkbaren wirtschaftlichen Nachteilen zu bewahren, die bei der Verwirklichung seines Bauvorhabens erwachsen können. Vielmehr soll der Bauherr (lediglich) nicht in die Gefahr gebracht werden, einen vorschriftswidrigen Bau auszuführen, welcher keinen Bestand haben kann und u. U. wieder beseitigt werden muss. Insoweit soll ihm eine verlässliche Grundlage für seine wirtschaftlichen Dispositionen verschafft werden.<sup>522</sup>

Die Amtspflicht der Bauaufsichtsbehörde, die Baugenehmigung für ein Wohnhaus nur dann zu erteilen, wenn eine ausreichende Trinkwasserversorgung gewährleistet ist, hat nicht den Schutzzweck, den Bauherrn vor (vermeidbaren) Mehraufwendungen zu bewahren, die durch die spätere Sanierung eines ursprünglich ungeeigneten Trinkwasseranschlusses verursacht werden.<sup>523</sup>

Das wirtschaftliche Risiko, dass das genehmigte und errichtete Bauvorhaben sich später, was den hinreichenden Brand- bzw. Feuerschutz anbelangt, als unzureichend erweist, hat der Bauherr selbst zu tragen.<sup>524</sup>

Unzutreffend ist es anzunehmen, dass nach Maßgabe der Rechtsprechung des BGH jedes (bloße) Vermögensinteresse aus dem Schutzbereich der Pflicht, bei der Bauleitplanung die Anforderungen an gesunde Wohn- und Arbeitsverhältnisse zu berücksichtigen, von vornherein ausgeklammert ist. Vielmehr sind nur solche Vermögensinteressen unberücksichtigt zu lassen, die sich darin erschöpfen, dass ein von Altlasten freies Grundstück einen höheren Marktwert hat als ein belastetes

---

<sup>521</sup> BGHZ 39, 358 (363)

<sup>522</sup> BGHZ 109, 380 (394)

<sup>523</sup> BGH NVwZ 1995, 620 (622) = BauR 1995, 381 (382)

<sup>524</sup> BGH NVwZ-RR 1997, 675 (675) = BauR 1998, 117 (118)

Grundstück, bei denen es also an einem unmittelbaren Bezug zu der Gesundheitsgefährdung fehlt.<sup>525</sup>

Eine amtliche Auskunft, in der ein Bauvorhaben fälschlicherweise grundsätzlich für zulässig erklärt wird, zugleich aber ausdrücklich auf die Erfordernisse einer Baugenehmigung und einer Beteiligung der Nachbarn hingewiesen wird, begründet für den Bauherrn kein schutzwürdiges Vertrauen dahin, mit den Bauarbeiten vor Erhalt der Baugenehmigung beginnen zu dürfen; dies gilt bei einem insgesamt genehmigungspflichtigen Vorhaben auch für solche Einzelmaßnahmen, die – isoliert betrachtet – einer Genehmigung bedurft hätten.<sup>526</sup>

(5) *Beispiele in der Rechtsprechung für vorhandenen Vertrauensschutz*

Grundsätzlich kann die Amtspflicht der Bauaufsichtsbehörde, einen inhaltlich unrichtigen (positiven) Bauvorbescheid nicht zu erteilen, auch drittschützende Wirkung zugunsten eines künftigen Käufers entfalten, der das Grundstück im Vertrauen auf jenen Bescheid von dem ursprünglichen Adressaten erwirbt. In den sachlichen Schutzbereich sind auch diejenigen Aufwendungen einbezogen, die im Vertrauen auf die durch den Bescheid bestätigte Baulandqualität für den Erwerb des Grundstücks getätigt worden sind. Denn durch im Vertrauen auf den rechtswidrigen Vorbescheid getätigten schädlichen Vermögensdispositionen hat sich gerade diejenige Gefahr verwirklicht, zu deren Abwehr die Amtspflicht, einen derartigen Bescheid nicht zu erteilen, unmittelbar diente.<sup>527</sup>

Im Rahmen eines Baugenehmigungsverfahrens darf der Bauherr nicht in die Gefahr gebracht werden, einen vorschriftswidrigen Bau auszuführen, der im Ergebnis keinen Bestand haben kann und u. U. wieder beseitigt werden muss. Insofern soll ihm verlässliche Grundlage für seine wirtschaftlichen Dispositionen verschafft werden. Für die Bauvoranfrage bedeutet dies, dass der geschützte „Dritte“, der im Vertrauen auf die Richtigkeit eines amtspflichtwidrig erteilten, von Anfang an fehlerhaften Vorbescheides Aufwendungen für die Planung eines Vorhabens macht, deren Ersatz verlangen kann, wenn später die Bebauung des Geländes aus Gründen scheitert, die schon zur Versagung des Bescheides hätten führen müssen.<sup>528</sup>

Der Umstand, dass die als Schaden geltend gemachte Belastung mit einer Verbindlichkeit gegenüber einem Dritten ihre Grundlage in einer von den dispositiven Normen des Werkvertragsrechts abweichenden Vereinbarung findet, rechtfertigt es für sich allein genommen noch nicht, sie nicht mehr als von der Vertrauensgrundlage umfasst anzusehen. Jeweils ist in den Blick zu nehmen, ob die vom Geschädigten eingegangene Verpflichtung zur Zahlung eines „pauschalen Scha-

<sup>525</sup> BGH NVwZ 1998, 318 (319) unter Hinweis auf BGHZ 121, 65

<sup>526</sup> BGH NVwZ 2003, 376 (377)

<sup>527</sup> BGH NJW 1994, 130 (131)

<sup>528</sup> BGHZ 122, 317 (322)

densersatzes“ gegenüber einem Bauunternehmen unmittelbar mit der Durchführung der beabsichtigten Baumaßnahme verbunden ist. Ist dies zu bejahen, so ist der zur Erfüllung dieser Forderung aufgewendete Betrag grundsätzlich ersatzfähig.<sup>529</sup>

Ebenso können auch, wenn ein Architekt in den persönlichen Schutzbereich einbezogen ist, die gegen ihn gerichteten Schadensersatzansprüche des Bauherrn in den sachlichen Schutzbereich fallen. Holt der Architekt eine Auskunft über die inhaltlichen Festsetzungen eines Bebauungsplanes ein und wird die eingeholte Auskunft zur Grundlage für Architektenleistungen gemacht, die dann in eine Genehmigungsplanung einmündet und wird diese erteilte Genehmigung später aufgehoben, macht sich der Architekt im Verhältnis zu dem Bauherrn Schadensersatzpflichtig. Die dem Architekten erteilte Auskunft verfolgt aber auch den Zweck, den Architekten gegen derlei Gewährleistungsansprüche des Bauherrn abzusichern.<sup>530</sup>

### 3. Sonderfälle der Drittbezogenheit

Über die bereits beschriebenen Fallkonstellationen hinaus gibt es eine Reihe von Einzelfragen und Sonderfällen, z. B. die Drittbezogenheit bei dem Bestehen einer verwaltungsrechtlichen Sonderverbindung<sup>531</sup> sowie bei der Dienst- und Rechtsaufsicht<sup>532</sup> sowie der Betriebs- und Anlagenaufsicht und Wirtschaftsaufsicht.<sup>533</sup> Die Frage nach der Drittbezogenheit stellt sich auch bei der (mitgliedschaftlichen) Vollziehung von Gemeinschaftsrecht.<sup>534</sup> Diese Aspekte sollen jedoch hier nicht mehr erörtert werden. Stattdessen sollen i. S. d. untersuchten Thematik zwei Themenbereiche näher einbezogen werden, und zwar die Auswirkung der Verwaltungskooperation durch Einschaltung von Fachbehörden auf die amtshaftungsrechtliche Drittbezogenheit. Darüber hinaus wird der Aspekt des legislativen/normativen Unrechts zu untersuchen sein.

#### a. Verwaltungskooperation durch Einschaltung von Fachbehörden

In Zeiten komplexer Sachverhalte und ebenso komplexer rechtlicher Fragestellungen tendieren Verwaltungsbehörden nicht selten dazu, sich der Mithilfe anderer (Fach-)Behörden zu versichern. Bei derlei Konstellationen ist die Frage gerechtfertigt, ob auch die Behörde, die „nur“ hinzugezogen worden ist, jedoch keine eigene Verwaltungsentscheidung gegenüber einem Bürger oder einem An-

<sup>529</sup> BGH NJW 2009, 1207 (1208)

<sup>530</sup> gefunden bei: Seiters, NordÖR 2010, 477 (479)

<sup>531</sup> BGH VersR 1983, 668; BGH NJW 1974, 1816; BGHZ 61, 7; vgl. i. Ü. auch Tremml/Karger/Luber Rdziff. 120

<sup>532</sup> Tremml/Karger/Luber Rdziff. 128 ff.

<sup>533</sup> Tremml/Karger/Luber Rdziff. 132 ff.; Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 180; Shirvani, Die Verwaltung 2014, 57 ff.

<sup>534</sup> Detterbeck/Windthorst/Sproll § 9 Rdziff. 142 ff. (S. 150 ff.)

tragsteller abgesetzt hat, in amtshaftungsrechtlicher Hinsicht Bedeutung erlangt. Die Antwort auf die so gestellte Frage wird davon abhängig sein, welche Rechtsqualität die Äußerung der um Mithilfe ersuchten Fachbehörde haben wird.

#### aa. Nichtbindende Mitwirkungshandlung

Im Verwaltungsrecht herrscht nicht immer eine einheitliche Terminologie in Bezug auf die verschiedenen Formen des Zusammenwirkens von Behörden. Neben der „Genehmigung“, der „Zustimmung“ oder dem „Einvernehmen einer anderen Behörde“ i. S. d. § 58 Abs. 2 VwVfG (dort für den Bereich des öffentlich-rechtlichen Vertrages) als bindende Mitwirkungshandlung gibt es darüber hinaus auch - bloße - Vorbereitungshandlungen bei der verwaltungsbehördlichen Zusammenarbeit. Diejenigen Vorbereitungshandlungen, die von einer anderen Behörde für ein Verfahren der sog. federführenden Behörde getroffen werden, wird eine solche bindende Wirkung in der Regel zu verneinen sein.<sup>535</sup> Zu solcherlei Mitwirkungshandlung ohne bindenden Charakter gehört auch die Erstellung von Gutachten durch Fachbehörden, es sei denn, diese Gutachten haben für den Bereich des jeweiligen Fachrechts einen feststellenden Charakter mit Bindungswirkung gegenüber Behörde und Bürger, dann kann es sich durchaus auch um einen Verwaltungsakt handeln.<sup>536</sup> Ist mithin davon auszugehen, dass die Mitwirkungshandlung der um Amtshilfe ersuchten Behörde nicht mit Bindungswirkung für die federführende Behörde versehen ist, wird dies auch in amtshaftungsrechtlicher Hinsicht bedeutungslos sein.

Die Fälle des gemeindlichen Einvernehmens gem. § 36 BauGB wurden bereits an anderer Stelle erörtert.

#### bb. Bindende Mitwirkungshandlung

Das Gesetz selbst sieht – wie ein Seitenblick auf § 58 Abs. 2 VwVfG zeigt – auch bindende Mitwirkungshandlungen in verschiedentlicher Form vor. Bereits die auf verwaltungsrechtlichem Sektor vorzunehmende Abgrenzung danach, ob ein selbständiger VA oder eine interne Mitwirkungshandlung vorliegt, ist schwierig.<sup>537</sup> Verdeutlicht werden soll dies am Beispiel der Gewerbesteuer, die als Gewerbeertragssteuer auf die objektive Ertragskraft eines Gewerbebetriebes erhoben wird. Nach Maßgabe des § 3 Abs. 2 AO handelt es sich bei der Gewerbesteuer um eine Real- oder Sachsteuer, deren Rechtsgrundlage sich im GewStG sowie der Gewerbesteuerdurchführungsverordnung nebst den Gewerbesteuerrichtlinien findet. Die Erhebung der Gewerbesteuer ist ein erheblich relevantes Instrumentarium zur Finanzierung der Gemeinden. Das jeweilige Finanzamt ermittelt den sog. Steuermessbetrag, während die Gemeinde dann – nach Bekanntgabe des jeweiligen

<sup>535</sup> Stelkens in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 35 Rdziff. 168

<sup>536</sup> Stelkens in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 35 Rdziff. 168; BVerwGE 46, 356

<sup>537</sup> Stelkens in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 35 Rdziff. 169

Steuermessbetrages – zur Ermittlung der festzusetzenden Gewerbesteuer deren Hebesatz anwendet und auf diese Weise die Gewerbesteuerzahllast ermittelt. Finanzamt und Gemeinde wirken an dieser Stelle zusammen, sodass sich etwaige Fehler aufseiten des Finanzamts dahingehend auswirken, dass u. U. die Gemeinde zu wenige oder aber gar keine Gewerbesteuer einnimmt. Im Gewerbesteuerverfahren sind daher sowohl staatliche Behörde als auch Kommunalbehörden beteiligt; trotz dieser Mitwirkung in verwaltungs- bzw. steuerrechtlicher Hinsicht bedeutet dies nicht zugleich in amtshaftungsrechtlicher Hinsicht eine Verantwortlichkeit der einen für die andere Behörde. Etwaige Amtspflichten der Finanzbeamten hätten nach Ansicht des BGH auch den Zweck, den Gewerbesteueranspruch der klagenden Gemeinde gegen den Steuerschuldner durchzusetzen; es handele sich dabei aber eben gerade nicht um solche Interessen, die denen des eigenen Dienstherrn „widerstreitend“ gewesen seien, die Gemeinde und das Finanzamt stünden sich gerade nicht im Hinblick auf entgegengesetzte Interessen gewissermaßen als „Gegner“ gegenüber, was dann zum Ausschluss einer Drittbezogenheit führen müsse.<sup>538</sup>

In seiner früheren Rechtsprechung hatte der BGH noch die Auffassung vertreten, dass sich die Mitwirkung einer Verwaltungsbehörde amtshaftungsrechtlich nicht auswirken würde. Vielmehr handele es sich allenfalls um einen bloßen Reflex zugunsten (oder zulasten) des Bauherrn/Antragstellers, ohne diesen jedoch die Stellung eines geschützten Dritten i. S. d. Amtshaftungsrechts zu verschaffen.<sup>539</sup> Diese Rechtsprechung hat der III. Zivilsenat ausdrücklich aufgegeben. Im Rahmen eines Verfahrens zur Erteilung einer sanierungsrechtlichen Genehmigung gem. §§ 144, 145 BauGB beauftragte eine Gemeinde einen Gutachterausschuss, eine Behörde des ebenfalls mitverklagten Landes, mit der Überprüfung von Kaufpreisen. Diese verwaltungsinterne Mitwirkung von einem Gutachterausschuss zur Ermittlung von Grundstückswerten i. S. d. § 192 BauGB wurde vom BGH nicht mehr als bloßer Rechtsreflex abgehandelt. Indem die von der zuständigen Behörde eingeschaltete Fachbehörde auf der Grundlage arbeitsteiligen Zusammenwirkens ihr überlegenes Fachwissen in die zu treffende Entscheidung einbringe, gewinne ihre Mitwirkung in einem ihr auch erkennbarem Maße im Verhältnis zum Bürger eine über die innerbehördliche Beteiligung hinausgehende Qualität. In einem solchen Fall sei die eingeschaltete Fachbehörde ebenso wie die nach außen hin tätig werdende Behörde gehalten, bei der Ausübung des Amtsgeschäfts auch die Interessen des betroffenen Bürgers zu wahren. Die Amtspflichten der eingeschalteten Fachbehörde wirkten nach Ansicht des Gerichts in den Schutzbereich der Amtspflicht hinein, welche die zur Entscheidung berufene Behörde dem Bür-

---

<sup>538</sup> BGH NVwZ 2004, 127 (127) = DVBl. 2004, 191 (192); BGHZ 32, 145 (147); OLG München, Urt. v. 18.06.2009 – 1 U 1602/09, juris Rdziff. 34

<sup>539</sup> BGH NVwZ 1991, 707 (709) („Gewerbeaufsichtsamt“)



ger gegenüber wahrzunehmen habe.<sup>540</sup> Diese Rechtsprechung hat der III. Zivilsenat des BGH in späteren Entscheidungen bestätigt.<sup>541</sup> Die Änderung der Rechtsprechung in dem dargestellten Sinn beseitigt eine bis dato bestehende Haftungslücke. In der Gutachterausschuss-Entscheidung wurde eine Haftung der beklagten Gemeinde unter Hinweis darauf zu Recht abgelehnt, dass sie sich ein etwaiges Verschulden des Gutachterausschusses nicht zurechnen lassen müsse; hätte der BGH an der Stelle seine bis dato geltende Rechtsprechung nicht geändert, wäre auch eine Haftung des zweitbeklagten Landes für seinen Gutachterausschuss nicht in Betracht gekommen. Dies hätte jedoch zu unbilligen Ergebnissen und zu sachlich nicht gerechtfertigten Haftungsprivilegien auf Behördenseite geführt; die Streckung von behördlichen Aufgaben und Pflichten in dem Sinn, dass eine Behörde mit anderen Behörden zusammenarbeitet und sich die federführende Behörde deren Ergebnisse zueigen macht, darf sich nicht haftungsrechtlich zulasten des Bürgers auswirken und darf keine Behördenprivilegierung nach sich ziehen. Durch die Rechtsprechung in der Gutachterausschuss-Entscheidung hat der BGH den durch eine arbeitsteilig vorgehende Behörde geschädigten Dritten aus dem „Bett des Prokrustes“ befreit.<sup>542</sup>

#### b. Legislatives/normatives Unrecht

Mit den Begriffen des legislativen oder normativen Unrechts wird der Erlass von rechtswidrigen Rechtssätzen oder aber der rechtswidrige Nichterlass von Rechtsätzen verstanden, wobei sämtliche Formen rechtssetzenden Charakters erfasst werden sollen, also nicht nur förmliche Gesetze, sondern auch materielle Normen sowie Verwaltungsvorschriften.<sup>543</sup>

##### aa. Grundsatz: Wahrnehmung von Aufgaben der Allgemeinheit

Die Rechtsprechung des BGH geht von dem Grundsatz aus, dass Amtspflichten der öffentlichen Amtsträger im Zusammenhang mit dem Erlass von Rechtsvorschriften oder aber dem Nichterlass von Rechtsvorschriften in erster Linie dem Interesse der Allgemeinheit an einem geordneten Gemeinwesen dienen. Soweit sich Amtspflichten darin erschöpfen, diesem Allgemeininteresse zu dienen und noch keine besonderen Beziehungen zwischen diesen Amtspflichten und bestimmten Personen bzw. Personengruppen bestünden, kämen bei der Verletzung

<sup>540</sup> BGHZ 146, 365 (369) = NVwZ 2001, 1074 (1075), vgl. dazu auch Rohlffing, MDR 2002, 254 (256)

<sup>541</sup> BGH NVwZ 2006, 245 (247); BGH NVwZ-RR 2003, 401 (402); BGH NVwZ-RR 2001, 441 (442); vgl. dazu auch Stein/Itzel/Schwall Rdziff. 104 ff.

<sup>542</sup> Prokrustes (griech.: „Strecker“), auch Damastes oder Prokoptas, in der griech. Sage ein Unhold bei Eleusis, der die bei ihm einkehrenden Wanderer entweder durch Verstümmelung oder Streckung mit dem Hammer in eine Bettstelle einpasste, wurde von Theseus auf eben diese Weise getötet; der Räuber Prokrustes, der ein Riese von Gestalt war, wurde von Theseus in ein kleines Bett gelegt und ihm wurde mit dem Schwert der Leib gekürzt

<sup>543</sup> Deterbeck/Windthorst/Sproll, § 9 Rdziff. 150 (S. 152); Stein/Itzel/Schwall Rdziff. 107

solcher Amtspflichten Schadensersatzansprüche für außenstehende Dritte nicht in Betracht.<sup>544</sup> Diese Auffassung ist unmittelbar nachzuvollziehen, denn Gesetze und Verordnungen enthalten – von wenigen Ausnahmen abgesehen – grundsätzlich generelle und abstrakte Regeln.

Vereinzelte Stimmen in der Literatur haben dieser daraus Ansicht des BGH entgegengehalten, dass bestimmte Maßnahmen des Gesetzgebers auch in den grundrechtsrelevanten Bereich des Einzelnen eingreifen könnte. Wenn aber derlei grundrechtsrelevanter Bereich tangiert sei, würden daraus subjektiv-öffentliche Rechte des Einzelnen erwachsen. Dieses subjektiv-öffentliche Recht entspräche einer drittbezogenen Amtspflicht der zuständigen Legislativorgane. Mit anderen Worten folge aus der Betroffenheit des Einzelnen ggf. eine Drittbezogenheit, und zwar für den Fall, dass Grundrechte tangiert seien.<sup>545</sup> Dieser Ansicht hat der BGH ausdrücklich eine Absage erteilt; aus dem Grad der Betroffenheit des Einzelnen folge noch keine Drittbezogenheit. Nicht jedem Grundrechtsverstoß wohne die Verletzung einer drittgerichteten Pflicht inne.<sup>546</sup>

#### bb. Maßnahme-/Einzelfallgesetze

Von dem zuvor dargestellten Grundsatz, dass bei dem Erlass bzw. Nichterlass eine Drittbezogenheit zu verneinen ist, hat der BGH eine Ausnahme für den Bereich der sog. Maßnahme- oder Einzelfallgesetze zugelassen. Solche Maßnahme- oder Einzelfallgesetze zeichnen dadurch aus, dass sie auf einen individualisierbaren Personenkreis oder aber auf eine einmalige Anwendung und damit zweck- und situationsgebunden zugeschnitten sind. In derlei Fällen sind die Belange bestimmter Einzelner unmittelbar berührt, sodass diese als „Dritte“ angesehen werden können.<sup>547</sup>

<sup>544</sup> BGH, Urt. v. 18.10.2012 – III ZR 196/11, juris Rdziff. 41; BGH NJW 2013, 168 (172); BGH NVwZ 2007, 362 (364); BGHZ 134, 30 (32) = NJW 1997, 123 (124); BGH NJW 1989, 101 (102); BGHZ 102, 350 (367); BGHZ 56, 40 (44/45); LG Berlin, Urt. v. 04.12.2012 – 15 O 7/12, juris Rdziff. 34 ff. (dort zur – verneinten – Haftung der Bundesrepublik Deutschland wegen der Einführung eines Postmindestlohns); ebenso: Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 177 ff.; Stein/Itzel/Schwall Rdziff. 107 ff.; Tremml/Karger/Luber Rdziff. 134 ff.; Detterbeck/Windthorst/Sproll § 9 Rdziff. 150 ff. (S. 152 ff.); Palandt/Sprau, BGB, § 839 Rdziff. 49; Bamberger/Roth/Reinert, BGB, § 839 Rdziff. 60; PWW/Kramarz, BGB, § 839 Rdziff. 27

<sup>545</sup> Papier in: MünchKomm BGB, § 839 Rdziff. 261

<sup>546</sup> BGHZ 129, 17 (19); BGH NJW 1994, 2415 (2416); BGH NJW 1989, 101 (102); vgl. dazu i. Ü. auch bereits o. S. 147 ff.

<sup>547</sup> BGHZ 134, 30 (32); BGH NJW 1989, 101 (102); BGH NJW 1988, 478 (479); BGH WM 1973, 491 (497); BGHZ 87, 321 (335); BGHZ 84, 292 (300); BGHZ 56, 40 (46); BayObLG NJW 1997, 1514 (1515); in diesem Sinn auch LG Berlin, Urt. v. 04.12.2012 – 15 O 7/12, juris Rdziff. 35 ff. dort im Zusammenhang mit der Haftung wegen der Einführung des Postmindestlohns

## cc. Rechtsverordnungen

Ebenso wie bei Gesetzen enthalten auch Rechtsverordnungen durchweg (nur) generelle und abstrakte Regelungen. Daher nimmt der Verordnungsgeber in der Regel ausschließlich Aufgaben gegenüber der Allgemeinheit wahr, sodass es an einem entsprechenden Drittbezug im amtshaftungsrechtlichen Sinn mangelt.<sup>548</sup> Wenn jedoch Rechtsverordnungen inhaltlich dem Regelungsgehalt von Maßnahme- oder Einzelfallgesetzen entsprechen, können Belange von bestimmten einzelnen Personen unmittelbar betroffen sein, sodass diese wiederum „Dritte“ sein können. In diesem Sinn hat der BGH auch entschieden, dass durch den Erlass der (vom BVerwG) für verfassungswidrig erklärten Bestimmung des § 6 Abs. 6 Milchgarantiemengenverordnung – MGVO – der Verordnungsgeber keine drittgerichteten Amtspflichten zulasten der betroffenen Milcherzeuger verletzt hätte. Allerdings sei in diesem Zusammenhang ein Entschädigungsanspruch wegen enteignungsgleichen Eingriffs zu prüfen.<sup>549</sup>

## dd. Verwaltungsvorschriften, Richtlinie, Erlasse

Verwaltungsvorschriften, wie z. B. Richtlinien, Erlasse o. ä. haben letztlich ermesenslenkenden Charakter. Verwaltungsvorschriften kommt aufgrund der durch sie eintretenden Selbstbindung der Verwaltung eine gesetzesähnliche Wirkung zu. Die bei deren Erlass bestehenden Amtspflichten sind daher in Bezug auf die Drittbezogenheit nicht anders zu beurteilen als bei formellen Gesetzen und Rechtsverordnungen. Gesetze und Verordnungen enthalten durchweg generelle und abstrakte Regelungen. Dementsprechend nehmen sowohl der Gesetzgeber als auch die die Verwaltungsvorschrift erlassende Stelle in der Regel nur solche Aufgaben wahr, die ihnen gegenüber der Allgemeinheit obliegen und denen die Richtung auf bestimmte Personen und Personenkreise mangelt.<sup>550</sup>

## c. Drittbezogenheit staatsanwaltschaftlicher Pflichten

Hinsichtlich der der Staatsanwaltschaft obliegenden Pflichten ist zu differenzieren. Die Amtspflicht zum Einschreiten (vgl. § 152 Abs. 2 StPO) wegen der Verfolgung strafbarer Handlungen besteht nur im öffentlichen Interesse.<sup>551</sup> Daraus wiederum ist abzuleiten, dass die Unterlassung des Einschreitens keine (dem durch eine Straftat Geschädigten gegenüber obliegende) Amtspflicht verletzen kann.<sup>552</sup> Im

---

<sup>548</sup> BGH NVwZ-RR 1993, 450 (451); BGHZ 102, 350 (367); BGHZ 56, 40 (44/5)

<sup>549</sup> BGH NVwZ-RR 1993, 450 (452); vgl. in diesem Zusammenhang auch BGHZ 111, 349 (356)

<sup>550</sup> BGH, Urt. v. 06.06.2013 - III ZR 196/12, juris Rdziff. 17; BGHZ 91, 243 (249) = NJW 1984, 2216 (2218); OLG Karlsruhe, OLG-Report 2006, 510 (511); LG Düsseldorf, Urt. v. 29.09.2010 – 2 b O 34/10, juris Rdziff. 33

<sup>551</sup> BGH NJW 1996, 2373; RGZ 172, 13; RGZ 154, 276; Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 660

<sup>552</sup> OLG Düsseldorf NJW 1996, 530

Übrigen ist die Entscheidung der Staatsanwaltschaft gem. § 152 StPO nicht auf ihre „Richtigkeit“, sondern allein darauf zu überprüfen, ob sie vertretbar ist. Die Vertretbarkeit kann nur dann nicht mehr bejaht werden, wenn bei voller Würdigung der Belange einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege die Einleitung der Ermittlungen gegen den Beschuldigten nicht mehr verständlich ist.<sup>553</sup>

Anders verhält es sich hingegen bei Entscheidungen über die Veranlassung und Vollziehung einer Durchsuchungsanordnung, über die Erhebung der öffentlichen Anklage und Maßnahmen im Bußgeldverfahren; sind die Entscheidungen unberechtigterweise vorgenommen worden, können sie Amtspflichtverletzungen gegenüber dem Verdächtigten darstellen.<sup>554</sup>

Die Ehefrau des Beschuldigten eines staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahrens ist nicht „Dritte“ i. S. d. § 839 Abs. 1 S. 1 BGB.<sup>555</sup>

Die Staatsanwaltschaft trifft die Amtspflicht, keine unzulässige Anklage zu erheben. Verstößt sie dagegen und erhebt gegen den Geschäftsführer und einzigen Gesellschafter Anklage wegen Brandstiftung, so ist dieser als geschützter „Dritter“ in Bezug auf Vermögenseinbußen anzusehen, die dadurch eintreten, dass die Feuerversicherung die Entschädigungszahlung zurückhält.<sup>556</sup>

Im Übrigen ist eine Drittbezogenheit der Amtspflicht der Staatsanwaltschaft, Straftaten zu verfolgen, den Täter zu ermitteln und ggf. Anklage zu erheben, zu verneinen.<sup>557</sup>

Auch die Entscheidung der Staatsanwaltschaft in Bezug auf die Entschließung gem. § 170 Abs. 1 StPO kann nur auf Vertretbarkeit überprüft werden. Dagegen hat die Staatsanwaltschaft, soweit es um den Zeitpunkt der für erforderlich erachteten Ermittlungsmaßnahmen geht, nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden, wobei das Beschleunigungsgebot und der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten sind.<sup>558</sup>

#### 4. Zwischenergebnis

Das sowohl haftungsbegründend als auch haftungsbegrenzend wirkende Tatbestandsmerkmal der Drittbezogenheit erlangt für den personellen und auch für den sachlichen Schutzbereich Bedeutung. In Bezug auf den personellen Schutzbereich wird über das Merkmal der Drittbezogenheit ermittelt, welcher Personenkreis als geschützt anzusehen ist und welche Personen mithin als „Dritter“ angesehen werden können. Zur Beantwortung dieser Frage ist zu untersuchen, ob evtl. absolut wirkende Amtspflichten verletzt sein können. Ist diese Frage zu verneinen und handelt es sich um (nur) relativ wirkende Amtspflichten, ist zugleich (sofern es

---

<sup>553</sup> BGH NJW 1989, 96 (97); OLG Schleswig, Urt. v. 14.08.2012 – 11 U 128/10, juris Rdziff. 29

<sup>554</sup> BGH NJW 1994, 3162 (3163 f.)

<sup>555</sup> Saarländ. OLG, OLG-Report 1994, 181

<sup>556</sup> BGH NJW 2000, 2672

<sup>557</sup> BGH NJW 1996, 2373

<sup>558</sup> BGH NJW 1989, 96 (99)

nicht ohnehin schon offenkundig ist) der Sachverhalt daraufhin zu untersuchen, ob es sich ggf. um den Erlass bzw. Nichterlass eines Verwaltungsakts (VA) handeln kann. Bei dem Erlass eines belastenden bzw. rechtswidrigen VA ist – in entsprechender Anwendung von § 42 Abs. 2 VwGO – von einer Drittgerichtetheit von Amtspflichten auszugehen, wenn dem Empfänger des VA eine Klagebefugnis i. S. d. vorgenannten Vorschrift zusteht. Handelt es sich um den Erlass eines begünstigenden bzw. rechtsgewährenden VA, der sich erst im Nachhinein, z. B. Nachbarwiderspruch bzw. Nachbarklage, als rechtswidrig herausstellt, so wird die Schutzwürdigkeit des Vertrauens zu untersuchen sein, die die entsprechende Maßnahme zu bewirken in der Lage war.

Juristische Personen des öffentlichen Rechts können ebenfalls „Dritte“ sein, freilich nur dann, wenn nicht um ein arbeitsteiliges Zusammenwirken verschiedener Behörden in Rede steht, sondern wenn sich Behörden im Sinne widerstreitender Interessen gleichsam als Gegner gegenüberstehen.

Wenn geklärt ist, ob der Geschädigte bzw. Amtshaftungskläger als zum geschützten Personenkreis zugehörig anzusehen ist, ist näher zu untersuchen, ob der jeweilige, geltend gemachte Schaden noch als vom sachlichen Schutzbereich erfasst anzusehen ist. Insofern ist zur Ermittlung dieser Frage auf das Schutzzweck-Kriterium abzustellen. Insbesondere mit Rücksicht auf die bauaufsichtliche Genehmigung hat die Rechtsprechung aus dem Schutzzweck-Kriterium heraus auf den Aspekt des Vertrauensschutzes abgestellt. Im Laufe der sich weiterentwickelnden Rechtsprechung wurde der Grundsatz des Vertrauensschutzes aus dem Schutzzweck-Kriterium herausgelöst und hat mittlerweile eine eigenständige Bedeutung vor allem im Rahmen des sachlichen Schutzbereichs erfahren.

## 6. Kapitel: Die Schadensliquidation im Drittinteresse (Drittschadensliquidation)

### A. Allgemeine Grundsätze

Die gesetzliche Regelung in § 839 Abs. 1 S. 1 BGB basiert auf der Vorstellung eines Drei-Personen-Verhältnisses, und zwar das Verhältnis Staat/Dienstherr – Amtswalter – Geschädigter. Nur aus dieser Konstellation heraus lässt sich auch nachvollziehen, warum das Gesetz den Geschädigten als „Dritten“ bezeichnet.<sup>559</sup> Ähnlich dieser Konstellation verhält es sich bei der Drittschadensliquidation, bei der auch mehr als zwei Personen betroffen sind. Diese Ähnlichkeit rechtfertigt es, eine nähere Untersuchung vorzunehmen.

#### I. Die Begründung und relative Wirkung von Schuldverhältnissen

##### 1. Rechtsbegründung

Das Bürgerliche Gesetzbuch geht im Grundsatz davon aus, dass Rechte und Pflichten in einem Schuldverhältnis nur untereinander begründet werden. Drittinteressen bleiben – sieht man von dem Sonderfall des Versprechens der Leistung an einen Dritten (§§ 328 ff. BGB) ab – unberücksichtigt. Sobald es den Bereich des Vertragsrechts anbelangt, entspricht dieser Effekt dem Grundsatz der Privat- bzw. Vertragsautonomie.<sup>560</sup>

##### 2. Relativität bei Schuldverhältnissen und Dogma des Gläubigerinteresses

Ohne dass es im BGB ausdrücklich verankert wäre, wird doch von dem Grundsatz der Relativität ausgegangen. Dies wiederum bedeutet, dass an einem Schuldverhältnis nur der Gläubiger und der Schuldner beteiligt sind und auch nur diese beiden Personen Rechte und Pflichten haben.<sup>561</sup> Aufgrund dieser Inter-Partes-Wirkung und der Tatsache, dass nur der Gläubiger gegen den Schuldner Ansprüche hat, scheiden auch Ansprüche gegen dritte Personen aufgrund dieses (bipolaren) Schuldverhältnisses aus. Andererseits ist aber auch das Verbot der sog. *exceptio ex iure tertii* zu beachten, wonach jede Partei vor Einwendungen, die aus anderweitigen Schuldverhältnissen hergeleitet werden können, zu schützen ist.<sup>562</sup> Dadurch, dass die Forderung des Gläubigers auf die Leistung (als sog. relatives Recht) nur gegenüber dem Schuldner besteht, unterscheidet sie sich grundlegend von dem sog. Herrschaftsrechten bzw. absoluten Rechten, die gegenüber jeder-

<sup>559</sup> Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 168; BGH NJW 2013, 604 (604)

<sup>560</sup> Neuner, JZ 1999, 126 (126)

<sup>561</sup> Neuner, JZ 1999, 126 (126)

<sup>562</sup> Henke S. 11, 39, 45 ff.

mann wirken.<sup>563</sup> Gleichwohl gibt es auch Ausnahmen von diesem Grundsatz der Relativität; insofern sei auf den Vertrag zugunsten Dritter sowie den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter verwiesen. Nach Maßgabe der §§ 267 ff. BGB kann auch ein Dritter befugt sein, die Leistung anstelle des Schuldners zu bewirken. Im Übrigen kann auch gem. §§ 398 ff. BGB die gegen den Schuldner begründete Forderung auf einen Dritten übertragen/abgetreten werden, ebenso ist eine Schuldübernahme i. S. d. §§ 414 ff. BGB möglich.<sup>564</sup>

Dem entspricht das Dogma vom sog. Gläubigerinteresse. Das bürgerliche Recht sieht eine Schadensersatzverpflichtung nur dann vor, wenn und soweit ein tatbestandsmäßig Verletzter selbst unmittelbar in seinem geschützten Interesse betroffen wird und einen Schaden erleidet.<sup>565</sup> Demnach schließt das Dogma vom Gläubigerinteresse andere Personen, die (mittelbar) in deren Vermögen verletzt sein können, von dem Ersatzanspruch aus.<sup>566</sup> Diejenigen Schäden, die weder auf Gläubigerseite noch auch Schuldnerseite entstehen, sondern aufseiten einer dritten Partei, sind selbst dann nicht ersatzfähig, wenn aufseiten des Schuldners und/oder des Gläubigers die Kenntnis davon vorliegen sollte, dass mit der vertragsgemäß zu bewirkenden Leistung Dritte in Berührung kommen sollten.<sup>567</sup>

Der Grund für dieses Dogma vom Gläubigerinteresse oder auch Tatbestandsprinzip<sup>568</sup> ist letztlich eine ausschließlich rechtspolitische Überlegung. Im Bereich der Vertragsautonomie soll der Schutz der Handlungsfreiheit gewährleistet und nicht dadurch zunichte gemacht werden, dass ein unbegrenztes Risiko dadurch installiert wird, dass Haftungspflichten gegenüber solchen Personen ausgedehnt werden, die am Vertrag selbst nicht beteiligt sind (mittelbar Geschädigte). Denn wenn ein Schädiger nun allen Personen Ersatz leisten müsste, die ggf. infolge einer von ihm zu vertretenen Handlung einen Schaden erleiden, würde dies selbstverständlich unkalkulierbar werden.

## *II. Die Durchbrechung des Relativitätsprinzips*

Prima vista sind die Grundüberlegungen für das „Gläubigerinteresse“ nachvollziehbar und auch zutreffend, gleichwohl können im Einzelfall auch unbillige Ergebnisse hervorgerufen werden. Es sind Fallkonstellationen denkbar, in denen ein nur mittelbar Geschädigter seinen Schaden nicht liquidieren kann, während der Schädiger gleichsam dadurch in Vorteil gerät, dass er weder seinem Vertragspartner noch dem eigentlichen Geschädigten gegenüber Ersatz leisten müsste. Es liegt auf der Hand, dass eine große Neigung besteht, die Ersatzpflicht auszudehnen

<sup>563</sup> Palandt/Grüneberg, BGB, vor § 241 Rdziff. 5; Bamberger/Roth/Sutschet, BGB, § 241 Rdziff. 8

<sup>564</sup> Palandt/Grüneberg, BGB, vor § 241 Rdziff. 5; Bamberger/Roth/Sutschet, BGB, § 241 Rdziff. 9

<sup>565</sup> von Schroeter, JURA 1997, 343 (343)

<sup>566</sup> Verwey, JURA 2006, 571 (571)

<sup>567</sup> von Schroeter, JURA 1997, 343 (343); Bredemeyer, JA 2012, 102 (102, 104); Oetker in: MünchKomm BGB, § 249 Rdziff. 269, 277

<sup>568</sup> von Schroeter, JURA 1997, 343 (343)

und das Dogma vom Gläubigerinteresse zugunsten einer sachgerechten Schadensliquidation zu opfern. Zur Erinnerung:

*„Eine Rechtsordnung, die einem als schutzwürdig anerkannten Interesse allein aus dogmatischen Gründen die Durchsetzbarkeit schlechthin versagt, stellt sich selbst infrage.“<sup>569</sup>*

Dies ist der Grund, warum der Gesetzgeber für bestimmte Fallkonstellationen Ausnahmeregelungen zur Durchbrechung des Relativitätsprinzips geschaffen hat, so z. B. in §§ 844 Abs. 2, 845 BGB bzw. in § 618 Abs. 3 BGB bzw. § 62 Abs. 3 HGB. Unabhängig von den vorgenannten Fällen hat die Rechtsprechung aber auch andere Konstellationen entwickelt, die unbillige Ergebnisse vermeiden helfen sollen. Dazu gehört – neben dem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter – auch die Rechtsfigur der Drittschadensliquidation.

#### B. Die Drittschadensliquidation als Ausnahme des Grundsatzes vom Gläubigerinteresse

Die seit mehr als 150 Jahren in Rechtsprechung und Literatur erörterte Rechtsfigur der sog. Drittschadensliquidation reflektiert die Konstellation, dass unter bestimmten Voraussetzungen eine Person denjenigen Schaden, den eine andere Person erlitten hat, bei dem Schädiger zu liquidieren berechtigt ist, wenn es aufgrund von bestimmten – aus Schädigersicht zufälligen – Umständen zu einem Auseinanderfallen von Schaden und Anspruch gekommen ist.<sup>570</sup> Die Rechtsfigur der Drittschadensliquidation ist – entgegen vereinzelter Einschätzung auf Richterseite – kein rein akademisches Konstrukt. Ein Abruf bei juris zeigt zu diesem Stichwort 607 Trefferergebnisse allein in Bezug auf die Rechtsprechung.<sup>571</sup> Auch der Gesetzgeber geht von einer Relevanz der Drittschadensliquidation aus, da er diese in der Begründung des Transportrechtsreformgesetzes<sup>572</sup> ausdrücklich hervorhebt.<sup>573</sup> Zudem stellt die Regelung in § 421 Abs. 1 S. 3 HGB deutlich, dass der Empfänger der Fracht im Wege der Drittschadensliquidation auch einen Schaden des Absenders beanspruchen kann.<sup>574</sup>

<sup>569</sup> Rinne, FS Boujoung, S. 633 (639)

<sup>570</sup> Verweyen, JURA 2006, 571 (571); Grundmann/Renner, JZ 2013, 379 (379 f.); Hübner/Sagan, JA 2013, 741 (742 f.); von Schroeter JURA 1997, 343 (345); Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht Rdziff. 838; Neuner, JZ 1999, 126 (130); Ries, JA 1982, 453 (455 ff.); Oetker in: MünchKomm BGB, § 249 Rdziff. 277 ff.; Goerth, JA 2005, 28 (28); grundlegend auch: Hagen, S. 1 ff.; Büdenbender, NJW 2000, 986 (987); Bamberger/Roth/Schubert, BGB, § 249 Rdziff. 154; Staudinger/Schiemann, BGB, Vorbem. zu §§ 249 ff. Rdziff. 62 ff.

<sup>571</sup> Recherche vom 31.12.2014

<sup>572</sup> BT-Drucks. 13/8445 S. 75

<sup>573</sup> BGH TranspR 2012, 110 (113); BGH MDR 2010, 1198 (1199)

<sup>574</sup> BGH TranspR 2010, 34 (36); BGH NJW-RR 2001, 1612 (1614)



### *I. Anwendungsvoraussetzungen*

#### 1. Anspruchsteller ohne Schaden

Eine der Grundvoraussetzungen ist es, dass diejenige Person, die aufgrund eines bestimmten Schädigungsvorgangs einen Anspruch gegen den Schädiger hat, den Eintritt eines Schadens nicht beklagen kann. Ausgehend von dem Grundsatz der Relativität hat also aufgrund des Schuldverhältnisses eine der Parteien ggf. einen Anspruch gegen die andere Vertragspartei, der Schadenseintritt hat sich aber bei einer dritten Person realisiert. Der Schaden wird – ausgehend von der Differenzhypothese<sup>575</sup> – als die Differenz zwischen zwei Güterlagen betrachtet. Ein Vermögensschaden ist demnach zu bejahen, wenn der tatsächliche Wert des Vermögens des Geschädigten nach dem Schadenseintritt geringer ist als derjenige Wert, den das Vermögen ohne das die ersatzpflichtbegründende Ereignis haben würde.<sup>576</sup>

#### 2. Geschädigter ohne Anspruch

Kennzeichnend für die Drittschadensliquidation ist weiterhin der Umstand, dass sich der Schaden bei einer Person außerhalb des – relativ wirkenden – Schuldverhältnisses realisiert hat, ohne dass dieser geschädigten Person ein Anspruch gegen den Schädiger zusteht.<sup>577</sup> Als Beispiel wird insoweit die Konstellation herangezogen, dass der Geschädigte Eigentümer einer bestimmten Sache werden soll; bevor er allerdings die Stellung eines Eigentümers erlangt, wird die Sache zerstört.

#### 3. Kriterium der zufälligen Schadensverlagerung

Charakteristisch für die Rechtsfigur der Drittschadensliquidation ist außerdem, dass die Verlagerung des Schadens auf einen (außerhalb des eigentlichen Schuldverhältnisses befindlichen) Dritten aus Schädigersicht rein zufällig geschehen ist.<sup>578</sup>

---

<sup>575</sup> Palandt/Grüneberg, BGB, Vorbem. v. § 249 Rdziff. 10

<sup>576</sup> BGH NJW 2011, 1962 (1963); NJW 2009, 1870 (1871); BGH NJW 2000, 2669 (2670), insoweit in BGHZ 144, 343 nicht abgedruckt; BGH NJW 1988, 1837 (1838); BGH NJW 1998, 302 (302); BGHZ 99, 182 (196); BGHZ 98, 212 (217); BGH NJW 1985, 128 (128); BGHZ 86, 128 (130); BGHZ 27, 181 (183); OLG München, NJW 2011, 3375 (3377); Verweyen, JURA 2006, 571 (572); Palandt/Grüneberg, BGB, Vorbem. v. § 249 Rdziff. 10; Bamberger/Roth/Schubert, BGB, § 249 Rdziff. 12; Staudinger/Schiemann, BGB, § 249 Rdziff. 4 ff.; Erman/Ebert, BGB vor §§ 249 – 253 Rdziff. 24; Büdenbender, NJW 2000, 986 (988); Medicus/Lorenz, Schuldrecht I Rdziff. 595; von Schroeter, JURA 1997, 343 (345); Neuner, JZ 1999, 126 (130 f.); Bredemeyer, JA 2012, 102 (102)

<sup>577</sup> Verweyen, JURA 2006, 571 (572); Bredemeyer, JA 2012, 102 (102); Neuner, JZ 1999, 126 (130); von Schroeter, JURA 1997, 343 (345)

<sup>578</sup> BGHZ 133, 36 (41); BGH NJW 1998, 1864 (1865); Neuner, JZ 1999, 126 (130); Verweyen, JURA 2006, 571 (572); von Schroeter, JURA 1997, 343 (345); Walker, AcP 194 (1994), 295 (303)

Zu Recht wird im Schrifttum auf die Konkretisierungsbedürftigkeit dieses Kriteriums verwiesen. Denn diese „zufällige Schadensverlagerung“ ist nicht trennscharf genug; es bedarf der weiteren Präzisierung. Mithin ist zu Recht eine Abgrenzung zu den originären Drittschäden vorgenommen worden. Die Anwendbarkeit der Grundsätze der Drittschadensliquidation setzt also das Vorliegen eines Schuldverhältnisses voraus, welches auch ohne Beteiligung und etwaige Schädigung eines Dritten vorstellbar ist.<sup>579</sup> Die originären Drittschadensfälle zeichnen sich dadurch aus, dass von vornherein und erkennbar eine dritte Person beteiligt ist, bei dem der potentielle Schaden eintritt. Bei den „eigentlichen“ Fällen der Drittschadensliquidation<sup>580</sup> wäre im Normalfall der Schaden bei einer der Parteien des Schuldverhältnisses eingetreten und hat sich rein zufällig bei einem anderen realisiert. Anders gependet:

Erforderlich ist mithin ein bestimmter einheitlicher Schaden, der sich bei dem Gläubiger ausgewirkt hätte, wenn nicht – aus Schädigersicht rein zufällig – ein Dritter Träger des geschützten Rechtsguts gewesen wäre. Es muss also ein- und derselbe Schaden vorliegen, der bei einem Dritten (anstatt bei dem Ersatzberechtigten) eintritt.<sup>581</sup>

Eine weitere Überlegung tritt hinzu. Die Anwendung der Grundsätze der Drittschadensliquidation darf im Ergebnis nicht zu einer Risikovermehrung führen. Hintergrund dieser Überlegung ist der Umstand, dass durch die Anwendung der Grundsätze der Drittschadensliquidation vermieden werden soll, dass ein Schädiger unbilligerweise entlastet wird. Damit geht aber auch die Überlegung einher, dass die Drittschadensliquidation nicht dazu führen darf, den Schädiger übermäßig zu belasten. Maßgeblich ist also, ob ohne die Beteiligung Dritter der Schaden typischerweise bei dem Gläubiger entstanden wäre.<sup>582</sup>

Ergänzend darf darauf hingewiesen werden, dass der Anwendungsbereich der Drittschadensliquidation primär die vertraglichen Ansprüche erfasst, sich aber auch auf deliktische Ansprüche bezieht; überdies gilt es zu vergegenwärtigen, dass die Parteien selbstverständlich die Geltung ausdrücklich oder stillschweigend vereinbaren können.<sup>583</sup>

## II. Rechtsfolge

Rechtsfolge dieses Instituts der Drittschadensliquidation, deren Rechtsgrundlage im Prinzip von Treu und Glauben begründet ist<sup>584</sup>, ist – schlagwortartig betrachtet – dass der Schaden zum Anspruch gezogen wird, mit anderen Worten kann der

<sup>579</sup> Neuner, JZ 1999, 126 (131); Traugott, ZIP 1997, 872 (874)

<sup>580</sup> s. zu den Fallgruppen u. S. 181 ff.

<sup>581</sup> OLG Stuttgart, WM 2008, 1303 (1311) = juris Rdziff. 135; Oetker in: MünchKomm/BGB, § 249 Rdziff. 280; Preuß, DNotZ 1997, 796 (798)

<sup>582</sup> Neuner, JZ 1999, 126 (131)

<sup>583</sup> BGH NJW-RR 2008, 786 (787); Staudinger/Schiemann, BGB, Vorbem. zu §§ 249 ff. Rdziff. 68

<sup>584</sup> Neuner, JZ 1999, 126 (130)

Anspruchsinhaber den Schaden des geschädigten Dritten liquidieren.<sup>585</sup> Derjenige, in dessen Person die Voraussetzungen einer Anspruchsnorm mit Ausnahme des Schadens erfüllt sind, macht mithin einen fremden Schaden geltend.<sup>586</sup> Das „Ziehen“ des Schadens zum Anspruch geschieht im Wege der Abtretung (§§ 398 ff. BGB).

Die Drittschadensliquidation soll unbillige Ergebnisse vermeiden helfen; der Schädiger soll keine Vorteile aus der zufälligen Schadensverlagerung ziehen. Der Verletzte/Geschädigte wird sich aber auch ein ihn zutreffendes Mitverschulden auf den Schaden anrechnen lassen müssen.<sup>587</sup>

Bereits an dieser Stelle darf – für den Bereich der Amtshaftung – angemerkt werden, dass anspruchsberechtigt im Fall der Drittschadensliquidation nur der Inhaber der verletzten Rechtsstellung ist, bei einer Amtspflichtverletzung also derjenige, dem gegenüber die Amtspflicht bestanden hat, nicht hingegen der wirtschaftlich betroffene Dritte.<sup>588</sup>

### III. Fallgruppen der Drittschadensliquidation

Das Rechtsinstitut der Drittschadensliquidation wird, was auch vom Schrifttum anerkannt wird, bei der mittelbaren Stellvertretung, der Obhutspflicht für fremde Sachen, der obligatorischen Gefahrentlastung sowie bei Treuhandverhältnissen angewandt.<sup>589</sup>

#### 1. Mittelbare Stellvertretung

Eine der anerkannten Fallgruppen, der die Rechtsprechung bereits einen gewohnheitsrechtlichen Rang zuerkannte<sup>590</sup>, ist der Fall der mittelbaren Stellvertretung; die im eigenen Namen handelnde Person kann die Schäden des Geschäftsherrn gegen den Vertragspartner liquidieren, der wiederum den Schaden durch sein

<sup>585</sup> Verweyen, JURA 2006, 571 (572); von Schroeter, JURA 1997, 343 (345); Oetker in: MünchKomm BGB, § 249 Rdziff. 277, 278; Staudinger/Schiemann, BGB, Vorbem. zu §§ 249 ff. Rdziff. 66 f; Bamberger/Roth/Schubert, BGB, § 249 Rdziff. 157; OLG Schleswig, Urt. V. 10.04.2014 – 5 U 128/12, juris Rdziff. 340

<sup>586</sup> BGHZ 181, 12 (26) = ZiP 2009, 1166 (1171); BGH NJW-RR 2008, 786 (788); BGHZ 133, 36 (41); BGHZ 51, 91 (93); BGHZ 40, 91 (100); BGHZ 25, 250 (258); BAG NJW 2007, 1302 (1303); Büdenbender, JZ 1995, 920 (925)

<sup>587</sup> BGH NJW 1997, 2327 (2328); BGH NJW 1972, 289 (289); BGH NJW 1969, 789 (790)

<sup>588</sup> BGH NJW-RR 1996, 724 (724) = BGHR BGB § 839 Drittschadensliquidation 2, unter Hinweis auf BGH NJW 1989, 451 (452); BGH WM 1987, 581 (582)

<sup>589</sup> BGHZ 181, 12 (26) = ZiP 2009, 1166 (1171); BGH NJW-RR 2008, 786 (787); BGH NJW 1998, 1864 (1865); Goerth, JA 2005, 28 (29); von Schroeter, JURA 1997, 343 (345); Oetker in: MünchKomm BGB, § 249 Rdziff. 284 ff.; Staudinger/Schiemann, BGB, Vorbem. zu §§ 249 ff. Rdziff. 69 ff.; Bredemeyer, JA 2012, 102 (102 ff.); Verweyen, JURA 2006, 571 (572); Bamberger/Roth/Schubert, BGB, § 249 Rdziff. 159 ff.; Palandt/Grüneberg, BGB, Vorb. v. § 249 Rdziff. 108 ff.

<sup>590</sup> BGH NJW-RR 2001, 1612 (1614); BGHZ 133, 36 (41) = NJW 1996, 2734 (2735); BGH VersR 1989, 1168 (1169); BGHZ 25, 250 (258)

vertragswidriges Verhalten verursacht hat. Diese Fallgruppe ist zugeschnitten auf den Spediteur, den Frachtführer, den Kommissionär und ist auch darüber hinaus bei der Einschaltung eines Notars und sonstiger Beauftragter denkbar.<sup>591</sup>

## 2. Obhut für fremde Sachen

Wenn jemand eine fremde Sache berechtigtermaßen besitzt und gibt er diese Sache im Rahmen eines – gesondert abgeschlossenen – Vertragsverhältnisses an eine dritte Person weiter, bestehen – im Fall der Sachbeschädigung – allenfalls Nutzungsausfälle; den eigentlichen Schaden an der Substanz der Sache erleidet der Eigentümer, nicht hingegen der (bloße) Besitzer. Den vonseiten des Eigentümers geltend gemachten deliktischen Ansprüchen wird in der Regel der Entlastungsbeweis gem. § 831 Abs. 1 S. 2 BGB entgegengehalten. Anerkanntermaßen wird daher der (berechtigte) Besitzer in die Lage versetzt, im Wege der Drittschadensliquidation die dem Eigentümer zustehenden Ansprüche im Zusammenhang mit der Beschädigung des Eigentums geltend zu machen.<sup>592</sup>

Das Gesetz sieht in § 701 Abs. 1 BGB die Haftung des Gastwirts vor. Diese Regelung stellt einen gesetzlich geregelten Fall der Drittschadensliquidation im Zusammenhang mit der Inobhutnahme fremder Sachen dar.<sup>593</sup> Ein weiterer gesetzlich geregelter Fall wird in § 291 Abs. 2 BGB in dem Sinn gesehen, dass der geschädigte Dritte (also: der Eigentümer) selbst den Anspruch gegen schädigenden (unrechtmäßigen) Besitzer hat.<sup>594</sup>

Der Busunternehmer, der den Transport eines Jugend- bzw. Schülerorchesters und dessen Musikinstrumente übernimmt, ist verpflichtet, die (teuren) Instrumente gegen Verlust oder Beschädigung während der Beförderung zu schützen. Tritt ein Schaden an einem Kontrabass ein, so kann auch ein Dritter, der nicht Eigentümer dieses Instruments ist, den Schaden (gegenüber dem Busunternehmer) geltend machen, weil ihm die Sache vom Eigentümer zur Obhut und Fürsorge übergeben wurde.<sup>595</sup>

<sup>591</sup> Palandt/Grüneberg, BGB, Vorbem. v. § 249 Rdziff. 108; Bamberger/Roth/Schubert, BGB, § 249 Rdziff. 159; Oetker in: MünchKomm BGB, § 249 Rdziff. 284; Staudinger/Schiemann, BGB, Vorbem. zu §§ 249 ff. Rdziff. 69

<sup>592</sup> Oetker in: MünchKomm BGB, § 249 Rdziff. 293; Staudinger/Schiemann, BGB, Vorbem. zu §§ 249 ff. BGB Rdziff. 72; Palandt/Grüneberg, BGB, Vorb v § 249 Rdziff. 109; BGH NJW-RR 2001, 1612 (1614); BGH NJW 1985, 2411 (2412); BGH NJW 1974, 1614 (1616); BGH NJW 1969, 789 (790); BGHZ 40, 91 (101); BGHZ 15, 224 (228); RGZ 93, 39 (41); OLG Naumburg, AgrarR 1994, 239 (240); LG Münster NJW-RR 2003, 1672 (1672)

<sup>593</sup> Oetker in: MünchKomm BGB, § 249 Rdziff. 293; Staudinger/Schiemann, BGB, Vorbem. zu §§ 249 ff. Rdziff. 72

<sup>594</sup> Staudinger/Schiemann, BGB, Vorbem. zu §§ 249 ff. Rdziff. 73

<sup>595</sup> OLG Saarbrücken, VersR 2014, 73 (75)

### 3. Obligatorische Gefahrentlastung

Ausgangspunkte dieser Fallgruppe sind besondere – vertraglich vereinbarte oder aber gesetzliche – Gefahrtragungsregeln, wie z. B. §§ 447, 644 BGB, 421 Abs. 1 S. 2, 3 HGB. Diese Gefahrtragungsregeln verursachen die Schadenseinstellung nicht bei dem Vertragspartner der Schädigers, sondern bei einer anderen Person. Wenn der Verkäufer einer Sache zum Zwecke des Transports diese Sache an einen ordnungsgemäßen Transporteur übergibt und auf dem Transportweg zum Käufer die Sache untergeht, so ist der Verkäufer entlastet, weil er das ihm Erforderliche durch die Übergabe der ordnungsgemäß verpackten Sache erledigt hat und einen Gefahrübergang herbeigeführt hat; zu dem Transporteur steht der Käufer nicht vertraglicher Beziehung. Dies ist die typische Konstellation der Fälle der obligatorischen Gefahrentlastung.

Eine vergleichbare Konstellation existiert aus erbrechtlicher Sicht bei dem Vermächtnis, §§ 2174, 275 Abs. 1 BGB. Der Erbe, bei dem die Sache zerstört worden ist, hat als Eigentümer zwar einen (deliktischen) Anspruch gegen die schädigende Person nach Maßgabe des § 823 Abs. 1 BGB, indessen – wegen § 275 Abs. 1 BGB – keinen Schaden; dem gegenüber hat der Vermächtnisnehmer in Ermangelung von Besitz und Eigentum an den Vermächtnisgegenstand und in Ermangelung etwaiger vertraglicher Beziehungen zu dem Schädiger keinerlei Ansprüche gegen diesen.<sup>596</sup>

Die Rechtsfigur der Drittschadensliquidation bei obligatorischer Gefahrentlastung sieht sich zunehmender Kritik in der Literatur ausgesetzt<sup>597</sup>; dieser Kritik soll an dieser Stelle jedoch nicht nachgegangen werden, solange nicht klar ist, ob es auf diesen Aspekt bzw. diese Fallgruppe der Drittschadensliquidation für die hier untersuchte Thematik ankommen wird.

### 4. Treuhandverhältnis

Eng verwandt mit der Fallgruppe der mittelbaren Stellvertretung ist auch die Fallgruppe des sog. Treuhandverhältnisses. Der Treuhänder hat im Fall der Beschädigung des Treuguts keinen Schaden, dieser trifft in der Regel den Treugeber; gleichwohl kann der Treuhänder etwaige Ersatzansprüche direkt bei dem Schädiger geltend machen. Häufig hat der Treuhänder sogar einen eigenen Anspruch.<sup>598</sup> Der insoweit teilweise ablehnenden Haltung im Schrifttum<sup>599</sup> ist die Rechtsprechung nicht gefolgt.<sup>600</sup> Zu einer derartigen, für die Drittschadensliquidation

<sup>596</sup> Beispiel bei Verweyen, JURA 2006, 571 (572)

<sup>597</sup> vgl. zuletzt Verweyen, JURA 2006, 571 (572 f.); Büdenbender, NJW 2000, 986 (987 ff.)

<sup>598</sup> Staudinger/Schiemann, BGB, Vorbem. zu §§ 249 ff. Rdziff. 71; Bamberger/Roth/Schubert, BGB, § 249 Rdziff. 160

<sup>599</sup> vgl. dazu den Überblick bei Staudinger/Schiemann, BGB, Vorbem. zu §§ 249 ff. Rdziff. 71

<sup>600</sup> BGH 2006, 1662 (1663); BGH NJW 1998, 1864 (1865); BGH NJW-RR 1997, 663 (664); BGHZ 128, 371 (377); BGH WM 1987, 581 (582); offen gelassen bei: BGHZ 186, 58 = NJW 2010,

typischen Konstellation wird man allerdings nur dann gelangen, wenn man dem Treugeber ein eigenes sonstiges Recht i. S. d. § 823 Abs. 1 BGB am Treugut nicht zubilligt. Denn anderenfalls hätte er einen eigenen Schadensersatzanspruch und wäre auf die Schadensliquidation durch den Treunehmer nicht angewiesen. Die Fälle des Treuhandverhältnisses sind bei der Sicherungszession relevant, wenn der Sicherungsnehmer den Verzugschaden des Sicherungsgebers geltend macht<sup>601</sup>; der Grundsatz, dass in denjenigen Fällen, in denen der Schuldnerverzug erst nach Abtretung der gegen ihn gerichteten Forderung an einen Dritten eintritt, bei der Schadensermittlung einzig auf die Person des Zessionars abzustellen ist, gilt bei der Sicherungszession nicht uneingeschränkt; vielmehr sei dort, so der BGH, wenn nur in Person des Sicherungsgebers (d. h.: Sicherungszedent) ein Verzugschaden vorhanden sei, nach den Grundsätzen der Drittschadensliquidation ein „Zedentschaden“ zu ersetzen. Der Eintritt des Sicherungsfalles stehe dieser Art der Schadensberechnung nicht entgegen, wenn aufgrund besonderer Umstände auch dann noch nur in Person des Sicherungsgebers ein Verzugschaden feststellbar sei.<sup>602</sup>

Zu diesen für die Treuhandverhältnisse maßgeblichen Konstellationen wird auch der Fall gezählt, dass ein im Landesdienst stehender Beamter (Lehrer) die von einem kommunalen Schulträger für den Unterrichtsgebrauch beschafften Sachen beschädigt; auf diese Fallkonstellation wird noch näher einzugehen sein.<sup>603</sup>

## 5. Weitere Fallgruppen

Die Frage, ob die von der Literatur und der Rechtsprechung entwickelten Fallgruppen abschließenden Charakter haben, wird nicht einheitlich beantwortet. Der BGH tendiert zu der Ansicht, dass die in der Rechtsprechung anerkannten Fallgruppen nicht abschließend seien.<sup>604</sup> Die Literatur hat sich dieser Ansicht teilweise angeschlossen. Es sei auf die Vergleichbarkeit der Interessenlage abzustellen. Sei eine solche Vergleichbarkeit zu bejahen, kämen die Grundsätze der Drittschadensliquidation auch für andere Fälle in Betracht.<sup>605</sup> Anderer Auffassung zufolge sollte verallgemeinernde Aussagen über die anerkannten Fallgruppen hinaus nicht in Betracht zu ziehen sein. Eine Erweiterung des Anwendungsbereichs erscheine als problematisch. Denn im Einzelfall könne die Anwendung der Drittschadensliqui-

---

3651; BGH NJW 1967, 930; RGZ 107, 132 (135); zustimmend auch Oetker in: MünchKomm BGB, § 249 Rdziff. 294; Hoffmann, WM 1994, 1464 (1466); Schwenger, AcP 182 (1982), 214 (237 ff.)

<sup>601</sup> Oetker in: MünchKomm BGB, § 249 Rdziff. 294; BGH NJW-RR 1997, 663 (664); BGHZ 128, 371 (377)

<sup>602</sup> BGHZ 128, 371 (377)

<sup>603</sup> s. u. S. 197 ff.

<sup>604</sup> BGHZ 181, 12 (26); ebenso OLG Stuttgart, WM 2008, 1303 (1311) = juris Rdziff. 134; OLG Frankfurt, Urt. v. 07.05.2009 - 6 U 185/07, juris Rdziff. 22

<sup>605</sup> Oetker in: MünchKomm BGB, § 249 Rdziff. 277; Kollhosser, AcP 166 (1966), 277 (303 ff.); Bredemeyer, JA 2012, 102 (102)

dation gerade keine „wertende Berichtigung einer Schadensverlagerung“ sein, sondern würde dann zu einer „Schadens- und Ersatzkumulation“ führen.<sup>606</sup> Wollte man den ursprünglichen Gedanken der Drittschadensliquidation – Ausschluss der Begünstigung eines Schädigers im Fall der zufälligen Schadensverlagerung – ernsthaft Rechnung tragen, so dürften die vorgestellten Fallgruppen keinen abschließenden Charakter haben. Denn es seien durchaus ähnliche Fallkonstellationen vorstellbar, in denen die Interessenlage der Beteiligten gleichgelagert sei.<sup>607</sup>

#### *IV. Unterscheidung zum Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*

Bei dem Rechtsinstitut des Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte verbleibt der Anspruch auf die vertraglich vereinbarte Hauptleistung ausschließlich bei dem Gläubiger; der – geschädigte – Dritte ist lediglich in die vertraglichen Nebenpflichten (Obhuts-, Sorgfaltspflichten o. ä.) dergestalt eingebunden, dass er bei Verletzung dieser Pflichten einen eigenen Ersatzanspruch gegen den Schuldner geltend zu machen berechtigt ist.<sup>608</sup> Der Unterschied zur Drittschadensliquidation liegt mithin darin, dass dort der Schaden zur Anspruchsgrundlage und beim Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte die Anspruchsgrundlage zum Schaden gezogen wird.<sup>609</sup> Dieses Rechtsinstitut baut auf einer maßgeblich durch das Prinzip von Treu und Glauben (§ 242 BGB) geprägten ergänzenden Vertragsauslegung (§ 157 BGB) auf. Ob ein rechtsgeschäftlicher Wille zur Einbeziehung des Dritten bestanden hat, ist durch den Tatrichter nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen zu ermitteln.<sup>610</sup>

Regelmäßig wird dann von einer Schutzwirkung für Dritte auszugehen sein, wenn es um Verträge geht, die mit Personen abgeschlossen werden, die über eine besondere vom Staat anerkannte Sachkunde verfügen (Sachverständiger, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer o. ä.); erstellen diese Personen ein Gutachten oder eine gutachterliche Äußerung, um damit gegenüber einem Dritten Gebrauch zu machen, liegt die Annahme einer „Schutzwirkung“ nahe.<sup>611</sup> Die Einbeziehung eines Dritten in den Schutzbereich eines Vertrages steht unter verschiedenen Voraussetzungen, und zwar:

- der Dritte ist ebenso wie der Gläubiger selbst den Gefahren einer Pflichtverletzung ausgesetzt und kommt mit der geschuldeten Leistung bestimmungsgemäß in Berührung,

---

<sup>606</sup> Staudinger/Schiemann, BGB, Vorbem. zu §§ 249 ff. Rdziff. 77; Goerth, JA 2005, 28 (29)

<sup>607</sup> vgl. insoweit den Überblick bei Bredemeyer, JA 2012, 102 (104 ff.)

<sup>608</sup> BGH NZG 2014, 741 (742); BGH NJW 2004, 3420 (3422); BGHZ 159, 1 (4); BGHZ 145, 187 (197); OLG Karlsruhe, Urt. v. 14.08.2013 – 7 U 63/13, juris Rdziff. 17 ff.; vgl. auch

Hübner/Sagan, JA 2013, 741 ff.; Staudinger/Schiemann, BGB, Vorbem. zu §§ 249 Rdziff. 64 ff.

<sup>609</sup> OLG Schleswig, Urt. V. 10.04.2014 – 5 U 128/12, juris Rdziff. 340

<sup>610</sup> BGH NZG 2014, 741 (742); BGHZ 181, 12 (17); BGHZ 159, 1 (4)

<sup>611</sup> BGHZ 193, 297 (304); BGHZ 181, 12 (25); BGHZ 167, 155 (166); BGHZ 145, 187 (197)

- die Drittbezogenheit seiner Leistung ist für den Schuldner erkennbar,
- der Vertragspartner hat ein eigenes Interesse an der Einbeziehung des Dritten in den Schutzbereich des Vertrages und
- der Dritte ist schutzbedürftig.<sup>612</sup>

Obschon das Rechtsinstitut des Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte im Rahmen der Amtshaftung nicht a priori unanwendbar ist, so wird der Anwendungsbereich denkbar klein bleiben. Denn der Schuldner, also die mit besonderer Sachkunde ausgestattete Person, wird i. d. R. nicht in Ausübung eines öffentlichen Amtes i. S. d. § 839 Abs. 1 S. 1 BGB i. V. m. Art. 34 S. 1 GG handeln.<sup>613</sup> Selbst dann, wenn aber von einem solchen Handeln in Ausübung eines öffentlichen Amtes auszugehen wäre, dürfte es in den meisten Fällen an der Erkennbarkeit i. S. d. vorangestellten Voraussetzungen fehlen.

#### V. Vereinbarung

Die Schadensliquidation im Drittinteresse ist selbstredend auch dann möglich, wenn dies die Parteien (also: Anspruchsinhaber und Geschädigter) miteinander ausdrücklich vereinbart haben oder aber wenn konkrete Anhaltspunkte/Anknüpfungstatsachen vorliegen, welche die Annahme einer konkludenten Vereinbarung rechtfertigen.<sup>614</sup> Im Fall einer sog. Vertragskette bei einem Kauf- oder Werkvertrag wird nicht ohne Weiteres davon ausgegangen werden können, dass der Käufer oder Besteller berechtigt sein soll, den Schaden seines Abnehmers liquidieren zu können.<sup>615</sup> Vielmehr wird zu vergegenwärtigen sein, dass grundsätzlich keine Pflicht z. B. des Verkäufers besteht, für eine gedeihliche Entwicklung der Geschäftsbeziehung „seines“ Käufers zu dessen Abnehmern Sorge zu tragen. Mit anderen Worten: Nicht alles, was in einem Vertrag nicht geregelt ist, stellt zugleich eine Vertragslücke dar, der durch eine ergänzende Vertragsauslegung begegnet werden muss, d. h., dass bei einer sog. Verkäuferkette i. d. R. die Anwendung der Drittschadensliquidation ausgeschlossen ist.<sup>616</sup>

<sup>612</sup> zu diesen Voraussetzungen: OLG Karlsruhe, Urt. v. 14.08.2013 - 7 U 63/13, juris Rdziff. 19 ff. sowie BGH NZG 2014, 741 (742); BGHZ 181, 12 (17); BGHZ 167, 155 (166); BGHZ 159, 1 (5); BGHZ 133, 168 (170); BGHZ 69, 82 (86); BGHZ 66, 51 (56); BGHZ 56, 269 (273); BGHZ 49, 350 (354)

<sup>613</sup> zu besonderen Fällen vgl. BGHZ 181, 65 mit weiteren Nachweisen (dort: Rdziff. 10)

<sup>614</sup> Palandt/Grüneberg, BGB, Vorb. 249 Rdziff. 111; Neuner, JZ 1999, 126 (132); BGH NJW 1978, 1576 (1577); BGH NJW 1969, 271

<sup>615</sup> Palandt/Grüneberg, BGB, Vorb. v. § 249 Rdziff. 111; offengelassen in BGH NJW 1997, 652 (652)

<sup>616</sup> BGHZ 40, 91 (102 f.); LG Braunschweig, Urt. v. 08.10.2012 - 8 S 76/12, juris Rdziff. 32; Bamberger/Roth/Schubert, BGB, § 249 Rdziff. 164



*VI. Zwischenergebnis*

Durch die – vom Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte zu unterscheidende – Rechtsfigur der Drittschadensliquidation wird ein Manko beseitigt, welches durch den Gesetzgeber hervorgerufen worden ist und – allgemeiner Auffassung zufolge – in seiner Stringenz zu unbilligen Ergebnissen führen würde. Vor dem Hintergrund der Regelung in § 242 BGB (Treu und Glauben) wird eine Korrektur dieses Ergebnisses vorgenommen, nämlich, dass im Fall der zufälligen Schadensverlagerung der Geschädigte einseitig belastet und der Schädiger entlastet werden würde. Vom Ergebnis her argumentiert erscheint eine solche Vorgehensweise sachgerecht.

## 7. Kapitel: Die Drittschadensliquidation im Rahmen der Drittbezogenheit von Amtspflichten

Zu der Frage, ob die Grundsätze der Schadensliquidation im Drittinteresse auch auf die Fälle anwendbar sein können, in denen es um einen ablehnenden rechtswidrigen Bescheid geht, existieren in Rechtsprechung und Literatur verschiedene Auffassungen, die ein sehr uneinheitliches Bild widerspiegeln. Während der BGH die Anwendbarkeit der Drittschadensliquidation ursprünglich ausschließlich für den Fall der Notarhaftung bejaht hatte<sup>617</sup>, hatte er die Frage in nachfolgenden Entscheidungen ausdrücklich offen gelassen.<sup>618</sup> Freilich brachte der BGH in einigen dieser Entscheidungen bereits seine Zweifel darüber zum Ausdruck, ob es des Rechtsinstituts der Drittschadensliquidation im Amtshaftungsrecht überhaupt bedürfe; seiner Ansicht zufolge biete im Amtshaftungsrecht bereits die Bestimmung des Kreises der geschützten „Dritten“ ein taugliches Instrument für einen interessengerechten Schadensausgleich. Es fehle eine „innere Rechtfertigung“ dafür, einer Person über den Umweg der Drittschadensliquidation letztlich doch einen Ersatzanspruch zuzuerkennen, wenn ein Geschädigter nicht zum Kreis der geschützten Dritten zähle.<sup>619</sup>

In jüngeren Entscheidungen, auch der Instanzgerichte, ist diese höchstrichterlich geäußerte Skepsis mittlerweile durch ein klar ablehnendes Votum ersetzt worden.<sup>620</sup> Freilich ist auch diese ablehnende Haltung nicht stets eindeutig, sondern wird von instanzgerichtlichen Entscheidungen begleitet, die sich einer vertiefenden Argumentation zu dieser Frage verschließen.

Die Literatur bietet diesbezüglich ein ebenso diffuses Bild. Unter Bezugnahme auf die bereits vorerwähnte Rechtsprechung des BGH sind einige Vertreter der Ansicht, für eine Anwendung der Grundsätze der Drittschadensliquidation gäbe es keinen Raum bzw. es bedürfe keiner Anwendung dieser Grundsätze.<sup>621</sup> Anderer Auffassung zufolge wird die Drittschadensliquidation im Amtshaftungsrecht ausdrücklich als anwendbar angesehen, und zwar deswegen, weil die Drittschadensli-

<sup>617</sup> BGH NJW 1967, 930 (930)

<sup>618</sup> BGH NJW-RR 1996, 724 (724); BGH NJW 1991, 2696 (2697); BGH BGHR BGB § 249 S. 1 Eigenschaden 1; BGHZ 93, 87 (96); BGH VersR 1983, 359 (360)

<sup>619</sup> BGH NJW 1991, 2696 (2697) = BGHR BGB § 839 Drittschadensliquidation 1

<sup>620</sup> BGH NVwZ-RR 2008, 670 (671); OLG Dresden Urt. v. 31.05.2001 - 6 U 122/01, juris Rdziff. 87; OLG Hamm, Urt. v. 23.06.1978 - 11 U 53/78, juris (dort zu Ls 3); OLG Hamm, NJW 1970, 1793 (1793); LG Kiel, Urt. v. 30.06.1995 - 13 O 113/94, juris Rdziff. 45

<sup>621</sup> Deppert, FS Boujong S. 533 (346 f.); Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 237; Hagen S. 132, 230 f.; Tremml/Karger/Luber Rdziff. 269 ff.; PWW/Kramarz, BGB, § 839 Rdziff. 30 a. E.; Ossenbühl/Cornils S. 63

liquidation nicht eindeutig auf vertragliche Schadensersatzansprüche beschränkt sei.<sup>622</sup>

Diese Ausgangssituation und die wenig weiterführende Argumentation der verschiedenen Auffassungen rechtfertigt eine vertiefende Untersuchung, die ihren Ausgangspunkt in der Analyse der dogmatischen Ist-Situation der Drittbezogenheit nehmen soll. Danach kann der Frage nachgegangen werden, inwieweit das Rechtsinstitut der Schadensliquidation im Drittinteresse dogmatisch kompatibel zur Drittbezogenheit ist. Das wiederum setzt voraus, dass die Grundsätze der Drittschadensliquidation im öffentlichen Recht überhaupt anwendbar sind. Im Anschluss daran werden diejenigen Fallgruppen näher dargestellt, in denen die Rechtsfigur der Drittschadensliquidation eine praktische Bedeutung erfahren kann. Es bietet sich an, die Ergebnisse dieser Fallgruppen-Darstellung daraufhin zu analysieren, ob eine sachliche Verbindung hergestellt werden kann.

#### A. Analyse der dogmatischen Ist-Situation bei der Drittbezogenheit

Mit Hilfe dieser Analyse soll festgestellt werden, ob das Merkmal der Drittbezogenheit nach Maßgabe des derzeitigen Standes von Rechtsprechung und Literatur gleichsam abschließenden Charakter hat und einer „Erweiterung“ durch die Grundsätze der Schadensliquidation im Drittinteresse (nicht) zugänglich ist.

##### *I. Zwecke, Ziele und Funktionen des Tatbestandsmerkmals der Drittbezogenheit*

Bereits eingangs dieser Untersuchung wurde darauf hingewiesen, dass das Tatbestandsmerkmal der Drittbezogenheit verschiedentliche Funktionen aufweist. Zum einen hat es eine haftungsbegründende Funktion; denn mit Hilfe der Drittbezogenheit bzw. Drittgerichtetheit wird festgestellt, wem gegenüber der Staat im Wege der Haftungsüberleitung die Verantwortung zu übernehmen hat.<sup>623</sup> Die Drittbezogenheit hat aber auch und vor allem eine haftungsbegrenzende Funktion; denn durch dieses Merkmal sollen andere Personen, selbst dann, wenn sich ihnen gegenüber das amtspflichtwidrige staatliche Handeln negativ ausgewirkt haben sollte, vom Kreis der Ersatzberechtigten ausgespart.<sup>624</sup> Dies zeigt sich an der Feststellung, dass Amtspflichten primär im Interesse des Staates und der Allgemein-

---

<sup>622</sup> Nierwetberg, NVwZ 1986, 719 (720 f.) unter Hinweis auf Bender Rdziff. 725; Schäfer/Bonk, § 1 Rdziff. 284; Hartmann VersR 1994, 905 (908); Petersen, DÖV 2004, 700 (701 ff.); offen gelassen bei Schröder VerwArch 2011, 223 (235 f.)

<sup>623</sup> Seifers, NordÖR 2010, 477 (477); Wurm, JA 1992, 1 (1); Papier, DZWIR 1997, 221 (222)

<sup>624</sup> BGHZ 129, 17 (19); OLG Saarbrücken NJW-RR 2001, 813 (815); Seifers, NordÖR 2010, 477 (477); Wurm, JA 1992, 1 (1); Maurer, § 25 Rdziff. 19; Ossenbühl/Cornils S. 61; de Witt/Burmeister, NVwZ 1992, 1039 (1039); Ladeur, DÖV 1994, 665 (665); Schoch, JURA 1988, 585 (590); Blankenagel, DVBl. 1981, 15 (17); Gotzen, VR 1993, 423 (424); Tremml/Karger/Luber Rdziff. 99; Detterbeck/Windthorst/Sproll, § 9 Rdziff. 96 (S. 131); Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 169; Rohlfing, MDR 2002, 254 (254);

heit bestehen<sup>625</sup> und nur ausnahmsweise (!) individuell ausgerichtet, d. h. drittbezogen sind.

Bei wertender Betrachtung wird dem Merkmal der Drittbezogenheit indessen nicht nur eine haftungsbegründende und -begrenzende Funktion beizumessen sein. Vielmehr stellt die Anwendung dieses Merkmals bzw. die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze auch letztlich ein Risikoverteilungsprinzip dar. Zwischen dem Schädiger bzw. dessen Anstellungskörperschaft i. S. d. Art. 34 S. 1 GG und dem Geschädigten geht es um eine Schadensverteilung, mithin letztlich um die Frage, wen in concreto das Risiko der Schadensentstehung bzw. -herbeiführung treffen soll. Über den „Schutzzweck“ der Amtspflicht<sup>626</sup> bzw. den „Vertrauensschutz“<sup>627</sup> als ausprägende Wertungskriterien gerät damit letztlich auch die Drittbezogenheit zu einem Wertungskriterium.<sup>628</sup> Indessen ist das Risikoverteilungsprinzip keine Eigenheit des Merkmals der Drittgerichtetheit, sondern wohnt dem gesamten Schadensrecht inne. Dieses Risikoverteilungsprinzip beruht auf der Überlegung, dass die handelnde Person nicht von einer unüberschaubaren Anzahl von Haftungsansprüchen überzogen werden soll; damit ist das Risikoverteilungs- bzw. -begrenzungsprinzip Ausfluss der Handlungsfreiheit.<sup>629</sup> Dieses Prinzip der Risikoverteilung ist wiederum als Ausnahme von dem Kompensationsprinzip zu begreifen. Das Schadensersatzrecht der §§ 249 ff. BGB geht nämlich von der grundsätzlichen Erwägung aus, dass jeder Verursacher den von ihm hervorgerufenen Schaden in vollem Umfang zu kompensieren hat.<sup>630</sup> Es liegt auf der Hand, dass dieser Grundsatz nicht uneingeschränkt im deutschen Recht durchgehalten werden kann. Um den Schädiger nicht mit unabsehbaren Folgen belasten zu müssen, werden Ersatzansprüche (auch im Amtshaftungsrecht) grundsätzlich nur dem unmittelbar Geschädigten zugesprochen. Bei deliktischen Tatbeständen ist herrschender Auffassung zufolge diejenige Person ersatzberechtigt, die Inhaber des geschützten Rechts oder des geschützten Rechtsguts ist, sofern der Schutzbereich bzw. Schutzzweck der verletzten Norm ihn umschließt, sog. Tatbestandsprinzip.<sup>631</sup> Dies wiederum bedeutet aber auch, dass der nur mittelbar Geschädigte in aller Regel keinen Schadensersatzanspruch hat, sondern seinen Schaden selbst zu tragen hat. Ersatzberechtigt ist mithin nur der Gläubiger der verletzten Pflicht.<sup>632</sup>

---

<sup>625</sup> BGH NJW 2013, 604 (604)

<sup>626</sup> vgl. dazu o. S. 155 ff.

<sup>627</sup> s. o. S. 158 ff.; Kümpfer, S. 92 ff., 107 ff., 338 ff.

<sup>628</sup> Ossenbühl/Cornils S. 53; Petersen, DÖV 2004, 700 (701)

<sup>629</sup> Petersen, DÖV 2004, 700 (701/2); von Schroeter, JURA 1997, 343 (344)

<sup>630</sup> Oetker in: MünchKomm BGB, § 249 Rdziff. 268 ff.; Palandt/Grüneberg, BGB, Vorb. v. § 249 Rdziff. 1 ff.; Bamberger/Roth/Schubert, BGB, § 249 Rdziff. 2 ff.

<sup>631</sup> Staudinger/Schiemann, BGB, vor §§ 249 ff. Rdziff. 49; Oetker in: MünchKomm BGB, § 249 Rdziff. 268; Bamberger/Roth/Schubert, BGB, § 249 Rdziff. 147; Palandt/Grüneberg, BGB, Vorb. v. § 249 Rdziff. 102 je m. w. N.

<sup>632</sup> OLG Celle, VersR 2006, 1376 (1376)

Losgelöst von deren verschiedentlichen Funktionen ist festzuhalten, dass das Merkmal der Drittbezogenheit im Wesentlichen sein Gepräge durch die verschiedentliche Ausrichtung erhält. Einerseits wird im Rahmen des sog. personellen Schutzbereichs die Frage der Drittgerichtetheit gestellt; es wird untersucht, ob der Geschädigte bzw. der Amtshaftungskläger zu dem Kreis der geschützten Dritten hinzuzurechnen ist und ob ihm allein aufgrund seiner Stellung im Geschehensablauf ein Amtshaftungsanspruchsgläubigerstatus zuzuerkennen ist. Andererseits wird im Rahmen der Drittbezogenheit aber auch die Frage nach dem sachlichen Schutzbereich gestellt; insoweit wird die Frage beantwortet, ob der konkret vom Amtshaftungskläger bzw. vom Geschädigten geltend gemachte Schaden noch vom Schutzzweck bzw. vom Vertrauensschutz umfasst ist. Diese „Zwei-Komponenten-Prüfrichtung“ wird nachfolgend noch einmal aufgegriffen werden müssen.

Das Merkmal der Drittbezogenheit ist ohne jede dogmatische Kontur und wird nur durch eine sehr einfallorientierte Rechtsprechung unterfüttert. Mitunter wird in diesem Zusammenhang von der „Kristallkugel des Amtshaftungsrechts“<sup>633</sup> gesprochen. Eine zutreffende Aussage darüber, ob im Rahmen des jeweiligen Sachverhalts von einer Drittbezogenheit auszugehen ist oder nicht, ist selbst für Kenner der Materie im Regelfall schwer möglich.

Dies vorangestellt lässt sich wiederum eine Aussage des Inhalts, dass das Merkmal der Drittbezogenheit von Kriterien geprägt wäre, die sich durch einen abschließenden Charakter auszeichnen, nicht treffen. Die Ziel- und Zweckrichtung der Drittbezogenheit steht nicht der Annahme entgegen, dass die Grundsätze der Schadensliquidation im Drittinteresse kompatibel sein könnten. Freilich muss in diesem Zusammenhang vergegenwärtigt werden, dass der Fokus für das Rechtsinstitut der Drittschadensliquidation im personellen Schutzbereich, nicht hingegen im sachlichen Schutzbereich der Drittbezogenheit liegen wird. Denn die Drittschadensliquidation setzt dort an, wo es in Einzelfällen zu einer ungerechtfertigten Entlastung des Schädigers kommen kann, mithin bei der Frage der personellen Reichweite. Wie bereits ausgeführt, greifen die Grundsätze der Drittschadensliquidation in Fällen der zufälligen Schadensverlagerung ein, und zwar mit der Überlegung, dass diese Schadensverlagerung auf den mittelbar Geschädigten nicht dazu führen darf, dass der Schädiger von seiner Ersatzpflicht frei wird. Es geht also bei der Drittschadensliquidation nicht um Fragen nach der inhaltlichen Reichweite des Schadens bzw. danach, welche Schadensersatzpositionen noch erfasst sind, vielmehr ausschließlich um das Abstecken des berechtigten Personenkreises.

---

<sup>633</sup> Itzel, MDR 2012, 564 (565, dort FN 4)

## II. Grundlage der „inneren Rechtfertigung“ der Drittbezogenheit für die Drittschadensliquidation

Der BGH begründete seine anfängliche Zurückhaltung in Bezug auf die Anwendbarkeit der Drittschadensliquidation im Rahmen der Drittbezogenheit damit, dass bereits die Bestimmung des Kreises des geschützten „Dritten“ ein taugliches Instrument für einen interessengerechten Schadensausgleich biete. Aus dieser Erwägung folge, dass dann, wenn ein Geschädigter nicht zum Kreis der geschützten Dritten zähle, eine innere Rechtfertigung dafür fehle, ihm über den Umweg der Drittschadensliquidation letztlich doch einen Ersatzanspruch zuzuerkennen.<sup>634</sup> Die vom BGH gegebene Begründung ist bemerkenswert. Denn die Tatsache, dass jemand nicht zum Kreis der ersatzberechtigten Dritten gezählt wird, wird zur Bedingung erhoben (... „wenn ...“). Genau um diese Frage geht es aber doch. Auch durch die Anwendung der Grundsätze über die Schadensliquidation im Drittinteresse soll doch erst festgestellt werden, ob jemand zum Kreis der ersatzberechtigten Dritten zu zählen ist oder nicht. Dann wiederum kann nicht mit der vom BGH gegebenen Begründung die Anwendbarkeit dieser Grundsätze abgelehnt werden, vielmehr handelt es sich bei der vom BGH gegebenen Begründung um eine *petitio principii*.<sup>635</sup> Daraus folgt wiederum, dass jedenfalls mit dem Hinweis auf das Fehlen einer „inneren Rechtfertigung“ die Anwendung der Drittschadensliquidation im Rahmen der Drittbezogenheit nicht abgelehnt werden kann.

Eine weitere Überlegung tritt hinzu. Dem BGH bereitet es keine Probleme, für den Bereich der Notarhaftung, die der Amtshaftung in struktureller Hinsicht ähnelt, die Grundsätze der Drittschadensliquidation für anwendbar anzusehen. Verletzt der Notar z. B. bei der Beurkundung eines Rechtsgeschäfts zur Sicherung eines aus Mitteln des Ausgleichsfonds gewährten Aufbaudarlehens für die gewerbliche Wirtschaft seine Amtspflichten gegenüber dem – treuhänderisch eingeschalteten – Bankinstitut, so kann dieses Bankinstitut den daraus entstehenden Schaden des Ausgleichsfonds im Wege der Drittschadensliquidation gegen den Notar geltend machen.<sup>636</sup> Dieses Prozedere wirft die Frage auf, warum der BGH im Fall der Notarhaftung das Fehlen einer „inneren Rechtfertigung“ nicht für beanstandenswert erachtet, im Bereich der Amtshaftung gem. § 839 Abs. 1 S. 1 BGB i. V. m. Art. 34 S. 1 GG jedoch sehr wohl. Dogmatisch konsistent ist diese divergierende Vorgehensweise nicht.

<sup>634</sup> BGH NJW 1991, 2696 (2697) = BGHR BGB § 839 Drittschadensliquidation 1 unter Hinweis auf Hagen S. 230; dem BGH folgend: Deppert, FS Boujong S. 533 (546 f.); Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 237; offen: Schröder VerwArch 2011, 223 (236)

<sup>635</sup> dies bereits andeutend: Hartmann, VersR 1994, 905 (906)

<sup>636</sup> BGH NJW 1967, 930 (930); ebenso bei amtspflichtwidriger vorzeitiger Auszahlung eines hinterlegten und kreditfinanzierten Grundstückskaufpreises vom Notaranderkonto: KG WM 2008, 852

Dies vorangestellt gibt es keinen erkennbaren Grund, der es von vornherein hindern könnte, die Grundsätze der Drittschadensliquidation im Bereich der Drittbezogenheit von Amtspflichten zu implementieren. Nunmehr gilt es anhand einer Fallgruppendarstellung und der Analyse dieser Fallgruppen zu überprüfen, ob sich eine dogmatische Kompatibilität auch bei näherer Betrachtung herstellen lässt.

## B. Dogmatische Kompatibilität zwischen Drittschadensliquidation und Drittbezogenheit

Die dogmatische Kompatibilität setzt zunächst voraus, dass die Grundsätze der Schadensliquidation im Drittinteresse, die für den Bereich des Zivilrechts entwickelt worden sind, auch im öffentlichen Recht Anwendung finden. Zu hinterfragen ist ebenfalls, ob das Tatbestandsmerkmal der Drittbezogenheit und die Rechtsfigur der Drittschadensliquidation in Bezug auf Ziele, Zwecke und Strukturen kompatibel ausgerichtet sind. Im Anschluss daran sollen diejenigen Fallgruppen einer näheren Betrachtung unterzogen werden, in denen das Rechtsinstitut der Drittschadensliquidation vor dem Hintergrund des Amtshaftungsrechts Bedeutung entfalten kann. Eine Analyse dieser Fallgruppen erfolgt sodann im Anschluss.

### *I. Anwendbarkeit der Grundsätze der Drittschadensliquidation im öffentlichen Recht*

Nach wohl überwiegender Auffassung in Rechtsprechung und Literatur werden die Grundsätze der Drittschadensliquidation auch im öffentlichen Recht für anwendbar angesehen, dies haben frühzeitig bereits das RG und das BVerwG entschieden.<sup>637</sup> In einer neueren Entscheidung hat sich das BVerwG auf den Standpunkt gestellt, dass dann, wenn ein Gemeindebeamter bei Wahrnehmung einer Auftragsangelegenheit des Landes schuldhaft die ihm obliegenden Pflichten verletzt, der Dienstherr (die Gemeinde) den Beamten für den dem Land entstandenen Schaden im Wege der Drittschadensliquidation in Anspruch zu nehmen berechtigt ist.<sup>638</sup> Ebenso geht die Literatur von einer Anwendbarkeit des Rechtsinstituts der Drittschadensliquidation im öffentlichen Recht aus.<sup>639</sup> Der Bedarf für die Drittschadensliquidation im öffentlichen Recht ergibt sich schlicht aus dem Umstand, dass auch dort die Sachverhalte der zufälligen Schadensverlagerung nicht selten sind. Der Beamte eines Hoheitsträgers kann z. B. durch sein Verhalten einen anderen Hoheitsträger schädigen, ohne dass dabei aber durch den geschädigten Hoheitsträger unmittelbar Zugriffsmöglichkeiten auf den schädigenden Beamten möglich wären. In derartigen Fällen wird häufig die Drittschadensliqui-

---

<sup>637</sup> RGZ 171, 385 sowie BVerwGE 12, 254

<sup>638</sup> BVerwG NJW 1995, 978 (978); ebenso: OVG Koblenz, NVwZ-RR 2005, 477 (478)

<sup>639</sup> Palandt/Grüneberg, BGB, Vorb. v. § 249 Rdziff. 106; Schröder, VerwArch 2011, 223 (224)

dation herangezogen.<sup>640</sup> Der Umstand, dass das Rechtsinstitut der Drittschadensliquidation für den Bereich des Privatrechts vor dem Hintergrund der Haftungs- bzw. Risikobegrenzung entwickelt worden ist, spricht nicht gegen eine Übertragung der Grundsätze. Denn auch der Staat, bei dem mangelnde Solvenz nicht zu befürchten steht, hat keine unendlichen – wirtschaftlichen – Ressourcen. Ebenso wie Wirtschaftsunternehmen können hoheitliche Entscheidungen einem Kostendruck unterliegen, sodass es – wie auch im Zivilrecht – einer Kalkulierbarkeit des Risikos durchaus dann bedarf, wenn der Staat oder aber einer seiner Untergliederungen involviert ist.<sup>641</sup>

## II. Vergleich der Strukturen des *Telos* bei Drittbezogenheit und Drittschadensliquidation

Vordergründig betrachtet, weisen Drittbezogenheit und Drittschadensliquidation parallele Ziel- und Zweckrichtungen auf. Sowohl bei der Drittbezogenheit als auch bei der Drittschadensliquidation geht es darum, dass ein angemessener Ausgleich in einem Drei-Personen-Verhältnis gefunden wird und unbillige Ergebnisse vermieden werden soll. Bei näherer Betrachtung zeigen sich allerdings zwischen Drittbezogenheit und Drittschadensliquidation strukturelle Wesensunterschiede:

Die Drittbezogenheit lässt das Dogma des Gläubigerinteresses unberührt. Nur der unmittelbar Geschädigte soll Ansprüche haben. Über das Tatbestandsmerkmal der Drittbezogenheit wird die Frage beantwortet, wer als Geschädigter anzusehen ist bzw. wessen Schaden vom Amtshaftungsanspruch noch als abgedeckt mit anzusehen ist. Dem Dogma des Gläubigerinteresses wird bei einer solchen Ausgangskonstellation vollumfänglich Rechnung getragen. Nur der unmittelbar Geschädigte hat solchermaßen einen Amtshaftungsanspruch erworben. Anders als bei der Drittschadensliquidation geht es bei der Drittbezogenheit nicht um eine zufällige Verlagerung des Schadens und eine dadurch zu hinterfragende Begünstigung des Schädigers. Bei der Drittbezogenheit geht es (im personellen Schutzbereich) um die Frage, in wessen Person der Schaden überhaupt erst einmal besteht. Es bedarf einer Abgrenzung der Frage, ob eine Schadensentstehung zu bejahen ist oder ein bloßer Rechtsreflex vorliegt.

All dies ist bei der Drittschadensliquidation anders. Diese Rechtsfigur stellt eine Ausnahme vom Dogma des Gläubigerinteresses dar. Der – bereits entstandene – Schaden tritt wegen einer gesetzlichen oder vertraglichen Sonderverbindung bei einer anderen Person als dem Anspruchsinhaber auf. Der Anspruchsinhaber hat keinen Schaden, wohl aber der geschädigte Dritte, der wiederum aber keinen Anspruch hat. Anders als bei der Drittbezogenheit geht es folglich bei der Drittschadensliquidation um die Frage, auf welche Weise dem Umstand zu begegnen ist, dass der entstandene Schaden sich bei einer anderen Person realisiert hat. Es geht

---

<sup>640</sup> Schröder *VerwArch* 2011, 223 (224)

<sup>641</sup> Petersen, *DÖV* 2004, 700 (702)



also hier nicht um die Definition des Schadens bzw. dessen Entstehung, sondern um das Korrektiv der Schadensverschiebung bzw. -verlagerung.

Folglich liegen keine parallelen Ziel- und Zweckrichtungen zwischen Drittbezogenheit und Drittschadensliquidation vor.

### *III. Darstellung der relevanten Fallgruppen*

Nach Auswertung der insoweit einschlägigen Rechtsprechung können folgende Fallgruppen identifiziert werden, in denen das Rechtsinstitut der Drittschadensliquidation im Zusammenhang mit dem Amts- bzw. Notarhaftungsanspruch Relevanz entfaltet. Zunächst sind dies die eigentlichen Fälle der Notarhaftung. Es sind aber auch diejenigen Fälle maßgeblich, in denen entweder ein (Landes-)Beamter einen anderen Träger öffentlicher Verwaltung schädigt, wobei dies häufig bei schulischen Gemeinschaftsverhältnissen der Fall ist; ebenso wird auch diejenige Konstellation in den Blick zu nehmen sein, in welchem der Beamte bei derlei schulischen Gemeinschaftsverhältnissen selbst geschädigt wird. Zu guter Letzt sind in diesem Zusammenhang diejenigen Fälle zu beleuchten, in denen es um die Haftung für durch einen Freiwilligen (vormals: Zivildienstleistenden) verursachten Schaden geht.

#### 1. Notarhaftung

Einem Notar obliegen Amtspflichten gegenüber denjenigen, für die er tätig wird. Dies sind im Rahmen eines Beurkundungsgeschäfts die an der Beurkundung beteiligten Personen, vgl. § 17 Abs. 1 BeurkG. Auch lediglich mittelbar Beteiligte können unter bestimmten Umständen einbezogen sein, und zwar dann, wenn sie aus Anlass einer Beurkundung dem Notar eigene Belange anvertrauen.<sup>642</sup> Auch Dritten gegenüber, also solchen, die zu dem beurkundenden Notar überhaupt nicht in Verbindung treten, können Amtspflichten gem. § 19 Abs. 1 BNotO bestehen; dazu gehören nach näherer Maßgabe der Rechtsprechung des BGH diejenigen Personen, deren Interesse nach der besondere Natur des Amtsgeschäfts davon berührt wird und in deren Rechtskreis auch eingegriffen werden kann, selbst dann, wenn sie durch die Amtshandlung nur mittelbar und unbeabsichtigt betroffen sein sollten.<sup>643</sup> Den Notar trifft eine Amtspflicht gegenüber einem unbeteiligten Dritten indessen nur unter der Voraussetzung, dass die Amtstätigkeit nach Art und Zweckbestimmung des Geschäfts auch gerade dem Schutz eben seiner Interessen dient.<sup>644</sup>

In der bereits eingangs dieser Untersuchung in Bezug genommenen Entscheidung des KG<sup>645</sup> hatte das Gericht die Grundsätze der Drittschadensliquidation

---

<sup>642</sup> BGH NJW 1981, 2705 (2705); BGH JZ 1981, 67 (68); BGHZ 58, 343 (353)

<sup>643</sup> BGH WM 1983, 416 (418); BGH WM 1982, 615 (616); BGH DNotZ 1979, 311 (312); BGHZ 58, 343 (353); BGHZ 31, 5 (10)

<sup>644</sup> BGH WM 1983, 416 (418)

<sup>645</sup> KG WM 2008, 852, s. dazu o. S. 74

zur Anwendung kommen lassen, und zwar für den Fall der Notarhaftung bei einem Treuhandverstoß. Das Gericht verwies darauf, dass bei der Treuhand als Unterfall der mittelbaren Stellvertretung anerkannt sei, dass der beim Treugeber entstandene Schaden vom Treuhänder geltend gemacht werden könne. Dies müsse auch für den Bereich der Notarhaftung Geltung beanspruchen. Denn es dürfe einem Notar – ebenso wenig wie einem anderen Schädiger – zugute kommen, dass sich der Schaden nur rein zufällig vom Anspruchsinhaber auf einen Dritten verlagere. Es handele sich eben nicht um eine Erweiterung der Haftung, sondern lediglich um eine Verschiebung, wobei die Subsidiarität der Notarhaftung gem. § 19 Abs. 1 S. 2 BNotO (die bei Verletzung einer selbständigen Betreuungspflicht ohnehin nicht gelte) nicht entgegen.

Es bestehen gleichwohl durchgreifende Zweifel an der Konsistenz dieser vom KG gegebenen Begründung. Zunächst einmal ist darauf hinzuweisen, dass es für die Anwendung der Grundsätze der Schadensliquidation im Drittinteresse zwar maßgeblich ist, dass der Schädiger keinen Vorteil aus dem Umstand der Schadensverlagerung ziehen soll.<sup>646</sup> Eine solche Schadensverlagerung ist insbesondere dann anzunehmen, wenn die schadensbegründende Handlung gegenüber einem mittelbaren Vertreter (oder Treuhänder) begangen wird und deshalb der Schaden nur in der Person des Vertretenen (oder Treugebers) entstehen kann. Der BGH hat jedoch – soweit ersichtlich – nur in einer einzigen Entscheidung die Drittschadensliquidation für zulässig erachtet.<sup>647</sup> In einem anderen Fall konnte es der BGH dahinstehen lassen, hat sich aber bereits skeptisch geäußert.<sup>648</sup> Eine solche Skepsis ist durchaus nachvollziehbar; in jenem Fall hatte die finanzierende Bank den beklagten Notar nicht als mittelbare Vertreterin oder Treuhänderin ihres Darlehensschuldner, sondern im eigenen rechtlichen Interesse die Lösungsunterlagen für ihre Grundschulden anvertraut. Mit der Pfandfreigabe ging die Bank das Risiko ein, ihre dingliche Sicherheit für die Darlehensforderung zu verlieren; dieses eigene Schadensrisiko sollte durch den Treuhandauftrag abgedeckt werden. Daher war auch der Standpunkt richtig, dass in einem solchen Fall der Schaden nicht von vornherein auf die Person der Grundschuld gesicherten Forderung verlagert würde, wie es aber für die Annahme einer Drittschadensliquidation erforderlich wäre. Daraus folgt, dass es dann immer von Besonderheiten des Einzelfalls abhängig wäre, ob nun die Grundsätze der Drittschadensliquidation Anwendung finden könnten oder nicht, insofern würde es stets einer sorgfältigen Abgrenzung bedürfen, ob nun (lediglich) eine – zufällige – Schadensverlagerung oder aber eine davon zu unterscheidende alternative Schadensentstehung stattgefunden hat.

Das wiederum bedeutet:

---

<sup>646</sup> s. dazu BGHZ 51, 91 (93); BGHZ 40, 91 (100)

<sup>647</sup> BGH NJW 1997, 930

<sup>648</sup> BGH WM 1983, 416

Die Anwendung der Grundsätze über die Schadensliquidation im Drittinteresse würde im Bereich der Notarhaftung von zufälligen Gegebenheiten des Einzelfalls abhängen, dies erscheint aber in dogmatischer Hinsicht nicht konsistent.

Die Anwendung der Grundsätze der Drittschadensliquidation im Bereich der Notarhaftung ist daher – entgegen der Rechtsprechung des KG – im Ergebnis abzulehnen.<sup>649</sup>

## 2. Drittschadensliquidation auf der Grundlage beamtenrechtlicher Grundsätze

Bei diesen Fallgruppen sind zunächst einmal diejenigen Fälle zu unterscheiden, in denen ein (Landes-)Beamter einen Schaden verursacht und die Frage einer Eigenhaftung zu diskutieren ist; des Weiteren existieren diejenigen Fälle, in denen der Beamte selbst einen Schaden erleidet und die Frage einer Haftung des Dienstherrn relevant werden könnte.

### a. Anwendung der Drittschadensliquidation bei Eigenhaftung des Beamten

Die Eigenhaftung des Beamten ist zunächst einmal von dem sog. Innenregress terminologisch abzugrenzen. Ausgangspunkt dabei ist die Überlegung, dass der Amtswalter seinen Dienstherrn entweder unmittelbar oder mittelbar schädigen kann. Unmittelbar z. B. schädigt der Amtswalter bzw. Beamte seinen Dienstherrn dann, wenn er Eigentum oder andere Rechtsgüter seines Dienstherrn vorsätzlich oder fahrlässig beschädigt; dann tritt eine sog. Eigenhaftung des Beamten gegenüber seinem Dienstherrn ein. Die Rechtsgrundlage für die Ausgleichspflicht des Beamten findet sich dabei in den spezifischen beamtenrechtlichen Bestimmungen, nicht hingegen im amtschaftungsrechtlichen Bereich. Hingegen ist vom sog. hier aber nicht weiter maßgeblichen „Innenregress“ bei Rückgriff der bei Anwendung von Amtshaftungsgrundsätzen allein passivlegitimierten öffentlich-rechtlichen Körperschaft nach deren Inanspruchnahme die Rede.<sup>650</sup> Die hier maßgebliche Drittschadensliquidation ist in den Fällen erörtert worden, in denen ein Lehrer die ihm zur Obhut überlassenen Schulschlüssel verloren hat. Eine Drittschadensliquidation ist von der Rechtsprechung als möglich angesehen worden, wenn im Rahmen eines Ersatzanspruchs Gläubigerstellung und Schaden auseinanderfallen. Ein Schaden, der typischerweise bei einem Berechtigten auftreten müsste, ist in solchen Fällen aufgrund eines besonderen Rechtsverhältnisses zwischen dem Gläubiger und einem Dritten auf Letzteren verlagert worden; ein solches besonderes Rechtsverhältnis ist in den Fällen der Begründung einer Obhutspflicht anerkannt worden. Wer als berechtigter Besitzer einer fremden Sache einen Vertrag abschließt, der hinsichtlich der Sache eine Obhutspflicht begründet, kann sodann bei Verletzung dieser Obhutspflicht gegenüber dem Vertragsgegner den Schaden des

<sup>649</sup> ebenso Zugehör, WuB VIII A § 19 BNotO 3.08

<sup>650</sup> BGHZ 181, 65 (76) = NJW-RR 2009, 1398 (1401); Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 385; Ossenbühl/Cornils S. 119

Eigentümers geltend machen. Diesen Fällen vergleichbar ist die besondere öffentlich-rechtliche Konstellation des schulrechtlichen Gemeinschaftsverhältnisses, bei dem eine kommunale Gebietskörperschaft als Schulträger den sächlichen Bedarf für den Schulbetrieb zur Verfügung stellen muss, während das Land als Dienstherr der beamteten Lehrkräfte deren persönliche Kosten zu tragen hat. Aus diesem Gemeinschaftsverhältnis heraus resultiert für den Dienstherrn der Lehrkräfte die Verpflichtung, gegen diese Lehrkräfte im Wege der Drittschadensliquidation haftungsrechtlich vorzugehen, sofern der Schulträger keinen eigenen Anspruch auf Ersatz eines durch die betreffende Lehrkraft verursachten Schadens, z. B. bei Schlüsselverlust, hat.<sup>651</sup>

Diese Fälle der Drittschadensliquidation auf beamtenrechtlicher Grundlage bzw. Haftung bei Schlüsselverlust zeichnen sich dadurch aus, dass die Verneinung eines Amtshaftungsanspruchs (lediglich) zur Vorfrage wird. Denn in dem vom VG Trier entschiedenen Fall war der Kläger der Schulträger, das Land, für den der (beigeladene) Lehrer den Dienst versehen hat, war beklagt. Zu prüfen war in jenem Verfahren, ob der Kläger einen Anspruch gegen das beklagte Land auf Inanspruchnahme des beigeladenen Lehrers wegen einer Dienstpflichtverletzung hatte. Bei dieser Ausgangskonstellation entfaltet der Amtshaftungsanspruch nur insofern Relevanz, als es um eigene Ansprüche des Klägers auf Schadensersatz gegen das beklagte Land geht. Solcherlei Ansprüche schieden in jenem Fall aus, weil keine drittbezogene Amtspflicht verletzt war. Das Gericht hatte aber eben gerade nicht zu entscheiden, ob und inwieweit die Drittschadensliquidation im Rahmen dieser Drittbezogenheit implementiert sein könnte.

Ebenso verhält es sich in den Fällen der durch eine Beamten vorgenommenen Fördermanipulation. In solchen Fällen, in denen ein Beamter die ihm obliegenden Pflichten schuldhaft verletzt hat und hierdurch einem anderen Dienstherrn als dem, dessen Aufgaben er wahrzunehmen hat, einen Schaden zufügt, kann dieser den Beamten auf Leistung von Schadensersatz nach den Grundsätzen der Drittschadensliquidation zwar in Anspruch nehmen.<sup>652</sup> Auch in derlei Fällen gerät der Amtshaftungsanspruch jedoch nur zur Vorfrage; indessen wird nicht etwa eine sachlich-inhaltliche Verknüpfung dergestalt erreicht, dass die Grundsätze der Drittschadensliquidation in die Drittbezogenheit einmünden könnten.

Ebenso gilt dies bei der Schadensersatzpflicht eines Beamten im Zusammenhang mit Untreuehandlungen.<sup>653</sup>

Schlussendlich bleibt eine weitere Überlegung zu vergegenwärtigen, zu mindestens für diejenigen Fälle, in denen dem Beamten (Lehrer) weder Vorsatz noch

<sup>651</sup> OVG Lüneburg, OVG 44, 488 = NdsVBl. 1994, 37; VG Augsburg, Urt. v. 30.08.2012 – Au 2 K 11.1231, juris Rdziff. 16, 18; VG Trier, NJW 2012, 1464 (1465); VG Schleswig, NVwZ-RR 2009, 188 (188); VGH Mannheim, ZBR 1985, 115; vgl. dazu auch: Brockmann/Littmann/Schippmann, NSchG, § 51 Anm. 6.1 ff.

<sup>652</sup> BVerwG NJW 1995, 978; OLG Brandenburg, Urt. v. 31.07.2008 – 5 U 176/06 – juris Rdziff. 41

<sup>653</sup> VG Braunschweig, Urt. v. 27.09.2005 – 7 A 139/03, juris Rdziff. 26

grobe Fahrlässigkeit vorgeworfen werden kann. Das Land als Dienstherr eines Lehrers haftet nicht gegenüber dem Schulträger für eine Sorgfaltspflichtverletzung des Lehrers, die ggf. zu einem Schaden führt. Denn dem Lehrer obliegt die Pflicht, die ihm zur Verfügung gestellten Lern- und Lehrmittel bzw. sonstigen Gegenstände vor vermeidbaren Schäden zu bewahren, im Interesse der ordnungsgemäßen Ausführung einer dem Schulträger und dem Land als Dienstherrn des Lehrers gemeinsam übertragenen Aufgabe. Land und Schulträger stehen sich in diesem Fall nicht in Vertretung widerstreitender Interessen gegenüber. Während das Land die Lehrkräfte zur Verfügung stellt, ist der Schulträger verpflichtet, die für einen ordnungsgemäßen Unterricht erforderlichen Schulanlagen, Gebäude, Einrichtungen und Lehrmittel bereitzustellen und ordnungsgemäß zu unterhalten.<sup>654</sup> Da zwischen den beiden öffentlich-rechtlichen Körperschaften mangels Eignung als „Dritter“ keiner der Beiden dem Anderen gegenüber haftet, käme es für die Frage der Anwendung der Drittschadensliquidation auf den Grad des Verschuldens bei dem Beamten an. Denn dieser müsste sich gegenüber seinem Dienstherrn nach beamtenrechtlichen Grundsätzen verantworten. Wie bereits dargestellt ist dann aber die Rechtsfigur der Drittschadensliquidation nicht inhaltlich mit dem Amtshaftungsanspruch in dem hier untersuchten Sinn verknüpft.

#### b. Haftung des Dienstherrn

Ähnlich wie bei der Eigenhaftung des Beamten gibt es bei dem schulrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis auch solche Fallkonstellationen, in denen sich die Frage nach der Haftung des Dienstherrn stellt. Dies verdeutlicht ein vom OLG Hamm entschiedener Fall, in welchem das klagende Land eine Gemeinde aus Anlass eines Schulunfalls und aufgrund übergeleiteten Rechts auf Schadensersatz in Anspruch genommen hat. Die beklagte Gemeinde ist Trägerin einer Schule, an der eine Beamtin des Landes Dienst als Grundschullehrerin u. a. für das Fach Sport getan hat. Diese Beamtin verletzte sich während des Sportunterrichts, als sie beim Vorturnen einer Übung mit Anlauf auf eine Weichbodenmatte sprang, die von der Schule für den Sportunterricht vorgehalten wurde; die Lehrerin landete auf der Weichbodenmatte auf dem Gesäß, mangels ausreichender Abfederung durch die – veraltete – Matte schlug sie mehr oder weniger ungebremst auf dem Hallenboden auf und zog sich eine Steißbeinprellung sowie eine Fraktur des neunten Brustwirbels zu. Bereits einige Monate zuvor waren im Rahmen einer durch die beklagte Gemeinde in Auftrag gegebenen Inspektion der Sportgeräte und der Weichbodenmatte festgestellt worden, dass die alte Füllung der Weichbodenmatte zu erneuern sei. Nachdem das klagende Land etwa 8.000,00 € Behandlungskosten übernommen hatte, forderte es diesen Betrag von der beklagten Gemeinde zurück. Die Klage und auch die Berufung wurden zurückgewiesen.<sup>655</sup>

---

<sup>654</sup> OLG Köln, DVBl. 1990, 311 (313)

<sup>655</sup> OLG Hamm, NVwZ-RR 2012, 563

Aus Sicht des klagenden Landes bzw. der verletzten Beamtin ging es um einen Dienstunfall, sodass das klagende Land verpflichtet war, Unfallfürsorge i. S. d. §§ 30 Abs. 1, Abs. 2 Ziff. 2, 33 Abs. 1 Ziff. 1 BeamtVG zu leisten. Aufgrund dieser geleisteten Unfallfürsorge sind nach näherer Maßgabe der einschlägigen beamtenrechtlichen Bestimmungen des Landes (dort: § 82 LBG NW) Ansprüche auf das klagende Land übergegangen. Zunächst einmal hatte das OLG Hamm vollkommen zu Recht geprüft, ob Amtshaftungsansprüche der Beamtin gegen die Gemeinde als Schulträger bestehen könnten. Das OLG Hamm verneinte das Bestehen eines solchen Amtshaftungsanspruchs, freilich mit einer nicht ganz überzeugenden Begründung. Denn seiner Auffassung zufolge gehe es zwar nicht um Pflichtverletzungen zwischen dem Land und der Gemeinde, sondern zwischen der Gemeinde und der in Diensten des klagenden Landes stehenden Zeugin. Da aber die Beklagte als Schulträger und das Land (als Dienstherr der Beamtin) gleichsinnig und nicht etwa in Vertretung widerstreitender Interessen bei der Umsetzung des ihnen gemeinsam erteilten Bildungsauftrags zusammenwirken würden, fehlt im Verhältnis von Land und beklagter Gemeinde die Drittbezogenheit. Man mag diesen Ansatz für die Anspruchsbeziehung zwischen der Beamtin und dem Schulträger durchaus in Zweifel ziehen. Freilich führt sowohl eine befürwortende als auch eine ablehnende Haltung zu dieser Entscheidung für die hier untersuchte Thematik zu ein und demselben Ergebnis. Die Verneinung eines Amtshaftungsanspruchs ist auch bei einer derartigen Konstellation der Haftung des Dienstherrn eine notwendige Vorfrage für die Annahme eines Anspruchs, mit dem der Drittschaden zu liquidieren geeignet wäre.<sup>656</sup>

Mithin kommen diese Fallkonstellationen für die hier untersuchte Thematik nicht zum Tragen. Denn für die vorliegend untersuchte Thematik kommt es bekanntermaßen darauf an, ob das Rechtsinstitut der Drittschadensliquidation für die Bestimmung des „Dritten“ i. S. d. Amtshaftungsanspruchs fruchtbar gemacht werden kann.

### 3. Bundesfreiwilligendienst- bzw. Zivildienstrecht

Ähnlich der Konstellation der Drittschadensliquidation nach beamtenrechtlichen Grundsätzen verhielt es sich auch bei dem Zivildienstrecht. Dabei war zu vergegenwärtigen, dass der Zivildienstleistende als Amtsträger des Bundes auftritt und im Wirkungskreis der ihm zugewiesenen Beschäftigungsstelle ggf. eine andere Person schädigt. Ausgangspunkte der – amthaftungsrechtlichen – Überlegungen war dabei der Umstand, dass nach näherer Maßgabe des Gesetzes über den Zivildienst der jeweilige Kriegsdienstverweigerer (Zivildienstleistender) in Beschäftigungsstellen tätig war, die wiederum mitunter privatrechtlich organisiert sein konnten. Nach Ansicht des BGH prägte aber die öffentlich-rechtliche Ausgestaltung des Innenverhältnisses zwischen Beschäftigungsstelle und dem Dienstpflicht-

---

<sup>656</sup> ebenso: Schröder, VerwArch 2011, 223 (227)

igen zugleich die Rechtsbeziehungen im Außenverhältnis. Das wiederum führe, so der BGH, dazu, dass die Bundesrepublik für solche Schäden hafte, die ein Zivildienstleistender im Rahmen seines Dienstes Dritten zufüge.<sup>657</sup> Wie auch zuvor bei dem schulrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis war zu vergegenwärtigen, dass auf der Grundlage der Rechtsprechung des BGH ein Amtshaftungsanspruch der geschädigten Beschäftigungsstelle gegen die Bundesrepublik ausschied. Denn auch bei jener Konstellation hatte der BGH angenommen, dass die Beschäftigungsstelle nicht „Dritter“ i. S. d. Amtshaftungsrechts sei. Wenn der Dienstherr und der Träger öffentlicher Gewalt bei der Erfüllung einer gemeinschaftlichen Aufgabe gleichförmig zusammenwirken würden, würden die dem Beamten obliegenden Pflichten nicht als solche aufzufassen sein, die dann als drittbezogen anzusehen wären.<sup>658</sup>

Freilich war damit nicht das Ende der Prüfungskette erreicht. Denn nach näherer Maßgabe der Rechtsprechung des BVerwG war der Bund verpflichtet, den Zivildienstleistenden, der dem Träger der Beschäftigungsstelle einen Schaden zugefügt hat, im Wege der Drittschadensliquidation auf Ersatz dieses Schadens in Anspruch zu nehmen.<sup>659</sup> Der BGH hatte ebenfalls einen Fall zu entscheiden, in dem es die Bundesrepublik unterlassen hatte, einen Zivildienstleistenden im Wege der Drittschadensliquidation in Anspruch zu nehmen; in einem solchen Fall würde der Beschäftigungsstelle ein Schadensersatzanspruch wegen Verletzung des verwaltungsrechtlichen gemeinschaftlichen Schuldverhältnisses zwischen Bundesrepublik und der Beschäftigungsstelle zustehen.<sup>660</sup>

Die von der Rechtsprechung auf § 34 Abs. 1 ZDG (und einer daraus abzuleitenden Anspruchskonzentration) aufbauende Drittschadensliquidation ist allerdings für die hier untersuchte Thematik nicht (mehr) relevant. Denn zu einem sind die auf § 34 ZDG aufbauenden Fälle der Haftung von Zivildienstleistenden nicht mehr praktisch relevant. Per 01.07.2011 wurde der Wehrdienst ausgesetzt, sodass ab dem 01.10.2010 Zivildienstleistende nur noch auf eigenen Wunsch einberufen werden konnten; diese gleichsam freiwillige Art der Einberufung von Zivildienstleistenden war nur noch mit Wirkung bis zum 01.07.2011 möglich, sodass – auch bei freiwillig längerer Dienstverpflichtung – die letzten Dienstverhältnisse von Zivildienstleistenden mit Wirkung vom 31.12.2011 endeten. Mit Wirkung vom 03.05.2011 ist das Bundesfreiwilligendienstgesetz (BFDG)<sup>661</sup> in Kraft getreten. In § 9 BFDG ist eine andere Haftungsregelung enthalten als in § 34 ZDG. Nach Maßgabe von § 9 Abs. 1 BFDG haftet der Bund für solche Schäden, die der Freiwillige vorsätzlich oder fahrlässig herbeigeführt hat, wenn die

---

<sup>657</sup> BGHZ 152, 380 (382); BGHZ 146, 385 (386); BGH NVwZ 2000, 963; BGH NJW 1997, 2109; BGHZ 118, 304 (308)

<sup>658</sup> BGHZ 87, 253 (255) = NJW 1984, 118 (118)

<sup>659</sup> BVerwGE 120, 370 = NVwZ 2004, 1372; BVerwG NVwZ 1996, 182 (183)

<sup>660</sup> BGHZ 152, 380 = NJW 2003, 348; vgl. insoweit auch Shirvani, NVwZ 2010, 283 (286)

<sup>661</sup> BFDG, BGBl. 2011 I S. 687

schädigende Handlung auf Verlangen des Bundes vorgenommen wurde. Insoweit kann der Freiwillige verlangen, dass der Bund ihn von Schadensersatzansprüchen der oder des Geschädigten freistellt. Im Übrigen haften Freiwillige für Schäden bei der Ausübung ihrer Tätigkeit „nur wie Arbeitnehmer“.

Überdies gilt es zu berücksichtigen, dass – wie auch bei den schulrechtlichen Gemeinschaftsverhältnissen – die Frage des Nichtbestehens eines Amtshaftungsanspruchs strukturelle Vorfrage für die Anwendung der Drittschadensliquidation ist, nicht jedoch bei derlei Fällen eine inhaltliche Verknüpfung zwischen Drittschadensliquidation und Drittbezogenheit stattfindet.

#### 4. Fälle mit bauplanungsrechtlichem Hintergrund

In der hier speziell untersuchten Problematik wurde vor allem von der Rechtsprechung eine Verknüpfung insbesondere bei denjenigen Fällen hergestellt, die einen bauplanungsrechtlichen Hintergrund haben. Dabei handelt es sich um solche Konstellationen, in denen eine bestimmte Person einen Antrag auf Erteilung einer Bebauungsgenehmigung oder aber einer Baugenehmigung stellt, dieser Antrag abschlägig beschieden wird und sich im Rahmen des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens die Unrichtigkeit der behördlichen Auffassung herausstellt; der wirtschaftliche Schaden hat sich allerdings bei einer ganz anderen Person als dem Antragsteller manifestiert. Der BGH hält bei dieser Ausgangslage die Annahme einer Drittschadensliquidation (Fallgruppe der mittelbaren Stellvertretung) für prinzipiell möglich<sup>662</sup>; in jenem Fall musste der BGH diesem Ansatz in Ermangelung eines ausreichenden Tatsachenvortrags nicht nachgehen.

Bei Lichte betrachtet ist auch dieser Fall indessen nicht einschlägig. Denn in jenem Fall ging es um die Frage der Schadensentstehung bei einer anderen Person als dem Antragsteller. Hier liegt nur eine scheinbare Identität mit der für eine Drittschadensliquidation typischen Erscheinungsform der zufälligen Schadensverlagerung vor.

#### 5. Analyse

Die Ausführungen zum vorherigen Abschnitt haben kein einheitliches Bild geliefert. Mithin hat eine Analyse und Wertung dieser Zwischenergebnisse stattzufinden, wobei verschiedentliche Aspekte in den Blick zu nehmen sind.

In Bezug auf die Drittschadensliquidation nach beamtenrechtlichen Grundsätzen bzw. auch in Bezug auf das Zivildienst- bzw. Freiwilligendienstrecht kommt von vornherein eine Implementierung der Drittschadensliquidation im Rahmen der Drittbezogenheit nicht in Betracht. Vielmehr erhalten diese Fälle ihr Gepräge dadurch, dass das Nichtbestehen eines Amtshaftungsanspruchs regelmäßig die Vorstufe/Vorfrage für die Anwendung der Drittschadensliquidation ist. In der Regel scheiden bei diesen Konstellationen eines gemeinschaftlichen Verwaltungs-

---

<sup>662</sup> BGH NJW 1991, 2696 (2697)



schuldverhältnisses Amtshaftungsansprüche deswegen aus, weil die klagende Partei nicht als „Dritter“ angesehen werden kann. Ausschlaggebend dafür ist die einschlägige Rechtsprechung des BGH zur Eigenschaft von juristischen Personen als „Dritter“.

Einzig bei der Notarhaftung ist durch die vereinzelte Rechtsprechung des KG die Drittschadensliquidation als zulässig angesehen worden. Diese Rechtsprechung begegnet freilich den bereits dargestellten Bedenken; daher soll an dieser Stelle nicht näher darauf eingegangen werden.

Letztlich verbleiben diejenigen Fälle, die einen bau(-planungs-)rechtlichen Hintergrund aufweisen, d. h., dass die Position als Antragsteller und als Geschädigter auseinanderfällt. In Bezug auf diese Fallgruppe kommen allerdings zwei andere Aspekte zum Tragen, und zwar:

- Bei einer Drittschadensliquidation ist nur der Inhaber der verletzten Rechtsstellung anspruchsberechtigt; dies wäre bei einer Amtspflichtverletzung diejenige Person, der gegenüber die Amtspflicht bestanden hat, nicht hingegen die wirtschaftlich betroffene Person.<sup>663</sup> Ist jedoch der Inhaber der verletzten Rechtsstellung anspruchsberechtigt, so bedarf es zwingend einer Abtretung (§ 398 BGB) derjenigen Ansprüche, die der wirtschaftlich betroffene „Dritte“ im Hinblick auf den von ihm erlittenen Schaden zu haben glaubt. Vergegenwärtigt man sich den bereits in Bezug genommenen Sonderfall der Verfolgung fremder Interessen durch den Antragsteller, stellt sich die Frage, ob es eines derartigen Umweges über die Drittschadensliquidation überhaupt bedarf. Denn in einem derartigen Fall hat der BGH bereits ausgeführt, dass – unter den dort dargestellten besonderen Bedingungen des Einzelfalls – dem hinter dem Antrag stehenden Träger des Interesses an dem Bauvorhaben die Stellung eines Dritten zuerkannt werden könne.<sup>664</sup>
- Die Rechtsprechung des III. Zivilsenats hat bestimmte Regeln aufgestellt, mit denen die Frage der Drittgerichtetheit bzw. Drittbezogenheit, d. h. sowohl im personellen als auch im sachlichen Schutzbereich gehandhabt werden kann. Würden die Grundsätze der Drittschadensliquidation zur Anwendung gebracht werden, würde letztlich über den Umweg der Drittschadensliquidation nur der personelle Schutzbereich abgehandelt werden können, der sachliche Schutzbereich wäre davon nach wie vor nicht umfasst. Das wiederum wirft die Frage auf, ob es der Sache nach zweckdienlich ist, mit der Schadensliquidation im Drittinteresse ein Rechtsinstitut bei der Drittbezogenheit von Amtspflichten zu implementieren, wenn

---

<sup>663</sup> BGH NJW-RR 1996, 724 (724); ebenso, jedoch außerhalb des Amtshaftungsrechts: BGH NJW 1989, 451 (452); BGH WM 1987, 581 (582)

<sup>664</sup> BGHZ 93, 87 = NJW 1985, 2817 = DÖV 1985, 793

damit nur ein Teil der Problematik im Bereich der Drittbezogenheit abgearbeitet werden kann. Bei wertender Betrachtung dürfte diese Frage wohl zu verneinen sein.

#### *IV. Zwischenergebnis*

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass zwar grundsätzlich die Drittschadensliquidation im öffentlichen Recht anwendbar ist. Eine Implementierung des Rechtsinstituts der Schadensliquidation im Drittinteresse im Bereich der Drittbezogenheit ist indessen abzulehnen. Denn die Ausgangsstrukturen bei der Ziel- und Zweckrichtung sind nicht identisch. Diejenigen Fallgruppen, in denen sich der Bereich der Drittschadensliquidation und derjenige der Amtshaftung gleichsam überschneiden haben, zeigten ein sehr indifferentes Bild. Im Bereich der Notarhaftung scheint die Anwendung der Drittschadensliquidation bei näherer Betrachtung inkonsistent; im Bereich des schulischen Gemeinschaftsverhältnisses bzw. im Bereich des Zivildienst- bzw. Bundesfreiwilligendienstrechts ist eine Verbindung von vornherein nicht angezeigt. Auch bei den Fällen mit bauplanungsrechtlichem Hintergrund muss letztlich die Anwendung der Drittschadensliquidation für das Tatbestandsmerkmal der Drittbezogenheit versagt bleiben.

## **8. Kapitel: Kritische Reflexionen zum Tatbestandsmerkmal der Drittbezogenheit**

Die eingangs dargestellte Drittbezogenheits-Formel wird nach wie vor vom BGH verwendet und ist – nach Auffassung von Wurm<sup>665</sup> – „flexibel“ bzw. – nach Auffassung von Papier<sup>666</sup> – „erprobt“. Auf eben einen solchen Standpunkt mag man sich zurückziehen, in der Praxis ist jedoch für den Rechtsanwender die vom BGH verwendete Formel schwer durchschaubar, wenig vorhersehbar/transparent, bei näherer Betrachtung offenbart sich, dass dieses Tatbestandsmerkmal mehr durch Kasuistik ausgefüllt wird als durch Systematik bzw. Dogmatik. Daher liegt es auch nahe anzunehmen, dass das im Einzelfall gewünschte Ergebnis durch eine sachangemessene Auslegung der „Drittbezogenheit“ regiert wird. Obschon dieser Vorhalt nicht neu ist, gibt dies dem BGH keinerlei Veranlassung zu einer anderweitigen Handhabung der Drittbezogenheits-Formel. In der hier sog. BSE-Entscheidung hatte der BGH allenfalls Veranlassung für einige klarstellende Worte gesehen:

*„Die Regelung in § 839 BGB, Art. 34 GG beruht insoweit auf der Vorstellung eines Drei-Personen-Verhältnisses, an dem der Beamte, sein Dienstherr und der Geschädigte beteiligt sind.*

<sup>665</sup> Wurm JA 1992, 1 (1)

<sup>666</sup> Papier in: MünchKomm BGB, § 839 Rdziff. 227

*Nur die Verletzung solcher Pflichten, die dem Beamten nicht nur seinem Dienstherrn, sondern einem Dritten gegenüber obliegen, begründen eine Ersatzpflicht. Alle Amtspflichten bestehen zunächst im Interesse des Staates und der Allgemeinheit. Dient eine Pflicht nur dem allgemeinen öffentlichen Wohl oder dem Schutz der öffentlichen Ordnung, scheidet auch bei deren schadensauslösender Verletzung eine Haftung aus. Die Drittgerichtetheit hat damit sowohl haftungsbe gründende als auch -begrenzende Funktionen: begründend, soweit klargestellt wird, gegenüber welchem Geschädigten die Verantwortlichkeit des Staates eintritt, begrenzend, soweit anderen Personen, die nicht zum Kreis der Dritten zählen, ein Anspruch auch dann versagt bleibt, wenn sich das pflichtwidrige Handeln des Amtsträgers für sie nachteilig ausgewirkt hat.<sup>667</sup>*

Trotz der Tatsache, dass der Drittbezogenheit auch eine haftungsbegrenzende Funktion beigemessen wird, und trotz der vom BGH zu Recht hervorgehobenen Tatsache, dass Amtspflichten zunächst einmal im Grundsatz dem Staats- bzw. Allgemeininteresse und nur ausnahmsweise dem Individualinteresse zu dienen bestimmt sind, ist gleichwohl anhand der Rechtsprechung festzustellen, dass diesem Regel-Ausnahme-Prinzip nicht immer entsprochen wird. Dies wird durch die Vielzahl an Entscheidungen belegt, in denen die Drittbezogenheit bejaht wird, sei es über eine zugunsten des Klägers erfolgte Auslegung der entsprechenden Norm oder aber über die „Natur des Amtsgeschäfts“ oder über den „Schutzzweck“ oder aber über den Weg des „Vertrauensschutzes“. All dies sind Wertungsinstrumentarien, die – bei Lichte betrachtet – natürlich auch ein anderes Ergebnis zu rechtfertigen in der Lage sind. Hier kommt es nur auf die jeweiligen Begründungselemente an, die sowohl das eine als auch das andere Ergebnis zu rechtfertigen in der Lage sind.

Bei dieser Ausgangssituation liegt die Frage nahe, ob es sachgerecht oder möglich erscheint, den vom BGH gewählten Ansatz der Drittbezogenheit anders zu erfassen. Für die Beantwortung dieser Frage wird man etwas weiter auszuholen haben. Ausgangspunkt dabei ist die Regelung in § 839 Abs. 1 S. 1 BGB, wonach eine Schadensersatzpflicht nur dann in Betracht kommt, wenn ein Beamter vorsätzlich oder fahrlässig „die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht“ verletzt hat. Eine entsprechende Formulierung findet sich in Art. 34 S. 1 GG. An dieser Formulierung zeigt sich eine gewisse dogmatische Nähe zu der Regelung in § 42 Abs. 2 VwGO, wonach eine Klage nur zulässig ist (soweit gesetzlich nichts anderes bestimmt ist), wenn der Kläger geltend macht, durch den VA oder seine Ablehnung oder Unterlassung in seinen Rechten verletzt zu sein. Aus dieser Vorschrift heraus wurde die sog. Schutznormtheorie entwickelt, wonach auf der Grundlage der entsprechenden Rechtsnorm zu hinterfragen ist, ob die Rechtsvorschrift nicht nur dem öffentlichen Interesse, sondern – zumindest auch – dem Schutz von Individualinteressen zu dienen bestimmt ist.<sup>668</sup> Dabei

<sup>667</sup> BGHZ 195, 276 (282) = NJW 2013, 604 (604)

<sup>668</sup> BVerwGE 117, 93 (95 f.); BVerwGE 92, 313 (315 f.); BVerwGE 60, 154 (157); BVerwGE 52, 122 (128); BVerwGE 41, 58 (63)

kommt es aber nicht auf eine dem Einzelnen günstige Reflexwirkung an; vielmehr muss sich aus der Rechtsnorm selbst erkennen lassen, dass sich der von ihr betroffene bzw. begünstigte Personenkreis auf die Einhaltung der darin normierten behördlichen Pflicht berufen kann.<sup>669</sup> Die Frage, ob eine entsprechende Norm auch einen Individualrechtsschutz zu entfalten vermag, hängt davon ab, ob sich aus dem – individualisierenden – Tatbestandsmerkmalen einer Norm ein abgrenzbarer Personenkreis ermitteln lässt, der sich von der Allgemeinheit unterscheidet. Nicht mit jeglicher objektiven Pflicht des Staates ist zugleich ein subjektives Recht auf Normenvollzug zugunsten der Betroffenen verbunden. Denn einen allgemeinen Gesetzesvollziehungsanspruch gegen den Staat gibt es nicht.<sup>670</sup> Dies ist auch der Grund, warum von der Annahme ausgegangen wird, dass die Drittgerichtetheit einer Amtspflicht i. S. d. § 839 Abs. 1 S. 1 BGB i. V. m. Art. 34 S. 1 GG und die Einräumung subjektiv-öffentlicher Rechte kongruent sind und aus rechtssystematischen Gründen auch keine unterschiedliche Behandlung zulassen.<sup>671</sup> Daraus folgt:

Die Drittbezogenheits-Formel des BGH ändern zu wollen, käme der Aufforderung gleich, von der im öffentlichen Recht entwickelten Schutznormtheorie abzurücken. Dies wird, obschon die Schutznormtheorie selbst mehr oder minder starker Kritik ausgesetzt ist, absehbar jedoch nicht geschehen. Die Drittbezogenheit wird daher nach wie vor über die vom BGH verwendete Drittbezogenheits-Formel geprüft werden.

---

<sup>669</sup> Kopp/Ramsauer, VwVfG, Einf. I Rdziff. 58

<sup>670</sup> BVerfG NJW 2012, 3145 (3145, dort LS 2); BVerfG NVwZ 2009, 240 (242); BVerfG NJW 2001, 3534 (3534); OVG Münster NVwZ-RR 2011, 911 (912); OVG Münster NVwZ 2009, 1383 (1384); VG Cottbus, Urt. v. 27.06.2013 - 1 K 951/10, juris Rdziff. 43

<sup>671</sup> OLG Frankfurt, ZiP 2012, 270 (272) = juris Rdziff. 34, dort zu § 4 Abs. 2 WpÜG

## **Dritter Teil:**

### **Das Verschulden als tatbestandliche Voraussetzung des Amtshaftungsanspruchs**

#### **9. Kapitel: Das Verschuldensprinzip in der Amtshaftung**

A. Feststellungen de lege lata: Verschulden als Konsequenz der personalistischen Konstruktion der Amtshaftung

Bei der Amtshaftung handelt es sich um eine Verschuldenshaftung. Das Verschuldenserfordernis wird an mehreren Stellen des Tatbestandes relevant; neben dem hier maßgeblichen Verschulden des Amtswalters wird das Verschulden auch im Rahmen des § 839 Abs. 3 BGB virulent, wonach die schuldhaftes Nichteinlegung eines Rechtsmittels u. U. zum Haftungsausschluss führen kann.<sup>672</sup> Darüber hinaus wird, soweit die Ersatzpflicht nicht ohnehin gem. § 839 Abs. 3 BGB ausgeschlossen ist, im Bedarfsfall das Mitverschulden i. S. d. § 254 BGB zu prüfen sein. Grundsätzlich darf der Geschädigte zwar im Allgemeinen auf die Rechtmäßigkeit der jeweiligen Amtshandlung vertrauen, nur ausnahmsweise handelt er vorwerf-

---

<sup>672</sup> Zu den Voraussetzungen des § 839 Abs. 3 BGB im Einzelnen: Hoppe, JA 2011, 167 ff.; Rohlfing, MDR 2009, 1257 ff.; Zimmerling in: juris PK-BGB, § 839 Rdziff. 212 ff.

bar, wenn er nicht das ihm zumutbare Maß an Aufmerksamkeit und Sorgfalt bei der Besorgung seiner eigenen Angelegenheiten aufgewendet hat.<sup>673</sup>

Denklogisch setzt das Verschulden des Amtswalters bei der Amtspflichtverletzung seine Zurechnungsfähigkeit bzw. Verantwortlichkeit voraus. Insoweit gelten die allgemeinen deliktsrechtlichen Bestimmungen der §§ 827, 828 BGB. In diesem Zusammenhang muss allerdings auf die Ausnahmeregelung des § 1 Abs. 2 RBHG<sup>674</sup> hingewiesen werden, wonach eine Ersatzpflicht des Bundes für den Fall begründet wird, dass ein Bundesbeamter (im staatsrechtlichen Sinn) die Amtspflichtverletzung bzw. „den Schaden im Zustand der Bewusstlosigkeit oder in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit verursacht hat“. In einem solchen Fall hat der Bund den Schaden zu ersetzen, „wie wenn dem Beamten Fahrlässigkeit zur Last fiel, jedoch nur insoweit, als die Billigkeit die Schadloshaltung erfordert“.

Das Verschuldenserfordernis im Rahmen der Amtshaftung ist die unmittelbare Konsequenz ihrer personalistischen Konstruktion. Der Amtshaftungsanspruch gem. § 839 BGB i. V. m. Art. 34 S. 1 GG beruht auf der Haftung des Amtswalters, welche auf den Staat übergeleitet wird. Durch diese Schuldübernahmekonstruktion handelt es sich bei der derzeitigen Amtshaftung um keine „echte“ Staatshaftung, vielmehr nur um eine „mittelbare Staatshaftung“.<sup>675</sup> Das Verschuldensprinzip wird nur vor dem Hintergrund der bereits dargestellten historischen Entwicklung des Amtshaftungsrechts transparent und dient dem Schutz des Beamten, an dessen amtspflichtwidriges Handeln die Amtshaftung zunächst anknüpft. Nur dann, wenn der Beamte vorsätzlich oder fahrlässig die Amtspflichtverletzung begangen hat, soll eine Haftung eintreten. Dieser hinter dem Verschuldenserfordernis stehende Sinn wird jedoch in dem Moment ad absurdum geführt, in welchem die Haftung auf den Staat übergeleitet wird.<sup>676</sup> Denn wozu bedarf nun noch der Beamte eines – über das Verschuldenserfordernis vermittelten – Schutzes, wenn die Haftung ohnehin auf den Staat übergeleitet wird?

## B. Überlegungen de lege ferenda: Von der Verschuldens-(Amts-)haftung zur Staats-(unrechts-)haftung

Nachdem das Staatshaftungsgesetz (StHG) vom 26.06.1981<sup>677</sup> durch das Bundesverfassungsgericht für nichtig erklärt worden ist<sup>678</sup>, verringert sich nicht die Zahl der Stimmen in der Literatur, die die derzeit geltende Systematik der Amtshaftung

<sup>673</sup> Zum Mitverschulden im Einzelnen: Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 247 ff.; Palandt/Sprau, BGB, § 839 Rdziff. 81; PWW/Kramarz, BGB, § 839 Rdziff. 39

<sup>674</sup> Gesetz über die Haftung des Reichs für seine Beamten vom 22.05.1910, RGBl. I S. 433

<sup>675</sup> Ossenbühl/Cornils S. 737

<sup>676</sup> Ossenbühl/Cornils S. 738

<sup>677</sup> BGBl. I 553

<sup>678</sup> BVerfGE 61, 149 = NJW 1983, 25

bzw. Staatshaftung kritisieren.<sup>679</sup> Kern der Reform- bzw. Änderungsvorschläge ist nach wie vor die Abkehr von der übergeleiteten Amtshaftung direkt zur unmittelbaren Staatshaftung; sollte es gelingen, eine originäre/unmittelbare Staatshaftung zu schaffen, so würde damit auch das Erfordernis des Verschuldens entbehrlich sein. Das Bundesverfassungsgericht hat die Ersetzung der derzeitigen Amtshaftung durch eine unmittelbare Staatshaftung nicht als ausgeschlossen angesehen:

*„Art. 34 steht der Einführung einer unmittelbaren Staatshaftung andererseits auch nicht entgegen. Er schreibt nicht das Institut der auf die Eigenhaftung des Amtsträgers gegründeten und auf den Staat übergeleiteten Amtshaftung fest und ist folglich nicht berührt, wenn die bisher übergeleiteten, auf § 839 BGB aufbauenden Ansprüche durch eine unmittelbare Staatshaftung ersetzt werden.“<sup>680</sup>*

Sicherlich ist zu konstatieren, dass es z. B. mit dem Rechtsinstitut des enteignungsgleichen Eingriffs bereits einen Sonderfall der unmittelbaren Staatshaftung gibt.<sup>681</sup> Ebenso ist festzustellen, dass „eine aus der Eigenverantwortlichkeit des Beamten abgeleitete Haftung des Staates aus Gerechtigkeitsgründen und Billigkeitserwägungen eher einer Haftungsbegrenzung über das Verschuldensprinzip fähig und bedürftig ist als eine originäre primäre Staatshaftung“.<sup>682</sup> Nur geht es bei aller wertenden Betrachtung nicht um diese beiden vorgenannten Aspekte. Vielmehr wird man das System des Amtshaftungs- bzw. Staatshaftungsrechts insgesamt in den Blick zu nehmen haben und die Frage stellen müssen, ob man sich – auch vor dem Hintergrund des Einflusses der gemeinschaftsrechtlichen Rechtsprechung – von einer Verschuldenshaftung zu einer Unrechtshaftung bewegen möchte. Allein dies scheint sachgerecht zu sein, weil sich, wie noch näher darzustellen sein wird<sup>683</sup>, das Verschulden als nicht sonderlich praktikabel bzw. sachgerecht erwiesen hat. Dem entspricht es, wenn nur in seltenen Fällen ein Amtshaftungsprozess an dem (fehlenden) Verschulden scheitert.<sup>684</sup> Bedeutung könnte das Erfordernis des Verschuldens bei einer sog. Unrechtshaftung nur dann erlangen, wenn es um die schuldhafte Säumnis des Geschädigten/Verletzten geht, den ihm zugefügten Schaden durch Beschreiten des Rechtswegs abzuwenden.<sup>685</sup>

Der Bund hat durch das Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 27.10.1994<sup>686</sup> für das Staatshaftungsrecht in Art. 74 Abs. 1 Ziff. 25 GG eine kon-

<sup>679</sup> vgl. die Angaben bei Ossenbühl/Cornils S. 737 ff.

<sup>680</sup> BVerfGE 61, 149 (198) = NJW 1983, 25 (30) = juris Rdziff. 140

<sup>681</sup> Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 25

<sup>682</sup> Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 26 unter Hinweis auf Papier in: MünchKomm BGB, § 839 Rdziff. 23

<sup>683</sup> s. u. S. 289 ff.

<sup>684</sup> so z. B. in den Fällen BGH NJW 1998, 2909 (Ls) = BGHR BGB § 839 Abs. 1 S. 1 Verschulden 32 und BGH ZfBR 1998, 321 = NVwZ 1998, 1329

<sup>685</sup> Ossenbühl/Cornils S. 740

<sup>686</sup> BGBl. I 1994, S. 3146 ff.

kurrierende Gesetzgebungszuständigkeit erhalten. Folglich wird man davon auszugehen haben, dass sich das Recht der Haftung des Staates für hoheitliches Unrecht auf seinen verschiedenen Ebenen aus den historischen Wurzeln des Zivilrechts gelöst hat und endgültig Bestandteil des öffentlichen Rechts geworden ist.<sup>687</sup> Dies führt zu der Konsequenz, dass öffentlich-rechtliche Ansprüche der Jurisdiktion der ordentlichen Gerichte unterworfen werden. Materielles Recht und der dafür vorgesehene Rechtsweg fallen auseinander. Sollte dieser Konstruktionsfehler beseitigt werden, so bedarf es – trotz der jetzigen konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes – der Änderung des Art. 34 GG. Eine derartige Verfassungsänderung und eine Änderung der gerichtlichen Zuständigkeiten wären wünschenswert.<sup>688</sup>

---

<sup>687</sup> vgl. dazu auch BVerfGE 61, 149 (176)

<sup>688</sup> s. dazu auch Rohlfig, S. 293 ff.; zum Rechtsweg in Amtshaftungssachen auch: Schlick, FS Krämer S. 527 ff.



## 10. Kapitel: Die Bezugspunkte für das Verschulden

Das Verschulden, welches amtshaftungsanspruchbegründende Voraussetzung ist, wird im Gesetz nicht näher definiert; nach Maßgabe der Gesetzssystematik stellt er den Oberbegriff für die Schuldformen Vorsatz und Fahrlässigkeit dar.<sup>689</sup> Ein weiteres Verschuldenselement ist die Zurechnungsfähigkeit, sodass – wie bereits ausgeführt –<sup>690</sup> die Regelungen in §§ 827, 828 BGB Anwendung finden. Das Verschulden benötigt Anknüpfungs- bzw. Bezugspunkte; insoweit kommen einerseits die Amtspflichtverletzung selbst und andererseits die Person des Amtswalters in Betracht.

### A. Amtspflichtverletzung als Bezugspunkt

Im Bereich des § 839 BGB muss sich das Verschulden nur auf die Amtspflichtverletzung beziehen, nicht hingegen auf den Umstand, dass der Beamte den daraus für einen in den Schutzbereich der Amtspflicht einbezogenen Dritten entstandenen bzw. entstehenden Schaden (oder überhaupt einen Schaden) vorausgesehen hat oder hätte voraussehen können. Mithin ist es ausreichend für den Amtshaftungsanspruch, dass der durch die Amtspflichtverletzung eingetretene Schaden nach den Grundsätzen über den adäquaten Kausalzusammenhang zugerechnet werden kann. Dies gilt sowohl für den Fall der vorsätzlich als auch der fahrlässig begangenen Amtspflichtverletzung.<sup>691</sup> Wenn eine Behörde z. B. für eine einen Antrag zurückweisende Verwaltungsentscheidung mehrere alternative Begründungen gibt, so ist ein Verschulden bereits dann zu verneinen, wenn sich bei nachgehender Betrachtung und Bewertung zumindest eine der Begründungen als zutreffend herausstellt. Denn eine Entscheidung ist im Ergebnis richtig, wenn von mehreren selbständig nebeneinander stehenden Gründen auch nur einer zutrifft und damit die Entscheidung zu rechtfertigen in der Lage ist. Ein haftungsbegründendes Verschulden des Amtswalters ist mithin dann zu verneinen, falls sich nur eine

---

<sup>689</sup> Palandt/Grüneberg, BGB, § 276 Rdziff. 5

<sup>690</sup> s. o. S. 208

<sup>691</sup> Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 192; Ossenbühl/Cornils S. 75; Palandt/Sprau, BGB, § 839 Rdziff. 50; Tremml/Karger/Luber Rdziff. 144; Stein/Itzel/Schwall Rdziff. 147; Detterbeck/Windthorst/Sproll, § 9 Rdziff. 175; BGH NJW 2003, 1308 (1312), insoweit nicht abgedruckt in BGHZ 154, 54; BGHZ 135, 354 (362) = NJW 1998, 142 (144); BGH NJW 1988, 2037 (2038), insoweit nicht in BGHZ 104, 139 abgedruckt; BGH BGHR BGB § 839 Abs. 1 S. 1 vor S. 3; BGH NVwZ 1984, 604 (605); BGH VersR 1981, 256 (258); BGH VersR 1980, 924 (925); BGH NJW 1965, 962 (963); BGHZ 34, 375 (381); BGH VersR 1961, 255; BGH VersR 1956, 96; OLG München, VersR 1991, 775 (776)

der tragenden Begründungen für die fehlerhafte Entscheidung als unverschuldet herausstellt.<sup>692</sup>

Des Weiteren ist zu vergegenwärtigen, dass die Grenzen zwischen der Amtspflichtverletzung einerseits und dem Verschulden andererseits nicht immer trennscharf zu ziehen sind. Dies gilt insbesondere bei Schäden, die auf Planungsfehlern von Behörden beruhen; unterlässt die Behörde die weitere Aufklärung von Gefahrenpotentialen bzw. Gefahrensituationen und baut deren Planung auf diesem Aufklärungsdefizit auf, wird häufig schon bei der Amtspflichtverletzung die Frage aufzuwerfen sein, ob ein vorwerfbares Versäumnis der Behörde gegeben ist.<sup>693</sup> Dies zeigt sich an der Rechtsprechung im Zusammenhang mit Veränderungssperren. Ist eine Veränderungssperre (= Satzung, vgl. § 16 Abs. 1 BauGB) unwirksam, trifft den Amtswalter – ähnlich wie bei einem als unwirksam identifizierten Bebauungsplan – die Pflicht, die Unwirksamkeitsgründe zu heilen oder die Satzung aufheben zu lassen.<sup>694</sup> Ist die Veränderungssperre hingegen wirksam, ist eine darauf basierende Versagung eines Bauvorbescheides oder einer Baugenehmigung rechtmäßig; amtschaftsrechtlich ist i. d. R. dann nur noch die Frage bedeutsam, ob die Veränderungssperre erst durch das Genehmigungsverfahren initiiert wurde (was – für sich betrachtet – unschädlich wäre<sup>695</sup>) und es **dadurch** zu einer Verzögerung der Entscheidung über den Bauantrag gekommen ist bzw. dadurch der Erlass eines positiven Bescheides vereitelt wurde.<sup>696</sup>

## B. Der Amtswalter als Bezugspunkt

Nach näherer Maßgabe des § 276 Abs. 1 S. 1 BGB hat „der Schuldner“ Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten, wenn eine strengere oder mildere Haftung weder bestimmt noch aus dem sonstigen Inhalt des Schuldverhältnisses, insbesondere aus der Übernahme einer Garantie oder eines Beschaffungsrisikos, zu entnehmen ist. Der § 276 BGB gilt auch im Rahmen des § 839 BGB.<sup>697</sup> Schuldner i. S. d. § 276 Abs. 1 S. 1 BGB scheint bei vordergründiger Betrachtung der Amtswalter zu sein, auf dessen Fähigkeiten scheint es anzukommen. Diese Annahme ist indessen unrichtig. Ein Schuldvorwurf (gegen eine bestimmte haftende Körperschaft) kann selbst dann begründet sein, wenn der einzelne Amtswalter sorgfältig

<sup>692</sup> BGHZ 161, 305 (309 f.) = NJW 2005, 748 (750); ebenso die Berufungsentscheidung OLG Naumburg, OLG-Report 2005, 493 = juris Rdziff. 61 ff.

<sup>693</sup> BGHZ 113, 367 (371) = NJW 1991, 2701 (2702) unter Hinweis auf Ossenbühl, JZ 1989, 1125 (1126); Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 194

<sup>694</sup> BGH NVwZ 2004, 1143 (1144); BGH Beschl. v. 20.12.1990 – III ZR 179/89, juris Rdziff. 2

<sup>695</sup> BGHZ 170, 99 (104)

<sup>696</sup> BGH NVwZ 2002, 124 (125); Keppler in: Terwiesche Rdziff. 1530

<sup>697</sup> BGH NVwZ 1994, 405 (406) = BGHR BGB § 839 Abs. 1 S. 1 Verschulden 25; BGHZ 117, 240 (249); OLG Köln, Urt. v. 06.09.2012 - 7 U 18/12, juris Rdziff. 22; OLG München, Beschl. v. 07.11.2011 – 1 U 2597/11, juris Rdziff. 9, OLG Hamm, Urt. v. 26.05.2010 – 11 U 129/08, juris Rdziff. 42; Ossenbühl/Cornils S. 76

und nach bestem Wissen und Gewissen gearbeitet hat.<sup>698</sup> Der Grund ist in dem Umstand zu suchen, dass die Rechtsprechung dazu tendiert, das Verschulden von der Person des konkret für den Schaden verantwortlichen Amtswalters abzukoppeln und stattdessen objektive Maßstäbe vorzugeben. Entscheidend ist bei dieser Vorgehensweise nicht lediglich ein Individualverschulden des Amtswalters, sondern auch ein sog. Organisationsverschulden, welches einerseits neben das Individualverschulden treten kann, dieses aber auch vollständig zu ersetzen vermag. Das Verschulden wird danach nicht mehr auf eine einzelne (und ggf. vom Geschädigten) zu konkretisierende Person bezogen, sondern dem mangelnden oder schlechten Funktionieren des Verwaltungsapparates selbst zugerechnet. Die Anerkennung der Rechtsfigur des Organisationsverschuldens trägt dabei dem Umstand Rechnung, dass sich der geschädigte Bürger einem für ihn anonymen Verwaltungsapparat gegenüber sieht, dessen stark differenzierte Arbeits- und Funktionsweise er von außen nicht durchschauen kann.<sup>699</sup> Anders gwendet:

Selbst dann, wenn ein sog. Kollegialorgan (z. B. Beschlussabteilung des Bundeskartellamts<sup>700</sup>) eine rechtswidrige Entscheidung trifft, kommt es auf diesen Umstand nicht an. Es bedarf – völlig losgelöst davon, dass ein sog. Kollegialverschulden dem geltenden Amtshaftungsrecht fremd ist – nicht der identifizierenden Feststellung einer Person; ausreichend ist es, wenn feststeht, dass irgendein Amtsträger in seiner Person zur Realisierung des Amtshaftungsanspruchs beigetragen hat.<sup>701</sup>

## 11. Kapitel: Vorsatz und Fahrlässigkeit als Schuldformen im Amtshaftungsrecht

### A. Relevanz der Unterscheidung von Vorsatz und Fahrlässigkeit

Obschon es für die eigentliche Rechtsfolge des Amtshaftungsanspruchs nicht von Bedeutung ist, ob der Amtswalter die Amtspflichtverletzung vorsätzlich oder lediglich fahrlässig begangen hat, erlangt die Unterscheidung zwischen diesen beiden Schuldformen gleichwohl eine nicht nur unerhebliche Bedeutung:

---

<sup>698</sup> Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 220

<sup>699</sup> BGH NVwZ 1996, 512 (515); BGHZ 113, 367 (371); OLG Koblenz, OLG-Report 2002, 383 (385) = NVwZ-RR 2003, 168 (169); Ossenbühl S. 77; Tremml/Karger/Luber Rdziff. 153; Stein/Itzel/Schwall Rdziff. 157; Detterbeck/Windthorst/Sproll § 9 Rdziff. 179; Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 220; zum Organisationsverschulden und der damit einhergehenden Entindividualisierung vgl. u. S. 219 ff.

<sup>700</sup> vgl. dazu LG Köln BB 2013, 781 = WRP 2013, 687

<sup>701</sup> BGHZ 151, 198 (203); BGHZ 116, 312 (314/5); BGH WM 1960, 1304 (1305); Staudinger/Wöstmann, BGB § 839 Rdziff. 221

- Fällt dem Beamten nur Fahrlässigkeit zur Last, so kann er nach näherer Maßgabe des § 839 Abs. 1 S. 2 BGB nur dann in Anspruch genommen werden, wenn der Verletzte nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag (Subsidiaritätsklausel). Die Unmöglichkeit, anderweitig Ersatz zu erlangen, bildet einen Teil des Tatbestandes, aus dem Amtshaftungsanspruch hergeleitet wird.<sup>702</sup> Im Amtshaftungsprozess hat demzufolge der Geschädigte für das Vorliegen der zu der Klagebegründung gehörenden (negativen) Anspruchsvoraussetzungen die Darlegungs- und Beweislast.<sup>703</sup>
- Verletzt ein Beamter bei dem Urteil in einer Rechtsache seine Amtspflicht, so ist er nach Maßgabe des § 839 Abs. 2 S. 1 BGB für den daraus entstehenden Schaden nur dann verantwortlich, wenn die Pflichtverletzung in einer Straftat besteht (Spruchrichterprivileg). Die Anwendung dieser Vorschrift ist im Fall vorsätzlichen Verhaltens ausgeschlossen.
- Ein Rückgriff (Regress) gegen den Beamten findet vor dem Hintergrund des Art. 34 S. 2 GG, § 48 BeamStG nur im Fall vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Pflichtverletzung statt.<sup>704</sup>
- Bei den Haftungsbeschränkungsregelungen der §§ 91 a Abs. 1 S. 2 SVG<sup>705</sup> und § 46 Abs. 2 Ziff. 2 BeamtVG<sup>706</sup> kommt es darauf an, ob die (unerlaubte) Handlung vorsätzlich begangen worden ist.
- Der Grad des Verschuldens, also die Frage, ob die Amtspflichtverletzung vorsätzlich oder fahrlässig herbeigeführt wurde, wirkt sich auf den Bereich des Mitverschuldens aus, d. h. auf die Frage, inwieweit dem Geschädigten bei der jeweils konkret maßgeblichen Erscheinungsform des Verschuldens ein (eigenes) Mitverschulden zur Last gelegt werden kann.<sup>707</sup>

<sup>702</sup> BGHZ 113, 164 (167); Palandt/Sprau, BGB, § 839 Rdziff. 54; Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 259 ff.; Stein/Itzel/Schwall Rdziff. 176 ff.

<sup>703</sup> vgl. dazu im Einzelnen: Rohlfing, MDR 2010, 237

<sup>704</sup> vgl. zu den Voraussetzungen eines derartigen Rückgriffs weiterführend: Reich BeamStG, § 48 Rdziff. 2 ff.; Ossenbühl/Cornils S. 119 ff.

<sup>705</sup> vgl. dazu BGHZ 120, 176 (182) = NJW 1993, 1529 (1530), dort noch zur Vorgängervorschrift des § 91 SVG

<sup>706</sup> BGHZ 121, 131 (133) = NJW 1993, 1790 (1791); OLG Hamm, Urt. v. 27.03.2013 - 11 U 25/12, juris Rdziff. 21, 32

<sup>707</sup> vgl. dazu Stein/Itzel/Schwall Rdziff. 144; Ossenbühl/Cornils S. 75

## B. Verschuldensform: Vorsatz

## I. Begriff

Vorsatz i. S. d. § 276 Abs. 1 S. 1 BGB ist das Wissen und Wollen des pflichtwidrigen Erfolgs.<sup>708</sup> Davon ausgehend hat sich in der Rechtsprechung des BGH im Bereich der vorsätzlich begangenen Amtspflichtverletzung eine stehende Definition herausgebildet:

*„Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs handelt ein Amtsträger vorsätzlich, wenn er sich bewusst über die verletzte Amtspflicht hinwegsetzt. Zum Vorsatz gehört nicht nur die Kenntnis der Tatsachen, aus denen die Pflichtverletzung sich objektiv ergibt, sondern auch das Bewusstsein der Pflichtwidrigkeit, d. h. das Bewusstsein, gegen die Amtspflicht zu verstoßen. Zumindest muss der Amtsträger mit der Möglichkeit eines solchen Verstoßes rechnen und diesen billigend in Kauf nehmen.“<sup>709</sup>*

Aus dieser Formulierung wird deutlich, dass – wie auch im Zivilrecht – für eine vorsätzliche Begehensform (Amtspflichtverletzung) ein bedingter Vorsatz (dolus eventualis) genügt, ein dolus directus ist nicht erforderlich. Die Tatsache, dass ein Amtsträger eine Amtspflichtverletzung begangen hat, lässt für sich genommen noch nicht den Rückschluss auf eine vorsätzliche Begehensweise zu.<sup>710</sup>

Nach Maßgabe der im Zivilrecht vorherrschenden Vorsatztheorie setzt der Vorsatz das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit voraus; mithin begründet ein vorwerfbarer Verbotsirrtum allenfalls einen Fahrlässigkeitsvorwurf.<sup>711</sup> Wird hingegen die Amtspflichtverletzung durch einen Verstoß gegen strafrechtliche Vorschriften realisiert, so gilt (im Zivilrecht wie auch im Strafrecht) der Grundsatz, dass eine entlastende Wirkung nur durch einen unvermeidbaren Verbotsirrtum herbeigeführt werden kann. Daraus wiederum ist abzuleiten, dass der (nur) fahrlässige Verbotsirrtum einen Vorsatz nicht ausschließt.<sup>712</sup>

<sup>708</sup> Palandt/Grüneberg, BGB, § 276 Rdziff. 10; BGH NJW 1965, 962 (963)

<sup>709</sup> BGH NJW-RR 2000, 1658 (1659); BGH NJW-RR 1995, 248 (249); BGHZ 120, 176 (181) = NJW 1993, 1529 (1530); BGH NVwZ 1992, 911 (912); BGH NJW 1988, 129 (130); BGH BGHR BGB § 839 Abs. 1 S. 1 vor Satz 2 (insoweit nicht in BGHZ 104, 139 abgedruckt); BGH BGHR BGB § 839 Abs. 1 S. 1 vor Satz 1; BGH VersR 1977, 564 (565); BGH VersR 1973, 443 (445); BGH VersR 1966, 875 (876); BGH VersR 1963, 339 (341); BGHZ 34, 375 (381); BGHZ 30, 374 (381); Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 195; Stein/Itzel/Schwall Rdziff. 145; Deterbeck/Windthorst/Sproll § 9 Rdziff. 176; Tremml/Karger/Luber Rdziff. 147; Papier in: MünchKomm BGB, § 839 Rdziff. 285; Papier in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 34 Rdziff. 223; Lochte-Handjery, JuS 2001, 1186 (1186); Palandt/Sprau, BGB, § 839 Rdziff. 51; Geigel/Schlegelmilch-Kapsa, Kap. 20 Rdziff. 185; Schlick/Rinne, NVwZ 1997, 1171 (1173)

<sup>710</sup> BGH NVwZ 1992, 911 (912) = juris Rdziff. 11; zu der Frage, ob möglicherweise mit der Begehung einer Amtspflichtverletzung eine tatsächliche Verschuldensvermutung einhergehen kann, vgl. u. S. 256 ff.

<sup>711</sup> BGH NJW 1985, 134 (135); OLG Frankfurt, Urt. v. 10.10.2012 - 1 U 201/11, juris Rdziff. 122

<sup>712</sup> BGH NJW 1985, 134 (135); OLG Frankfurt, Urt. v. 10.10.2012 - 1 U 201/11, juris Rdziff. 122

Eine vorsätzlich begangene Amtspflichtverletzung führt **nicht** automatisch zu einer persönlichen Haftung des handelnden Beamten, sondern nur dann, wenn die Pflichtverletzung **nicht** in den Anwendungsbereich des Art. 34 GG fällt.<sup>713</sup>

Bedingt vorsätzlich begangene Amtspflichtverletzungen finden sich im Wesentlichen im militärischen Bereich; demgemäß ist eine vorsätzliche Amtspflichtverletzung angenommen worden, wenn ein militärischer Vorgesetzter – unter Missachtung einer entsprechenden Dienstanweisung – das Aufsetzen und Absetzen eines Pontons befiehlt, obschon er zumindest mit der Möglichkeit rechnet, dass eine Dienstanweisung eine solche Übung verbieten will.<sup>714</sup> Ein Kompaniechef, der Kenntnis von sog. „Schwarzmunition“ hat und deren Vernichtung durch Untergebene im Rahmen einer Erkundungsübung billigt, handelt (bedingt) vorsätzlich, wenn aus Anlass dieser Munitionsbeseitigung ein Soldat die Sehfähigkeit auf dem rechten Auge infolge eines Munitionsplitters einbüßt.<sup>715</sup> Werden Waffen und Munition während einer Schießübung in dem für das Schießen mit Manövermunition – aufgrund der einschlägigen Sicherheitsbestimmungen als solchen gekennzeichneten – Gefahrenbereich gelagert, widerspricht eine solche Lagerung dem Sinn und Zweck der einschlägigen Dienstvorschriften, die, soweit sie dem Schutz der inneren Sicherheit beim Schießen dienen, eine Gefährdung der beteiligten Personen, Waffen und Geräte ausschließen sollen. Handelt ein Soldat dieser Dienstvorschrift zuwider und wird infolge dieser Zuwiderhandlung eine andere Person verletzt, liegt eine bedingt vorsätzliche Amtspflichtverletzung vor.<sup>716</sup> Unterlässt es ein Soldat, der als Geschützfürer eingeteilt worden ist, nach Beendigung des Schießens die Untersuchung der Waffe auf etwaig zurückgebliebene Patronen und löst sich dann bei dem anschließenden Rückmarsch infolge Erschütterungen aus dieser Waffe ein Schuss, der einen anderen Soldaten tödlich verletzt, liegt eine bedingt vorsätzlich begangene Amtspflichtverletzung vor; dies gilt auch für den neben diesen Geschützfürer pflichtwidrig untätig gebliebenen Geschützfürer.<sup>717</sup> Ein Soldat, der als Lehrgangsteilnehmer eines Fahnenjunkerlehrgangs in der Kampftruppenschule Munster den Befehl erhalten hat, die Marschbereitschaft von Schützenpanzern des Typs Marder herzustellen, auf entsprechende Nachfrage des Stationsausbilders nach etwaigen Problemen eine Waffenstörung nicht meldet, handelt wahrheits- und damit pflichtwidrig und verwirklicht eine vorsätzlich begangene Amtspflichtverletzung, wenn sich infolge dieser Waffenstörung später ein Schuss löst und einen anderen Soldaten verletzt.<sup>718</sup> Eine bedingt vorsätzlich begangene Amtspflichtverletzung wurde allerdings von der

<sup>713</sup> BGH BGHR BGB § 839 Abs. 1 S. 1 Vorsatz 4; Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 191; Zimmerling in: juris PK-BGB, § 839 Rdziff. 131; zu einem Sonderfall der persönlichen Haftung aus Amtspflichtverletzung vgl. BGHZ 3, 94 (dort noch im Zusammenhang mit Art. 131 WRV)

<sup>714</sup> BGH NVwZ 1984, 604

<sup>715</sup> OLG Schleswig, NVwZ-RR 1995, 536

<sup>716</sup> BGH BGHR BGB § 839 Abs. 1 S. 1 Vorsatz 3

<sup>717</sup> BGH VersR 1968, 307

<sup>718</sup> BGH NVwZ-RR 1996, 625

Rechtsprechung verneint, wenn es der Kommandant eines Marineschiffs unter den seinerzeit herrschenden schwierigen Wetterbedingungen unterlassen hatte, ein Motorrettungsboot zu Wasser zu lassen, um einen über Bord gegangenen Matrosen zu retten.<sup>719</sup>

Von einem bedingten Vorsatz ist auch dann auszugehen, wenn Gemeinderatsmitglieder bei der Beschlussfassung über das zu erteilende gemeindliche Einvernehmen entgegen dem Votum der übergeordneten Fachbehörde das erforderliche Einvernehmen verweigern. Haben die Fachbehörden das Bauvorhaben einstimmig als zulässig beurteilt und wurden die Gemeinderatsmitglieder ausdrücklich auf das Risiko erheblicher Vermögensschäden des Bauwilligen sowie auf die Möglichkeit der Entstehung von Schadensersatzansprüchen im Fall einer objektiv unberechtigten Versagung des gemeindlichen Einvernehmens hingewiesen und haben die Gemeinderatsmitglieder jedoch der bloßen Verhinderung des Bauvorhabens in ihrer Gemeinde absoluten Vorrang vor jeglichen anderen Interessen eingeräumt, haben sie die Schädigung des Bauwilligen billigend in Kauf genommen.<sup>720</sup>

## II. *Tatsachen-/Rechtsirrtum*

Nach Maßgabe der bereits in Bezug genommenen Definition des Vorsatzes in der Rechtsprechung gehört das Bewusstsein der Pflichtwidrigkeit zum Vorsatz (Vorsatztheorie).<sup>721</sup> Im Gegensatz zu der für das Strafrecht maßgeblichen Schuldtheorie, wonach ein vorwerfbarer/vermeidbarer Verbotsirrtum die Schuld nicht beseitigt, ist zu fragen, wie sich ein Irrtum über die Pflichtwidrigkeit auswirkt.

### 1. Nicht erheblicher Irrtum

Wenn ein Zivilfahnder der Polizei aus Anlass eines Einsatzes von anderen, indessen uniformierten Polizeibeamten verprügelt und verletzt wird, weil er als Zivilfahnder nicht zu erkennen war, so wirkt sich der solchermaßen eingetretene Irrtum (error in persona) nicht aus.<sup>722</sup>

---

<sup>719</sup> OLG Celle, OLG-Report 2007, 548

<sup>720</sup> OLG Naumburg, OLG-Report 2009, 410; OLG Naumburg, OLG-Report 2007, 344 = juris (Gemeinderat übergibt den Rat der Bürgermeisterin und holt keinen weiteren externen juristischen Rat im Zusammenhang mit dem gemeindlichen Einvernehmen ein)

<sup>721</sup> Lochte-Handjery, JuS 2001, 1186 (1186)

<sup>722</sup> BGH, Urt. v. 13.04.2000 - III ZR 120/99, juris Rdziff. 19

## 2. Erheblicher Irrtum

Ein Rechtsirrtum kann ebenso wie ein Tatsachenirrtum einen Vorsatz hinsichtlich der Amtspflichtverletzung ausschließen. Ein Notar, der aus rechtlichen Erwägungen glaubt, sich über bestimmte Wünsche einer Vertragspartei hinwegsetzen zu dürfen und von der Richtigkeit und Rechtmäßigkeit seines Vorgehens überzeugt ist, handelt nicht vorsätzlich pflichtwidrig.<sup>723</sup> Bei einem Lehrer, der ein Schulkind durch Schläge auf den Kopf verletzt (Trommelfellperforation) kann – nach einer wohl als veraltet und überholt einzustufenden Entscheidung des BGH – der Vorsatz entfallen, wenn er sich nicht nur in einem tatsächlichen, sondern auch in einem rechtlichen Irrtum über Vorliegen und Umfang eines angeblich durch Ministerialerlass eingeräumten Züchtigungsrechts befindet.<sup>724</sup> Wenn Fluglotsen (Flugleiter) eine streikähnliche Aktion betreiben, greifen sie damit widerrechtlich in solche Gewerbebetriebe (z. B. Reiseunternehmen) ein, die sich auf das ungestörte Funktionieren der Flugsicherung eingerichtet haben. Dadurch verletzen die Fluglotsen Amtspflichten. Von dem Vorwurf vorsätzlichen Verhaltens könnte nur dann abgerückt werden, wenn die Fluglotsen die streikähnliche Maßnahme in der Auswirkung auf Gewerbebetriebe der beschriebenen Art tatsächlich für rechtmäßig gehalten hätten.<sup>725</sup>

## 3. Rechtsfolge eines erheblichen Irrtums

Für den Fall, dass bei dem handelnden Beamten ein Tatsachen- oder Rechtsirrtum vorliegt und das Bewusstsein der Amtspflichtwidrigkeit seines Handelns (Tun oder Unterlassen) nicht gegeben ist, stellt sich die Frage, welche Rechtsfolge dieser Irrtum hat. Zunächst einmal ist davon auszugehen, dass – irrtumsbedingt – der Vorsatz zu verneinen ist. Allein dies führt aber nicht zu der Konsequenz, dass die Schuldhaftigkeit einer Amtspflichtverletzung schlechthin zu verneinen wäre; denn ein Rechtsirrtum lässt zwar das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit/Pflichtwidrigkeit in Wegfall geraten, befreit aber nicht automatisch von einem etwaigen Fahrlässigkeitsvorwurf.<sup>726</sup> Wenn sich Polizeibeamte im Rahmen einer Fortbildungsübung (= Überfall auf einen simulierten Gefangenentransport) nicht vorbereitend mit den einschlägigen Ausbildungs- und Sicherheitsbestimmungen (dort: Umgang mit Farbmarkierungspatronen) befassen, sondern statt dessen von Gewissheiten ausgehen, die bei Lektüre der einschlägigen Vorschriften keine Stütze gefunden hätten, begründet dies bei Eintritt eines Schadensfalls (Augenverletzung

---

<sup>723</sup> BGH VersR 1963, 339 = WM 1963, 375

<sup>724</sup> BGH VersR 1966, 875

<sup>725</sup> BGHZ 69, 128 (142)

<sup>726</sup> Detterbeck/Windthorst/Sproll, § 9 Rdziff. 176 a.E.; Lochte-Handjery, JuS 2001, 1186 (1187); Stein/Itzel/Schwall Rdziff. 145



bei Polizist durch Farbmarkierungsgeschoss) keinen Vorsatzvorwurf, sondern (nur) den Vorwurf eines – als grob fahrlässig einzuordnenden – Rechtsirrtums.<sup>727</sup>

### C. Verschuldensform: Fahrlässigkeit

Gemäß § 276 Abs. 2 BGB handelt fahrlässig, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt. Dieser Sorgfaltsmaßstab ist allerdings nicht individuell ausgestaltet; im Zivilrecht gilt – anders als noch im Strafrecht – ein auf die allgemeinen Verkehrsbedürfnisse ausgerichteter objektiv-abstrakter Sorgfaltsmaßstab.<sup>728</sup>

#### *I. Objektivierung des Sorgfaltsmaßstabes durch Entindividualisierung (Anonymisierung)*

Auch im Amtshaftungsrecht gilt im Bereich der Fahrlässigkeitsprüfung ein objektivierter Sorgfaltsmaßstab. Es kommt nicht auf die Einsichten und Fähigkeiten des konkret handelnden Amtswalters an. Richtschnur für „die im Verkehr erforderliche Sorgfalt“ ist der sog. pflichtgetreue Durchschnittsbeamte und die an ihn zu stellenden objektiv-abstrakten Anforderungen. Es kommt mithin auf diejenigen Kenntnisse und Fähigkeiten an, die allgemein für die Führung des übernommenen Amtes im Durchschnitt erforderlich sind.<sup>729</sup> Ausschlaggebende Bedeutung haben damit objektive Kriterien, z. B. Kenntnisse, Fähigkeiten und Verhaltensweisen, die für eine ordnungsgemäße Amtsführung notwendig sind und die auch üblicherweise erwartet werden können.<sup>730</sup> Auf den Umstand, ob der konkret handelnde Amtswalter über eben diese Kenntnisse und Fähigkeiten verfügt, kommt es nicht an. Daher muss ein Fahrlässigkeitsvorwurf bejaht werden, wenn der Beamte bei Beachtung der für seinen Pflichtenkreis erforderlichen Sorgfalt hätte erkennen können und müssen, dass er seiner Amtspflicht zuwider handelt, wobei es auf eine Voraussehbarkeit eines konkreten Schadens nicht ankommt.<sup>731</sup> Der „pflichtgetreue Durchschnittsbeamte“ hat die zur Führung seines Amtes erforderlichen Rechts- und Verwaltungskennntnisse vorzuweisen; verfügt er nicht über sie, hat er sie sich zu verschaffen.<sup>732</sup> Das wiederum bedeutet, dass in einem Amtshaftungs-

<sup>727</sup> OLG Hamm, Urt. v. 27.03.2013 - 11 U 25/12, juris Rdziff. 41

<sup>728</sup> BGH NJW 2003, 2022 (2024); BGH NJW 2000, 2812 (2813); BGHZ 106, 323 (330); Palandt/Grüneberg, BGB, § 276 Rdziff. 15; PWW/Kramarz, BGB, § 839 Rdziff. 32 ff.

<sup>729</sup> Stein/Itzel/Schwall Rdziff. 146; Detterbeck/Windthorst/Sproll § 9 Rdziff. 177; Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 198; Tremml/Karger/Luber Rdziff. 150; Zimmerling in: juris PK-BGB, § 839 Rdziff. 132, BGH NJW 1989, 976 ((978); BGH NJW 1986, 2829 (2831); Schlick, NJW 2011, 3341 (3345); Middendorf S. 57

<sup>730</sup> Lochte-Handjery, JuS 2001, 1186 (1187); BGHZ 22, 258 (263); BGHZ 4, 302 (313); BGHZ 2, 209 (217); RGZ 156, 34 (51)

<sup>731</sup> Stein/Itzel/Schwall Rdziff. 146; Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 198 a. E.

<sup>732</sup> Stein/Itzel/Schwall Rdziff. 146; Staudinger Wurm, BGB, § 839 Rdziff. 198; Tremml/Karger/Luber Rdziff. 150; Detterbeck/Windthorst/Sproll, § 9 Rdziff. 177; Papier in: MünchKomm BGB, § 839 Rdziff. 288; Schlick/Rinne, NVwZ 1997, 1171 (1173); zur Rspr. s. FN 738

prozess der Geschädigte den konkret handelnden Amtswalter nicht individualisieren und nicht namentlich bezeichnen muss. Denn auf den im jeweiligen Einzelfall handelnden Beamten kommt es nicht an, sondern darauf, was ein pflichtgetreuer Durchschnittsbeamter für Pflichten zu erfüllen gehabt hätte. Steht fest, dass eine Abweichung des Ist-Verhaltens vom Soll-Verhalten vorliegt, ist in diesem Umfang auch der Fahrlässigkeitsvorwurf begründet. Das Abrücken von dem jeweils in concreto handelnden Amtswalter auf den pflichtgetreuen Durchschnittsbeamten wird als Entindividualisierung (Anonymisierung) bezeichnet.<sup>733</sup>

Mithin hat der Amtswalter über die zur ordnungsgemäßen Erfüllung seiner Tätigkeit erforderlichen Sach-, Fach- und Rechtskenntnisse zu verfügen, sich diese notfalls zu verschaffen, ohne dass es auf ein „idealvollkommenes Musterexemplar seiner Gattung“<sup>734</sup> ankommen muss. Für z. B. den Fall eines Examenkorrektors bedeutet dies, dass von einem solchen erwartet werden kann, die zur sachgerechten Ausübung seiner Tätigkeit erforderlichen essentialia des Prüfungswesens, mithin die Grundzüge dessen, wie Noten zustande kommen und zu begründen sind, zu beherrschen. Zu den Mindestanforderungen gehört es dabei, dass der Prüfer sich darüber bewusst ist, dass Wortgutachten und Punktbewertung einander entsprechen müssen.<sup>735</sup>

Der Vorwurf sogar grob fahrlässigen Verhaltens kann ggf. auch dann begründet sein, wenn sich ein Beamter im Bedarfsfall nicht bei kundigen Kollegen oder Vorgesetzten über die seinen Zuständigkeitsbereich betreffende Erlasslage informiert.<sup>736</sup>

Der im Einzelfall zugrunde zu legende (objektivierte) Sorgfaltsmaßstab des pflichtgetreuen Durchschnittsbeamten muss erhöht werden, wenn es um amtspflichtwidriges Verhalten von Amtswaltern einer Behörde geht, die durch den Erlass von Bescheiden eigenständige Vollstreckungstitel zu schaffen berechtigt sind. Dies trifft z. B. für Finanzämter zu.<sup>737</sup>

## II. Ausgewählte Fallgruppen fahrlässigen Handelns

### 1. Fehlerhafte („unrichtige“) Rechtsanwendung durch die Exekutive

#### a. Allgemeines

Rechtsanwendung findet im Wesentlichen im Bereich der Judikative, aber auch natürlich im Bereich der Exekutive statt; während im Bereich der Judikative die Sonderregelung des § 839 Abs. 2 S. 1 BGB eingreift und einen gewissen „Ret-

<sup>733</sup> Detterbeck/Windthorst/Sproll, § 9 Rdziff. 179; Ossenbühl/Cornils S. 79

<sup>734</sup> Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 199

<sup>735</sup> OLG München, NJW 2007, 1005 (1006)

<sup>736</sup> OVG Lüneburg, Beschl. v. 14.08.2012 – 5 LA 220/11, juris Rdziff. 11

<sup>737</sup> OLG Düsseldorf, NJW 1993, 1210 (1211); Tremml/Karger/Luber Rdziff. 152; Palandt/Sprau, BGB, § 839 Rdziff. 52

tungsschirm“ darstellt, gibt es für die Exekutive eine solche Vorkehrung nicht. Mithin sind Beamte im Bereich der Exekutive regelmäßig mit dem Problem konfrontiert, ob und inwieweit sich eine – im Nachhinein manifestierte – fehlerhafte Rechtsanwendung zu einem Fahrlässigkeitsvorwurf verdichten kann:

*„Zwar muss sich jeder Amtsträger die zur Führung seines Amtes notwendigen Rechts- und Verwaltungskennntnisse verschaffen. Bei der Gesetzesauslegung und Rechtsanwendung hat er die Rechtslage unter Zuhilfenahme der ihm zu Gebote stehenden Hilfsmittel sorgfältig und gewissenhaft zu prüfen und danach aufgrund vernünftiger Überlegungen sich eine Rechtsmeinung zu bilden. Nicht jeder objektive Rechtsirrtum begründet jedoch einen Schuldvorwurf. Wenn die nach sorgfältiger Prüfung gewonnene Rechtsansicht des Amtsträgers als rechtlich vertretbar angesehen werden kann und er daran bis zur gerichtlichen Klärung der Rechtslage festhält, so kann aus der späteren Missbilligung seiner Rechtsauffassung durch die Gerichte ein Schuldvorwurf nicht hergeleitet werden.“<sup>738</sup>*

Die vorgenannten, vom BGH aufgestellten Grundsätze gelten insbesondere in den Fällen, die eine Vorschrift betraf, deren Rechtsanwendung sich im Nachhinein als objektiv unrichtig herausgestellt hat und deren Inhalt - bezogen auf den zur Entscheidung stehenden Einzelfall - zum maßgeblichen Zeitpunkt zweifelhaft sein konnte und noch nicht durch eine höchstrichterliche Rechtsprechung klargestellt worden war.<sup>739</sup>

Um in einem Amtshaftungsprozess dem Fahrlässigkeitsvorwurf im Zusammenhang mit der Auslegung bzw. Rechtsanwendung von Gesetzen zu entgehen, hat die klageweise in Anspruch genommene (Anstellungs-) Körperschaft – nach Maßgabe der Rechtsprechung – mithin folgende Prüfkriterien zu beachten:

<sup>738</sup> BGH, Urt. v. 04.07.2013 - III ZR 338/12, juris Rdziff. 10; BGH NVwZ-RR 2010, 675 (675); BGH NVwZ 2006, 245 (246); BGHZ 161, 305 (309) = NJW 2005, 748 (749); BGH NJW 2003, 3693 (3696); BGHZ 150, 172 (181); BGHZ 146, 153 (165); BGHZ 143, 362 (371); BGHZ 139, 200 (203); BGH NVwZ 1998, 1329 (1329); BGH NJW 1997, 3432 (3433) – insoweit in BGHZ 136, 182 nicht abgedruckt; BGH NJW 1996, 2422 (2424); BGH NVwZ-RR 1996, 65 (65); BGHZ 119, 365 (369); BGH NJW 1994, 3158 (3159); BGH NJW 1993, 530 (531); BGHZ 106, 323 (329); ebenso: OLG Düsseldorf, Urt. v. 26.03.2014 – VI - U (Kart) 43/13, juris Rdziff. 16; OLG Frankfurt, Urt. v. 14.05.2013 - 1 U 176/10, juris Rdziff. 183; Hans. OLG Bremen, Urt. v. 13.02.2013 – 1 U 6/08, juris Rdziff. 100; KG WM 2012, 1526 (1528); OLG Köln, Urt. v. 03.05.2012 – 7 U 194/11, juris Rdziff. 12; OLG München, Beschl. v. 01.02.2012 – 1 U 3824/11, juris Rdziff. 6; OLG München, Beschl. v. 07.11.2011 – 1 U 2597/11, juris Rdziff. 9; OLG München, Beschl. v. 07.03.2007 – 1 U 1585/07, juris Rdziff. 7; OLG Oldenburg, OLG-Report 2008, 605 (605); OLG Düsseldorf, Urt. v. 16.02.2005 - 18 U 157/04, juris Rdziff. 86; LG Köln, Urt. v. 26.02.2013 – 5 O 86/12 – juris Rdziff. 26; LG Köln, Urt. v. 27.09.2011 – 5 O 385/10, juris Rdziff. 19; Tremml/Karger/Luber Rdziff. 156; Detterbeck/Windthorst/Sproll, § 9 Rdziff. 180; Lochte-Handjery, JuS 2001, 1186 (1187); Papier in: MünchKommBGB, § 839 Rdziff. 289; Stein/Itzel/Schwall Rdziff. 148; Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 204; Link S. 200; Kepler in: Terwiesche Rdziff. 1433 ff.

<sup>739</sup> BGH NVwZ-RR 2010, 675 (675); BGHZ 161, 305 (309) = NJW 2005, 748 (749); BGH NJW-RR; BGH NJW-RR 1992, 919 (919)

**1. Stufe:** Der jeweilige Beamte muss sich die notwendigen Sach-, Fach-, Rechts- und Verwaltungskenntnisse verschaffen.

**2. Stufe:** Der jeweilige Beamte hat eine sorgfältige rechtliche und tatsächliche Prüfung unter Einsatz der ihm zu Gebote stehenden Hilfsmittel durchzuführen.

**3. Stufe:** Der handelnde Beamte hat sich eine im Einklang mit Rechtsprechung und Schrifttum stehende vertretbare Rechtsauffassung zu bilden, die sich (vor allem) an der höchstrichterlichen Rechtsprechung orientiert.

Eine unrichtige Gesetzesauslegung führt also dann zu einem Fahrlässigkeitsvorwurf, wenn sie einerseits gegen den klaren, bestimmten und eindeutigen Wortlaut des Gesetzes verstößt oder der gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung zuwider läuft; in einem solchen Fall ist die Rechtsauffassung als nicht mehr vertretbar einzustufen. Damit drängt sich förmlich die Frage auf, wo die Grenze zwischen vertretbarem und nicht (mehr) vertretbarem Behördenhandeln verläuft. Die Frage nach der Vertretbarkeit einer Behördenentscheidung lässt sich nicht pauschal vorweg beantworten, sondern ist von einer Vielzahl von Parametern und Determinanten abhängig. So kommt es z. B. darauf an, ob die behördliche Entscheidung mit dem Wortlaut des Gesetzes oder der Verordnung oder der Satzung zu vereinbaren ist. Je unklarer/unbestimmter die (gesetzliche) Regelung ist und auch noch keine Klärung durch eine höchstrichterliche Rechtsprechung vorliegt, desto größer dürfte sicherlich der Entscheidungsspielraum des Amtswalters sein, wobei selbstverständlich dessen Entscheidung von vernünftigen und sachgemäßen Überlegungen getragen sein muss. Ebenso ist sicherlich zu berücksichtigen, welche konkrete Amtsstellung der entscheidende Beamte innehat. Von einem Beamten, der bei einer Aufsichtsbehörde mit einer Spezialmaterie befasst ist, wird ein größerer Kenntnishorizont bzw. vermehrte Spezialkenntnisse erwartet werden dürfen. Die Vertretbarkeit behördlichen Handelns muss das Ergebnis eines Abwägungs- und Entscheidungsvorgangs sein, der sorgfältig vorgenommen worden ist; beispielhaft seien folgende Fälle genannt:

- Die fehlerhafte Annahme einer „marktbeherrschenden Stellung“ i. S. d. §§ 36 Abs. 1 S. 1, 19 GWB begründet nicht von vornherein ein Verschulden im Rahmen der Amtshaftung. Dies liegt auch an der Unbestimmtheit der Rechtsbegriffe „wesentlicher Wettbewerb“ und „überragende Marktstellung“, deren Ausfüllung in hohem Maße von Wertungen auf der Grundlage des Zwecks des § 19 GWB abhängen.<sup>740</sup>

<sup>740</sup> LG Köln, BB 2013, 781 (783 f.) = juris Rdziff. 42 ff., bestätigt durch OLG Düsseldorf, Urt. v. 26.03.2014 - VI-U (Kart) 43/13, juris

- Der Widerruf von Vollzugslockerungen im Rahmen des Maßregelvollzuges ist dann nicht mehr vertretbar und überschreitet eindeutig den Rahmen des an sich eröffneten Beurteilungsspielraums, wenn zur Ausfüllung des Beurteilungsspielraums geeignete Tatsachen insgesamt fehlen, der Amtsträger fälschlicherweise solche aber angenommen hat.<sup>741</sup>
- Wenn es für die Polizei begründeten Anlass zu der Annahme gibt, dass sich eine gesuchte Person in einer Wohnung aufhält und daher einen Durchsuchungsbeschluss ausführt, und im Übrigen auch kein Anlass besteht, dass eine gewissenhafte Prüfung nach den zur Verfügung stehenden Mitteln nicht ausgeführt worden sein könnte, so liegt eine im Ergebnis als vertretbar einzustufende Entscheidung aufseiten der Beamten vor.<sup>742</sup>
- Bei der im Ergebnis gerichtsseitig angenommenen rechtswidrigen Versagung der Genehmigung des Abbruchs eines Holzpavillons ist die Entscheidung des Beamten gleichwohl als vertretbar einzustufen, wenn der Beamte dem entscheidenden Standpunkt des Landesamts für Denkmalpflege bei dem Aspekt des Denkmalschutzes gefolgt ist und auch das entscheidende Verwaltungsgericht bei Feststellung der Rechtswidrigkeit der Versagung der Genehmigung die Denkmalswürdigkeit eines Pavillons als rechtlich schwierige Frage eingestuft hat.<sup>743</sup>
- Die richterliche Verfahrensführung in einem Amtshaftungsprozess kann nicht auf Richtigkeit, sondern nur auf Vertretbarkeit überprüft werden; letztere kann nur dann verneint werden, wenn bei voller Würdigung auch der Belange einer funktionstüchtigen Zivilrechtspflege das richterliche Verhalten nicht mehr verständlich ist, wobei bei der insoweit anzustellenden Bewertung der Zeitfaktor im Hinblick darauf, dass sich bei zunehmender Verfahrensdauer die Pflicht des Gerichts, sich nachhaltig um eine Förderung und Beendigung des Verfahrens zu bemühen, verdichtet, nicht ausgeblendet werden darf, er aber nicht der alleinentscheidende Maßstab ist.<sup>744</sup>
- Von einem schuldhaften Handeln kann auch dann nicht ausgegangen werden, wenn eine Entschädigungseinrichtung i. S. d. § 6 Abs. 1 EAEG (als nicht rechtsfähiges Sondervermögen des Bundes) für die Gewährung einer Entschädigung gem. § 4 EAEG zunächst den Ausgang eines Mus-

<sup>741</sup> OLG Schleswig, Urt. v. 29.01.2013 - 11 U 63/12, juris

<sup>742</sup> OLG München, Beschl. v. 01.02.2012 - 1 U 3824/11, juris

<sup>743</sup> OLG München, Beschl. v. 07.11.2012 - 1 U 2597/11, juris

<sup>744</sup> OLG Hamm, Urt. v. 17.06.2011 - 11 U 27/06, juris, bestätigt durch die die Nichtzulassungsbeschwerde zurückweisende Entscheidung des BGH, Beschl. v. 28.03.2012 – III ZR 177/11, juris

terprozesses abwartet, durch den die Frage des Bestehens von Aussonderungsrechten geklärt wird.<sup>745</sup>

- Ein schuldhaftes Handeln kann nur dann ausgeschlossen werden, wenn die vertretene Rechtsmeinung nicht nur vertretbar, sondern aufgrund sorgfältiger, rechtlicher und tatsächlicher Prüfung gewonnen worden ist. Davon kann nicht mehr die Rede sein, wenn die Baugenehmigungsbehörde nach einem bereits erlassenen Bauvorbescheid die spätere Versagung der Baugenehmigung mit nicht nachvollziehbaren Gründen verweigert.<sup>746</sup>
- Wenn eine Baugenehmigungsbehörde einen Antrag auf Erteilung einer Genehmigung für die Errichtung von Werbetafeln unter Hinweis auf deren verunstaltende Wirkung zurückweist und sich für die Bedeutung des Begriffs der Verunstaltung auf die Rechtsprechung des BVerwG und des Hess. VGH zurückzieht sowie auf die Diskrepanz der Werbetafeln mit dem Straßen- und Ortsbild bezieht und diesbezüglich auch auf eine gleichgelagerte Stellungnahme des Stadtplanungsamtes zurückgreifen kann, ist diese Auffassung als rechtlich vertretbar einzustufen, selbst wenn der Hess. VGH diese Frage im Ergebnis anders beurteilt hat.<sup>747</sup>

Hat eine Behörde bzw. deren Beamter die vorgenannten Prüfkriterien indessen erfüllt, so hat dies u. U. längerfristig schuldbefreiende Wirkung:

*„Eine Behörde, die ihre vertretbare, wenn auch in einem späteren Rechtsstreit missbilligte Rechtsmeinung aufgrund sorgfältiger rechtlicher und tatsächlicher Prüfung gewonnen hat, trifft auch dann nicht ohne Weiteres der Vorwurf der Fahrlässigkeit, wenn sie sich in der Folgezeit einer gegen sie ergangenen nicht rechtskräftigen Entscheidung nicht beugt. Ob die Rechtslage durch das ihr nachteilige Urteil so eindeutig geklärt worden ist, dass ein Festhalten an ihrer ablehnenden Haltung nicht näher vertretbar erscheint, muss stets der Beurteilung des Einzelfalles vorbehalten bleiben.“<sup>748</sup>*

Die vorgenannten Grundsätze gelten nicht nur bei der Anwendung von Gemeinschaftsrecht, Bundes- oder Landesrecht, sondern auch in Bezug auf jeweiliges örtliches (Satzungs-)Recht. Dies wird insbesondere im Zusammenhang mit Bebauungsplänen virulent. Wenn in einem rechtskräftigen verwaltungsgerichtlichen Urteil die Unwirksamkeit/Nichtigkeit/Funktionslosigkeit eines Bebauungsplans

<sup>745</sup> KG WM 2012, 1526

<sup>746</sup> OLG Dresden, BauR 2003, 1777

<sup>747</sup> OLG Frankfurt, OLG-Report 1999, 134 (135)

<sup>748</sup> BGH NJW 1994, 3158 = WM 1994, 1681 = BGHR BGB § 839 Abs. 1 S. 1 Verschulden 26; Schlick/Rinne, NVwZ 1997, 1171 (1173); Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 204

festgestellt wird, so stellt sich regelmäßig die Frage, ob die Zugrundelegung des unwirksamen kommunalen Satzungsrechts einen Fahrlässigkeitsvorwurf gegen den handelnden Beamten zu begründen vermag. Die Anwendung eines nichtigen bzw. funktionslos gewordenen Bebauungsplans reicht allein noch nicht aus, um eine Amtspflichtverletzung bejahen zu können. Dies wäre nur dann der Fall, wenn den jeweiligen Beamten der Baugenehmigungsbehörde einen Bebauungsplan gerade in Kenntnis seiner Nichtigkeit/Funktionslosigkeit zur Grundlage von deren Entscheidungen machen. Wenn mithin ein unwirksamer Plan angewendet wird, statt die Bauwilligen auf die Bedenken gegen die Wirksamkeit des Plans hinzuweisen, so kann u. U. eine schuldhafte Amtspflichtverletzung vorliegen.<sup>749</sup>

Im Rahmen einer sachgerechten Rechtsanwendung durch die Exekutive bedeutet das Außer-Kraft-Treten einer Verwaltungsvorschrift nicht automatisch, dass diese Regelung unbeachtet bleiben kann. Wenn eine befristet gewesene Verwaltungsvorschrift aufgrund Fristablaufs formal außer Kraft getreten und nicht durch eine andere Verwaltungsvorschrift ersetzt worden ist, kann und darf die Exekutive nach Auffassung des BGH davon ausgehen, dass sich die Ansicht der (die Verwaltungsvorschrift schaffenden) Aufsichtsbehörde zu den in der Verwaltungsvorschrift getroffenen Aussagen auch nach deren Auslaufen nicht geändert hat. Orientiert sich mithin ein Beamter bei der Rechtsanwendung an einer aufgrund Fristablaufs nicht mehr wirksamen Verwaltungsvorschrift, so handelt er nicht schuldhaft.<sup>750</sup>

Ein ähnlicher Maßstab ist im Zusammenhang mit der Anwendung von Normen anzulegen, die verfassungsrechtlich umstritten sind. Bis zum Erlass einer gerichtlichen Entscheidung, durch die die Norm für nichtig erklärt wird, muss grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass ein Beamter, der verfassungsrechtlich umstrittene Normen anwendet, kein Schuldvorwurf gemacht werden kann.<sup>751</sup> Dies leuchtet ein; denn die Grundsätze zur Begrenzung der Amtshaftung für legislatives Unrecht<sup>752</sup> würden bedeutungslos werden, wenn zwar nicht die – verfassungswidrige – Rechtsvorschrift als solche, wohl aber deren Anwendung als schuldhafte Amtspflichtverletzung angesehen werden könnte, was wiederum zur Folge hätte, dass der von der Rechtsanwendung betroffene Bürger einen Amtshaftungsanspruch hätte, und zwar vollkommen ungeachtet der fehlenden Drittbezogenheit der Norm.

---

<sup>749</sup> BGH NVwZ 1998, 1329 (1330); BGH NJW 1994, 3158 (3159); BGH NVwZ 1987, 168 (169); BGH DVBl. 1978, 146 (147); BGHZ 84, 292 (302) = NJW 1983, 215 (217); s. dazu vertiefend u. S. 229 ff.

<sup>750</sup> BGH NVwZ-RR 2010, 675 (675)

<sup>751</sup> BGHZ 102, 350 (368) = NJW 1988, 478 (482); BayObLG, NJW 1997, 1514 (1515) = NVwZ 1997, 826 (I.s.) (dort zur Anwendung einer Gymnasialschulordnung)

<sup>752</sup> vgl. dazu Ossenbühl/Cornils S. 104 ff.; Stein/Itzel/Schwall Rdziff. 107 ff.; Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 177

## b. Die (Un-)Vertretbarkeit amtswalterischen Handelns

In den neueren gerichtlichen Entscheidungen des BGH ist dazu übergegangen worden, ein Verschulden auszuschließen, wenn die nach sorgsamer und gewissenhafter Prüfung gewonnene Rechtsansicht des Amtsträgers „als vertretbar“ angesehen werden könne. Können dies bejaht werden, lasse sich auch aus der späteren Missbilligung dieser Rechtsauffassung durch die Gerichte ein Schuldvorwurf nicht (mehr) herleiten.<sup>753</sup> Dieser Standpunkt muss eigentlich überraschen. Denn die Frage der Vertretbarkeit (und nicht: Richtigkeit) ist ein Prüfungsmaßstab, der bei der Überprüfung richterlicher oder staatsanwaltschaftlicher Handlungen Relevanz entfaltet. Denn auch außerhalb des Anwendungsbereichs von § 839 Abs. 2 S. 1 BGB (Spruchrichterprivileg)<sup>754</sup> ist der Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit zu beachten; danach dürfen auch die vom Spruchrichterprivileg nicht umfassten Entscheidungen und sonstige richterliche Maßnahmen im Amtshaftungsprozess nicht auf deren Richtigkeit, sondern ausschließlich auf deren (Un-)Vertretbarkeit überprüft werden, wobei die Vertretbarkeit letzten Endes nur dann verneint werden kann, wenn bei voller Würdigung (auch unter Berücksichtigung der Belange einer funktionstüchtigen Zivilrechtspflege) das richterliche Verhalten nicht mehr verständlich ist.<sup>755</sup> Nach diesem für den Bereich der richterlichen (und staatsanwaltschaftlichen) Tätigkeiten entwickelten Grundsätzen läuft es bei der (Un-)Vertretbarkeitsprüfung auf das Vorliegen von besonders groben Verstößen und damit in der Sache auch das Erfordernis von Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit hinaus.<sup>756</sup> Wenn also auch die amtswalterische Tätigkeit auf dem Prüfstand steht, so mag es nicht recht einzuleuchten, warum dann die für die richterliche/staatsanwaltschaftliche Tätigkeit entwickelten Grundsätze und der (Un-)Vertretbarkeitsmaßstab zugunsten des Amtswalters wirken soll. Die Tolerierung leicht fahrlässigen Verhaltens eines Amtswalters als (gerade noch) vertretbar, ist weder dem Gesetz zu entnehmen, noch vom Gesetzgeber gewollt. Letztlich liefe dies im Übrigen auch nicht nur auf eine Privilegierung des einzelnen Beamten hinaus, sondern mit Rücksicht auf die Haftungsverlagerung in Art. 34 S. 1 GG auf ein weiteres Fiskusprivileg (neben § 839 Abs. 1 S. 2 BGB).

Zwar wird im Rahmen der Verschuldensprüfung nicht singularär auf die Frage der (Un-)Vertretbarkeit des Beamtenhandelns abgestellt werden können. Die Verneinung des Schuldvorwurfs setzt auch voraus, dass die Rechtsmeinung des handelnden Beamten nicht mehr vertretbar, sondern auch aufgrund sorgfältiger richterlicher und tatsächlicher Prüfung gewonnen worden war.<sup>757</sup> Mithin ist die Verneinung des Schuldvorwurfs an zwei kumulative Voraussetzungen geknüpft.

---

<sup>753</sup> statt vieler: BGH, Urt. v. 04.07.2013 – III ZR 338/12, juris Rdziff. 10.

<sup>754</sup> s. dazu S. 420 ff.

<sup>755</sup> BGHZ 187, 286 (293); BGHZ 155, 306 (310), BGHZ 122, 268 (270/1); BGH VersR 2001, 586 (587)

<sup>756</sup> so explizit: BGHZ 155, 306 (310)

<sup>757</sup> BGHZ 119, 365 (370); Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 204 a. E.



Unter der Voraussetzung, dass der Beamte sich sorgfältig auf die Beantwortung einer maßgeblichen Fragen vorbereitet und diese Frage sorgfältig geprüft hat, wird es also entscheidend für die Frage des Verschuldens nach Ansicht des BGH darauf ankommen, ob diese Rechtsmeinung vertretbar oder unvertretbar gewesen ist. Damit erhebt sich folgerichtig indessen die Frage, ob im Fall einer verwaltungsgerichtlichen Vorentscheidung, durch welche z. B. die Rechtswidrigkeit eines VA (wegen § 113 Abs. 1 S. 1, Abs. 5 VwGO) rechtskräftig feststeht, ernsthaft noch die Frage der Vertretbarkeit amtswalterischen Handelns zur Diskussion gestellt werden kann. Ständiger Rechtsprechung des BGH zufolge enthält ein rechtskräftiges verwaltungsgerichtliches, der Anfechtungsklage stattgebendes Urteil zugleich die rechtskräftige Feststellung der Rechtswidrigkeit des VA. An diese Feststellung sind die Zivilgerichte gebunden, wenn sie unter den selben Parteien über einen Anspruch auf Entschädigung wegen dieses VA zu entscheiden haben.<sup>758</sup> Trotz dieser Bindung der Zivilgerichte an das verwaltungsgerichtliche Urteil ist damit noch keine Aussage an die tatbestandliche Voraussetzung des Verschuldens geknüpft. Denn das Verschulden ist losgelöst von einer Bindungswirkung des verwaltungsgerichtlichen Urteils zu prüfen.<sup>759</sup> Daraus folgt, dass trotz der Bindung der Zivilgerichte an die verwaltungsgerichtliche Feststellung der Rechtswidrigkeit eines VA die Frage des amtswalterischen Verschuldens bzw. die Vertretbarkeit seines Handelns gestellt werden muss, wobei das Ergebnis dieser Prüfung auch sein kann, dass den Amtswalter kein Verschulden trifft. Die fachgerichtliche, d. h. verwaltungsgerichtliche Feststellung darüber, dass der VA (oder aber dessen Unterlassung) rechtswidrig gewesen ist, lässt nicht von vornherein den automatischen Rückschluss auf ein schuldhaftes Handeln zu; davon zu trennen ist allerdings die Frage, ob durch die Bejahung einer Amtspflichtverletzung ein Verschulden indiziert sein kann. Dieser Frage wird an anderer Stelle nachgegangen.<sup>760</sup>

### c. Faktische Bindung an die höchstrichterliche Rechtsprechung?

Aus Art. 20 Abs. 3 Halbs. 2 GG sowie aus Art. 20 Abs. 2 S. 2 Halbs. 2 GG folgt der Grundsatz der Gewaltenteilung bzw. die Bindung der vollziehenden Gewalt an „Gesetz und Recht“. Der Rechtsbindung der Exekutive entspricht – in amtshaftungsrechtlicher Hinsicht – die Amtspflicht zu rechtmäßigem Verhalten. Unter dem Begriff „Gesetz und Recht“ in Art. 20 Abs. 3 Halbs. 2 GG sind alle geschriebenen und auch ungeschriebenen Rechtssätze bzw. Rechtsnormen zu verstehen.<sup>761</sup> Die verfassungsrechtliche Vorgabe wirkt sich auch im Amtshaftungsrecht

<sup>758</sup> Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 420, Tremmel/Karger/Luber, Rdziff. 580; Stein/Itzel/Schwall Rdziff. 81; Ossenbühl/Cornils S. 123; Rohlfing S. 119 ff.

<sup>759</sup> BGHR BGB § 839 Abs. 1 S. 1 Kausalität 4; BGH, Beschl. v. 21.12.1989, III ZR 92/89, juris Rdziff. 5; BGB, Beschl. v. 26.03.1987 – III ZR 143/86, juris Rdziff. 3; BGH VersR 1985, 588 (589); BGH NJW 1985, 1692 (1693)

<sup>760</sup> siehe unten S. 260 ff.

<sup>761</sup> Hofmann in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, GG, Art. 20 Rdziff. 91

dahingehend aus, dass sich der Amtswalter bei seiner Gesetzesauslegung bzw. -anwendung nicht in Gegensatz zu der gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung stellen darf. Wenn sich z. B. eine Baugenehmigungsbehörde einer in der verwaltungsrechtlichen Rechtsprechung vertretenen Mindermeinung des für sie zuständigen Oberverwaltungsgerichts anschließt, die sich im Gegensatz zu der gefestigten Rechtsmeinung von zwei Bundesgerichten befindet, so hat diese Rechtsauffassung der Behörde auch amtshaftungsrechtlich ihren Preis; folgt die Behörde mithin einer von zwei Bundesgerichten abgelehnten Mindermeinung, muss sie die daraus entstehenden Haftungsrisiken tragen, sie trifft ein Verschulden.<sup>762</sup> Nach Auffassung des BGH wird man „in der Regel“ von einem Amtsträger erwarten müssen, dass er der höchstrichterlichen Rechtsprechung folgt. Diese Erwartungshaltung schließt es ein, dass ein Amtswalter im Rahmen der sorgfältig zu betreibenden Rechtsprüfung die einhellige (ober-)verwaltungsgerichtliche Entscheidungspraxis des zuständigen OVG beachtet.<sup>763</sup> Insgesamt scheint die – vornehmlich ältere – Rechtsprechung des BGH zu der Frage, inwieweit ein Beamter gleichsam an höchstrichterliche Entscheidungen gebunden ist, jedoch nicht konsistent zu sein. Dies manifestiert sich in Entscheidungen, die verschiedene Bedeutungen zulassen. Einerseits kann bereits eine einzige Entscheidung eines obersten Gerichtshofs des Bundes für den jeweiligen Beamten zu Konsequenz haben, dass er seine Tätigkeit danach auszurichten hat.<sup>764</sup> Andererseits kann das Fehlgreifen in einer schwierigen und noch klärungsbedürftigen Rechtsfrage einem Beamten, auch auf Ministerialebene, grundsätzlich nicht als Verschulden angerechnet werden, wobei als klärungsbedürftig auch solche Rechtsfragen angesehen werden, über die bereits die Entscheidung eines obersten Bundesgerichts vorliegt, wenn noch eine Überprüfung der Verfassungskonformität der anzuwendenden Rechtsvorschriften aussteht.<sup>765</sup>

Dies vorangestellt, wird insgesamt eine wertende Betrachtungsweise zugrunde zu legen sein. Sicherlich wird man für die Verneinung des Verschuldens nicht verlangen können, dass sich ein Amtswalter sklavisch, d. h. ohne nähere Prüfung, an jedwede höchstrichterliche Entscheidung gebunden sehen muss; wenn ein Beamter aus gut nachvollziehbaren Erwägungen heraus und ermessensfehlerfrei zu der Ansicht gelangt, dass eine bestimmte höchstrichterliche Entscheidung nicht herangezogen werden kann, so wird man im Ergebnis kein vorwerfbares Verhalten des Amtswalters ableiten können.<sup>766</sup>

---

<sup>762</sup> BGH, Beschl. v. 28.11.1985 - III ZR 24/85, juris Rdziff. 4

<sup>763</sup> BGH NJW 1995, 2918 (2920), insoweit nicht in BGHZ 130, 332 abgedruckt

<sup>764</sup> BGH VersR 1964, 195 (196); BGH NJW 1963, 1453

<sup>765</sup> BGH VersR 1964, 195

<sup>766</sup> Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 206 unter Hinweis auf BGB-RGRK/Kreft, § 839

Rdziff. 292; so wohl auch Lochte-Handjery, JuS 2001, 1186 (1187); Papier in:

Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 34 Rdziff. 229; Papier in: MünchKomm BGB, § 839

Rdziff. 291

d. Normverwerfungskompetenz der Verwaltung bei entgegenstehendem kommunalem Satzungsrecht?

Zusätzlich zu den bereits erörterten Konstellationen des Außer-Kraft-Tretens einer Verwaltungsvorschrift sowie der Anwendung einer verfassungsrechtlich umstrittenen Norm gibt es noch eine weitere, praktisch sehr bedeutsame Haftungskonstellation. Häufig sieht sich eine Baugenehmigungsbehörde im Zusammenhang mit der Erteilung eines Bauverwaltungsaktes (Baugenehmigung oder Bauvorbescheid) vor die Frage gestellt, wie sie mit einer evtl. Unwirksamkeit eines Bebauungsplanes oder aber einer Veränderungssperre umzugehen hat. Beide ergehen, wie §§ 10 Abs. 1, 16 Abs. 1 BauGB zeigen, als (kommunale) Satzung. Für einen Bebauungsplan kann dies insbesondere dann virulent werden, wenn dessen Funktionslosigkeit in Rede steht. Kann es mithin einer Behörde amtshaftungsrechtlich zum Nachteil gereichen, wenn – auf der Grundlage eines Bebauungsplanes – eine beantragte Baugenehmigung bzw. ein beantragter Bauvorbescheid nicht erteilt wird, ein solcher Bauverwaltungsakt jedoch im verwaltungsgerichtlichen Prozess erfolgreich mit der Begründung erstritten wird, dass der von der Behörde zugrunde gelegte Bebauungsplan funktionslos geworden sei?

aa. Allgemeines

Die Problematik der auch in amtshaftungsrechtlicher Hinsicht maßgeblichen Verwerfungskompetenz entwickelte sich im Zuge der 80iger Jahre im Zusammenhang mit der Frage, auf welche Art und Weise eine Gemeinde bereits aufgestellte Bebauungspläne wieder aufheben könne, sofern sie deren Unwirksamkeit realisiert hätte. Überwiegender Auffassung im Schrifttum zufolge sei eine Gemeinde befugt, durch einfachen Beschluss der Gemeindevertretung außerhalb eines förmlichen Verfahrens einen Bebauungsplan aufzuheben; vor diesem Hintergrund wurde von Vertretern dieser Auffassung eine sog. Verwerfungskompetenz bejaht.<sup>767</sup>

Eine andere Auffassung, die auf eine Entscheidung des OVG Münster zurückzuführen ist, ging dabei von der seinerzeit geltenden Regelung in § 2 Abs. 6 BBauG aus, in welcher das Verfahren zur Aufhebung von Bauleitplänen abschließend mit der Folge normiert sei, dass diese Bestimmung einer Verwerfungskompetenz der Kommune entgegenstehe.<sup>768</sup>

Das Bundesverwaltungsgericht äußerte sich mehrfach zu der Problematik dahingehend, dass eine Gemeinde einen von ihr aufgestellten Bebauungsplan nur im

<sup>767</sup> Sachs in: Sachs, GG Art. 2 Rdziff. 97, 378; Jarass/Pieroth, GG, Art. 20 Rdziff. 40; Haldenwang, BauR 1982, 543 (545); Klapdor, BauR 1982, 409; Dolde, BauR 1978, 154 (156); vgl. insgesamt dazu auch Schrödter, BauGB, § 10 Rdziff. 10 m. w. N.

<sup>768</sup> OVG Münster NVwZ 1982, 636; ähnlich OVG Münster UPR 2006, 199 = juris Rdziff. 60; OVG Münster, Urt. V. 13.02.2014 – 6 A 1894/12, juris Rdziff. 46; Lenz BauR 1982, 546 (547); Jung NVwZ 1985, 790 (794); zum Ganzen auch: von Mutius/Hill S. 64 ff.; Keppler in: Terwiesche Rdziff. 1521 ff.

Rahmen eines förmlichen Verfahrens aufzuheben berechtigt sei. Im Übrigen sei sie, sofern die Unwirksamkeit eines Bebauungsplans von ihr erkannt werde, dazu auch verpflichtet.<sup>769</sup>

Ungeachtet dieses verwaltungsrechtlichen Ansatzes in Bezug auf eine Normverwerfungskompetenz stellt sich in erster Linie für die hier untersuchte Problematik die Frage, inwieweit noch von einem Verschulden ausgegangen werden kann, wenn eine Behörde vor der Frage steht, auf welche Weise einer etwaigen Nichtigkeit eines Bebauungsplanes begegnet werden kann/muss.

bb. Amtspflicht zur Normprüfung als Ausgestaltung der Amtspflicht zu rechtmäßigem Verhalten

Jeder Amtswalter hat die Pflicht zu recht- bzw. gesetzmäßigem Verhalten. In diesem Kontext hat er sein Amt sachlich, gewissenhaft und unparteiisch zu verwalten, die bestehenden Gesetze und das Recht zu achten und zu wahren, sich jeden Amtsmissbrauchs und eines sonstigen Übergriffs zu enthalten. In diesem Umfang obliegen die Amtspflichten gegenüber jedem als geschütztem „Dritten“, der ggf. durch die Verletzung dieser Pflichten geschädigt werden könnte.<sup>770</sup> Aus dieser Amtspflicht zu rechtmäßigem Handeln folgt zugleich die Pflicht, jede rechtsfehlerhafte Anwendung von Rechtsnormen zu unterlassen. Daher ist es auch anerkannt, dass einer Behörde die Pflicht obliegt, die Wirksamkeit eines Bebauungsplans oder einer sonstigen kommunalen Satzung oder einer anderen Rechtsnorm zu überprüfen.<sup>771</sup> Letztlich wird diese behördliche Normprüfungskompetenz aus Art. 20 Abs. 3 GG abgeleitet, wonach die Verwaltung an „Recht und Gesetz“ gebunden ist. Infolge dessen kann es ihr nicht zugemutet werden, solche Rechtsnormen anzuwenden, die sie selbst als unwirksam/nichtig identifiziert hat.<sup>772</sup>

Ungeachtet dieser Normprüfungskompetenz stellt sich jedoch automatisch die Frage, ob der Behörde auch eine eigenständige inzidente Normverwerfungskompetenz zusteht; denn sogar ein Zivilgericht kann – inzident – die Rechtmäßigkeit einer Satzung in vollem Umfang überprüfen, nur die Feststellung der Unwirksamkeit dieser Satzung ist ihm verwehrt.<sup>773</sup>

<sup>769</sup> BVerwG NJW 1987, 1348; BVerwG BauR 1987, 174; BVerwG DVBl. 1987, 483; offengelassen in: BVerwGE 112, 373 = juris Rdziff. 23

<sup>770</sup> Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 120, 121; Stein/Itzel/Schwall Rdziff. 39 ff.; Palandt/Sprau, BGB, § 839 Rdziff. 32; PWW/Kramarz, BGB, § 839 Rdziff. 20; Tremml/Karger/Luber Rdziff. 76 ff.

<sup>771</sup> BGH NVwZ 2004, 1143 (1143); BGH NVwZ 1987, 168; Nonnenmacher/Feickert, VBIBW 2007, 328 (329); Volhard NVwZ 1986, 105 (106); auch OVG Münster, UPR 2006, 199 = juris Rdziff. 60; Battis/Krautberger/Löhr, BauGB, § 10 Rdziff. 10

<sup>772</sup> Battis/Krautberger/Löhr, BauGB, § 10 Rdziff. 10

<sup>773</sup> Tremml/Karger/Luber Rdziff. 708; Boujong, WiVerw 1991, 59 (62); Gaentzsch in: Schlichter/Stich/Driehaus/Pactow, BauGB, § 10 Rdziff. 64

## cc. Inzidente Normverwerfungskompetenz von Verwaltungsbehörden

Bis zum heutigen Tag ist die Frage umstritten, ob einer Behörde eine inzidente Normverwerfungskompetenz zukommt; fraglich ist also, ob eine Behörde berechtigt oder verpflichtet ist, einen Bebauungsplan (oder eine andere kommunale Satzung), die sie für unwirksam hält, nicht anzuwenden. Eine Gemeinde beschließt einen Bebauungsplan als Satzung. Rechtserhebliche und nicht lediglich behebbare Mängel führen zur Unwirksamkeit (Ungültigkeit, Nichtigkeit) dieser Satzung. Auf dessen Nichtigkeit kann sich sodann grundsätzlich jedermann zu jeder Zeit berufen, insbesondere können Gerichte ihren Entscheidungen die Nichtigkeit eines solchen Bebauungsplanes zugrunde legen (sog. Inzidentverwerfung). Daran ändern die gesetzlichen Bestimmungen über die Verletzung von Vorschriften über die Bauleitplanung (§§ 214 ff. BauGB) nichts. Es lässt sich aus diesen Vorschriften auch kein Grundsatz des Inhalts entnehmen, dass der Gesetzgeber ggf. den für Verwaltungsakte geltenden Grundsatz der „Vernichtbarkeit“ zugleich auch auf Bebauungspläne ausgedehnt wissen wollte.<sup>774</sup>

Von diesen materiell-rechtlichen Fragen ist allerdings die – dem Verfahrensrecht zuzuschreibende – Frage zu unterscheiden, wie eine Behörde vorzugehen hat, wenn sie einen Bebauungsplan oder eine sonstige kommunale Satzung für unwirksam erachtet. Dazu fehlt eine ausdrückliche gesetzliche Regelung, wenn man einmal an dieser Stelle von § 1 Abs. 8 BauGB absehen wollte, wonach die Vorschriften des BauGB über die Aufstellung von Bauleitplänen auch für deren Änderung, Ergänzung und Aufhebung Geltung beanspruchen. Überwiegender Auffassung in Rechtsprechung und Literatur zufolge steht den Verwaltungsbehörden eine solche (inzidente) Normverwerfungskompetenz nicht zu. Denn diese seien gem. Art. 20 Abs. 3 GG an Recht und Gesetz und folglich auch an bestehende, von ihnen selbst geschaffene Satzungen gebunden. Mithin müsse eine Baugenehmigungsbehörde einen Bebauungsplan oder eine Veränderungssperre als Ortsrecht (Satzung) beachten, also eine Baugenehmigung erteilen bzw. ablehnen, wenn das Vorhaben den Festsetzungen des Bebauungsplans entspreche bzw. nicht entspreche. Allerdings, so die h. M. müsse die Behörde den Antragsteller über die mögliche Unwirksamkeit der Satzung informieren.<sup>775</sup>

Der Gegenauffassung zufolge stünden den Verwaltungsbehörden eine inzidente Normverwerfungskompetenz zu mit der Folge, dass eine Behörde einen Bebauungsplan nicht zur Anwendung bringen dürfe, wenn sie diesen für unwirksam

<sup>774</sup> BVerwGE 112, 373 (383) = NVwZ 2001, 1035 (1037)

<sup>775</sup> Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, § 10 Rdziff. 10; Schrödter, BauGB, § 10 Rdziff. 12 ff.; Schröder, NZBau 2007, 630 (631); Boujong, WiVerw 1991, 59 (79); BayVGH BayVBl. 1992, 654; BayVGH BayVBl. 1982, 654; OVG Saarland NVwZ 1993, 396; OVG Lüneburg, Beschl. v. 09.03.2012 - 1 LA 231/09, juris Rdziff. 61; OVG Lüneburg, NVwZ-RR 2009, 866 (870); OVG Lüneburg BauR 2005, 679 (683) = juris Rdziff. 20; VG Koblenz, Urt. v. 10.06.1999 - 2 K 3034/98.KO, juris Rdziff. 21; eine Verwerfungskompetenz verneinend auch: BGH NVwZ 2013, 167 (168) = juris Rdziff. 19

halte; denn das aus Art. 20 Abs. 3 GG abgeleitete Rechtsstaatsprinzip hindere eine Behörde daran, Normen, die gegen höherrangiges Recht verstoßen würden, anzuwenden.<sup>776</sup> Die Bindung am „Gesetz und Recht“ beziehe sich ausschließlich auf wirksame Rechtssätze.

Das Bundesverwaltungsgericht hat diese Frage bisher zwar aufgeworfen, hat es aber in jener Entscheidung dahinstehen lassen können, wie die vorstehende Rechtsfrage zu entscheiden sei.<sup>777</sup> Auch hier muss der für den Bereich des Verwaltungsrechts maßgebliche Rechtsstreit nicht entschieden werden; denn vorliegend geht es (nur) um die daraus sich für den Bereich des Amtshaftungsrechts ergebende Frage, welche Auswirkungen dieser Rechtsstreit auf die Frage des Verschuldens haben kann.

dd. Entwicklung der amtshaftungsrechtlichen Rechtsprechung zur pflichtgemäßen Vorgehensweise bei nichtigen kommunalen Satzungen

Der III. Zivilsenat ging bereits in seiner früheren Rechtsprechung im Zusammenhang mit untergesetzlichen Normen von einer Amtspflichtverletzung aus, wenn die Behörde auf die von ihr erkannte Unwirksamkeit einer Satzung nicht hinweisen würde. Die Behörde treffe eine Amtspflicht, auf etwaige Bedenken gegen die Gültigkeit von Ortsrecht hinzuweisen. Denn ein Beamter solle seine Amtstätigkeit nicht „beziehunglos zu dem ihm vorgebrachten Anliegen ausüben“.<sup>778</sup> Für den Fall, dass eine kreisfreie Stadt selbst Baugenehmigungsbehörde ist, geht der BGH zunächst von der Amtspflicht der Bediensteten aus, den Baugenehmigungsantrag ermessensfehlerfrei und binnen angemessener Frist zu erteilen.<sup>779</sup> Seien, so das Gericht, die Planungsziele letztlich „überholt“, spreche dies für eine Funktionslosigkeit des Bebauungsplans; mithin würde sich die Vorhabenprüfung nach § 34 BBauG (jetzt: § 34 BauGB) richten.<sup>780</sup>

In einem anderen Verfahren, in dem um Ersatzansprüche bei einem nichtigen Bebauungsplan gestritten wurde, erachtete der BGH die Rüge, die Behörde habe auf Bedenken gegen die Wirksamkeit eines Bebauungsplans nicht aufmerksam gemacht, nicht für begründet. Von einer amtspflichtwidrig verzögerten Unterrichtung des Bauantragstellers durch die Behörde könne nicht gesprochen werden, wenn die Behörde zunächst einmal eine Entscheidung des zuständigen Verwaltungsgerichts über die (Un-)Wirksamkeit des Bebauungsplanes abwarte.<sup>781</sup>

<sup>776</sup> Kalb in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, § 10 Rdziff. 331; Rabe ZfBR 2003, 329 (330); Gierke, ZfBR 1985, 62; Engel, NVwZ 2000, 1258 ff.; Gril, JuS 2000, 1080 (1081); OVG Lüneburg, NVwZ 2000, 1061; VGH Kassel, NVwZ 1990, 885 sowie NVwZ-RR 1994, 691; so wohl auch OLG München, Urt. v. 22.12.2011 – 1 U 758/11, juris Rdziff. 44

<sup>777</sup> BVerwGE 112, 373 = NVwZ 2001, 1035 = juris Rdziff. 24

<sup>778</sup> BGH WM 1978, 37 (37), dort zu einer städtischen Baustufenordnung

<sup>779</sup> BGH WM 1983, 158 (159); BGHZ 60, 112 (116); BGH WM 1972, 743 (744)

<sup>780</sup> BGH WM 1983, 158 (159)

<sup>781</sup> BGHZ 84, 292 (302) = NJW 1983, 215 (217)

Eine eingehende Prüfungskompetenz in Bezug auf Bebauungspläne erkennt auch der BGH an.<sup>782</sup> Wenn Bedienstete einer Genehmigungsbehörde einen unwirksamen Bebauungsplan anwendeten, handelten sie amtspflichtwidrig, wenn sie einen Bauwilligen auf die Bedenken im Hinblick auf die Wirksamkeit des Bebauungsplans nicht hinweisen würden.<sup>783</sup> Allerdings hat das Gericht ausdrücklich offen gelassen, wie sich die Baugenehmigungsbehörde weiterhin korrekt zu verhalten hat. Diese Frage konnte das Gericht an der Stelle offenlassen. In diesem Zusammenhang sei für das Bundesland Niedersachsen auf den Runderlass des Niedersächsischen Sozialministers vom 31.10.1980<sup>784</sup> verwiesen. Nach Ziff. 40.3.2 dieses Runderlasses ist die Genehmigungsbehörde von sich aus nicht befugt, die Rechtsunwirksamkeit des betreffenden Bauleitplanes anzunehmen und diese Annahme ihrer Entscheidung zugrunde zu legen. Hält sie einen Bebauungsplan für unwirksam, so hat sie vielmehr die Gemeinde und die Kommunalaufsicht zu unterrichten (Ziff. 40.3.1). Diese Regelung ist allerdings durch die Verwaltungsvorschrift VV-BauGB<sup>785</sup> ersetzt worden, ohne dass im Rahmen dieser neuerlichen Verwaltungsvorschrift eine entsprechende Regelung vorhanden wäre; insoweit dürften wiederum die Ausführungen greifen, auf die bereits eingegangen wurde.<sup>786</sup>

In einer älteren Entscheidung stellte sich der BGH auf den Standpunkt, eine Bauordnungsbehörde handele jedenfalls dann nicht schuldhaft, wenn sie die Gemeinde und die Kommunalaufsicht erst unterrichten würden, nachdem zunächst die Bezirksregierung und auch das angerufene Verwaltungsgericht den Standpunkt eingenommen hätten, der Bebauungsplan leide an Verfahrensfehlern, die zu seiner Unwirksamkeit führten.<sup>787</sup>

Die Anwendung eines nichtigen Durchführungsplans reiche nach Ansicht des BGH allein noch nicht aus, um eine Pflichtverletzung der Mitarbeiter einer Baugenehmigungsbehörde bejahen zu können. Eine Pflichtverletzung sei dann gegeben, wenn die Bediensteten der Behörde einen Bebauungsplan in Kenntnis seiner Nichtigkeit zur Grundlage ihrer Entscheidung machten; wenn sie indessen einen unwirksamen Plan anwenden würden, statt den Bauwilligen auf ihre Bedenken gegen die Wirksamkeit hinzuweisen, so handelten sie amtspflichtwidrig.<sup>788</sup> Auch dann, wenn die Ablehnung einer Bauvoranfrage objektiv rechtswidrig war, weil sie sich auf einen nichtwirksamen Bebauungsplan gründete und erst nach einem verwaltungsgerichtlichen Verfahren ein positiver Bauvorbescheid ergeht, steht dem antragstellenden Grundstückseigentümer wegen der verzögerten Bescheidung

<sup>782</sup> BGH NVwZ 2013, 167 (168) = juris Rdziff. 19; BGH NVwZ 1987, 168 (169)

<sup>783</sup> BGH NVwZ 2013, 167 (168) = juris Rdziff. 19; BGH NVwZ 1987, 168 (169) unter Hinweis auf BGH WM 1978, 37; vgl. auch Keppler in: Terwiesche Rdziff. 1522

<sup>784</sup> Runderlassnr.: 301-21013-VVBBauG 1980 Nr. 40.1 – NdsMBl. 1980, S. 1513 ff.

<sup>785</sup> Runderlassnr.: 301.1-21013; VV-BauGB 1988 i.d.F. vom 18.04.1996 - NdsMBl. 1988, S. 547 ff.

<sup>786</sup> s. o. S. 225 ff. zu BGH NVwZ-RR 2010, 675

<sup>787</sup> BGH, Beschl. v. 20.12.1990 – III ZR 179/89, juris Rdziff. 2

<sup>788</sup> BGH NVwZ 2013, 167 (168); BGH NJW 1994, 3158 (3159) unter Hinweis auf BGHZ 84, 292 und BGH NJW 1987, 168

seiner Bauvoranfrage kein Amtshaftungsanspruch gegen die zuständige Gemeinde zu, wenn die zuständigen Amtsträger bei der rechtswidrigen Entscheidung nicht schuldhaft gehandelt haben. Dies ist insbesondere dann anzunehmen, wenn die Nichtigkeit des Bebauungsplanes nicht ohne weiteres erkannt werden konnte und die Ablehnung der Bauvoranfrage – bei unterstellter Wirksamkeit des Bebauungsplanes – rechtsfehlerfrei erfolgt ist.<sup>789</sup> Dies gilt sicherlich dann, wenn die Nichtigkeit/Funktionslosigkeit eines Bebauungsplans erst im Berufungsverfahren vor einem Verwaltungsgerichtshof/Oberverwaltungsgericht aufgedeckt wird; in einem solchen Fall bestehen nach Ansicht des BGH keine Bedenken gegen die Anwendung der Kollegialgerichts-Richtlinie.<sup>790</sup> Ebenso wenig wird ein Verschulden anzunehmen sein, wenn sich die den Bauantrag oder die Bauvoranfrage stellende Partei auf die Funktionslosigkeit des Bebauungsplanes beruft, mag sie dabei auch noch so vehement dafür plädieren, die Nichtigkeit sei „mit Händen zu greifen“. Nach wie vor gilt auch in diesem Zusammenhang ein objektivierter und typisierter Verschuldens-/Fahrlässigkeitsmaßstab. Es kommt mithin auf die einzelfallabhängige Frage an, welche „Verzögerungen bei der Erteilung der Baugenehmigungen eingetreten wären, wenn die Bauordnungsbehörde bereits zu einem früheren Zeitpunkt die Gemeinde und die Kommunalaufsicht von ihren Bedenken unterrichtet hätte.“<sup>791</sup> Will die Gemeinde allerdings dem Vorwurf des sog. Organisationsverschuldens<sup>792</sup> entgegen, so hat sie – wenn sie Kenntnis von der Nichtigkeit des Bebauungsplans oder Bedenken gegen dessen Wirksamkeit hat – organisatorische Maßnahmen zu treffen, dass deren zuständigen Beamten keine falschen Auskünfte im Zusammenhang mit der Wirksamkeit des Bebauungsplans erteilen.<sup>793</sup>

In einer etwas anderen Konstellation hat sich der BGH auch zu der Frage der Wirksamkeit einer Veränderungssperre geäußert. Stehe ein Baugenehmigungsantrag in Widerspruch zu einer nachträglich beschlossenen Veränderungssperre, so habe die Bauaufsichtsbehörde, wenn sie einen formellen Mangel der Sperre feststelle, der Gemeinde vor der Entscheidung Gelegenheit zu geben, diesen zu beheben.<sup>794</sup>

## ee. Schlussfolgerung

Die Auswertung der vorstehenden amtshaftungsrechtlichen Rechtsprechung führt zu dem Ergebnis, dass es zunächst der Baugenehmigungsbehörde nicht von vornherein zum Nachteil gereicht, wenn sie einen Bebauungsplan zur Anwendung bringt und zur Grundlage ihrer (für den Bauantragsteller negativen) Entscheidung

---

<sup>789</sup> BGH NVwZ 1998, 1329

<sup>790</sup> BGH NVwZ 1998, 1329 (1329/1330)

<sup>791</sup> BGH, Beschl. v. 20.12.1990 - III ZR 179/89, juris Rdziff. 2

<sup>792</sup> vgl. zum Organisationsverschulden S. 241 ff.

<sup>793</sup> BGH, Beschl. v. 25.11.1991 - III ZR 190/90, juris Rdziff. 6

<sup>794</sup> BGH NVwZ 2004, 1143 = BauR 2004, 1269



macht, selbst dann nicht, wenn diese Entscheidung in einem sich anschließenden verwaltungsgerichtlichen Verfahren geändert und der begehrte Bauverwaltungsakt erteilt wird. Nur:

Da der Behörde eine Prüfungskompetenz obliegt, hat sie sich in Zweifelsfragen zunächst einmal unter Zugrundelegung und Ausschöpfung sämtlicher Möglichkeiten sachkundig zu machen, um – nach sorgfältiger Prüfung – zu einem sachgerechten Ergebnis zu gelangen. Wenn sich im Nachhinein, in einem verwaltungsgerichtlichen Verfahren, die Unrichtigkeit dieses Prüfungsergebnisses herauskristallisieren sollte, begründet dieser objektive Rechtsirrtum allein keinen Vorwurf schuldhaften Verhaltens. Zweifelsfragen in Bezug auf die Wirksamkeit eines Bebauungsplans oder einer Veränderungssperre darf die Behörde nicht ohne weitere Prüfung unbeantwortet lassen. Ein amtspflichtwidriges Verhalten wird dann begründet, wenn die Behörde, ohne den Bauantragsteller auf etwaige Bedenken hinzuweisen, den unwirksamen Bebauungsplan oder aber die Veränderungssperre anwendet.

Eine etwas andere Schwerpunktsetzung in Bezug auf die vorbeschriebene Argumentation ist angezeigt, wenn der Bauantragsteller selbst bereits die Unwirksamkeit des Bebauungsplans (z. B. wegen Funktionslosigkeit) heranzieht, um seinen Bauantrag durchzubringen. In einem solchen Fall bedarf es keines gesonderten Hinweises vonseiten der Baugenehmigungsbehörde mehr; gleichwohl hat eine sorgfältige Prüfung durch die Behörde stattzufinden, ob tatsächlich von einer Funktionslosigkeit auszugehen ist. Ist nach Einschätzung der Behörde diese Frage wiederum nach sorgfältiger Prüfung zu verneinen, so trifft die Behörde ebenfalls keinen Schuldvorwurf, falls ein Verwaltungsgericht zu einem anderen Ergebnis in Bezug auf die Funktionslosigkeit des Bebauungsplanes kommen sollte.

#### e. Unwirksamkeit von öffentlich-rechtlichen Verträgen

Eine Körperschaft kann nach den Vorgaben des VwVfG nicht nur in Gestalt eines Verwaltungsakts handeln bzw. reagieren. Vielmehr steht ihr auch die Möglichkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages gem. § 54 ff. VwVfG offen. Bei der Verletzung entsprechender vertraglicher Verpflichtungen aus einem wirksam abgeschlossenen öffentlich-rechtlichen Vertrag sind die Bestimmungen der §§ 275, 276, 280 – 288, 311 a, 323 – 326 sowie § 311 Abs. 2, 3 BGB entsprechend heranzuziehen, soweit es um Leistungsstörungen geht. Dies erschließt sich auch aus der Regelung des § 62 S. 2 VwVfG, wonach die Vorschriften des BGB „entsprechend“ sowie „ergänzend“ gelten.

Indessen ergeben sich mit Rücksicht auf das Verschulden im Zusammenhang mit einem öffentlich-rechtlichen Vertrag Besonderheiten, die es zu vergegenwärtigen gilt. Denn bei der Bestimmung des Inhalts und des Umfangs von Amtspflichten muss der – wirksam abgeschlossene – öffentlich-rechtliche Vertrag außer Betracht bleiben, da sich die Amtspflichten nach der besonderen Natur des Amtsge-

schäfts richten.<sup>795</sup> Bei einem wirksam abgeschlossenen öffentlich-rechtlichen Vertrag ist der Vertragspartner der öffentlichen Hand auf Ansprüche wegen Nicht- und Schlechterfüllung beschränkt. Diese Ansprüche stehen der Annahme einer durch die Amtspflichtverletzung verursachten Vermögensschädigung entgegen; denn anderenfalls würden die besonderen Regeln, die sich für die gegenseitigen Leistungen aus dem öffentlich-rechtlichen Leistungsverhältnis ergeben, im Ergebnis zu einer Umgehung der gerichtlichen Zuständigkeiten führen. Die Abgrenzung zwischen dem Rechtsweg zu den Zivilgerichten und dem Verwaltungsrechtsweg vollzieht sich anhand der materiell-rechtlichen Einordnung des jeweils in Rede stehenden streitigen Rechtsverhältnisses; insbesondere Ansprüche aus öffentlich-rechtlichen Verträgen einschließlich der darauf aufbauenden Schadensersatzansprüche sind nach näherer Maßgabe des § 40 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 VwGO den Verwaltungsgerichten zugewiesen. Würde man nun die Verletzung von Verpflichtungen aus dem (wirksamen) öffentlich-rechtlichen Vertrag als Amtspflichtverletzung ansehen, so hätten damit die Zivilgerichte über Schadensersatzansprüche zu entscheiden, die den Verwaltungsgerichten zugewiesen wären.

Eine etwas andere Betrachtung ist geboten, wenn es sich um einen nichtigen öffentlich-rechtlichen Vertrag handelt. Körperschaften haften aus (öffentlich-rechtlicher) c. i. c., wenn sie bei der Abfassung von öffentlich-rechtlichen Verträgen Pflichten verletzen und damit berechtigtes Vertrauen enttäuschen, was regelmäßig zugleich eine Amtspflichtverletzung mit sich bringen wird. Dies gilt zum einen für das Unterlassen der vom Partner zu erwartenden Aufklärung für solche Umstände aus dem Bereich der Kommune, die der Wirksamkeit der zu treffenden Vereinbarung entgegenstehen kann; auch die behördlicherseits verursachte Unwirksamkeit selbst kann zu einer Schadensersatzpflicht führen.<sup>796</sup> Mithin gilt im Zusammenhang mit nichtigen öffentlich-rechtlichen Verträgen auch das Verschuldensprinzip, wenngleich über den Umweg des § 311 Abs. 2 BGB.

## 2. Fehlerhafte („unrichtige“) Rechtsanwendung durch die Judikative

### a. Richterliche Tätigkeit

Im Bereich der richterlichen Tätigkeit bestehen Amtshaftungsansprüche vor dem Hintergrund des Spruchrichterprivilegs in § 839 Abs. 2 S. 1 BGB nur unter engen Voraussetzungen. Handelt es sich um die Tätigkeit eines Spruchrichters bei einem Urteil in einer Rechtsache tritt die Haftung nur ein, wenn die Pflichtverletzung in einer Straftat besteht. Den Begriff des Urteils versteht die Rechtsprechung nicht rein formal, es kommt also nicht darauf an, ob die Entscheidung selbst als „Urteil“ bezeichnet worden ist; auch in Beschlussform ergehende Entscheidungen können urteilsvertretende Erkenntnisse darstellen und sind in den Anwendungs-

<sup>795</sup> BGHZ 87, 9 (16) = NJW 1983, 2311 (2312)

<sup>796</sup> BGHZ 99, 101 (106) = NJW 1987, 639 (640); OLG Naumburg NVwZ-RR 2007, 122 (123); OLG Naumburg, BauR 2007, 83 (85) = juris Rdziff. 32

bereich des § 839 Abs. 2 S. 1 BGB einzubeziehen. Nach dem jetzigen Stand in der Rechtsprechung ist auch außerhalb dieses die richterliche Tätigkeit privilegierenden Tatbestandes davon auszugehen, dass der Verfassungsgrundsatz der richterlichen Unabhängigkeit zu beachten ist. Für die Frage der Amtspflichtwidrigkeit richterlichen Handelns ist daher die Haftung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt worden.<sup>797</sup> In einer späteren Entscheidung hat der BGH den Haftungsmaßstab dahingehend modifiziert, dass nicht (mehr) Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit als maßgeblich anzusehen seien, vielmehr komme es ausschließlich auf die Vertretbarkeit der richterlichen Rechtsansicht an.<sup>798</sup> Die Vertretbarkeit darf letztlich nur dann verneint werden, wenn bei voller Würdigung auch der Belange einer funktionstüchtigen Zivilrechtspflege das richterliche Verhalten nicht mehr verständlich bzw. nachvollziehbar ist. Bei der insoweit anzustellenden Bewertung darf der Zeitfaktor – zumal sich bei zunehmender Verfahrensdauer die Pflicht des Gerichts, sich nachhaltig um eine Förderung und Beendigung des Verfahrens zu bemühen, verdichtet – selbstverständlich nicht ausgeblendet werden, ist aber nicht der alleinentscheidende Maßstab.<sup>799</sup>

Mit dem Gesetz über den Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren und strafrechtlichen Ermittlungsverfahren vom 24.11.2011<sup>800</sup> ist in § 198 GVG ein (staatshaftungsrechtlicher) Entschädigungsanspruch normiert worden.<sup>801</sup> Im Rahmen dieses aufopferungsähnlichen, verschuldensunabhängigen Entschädigungsanspruchs gem. § 198 GVG kommt es im Wesentlichen auf die Unangemessenheit der Verfahrensdauer an; nach näherer Maßgabe des § 198 Abs. 1 S. 2 GVG richtet sich dabei die (Un-) Angemessenheit der Verfahrensdauer nach den Umständen des Einzelfalles. Eine Vielzahl von Aspekten sind danach zu berücksichtigen.<sup>802</sup> Für die Annahme der Unangemessenheit der Verfahrensdauer ist allerdings kein Verschulden erforderlich. Anders als bei dem auf vollen Schadensersatz ausgerichteten Amtshaftungsanspruch wegen überlanger Verfahrensdauer

<sup>797</sup> BGHZ 155, 306 (309/310) = NJW 2003, 3052 (3053); BGH NJW-RR 1992, 919 (920); OLG Frankfurt, NJW 2001, 3270 (3270); OLG München, Urt. v. 22.12.2011 - 1 U 5388/10, juris Rdziff. 35; OLG München, Beschl. v. 25.11.2011 - 1 W 2105/11, juris Rdziff. 7; Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 209, 313, 655; Palandt/Sprau, BGB, § 839 Rdziff. 53; Schlaeger, NJW 2001, 3244; Wollweber, DVBl. 2004, 511

<sup>798</sup> BGH, Urt. v. 21.07.2005 - III ZR 21/05 n. v., vgl. insoweit den Hinweis bei BGH NJW 2007, 224 (226 Tz. 19)

<sup>799</sup> BGHZ 187, 287 (293); BGH BGHR § 839 Abs. 1 S. 1 Staatsanwalt 3; BGH NJW 1989, 96 (97); OLG Celle, Urt. v. 23.06.2011 - 16 U 130/10, juris Rdziff. 28; Steinbeiß-Winkelmann, NJW 2014, 1276 (1277)

<sup>800</sup> BGBl. I 2011 S. 2302 ff.

<sup>801</sup> Einen Überblick zu diesem Gesetz sowie zu dem Entschädigungsanspruch gem. § 198 GVG geben: Heine, MDR 2012, 327 ff.; Magnus, ZJP 2012, 75 ff.; Wagner FA 2012, 70 f.; Althammer/Schäuble, NJW 2012, 1 ff.; Schenke NVwZ 2012, 257 ff.; Zuck NVwZ 2012, 265 ff.; Remus, NJW 2012, 1403 (1408 f.); Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 334 a ff.; Ossenbühl/Cornils S. 460 ff.

<sup>802</sup> Heine MDR 2012, 327 (328 f.); Hessisch. LSG, Urt. v. 06.02.2013 - L 6 SF 6/12 EK U, juris Rdziff. 42 ff.

kommt es nicht auf die Unvertretbarkeit richterlicher Untätigkeit an. Daraus wiederum ist aber auch zwangsläufig der Schluss zu ziehen, dass im Fall einer Entschädigungsklage der richtige Beklagte<sup>803</sup> sich nicht auf die Rechtfertigung dahingehend zu berufen vermag, dass die überlange Verfahrensdauer auf z. B. einer zu geringen personellen Ausstattung beruht.<sup>804</sup>

#### b. Rechtspflegerische Tätigkeit

Ein Rechtspfleger ist im verfassungsrechtlichen Sinn (Art. 92, 97 Abs. 1 GG) kein Richter, jedoch nach näherer Maßgabe des § 9 RpfLG in seiner Amtsausübung in gleicher Weise sachlich unabhängig und nur an Recht und Gesetz gebunden. Mithin werden im Rahmen der Rechtsanwendung und Gesetzesauslegung ähnliche Sorgfaltsmaßstäbe zugrunde gelegt.<sup>805</sup> Daher kann von einem Verschulden im Rahmen der Tätigkeit eines Rechtspflegers nur dann ausgegangen werden, wenn die seiner Entscheidung zugrunde gelegte Rechtsansicht objektiv als nicht mehr vertretbar angesehen werden muss. Wann dies (nicht) der Fall ist, hängt letztlich von dem jeweiligen Pflichtenkreis in der konkreten Entscheidung ab.<sup>806</sup>

### 3. Sorgfaltsmaßstab für Mitglieder kommunaler Selbstverwaltungs-Körperschaften

Für die Mitglieder kommunaler Vertretungskörperschaften gelten ebenfalls die zu Ziff. 1. dargestellten Grundsätze. Denn anderenfalls würde das Schadensrisiko in nicht mehr zumutbarer Weise auf den Bürger verlagert werden. Mithin kann der Bürger im sozialen Rechtsstaat auch von Gemeinde- und Stadträten erwarten, dass sie bei ihrer Amtstätigkeit den nach § 276 BGB zu verlangenden Standard der verkehrserforderlichen Sorgfalt einhalten. Daher müssen sich die Mitglieder von Ratsgremien auf ihre Entschließungen sorgfältig vorbereiten und, soweit ihnen die eigene Sachkunde fehlt, den Rat ihrer Verwaltung oder die Empfehlung von sonstigen Fachbehörden einholen bzw. notfalls sogar außerhalb der Verwaltung stehende Sachverständige hinzuziehen.<sup>807</sup> Dies gilt insbesondere dann, wenn der Rat der Körperschaft beabsichtigt, von den Empfehlungen mehrerer Fachbehörden abzuweichen.<sup>808</sup> Auf der Grundlage dieser Maßstäbe werden sich Mitglieder von Ratsgremien nicht dadurch exkulpieren können, indem sie auf fehlende geologi-

<sup>803</sup> Gem. § 200 GVG haftet für Nachteile, die aufgrund von Verzögerungen bei Gerichten eines Landes eingetreten sind, das Land, bei Nachteilen aufgrund von Verzögerungen bei Bundesgerichten, der Bund.

<sup>804</sup> Heine MDR 2012, 327 (330); Hessisch. LSG, Urt. v. 06.02.2013 - L 6 SF 6/12 EK U, juris Rdziff. 58

<sup>805</sup> BGH NJW 2007, 224 (226); OLG Frankfurt, OLG-Report 2005, 241 (243)

<sup>806</sup> vgl. insoweit zu der umfassenden und nach Gerichten differenzierten Rechtsprechung: Palandt/Sprau, BGB, § 839 Rdziff. 113 ff.; Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 672 ff.

<sup>807</sup> BGHZ 106, 323 (330) = NJW 1989, 976 (978); BGH BGHR BGB § 839 Abs. 1 S. 1 Verschulden 6; BGH NJW 1986, 2829 (2831); BGH NVwZ 1986, 504 (505); BGH NJW 1979, 2097 (2098)

<sup>808</sup> BGH NVwZ 2006, 117 (118); OLG Naumburg, OLG-Report 2009, 410 (412)

sche Kenntnisse verweisen, wenn Anhaltspunkte dafür bestanden haben, dass der maßgebliche, durch Bebauungsplan überplante Bereich ursprünglich kontaminiert war.<sup>809</sup>

Zurückhaltende Kritik an dieser wenig differenzierten Rechtsprechung darf angebracht werden. Denn im Gegensatz zu dem „normalen“ Amtswalter ist das Mitglied eines Ratgremiums regelmäßig ehrenamtlich tätig und geht i. d. R. zusätzlich zu dieser Ratstätigkeit einem Beruf nach. Von daher muss sicherlich auch die Frage erlaubt sein, was in dem konkreten Einzelfall dem jeweiligen Ratsmitglied (noch) zumutbar ist.

#### 4. Sorgfaltsmaßstab für Mitglieder berufsständischer Einrichtungen

Es besteht nach hiesigem Dafürhalten kein Anlass dafür, für Mitglieder berufsständischer Einrichtungen, wie z. B. Rechtsanwaltskammern, einen anderen Sorgfaltsmaßstab zugrunde zu legen. Eine Rechtsanwaltskammer ist gem. § 62 Abs. 1 BRAO eine Körperschaft des öffentlichen Rechts, so dass deren Organe, d. h. die Amtswalter, mithin in der Regel die Vorstandsmitglieder, den bereits bekannten Amtspflichten und Sorgfaltsmaßstäben unterliegen. Die Aufgaben der Rechtsanwaltskammer bzw. der Kammerversammlung ergeben sich aus den gesetzlichen Zuweisungen, insbesondere aus §§ 73 Abs. 1 S. 2, 89 Abs. 1 S. 2 BRAO.<sup>810</sup> Die Vorstandsmitglieder von Rechtsanwaltskammern oder sonstigen berufsständischen Einrichtungen haben sich im Vorfeld ihrer Entscheidungen vorzubereiten; dies gilt auch für diejenigen Fachausschüsse, auf die der Vorstand einer Rechtsanwaltskammer dann entsprechende Aufgaben übertragen hat. Demgemäß ist dann von einer schuldhaften Amtspflichtverletzung auszugehen, wenn über einen Fachanwaltsantrags eines Rechtsanwalts entgegen der Bestimmung in § 32 Abs. 2 f. FAO nicht innerhalb von drei Monaten entschieden wird.<sup>811</sup> Hingegen handelt eine Rechtsanwaltskammer dann nicht schuldhaft, wenn sie nicht erkennt, dass der Bescheid, mit dem sie einem Rechtsanwalt aufgibt, ein nervenfachärztliches Gutachten vorzulegen, möglicherweise deshalb den Bestimmtheitsanforderungen des § 8a Abs. 1 S. 1 BRAO nicht genügt, da der Sachverständige nicht als Einzelperson, sondern als Mitglied einer Gruppe ausgewählt worden ist.<sup>812</sup> Gem. § 89 Abs. 2 Ziff. 6 BRAO obliegt der Kammerversammlung insbesondere die Überprüfung der Abrechnung des Vorstandes über die Einnahmen und Ausgaben der Kammer sowie über die Verwaltung des Vermögens und der Beschluss über die Entlastung des Kammervorstandes. Der Gesetzgeber schließt mithin die Vermögensverwaltung der Rechtsanwaltskammer in deren Aufgabenkreis mit ein und lässt diese zu. Freilich wird damit die Befugnis des Kammervorstandes in Bezug auf die Vermögensverwaltung nicht grenzenlos, sondern wird

<sup>809</sup> BGHZ 109, 380 (387); BGHZ 106, 323 (328)

<sup>810</sup> vgl. im Einzelnen: Ehlers/Lechleitner, AnwBl 2006, 361 (364)

<sup>811</sup> LG Köln, NJW 2011, 3380

<sup>812</sup> OLG München, Beschl. v. 07.12.2005 - 1 U 4545/05, juris Rdziff. 36

den allgemeinen Maßstäben und Maßgaben, die die Rechtsprechung im Zusammenhang mit der Vermögensverwaltung aufgestellt hat, genügen. Insofern wird konkret zu überprüfen sein, ob der Vorstand im Rahmen seiner Tätigkeit der ihm obliegenden Verpflichtung zur ordnungsgemäßen Vermögensverwaltung noch genügt hat, wenn er nicht nur unerhebliche Teile des Vermögens der Kammer an einen Kapitalanlageberater, Finanzmakler, Vermögensverwalter o. ä. überlässt, ohne gesonderte Sicherheitsvorkehrungen, Sicherheitsmaßnahmen etc. zu treffen. Wenn infolge dessen ein Großteil des Vermögens der Rechtsanwaltskammer verloren geht, kann dies eine Pflichtvergessenheit des Kammervorstands und damit eine schuldhafte Amtspflichtverletzung auch der Rechtsanwaltskammer gegenüber dem einzelnen Rechtsanwalt begründen, der sich allerdings dann in der Schwierigkeit sieht, einen konkreten, ihm zuzuordnenden Schaden zu begründen.

##### 5. Vertretbarkeit im Rahmen des Maßregelvollzuges

Den für die Ausgestaltung des Maßregelvollzugs berufenen Stellen ist in Bezug auf die Prüfung der gesetzlichen Voraussetzungen für die Gewährung oder den Widerruf von Vollzugslockerungen ein Beurteilungsspielraum zugewiesen; dieser Beurteilungsspielraum hat zur Folge, dass die gerichtliche Überprüfung eingeschränkt ist.<sup>813</sup> Der Beurteilungsspielraum wiederum umfasst eine in die Zukunft orientierte Beurteilung in Bezug auf das weitere Verhalten des Maßregelvollzugspatientens; dies schließt ein, dass ein Vielzahl objektiver Umstände sowie subjektiver Eindrücke Berücksichtigung finden müssen. Wenn – nach sorgfältiger Prüfung – die von der Vollzugsleitung (ärztliche Leitung) getroffene Beurteilungsentscheidung als rechtlich vertretbar angesehen werden kann, hat dies im Bereich der Verschuldensprüfung bei der Amtshaftung zur Konsequenz, dass im Nachhinein eine anderslautende Rechtsauffassung durch ein Gericht nicht zum Nachteil gereichen kann. Der Rahmen des Vertretbaren ist aber dann nicht mehr eingehalten, wenn zur Ausfüllung eines gesetzlichen Beurteilungsspielraum geeignete Tatsachen insgesamt fehlen, der Amtsträger solche aber fälschlicherweise angenommen hat.<sup>814</sup> Daraus folgt:

Widerruf oder Einschränkung von Vollzugslockerungen bergen eine Vielzahl von schwierigen Fragen und Abwägungen in sich. Denn einerseits soll der Betroffene durch geeignete Maßnahmen auf eine selbständige Lebensführung vorbereitet werden, andererseits soll aber auch die Allgemeinheit vor denjenigen Gefahren bewahrt werden, die ggf. von dem Maßregelvollzugspatienten ausgehen könnten. Eine Entscheidung in die eine oder die andere Richtung hat sich vornehmlich an dem Vollzugsziel auszurichten, mithin, der Resozialisierung des im Maßregelvollzug befindlichen Menschen bei gleichzeitiger Wahrung des Schutzes der Allgemeinheit (vgl. insoweit auch § 2 Abs. 1 Nds. MVollzG). Eine solchermaßen kor-

<sup>813</sup> BGH NStZ 1982, 173 (173); OLG Schleswig, Urt. v. 29.01.2013 - 11 U 63/12, juris Rdziff. 15

<sup>814</sup> BGH NJW 2000, 2672 (2674); OLG Schleswig, Urt. v. 29.01.2013 - 11 U 63/12, juris Rdziff. 15

rekte Abwägung setzt voraus, dass ggf. das Vorliegen von Flucht- oder Missbrauchsbefürchtungen aufgrund konkreter Tatsachen festgestellt werden muss. Lediglich allgemeine Sicherheitsüberlegungen oder entfernte/abstrakte Möglichkeiten, dass der betroffene Maßregelvollzugspatient fliehen könnte oder aber die Vollzugslockerungen missbrauchen könnte, sind nicht ausreichend.

#### 6. Handeln des Amtswalters auf Weisung/Anordnung

Beamte tragen für die Rechtmäßigkeit ihrer dienstlichen Handlungen die volle persönliche Verantwortung, § 36 Abs. 1 BeamtStG, sind aber auch gleichzeitig verpflichtet, deren Vorgesetzte zu beraten, zu unterstützen, deren dienstliche Anordnungen auszuführen und auch deren allgemeine Richtlinien zu befolgen, § 35 S. 1, 2 BeamtStG. Es liegt auf der Hand, dass dann, wenn ein Beamter eine dienstliche Weisung für ein Verhalten erhält, welches die Menschenwürde verletzt oder strafbar oder ordnungswidrig ist, die Gehorsamspflicht suspendiert ist.<sup>815</sup> Wenn er gleichwohl eine solchermaßen rechtswidrige Weisung ausführt, handelt der Beamte schuldhaft. Anders kann es sich verhalten, wenn der Beamte von dem ihm nach beamtenrechtlichen Regelungen eingeräumten sog. Remonstrationsrecht Gebrauch macht, die – rechtswidrige – Weisung/Anordnung gleichwohl aufrechterhalten bleibt und der Beamte in Ausführung der ihm obliegenden Gehorsamspflicht dieser Weisung/Anordnung sodann nachkommt. In einem solchen Fall entfällt entweder die Amtspflichtwidrigkeit des die Weisung/Anordnung ausführenden Beamten oder aber der Vorwurf schuldhaften Handelns.<sup>816</sup> Letztgenannte Frage wird aber rein akademischer Natur sein. Denn in einem derartigen Fall wird die amtschaftsrechtliche Verantwortung nach näherer Maßgabe auf die Anstellungskörperschaft desjenigen Beamten übergehen, der die rechts- bzw. pflichtwidrige Weisung/Anordnung erteilt hat.<sup>817</sup>

#### 7. Organisationsverschulden

Selbst dann, wenn einem Amtswalter direkt kein Verschuldensvorwurf i. S. fahrlässigen Handelns gemacht werden kann, führt dies nicht immer dazu, dass eine Amtshaftungsklage aus diesem Grund der Abweisung anheim fallen muss. Denn u. U. führen die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze des sog. Organisationsverschuldens gleichwohl zur Annahme einer Schuldhaftigkeit von Amtspflichtverletzungen. Die haftende Körperschaft hat, um den Vor-

---

<sup>815</sup> zu dem Grenzfall im sog. Gäfgen-Prozess, in welchem der Kläger durch einen Kriminalhauptkommissar auf Weisung des Polizeivizepräsidenten unmittelbaren Zwang durch Androhung von Schmerzzufügung in einem polizeilichen Verhör ausgesetzt war: LG Frankfurt, Urt. v. 04.08.2011 – 2-4 O 521/05, JR 2012, 36 = juris, im Ergebnis bestätigt durch: OLG Frankfurt, NJW 2013, 75

<sup>816</sup> vgl. zum Ganzen Lochte-Handjery, JuS 2001, 1186 (1187); Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 203; Stein/Itzel/Schwall Rdziff. 158

<sup>817</sup> BGH NJW 1977, 713

wurf eines Organisationsverschuldens zu entgehen, die eigenen Behörden personell und sachlich ausreichend auszustatten, die jeweiligen Beamten in ausreichendem Maße auszubilden und für eine entsprechende Kontroll- und Steuerungsmöglichkeit Sorge zu tragen. Ebenso hat die haftende Körperschaft die eigenen Beamten auch in gebührendem Maße über die aktuelle Rechtsprechung, soweit dies für die Tätigkeit der Beamten notwendig ist, zu informieren.

a. Unzureichende Gerichts- bzw. Behördenausstattung

Kraft der aus dem Rechtsstaatsprinzip folgenden Verpflichtung zur Justizgewährung und zur Gewährleistung eines wirkungsvollen Rechtsschutzes hat der Staat seine Gerichte so auszustatten, dass sie die anstehenden Verfahren ohne vermeidbare Verzögerungen abschließen können. Denn es gehört zur staatlichen Aufgabe, im Rahmen des Zumutbaren sämtliche Maßnahmen zu treffen, die geeignet und nötig sind, einer Überlastung der Gerichte vorzubeugen und dort, wo eine Überlastung eintritt, rechtzeitig Abhilfe zu schaffen. Der Staat hat insbesondere, soweit es um das Gebot der Beschleunigung von Haftsachen geht, die dafür erforderlichen personellen wie sachlichen Mittel aufzubringen, bereitzustellen und einzusetzen.<sup>818</sup> Im Bereich der Ausstattung von Behörden ist der BGH zunächst von einer Differenzierung ausgegangen, und zwar danach, ob der Aufgabenbereich einer Zentralbehörde oder der Aufgabenbereich einer unteren Fachbehörde betroffen war. Nur im letztgenannten Fall konnte die sog. Drittbezogenheit bejaht werden, während im erstgenannten Fall einer Zentralbehörde (nur) ein öffentliches Interesse ohne Drittschutz dem Einzelnen gegenüber angenommen wurde.<sup>819</sup> Diese Rechtsprechung ist allerdings vom BGH nun wie folgt modifiziert worden. Den gesetzgebenden Organen obliegen Amtspflichten nur gegenüber der Allgemeinheit und nicht in Richtung auf bestimmte Personen oder Personenkreise. Dies hindere aber, so der BGH, nicht, die nachgeordnete Verpflichtung der Judikative oder Exekutive zur sachgerechten Verteilung der ihr zur Verfügung stehenden Mittel dann als drittschützend zu werten, wenn es an einzelnen Verwaltungsstellen wegen Überlastung der zuständigen Bediensteten zu unzumutbaren Verzögerungen komme und es allein in der Hand der übergeordneten (Zentral-)Behörde liege, insoweit für Abhilfe zu sorgen.<sup>820</sup>

Von einem sog. Organisationsverschulden geht die Rechtsprechung auch im Fall der menschenunwürdigen Haftbedingungen aus. Steht eine menschenunwürdige Haftunterbringung fest, knüpft die Rechtsprechung zunächst an den Umstand an, dass die Justizvollzugsorgane in einem solchen Fall gegen deren Kardinalpflicht verstoßen. In der Regel ist auch ein Mangel an geeigneten, den Anforde-

---

<sup>818</sup> BGHZ 170, 260 (267) = NJW 2007, 830 (832) unter Hinweis auf BVerfG NJW 2006, 668 (671); BVerfG NJW 2000, 797; BGH NJW 2005, 905 (906); dazu auch BVerfG, Beschl. v. 22.08.2013 – 1 BvR 1067/12; juris Rdziff. 30 ff.

<sup>819</sup> BGHZ 111, 272 (273); BGH VersR 1963, 1080 (1082)

<sup>820</sup> BGHZ 170, 260 (268) = NJW 2007, 830 (832)



rungen der Menschenwürde entsprechenden Haftplätzen durchaus bekannt und rechtfertigt schon auf diese Weise den Vorwurf eines erheblichen, weil jedenfalls als „vorsatznah“ einzustufenden Organisationsverschuldens.<sup>821</sup>

Auch im Rahmen von sog. Röntgen-Reihen-Untersuchungen ist von einem Organisationsverschulden ausgegangen worden, wenn dem jeweiligen, mit der Röntgen-Reihen-Untersuchung beauftragten Arzt keine geeigneten Gerätschaften zur Verfügung gestellt wurden. Fehler bei der Auswertung einer im Rahmen von Röntgen-Reihen-Untersuchung gefertigten kleinen Schirmbildaufnahmen (hier: Nichterkennen eines Tbc-Befundes) können dem mit der Auswertung beauftragten Arzt nicht zum Verschulden angerechnet werden, wenn der Befund bei Berücksichtigung der für die Untersuchungen maßgebenden technischen und organisatorischen Gegebenheiten übersehbar war. Vielmehr wird dann eine Haftung des Veranstalters von Röntgen-Reihen-Untersuchungen unter dem Gesichtspunkt des Organisationsverschuldens bei Nichterkennen krankhafter Befunde anzulasten seien.<sup>822</sup>

Den Vorwurf eines Organisationsverschuldens trifft auch eine Kassenärztliche Vereinigung, wenn sie die zum Einsatz mit Notarztwagen im Rahmen des Rettungsdienstes erforderlichen Notärzte nicht zur Verfügung stellt. Die Verletzung dieser aus §§ 72 ff. SGB V (vormals: §§ 368 ff. RVO) folgenden Verpflichtung zur Einrichtung eines funktionsfähigen Rettungswesens mündet in ein Organisationsverschulden.<sup>823</sup>

#### b. Versäumnis von Informationspflichten

Ein Finanzbeamter hat die neuesten, für ihn maßgeblichen Entscheidungen des Bundesfinanzhofs (BFH) zu kennen. Wenn ein Finanzbeamter unrichtige Bescheide erlässt, die in einem gerichtlichen Verfahren aufgehoben werden, der Beamte gleichwohl seinerzeit nach bestem Wissen gehandelt hatte, er jedoch über die neuesten Urteile des BFH in Ermangelung einer unzureichenden Information seitens des Finanzamts nicht verfügte, ist auch darin ein Organisationsverschulden zu sehen. Ist einem entscheidungsbefugten Sachbearbeiter eine grundlegende Entscheidung des BFH, die der bisherigen Verwaltungspraxis widerspricht, von seiner Behörde nicht zeitnah zur Kenntnis gebracht worden, liegt ein Organisationsverschulden der Finanzverwaltung vor.<sup>824</sup> Ebenso wird von einem Organisati-

---

<sup>821</sup> BGHZ 161, 33 (35); BGH NJW-RR 2010, 167 (168); BGH NJW 2005, 58 (59); KG Berlin, Urt. v. 14.08.2012 – 9 U 121/11, juris Rdziff. 28 ff.; LG Berlin, Urt. v. 28.03.2012 – 86 O 354/11, juris Rdziff. 31 ff. und v. 30.11.2011 – 86 O 360/10, juris Rdziff. 64 ff.; OLG Hamm, Urt. v. 08.04.2011 – 11 U 76/09, juris Rdziff. 39; OLG Hamm, Urt. v. 23.02.2011 – 11 U 319/09, juris Rdziff. 19; OLG Hamm VersR 2009, 1666 (1668)

<sup>822</sup> BGH NJW 1961, 600 (601); Zimmerling in: juris PK-BGB, § 839 Rdziff. 145

<sup>823</sup> BGHZ 120, 184 (195 f.)

<sup>824</sup> OLG Koblenz, NVwZ-RR 2003, 168 = OLG-Report 2001, 383

onsverschulden auszugehen sein, wenn die Rechtswidrigkeit eines Steuerbescheides auf eine falsche Programmierung zurückzuführen sein kann.<sup>825</sup>

Von einer ein Organisationsverschulden begründenden Verletzung einer Informationspflicht ist auch dann auszugehen, wenn eine Gemeinde die bei ihr beschäftigten Beamten nicht auf etwaige Bedenken gegen die Wirksamkeit eines Bebauungsplanes hinweisen und dadurch die – ggf. subjektiv gutgläubigen – Beamten in die Lage versetzen, eine zutreffende Auskunft gegenüber Bauwilligen zu erteilen.<sup>826</sup>

### c. Verletzung von Verkehrssicherungs-, Aufsichts- und Obhutspflichten

Im Rahmen der ihr obliegenden Räum- und Streupflicht hat eine Gemeinde organisatorisch Vorsorge zu treffen und Vorkehrungen zu schaffen, die es ihr ermöglichen, die ihr obliegenden winterlichen Räum- und Streupflichten ordnungsgemäß zu erfüllen. Daher hat die Gemeinde im Zuge dieser Aufgabenerledigung auch im Vorfeld eines Wintereinbruchs für ausreichendes Personal ebenso Sorge zu tragen, wie auch für entsprechendes Streumaterial.

Wenn die Schulleitung einer Grundschule die Aufsicht über etwa 300 Schüler, die sich in der Pause befinden, nur einer einzigen Lehrkraft überträgt und sich diese Schüler auf einem etwa 3500 m<sup>2</sup> großen – unübersichtlichen – Gelände befinden, kann allein darin ein Organisationsverschulden gesehen werden.<sup>827</sup> Einschränkend wird allerdings auch angemerkt werden müssen, dass eine Beaufsichtigung „auf Schritt und Tritt“ bei Schülern gerade nicht verlangt werden kann.<sup>828</sup>

Gelingt es einer suizidgefährdeten Patientin, aus einer geschlossenen psychiatrischen Klinik zu entweichen, kann dies ein grobes Organisationsverschulden begründen. Zwar ist es in einer geschlossenen psychiatrischen Klinik nicht in jedem Fall möglich, einen suizidgefährdeten Patienten darin zu hindern, seine Selbsttötungsabsicht in die Tat umzusetzen; indessen ist der Träger eines psychiatrischen Krankenhauses verpflichtet, unter Berücksichtigung und Abwägung der therapeutischen Belange durch sachgerechtes, auf die Situation des jeweiligen Patienten bezogenes Verhalten der behandelnden Ärzte und des beteiligten Pflegepersonals, darüber hinaus aber auch durch allgemeine organisatorische Maßnahmen, einen möglichst weitgehenden Schutz vor einer Selbstschädigung zu gewährleisten. Diese dem Träger der psychiatrischen Klinik obliegenden Verpflichtung ist jedenfalls dann verletzt, wenn es einem Patienten auf einer geschlossenen Abteilung gelingt, unter Ausnutzung eines Überraschungsmoments durch eine Hoftür (Hintertür), die ein Pfleger zum Verlassen des Hauses benutzt, von dem Krankenhausgelände zu entweichen.<sup>829</sup>

<sup>825</sup> LG Bonn, Urt. v. 28.12.1994 - 1 O 350/94, juris Rdziff. 13

<sup>826</sup> BGH, Beschl. v. 25.11.1991 – III ZR 190/90, juris Rdziff. 6

<sup>827</sup> OLG Celle NdsRpfl 1985, 281 (282)

<sup>828</sup> OLG Hamburg, OLG-Report 1999, 190 (191)

<sup>829</sup> OLG Düsseldorf, Urt. v. 10.01.1994 - 8 U 26/92, juris Rdziff. 30 ff.

## D. Einschränkungen des Haftungsmaßstabes

Der Haftungsmaßstab unterliegt auch bei der Amtshaftung bestimmten Einflussfaktoren; es ist mithin zu untersuchen, ob ggf. Haftungsprivilegierungen, wenn ja, mit welcher Reichweite einschlägig sind. Dessen ungeachtet muss, wenn es um das Erfordernis des Verschuldens geht, stets auch der Einwand mitwirkenden Verschuldens (§ 254 BGB) in den Blick genommen werden.

### *I. Haftungsprivilegierungen*

Der Amtswalter haftet für eine vorsätzlich oder fahrlässig von ihm begangene Amtspflichtverletzung. Die insoweit maßgebliche Zurechnungsnorm des § 276 Abs. 1 S. 1 BGB wird indessen durch einige spezielle Normen modifiziert, so z. B. durch §§ 521, 599, 680 BGB. Insbesondere im Anwendungsbereich der letztgenannten Norm erhebt sich die Frage, ob auch der Verschuldensmaßstab im Amtshaftungsrecht betroffen sein kann. Nach Maßgabe des § 680 BGB hat der Geschäftsführer nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten, wenn die Geschäftsführung die Abwendung einer dem Geschäftsherrn drohenden dringenden Gefahr bezweckt. Wenn es der Einsatzleiter einer Feuerwehr die Aufstellung einer sog. Brandwache unterlässt, so erhebt sich die Frage, ob der dem Amtshaftungsanspruch übliche Verschuldensmaßstab über § 680 BGB auch auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit reduziert sein kann.<sup>830</sup> Ist im Rahmen der Amtshaftung eine objektive Pflichtverletzung zu bejahen und stellt sich sodann die Frage nach dem Maßstab der subjektiven Vorwerfbarkeit, könnte dieser Maßstab durch entsprechende gesetzliche Bestimmungen, die eine Haftung nur für Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit vorsehen, beeinflusst sein. Für den – bereits erwähnten – Fall der Pflichtverletzung eines Einsatzleiters einer Feuerwehr durch Nichtaufstellung einer Brandwache wird allerdings der Anwendungsbereich des § 680 BGB tangiert sein. Uneinigkeit besteht in der Literatur darüber, ob der Anwendungsbereich des § 680 BGB für professionelle Nothelfer (Notarzt, Feuerwehr) eröffnet ist. Dies wird zum Teil mit der Überlegung verneint, dass diese Berufsgruppe eine berufsentsprechende Vergütung erhält, sodass eine Reduzierung des Haftungsmaßstabes nicht geboten erscheint.<sup>831</sup> Andere Kommentare wollen – indessen ohne nähere Begründung – auch dem professionellen Nothelfer das Haftungsprivileg des § 680 BGB zugute kommen lassen.<sup>832</sup>

Zunächst einmal ist in Bezug auf die Regelung des § 680 BGB zu vergegenwärtigen, dass dieses Privileg nur im Innenverhältnis zum Geschäftsherrn Geltung beansprucht und den Geschäftsführer, z. B. den Einsatzleiter einer Feuerwehr, nicht begünstigt, wenn es um eine Schädigung Dritter geht. In Bezug auf das Ver-

---

<sup>830</sup> Zu dieser Fallkonstellation vgl. OLG Hamm, Urt. v. 08.02.2012 – 11 U 150/10 - juris

<sup>831</sup> Palandt/Sprau, BGB, § 680 Rdziff. 1; ebenso: Soergel/Beuthien, BGB, § 680 Rdziff. 5

<sup>832</sup> Bamberger/Roth/Gehrlein, BGB, § 680 Rdziff. 2; Seiler in: MünchKomm BGB, § 680 Rdziff. 6; PWW/Fehrenbacher, BGB, § 680 Rdziff. 3

hältnis Geschäftsführer – Geschäftsherr ergibt sich aus der Regelung des § 680 BGB nicht, dass diese Regelung auf professionelle Notfallhelfer keine Anwendung finden soll. Auch eine teleologische Auslegung lässt den Ausschluss professioneller Notfallhelfer als nicht geboten erscheinen. Somit dürfte in der Tat bei der Frage nach Amtshaftungsansprüchen für vorgebliche Fehlverhaltensweisen eines Einsatzleiters einer Feuerwehr der zu beachtende Haftungsmaßstab auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zulässigerweise reduziert sein.

Eine solche Haftungsreduzierung kann auch durch andere Vorschriften, z. B. §§ 521, 599 BGB, ausgelöst werden.

Ein weiteres Beispiel einer Haftungsprivilegierung findet sich vor dem Hintergrund von Schul- und Arbeitsunfällen im Zusammenhang mit §§ 2 Abs. 1, 106 Abs. 1 Ziff. 2, 105 Abs. 1 S. 1 SGB VII. Gegenstand dieser Haftungsprivilegierung ist, dass insbes. kein Schmerzensgeld verlangt werden kann; diese Privilegierung gilt auch, soweit Amtshaftungsansprüche gegen die Anstellungskörperschaft in Rede stehen.<sup>833</sup> Ausnahmen existieren nur bei einem vorsätzlichen Handeln derjenigen Person, die wegen einer Pflichtverletzung in Anspruch genommen wird. Der (ggf. auch nur bedingte) Vorsatz muss sich nicht nur auf die Verletzungshandlung, sondern auch auf den Verletzungserfolg beziehen<sup>834</sup>; dies gilt für Fälle außerhalb der Amtshaftung. Bei Amtshaftungsansprüchen selbst braucht sich der Vorsatz nur auf die Verletzung der Amtspflicht zu beziehen.<sup>835</sup> Man mag diese Haftungsprivilegierung als faktische Haftungsfreistellung (wenn ein – bedingt – vorsätzliches Handeln nicht bejaht werden kann) abtun; es darf indessen nicht übersehen werden, dass diese Haftungsprivilegierung auf eine gesetzgeberische Entscheidung zurückzuführen ist.

## II. Einwand mitwirkenden Verschuldens gem. § 254 BGB

Die Bedeutung des § 254 BGB geht weit über den Wortlaut hinaus. Verschulden im Sinne der vorgenannten Vorschrift ist der vorwerfbare Verstoß gegen Gebote des eigenen Interesses; es handelt sich also um einen „Verschulden gegen sich selbst“.<sup>836</sup> Die Vorschrift des § 254 BGB positiviert – als Ausprägung des Grundsatzes von Treu und Glauben – einen allgemeinen Rechtsgedanken, der nicht nur im privaten Recht, sondern auch im öffentlichen Recht Anwendung beansprucht. Wer für einen erlittenen Schaden Schadensersatz fordert, obwohl er bei der Schadensentstehung eine Mitverantwortung trägt, verhält sich widersprüchlich und verstößt gegen das Verbot des *venire contra factum proprium*.<sup>837</sup> Das wiederum ist der Grund, dass § 254 BGB nicht nur auf die Amtshaftung, sondern auch auf

<sup>833</sup> BGHZ 151, 198 (200); OLG Frankfurt, Urt. v. 14.03.2013 – 1 U 200/12, juris Rdziff. 3; Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 370

<sup>834</sup> BGHZ 154, 11 (14 f.)

<sup>835</sup> Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 368

<sup>836</sup> Palandt/Grüneberg, BGB, § 254 Rdziff. 1

<sup>837</sup> Palandt/Grüneberg, BGB, § 254 Rdziff. 1

die persönliche Haftung des Beamten im statusrechtlichen Sinn gem. § 839 BGB Anwendung findet.

Für das Mitverschulden ist der Verursachungs- und Verschuldensanteil des Geschädigten maßgeblich, wobei allerdings tatbestandlich vorab zunächst Folgendes zu prüfen ist. Es ist nicht erst eine Frage des mitwirkenden Verschuldens i. S. d. § 254 BGB, sondern bereits eine solche der objektiven Reichweite des Vermögensschutzes, ob die jeweils im konkreten Fall in Rede stehende behördliche Maßnahme überhaupt geeignet ist, eine Verlässlichkeitsgrundlage zu bilden. Dies beurteilt sich vorrangig nach dem Schutzzweck der jeweiligen behördlichen Maßnahme.<sup>838</sup> Führt mithin die Prüfung im Rahmen der Drittbezogenheit zu dem Ergebnis, dass eine bestimmte behördliche Maßnahme, z. B. Bescheid oder Auskunft überhaupt nicht in der Lage war, schutzwürdiges Vertrauen zu entfalten und scheidet damit diese Maßnahme als Verlässlichkeitsgrundlage aus, so kommt auf die weitergehende Prüfung, ob der entsprechende Adressat des Bescheides, der Auskunft o. ä. eine entsprechende Nachprüfung des behördlichen Verhaltens berechtigterweise hat vernachlässigen dürfen, nicht mehr an.

Grundsätzlich darf ein Staatsbürger davon ausgehen, dass Behörden bzw. Träger öffentlicher Verwaltung rechtmäßig handeln und Amtswalter die ihnen obliegende Verpflichtung, nach Gesetz und Recht zu handeln, ordnungsgemäß erfüllen.<sup>839</sup> Wenn es also nicht die konkrete Sachlage erfordert, ist der Bürger nicht genötigt, von vornherein die behördliche Maßnahme in Frage zu stellen bzw. auf Nachvollziehbarkeit näher zu untersuchen. Der Bürger braucht nicht klüger zu sein als die mit der Sache befassten Beamten.<sup>840</sup> Es ist daher im Rahmen des Mitverschuldens unbeachtlich, wenn ein Bürger von der Richtigkeit des behördlichen Handelns ausgeht und diese Maßnahme seinem eigenen Handeln zugrunde legt. Eine andere Sichtweise ist nur dann geboten, wenn der betroffene Bürger sich einer besseren Erkenntnis verschließt bzw. sich ihm hätte aufdrängen müssen, dass die behördliche Maßnahme mit Fehlern behaftet ist.

Aufgrund des Einwandes mitwirkenden Verschuldens gem. § 254 BGB kann der Amtshaftungsanspruch des Geschädigten nach Maßgabe der Umstände des Einzelfalls gekürzt werden. Unter Umständen ist es auch möglich, dass das Mitverschulden des Geschädigten so schwer wiegt, dass ein Verschulden des Amtswalters bzw. der Anstellungskörperschaft dahinter zurückstehen muss.

Die Regelung in § 254 BGB beinhaltet ein allgemeingültiges Prinzip, welches gegenüber allen Schadensersatzansprüchen Geltung beansprucht, gleich, auf welche Rechtsgrundlage diese zurückzuführen sind. § 254 BGH beschränkt die Er-

<sup>838</sup> BGH VersR 2008, 252 (253); BGH VersR 2004, 604 (605); BGH VersR 2003, 205 (206); BGHZ 149, 50 (53); BGHZ 134, 268 (283 ff.); BGHZ 117, 83 (90); Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 248; Stein/Itzel/Schwall Rdziff. 204

<sup>839</sup> Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 253; BGH NVwZ-RR 2014, 252 (254); BGH, Beschl. v. 22.02.1989 – III ZR 41/87 Rdziff. 7; BGH WM 1968, 1167 (1169); BGH MDR 1965, 467 (467)

<sup>840</sup> BGHZ 108, 224 (2309)

satzpflicht des Schädigers und kann sie im Ausnahmefall auch gänzlich ausschließen, wenn entweder bei der Entstehung oder der Entwicklung des Schadens ein Verschulden aufseiten des Geschädigten mitgewirkt haben sollte. Dabei bedeutet „Verschulden“ i. S. d. § 254 BGB nicht etwa eine vorwerfbare rechtswidrige Verletzung einer gegenüber einem anderen oder der Allgemeinheit bestehenden Rechtspflicht, sondern ist vielmehr als der vorwerfbare Verstoß gegen Gebote des eigenen Interesses bzw. die Verletzung einer sich selbst gegenüber bestehenden Obliegenheit zu verstehen, mithin um ein Verschulden gegen sich selbst.<sup>841</sup> Letztlich ist die Einbeziehung von § 254 BGB nichts anderes als die Konkretisierung der Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben („venire contra factum proprium“).

Im Bereich der Amtshaftung findet § 254 BGB mit der Maßgabe Anwendung, dass zunächst einmal die Frage geklärt werden muss, ob die im Einzelfall in Rede stehende behördliche Maßnahme, also etwa Auskunft oder VA, überhaupt eine „Verlässlichkeitsgrundlage“ darzustellen in der Lage ist. Erst dann, wenn diese Frage zu bejahen ist, kommt es auf den Einwand mitwirkenden Verschuldens überhaupt erst an. Hauptanwendungsfall von § 254 BGB ist allerdings das sog. Rechtsanwendungsrisiko; damit ist die ordnungsgemäße Anwendung einschlägiger öffentlich-rechtlicher Vorschriften und deren Prüfungsergebnis gemeint. Determinanten dieses Rechtsanwendungsrisikos können Fälle der sog. Drittanfechtung bzw. der bewussten Risikoübernahme ebenso sein, wie ein bei einem Genehmigungsempfänger vorhandener Wissensvorsprung. Einen Sonderfall des Einwandes mitwirkenden Verschuldens stellt der aus § 839 Abs. 3 BGB abzuleitende Vorrang des Primärrechtsschutzes dar.

#### 1. Die Qualifizierung der behördlichen Maßnahme als Verlässlichkeitsgrundlage

Der durch die Verletzung einer Amtspflicht Geschädigte ist nicht in jeder Hinsicht schutzwürdig, d. h. nicht jeder von ihm erlittene Schaden ist zugleich ersatzfähig. Die Ersatzfähigkeit eines Schadens im Rahmen der Amtshaftung ist nur dann zu bejahen, wenn dieser Schaden im sachlichen Schutzbereich der verletzten Amtspflicht liegt. Konsequenterweise prüft der BGH im Vorfeld des Einwandes mitwirkenden Verschuldens gem. § 254 BGB die Frage, ob eine behördliche Maßnahme (z. B. Auskunft oder VA) überhaupt als Verlässlichkeits- bzw. Vertrauensgrundlage in Betracht kommt. Dies ist nicht schlechthin zu bejahen. Denn der amtshaftungsrechtliche Vertrauensschutz (und damit auch die Qualifizierung als Verlässlichkeitsgrundlage) findet generell dort seine Grenzen, wo bereits nach allgemeinem Verwaltungsrecht von vornherein jeglicher Vertrauensschutz für den Adressaten der behördlichen Maßnahme auszuschließen ist. Demgemäß sind z. B. Vermögensverluste als ersatzfähig angesehen worden, die Grundstückseigentümer, Erwerber und Bauherren dadurch erleiden, dass sie eine Wohnung kaufen oder

<sup>841</sup> Palandt/Grüneberg, BGB, § 254 Rdziff. 1; BGH NJW 2009, 582 (585)

eine Immobilie errichten in der Annahme, die gemeindliche Planungsentscheidung sei ordnungsgemäß; tatsächlich stellt sich aber im Nachhinein heraus, dass eine Bewohnbarkeit überhaupt nicht hergestellt werden kann. An dieser Stelle hat der BGH den Bebauungsplan als Verlässlichkeitsgrundlage für die finanziellen Dispositionen des Bauherrn angesehen.<sup>842</sup> Obschon der Bürger von der „Rechtmäßigkeit der Verwaltung“ ausgehen darf und schon deshalb darauf vertrauen darf, dass die Behörden das ihnen Obliegende richtig und sachgemäß veranlassen werden, ist ein solchermaßen begründeter Vertrauensschutz nicht grenzenlos. Vielmehr ist ein solches Vertrauen nur dann gegeben und damit die Verlässlichkeitsgrundlage zu bejahen, wenn der Bürger nicht etwa selbst erkennt oder es ihm sich aufdrängen muss, dass die behördliche Maßnahme geltendes Recht verletzt. Dies wird etwa in den Fällen in Betracht zu ziehen sein, in denen der Bürger als Begünstigter die Behörde arglistig getäuscht hat oder aber in den Fällen sog. Kollision zwischen Behörde und Begünstigten; die Rechtsprechung hat aber auch den Vertrauensschutz verneint, in denen der Begünstigte die Rechtswidrigkeit der behördlichen Maßnahme infolge grober Fahrlässigkeit nicht gekannt hat.<sup>843</sup>

Daraus folgt:

Erst dann, wenn der Geschädigte überhaupt Vertrauensschutz in Anspruch zu nehmen berechtigt ist, mithin eine Verlässlichkeitsgrundlage angenommen werden kann, ist Raum für die Anwendung des Einwandes mitwirkendes Verschuldens gem. § 254 BGB. Konsequenterweise geht mit diesem von der Rechtsprechung gewählten *modus operandi* der Umstand einher, dass im Fall der Verneinung von Vertrauensschutz bzw. im Fall der Verneinung einer Verlässlichkeitsgrundlage ein Anspruch aufseiten des Geschädigten zu versagen ist. Diese – auf den ersten Blick unbillig anmutende – „Alles-oder-Nichts“-Lösung ist gleichwohl schlüssig. Denn entweder ist aufseiten des Geschädigten Vertrauen vorhanden oder eben nicht, eine Zwischenlösung dergestalt, dass ggf. ein wenig Vertrauen ist, dürfte sich verbieten.

Die Frage nach der Verlässlichkeitsgrundlage, welche der Mitverschuldensprüfung vorgeschaltet ist, beurteilt sich vorrangig nach dem Schutzzweck der jeweiligen behördlichen Maßnahme.<sup>844</sup> Die diesbezügliche Prüfung ist mithin bei der Drittbezogenheit zu verorten; daher darf auf die entsprechenden Ausführungen verwiesen werden.<sup>845</sup>

Zum Zwecke des besseren Verständnisses sind nachfolgend einige Beispiele aufgelistet, aus denen sich ergibt, wann eine Vertrauensschutz-/Verlässlichkeitsgrundlage bejaht bzw. verneint worden ist.

---

<sup>842</sup> BGH NJW 1993, 933 (933); BGHZ 117, 363 (372) = NJW 1992, 1953 (1955)

<sup>843</sup> BGHZ 149, 50 (54); BGH NVwZ 2003, 501 (502); BGHZ 149, 50 (53); BGHZ 134, 268 (284); BGHZ 117, 363 (372)

<sup>844</sup> BGH VersR 2008, 252 (253); BGH VersR 2004, 604 (605); BGH VersR 2003, 205 (206); BGHZ 149, 50 (53)

<sup>845</sup> vgl. o. S. 155 ff.

a. Beispiele aus der Rechtsprechung zur positiven Einstufung als Verlässlichkeitsgrundlage

Wenn ein Mitarbeiter einer gesetzlichen Krankenkasse eine unrichtige Auskunft über den Leistungsumfang erteilt, kann aufgrund der Komplexität des Sozialversicherungsrechts nicht davon ausgegangen werden, dass dem Auskunftsempfänger der Leistungsumfang der gesetzlichen Krankenversicherung im Detail bekannt ist; mithin muss sich dem Auskunftsempfänger die Unrichtigkeit einer Auskunft auch nicht aufdrängen.<sup>846</sup>

Die Erteilung einer Grundstücksverkehrsgenehmigung stellt eine Verlässlichkeitsgrundlage dar. Gemäß § 1 Abs. 2 GVO darf die Grundstücksverkehrsgenehmigung nur dann erteilt werden, wenn eine Behörde feststellt, dass entweder überhaupt kein Antrag auf Rückübertragung gestellt worden ist, ein solcher Antrag bestandskräftig abgelehnt oder zurückgenommen worden ist, der Anmelder zustimmt, die Veräußerung nach § 3 c VermG erfolgte oder der Rückübertragungsantrag offensichtlich unbegründet erscheint. Folglich ist die Erteilung der Genehmigung an gesetzlich klar definierte und einfach zu überprüfende Voraussetzungen geknüpft. Für den Rechtsverkehr soll verbindlich festgestellt werden, dass mit einem begründeten Rückübertragungsanspruch im Fall eines Negativtests nicht zu rechnen ist. Mithin schafft die Genehmigung für den Rechtsverkehr einen schutzwürdigen Vertrauenstatbestand.<sup>847</sup>

Allein die Kenntnis auf Seiten des Bauherrn davon, dass der Nachbar unter Umständen Widerspruch einlegen werde, vermag die Verlässlichkeitsgrundlage der Baugenehmigung nicht in einem Maße zu erschüttern, welche es rechtfertigen würde, allein den Bauherrn mit dem Risiko des Bestandes der Baugenehmigung zu belasten.<sup>848</sup>

Die im Rahmen eines Baugenehmigungsverfahrens an den Antragsteller gerichtete, schriftliche und vom Amtsleiter unterzeichnete Mitteilung der unteren Bauaufsichtsbehörde, dass „gegen das Bauvorhaben keine planungs- und baurechtlichen Bedenken bestehen“, kann geeignet sein, bei dem Adressaten – aber auch bei einem Dritten, der am Erwerb des Objekts zur Durchführung des Bauvorhabens interessiert ist – ein schutzwürdiges Vertrauen in die Richtigkeit der Auskunft zu begründen, welches Grundlage für Vermögensdispositionen sein kann.<sup>849</sup>

Die Ausweisung von Flächen für die Wohnbebauung ist geeignet bei dem Bürger das Vertrauen zu erwecken, dass keine Flächen im Plangebiet mit Schadstoffen belastet sind, die für die Wohnbevölkerung Gefahren hervorrufen könnte.

---

<sup>846</sup> OLG Karlsruhe VersR 2013, 501 (503)

<sup>847</sup> OLG Brandenburg, Urt. v. 14.12.2010 - 2 U 46/08, juris Rdziff. 71 sowie OLG Brandenburg, Urt. v. 03.08.2010 - 2 U 15/09, juris Rdziff. 20

<sup>848</sup> OLG Brandenburg, Urt. v. 25.11.2008 - 2 U 28/07, juris Rdziff. 36

<sup>849</sup> BGH NJW 1994, 2087 (2089)



Insoweit bietet dem bauwilligen Bürger der Bebauungsplan die alleinige Verlässlichkeitsgrundlage für seine finanziellen Dispositionen.<sup>850</sup>

b. Beispiele aus der Rechtsprechung zur negativen Einstufung als Verlässlichkeitsgrundlage

Die tierärztliche Freigabe von Schlachtfleisch stellt nicht generell eine geschützte Verlässlichkeitsgrundlage für wirtschaftliche Dispositionen des Schlachthofbetreibers dar. Auch wenn die Prüfungen des Veterinärs, so sie ordnungsgemäß vorgenommen werden, für diejenigen, die mit dem Tierprodukten als Händler oder weiterverarbeitender Betrieb in Berührung kommen, die für sie erfreuliche Nebenwirkung haben, dass die nur BSE-freie Produkte vermarkten und deshalb der Gefahr enthoben sind, ggf. wegen des Inverkehrbringens von genussuntauglichen Produkten belangt zu werden, genügt dies nicht, um aus dieser reflexhaften Wirkung der einem anderen Zweck (Gesundheit von Mensch und Tier) dienenden Untersuchung eine Amtspflicht zum Schutz der wirtschaftlichen Belange dieser Personen zu begründen.<sup>851</sup>

Informelle Vorgespräche über die Bebaubarkeit eines Grundstücks, die der Bauherr bzw. sein Architekt mit einem Mitarbeiter des Bauamtes führt, dienen lediglich dem Meinungs austausch und der Vorsondierung, besagen jedoch nichts über die konkrete Entscheidung, die das zuständige Gremium (z. B. Bauausschuss der Gemeinde) trifft, wenn der Bauherr seine fertige Planung zur Abstimmung stellt. Solche Gespräche begründen daher aus der Sicht der Gesprächspartner weder Vertrauens-/Verlässlichkeitsgrundlage dahingehend, dass die geäußerten Einschätzungen tatsächlich von den zuständigen Gremien geteilt werden, noch werden damit behördliche Auskünfte zur Rechtslage erteilt. Folglich stellt allein die Tatsache, dass ein Mitarbeiter des Bauamtes in einem ersichtlich unverbindlichen Vorgespräch Bedenken gegen die Zulässigkeit des Bauvorhabens geäußert hat, keine haftungsbegründende Maßnahme dar, mögen sich die Bedenken rückblickend auch als objektiv unbegründet darstellen.<sup>852</sup>

Aus einem falschen Sendebericht des Faxgerätes eines Gerichts kann kein Amtshaftungsanspruch hergeleitet werden. Zwar belegt der „OK-Vermerk“ auf dem Sendebericht die Herstellung der Verbindung zwischen dem Sende- und Empfangsgerät und stellt damit eine Auskunft dar; diese Auskunft bildet indes keine verlässliche Vertrauensgrundlage. Die insoweit vom Absender vorgenommene Kontrolle der Übermittlung eines Schriftsatzes als Faxsendung in Bezug auf die Empfänger Nummer allein auf den Vergleich der Faxnummer im Sendebericht und im Schriftsatz oder allein auf das Vorliegen eines „OK-Vermerks“ ist unzureichend. Vielmehr bedarf es einer selbständigen Prüfung der zutreffenden Emp-

<sup>850</sup> BGHZ 117, 363 (372) = NJW 1992, 1953 (1955)

<sup>851</sup> BGHZ 195, 276 (289)

<sup>852</sup> OLG München, Urt. v. 05.05.2011 – 1 U 3829/10, juris Rdziff. 40, 42

fängernummer anhand eines zuverlässigen Verzeichnisses. Insofern obliegt es dem Absender einer Faxesendung, sich von der Richtigkeit der Empfängerfaxnummer und damit der Rechtzeitigkeit des Widerrufs zu überzeugen, so dass er sich nicht nur auf die beschränkte Auskunft des Verbindungsaufbaus verlassen darf. Aufgrund der unzureichenden Kontrolle bezüglich einer erfolgreichen Faxübermittlung ist die lose Auskunft über den Verbindungsaufbau nicht geeignet, eine Verlässlichkeitsgrundlage zu bilden.<sup>853</sup>

Die unzutreffende Feststellung einer personellen Unterbesetzung für einen bestimmten Verwaltungsbereich, den eine überörtliche Rechnungsprüfung in deren Prüfungsbericht vornimmt, bietet keine Verlässlichkeitsgrundlage für die geprüfte öffentlich-rechtliche Körperschaft, eine personelle Aufstockung vorzunehmen, ohne sich zuvor von deren Notwendigkeit unter dem Blickwinkel der ordnungsgemäßen Aufgabenerledigung eigenverantwortlich zu vergewissern.<sup>854</sup>

Bei einem durch ihn vorgenommenen – fehlgeschlagenen – Täuschungsversuch zu Erlangung einer Baugenehmigung vermag sich der Antragsteller grundsätzlich nicht erfolgreich auf die Rechtswidrigkeit der Baugenehmigung zu berufen. Denn der objektive Fehlschlag des Täuschungsversuchs ist nicht geeignet, bei dem Antragsteller ein schutzwürdiges Vertrauen in den Bestand der erteilten Baugenehmigung zu begründen; etwas anderes kann nur dann gelten, wenn der Antragsteller/Kläger von sich aus die unrichtigen Angaben richtig gestellt hätte oder zu mindestens positive Kenntnis davon hätte haben müssen, dass seine begangene Täuschung sich auf den Erlass der Maßnahme objektiv nicht ausgewirkt hätte. Dafür ist er darlegungs- und beweisbelastet.<sup>855</sup>

Die im Rahmen eines förmlichen Bauvoranfrageverfahrens abgegebene mündliche Erklärung eines Sachbearbeiters im Bauordnungsamt, der zuständige Beamte werden den beantragten Vorbescheid schon erlassen, begründet kein schutzwürdiges Vertrauen dahin, dass der Vorbescheid auch tatsächlich entsprechend erlassen wird.<sup>856</sup>

## 2. Das sog. Rechtsanwendungsrisiko

Ist die Frage, ob eine Vertrauens-/Verlässlichkeitsgrundlage gegeben ist, bejaht, wird das sog. Rechtsanwendungsrisiko virulent; darunter ist die ordnungsgemäße Handhabung der einschlägigen öffentlich-rechtlichen Vorschriften zu verstehen.<sup>857</sup> Anders gewendet: Mit dem Begriff des Rechtsanwendungsrisikos wird das Risiko bezeichnet, dass sich im Fall einer gerichtlichen Überprüfung die Handhabung einschlägiger öffentlich-rechtlicher Vorschriften durch die Verwaltung als

<sup>853</sup> OLG Hamm, Urt. v. 05.05.2010 - 11 U 202/09, juris Rdziff. 22 ff.

<sup>854</sup> BGHZ 177, 37 (40) = NVwZ-RR 2008, 671 (671)

<sup>855</sup> BGH NVwZ 2003, 501 (502)

<sup>856</sup> BGHZ 117, 83 (85, 90)

<sup>857</sup> BGH NJW 2008, 2502 (2504); BGH VersR 2008, 254 (255); BGH NVwZ 2004, 638 (639); BGHZ 149, 50 (55)

nicht zutreffend herausstellen könnte. Es sind Fallkonstellationen denkbar, in denen die Frage angebracht ist, von welcher Seite dieses Risiko übernommen werden muss.

a. Grundsatz der Rechtmäßigkeit der Verwaltung

Der Bürger darf grundsätzlich von der sog. „Rechtmäßigkeit der Verwaltung“ ausgehen und darauf vertrauen, dass die für sein Begehren zuständigen Behörden das ihnen Obliegende richtig und sachgemäß veranlassen. Der Bürger muss mithin dem behördlichen Handeln nicht mit apriorischen Zweifeln entgegentreten, er braucht nicht in Betracht zu ziehen, die Behörde könnte evtl. fehlerhaft gehandelt haben.<sup>858</sup> Zutreffender Ausgangspunkt für diese Überlegung ist der Ansatz, dass der Bürger nicht klüger zu sein braucht als die Behörde.<sup>859</sup>

Obschon der Bürger von der Richtigkeit z. B. der beamtenseitigen Auskunft ausgehen darf, ist dieses Vertrauen nicht grenzenlos schützenswert, sondern wird begrenzt durch subjektive Kenntnisse bzw. Fähigkeiten aufseiten des Bürgers; erkennt der Bürger die Unrichtigkeit der behördenseitigen Willensäußerung (Auskunft oder VA) oder hätte er sie nach Maßgabe seiner eigenen Kenntnisse und Fähigkeiten erkennen können oder aber wäre ihm die Inanspruchnahme rechtskundigen Rates zumutbar gewesen, kann dies unter Umständen den Ausschluss des Vertrauensgrundsatzes von der „Rechtmäßigkeit der Verwaltung“ bedeuten. Dies vorausgeschickt gilt es, einige Fallkonstellationen zu untersuchen, in denen nach Maßgabe der Rechtsprechung die „Rechtmäßigkeit der Verwaltung“ auf den Prüfstand gestellt werden muss.

b. Rücknahme von Rechtsmitteln/-behelfen als Anerkenntnis der Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns?

Im Amtshaftungsrecht wird das Verhältnis von Primärrechtsschutz und Schadensausgleich dergestalt geregelt, dass dem Primärrechtsschutz grundsätzlich Vorrang vor dem Schadensausgleich zukommt. Dies kommt letztlich auch durch die Regelung in § 839 Abs. 3 BGB zum Ausdruck, auf die noch näher einzugehen ist.<sup>860</sup> Wenn ein Kläger im Primärrechtsschutzverfahren, durch den um die Rechtmäßigkeit bzw. Rechtswidrigkeit der ihn belastenden Maßnahme gestritten wird, einen Vergleich abschließt, in welchem u. a. der Einspruch bzw. Widerspruch oder ein sonstiges Rechtsmittel oder ein sonstiger Rechtsbehelf zurückgenommen wird, stellt sich die Frage nach dem Erklärungswert für etwaige Amts-

<sup>858</sup> BGH NVwZ-RR 2014, 342 (343), juris Rdziff. 20; BGH, Beschl. v. 22.02.1989 - III ZR 41/87, juris Rdziff. 7; BGH WM 1968, 1167 (1169); OLG Saarbrücken, Urt. v. 31.01.2006 - 4 U 423/04, juris Rdziff. 66

<sup>859</sup> BGHZ 108, 224 (230); Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 253; Tremml/Karger/Luber Rdziff. 266; Stein/Itzel/Schwall Rdziff. 208; Ossenbühl/Cornils S. 90/91; PWW/Kramarz, BGB, § 839 Rdziff. 39; Soergel/Vinke, BGB, § 839 Rdziff. 226

<sup>860</sup> s. u. S. 434 ff.

haftungsansprüche. Auszugehen ist davon, dass einem Vergleich im Primärrechtsschutzverfahren nicht von vornherein die Bedeutung zukommt, der Kläger könne die Rechtmäßigkeit der behördenseitigen Willensäußerung anerkannt haben; ebenso wenig wäre, wenn in dem im Primärrechtsschutz abgeschlossenen Vergleich eine Regelung über etwaige Amtshaftungsansprüche fehlt, ein Kläger (unter dem Gesichtspunkt der unzulässigen Rechtsausübung) gehinderte, Amtshaftungsansprüche geltend zu machen.<sup>861</sup>

Freilich wird es auf sämtliche Umstände im Einzelfall ankommen sowie insbesondere auf die Frage, ob ein vor einem Fachgericht abgeschlossener Vergleich ggf. etwaige Amtshaftungsansprüche mit abgelten soll. Dies kann unter Umständen angenommen werden.<sup>862</sup>

### c. Drittanfechtung und bewusste Risikoübernahme

Die Frage nach einem etwaigen Mitverschulden stellt sich insbesondere, wenn der Bauherr nach Erteilung einer Baugenehmigung bescheidgerecht mit dem Bau beginnt und ein Nachbar sodann (Dritt-)Widerspruch einlegt. Zu derlei Konstellationen hat der BGH bereits mehrfach ausgeführt:

*„Wenn und soweit eine Genehmigung geeignet ist, schutzwürdiges Vertrauen des Adressaten in ihren Bestand zu begründen, so kommt diese Vertrauensgrundlage im Falle der Anfechtung eines Bescheids durch Dritte jedenfalls dann nicht ohne Weiteres völlig in Wegfall (vorbehaltlich einer Risikoüberwälzung auf den Genehmigungsinhaber nach § 254 BGB), wenn und solange der Verwaltungsakt sofort vollziehbar ist. Aus § 50 VwVfG, der in den Fällen, in denen bereits ein Rechtsbehelfsverfahren anhängig ist, den Widerruf oder die Rücknahme eines begünstigenden Verwaltungsakts erleichtert, kann nicht der generelle Schluss gezogen werden, dass mit der Anfechtung das in den Bestand des Verwaltungsakts gesetzte Vertrauen nunmehr auch haftungsrechtlich in vollem Umfang seine Schutzwürdigkeit verliert und daher nachfolgende Investitionen sich von vornherein nicht mehr im Schutzbereich der Amtspflicht halten. Allerdings wird ab dem Vorliegen von Drittanfechtungen grundsätzlich eine größere Eigenverantwortung des Bauherrn unter dem Gesichtspunkt des § 254 BGB anzunehmen sein. Ist zulässigerweise Widerspruch eingelegt oder Klage erhoben, verbunden mit dem Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung, so hat der Bauherr die Möglichkeit der Rechtswidrigkeit der ihm erteilten Genehmigung jedenfalls dann ernsthaft in Betracht zu ziehen, wenn Anfechtungsgründe vorgebracht werden, deren Richtigkeit nicht ohne weiteres von der Hand zu weisen ist. Setzt er in einer solchen Situation sein Vorhaben entsprechend der Genehmigung fort, ohne die Entschei-*

<sup>861</sup> BGH NVwZ 2003, 1409 (1409)

<sup>862</sup> vgl. zur Auslegung eines im finanzgerichtlichen Verfahren abgeschlossenen Vergleichs und die Auswirkung auf den Amtshaftungsanspruch: OLG München, Urt. v. 19.06.2008 – 1 U 2998/07, juris Rdziff. 61 ff.

*dung des Gerichts der Hauptsache über die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung abzuwarten, so nimmt er das in der Drittanfechtung liegende Risiko bewusst auf sich.*<sup>863</sup>

Eine schematische Betrachtungsweise wird sich angesichts der Vielzahl von möglichen Sachverhaltskonstellationen verbieten. So ist in der Rechtsprechung zulasten des Bauherrn davon ausgegangen worden, dass bereits die Einlegung des Widerspruchs durch den Nachbarn Anlass sein kann, eine Einstellung der Baumaßnahmen vorzunehmen und den Bau nicht fortzusetzen.<sup>864</sup> Ebenso muss in den Blick genommen werden, dass von einem Mitverschulden auszugehen sein könnte, wenn bereits begonnene Bauarbeiten nicht fortgeführt werden, wobei allerdings nach Auffassung des BGH an ein etwaiges Mitverschulden strenge Maßstäbe anzulegen sind.<sup>865</sup>

#### d. Wissensvorsprung beim Genehmigungsempfänger

Recht häufig kommt es in der Praxis vor, dass der Antragsteller bzw. Bescheidempfänger über ein mindestens ebenso großes Fachwissen verfügt wie die Behörde selbst, sei es in eigener Person, sei es in Gestalt von entsprechenden fachlichen Beratern. Stellt sich nun im Rahmen eines fachgerichtlichen Primärrechtsschutzverfahrens heraus, dass die behördliche Willensäußerung fehlerhaft gewesen ist, so ist damit zugleich die Frage aufgeworfen, ob – wegen der eigenen Kompetenz oder aber der Fachkompetenz der Berater – ein Mitverschulden zulasten des Klägers/Antragstellers/Bescheidempfängers angezeigt ist. Der III. Zivilsenat des BGH vertritt insoweit eine gefestigte Linie. Der mögliche Wissensvorsprung auf seiten eines Antragstellers/Bürgers rechtfertigt es nicht, ihm das volle Risiko einer Fehlbeurteilung der Anforderungen von einschlägigen öffentlich-rechtlichen Vorschriften aufzubürden und die Behörde insoweit von jeglicher Verantwortung zu entlasten. Die sachgemäße Handhabung öffentlich-rechtlicher Vorschriften falle in erster Linie in den Verantwortungsbereich der Behörde. So sei z. B. die Baugenehmigung das Ergebnis eines Prüfungsprozesses, welcher das Ziel habe, zu klären, ob das Bauvorhaben den öffentlich-rechtlichen Vorschriften entspreche oder ob dem Vorhaben öffentlich-rechtliche Hindernisse entgegenstünden. Das „Rechtsanwendungsrisiko“ könne nicht dadurch auf den Antragsteller/Bescheidempfänger verlagert werden, dass dieser im Vergleich zur Behörde ggf. über bessere Erkenntnisquellen oder eine größere Erfahrung verfüge.<sup>866</sup>

---

<sup>863</sup> BGH NJW 2008, 2502 (2504); BGHZ 149, 50 (56); BGH NJW 2001, 3054 (3056); BGH WM 1997, 375 (393), insoweit in BGHZ 134, 268 nicht abgedruckt; BGH NJW 1985, 1692 (1693); BGH NJW 1985, 265 (265)

<sup>864</sup> BGH NVwZ 2003, 501

<sup>865</sup> BGH NVwZ 2002, 122

<sup>866</sup> BGH NJW 2008, 2502 (2504); BGH NVwZ 2004, 638 (639); BGHZ 149, 50 (54); vgl. ebenso Kümper S. 37 f.; Wolke, ZfBR 2004, 226, 231 (236); Rohlfing, BauR 2004, 1873 (1875 f.)

### E. Zur Darlegungs- und Beweislast beim Verschulden: Indiz-Vermutungs-Anscheinsbeweis

Im Bereich des Amtshaftungsanspruchs gehört das Verschulden zum Haftungsgrund, sodass der Kläger/Geschädigte nach Maßgabe des § 286 ZPO grundsätzlich die volle Darlegungs- und Beweislast für diese Anspruchsvoraussetzung zu tragen hat.<sup>867</sup> Dabei gilt es zu berücksichtigen, dass durch ein rechtskräftiges Urteil in einem dem Amtshaftungsprozess vorgeschalteten – primären – verwaltungsgerichtlichen Verfahren noch keine Aussage über ein Verschulden eines Amtswalters getroffen ist; das für Amtshaftungssachen zuständige Zivilgericht hat die tatbestandliche Voraussetzung des Verschuldens losgelöst von einer Bindungswirkung des verwaltungsgerichtlichen Urteils zu prüfen.<sup>868</sup> Dabei gilt es ebenfalls zu berücksichtigen, dass es keinen „Gleichklang“ der materiellen Beweislast im verwaltungsgerichtlichen Verfahren und denjenigen im Amtshaftungsverfahren gibt.<sup>869</sup> Das bedeutet, dass es im Amtshaftungsprozess keine Verschiebung der Beweislast per se zugunsten des durch einen Verwaltungsakt (VA) Geschädigten gibt, wenn in einem vorangegangenen verwaltungsgerichtlichen Verfahren die Unerweislichkeit einer Tatsache zur Aufhebung eines von dem Betroffenen angegriffenen Verwaltungsaktes hätte führen müssen; erst dann, wenn im Amtshaftungsprozess an die Rechtskraft eines vorangegangenen verwaltungsgerichtlichen Urteils angeknüpft werden kann, kann daraus (wegen § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO bzw. § 113 Abs. 5 VwGO) die Rechtswidrigkeit des VA abgeleitet werden.

Trotz dieser Vorgaben gibt es eine Vielzahl von Modifikationen im Zusammenhang mit der Darlegungs- und Beweislast für das Verschulden im Amtshaftungsrecht.

#### I. *Anscheinsbeweis und Beweislastumkehr*

In der Regel genügt für einen schlüssigen Sachvortrag des Klägers im Amtshaftungsprozess die Darlegung und ggf. der Beweis eines Sachverhalts, vermöge dessen die Schlussfolgerung begründet ist, ein Beamter habe schuldhaft seine Amtspflicht verletzt, wodurch ein Schaden verursacht worden sei.<sup>870</sup> Die Rechtsprechung gewährt Beweiserleichterungen in Gestalt des Anscheinsbeweises und in Gestalt der Beweislastumkehr.

<sup>867</sup> Tremml/Karger/Luber Rdziff. 619; Stein/Itzel/Schwall Rdziff. 270; Luckey in: Baumgärtel/Laumen/Prütting § 839 Rdziff. 8; Geigel/Schlegelmilch-Kapsa, Kap. 20 Rdziff. 251; Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 399 ff.

<sup>868</sup> BGHR BGB § 839 Abs. 1 S. 1 Kausalität 4; BGH, Beschl. v. 21.12.1989 - III ZR 92/89, juris Rdziff. 5; BGH, Beschl. v. 26.03.1987 - III ZR 143/86, juris Rdziff. 3; BGH VersR 1985, 588 (589); BGH NJW 1985, 1692 (1693)

<sup>869</sup> Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 403

<sup>870</sup> Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 400; Link S. 201; BGHZ 4, 302 (311); RGZ 125, 85 (86)

## 1. Anscheinsbeweis

Auch im Amtshaftungsprozess gilt der Beweis des ersten Anscheins (*prima-facie-Beweis*).<sup>871</sup> Die Anwendung dieser Grundsätze des Anscheinsbeweises ist dann angezeigt, wenn der Geschädigte keinen näheren Einblick in die behördlicherseits getroffenen Maßnahmen haben kann. Dies gilt insbesondere für durch Gemeindevorkehrungsmaßnahmen verursachte Überschwemmungsschäden; ist nämlich als Folge eines – behördlichen – Handelns oder Unterlassens ein ordnungswidriger Zustand festzustellen, der erfahrungsgemäß nur auf Vernachlässigung der erforderlichen Sorgfalt zurückzuführen ist, so spricht der erste Anschein für das Verschulden des zuständigen Beamten.<sup>872</sup>

## 2. Beweislastumkehr

Verletzt der Schuldner eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis, so kann der Gläubiger Ersatz des hierdurch entstehenden Schadens verlangen, § 280 Abs. 1 S. 1 BGB. Dies gilt jedoch nach näherer Maßgabe des § 280 Abs. 1 S. 2 BGB nicht, wenn der Schuldner die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat. Nach dieser allgemeinen zivilrechtlichen Regelung trägt der Gläubiger die Beweislast für die Pflichtverletzung, die Schadenseinstellung und den Ursachenzusammenhang zwischen Pflichtverletzung und Schaden, der Schuldner hingegen trägt die Beweislast für das Nichtvertretenmüssen.<sup>873</sup> Es handelt sich bei § 280 Abs. 1 S. 2 BGB um eine die Beweislastverteilung regelnde Norm.<sup>874</sup> Diese Regelung des § 280 Abs. 1 S. 2 BGB findet keine entsprechende Anwendung auf Ansprüche aus § 823 ff. BGB<sup>875</sup>, mithin in der Regel auch nicht auf Amtshaftungsansprüche.<sup>876</sup> Auch von diesem Grundsatz werden in der Rechtsprechung bei bestimmten Fallkonstellationen Ausnahmen gemacht. Wenn z. B. eine Behörde eine Sache in Verwahrung genommen hat und der Eigentümer macht nun im Hinblick auf die Nichtherausgabe Ansprüche geltend, so treten neben die Amtshaftungsansprüche die §§ 688 ff. BGB in entsprechender Anwendung. Wird die Rückgabe einer in Verwahrung genommenen Sache infolge eines von dem Verwahrer zu vertretenden Umstandes unmöglich, so hat der Verwahrer dem Hinterleger den durch die Nichterfüllung entstehenden Schaden zu ersetzen. Ist streitig, ob die Unmöglichkeit der Rückga-

---

<sup>871</sup> BGH VersR 1963, 857; Tremml/Karger/Luber Rdziff. 623; Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 400; Luckey in: Baumgärtel/Laumen/Prütting § 839 Rdziff. 9

<sup>872</sup> BGH VersR 1976, 760 (762); BGHZ 54, 165 (173) = NJW 1970, 1877 (1877); BGH VersR 1963, 856 (857); BGH WM 1960, 1150 (1151); Stein/Itzel/Schwall Rdziff. 277; Tremml/Karger/Luber Rdziff. 623

<sup>873</sup> Palandt/Grüneberg, BGB, § 280 Rdziff. 34

<sup>874</sup> BGH NJW 2009, 2298 (2299)

<sup>875</sup> BGH NJW 1986, 2757 (2758), dort zur Vorgängervorschrift § 282 BGB a. F. im Zusammenhang mit der Verkehrssicherungspflicht aus § 823 Abs. 1 BGB

<sup>876</sup> Tremml/Karger/Luber Rdziff. 624; Stein/Itzel/Schwall Rdziff. 275; Luckey in: Baumgärtel/Laumen/Prütting, § 839 Rdziff. 11 (Ausnahme bei Amtspflichtverletzungen innerhalb eines quasivertraglichen öffentlich-rechtlichen Verhältnisses)

be die Folge eines von dem Verwahrer zu vertretenden Umstandes ist, so trifft die Beweislast den Verwahrer, es kehrt sich mithin die Beweislast um.<sup>877</sup> Ebenso wurde in der Rechtsprechung eine Beweislastumkehr in Betracht gezogen, wenn ein Beamter wegen Erstattung eines fehlenden Geldbetrages in Anspruch genommen wird, wobei die Entstehung des Fehlbetrages erwiesen und nur deren Ursache ungeklärt sein muss.<sup>878</sup> Des Weiteren ist die Rechtsprechung von einer Beweislastumkehr in einem Fall ausgegangen, in welchem ein Mitglied eines landwirtschaftlichen Wasser- und Bodenverbandes Schadensersatzansprüche wegen unsachgemäßer Bodenverbesserungsmaßnahmen geltend gemacht und in diesem Zusammenhang den ihn obliegenden Nachweis geführt hatte, dass der beklagte Verband objektiv dessen Pflichten verletzt hätte. Unter diesen Umständen war es nach Ansicht des BGH geboten, die allgemeinen Grundsätze des Bürgerlichen Rechts anzuwenden und es der Beweislast des beklagten Verbandes zu überantworten, er habe die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beachtet und den Mangel nicht zu vertreten.<sup>879</sup> Die vereinzelt in der Kommentar-Literatur herangezogene Entscheidung in Bezug auf einen Warenlieferanten, der eine komplette Ausstattung für eine Fußballelf an die Vollzugsanstalt II Hamburg-Fuhlsbüttel geliefert hatte, ohne dass eine Bezahlung erfolgte und der Verbleib dieser Ausrüstungsgegenstände auch unbekannt blieb, ist – bei Lichte betrachtet – kein Fall, welcher der Beweislastumkehr zuzuordnen wäre. Der BGH hatte ausgeführt, dass die Ungewissheit, ob die Waren den Besteller tatsächlich erreicht hätten, nicht zulasten der Klägerin ausschlagen könne. Da die Warensendung im Bereich der Vollzugsanstalt spurlos verschwunden sei, rechtfertige sich der Schluss, dass dafür ein der Anstellungskörperschaft zurechenbares Verhalten verantwortlich gewesen sei. Der Warenlieferantin als Außenstehender sei es unmöglich, den Gang der Warensendung durch die verschiedenen Abteilungen der JVA zu verfolgen. Demzufolge würde ihr Unmögliches abverlangt, wenn sie darlegen und beweisen müsste, auf welche Weise die Sendung verschwunden sei, und, dass die Bediensteten der Beklagten daran ein Verschulden treffe. Solle die Klägerin nicht rechtlos gestellt werden, sei vielmehr von der Beklagten zu verlangen, dass sie im Einzelnen darlegen müsse, welche organisatorischen Vorkehrungen sie getroffen habe, um die sichere Aushändigung eingehender Sendungen an den Empfänger zu gewährleisten.<sup>880</sup> Diese Fallgestaltung dürfte wohl eher der Verpflichtung einer Prozesspartei zuzuordnen sein, der ihr jeweils obliegenden sekundären Darlegungslast zu genügen.

Schlussendlich ist von der Rechtsprechung eine Umkehr der Beweislast auch in denjenigen Fällen in Erwägung gezogen worden, in denen eine Verletzung der

---

<sup>877</sup> BGH NJW 1990, 1230 (1231); BGHZ 4, 192 (195, 196); BGHZ 3, 162 (174); OLG München, Beschl. v. 21.03.2011 – 1 W 74/11, juris Rdziff. 6

<sup>878</sup> BGHZ 5, 23 (26)

<sup>879</sup> BGHR BGB § 282 Beweislast 1

<sup>880</sup> BGH VersR 1982, 438 (439)



Fürsorgepflicht des Dienstherrn in Betracht zu ziehen war und dadurch die Beweissituation des geschädigten Klägers in besonderer Weise erschwert worden ist.<sup>881</sup>

## II. Gesetzliche Schuldvermutungen

Es gibt an vielen Stellen gesetzliche Schuldvermutungen, so z. B. in §§ 831, 832, 833 S. 2, 836 Abs. 1 BGB, 18 StVG. Wenn eine Amtspflichtverletzung zugleich einen dieser gesetzlichen Schuldvermutungstatbestände verletzt, obliegt es in derlei Fällen stets der in Anspruch genommenen Körperschaft, diese Verschuldensvermutung substantiiert zu widerlegen.<sup>882</sup> Die vorgenannten Normen sind gesetzliche Ausprägungen der Verkehrssicherungspflichten und kehren bei Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen lediglich die Beweislast um; soweit durch eine behauptete Amtspflichtverletzung daher einer der vorgenannten Tatbestände verwirklicht worden sein sollte, gilt für das Verschulden die in der jeweiligen Vorschrift vorgesehene Vermutung.<sup>883</sup> Insbesondere die Verschuldensvermutung im Zusammenhang mit der Regelung in § 832 BGB führte in der Vergangenheit zu Problemen. Bis vor kurzem hat die Rechtsprechung die Beweislastregel des § 832 Abs. 1 S. 2 BGB im Rahmen der Amtshaftung nicht für anwendbar erachtet; denn die allgemeinen deliktrechtlichen Bestimmungen der §§ 823 ff. BGB könnten, weil die Haftung des Beamten in § 839 BGB abschließend geregelt sei, keine Anwendung finden.<sup>884</sup> Die Auffassungen im Schrifttum sind uneinheitlich.<sup>885</sup> Unter Aufgabe seiner früheren Rechtsprechung vertritt der BGH nunmehr die Ansicht, dass die Beweislastregel des § 832 Abs. 1 S. 2 BGB auch im Rahmen der Haftung für die Verletzung der öffentlich-rechtlichen Aufsichtspflicht nach § 839 BGB i. V. m. Art. 34 S. 1 GG Geltung zu beanspruchen hat.<sup>886</sup> Nach zutreffender Auffassung des III. Zivilsenats werden durch den Tatbestand des § 839 BGB lediglich die Haftungstatbestände der §§ 823 ff. BGB als solche verdrängt, nicht aber die spezifischen deliktsrechtlichen Vermutungs- bzw. Beweislastregeln (§§ 832 Abs. 1 S. 2, 833 S. 2 sowie 836 BGB). In der Konsequenz bedeutet dies im Rahmen des Verschuldens Folgendes:

<sup>881</sup> BGH NJW 1983, 2240 (2241); Tremml/Karger/Luber Rdziff. 627

<sup>882</sup> Stein/Itzel/Schwall Rdziff. 274; Tremml/Karger/Luber Rdziff. 628 f; Luckey in: Baumgärtel/Laumen/Prütting § 839 Rdziff. 10; **für § 836 BGB**: BGH NJW-RR 1990, 1500 (1501); OLG Hamm, OLG-Report 2000, 173 (174); OLG Schleswig, OLG-Report 1997, 307 (308); OLG Köln, NJW-RR 1991, 33 (34); Petershagen, NZV 2011, 528 ff.; **für § 833 S. 2 BGB**: BGH VersR 1972, 1047 (1048); OLG Düsseldorf, NJW-RR 1995, 661 (661); **für § 18 StVG**: BGH VersR 1966, 732; BGH NJW 1959, 985; OLG Köln, NJW-RR 1991, 33

<sup>883</sup> BGH NJW-RR 1990, 1500 (1501)

<sup>884</sup> BGHZ 13, 25 (27); OLG Karlsruhe, Urt. v. 12.06.2005 - 12 U 298/05, juris Rdziff. 18; OLG-Report 1999, 190 (191); OLG Dresden, NJW-RR 1997, 857 (858); OLG Düsseldorf, NVwZ 1997, 207 (207); **a. A.** nur OLG Köln MDR 1999, 997 (998)

<sup>885</sup> einen Überblick gibt Förster, NJW 2013, 1201 (1202 f)

<sup>886</sup> BGHZ 196, 35 (44) = NJW 2013, 1233 (1235)

Bleibt (auch nach einer Beweisaufnahme) letztlich ungeklärt, ob die Aufsichtspersonen ihrer Aufsichtspflicht schuldhaft nicht nachgekommen sind, geht dieses Beweisergebnis zu Lasten der Körperschaft, die für die Aufsichtspersonen haftet. Denn sie hätte in einem solchen Fall den ihr obliegenden Entlastungsnachweis nicht erbracht.

### *III. Tatsächliche Schuldvermutung bzw. Verschuldensindikation durch Amtspflichtverletzung*

Es ist bereits ausgeführt worden, dass in der Rechtsprechung das Maß und der Umfang der jeweiligen, im Einzelfall erheblichen Verhaltenspflichten am Maßstab vergleichstypischer Situationen abstrahiert werden; es kommt mithin nicht mehr auf den jeweiligen, im Einzelfall handelnden Beamten i. S. einer individuellen Vorwerfbarkeit an. Vielmehr wird der Sorgfaltsmaßstab bzw. das Verschuldenserfordernis objektiviert.<sup>887</sup> Ausschlaggebend ist ein idealtypischer pflichtgetreuer Durchschnittsbeamter. Die Abkoppelung des vorwerfbaren Verhaltens vom Individuum bewirkt mitunter, dass von der Amtspflichtverletzung (direkt) auf das Verschulden zurückgeschlossen wird. De facto führt die Rechtsprechung eine tatsächliche Schuldvermutung ein<sup>888</sup> und knüpft dabei vor allem an ein Fehlverhalten einer Fachbehörde:

*„Nicht ausdrücklich erörtert hat das Berufungsgericht die Frage, ob den Bediensteten der Beklagten die unzureichende Beschilderung der Gefahrenstelle als schuldhaft anzulasten ist. Indessen spricht regelmäßig im Falle einer objektiv unrichtigen Maßnahme einer Fachbehörde, bei der erforderliche Fachkunde vorauszusetzen ist, eine tatsächliche Vermutung dafür, dass die unrichtige Maßnahme auf Außerachtlassen der erforderlichen Sorgfalt beruht.“<sup>889</sup>*

Von einem Verschulden wird auch in solchen Fällen ausgegangen, wenn die Gemeinde, wie es verwaltungsgerichtlich festgestellt worden ist, das Einvernehmen objektiv zu Unrecht versagt hat.<sup>890</sup>

Mitunter finden sich in der Rechtsprechung Formulierungen, durch die das Verschuldenserfordernis „bis zur Fiktion überdehnt“ wird<sup>891</sup>:

*„Diese Grundsätze sind so einleuchtend und so selbstverständlich, dass ihre Nichtbeachtung jedem Dienstvorgesetzten regelmäßig zum Verschulden gereicht.“<sup>892</sup>*

<sup>887</sup> vgl. o. S. 219 ff.

<sup>888</sup> Ossenbühl/Cornils S. 79; Papier in: MünchKomm BGB, § 839 Rdziff. 283; Tremml/Karger/Luber Rdziff. 621; Stein/Itzel/Schwall Rdziff. 277

<sup>889</sup> BGH VersR 1969, 539 (541); vgl. ebenso BGH NJW 1964, 198 (199)

<sup>890</sup> OLG Naumburg, OLG-Report 2007, 344 (Ls) = juris Rdziff. 29; OLG Düsseldorf, VersR 1976, 1180 (1180) = juris Rdziff. 25; OLG Düsseldorf, Urte. v. 28.10.1971 - 12 U 29/71 n. v.

<sup>891</sup> Dagtoglou in: Bonner Komm. z. GG, Art. 34 Rdziff. 191; Ossenbühl/Cornils S. 79; Hinke, DVBl. 1967, 641; Stuth S. 70 ff.; Luhmann S. 83; Link S. 201

<sup>892</sup> BGHZ 22, 258 (267)

Die Fälle der auf menschenunwürdige Haftbedingungen zurückzuführenden Amtshaftungsverfahren von Strafgefangenen haben bei der Rechtsprechung zu dem Ergebnis geführt, dass ein etwaiges Verschulden aus einer Gesamtbetrachtung abgeleitet wird:

*„Bei der gebotenen wertenden Gesamtschau liegt diesem Anspruch im Allgemeinen auch ein erhebliches Verschulden der verantwortlichen Staatsorgane zugrunde, das durchaus als „vorsatznah“ einzustufen ist, mit der Folge, dass die Frage des Verbots der Aufrechnung nach § 393 BGB im Raum steht. ... Die Notlage, die darauf beruht, dass der jeweiligen Justizvollzugsanstalt nicht genügend Haftplätze zur Verfügung stehen, mag zwar dazu führen, dass die Beamten „vor Ort“ nicht vorsätzlich i. S. d. § 276 Abs. 1 S. 1 BGB handeln; dies kann aber den Staat – unter dem Aspekt des Organisationsverschuldens – nicht entscheidend entlasten.“<sup>893</sup>*

Das Erfordernis des Verschuldens, obwohl zum Haftungsgrund gehörende Tatbestandsvoraussetzung, erfährt folglich durch die vorstehende Rechtsprechung eine Randbedeutung. In der Regel wird es für den Kläger im Amtshaftungsprozess ausreichend sein, den Nachweis der Verletzung einer drittbezogenen Amtspflicht zu führen, welche in adäquat kausaler Weise einen Schaden herbeigeführt hat; die Verwirklichung der Amtspflichtverletzung trägt sodann gleichsam das dictum der Vorwerfbarkeit in sich, das Verschulden wird damit faktisch indiziert. Damit hat sich gleichsam ein normativer Verschuldensmaßstab herauskristallisiert.<sup>894</sup> Dies entbindet das erkennende Gericht indessen nicht von einer sorgfältigen Prüfung im Einzelfall.<sup>895</sup>

#### *IV. Zur Beweisantizipation im Prozesskostenhilfe-Verfahren*

In eng begrenzten Fällen hat es das BVerfG für unbedenklich erachtet, eine – im Grundsatz unzulässige – Beweisantizipation<sup>896</sup> unbeanstandet zu lassen. Eine (verfassungsrechtliche) Prüfung beschränke sich in derlei Fällen auf die Frage, ob konkrete und nachvollziehbare Anhaltspunkte die Annahme rechtfertigten, dass eine Beweisaufnahme zum Nachteil des betroffenen PKH-Antragstellers ausgehen

<sup>893</sup> BGHZ 182, 301 (306) = NJW-RR 2010, 167 (168)

<sup>894</sup> Bericht der Kommission zur Reform des Staatshaftungsrechts S. 38; Link S. 202; Papier in: MünchKomm BGB, § 839 Rdziff. 283; Lochte-Handjery, JuS 2001, 1186 (1189); BGH NJW 1995, 2344 (2345); BGHZ 106, 323 (329, 330); BGHZ 22, 258 (263); BGHZ 4, 302 (313); BGHZ 2, 209 (214)

<sup>895</sup> Eine tatsächliche Vermutungswirkung für den dort entschiedenen Fall der rechtsfehlerhaften Fusionskontrolle ablehnend: LG Köln, BB 2013, 781 (783) sowie die Berufungsentscheidung OLG Düsseldorf, Urt. v. 26.03.2014 - VI-U(Kart) 43/13, juris Rdziff. 18, 19

<sup>896</sup> BGH NJW-RR 2013, 9 (10); BGH NJW 1970, 946 (950); Zöller/Greger, ZPO, § 286 Rdziff. 12

würde.<sup>897</sup> Einer solchen Beweisantizipation hat das BVerfG allerdings auch in einer nachfolgenden Entscheidung folgende Grenze gesetzt:

*„Der Anspruch auf Rechtsschutzgleichheit (Art. 3 Abs. 1 S. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG) verbietet es, bei der Entscheidung über die PKH-Gewährung die Anforderungen an die Erfolgsaussichten der Rechtsverfolgung zu überspannen. Schwierige, noch nicht geklärte Rechtsfragen dürfen dabei nicht im Prozesskostenhilfverfahren „durchentschieden“ werden.“<sup>898</sup>*

Diese Grundsätze gelten auch im Amtshaftungsrecht; eine Verletzung dieser Grundsätze wird dann offenbar, wenn sich eine den PKH-Antrag ablehnende gerichtliche Entscheidung im Amtshaftungsprozess ausschließlich auf die Akten eines staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahrens bezieht und andere mögliche Erkenntnisquellen unbeachtet lässt oder das Fachgericht bei einer entscheidungserheblichen Rechtsfrage von der bisher in der höchstrichterlichen Rechtsprechung vertretenen Ansicht und der herrschenden Meinung im Schrifttum abweicht.

#### F. Zwischenergebnis

Im Rahmen des Amtshaftungsanspruchs gem. § 839 Abs. 1 S. 1 BGB i. V. m. Art. 34 S. 1 GG ist das Verschulden notwendige tatbestandliche Voraussetzung; der Amtswalter muss eine ihm gegenüber Dritten obliegende Amtspflicht vorsätzlich oder fahrlässig verletzt haben. Dieses Verschuldenserfordernis ist durch die Rechtsprechung durch einen objektivierten Sorgfaltsmaßstab und die sog. Entindividualisierung aufgelockert bzw. aufgeweicht worden.<sup>899</sup> Durch die Anerkennung eines Organisationsverschuldens und die Einführung einer faktischen tatsächlichen Schuldvermutung<sup>900</sup> wird nicht nur auf individuelle Verantwortlichkeit des Amtswalters verzichtet, vielmehr nähert sich die Rechtsprechung auf diese Weise einer originären Staatshaftung an.

<sup>897</sup> BVerfG, Beschl. v. 03.09.2013 - 1 BvR 1419/13, juris Rdziff. 23; BVerfG NJW 2010, 288 (289); BVerfG NJW 1997, 2745 (2746); BVerfG NVwZ 1987, 786 (786); BVerfG NJW-RR 1993, 1090 (1090)

<sup>898</sup> BVerfG, Beschl. v. 26.12.2013 - 1 BvR 2531/12, juris OS 1 sowie Rdziff. 13

<sup>899</sup> Papier in: MünchKomm BGB, § 839 Rdziff. 283; Soergel/Vinke, BGB, § 839 Rdziff. 179

<sup>900</sup> teilweise wird von einem „prima-facie-Beweis“ gesprochen, vgl. Papier in: MünchKomm BGB, § 839 Rdziff. 283

## **Vierter Teil:**

### **Die sog. Kollegialgerichts-Richtlinie: Entwicklung – Anwendungsbereich – Einschränkungen**

In dem vorhergehenden Abschnitt wurden die Grundsätze herausgearbeitet, nach deren Maßgabe die Rechtsprechung von einem Verschulden des Amtswalters bei der Amtspflichtverletzung ausgeht. Anerkanntermaßen wird ein Verschulden dann verneint, wenn die sog. „Kollegialgerichts-Richtlinie“ eingreift und deren Anwendungsbereich eröffnet ist.

## **12. Kapitel: Grundsatz und Terminologie**

### **A. Grundsatz**

Nach Auffassung in der Rechtsprechung, der sich das Schrifttum angeschlossen hat, trifft einen Beamten in der Regel kein Verschulden, wenn ein mit mehreren Berufsrichtern besetztes Kollegialgericht die – jeweils im Einzelfall maßgebliche – Amtstätigkeit des Amtswalters als objektiv rechtmäßig angesehen hat. Diese Kollegialgerichts-Richtlinie beruht auf der Erwägung, dass von einem Beamten, der

allein und im Drang der Geschäfte handeln muss, keine bessere Rechtseinsicht erwartet werden kann als von einem Gremium mit mehreren Rechtskundigen, das in voller Ruhe und reiflicher Überlegung entscheidet, nachdem vorher der Prozessstoff in ganzer Fülle vor ihm ausgebreitet worden ist.<sup>901</sup>

Ob und inwieweit diese Kollegialgerichts-Richtlinie sachlich gerechtfertigt erscheint bzw. verfassungsrechtlichen Anforderungen zu genügen in der Lage ist, wird noch zu erörtern sein.

## B. Terminologie

Aus § 193 Abs. 1 GVG folgt, dass jedwede Entscheidung eines Kollegialgerichts auf einer Beratung und Abstimmung beruhen muss, wobei § 194 GVG den Verfahrensmodus bestimmt. Kollegialgericht ist ein mit mehreren (Berufs-)Richtern besetzter Spruchkörper.

<sup>901</sup> BGH, Beschl. v. 31.01.2014 - III ZR 84/13, juris Rdziff. 3; BGHZ 187, 286 (301) = NJW 2011, 1072 (1076); BGH, Beschl. v. 19.02.2009 - III ZR 154/08, juris Rdziff. 4; BGH, Beschl. v. 19.02.2009 - III ZR 168/08, juris Rdziff. 4; BGH, Beschl. v. 19.02.2009 - III ZR 167/08, juris Rdziff. 4; BGH NJW-RR 2008, 338 (340); BGH NJW-RR 2005, 1406 (1407); BGH NJW 2003, 1308 (1311), insoweit nicht abgedruckt in BGHZ 154, 54; BGH NVwZ-RR 2003, 166 (166) = BGHR BGB § 839 Abs. 1 S. 1 Verschulden 40; BGH NVwZ 2002, 1276 (1278); BGHZ 150, 172 (184) = NJW 2002, 1793 (1796) = BGHR BGB § 839 Abs. 1 S. 1 Verschulden 38; BGH NVwZ-RR 2000, 746 (748); BGH NJW 2000, 2672 (2674); BGH NVwZ 1998, 1329 (1330); BGH NVwZ 1998, 878 (879) = BGHR BGB § 839 Abs. 1 S. 1 Verschulden 32; BGH NJW 1998, 751 (752) = BGHR BGB § 839 Abs. 1 S. 1 Verschulden 31; BGH NVwZ 1997, 1243 (1244) = BGHR BGB § 839 Abs. 1 S. 1 Verschulden 30; BGHZ 134, 268 (275); BGH NJW-RR 1996, 379 (380); BGHZ 126, 386 (394), BGH NVwZ 1994, 825 (827) = BGHR BGB § 839 Abs. 1 S. 1 Verschulden 24; BGH NJW 1993, 3065 (3066); BGHZ 123, 1 (12) = NJW 1993, 3061 (3064); BGHZ 120, 184 (197) = NJW 1993, 1526 (1529); BGH NVwZ 1993, 1228 (1229); BGH BGHR BGB § 839 Abs. 1 S. 1 Verschulden 19; BGHZ 117, 240 (250) = NJW 1992, 3229 (3232); BGH NJW-RR 1992, 919 (919); BGH BGHR BGB § 839 Abs. 1 S. 1 Verschulden 14; BGH, Beschl. v. 21.12.1989 - III ZR 92/89, juris Rdziff. 5; BGH NJW 1989, 1924 (1925); BGHZ 103, 242 (249) = NJW 1988, 1776 (177); BGH BGHR BGB, § 839 Abs. 1 S. 1 Verschulden 7, 6, 3, 2; BGHZ 97, 97 (107) = NJW 1986, 2309 (2311); BGH VersR 1984, 870 (871); BGH VersR 1984, 333 (335); BGH NJW 1984, 168 (169); BGH NJW 1981, 2000 (2001), insoweit nicht abgedruckt in BGHZ 81, 21; BGH VersR 1981, 256 (257); BGHZ 73, 161 (164); BGH VersR 1976, 495 (498); BGH NJW 1975, 972; BGH BRS 34 Nr. 2; BGH NJW 1971, 1699 (1701); BGH VersR 1970, 922 (921); BGH NJW 1968, 2144 (2145); BGH VersR 1964, 89 (94); BGH VersR 1963, 1080 (1081), BGH VersR 1963, 845 (846); BGH VersR 1963, 628 (629); BGH VersR 1962, 259 (259); BGH VersR 1961, 533 (533); BGH VersR 1960, 255 (256); BGHZ 27, 338 (343); BGHZ 17, 153 (158); OLG Frankfurt, Urt. v. 14.05.2013 - 1 U 176/10, juris Rdziff. 184; OLG Hamm, Urt. v. 28.12.2012 - 11 U 15/11, juris Rdziff. 79; OLG Hamm, Beschl. v. 03.08.2012 - 11 W 25/12, juris Rdziff. 23; LG Hannover, Urt. v. 25.11.2010 - 14 O 57/10, juris Rdziff. 22 f.; Stein/Itzel/ Schwall Rdziff. 150; Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 211; Tremml/Karger/Luber Rdziff. 159; Palandt/ Sprau, BGB, § 839 Rdziff. 39; Detterbeck/Windthorst/Sproll, § 9 Rdziff. 184; Ossenbühl/Cornils S. 77; Bamberger/Roth/Reinert, BGB, § 839 Rdziff. 87; PWW/Kramarz, BGB, § 839 Rdziff. 35; Soergel/Vinke, BGB, § 839 Rdziff. 185; Schlick/Rinne, NVwZ 1997, 1171 (1173)

Die im vorbeschriebenen Sinn dargestellte „Kollegialgerichts-Richtlinie“<sup>902</sup> ist – bei Lichte betrachtet – überhaupt keine Richtlinie. Um eine Richtlinie handelt es sich bei einer Verwaltungsvorschrift, die kein förmliches Gesetz darstellt und die innerhalb des der Exekutive übertragenen Spielraums im Einklang mit den gesetzlichen Bestimmungen erlassen wird, z. B. Richtlinien für die dienstliche Beurteilung oder Regelungen für die Auswahl zwischen Notarbewerbern oder Bestimmungen über besoldungsrechtliche Mietzuschüsse.<sup>903</sup> Derlei Verwaltungsvorschriften bzw. Richtlinien sind, selbst im Rahmen eines sog. besonderen Gewaltverhältnisses, nicht in der Lage, eine entsprechende gesetzliche Ermächtigung zu ersetzen und haben daher keine nach außen wirkende Rechtsnormqualität.<sup>904</sup> Dies mag letztlich auch der Grund gewesen sein, dass mitunter in früheren Entscheidungen des BGH andere Bezeichnungen als „Richtlinie“ verwendet wurden, und zwar z. B. „Rechtssatz“<sup>905</sup> oder „Grundsatz“<sup>906</sup> oder „Regel“.<sup>907</sup> Im Hinblick auf die zwischenzeitlich bei dem BGH sowie den Ober- und Untergerichten gebräuchliche Terminologie soll auch für die vorliegende Arbeit weiterhin der Begriff „Kollegialgerichts-Richtlinie“ Verwendung finden, obschon es sich um keine „Richtlinie“ i. e. S. handelt.

---

<sup>902</sup> Mitunter ist – semantisch unzutreffend – in der Rechtsprechung des BGH auch von „Kollegialitätsrichtlinie“ die Rede (vgl. BGH NJW 2000, 2672 (2674 r. Sp.))

<sup>903</sup> Sachs in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 40 Rdziff. 215

<sup>904</sup> BVerfGE 80, 257 (265); BVerwGE 121, 103 (109); BVerwGE 75, 109 (116); BVerwGE 58, 45 (49/50); BGH NJW 1985, 1623 (1624); OVG Lüneburg, NdsVBl. 1998, 265 (266); Sachs in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 44 Rdziff. 75 m.w.N.

<sup>905</sup> BGHZ 17, 153 (158)

<sup>906</sup> BGHZ 27, 338 (343)

<sup>907</sup> BGHZ 73, 161 (164)

### 13. Kapitel: Die Entwicklung der Kollegialgerichts-Richtlinie in der Rechtsprechung

#### A. Die Entwicklung in der Rechtsprechung des Reichsgerichts

Bereits *Schmidt* hatte festgestellt, dass in der gängigen Kommentarliteratur die Entscheidung RGZ 106, 406 als früheste Belegstelle für die sog. Kollegialgerichts-Richtlinie angeführt wird.<sup>908</sup> In jener Entscheidung, die sich mit der Rechtmäßigkeit der Beschlagnahme eines Eisenbahnwagens und der darin befindlichen Ladung bzw. deren Verfall-Erklärung befasste, heißt es u. a.:

*„In ständiger Rechtsprechung pflegt das Reichsgericht ein Verschulden des Beamten zu verneinen, wenn es zwar selbst die Handlung des Beamten für objektiv unrechtmäßig und deshalb auch objektiv pflichtwidrig erachtet, das Landgericht oder Oberlandesgericht aber seine Handlung für objektiv berechtigt erklärt hat. Wenn die Frage der Rechtmäßigkeit einer Handlung derart zweifelhaft ist, dass ein Kollegialgericht nach mündlicher Verhandlung und der gebotenen sorgfältigen Prüfung die gegen die Rechtmäßigkeit der Handlung eines Beamten erhobenen Angriffe für unbegründet erklärt, so wird es dem Beamten selbst, und insbesondere einem Beamten, dessen Tätigkeit eine schnelle Entschließung fordert, regelmäßig nicht zum Verschulden angerechnet werden können, wenn auch er, wie das Instanzgericht, seine Handlung irrtümlich für rechtmäßig erachtete.“<sup>909</sup>*

Obschon das RG eine „ständige Rechtsprechung“ erwähnt hat, lässt sich eine solche anhand der früheren Entscheidungen nicht feststellen.<sup>910</sup> Mithin kann eben jene Entscheidung des RG gleichsam als der dogmatische Urknall der Kollegialgerichts-Richtlinie bezeichnet werden. Diese wurde von dem RG auch fortgeschrieben. In einer weiteren Entscheidung, die Amtspflichtverletzung eines Vollstreckungsrichters bei einer Zwangsversteigerung betreffend, heißt es u. a.:

*„An sich kann allerdings einem Richter, der in einer so umstrittenen, durch höchstrichterliche Entscheidung noch nicht geklärten Frage der einen von höheren Gerichten und anerkannten Rechtslehrern vertretenen Meinung folgt, daraus auch dann kein Vorwurf gemacht werden, wenn seine Meinung schließlich im Rechtsstreit nicht die Billigung der höchsten Instanz findet.“<sup>911</sup>*

In der vorgenannten Entscheidung knüpfte das RG unter Hinweis auf die von „anerkannten Rechtslehrern vertretene Meinung“ an eine frühere Entscheidung

<sup>908</sup> Schmidt, NJW 1993, 1630 (1630)

<sup>909</sup> RGZ 106, 406 (410)

<sup>910</sup> Schmidt, NJW 1993, 1630 (1630)

<sup>911</sup> RGZ 125, 24 (32)



an, in welcher es um das Verschulden eines Konkurs-Richters im Zusammenhang mit dem damals geltenden § 146 Abs. 1, 6 KO gegangen war. Das RG hatte in jener Entscheidung aufgrund eines entschuldbaren Rechtsirrtums ein Verschulden des Richters deswegen verneint, weil dieser für die von ihm vertretene Auffassung zahlreiche „namhafte Rechtslehrer“ auf seiner Seite hatte. Deshalb wurde ein Verschulden verneint, i. Ü. weil „das Reichsgericht als die höchste Instanz sich über die streitige Frage auszusprechen, bis jetzt noch keine Gelegenheit gehabt hat.“<sup>912</sup>

Im Zusammenhang mit einer Beschwerde gegen ein Zeitungsverbot führte das RG in einer späteren Entscheidung aus:

*„Andererseits kann aus der unrichtigen Auslegung auch deshalb kein begründeter Vorwurf gegen den verklagten Staat hergeleitet werden, weil nach der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts, an der festzuhalten ist, der Irrtum eines Beamten über die Rechtmäßigkeit seiner Handlung regelmäßig dann nicht schuldhaft ist, wenn es sich um eine derart zweifelhafte Rechtsfrage handelt, dass ein Kollegialgericht nach mündlicher Verhandlung und der gebotenen sorgfältigen Prüfung die gegen die Rechtmäßigkeit der Handlung des Beamten erhobenen Angriffe zurückweist.“<sup>913</sup>*

Die Kollegialgerichts-Richtlinie rückte auch in den Fokus der rechtlichen Betrachtung durch das RG in einer Entscheidung im Zusammenhang mit einem Jägerrengericht. Nachdem der III. Senat des RG darauf abgehoben hatte, dass es nicht darauf ankomme, welche Kenntnisse und Einsichten der Beamte tatsächlich besitze, sondern auf die für die Führung des von ihm übernommenen Amtes allgemein abgehoben hatte, führte es u. a. aus:

*„Zu Unrecht nimmt der Berufsrichter weiter an, das Verhalten des Provinzjägermeisters sei nicht als schuldhaft zu behandeln, weil das Landgericht die Entziehung des Jagdscheins für zulässig erachtet habe. Diese Annahme beruht auf einer Verkennung der Rechtsprechung des Reichsgerichts. Wenn es sich um eine zweifelhafte Rechtsfrage handelt, die objektiv falsch entschieden worden ist, so kann allerdings u. U. das Verschulden mit der Begründung verneint werden, dass ein Kollegialgericht die Rechtsfrage in gleicher Weise entschieden habe. Dort aber, wo es sich um klare Gesetzesbestimmungen handelt, die von jedem Verständigen ohne Weiteres verstanden werden können, kann von einer zweifelhaften Rechtsfrage überhaupt keine Rede sein.“<sup>914</sup>*

Im Zusammenhang mit einer Maßregelung von Ärzten durch die Kassenärztliche Vereinigung führte der insoweit zuständige III. Senat des RG u. a. aus:

---

<sup>912</sup> RGZ 85, 64 (72)

<sup>913</sup> RGZ 141, 328 (334)

<sup>914</sup> RGZ 156, 34 (41)

*„Allerdings hat das Reichsgericht mehrfach ein Verschulden des Beamten dann verneint, wenn es zwar selbst die Handlung des Beamten für sachlich pflichtwidrig erachtet, aber das Landgericht und das Oberlandesgericht sie für sachlich berechtigt erklärt haben. Indessen ist bereits in der grundlegenden Entscheidung (RGZ Bd. 106 S. 406 (410)) hervorgehoben worden, dass dies besonders dann gelte, wenn es sich um die Tätigkeit eines Beamten handele, die eine schnelle Entschließung fordere, eine Voraussetzung, die im vorliegenden Fall schwerlich gegeben sein wird. Das Reichsgericht hat in der genannten Entscheidung und den ihr folgenden überhaupt nichts weiter aufgestellt als eine allgemeine Richtlinie für die rechtliche Würdigung von notwendigerweise verschiedenartigen Sachverhalten, für deren endgültige Beurteilung daher in jedem Falle die Gesamtheit seiner Umstände ausschlaggebend sein muss.“<sup>915</sup>*

Die auf diese Weise skizzierte Kollegialgerichts-Richtlinie hat über die vorerwähnten Entscheidungen hinaus auch in zahlreichen anderen reichsgerichtlichen Urteilen Eingang gefunden.<sup>916</sup>

## B. Die Entwicklung in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs

Der III. Zivilsenat des BGH hat die ursprünglich vom RG in der bereits vorerwähnten Entscheidung RGZ 106, 406 erstmals aufgestellte „Kollegialgerichts-Richtlinie“ in seiner Rechtsprechung weiter fortgeführt, hat es allerdings – ebenso wenig wie das RG – dogmatisch zu fundieren vermocht, warum der Grundsatz, von einem Beamten könne nicht eine bessere Rechtseinsicht als von einem Kollegialgericht erwartet werden, nur für den Bereich der Amtshaftung Anwendung finden soll. Auf alle anderen Bereiche der zivilrechtlichen Verschuldenshaftung ist die „Richtlinie“ nicht angewendet worden. Begründet wird dies zwar vom BGH damit, der „Geltungsanspruch des Rechts“ fordere es, dass der Verpflichtete das Risiko seines Irrtums über die Rechtslage selbst zu tragen habe.<sup>917</sup> Die vom BGH gegebene Begründung vermag indes nicht zu überzeugen. Warum wird einem Beamten das Risiko eines Irrtums über die Rechtslage abgenommen?<sup>918</sup>

Ungeachtet der vorstehenden dogmatischen Ungereimtheiten wandte und wendet der BGH diese „Richtlinie“ nach wie vor an. Im Zusammenhang mit der Erteilung eines – als objektiv unzulässig betrachteten – Strafregisterauszuges entschied der BGH:

<sup>915</sup> RGZ 164, 15 (41)

<sup>916</sup> RG JW 1931, 2363<sup>2</sup>; RGJW 1933, 1064<sup>15</sup>; RG JW 1938, 810<sup>37</sup>; RG JW 1938, 2287<sup>24</sup>; RG HRR 1931 Nr. 854; HRR 1933 Nr. 647; HRR 1935 Nr. 734

<sup>917</sup> BGH NJW 1983, 2318 (2321); BGH NJW 1982, 635 (637); ähnlich: BGH, Beschl. v. 19.02.2009 - III ZR 168/08, juris Rdziff. 4; BGH, Beschl. v. 19.02.2009 - III ZR 154/08, juris Rdziff. 4, dort unter Hinweis auf die unternehmerische Entscheidung, für die die betreffende juristische Person des Privatrechts selbst die Verantwortung zu übernehmen habe.

<sup>918</sup> so bereits Schmidt, NJW 1993, 1630 (1630)

*„Die Revision beruft sich demgegenüber zu Unrecht auf den in der Rechtsprechung herausgebildeten Grundsatz, dass das Verschulden eines Beamten in der Regel dann zu verneinen sei, wenn ein Kollegialgericht sein Verhalten als objektiv gerechtfertigt angesehen habe. Dieser Grundsatz gilt nicht uneingeschränkt, sondern kann nur dann zur Anwendung kommen, wenn ein Beamter eine wirklich zweifelhafte, schwierig zu lösende Rechtsfrage falsch beantwortet hat.“<sup>919</sup>*

Mit dieser Entscheidung und dem Hinweis auf den Geltungsbereich der „Richtlinie“ nur bei zweifelhaften, schwierig zu lösenden Rechtsfragen knüpfte der BGH an eine seiner früheren Entscheidungen an, in welcher es um einen Ersatzanspruch wegen einer Trümmerverwertung gegangen war. Die Kollegialgerichts-Richtlinie könne, so das Gericht, bei der Beurteilung schwieriger Rechtsfragen gelten. Handele es sich aber um Fragen der Abgrenzung des verwaltungsmäßigen Ermessens, könne insoweit eine richtige Beurteilung von den zuständigen Verwaltungsbehörden verlangt werden.<sup>920</sup> Eine Entscheidung, in der es um eine Amtspflichtverletzung von Staatsanwaltschaft und Haftrichter im Zusammenhang mit einer von der Staatsanwaltschaft an die Presse erteilte Auskunft bzw. dem Erlass eines Haftbefehls gegangen war, gab für den BGH Anlass, sich erstmals damit zu befassen, unter welchen Voraussetzungen eine Ausnahme von der Kollegialgerichts-Richtlinie zu machen sei. Dies gelte insbesondere dann, wenn eine „eindeutige Bestimmung handgreiflich falsch ausgelegt“ worden sei.<sup>921</sup>

Weitere Einschränkungen erfolgten in späteren Entscheidungen:

*„Darüber hinaus gilt der Grundsatz, dass ein Verschulden eines Beamten nicht angenommen werden kann, wenn ein Kollegialgericht sein Verhalten als objektiv gerechtfertigt gebilligt hat, nicht schlechthin. Er kommt insbesondere dann nicht zur Anwendung, wenn das Kollegialgericht – das gilt hier auch für die Ausführungen des Landgerichts – den Sachverhalt im Hinblick auf das Vorliegen von Amtspflichtverletzungen nicht ausreichend oder nicht erschöpfend gewürdigt hat, sowie wenn es schon in seinem rechtlichen Ausgangspunkt einer fehlsamen Betrachtungsweise unterlegen ist.“<sup>922</sup>*

Anlass für Klarstellungen gab eine Entscheidung, in welcher der Kläger von dem beklagten Land Schadensersatz wegen der gerichtlichen Behandlung einer Nachlasssache forderte. In diesem Verfahren hatte die Revision des beklagten Landes eingewandt, das Verhalten der Nachlassrichterin werde schon dadurch entschuldigt, dass das LG als Kollegialgericht die richterlichen Beschlüsse gebilligt hätte. Hier setzte der BGH an und führte aus:

---

<sup>919</sup> BGHZ 17, 153 (158)

<sup>920</sup> BGHZ 10, 361 (367); ähnlich: BGHZ 15, 17 (20)

<sup>921</sup> BGHZ 27, 338 (343) = NJW 1959, 35 (37)

<sup>922</sup> BGH NJW 1960, 1244 (1245); ebenso: BGH WM 1961, 207 (209)

*„Zu Unrecht allerdings meint die Revision des beklagten Landes, das Verhalten der Nachlassrichterin werde schon dadurch entschuldigt, dass die 83. Zivilkammer des Landgerichts, ein Kollegialgericht, es mit den Beschlüssen vom 21. Juni 1956 und 27. Juni 1956 gebilligt habe. Denn diese Beschlüsse erklärten das Verhalten der Nachlassrichterin, in dem das Kammergericht eine Amtspflichtverletzung sieht – nämlich die Nichtanhörung des Klägers – nicht für objektiv gerechtfertigt, wie es die Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs voraussetzt (vgl. BGB RGRK zu § 839 Anm. 48). Vielmehr hat das Landgericht, nachdem es eigene Ermittlungen angestellt hat, lediglich die rechtlichen Erwägungen der Nachlassrichterin und deren Ergebnis gebilligt, ohne sich zu der Frage zu äußern, ob die Anhörung des Klägers erforderlich war.“<sup>923</sup>*

Die Kollegialgerichts-Richtlinie hielt der BGH bei grundsätzlichen Maßnahmen zentraler Dienststellen für in der Regel nicht anwendbar, zumal wenn sie in Anwendung eines ihnen besonders vertrauten Spezialgesetzes getroffen würden.<sup>924</sup>

Im Hinblick auf die weitere Entwicklung in der Rechtsprechung des BGH darf auf die nachstehenden Ausführungen sowie die diesbezüglichen Verweise zum Zwecke der Vermeidung von Wiederholungen Bezug genommen werden.

---

<sup>923</sup> BGH VersR 1961, 507 (510)

<sup>924</sup> BGH NJW 1962, 793 = VersR 1962, 259; ähnlich: BGH VersR 1963, 628 (629)

## 14. Kapitel: Anwendungsbereich und Grenzen der Kollegialgerichts-Richtlinie

### A. Anwendungsbereich: Amtshaftung

Die bereits vorbeschriebene Kollegialgerichts-Richtlinie ist für Amtspflichtverletzungen entwickelt worden und findet im Rahmen der Amtshaftung Anwendung.<sup>925</sup> Ebenso findet die Kollegialgerichts-Richtlinie im Bereich der Notarhaftung Anwendung, denn die Notarhaftung gem. § 19 BNotO ist ein Sonderfall der Amtshaftung; auf die Anwaltshaftung können die Grundsätze in Bezug auf die Kollegialgerichts-Richtlinie indessen nicht übertragen werden.<sup>926</sup> Die – grundsätzlich zugunsten des Notars geltende – Richtlinie findet dann keine Anwendung, wenn ein Kollegialgericht in dem jeweiligen Einzelfall die maßgeblichen Pflichten lediglich unter dem Gesichtspunkt der Neutralitätspflicht des Notars betrachtet und sonstige Verpflichtungen, z. B. die Pflicht zur Erforschung des Willens der Urkundsbeteiligten gem. § 17 Abs. 1 S. 1 BeurkG, nicht in den Blick genommen hat.<sup>927</sup>

Die Beschränkung der Anwendung<sup>928</sup> auf den Bereich der Amtshaftung führt dazu, dass die vorgenannte Richtlinie auch in dem jeweiligen Instanzenzug des Amtshaftungsprozesses anwendbar bleibt. Dies zeigt folgender Fall:

Ein Finanzamt betrieb aus in Bestandskraft erwachsenen Umsatz- und Einkommensteuerbescheiden die Zwangsvollstreckung, erließ zu dem Zweck Duldungsbescheide und erwirkte die Zwangsverwaltung für zwei Grundstücke, nachdem für diese Grundstücke Sicherungshypotheken eingetragen worden waren. Das Finanzamt erließ sodann für die rückständige Einkommensteuer und Kirchensteuer Abrechnungsbescheide, gegen die Klage erhoben wurde. Auf diese Klage hin hob das zuständige Finanzgericht in weit überwiegendem Umfang die Bescheide auf. Sodann erhob die Ehefrau des Bescheidempfangers Amtshaftungsklage mit der Begründung, ihr seien durch die Aufrechterhaltung der Zwangsvollstreckung ganz erhebliche Schäden entstanden. Das Gericht I. Instanz wies die Klage ab, die dagegen erhobene Berufung blieb – ebenso wie die Revision – ohne Erfolg. Ein Amtshaftungsanspruch scheitere nach Ansicht des BGH jedenfalls am fehlenden Verschulden des beklagten Landes. Denn nachdem das Berufungsgericht bereits den objektiven Tatbestand einer Amtspflichtverletzung verneint habe, sei die Kollegialgerichts-Richtlinie anwendbar, die besage, dass

<sup>925</sup> vgl. die Hinweise in FN 901; Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 212

<sup>926</sup> BGH, WM 2013, 1426 (1427) = juris Rdziff. 5; BGH WM 2003, 1146 (1149); BGH WM 1986, 199 (202)

<sup>927</sup> BGH NJW 2011, 1355 (1357); BGH NJW 2009, 71 (73); BGH NJW 2005, 3495 (3497); Haug/Zimmermann Rdziff. 100 ff.

<sup>928</sup> zu den Beschränkungen und Grenzen der Anwendung sogleich s. u. S. 275 ff.

einen Beamten in der Regel kein Verschulden treffe, wenn ein mit mehreren Rechtskundigen besetztes Kollegialgericht die Amtstätigkeit als objektiv rechtmäßig angesehen habe.<sup>929</sup> Ob und inwieweit die Anwendung der Kollegialgerichts-Richtlinie im Instanzenzug des Amtshaftungsprozesses frei von Bedenken ist, wird noch zu erörtern sein.<sup>930</sup>

Der Umstand, dass die Kollegialgerichts-Richtlinie nur im Bereich des Amtshaftungs- bzw. Notarhaftungsrechts anwendbar ist, führt jedoch nicht dazu, dass die Prüfung dieser Richtlinie auf die Zivilgerichtsbarkeit beschränkt bliebe; auch im Bereich der Verwaltungs- und der Sozialgerichte wird die Kollegialgerichts-Richtlinie geprüft, dies bereits im Hinblick auf die sog. Fortsetzungsfeststellungsklage i. S. d. § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO bzw. § 131 Abs. 1 S. 3 SGG. Die Verwaltungs- bzw. Sozialgerichte prüfen im Rahmen eines derartigen Fortsetzungsfeststellungsverfahrens und der vor dem Hintergrund des Gebots effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG)<sup>931</sup>, ob dem Kläger ein dafür notwendiges Feststellungsinteresse zur Seite steht, was u. a. dann zu bejahen ist, wenn der Kläger eines Fortsetzungsfeststellungsverfahrens ein Amtshaftungsklageverfahren beabsichtigt und ein Amtshaftungsanspruch nicht von vornherein als offensichtlich aussichtslos anzusehen ist.<sup>932</sup> Im Zusammenhang mit dieser Präjudizialität wird von den Verwaltungsgerichten sowie von den Sozialgerichten auch im Rahmen des Verschuldens die Kollegialgerichts-Richtlinie inzident angewandt bzw. überprüft.<sup>933</sup> Dies hat zur Konsequenz, dass z. B. ein OVG im Rahmen des Beru-

<sup>929</sup> NVwZ 1998, 878 (879) = BGHR BGB § 839 Abs. 1 S. 1 Verschulden 32

<sup>930</sup> vgl. dazu u. S. 289 ff.

<sup>931</sup> zur Effektivität des Rechtsschutzes bei Fortsetzungsfeststellungsbegehren jüngst BVerfG NJW 2013, 1943 (1944) sowie Beschl. v. 28.02.2013 – 2 BvR 612/12, juris Rdziff. 19 ff.

<sup>932</sup> Decker in: Posser/Wolff, VwGO, § 113 Rdziff. 85; Kopp/Schenke, VwGO, § 113 Rdziff. 136; BVerwG, Urt. v. 17.08.2005 – 2 C 36/04, juris Rdziff. 27; BVerwG, Beschl. v. 03.05.2004 – 6 B 17.04, juris Rdziff. 3; BVerwG NJW 2001, 1878 (1881); BVerwG, Beschl. v. 23.03.1993 – 2 B 28/93, juris Rdziff. 6; OVG Lüneburg, Beschl. v. 29.08.2007 – 10 LA 31/06, juris Rdziff. 8 sowie die Nachweise in der nachfolgenden FN

<sup>933</sup> **Aus dem Bereich der Verwaltungsgerichtsbarkeit:** BVerwG, Urt. v. 16.05.2013 – 8 C 41/12, juris Rdziff. 46; BVerwG, Urt. v. 21.03.2013 – 3 C 6/12, juris Rdziff. 12; BVerwG NVwZ 2011, 618 (622); BVerwG NVwZ 2009, 1431 (1432); BVerwG, Urt. v. 17.08.2005 – 2 C 36/04, juris Rdziff. 27; BVerwG NVwZ 2004, 104 (105); BVerwG 121, 169 (175); BVerwG Buchholz 310 § 43 VwGO Nr. 139 = juris Rdziff. 3; BVerwG NVwZ 1999, 404 (405); BVerwG NVwZ-RR 1997, 41 (42); BVerwG DÖV 1996, 617; BVerwGE 97, 214 (222); BVerwG DÖV 1992, 1069; BVerwG DVBl. 1991, 51; BVerwG NJW 1990, 931; BayVGh, Beschl. v. 30.09.2014 – 11 ZB 14.856, juris Rdziff. 14 ff.; BayVGh, Beschl. v. 30.06.2014 – 5 ZB 12.2574, juris Rdziff. 6; BayVGh, Beschl. v. 17.02.2014 – 2 ZB 11.1775, juris Rdziff. 5; BayVGh, Urt. v. 04.02.2014 – 10 B 10.2913, juris Rdziff. 52; BayVGh, Beschl. v. 19.06.2013 – 2 ZB 12.368, juris Rdziff. 5; BayVGh, Urt. v. 20.12.2012 – 2 B 12.1977, juris Rdziff. 24; OVG Sachsen-Anhalt, Urt. v. 06.08.2012 – 2 L 6/10, juris Rdziff. 59; Hess. VGh NVwZ 2012, 1350 (1351) = juris Rdziff. 23; Sächs. OVG, Urt. v. 13.03.2012 – 4 A 18/11, juris Rdziff. 23; BayVGh, Urt. v. 09.02.2012 – 11 B 10.2791, juris Rdziff. 55; OVG Münster, Beschl. v. 12.09.2011 – 13 A 1090/11, juris Rdziff. 7; **aus dem Bereich der Sozialgerichtsbarkeit:** BSGE 101, 235 (240 f.); BSGE 79, 33 (34);

fungszulassungsverfahrens einer Fortsetzungsfeststellungsklage mangels Präjudizialität (oder: Präjudizinteresses) den Erfolg versagen kann, wenn das VG in Kammerbesetzung den Fortsetzungsfeststellungsantrag mit Rücksicht auf die Rechtmäßigkeit des VA bzw. des amtswalterischen Handelns abschlägig beurteilt hat.<sup>934</sup>

Da der allgemeine Verschuldensmaßstab des Bürgerlichen Rechts auch für die Haftung des Dienstherrn auf Schadensersatz wegen der Verletzung von Pflichten aus dem Beamtenverhältnis herangezogen wird, ist die Kollegialgerichts-Richtlinie auch in beamtenrechtlichen (Konkurrenten-)Streitigkeiten für anwendbar erklärt worden.<sup>935</sup>

## B. Grenzen der Anwendung

Die Kollegialgerichts-Richtlinie findet ihren Niederschlag im Bereich des Verschuldens bei der Amtshaftung. Dieser Anwendungsbereich ist in zweierlei Hinsicht eingeschränkt. Einerseits gilt die Richtlinie noch nicht einmal ausnahmslos für alle Amtshaftungsfälle. So hat z. B. der BGH die Anwendbarkeit der Richtlinie in einem Fall verneint, in welchem es um die Setzung von Ortsrecht ging; es stellte sich dort die Frage, ob die Streupflicht durch die Gemeinde wirksam auf die Straßenanlieger hinsichtlich der als Gehweg benutzten Teile der Fahrbahn beim Fehlen eines ausgebauten Bürgersteigs abgewälzt werden konnte. Nach Auffassung des BGH könnten bei der Setzung von Ortsrecht die für die Auslegung zweifelhafter Gesetzesbestimmungen entwickelten Grundsätze keine Anwendung finden.<sup>936</sup> Der BGH hat es andererseits abgelehnt, die Kollegialgerichts-Richtlinie auf andere Bereiche der Verschuldenshaftung zu übertragen.<sup>937</sup> Es stellt sich bereits prima vista die Frage, warum – ohne nähere Erklärung über eine solche differenzierte Handhabung – ein Beamter von den etwaigen Vorteilen der Kollegialgerichts-Richtlinie profitieren darf, während dies in anderen Bereichen der Verschuldenshaftung nicht der Fall sein soll. Auch auf diesen Aspekt wird noch näher einzugehen sein.

Auf die Tätigkeit eines Gutachterausschusses im Sinne des § 192 BauGB findet die Kollegialgerichts-Richtlinie nach Ansicht des BGH keine Anwendung, weil der Ausschuss sich (nur) mit tatsächlichen Bewertungsfragen, jedoch nicht mit Rechtsfragen befasse. Entscheidungen der Baulandkammer bzw. des Baulandse-

---

BSGE 34, 248 (251); BayLSG, Urt. v. 29.07.2009 – L 10 AL 138/08, juris Rdziff. 30; LSG Berlin, Urt. v. 20.10.2004 – L 7 KA 64/01, juris Rdziff. 17

<sup>934</sup> Sächsisches OVG, Beschl. v. 20.12.2013 – 1 A 507/12, juris

<sup>935</sup> BVerwGE 124, 99 (106) = NVwZ 2006, 212 (213); OVG Münster, Beschl. v. 17.06.2010 – 6 A 3356/08, juris Rdziff. 6; OVG Saarlouis, Beschl. v. 19.11.2007 – 1 A 397/07, juris Rdziff. 17

<sup>936</sup> BGH, Urt. v. 24.11.1966 – III ZR 86/55, juris Rdziff. 40

<sup>937</sup> vgl. die Nachweise bei Schmidt, NJW 1993, 1630 (1630), dort zu FN 9-15

nats würden mithin keine entlastende Wirkung zeitigen, selbst wenn diese Spruchkörper das Gutachten für zutreffend hielten.<sup>938</sup>

---

<sup>938</sup> BGH, Beschl. v. 31.01.2014 - III ZR 84/13, juris Rdziff. 3; dazu auch Schlick, NJW 2014, 2915 (2918)



## 15. Kapitel: Voraussetzungen der Anwendbarkeit der Kollegialgerichts-Richtlinie

### A. Vorliegen einer kollegialgerichtlichen Entscheidung

Es ist bereits zu Anfang dieses Teils<sup>939</sup> hervorgehoben worden, dass ein Verschulden nur dann als ausgeschlossen angesehen wird, wenn ein mit mehreren Berufsrichtern besetztes Kollegialgericht die Amtstätigkeit als objektiv rechtmäßig erachtet hat. Dies setzt eine kollegialgerichtliche Entscheidung voraus.

#### *I. Beschaffenheit der Entscheidung*

Zunächst einmal sei hervorgehoben, dass für das Eingreifen der Richtlinie nicht notwendigerweise eine – kollegialgerichtliche – Entscheidung vorliegen muss, die aufgrund mündlicher Verhandlungen im Urteilsverfahren getroffen worden ist. Es ist nach Maßgabe der höchstrichterlichen Rechtsprechung auch ausreichend, dass ein Gerichtsbescheid ergangen ist. Wenn es die jeweilige einschlägige Verfahrensordnung zulässt, dass sich ein Gericht seine Überzeugung über die Rechtmäßigkeit eines behördlichen Aktes auch ohne mündliche Verhandlung bildet, so muss eine auf diese Weise gewonnene – urteilsvertretende – Erkenntnis auch im Amtshaftungsprozess die gleiche Wirkung zeitigen wie ein aufgrund mündlicher Verhandlung ergangenes Urteil.<sup>940</sup> Diese Ansicht erscheint konsequent, denn eine in sich konsistente gerichtliche Entscheidung bedarf nicht notwendigerweise einer vorherigen mündlichen Verhandlung.

Allerdings hat der BGH die vorgenannten Grundsätze wiederum einer Einschränkung zugeführt. Der Grundsatz, dass die Billigung des Verhaltens eines Beamten durch ein mit mehreren Rechtskundigen besetztes Kollegialgericht den Vorwurf des Verschuldens bei einer Amtspflichtverletzung ausschließt, greift nicht ein, wenn das Gericht lediglich nach summarischer Prüfung entschieden hat, z. B. im Rahmen der Ablehnung einer gem. § 123 VwGO beantragten einstweiligen Anordnung.<sup>941</sup> Dies kann auch für solche Beschlüsse gelten, die (lediglich) im Rahmen des Prozesskostenhilfe-Verfahrens betroffen werden, freilich mit einer entsprechenden Einschränkung. Im Rahmen eines Verfahrens, in welchem über die Amtspflichtverletzung eines Hochschuldekans im Zusammenhang mit einer Magisterprüfung zu entscheiden war, verwies der BGH darauf, dass das Berufungsgericht zutreffend den landgerichtlichen Prozesskostenhilfebeschluss nicht

---

<sup>939</sup> s. o. S. 265 ff.

<sup>940</sup> BGH NVwZ 1998, 1329 (1329); BGHR BGB, § 839 Abs. 1 S. 1 Verschulden 14

<sup>941</sup> BGHZ 143, 362 (372) = NVwZ 2000, 1206 (1209); BGHZ 117, 240 (250) = NJW 1992, 3229 (3232); BGH NJW 1986, 2954 (2954)

als eine zulässige kollegialgerichtliche Entscheidung angesehen habe.<sup>942</sup> Dies wird man dahingehend zu relativieren haben, dass die Vorinstanz den Prozesskostenhilfe-Beschluss nur deswegen nicht als – verschuldensausschließende – Kollegialgerichts-Entscheidung angesehen hat, weil die Entscheidung in der Sache unzureichend gewesen sei; das Landgericht habe keinerlei Ausführungen dazu gemacht, die den Rückschluss auf ein rechtmäßiges Verhalten zulassen würden.<sup>943</sup>

M. E. wird man nicht generell eine Entscheidung deswegen von vornherein ablehnen können, weil sie lediglich summarischen Charakter in sich trägt. Auch eine solche kann sehr den Akteninhalt und damit das Vorbringen der Parteien ausführlich berücksichtigen und abwägen. Der Unterschied zu einem Gerichtsbescheid, den der BGH noch für zulässig angesehen hat, drängt sich nicht auf. Denn anderenfalls könnte ja auch eine Entscheidung in einem beamtenrechtlichen Konkurrentenverfahren nicht als Grundlage etwaiger schadensersatzrechtlicher Überlegungen herangezogen werden. Derlei beamtenrechtliche Konkurrentenverfahren werden aber weit überwiegend im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes nach näherer Maßgabe des § 123 VwGO entschieden. Solche Entscheidungen in beamtenrechtlichen Konkurrentenstreitigkeiten sind nach Auffassung des BVerwG grundsätzlich für die Anwendung der Kollegialgerichts-Richtlinie geeignet. Denn das Gebot des effektiven Rechtsschutzes gem. Art. 19 Abs. 4 i. V. m. Art. 33 Abs. 2 GG fordert von den Gerichten im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes eine eingehende tatsächliche und rechtliche Prüfung des Anspruchs auf leistungsgerechte Einbeziehung in die Bewerberauswahl, weil unterlegenen Bewerbern regelmäßig nur dieses Verfahren zur Verfügung steht.<sup>944</sup>

Das Erfordernis einer kollegialgerichtlichen Entscheidung bedeutet natürlich auch, dass das konkret in Rede stehende Verhalten des Amtswalters Gegenstand kollegialgerichtlicher Billigung gewesen ist; keineswegs ist es ausreichend, dass ähnliche Sorgfaltsanforderungen in der Rechtsprechung unterschiedlich beurteilt worden sind; kann sich also der Amtswalter lediglich allgemein auf ähnliche/vergleichbare Gerichtsentscheidungen zu berufen, die seine Rechtsauffassung stützen, vermag dies nicht Anwendung der Kollegialgerichts-Richtlinie zu rechtfertigen.<sup>945</sup>

## II. Besetzung des die Entscheidung treffenden Kollegialgerichts

### 1. Grundsatz

Die Kollegialgerichts-Richtlinie kommt nur dann zur Anwendung, wenn eine Entscheidung auch von einem „Kollegialgericht“ getroffen worden ist. Dies trifft

<sup>942</sup> BGH BGHR GG Art. 34 S. 1 Universität 1 = juris Rdziff. 5

<sup>943</sup> OLG Koblenz, NVwZ 1989, 899 (900) = juris Rdziff. 34

<sup>944</sup> BVerwGE 124, 99 (102) = NVwZ 2006, 212 (213) unter Hinweis auf BVerfG, NVwZ 2003, 200; BVerwGE 118, 370 (373)

<sup>945</sup> BGH NVwZ-RR 2003, 166 (166); Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 212

nur zu, wenn das die Entscheidung treffende Spruchorgan (Kammer, Senat) mit mehreren Berufsrichtern besetzt ist; wenn an der Entscheidungsfindung eines Gerichts lediglich ein Berufsrichter (nebst ehrenamtlichen Richtern) beteiligt war, greift die Kollegialgerichts-Richtlinie von vornherein nicht ein.<sup>946</sup> Dies trifft mit hin auf Urteile der Arbeitsgerichtsbarkeit und der Sozialgerichtsbarkeit sowie auf amtsrichterliche Urteile zu. Zu hinterfragen ist jedoch, ob die Nichtanwendung der Kollegialgerichts-Richtlinie auch dann gerechtfertigt erscheint, wenn anstelle einer Kammer eines Verwaltungsgerichts als Spruchkörper ein (konsentierter) Einzelrichter i. S. d. §§ 6, 87 a Abs. 2, 3 VwGO eine Entscheidung getroffen hat.

2. Entscheidung eines (konsentierten) Einzelrichters bei dem Verwaltungsgericht  
Durch § 6 VwGO wird der Kammer eines Verwaltungsgerichts die Möglichkeit gegeben, den Rechtsstreit einem ihrer Mitglieder als Einzelrichter zur Entscheidung zu übertragen. Dies betrifft rechtlich und tatsächlich einfach gelagerte Fälle, wobei dann der Einzelrichter nach der Übertragung auf ihn selbständig anstelle der Kammer tätig wird. Unter einem Einzelrichter i. S. d. § 6 VwGO ist das Mitglied eines Spruchkörpers (Kammer) zu verstehen, welches kraft Gesetzes oder durch Beschluss dazu bestimmt ist, anstelle des Spruchkörpers (Kammer) eine die Instanz abschließende Entscheidung zu treffen.<sup>947</sup> Der Anwendungsbereich des § 6 VwGO ist nicht auf Urteilsverfahren beschränkt, sondern umfasst auch die Beschlussverfahren.<sup>948</sup> Dies wirft insbesondere in zweierlei Hinsicht Fragen in Bezug auf die Nichtanwendung der Kollegialgerichts-Richtlinie auf:

Zum ersten sind Bedenken deswegen angezeigt, weil infolge einer Einzelrichterübertragung i. S. d. § 6 VwGO bzw. einer Einzelrichterentscheidung i. S. d. § 87 a VwGO auch in beamtenrechtlichen Konkurrentenstreitigkeiten, für die nach Maßgabe der Rechtsprechung die Kollegialgerichts-Richtlinie „ausnahmsweise“ dann doch wieder Anwendung finden soll, ein Zwiespalt eröffnet wäre. Soll in beamtenrechtlichen Konkurrentenstreitigkeiten, in denen die Kammer als Spruchkörper eine Entscheidung i. S. d. § 123 VwGO trifft, als Kollegialgericht anzusehen sein, während dies für einen Einzelrichter, der „anstelle“ der Kammer eine Entscheidung ebenfalls in einer beamtenrechtlichen Konkurrentenstreitigkeit fällt, nicht zutreffen soll? Diese Frage ist – soweit ersichtlich – in der Rechtsprechung noch nicht entschieden. M. E. muss dahingehend entschieden, dass der Begriff des Kollegialgerichts einer einschränkenden Auslegung nicht zugänglich ist. Ein

---

<sup>946</sup> BGH, Beschl. v. 18.12.2014 - III ZR 108/14 - juris; BGH NJW-RR 2013, 1490 (1491); BGHZ 150, 172 (184); BGH NJW 1996, 2422 (2424), insoweit nicht abgedruckt in BGHZ 132, 181; BGH VersR 1968, 371 (373); Stein/Itzel/Schwall Rdziff. 151; Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 217

<sup>947</sup> Gersdorf in: Posser/Wolff, VwGO, § 6 Rdziff. 4; Eyermann/Geiger, VwGO, § 6 Rdziff. 1; Kopp/Schenke, VwGO, § 6 Rdziff. 1; eine entsprechende Vorschrift findet sich in § 155 ABs. 3, 4 SGG für das sozialgerichtliche Berufungsverfahren

<sup>948</sup> Gersdorf in: Posser/Wolff, VwGO, § 6 Rdziff. 8; Kopp/Schenke, VwGO, § 6 Rdziff. 2; Stelkens in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 6 Rdziff. 7

Einzelrichter bleibt nun einmal ein Einzelrichter und stellt kein „Kollegialgericht“ dar. Mithin besteht kein Anlass, den eine Entscheidung fällenden Einzelrichter in der Verwaltungsgerichtsbarkeit anders zu behandeln als den (ggf. mit ehrenamtlichen Richtern entscheidenden) Berufsrichter in der Arbeitsgerichtsbarkeit bzw. in der Sozialgerichtsbarkeit.

Davon zu unterscheiden ist allerdings die Frage, ob eine Einzelrichter-Entscheidung gänzlich bedeutungslos ist.

### 3. Indizwirkung einer Einzelrichter-Entscheidung

Obschon ein Einzelrichter kein „Kollegialgericht“ darstellt, wird man dessen Entscheidung nicht als von vornherein für die Verschuldensfrage völlig bedeutungslose Entscheidung abtun können. Vielmehr wird darauf abzustellen sein, ob die Erwägungen, die das Verwaltungs-, Arbeits- oder Sozialgericht (oder der Einzelrichter der zivilgerichtlichen Kammer) getroffen hat, als sachfremd zu bezeichnen sind. Vielmehr wird es hier, wie auch sonst bei der Kollegialgerichts-Richtlinie darauf ankommen, inwieweit sich der Einzelrichter mit der Angelegenheit sorgfältig befasst hat bzw. sich vom Wortlaut und Sinn der anzuwendenden Bestimmungen entfernt hat oder aber bei der Auslegung von Vorschriften eine überhaupt nicht mehr vertretbare und vom Wortlaut der Vorschrift nicht mehr gedeckte Auffassung vertreten hat. Sind die vonseiten des Einzelrichters angestrebten Überlegungen und Erwägungen wohl abgewogen, sachgründig und ermessensgerecht, erscheint es auch in amtschaftungsrechtlicher Hinsicht sachgerecht zu sein, eine Einzelrichter-Entscheidung bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen für die Frage des Verschuldens eines Amtswalters mit zu berücksichtigen.<sup>949</sup>

### B. Inhalt der kollegialgerichtlichen Entscheidung

Nicht immer dann, wenn ein „Kollegialgericht“ eine Entscheidung getroffen hat, die den vorstehenden Anforderungen genügt hat, wird damit das Verschulden eines Amtswalters bei einer Amtspflichtverletzung zu verneinen sein. Vielmehr muss die kollegialgerichtliche Entscheidung bestimmten Anforderungen genügen, damit dann die Exkulpations-Wirkung durchgreifen kann.

#### *I. Beurteilungsgrundlage und Prüfungsmaßstab*

Kommt ein Kollegialgericht zu dem für den Amtswalter günstigen Ergebnis und beurteilt dessen Handeln als rechtmäßig, bedeutet dies noch nicht per se, dass damit gleichsam das Verschulden in Wegfall gerät. Denn die solchermaßen getroffene Kollegialgerichts-Entscheidung muss bestimmten tatsächlichen und rechtlichen Anforderungen genügen, und zwar in dreierlei Hinsicht:

---

<sup>949</sup> BGH NJW 1996, 2422 (224), insoweit nicht abgedruckt in BGHZ 132, 181; Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 217

## 1. Sachverhaltsfeststellung

Das Kollegialgericht hat den zugrundeliegenden Sachverhalt umfassend festzustellen und sodann einer ebenso umfassenden Würdigung zuzuführen.<sup>950</sup> Wird diese Sachverhalts- bzw. Tatsachenfeststellung unterlassen, ist die Richtlinie nicht anwendbar. Kommt es für die Beurteilung einer Frage (z. B. Einfügen einer Hinterlandbebauung in die nähere Umgebung i. S. d. § 34 BauGB), kann im Unterlassen einer Ortsbesichtigung durch das Gericht eine ungenügende Tatsachenfeststellung liegen.<sup>951</sup>

Wesentliche Aspekte werden außer Acht gelassen, wenn ein (Berufungs-) Gericht bei der Beurteilung von (Amts-)Pflichten eines Impfarztes maßgeblich auf die statistische Risikoquote für alle Kontaktpersonen abstellt und vollkommen unberücksichtigt lässt, dass der Arzt, noch dazu durch die Herstellerhinweise belehrt, mögliche Kontakte des Impfings zu einem besonders gefährdeten Personenkreis hätte berücksichtigen und entsprechend belehren müssen.<sup>952</sup>

Im Rahmen der Sachverhaltsfeststellung muss das Kollegialgericht sodann zu dem Ergebnis gelangen, dass es um eine schwierige Rechtsfrage geht, bei der der Amtswalter fehlsam gehandelt hat. Nur einfache Rechtsfragen oder Ermessensentscheidungen können keine Exkulpationsbasis darstellen.<sup>953</sup>

In folgenden – exemplarisch wiedergegebenen – Fällen hat der BGH die Kollegialgerichts-Richtlinie in Ermangelung einer genügenden Sachverhaltsfeststellung für nicht anwendbar erklärt:

- Der Gutachterausschuss im Sinne des § 192 BauGB befasst sich mit tatsächlichen Bewertungsfragen, hingegen nicht mit Rechtsfragen. Ein Verschulden (der Ausschussmitglieder) kann daher nicht deshalb verneint werden, weil die Baulandkammer und (oder der Baulandsenat im Baulandverfahren (§§ 217 ff. BauGB) das Gutachten für zutreffend erachtet haben.<sup>954</sup>

---

<sup>950</sup> BGH NJW 2011, 1355 (1357); BGH NJW 2009, 86 (89); BGH WM 2008, 1318 (1320); BGH NJW 2005, 3495 (3497), dort zur Notarhaftung; BGH NVwZ-RR 2005, 152 (153); BGH NJW 2002, 1265 (1266); BGH NVwZ-RR 2000, 746 (748); BGH NVwZ 1998, 878 (878); BGH NVwZ 1994, 825 (826); BGH VersR 1993, 316 (319); BGH BGHR BGB § 839 Abs. 1 S. 1 Verschulden 11 und 14; BGH NJW 1989, 1924 (1926); BGHZ 115, 141 (150); ebenso: BVerwGE 124, 99 (102) = NVwZ 2006, 212 (213)

<sup>951</sup> BGH NJW 1993, 3065 (3066); Schlick/Rinne, NVwZ 1997, 1171 (1174)

<sup>952</sup> BGHZ 126, 386 (394) = NJW 1994, 3012 (3014)

<sup>953</sup> BGH, Beschl. v. 31.01.2014 - III ZR 84/13, juris Rdziff. 3; BGHZ 187, 286 (301) = NJW 2011, 1072 (1076); BGHZ 73, 161 (164); BGH VersR 1964, 63 (64); BGH VersR 1963, 628 (630); BGH NJW 1962, 2100 (2102); BGHZ 17, 153 (158); RGZ 156, 34 (51)

<sup>954</sup> BGH, Beschl. v. 31.01.2014 - III ZR 84/13, juris Rdziff. 3

- Wenn ein Kollegialgericht im Verfahren gem. § 123 VwGO den Sachverhalt nur einer summarischen Überprüfung unterzieht, so kann diese nur verkürzte Sachverhaltsüberprüfung nicht zur Anwendung der Kollegialgerichts-Richtlinie im Amtshaftungsverfahren führen.<sup>955</sup>
- Wenn ein Kollegialgericht die von einem Kriminalbeamten an eine juristische Person ausgesprochene Empfehlung, das Vertragsverhältnis zu einem Privatdetektiv bestehende Vertragsverhältnis unverzüglich zu beenden (weil es die polizeiliche Ermittlungsarbeit störe), als objektiv rechtmäßig beurteilt, rechtfertigt dies noch nicht die Anwendung der Kollegialgerichts-Richtlinie. Denn das Gericht hat die entscheidende Frage, ob aufgrund der inzwischen gewonnenen Erkenntnisse eine Störung des staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahrens überhaupt noch zu befürchten war, nicht näher geprüft. In einem solchen Fall ist davon auszugehen, dass das Gericht bei der Bildung seiner Rechtsauffassung entweder infolge unzureichender Tatsachenfeststellung von einem anderen Sachverhalt ausgegangen war oder den festgestellten Sachverhalt nicht sorgfältig und erschöpfend gewürdigt hat.<sup>956</sup>
- Wenn ein Gericht sich zur Frage der Zulässigkeit einer sog. Hinterlandbebauung lediglich auf die Auswertung von Plänen beschränkt und auch eine ggf. sich anbietende Ortsbesichtigung unterlässt, so kann das vom Verwaltungsgericht solchermaßen gefundene Ergebnis keine exkulpierende Wirkung nach sich ziehen.<sup>957</sup>
- Die Anwendung der Kollegialgerichts-Richtlinie ist auch dann nicht angezeigt, wenn ein Landgericht den Umstand überhaupt nicht in den Blick nimmt, dass im Streitfall wiederholtes Streuen die Gefahr erneuter Glättebildung jedenfalls hätte verringern können.<sup>958</sup>
- Eine Anwendung der Kollegialgerichts-Richtlinie ist auch dann nicht angezeigt, wenn die Genehmigungsfähigkeit eines Bauvorhabens durch ein Kollegialgericht aus rein bauplanungsrechtlichen Gründen verneint wird, während die Bediensteten der Baubehörde nur bauordnungsrechtliche Hindernisse gegen das Vorhaben vorgebracht haben.<sup>959</sup>

---

<sup>955</sup> BGH NJW 1986, 2954

<sup>956</sup> BGH NJW 1989, 1924 (1925)

<sup>957</sup> BGH NJW 1993, 3065 (3066)

<sup>958</sup> BGH NJW 1993, 2802 (2804)

<sup>959</sup> BGH NVwZ 1994, 405 (407)

- Geht ein Landgericht bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit über die Besetzung einer Schulleiterstelle davon aus, dass ein Ermessensfehler des Schulausschusses nicht vorliege, liegt darin ein „grundsätzlich falscher Ansatzpunkt“; denn dem Schulausschuss hat unter den maßgeblichen Einzelfallumständen kein Ermessen zugestanden. Im Übrigen ist die Anwendung der Kollegialgerichts-Richtlinie in einem solchen Fall auch schon deswegen nicht angezeigt, weil die Fragestellung des Landgerichts auf einen falschen Punkt verengt wurde, nämlich ob nur der Kläger zum Fachleiter hätte ernannt werden können. Auf eine solche Weise hat das Gericht die eigentlich maßgebende Frage der Reihenfolge der Bewerber entsprechend dem Gebot der Bestenauslese nicht gesehen.<sup>960</sup>
- Wesentliche Gesichtspunkte lässt ein Gericht bei der Beurteilung der Amtspflichtwidrigkeit über die verzögerte Bearbeitung einer Bauvoranfrage auch dann außer Betracht, wenn es die Rechtsprechung des BVerwG zur Unbeachtlichkeit eines nicht verkündeten Planaufstellungsbeschlusses nicht berücksichtigt und sich mit ihr nicht auseinandersetzt.<sup>961</sup>
- Ernsthafte Zweifelsfragen, die nicht einfach zu lösen sind, stellen sich nicht, wenn es um zeitliche Verzögerungen im Zusammenhang mit einer richterlichen Untätigkeit bzw. verspäteten richterlichen Tätigkeit geht. Das wiederum hat zur Folge, dass die Kollegialgerichts-Richtlinie von vornherein dann nicht zur Anwendung kommen kann.<sup>962</sup>

## 2. Rechtliche Würdigung

Das Kollegialgericht hat nicht nur den Sachverhalt zutreffend zu ermitteln und einer umfassenden Würdigung zuzuführen, sondern hat auch in rechtlicher Hinsicht eine zutreffende Wertung vorzunehmen. Die Anwendung der Kollegialgerichts-Richtlinie ist mithin in den Fällen verneint worden, in denen es nur um tatsächliche Bewertungsfragen (und nicht um Rechtsfragen) ging<sup>963</sup> oder ein Gericht eine völlig verfehlte Auslegung vorgenommen hat<sup>964</sup> bzw. den rechtlichen Ausgangspunkt für einen Anspruch nicht zutreffend in den Blick genommen, vielmehr verkannt hat.<sup>965</sup>

---

<sup>960</sup> BGH NVwZ 1994, 825 (827)

<sup>961</sup> BGH NVwZ 2002, 124 (125)

<sup>962</sup> BGHZ 187, 286 (301) = NJW 2011, 1072 (1076)

<sup>963</sup> BGH, Beschl. v. 31.01.2014 - III ZR 84/13, juris Rdziff. 3

<sup>964</sup> BGH NVwZ 1997, 1243 (1245); BGHZ 27, 338 (343)

<sup>965</sup> BGH NJW 2011, 1355 (1357); BGH NJW-RR 2008, 338 (340); BGH NVwZ 2006, 117 (118); BGH NVwZ-RR 2005, 152 (153); BGH NVwZ 2004, 638 (640); BGHZ 120, 184 (197); BGH NVwZ-RR 2000, 746 (748); BGH BGHR BGB § 839 Abs. 1 S. 1 Verschulden 9, 11, 13, 14, 24, 30; BGH VersR 1967, 602 (604)

Gerichte der Vorinstanzen lassen wesentliche Gesichtspunkte unberücksichtigt, wenn sie sich nicht mit den entscheidungserheblichen Rechtsfragen z. B. des Handwerksrechts befassen und gründlich auseinandersetzen.<sup>966</sup>

Des Weiteren hat sich der BGH zu folgenden – exemplarisch wiedergegebenen – Konstellationen geäußert:

- Wenn ein Versicherter, der nach einem schweren Verkehrsunfall mit erlittener Querschnittslähmung wegen der Übernahme von Heilbehandlungskosten bei dem Träger der gesetzlichen Rentenversicherung anfragt und einen Rentenanspruch stellt, so verletzt diese die ihr dem Versicherten gegenüber obliegende Amtspflicht, wenn er nicht auf die Möglichkeit hingewiesen wird, er sei Mitglied der Krankenversicherung der Rentner geworden. Überdies liegt eine amtspflichtwidrige Handlung vor, wenn die Bitte des Versicherten, die Bearbeitung seines Rentenanspruchs ruhen zu lassen, als Rücknahme gewertet wird, ohne zugleich auf die möglichen Folgen für den Krankenversicherungsschutz hinzuweisen. Wenn ein Landessozialgericht in diesem Zusammenhang den Inhalt der Versicherten-Anfrage auf eine bloße Kostenbeteiligung reduziert und die angesichts der Verzahnung der Sicherungsformen des Sozialrechts bestehende umfassendere Beratungspflicht nicht in den Blick nimmt, so wird damit die Bestimmung des § 14 SGB I handgreiflich falsch ausgelegt, was wiederum eine Anwendung der Kollegialgerichts-Richtlinie ausschließt.<sup>967</sup>
- Wenn ein Kollegialgericht die Tätigkeit eines Amtswalters lediglich anhand eines gegenüber der eigenen Prüfungspflicht des Beamten reduzierten Prüfungsmaßstabes gebilligt (in einem Haftbeschwerdeverfahren hatte das Landgericht den Haftbefehlsantrag der StA als vertretbar gebilligt), schließt dies nicht zwangsläufig die Wertung ein, dass das Verhalten des Beamten rechtmäßig sein könne, was wiederum die Anwendbarkeit der Kollegialgerichts-Richtlinie ausschließt.<sup>968</sup>
- Es besteht kein Anspruch eines Bewerbers um eine Beamtenstelle auf Übernahme in das Beamtenverhältnis. Ein Bewerber hat aber, wenn er die Anforderungen im Übrigen erfüllt, einen Anspruch auf ermessens- und beurteilungsfehlerfreie sachliche Entscheidung (sog. Bewerberverfahrensanspruch). Wenn dieses Ermessen durch Amtswalter missachtet wird und ein Gericht diese Grundsätze im Rahmen der amtshaftungsrechtlichen Überprüfung einer Verbeamtungsaktion bei der Ernennung einer

---

<sup>966</sup> BGH NJW 1994, 3162 (3164); Schlick/Rinne, NVwZ 1997, 1171 (1174)

<sup>967</sup> BGH NVwZ 1997, 1243 (1245)

<sup>968</sup> BGH NJW 1998, 751



großen Anzahl von Beamten nicht prüft, ist die Anwendung der Kollegialgerichts-Richtlinie nicht geboten.<sup>969</sup>

- Einen Gerichtsvollzieher trifft die Amtspflicht, über eine Anschlusspfändung desselben Gegenstands zu unterrichten, wenn ein Dritter nach einer Erstpfändung bei dem Schuldner gegenüber dem Gerichtsvollzieher an einem Gegenstand ein die Veräußerung hinderndes Recht geltend macht. Auf diese Weise muss dem Dritten Gelegenheit gegeben werden, von dem Gläubiger eine Freigabe zu erwirken oder ggf. gegen ihn nach Maßgabe des § 771 ZPO vorzugehen. Eine solche Pflicht ergibt sich hinreichend deutlich aus § 136 Ziff. 2 der Geschäftsanweisung für Gerichtsvollzieher (GVGA). Nimmt ein Gericht die für den Widerspruch eines Dritten zentrale Bestimmung der GVGA nicht in den Blick, beruht die kollegialgerichtliche Beurteilung auf einer unzureichenden rechtlichen Grundlage und schließt die Anwendung der Kollegialgerichts-Richtlinie aus.<sup>970</sup>
- Wenn ein Gericht im Rahmen der Notarhaftung die Pflichten im Zusammenhang mit der Vereinbarung der Übernahme einer Dienstbarkeit lediglich unter dem Gesichtspunkt der Neutralitätspflicht des Notars (§ 14 Abs. 1 S. 2 BNotO) betrachtet, dabei aber die Pflicht zur Erforschung des Willens der Urkundsbeteiligten gem. § 17 Abs. 1 S. 1 BeurkG nicht in den Blick nimmt, schließt dies die Kollegialgerichts-Richtlinie aus.<sup>971</sup>

### 3. Außerachtlassen einschlägiger Rechtsprechung

Das Kollegialgericht hat bei seiner rechtlichen Prüfung die einschlägige Rechtsprechung heranzuziehen, wobei es sich freilich nicht lediglich darauf beschränken darf, diese Rechtsprechung in seiner Entscheidung schlicht anzuführen, sich ansonsten aber nicht damit auseinander setzt bzw. ihr nicht folgt. Auch in einem solchen Fall kollegialgerichtlichen Fehlverhaltens wird die Kollegialgerichts-Richtlinie unanwendbar.<sup>972</sup>

#### *II. Beurteilung des Verhaltens des Amtswalters als rechtmäßig*

Die exkulpative Wirkung der Kollegialgerichts-Richtlinie hängt im Kern davon ab, dass das Kollegialgericht im Rahmen seiner Entscheidungsfindung das konkrete

---

<sup>969</sup> BGH NVwZ-RR 2005, 152 (153)

<sup>970</sup> BGH NJW-RR 2008, 338 (340)

<sup>971</sup> BGH NJW 2011, 1355 (1357)

<sup>972</sup> BGH NJW-RR 2003, 1434 (1436); BGH NJW 2003, 1308 (1311), insoweit nicht abgedruckt in BGHZ 154, 54; BGH NVwZ 2002, 124 (125)

Handeln des Amtswalters als rechtmäßig beurteilt.<sup>973</sup> In diesem Zusammenhang wird die Unterscheidung zwischen amtspflichtgemäßem und rechtmäßigem Verhalten des Amtswalters entscheidend.<sup>974</sup> Ein Verhalten, das als amtspflichtgemäß qualifiziert wird, ist nicht per se als rechtmäßig anzusehen. Abgesehen von den bereits erörterten Fällen der Weisung an einen Beamten wird dies insbesondere in denjenigen Fallkonstellationen virulent, in denen es um Entscheidungen/Maßnahmen der Staatsanwaltschaft geht; derlei Maßnahmen werden (nur) auf sog. Vertretbarkeit geprüft. Erst dann, wenn ein Verhalten eines Staatsanwalts bzw. eine von ihm getroffene Maßnahme nicht mehr als verständlich nachvollzogen werden kann, ist nach der Rechtsprechung des BGH von einem nicht mehr vertretbaren Handeln auszugehen.<sup>975</sup> Die Verlagerung des Prüfungsmaßstabes auf die Vertretbarkeit führt zu der Konsequenz, dass u. U. amtspflichtgemäßes und rechtmäßiges Verhalten auseinanderfallen können. Wenn ein Beamter (Staatsanwalt) vertretbar gehandelt hat, so kann das zwar im Einzelfall amtspflichtgemäß sein, erlangt damit aber noch nicht den Grad rechtmäßigen Handelns.<sup>976</sup>

In diesem Zusammenhang differenziert der BGH auch zwischen rechtmäßigem und unverschuldetem Handeln. Wenn lediglich ein Verschulden verneint wird, hingegen das maßgebliche Verhalten des Amtswalters nicht als rechtmäßig eingestuft wird, greift die Kollegialgerichts-Richtlinie nicht ein.<sup>977</sup>

### III. Billigungsgründe

Selbst dann, wenn ein Kollegialgericht das Verhalten eines Beamten als rechtmäßig eingestuft hat, ist eine automatisch eintretende Exkulpationswirkung noch nicht gewährleistet, weil es nun noch auf die Gründe ankommt, mit denen das Verhalten des Beamten als rechtmäßig gebilligt worden ist. Wenn das Verhalten des Beamten und die Beurteilung des Verhaltens durch das Kollegialgericht lediglich im Ergebnis übereinstimmen, jedoch auf ganz unterschiedlichen Wertungen und Rechtsgrundlagen beruhen, fehlt es an einer übereinstimmenden Beurteilung durch den Amtswalter einerseits bzw. das Kollegialgericht andererseits. Die für die Anwendung der Kollegialgerichts-Richtlinie maßgebende Überlegung, von einem Beamten könne durchweg eine bessere Rechtseinsicht als von einem Kollegialgericht nicht erwartet und verlangt werden, passt deshalb nicht für solche Fälle, in denen das Kollegialgericht das Vorgehen des Beamten nur im Ergebnis und daher mehr oder minder „zufällig“ aus Rechtsgründen billigt, die der Beamte selbst überhaupt nicht in Erwägung gezogen hat.<sup>978</sup>

<sup>973</sup> BGH NVwZ-RR 2003, 166 (166)

<sup>974</sup> vgl. dazu o. S. 86 ff.

<sup>975</sup> BGH NJW 2000, 2672 (2674); BGH NJW 1998, 751 (752); BGH NJW 1994, 3162 (3162); BGH NJW 1989, 1924 (1925); BGH NJW 1989, 96 (97)

<sup>976</sup> BGH NJW 1989, 96 (97); Stein/Itzel/Schwall Rdziff. 153

<sup>977</sup> BGHZ 97, 97 (107) = NJW 1986, 2309 (2311)

<sup>978</sup> BGH, Beschl. v. 30.11.2006 - III ZR 16/06, juris Rdziff. 6; BGH BGHR BGB § 839 Abs. 1 S. 1 Verschulden 6; BGH NJW 1982, 36 (37)

### C. Ausnahmen von der Kollegialgerichts-Richtlinie

Abgesehen von Restriktionen bei den Anwendungsvoraussetzungen hat die Rechtsprechung weitere Ausnahmen entwickelt, welche die Anwendung der Kollegialgerichts-Richtlinie ausschließt.

#### I. Maßnahmen einer zentralen Dienststelle

Die Kollegialgerichts-Richtlinie baut darauf auf, dass einem Beamten kein Verschulden anzulasten sei, wenn ein mit mehreren Rechtskundigen (Berufsrichtern) besetztes Kollegialgericht die Amtstätigkeit als objektiv rechtmäßig angesehen hat.<sup>979</sup> In diesem Rechtssatz ist die Überlegung enthalten, dass ein Amtswalter bei seinem Alltagsgeschäft bzw. dem Amtshandeln nicht über mehr Beurteilungsmöglichkeiten verfügen muss als ein rechtskundiges Gremium. Diese sog. „innere Rechtfertigung“ fehlt indes, wenn es um Beamte einer zentralen Dienststelle, z. B. einer obersten Landesbehörde geht:

*„Die Richtlinie, das Verschulden eines Beamten könne regelmäßig ausgeschlossen werden, wenn ein Kollegialgericht seine Maßnahme als objektiv gerechtfertigt gebilligt hat, ist bei grundsätzlichen Maßnahmen zentraler Dienststellen in der Regel nicht anwendbar, zumal wenn sie in Anwendung eines ihnen besonders vertrauten Spezialgesetzes getroffen werden.“<sup>980</sup>*

Anders als bei sog. „Alltagsgeschäften“ kann und muss bei Beamten von höhergestellten, zentraltätigen Behörden eine besonders gründliche Prüfung des maßgeblichen Rechts- und Tatsachenstoffs verlangt werden, insbesondere dann, wenn es um Fragen im Zusammenhang mit der Anwendung spezialgesetzliche Normen geht, deren Anwendung dem jeweiligen Beamten deswegen vertraut ist, weil er sich täglich damit zu befassen hat.<sup>981</sup> Bei der Beurteilung dieses Aspekts wird auch zu berücksichtigen sein, welcher Arbeitsweise sich die zentrale Dienststelle bedienen kann, so kann es von Bedeutung sein, ob die zentrale Dienststelle z. B. Sachverständige beauftragen kann oder bei anderen Bundesländern um fachliche Un-

---

<sup>979</sup> vgl. die Nachweise in FN 901

<sup>980</sup> BGH NJW 1962, 793 (794); ebenso: BGHZ 150, 172 (184); BGHZ 134, 268 (274)

<sup>981</sup> BGHZ 150, 172 (174): dort für Mitglieder des Bewertungsausschusses einer kassenärztlichen Vereinigung; BGHZ 134, 268 (274): dort für eine oberste Landesbehörde, die für atomrechtliche Anlagengenehmigung zuständig ist; BFHE 187, 159 = BStBl. II 1998, 750: dort für Beamte des Finanzministeriums im Zusammenhang mit einem Antrag auf Zulassung als Steuerberater; BVerwG NJW 1985, 876 (876): dort im Zusammenhang mit Beamten eines Kreiswehersatzamtes aus Anlass einer Tauglichkeitsüberprüfungsuntersuchung; OLG Frankfurt, Urt. v. 14.05.2013 - 1 U 176/10, juris Rdziff. 184: dort für die Mitglieder des Börsenrats der Frankfurter Wertpapierbörse; OLG München, Beschl. v. 20.05.2005 - 1 W 1058/05, juris Rdziff. 27: dort für die Regierung von Oberbayern, die nach Ansicht des Gerichts nicht als zentrale Dienststelle, sondern als Mittelbehörde tätig wird und daher die Anwendung der Kollegialgerichts-Richtlinie bejaht hat.

terstützung nachsuchen kann. Bejahendenfalls wird eben der einzelne Beamte nicht im Drange seiner Geschäfte tätig.<sup>982</sup>

- Eine Ausnahme von der Kollegialgerichts-Richtlinie ist dann angezeigt, wenn es um etwaige Pflichtenverstöße von mit der Stiftungsaufsicht betrauten Bediensteten der Beklagten geht. Denn diese sind mit Bestimmungen und Grundsätzen des Stiftungsrechts besonders vertraut.<sup>983</sup>
- Ein atomrechtliches Genehmigungsverfahren stellt Anforderungen auf höchster Ebene. An die Bediensteten einer obersten Landesbehörde müssen mithin hohe Anforderungen gestellt werden. Es handelt sich eben nicht um ein Alltagsgeschäft von sonstigen staatlichen Genehmigungsbehörden, sodass eine besonders gründliche Prüfung möglich und auch zu verlangen ist. Vor dem Hintergrund der Eigenheiten des atomrechtlichen Genehmigungsverfahrens ist die Anwendung der Kollegialgerichts-Richtlinie nicht angezeigt.<sup>984</sup>

## II. Wissensvorsprung des handelnden Amtswalters

Es sind Fallgestaltungen denkbar, in denen der handelnde Amtswalter über ein größeres Spezialwissen verfügt als das zur Entscheidung berufene Kollegialgericht. Wenn derlei spezielle Rechtsfragen dem handelnden Amtswalter – im Gegensatz zum Gericht – besonders vertraut sind, er mithin zum Zeitpunkt der fraglichen Amtshandlung über einen Wissensvorsprung verfügte, fehlt nach Ansicht der Rechtsprechung ebenfalls die „innere Rechtfertigung“ für die Anwendung der Kollegialgerichts-Richtlinie.<sup>985</sup>

### D. Zwischenergebnis

Die – nur für den Bereich der Amtshaftung von der Rechtsprechung entwickelte – Kollegialgerichts-Richtlinie hat als Exkulpationsbasis verschiedenliche Anwendungsvoraussetzungen, die sämtlich in positiver wie in negativer Hinsicht vorliegen müssen. Dies sind:

- Das Vorliegen einer kollegialgerichtlichen Entscheidung, wobei Grundlage dieser Entscheidung nicht zwingend eine mündliche Verhandlung sein muss, auch ein Gerichtsbescheid reicht aus; indessen bestehen Ausnahmen, wenn die kollegialgerichtliche Entscheidung lediglich in einem

<sup>982</sup> OLG Koblenz ZUR 1995, 326 = juris Rdziff. 390

<sup>983</sup> BGH NJW 1977, 1148 (1149), insoweit nicht abgedruckt in: BGHZ 68, 142

<sup>984</sup> BGHZ 134, 268 (275)

<sup>985</sup> BGHZ 73, 161 (164/165); BGH NJW 1962, 2100 (2101); LG München, Urt. v. 26.02.2014 – 15 O 27992/12, juris Rdziff. 63; Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 215; Stein/Itzel/Schwall, Rdziff. 151

summarischen Verfahren (Eilverfahren oder Prozesskostenhilfe-Verfahren) ergangen sein sollte, dies genügt nicht.

- Die Besetzung des Spruchorgans mit mehreren Berufsrichtern ist erforderlich.
- Dem Spruchkörper obliegt eine umfassende Sachverhaltsfeststellung und Berücksichtigung aller, die Handlung des Amtswalters tragenden Aspekte.
- Gegenstand der von dem Amtswalter getroffenen Entscheidung muss eine zweifelhafte und nicht einfach zu lösende Rechtsfrage sein; derartige ernsthafte Zweifelfragen können sich auch bei der Anwendung und Auslegung verfahrensrechtlicher Vorschriften stellen.
- Der Spruchkörper hat eine zutreffende rechtliche Würdigung des Sachverhalts vorzunehmen und dabei gleichzeitig die einschlägige Rechtsprechung zu berücksichtigen; falls es sich um eine höchstrichterliche Rechtsprechung handelt, ist vom Spruchkörper zu verlangen, dass er sich dieser Rechtsprechung anschließt.
- Für eine Exkulpation des Beamten ist es erforderlich, dass dessen Verhalten unter Zugrundelegung der gleichen Rechtsgründe als rechtmäßig beurteilt wird, wie dies der Amtswalter bei der maßgeblichen Rechtsfrage selbst getan hat.
- Als negative Voraussetzung ist zu berücksichtigen, dass nicht etwa eine Maßnahme einer zentralen Dienststelle in Rede stehen darf. Ebenso wenig darf bei der in Rede stehenden Rechtsfrage ein Wissensvorsprung des handelnden Amtswalters eine Rolle spielen.



## Fünfter Teil: Kritische Würdigung

Die Frage, ob es überhaupt eines Verschuldensprinzips bei der Amtshaftung bedarf<sup>986</sup>, ist eindeutig dahingehend zu beantworten, dass – mag man es gut heißen oder nicht<sup>987</sup> – de lege lata im Rahmen der Amtshaftung von einem Verschulden auszugehen ist. Rechtspolitisch mag man de lege ferenda mit Rücksicht auf eine zu postulierende primäre Staatshaftung<sup>988</sup> einer anderen Auffassung zuneigen. Diesen ungeachtet ist aber auch vor dem Hintergrund der derzeitigen (personalen) Schuldübernahmekonstruktion kritisch zu hinterfragen, ob die mit der „Kollegialgerichts-Richtlinie“ aufgestellten Grundsätze, Anwendungsvoraussetzungen bzw. Ausnahmen systemkonform und frei von Bedenken sind. Vereinzelt Stimmen in der Literatur zufolge habe die Rechtsprechung verfassungsrechtlichen Bedenken Rechnung getragen und viele Ausnahmen zur Anwendbarkeit der Kollegialge-

---

<sup>986</sup> kritisch dazu im Kontext ursprünglich geplanten Reform zum Staatshaftungsrecht und zum für verfassungswidrig erklärten Staatshaftungsgesetz (StHG): Kommissionsbericht S. 38, 50 ff., 153 f.; Rehbinder, FS Ule (1977) S. 399 (400 f.); Ossenbühl/Cornils S. 74 ff., 736 ff.

<sup>987</sup> zum Verschuldensprinzip kritisch: Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 12, 26; Ossenbühl/Cornils S. 738; Papier in: MünchKomm BGB, § 839 Rdziff. 282; Lerche, JuS 1961, 237 (242); Dietzel, JZ 1969, 48 (50); Bartlsperger, NJW 1968, 1697 (1699); Dagtoglou in: BonnerKomm z. GG, Art. 34 Rdziff. 199 ff. (207)

<sup>988</sup> s. o. S. 208 ff.

richts-Richtlinie gebildet.<sup>989</sup> M. E. ist dieser Ansatz nicht ganz korrekt, vielmehr ist eine anderweitige Betrachtung geboten, und zwar:

Die Überprüfung der derzeitigen Ist-Situation in der Rechtsprechung zur Kollegialgerichts-Richtlinie muss zwangsläufig die Frage aufwerfen, ob wegen der Vielzahl von Anwendungsvoraussetzungen und Ausnahmen von der „Regel“ noch von einer Verfassungsgemäßheit oder sonstigen Rechtmäßigkeit und/oder Zweckmäßigkeit ausgegangen werden kann.

## 16. Kapitel: Verfassungsrechtliche Überlegungen

### A. Kollegialgerichts-Richtlinie und Rechtsstaatsprinzip

Obschon sich das Prinzip der Rechtsstaatlichkeit direkt in Art. 20 GG nicht befindet, wird es indessen aus Art. 20 Abs. 3 abgeleitet.<sup>990</sup> Bei dem Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit handelt es sich um einen der elementaren Verfassungsgrundsätze und den Grundentscheidungen des Grundgesetzes. Die Rechtsstaatlichkeit wiederum soll die Verlässlichkeit des Rechts garantieren, wobei wesentliches Element dieses Prinzips die Rechtssicherheit ist.<sup>991</sup> Die rechtsstaatliche Rechtssicherheit schafft zugleich Rechtsfrieden; wenn mithin der Staat der Neuzeit Privatgewalt ächtet und Gewalt sowie Rechtsbefriedigung staatlich monopolisiert, so muss er zugleich für die dauerhafte und verbindliche Beilegung von Streitigkeiten Sorge tragen.

Eine der Ausprägungen im Rahmen des Rechtsstaatsprinzips ist das Gebot der Rechtsschutzgewährung, wobei dies beinhaltet, dass ein gerichtliches Verfahren fair sein muss. Weiterhin bedeutet Wirksamkeit der Rechtsschutzgewährung, dass der Rechtsschutz vonseiten der staatlichen Gerichte auch innerhalb einer angemessenen Zeit zur Verfügung gestellt wird. Diesbezüglich hatte es in der Vergangenheit – auch in amtschaftungsrechtlicher Hinsicht – einige Entscheidungen gegeben, die sich inhaltlich dazu geäußert haben. Ein Amtshaftungsanspruch wurde nur bei unvertretbarer Verfahrensverzögerung angenommen, denn der Zeitfaktor sei nach Ansicht des BGH auch bei langer Verfahrensdauer „nicht der allein-

<sup>989</sup> Detterbeck/Windthorst/Sproll, § 9 Rdziff. 186

<sup>990</sup> Hofmann in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, GG, Art. 20 Rdziff. 57; Zippelius/Würtenberger, Staatsrecht, § 12 III 4,5 (S. 115 ff.); Hesselberger in: Leibholz/Rinck, GG, Art. 20 Rdziff. 627; Schmidt-Jortzig, NJW 1994, 2569 (2569)

<sup>991</sup> BVerfGE 60, 253 (268) = NJW 1982, 2425; BVerfGE 59, 128 (164); BVerfGE 51, 356 (362); BVerfGE 49, 148 (164) = NJW 1979, 151; BVerfGE 45, 142 (167) = NJW 1977, 2024; BVerfGE 41, 323 (326) = NJW 1976, 747; BVerfGE 35, 41 (47) = NJW 1973, 1315; BVerfGE 25, 269 (290) = NJW 1969, 1059; BVerfGE 22, 322 (329) = NJW 1968, 114; BVerfGE 15, 313 (319) = NJW 1963, 851; BVerfGE 14, 288 (297) = NJW 1963, 29; BVerfGE 13, 261 (271) = NJW 1962, 291; BVerfGE 7, 194 (196) = NJW 1958, 97; BVerfGE 7, 89 (92) = NJW 1957, 1395; BVerfGE 3, 225 (237) = NJW 1954, 65; BVerfGE 2, 380 (403) = NJW 1953, 1137; Herzog in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 20 Abschnitt VII Rdziff. 58



scheidende Maßstab“.<sup>992</sup> Letztlich auch diese Rechtsprechung hat den Gesetzgeber dazu bewogen, ein Gesetz zum Schutz vor überlanger Gerichtsverfahrensdauer zu schaffen. Diese Neuregelung ist am 03.12.2011 in Kraft getreten.<sup>993</sup> Durch dieses Gesetz treten per 01.01.2012 erste Änderungen in Kraft, die die örtliche Zuständigkeit der Oberlandesgerichte betreffen, die sich künftig danach richtet, in welchem Bezirk das als überlang gerügte Verfahren stattgefunden hat sowie auf den Kreis der Entschädigungsberechtigten im Strafverfahren und die Befugnis von Gerichtspräsidenten und deren Vertretern. Unabhängig von dieser gesetzlichen Neuregelung ist verfassungsrechtlich zu vergegenwärtigen, dass u. U. die Kollegialgerichts-Richtlinie in unzulässiger Weise den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit der Verwaltung als Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips tangieren könnte, da der Grundsatz der Bindung der Rechtsprechung an Gesetz und Recht tangiert sein könnte.

### *I. Das Spannungsverhältnis zwischen der Kollegialgerichts-Richtlinie und der Bindung der Rechtsprechung an Gesetz und Recht*

Nach näherer Maßgabe des Art. 20 Abs. 3 Halbs. 2 GG ist die Rechtsprechung an Gesetz und Recht gebunden. In diesem Zusammenhang differenziert das Gesetzmäßigkeitsprinzip wiederum nach den Prinzipien des Vorbehalts des Gesetzes und des Vorranges des Gesetzes.<sup>994</sup> Unter dem sog. Vorrang des Gesetzes versteht man, dass Verwaltung und Rechtsprechung in ihrer Tätigkeit an Gesetze gebunden sind. Die Bindung der Justiz bzw. der Rechtsprechung an „Gesetz und Recht“ i. S. d. Art. 20 Abs. 3 Halbs. 2 GG bedeutet indes nicht, dass dem Richter verboten wäre, das Recht fortzuentwickeln.<sup>995</sup> Indes drängt sich bei näherer Betrachtung folgende Überlegung auf:

Wenn ein Handeln eines Amtswalters bei objektiver Betrachtung rechtswidrig und amtspflichtwidrig ist, hingegen von einem Kollegialgericht als rechtmäßig qualifiziert würde, läge ein rechtswidriges Verhalten durch ein Kollegialgericht vor. Dies wiederum kann aber dann nicht den ursprünglich rechtswidrig und amtspflichtwidrig handelnden Amtswalter von dessen Verschuldensvorwurf befreien.<sup>996</sup> Würde man etwas anderes annehmen wollen, so würde dies dem „Normbefehl“ des § 839 Abs. 1 S. 1 i. V. m. Art. 34 S. 1 GG zuwiderlaufen. Denn auf diese Weise würde ein Ausnahmetatbestand geschaffen werden können, was wiederum

---

<sup>992</sup> BGHZ 187, 286 = NJW 2011, 1072; vgl. auch BVerfG NVwZ-RR 2011, 625; BVerfG DVBl. 2009, 1164; BVerfG NJW 1995, 1277; Staatsgerichtshof des Landes Hessen, Beschl. v. 13.04.2011 - P.St. 2301, juris; OLG Celle, Urte. v. 23.06.2011 - 16 U 130/10, juris

<sup>993</sup> BGBl. I Nr. 60 v. 02.12.2011, S. 2302

<sup>994</sup> Degenhardt § 4 III Rdziff. 280 ff.; Hesse § 6 II Rdziff. 192 ff.

<sup>995</sup> BVerfGE 96, 375 (394); Hofmann in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfau, GG, Art. 20 Rdziff. 92

<sup>996</sup> Detterbeck/Windthorst/Sproll, § 9 Rdziff. 185

nicht im Einklang mit der Bindung der Rechtsprechung an „Gesetz und Recht“ i. S. d. Art. 20 Abs. 3 Halbs. 2 GG stünde.<sup>997</sup>

Konsequent weitergedacht bedeutet diese Überlegung, dass die rechtswidrige Vorgehensweise des Kollegialgerichts u. U. im Hinblick auf das Spruchrichterprivileg in § 839 Abs. 2 S. 1 BGB ungeahndet bleiben könnte (es sei denn, es läge eine vorsätzliche oder grob fahrlässige bzw. nicht mehr vertretbare richterliche Tätigkeit vor); dies wiederum bedeutet in letzter Konsequenz, dass ein objektiv rechtswidriges und amtspflichtwidriges Handeln eines Amtswalters bei eventueller Qualifikation durch ein Kollegialgericht als rechtmäßig haftungsrechtlich folgenlos bliebe.

Ungeachtet dieser sicherlich nicht wünschenswerten (und zugegebenermaßen nicht sehr praxisnahen) Konsequenz dürfte aber dennoch ein Verstoß gegen den Vorrang des Gesetzes und damit gegen den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und damit gegen das Rechtsstaatsprinzip nicht vorliegen. Denn im Fall nicht mehr vertretbarer bzw. vorsätzlicher Verstöße tritt anstelle des ursprünglich rechtswidrigen/amtspflichtwidrigen Handeln des Amtswalters die Amtshaftung für das insoweit fehlsam handelnde Kollegialgericht; liegt jedoch dessen Handeln noch im Rahmen des Vertretbaren, so ist ein solches, wenngleich unliebsames Ergebnis aber sowohl vom einfach gesetzlichen als auch vom Verfassungsgesetzgeber noch als gewollt anzusehen.

Zusammenfassend ist daher festzustellen, dass durch die Anwendung der Kollegialgerichts-Richtlinie ein Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip nicht vorliegt; dies erklärt sich auch vor dem Hintergrund, dass es sich bei der „Richtlinie“ weder um „Gesetz“ noch um „Recht“ handelt; die Kollegialgerichts-Richtlinie ist letztlich Ausfluss auch der Verpflichtung, das Recht fortzuentwickeln:

*„Artikel 20 Abs. 3 GG bindet die Rechtsprechung an Gesetz und Recht. Damit wäre es unverträglich, wenn sich die Gerichte aus der Rolle des Normanwenders in die einer normsetzenden Instanz begeben, also objektiv betrachtet sich der Bindung an Recht und Gesetz entziehen würden (vgl. BVerfGE 87, 273, 280 m.w.n.). Diese Verfassungsgrundsätze verbieten es dem Richter allerdings nicht, das Recht fortzuentwickeln. Angesichts des beschleunigten Wandels der gesellschaftlichen Verhältnisse und der begrenzten Reaktionsmöglichkeiten des Gesetzgebers sowie der offenen Formulierung zahlreicher Normen gehört die Anpassung des geltenden Rechts an veränderte Verhältnisse im Gegenteil zu den Aufgaben der Dritten Gewalt. Das gilt insbesondere bei zunehmendem zeitlichen Abstand zwischen Gesetzesbefehl und richterlicher Einzelfallentscheidung. Das hat das Bundesverfassungsgericht gerade mit Blick auf das Bürgerliche Gesetzbuch ausgesprochen (vgl. BVerfGE 34, 269, 288 f.).“<sup>998</sup>*

<sup>997</sup> Detterbeck/Windthorst/Sproll, § 9 Rdziff. 185

<sup>998</sup> BVerfGE 96, 375 (396) = NJW 1998, 519 (520)

## II. Faktische Rechtsmittelbeschränkung

Es ist bereits ausgeführt worden, dass die Richtlinie nicht nur dann eingreift, wenn ein Kollegialgericht eines anderweitigen Instanzenzugs (in der Regel der Verwaltungsgerichtsbarkeit) das maßgebliche Handeln eines Amtswalters als rechtmäßig qualifiziert hat; vielmehr ist die Richtlinie auch im „eigenen“ Instanzenzugs des Amtshaftungsprozesses anwendbar.<sup>999</sup> In dem vom BGH entschiedenen Fall, dem der III. Zivilsenat hinsichtlich einer Rechtsfrage auch grundsätzliche Bedeutung beigemessen hat, war eine Entscheidung über eben diese Rechtsfrage nicht mehr angezeigt, nachdem das OLG Hamm als Berufungsgericht bereits den objektiven Tatbestand einer Amtspflichtverletzung verneint hatte. Im Schrifttum hat eine derartige Konstellation zwar Erwähnung gefunden, jedoch nur in theoretischer Hinsicht<sup>1000</sup>; indessen ist angedeutet worden, dass es mit Rücksicht auf die sodann weiter einschränkende und aufgefächerte Rechtsprechung sowohl des RG als auch des BGH zu dieser Konsequenz nicht gekommen sei. Die tatsächliche Rechtsentwicklung belehrt eines Besseren, d. h.:

Es stellt sich nunmehr die Frage, ob letztlich die Kollegialgerichts-Richtlinie nicht vor diesem Hintergrund der vorerwähnten Entscheidung des BGH sich i. S. einer „faktischen Rechtsmittelbeschränkung“<sup>1001</sup> auswirkt und verfassungsrechtliche Bedenken aufwirft.

Das bereits erwähnte und aus Art. 20 Abs. 3 GG abzuleitende Rechtsstaatsprinzip fordert zwar die Gewährung eines wirksamen Rechtsschutzes, nicht nur gegenüber der öffentlichen Gewalt, sondern auch in bürgerlich-rechtlichen Streitigkeiten.<sup>1002</sup> Gleichwohl erfordert es das Rechtsstaatsprinzip gerade nicht, dass gegen jedwede richterliche Entscheidung ein Rechtsmittel gegeben ist; das Rechtsstaatsprinzip erfordert es auch nicht, dass der Rechtsweg in all seinen Gerichtszweigen einen Instanzenzug hat.<sup>1003</sup> In diesem Zusammenhang muss aber auch der Umstand in den Blick genommen werden, dass dann, wenn das Gesetz einen Instanzenzug vorsieht, Art. 19 Abs. 4 GG in diesem Rahmen dem Bürger die Effektivität des Rechtsschutzes i. S. eines Anspruchs auf eine wirksame gerichtliche Kontrolle in allen bestehenden Instanzen gewährleistet.<sup>1004</sup> Schlussendlich wird indes zu vergegenwärtigen sein, dass dem Kläger in einem Amtshaftungsprozess die Ausschöpfung sämtlicher Instanzen zur Verfügung steht, eine tatsächliche Beschränkung des Instanzenzuges besteht – vorbehaltlich der in der ZPO normierten Voraussetzungen für die Einlegung von Rechtsmitteln – nicht. Zwar ver-

---

<sup>999</sup> BGH NVwZ 1998, 878 (879) = BGHR BGB § 839 Abs. 1 S. 1 Verschulden 32

<sup>1000</sup> Schmidt, NJW 1993, 1630 (1631)

<sup>1001</sup> so die Bezeichnung bei Schmidt, NJW 1993, 1630 (1631)

<sup>1002</sup> BVerfGE 82, 126 (155) = NJW 1990, 2246 (2249); BVerfGE 74, 228 (234) = NJW 1987, 2067 (2067); Hofmann in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfau, GG, Art. 20 Rdziff. 60

<sup>1003</sup> BVerfGE 83, 24 (31) = NJW 1991, 1283 (1284); BVerfGE 78, 88 (99); BVerfGE 65, 76 (90)

<sup>1004</sup> BVerfGE 78, 88 (99); BVerfGE 54, 94 (96); BVerfGE 40, 272 (274); Hofmann in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfau, GG, Art. 19 Rdziff. 29

hindert die Kollegialgerichts-Richtlinie eine sachlich-inhaltliche Prüfung durch das Rechtsmittelgericht, wenn der zuvor mit der Angelegenheit befasste Spruchkörper (Kollegialgericht) also entweder das Landgericht in I. Instanz oder aber Oberlandesgericht in II. Instanz, ein Amtswalterhandeln als rechtmäßig beurteilt hat. Dies stellt sich jedoch bei Lichte betrachtet nicht als eine Beschränkung des vom Gesetz zur Verfügung gestellten Rechtsmittels dar, sondern ist vielmehr eine Auswirkung richterlicher Rechtsfortbildung im Bereich des materiellen Rechts. Dies ist als (noch) mit dem Rechtsstaatsprinzip und dem Gebot effektiven Rechtsschutzes als vereinbar anzusehen.

#### B. Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz durch Anwendung der Kollegialgerichts-Richtlinie

Ungeachtet der bereits erörterten Erwägungen zum Rechtsstaatsprinzip besteht Anlass, über folgende Unvereinbarkeit mit dem Verfassungsrecht nachzudenken. Die Kollegialgerichts-Richtlinie ist für den Bereich des Amtshaftungsrechts entwickelt worden.<sup>1005</sup> Eine Ausdehnung auf andere bzw. sämtliche Tatbestände, die ein Verschulden voraussetzen, hat der BGH jedoch nicht vollzogen. Bei der Anwaltschaft wie auch im Rahmen der deliktischen Haftung gem. § 823 BGB bzw. bei der Frage der Entlastung des Schuldners von der Verzughaftung im Rahmen von § 285 BGB hat der BGH die Anwendung ausdrücklich abgelehnt.<sup>1006</sup> Nach Ansicht des BGH fordere der Geltungsanspruch des Rechts, dass der Verpflichtete das Risiko seines Irrtums über die Rechtslage selbst trage; auch ein Richterkollegium könne ihm hiervon auf Kosten des Berechtigten nur unter besonderen Umständen entlasten. Das müsse gerade dann gelten, wenn der Verpflichtete das Risiko eines Verbotsirrtums bewusst eingegangen sei.<sup>1007</sup> Die Ansicht des BGH (VI. Zivilsenat) leuchtet ein, wirft allerdings die Frage auf, warum mit zwei verschiedenen Maßstäben gemessen wird. Auf der einen Seite findet zugunsten des Beamten die Kollegialgerichts-Richtlinie statt, auf der anderen Seite, und zwar für Nicht-Beamte, findet die Kollegialgerichts-Richtlinie keinerlei Anwendung. Eine unterschiedliche Behandlung dieser beiden Personengruppen drängt sich nicht auf. Im Übrigen wird auch weder vom VI. Zivilsenat als auch vom III. Zivilsenat dieser unterschiedliche Behandlung der Personengruppen deutlich gestellt. Mithin ist die Frage aufgeworfen, ob eine derartige differenzierende Handhabung der Kollegialgerichts-Richtlinie mit dem Grundsatz der Gleichheit (Art. 3 Abs.1 GG) zu vereinbaren ist.

Der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG gebietet es, dass Gleiches gleich und Ungleiches seiner Eigenart entsprechend verschieden zu behandeln ist.

<sup>1005</sup> s. o. S. 273 ff.

<sup>1006</sup> vgl. dazu m.w.N. Schmidt, NJW 1993, 1630 (1630); BGH NJW 1982, 635 (537) – Rudimente der Fäulnis; BGH NJW 1980, 1679 (1680); BGH NJW 1976, 363 (364); BGH VersR 1966, 562 (563); BGH VersR 1967, 226 (228); BGHZ 73, 161 (164)

<sup>1007</sup> BGH NJW 1982, 635 (637)

Der Gleichheitssatz verbietet also die Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem und die Gleichbehandlung von wesentlich Ungleichem.<sup>1008</sup> Wenn eine Ungleichbehandlung auftreten sollte, so muss eine solche sachlich vertretbar und darf nicht sachfremd sein. Während die frühere Rechtsprechung jede vernünftige Erwägung, z. B. die Praktikabilität der Regelung, als ausreichend angesehen hat, wird nunmehr eine „neue Formel“<sup>1009</sup> verwendet. Nach Maßgabe dieser vom BVerfG aufgestellten Formulierung liegt eine Verletzung des allgemeinen Gleichheitssatzes in Art. 3 Abs. 1 GG dann vor, wenn eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten ungleich behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten.<sup>1010</sup>

Dies vorausgeschickt bleibt festzuhalten, dass die Kollegialgerichts-Richtlinie zwar nur auf Beamte/Amtswalter Anwendung findet und für andere Verschuldenstatbestände nach Maßgabe der Rechtsprechung des BGH unberücksichtigt bleibt. Eine solche Ungleichbehandlung ist dem Umstand geschuldet, dass es sich bei der Amtshaftung um ein Spezifikum handelt. Wenngleich es durchaus, wie vereinzelt im Schrifttum vorgetragen wird<sup>1011</sup>, es durchaus seine Berechtigung haben könnte, eine Ausdehnung auf andere Verschuldenstatbestände vorzunehmen, so liegt in der differenzierenden Handhabung des BGH kein solches Verhalten, welches willkürlich wäre bzw. den vom BVerfG geschriebenen Bereich des Art. 3 Abs. 1 GG zu verletzen im Stande wäre.

Zusammenfassend bleibt daher festzuhalten, dass die Anwendung der Kollegialgerichts-Richtlinie auch nicht den allgemeinen Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 Abs. 1 GG) tangiert.

## 17. Kapitel: Zweckmäßigkeit der Kollegialgerichts-Richtlinie

Obschon sich die Kollegialgerichts-Richtlinie keinen verfassungsrechtlichen Bedenken ausgesetzt sieht, stellt sich die Frage nach der Zweckmäßigkeit von deren Anwendung. Während die Rechtsprechung, und zwar sowohl Ober- und Untergegerichte als auch der BGH, die „Richtlinie“ in dem dargestellten Sinn (kritiklos) anwendet, sind die Auffassungen im Schrifttum nicht einheitlich.

---

<sup>1008</sup> BVerfGE 98, 365 (385); BVerfGE 84, 133 (158); BVerfGE 72, 141 (150); Kannengießer in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfau, GG Art. 3 Rdziff. 14

<sup>1009</sup> Terminus bei Kannengießer in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfau, GG Art. 3 Rdziff. 17

<sup>1010</sup> BVerfGE 102, 41 (54); BVerfGE 95, 267 (317); BVerfGE 95, 39 (45); BVerfGE 91, 389 (401); Kannengießer a.a.O.

<sup>1011</sup> Schmidt NJW 1993, 1630 (1630)

### A. Auffassung von der Fragwürdigkeit der Anwendungsvoraussetzungen der Richtlinie

*Schmidt* hält die Richtlinie bzw. deren Anwendung für fragwürdig. Diese „inhaltslose Regel“ trage nur zur Verwirrung bei. Die Einschränkungen, welche die Rechtsprechung gebildet habe, würden sich wie ein Katalog lesen, der in negativer Form die Anforderungen an die Sorgfaltspflichten eines Beamten formuliere; positiv ausgedrückt werde von dem Beamten gefordert, den Sachverhalt in sorgfältiger Weise festzustellen und die Sache unter umfassender Würdigung der einschlägigen Tatsachen und erschöpfenden Prüfung der Rechtsfragen – auch unter Ausnutzung seiner besonderen Sach- und Rechtskunde – zu entscheiden. Es liege auf der Hand, dass er diesen Maßstäben nicht genügen würde, wenn er (lediglich) einfache, leicht zu beantwortende Rechtsfragen trotz klarer und eindeutiger Gesetzesbestimmungen falsch löse und damit die Rechtslage verkenne und eindeutige Bestimmungen handgreiflich falsch auslege.<sup>1012</sup> Nach Auffassung von *Schmidt* bedürfe es, um zu einem wohlausgewogenen Ergebnis im Rahmen des Verschuldens zu gelangen, keineswegs der Kollegialgerichts-Richtlinie. Bei *Lichte* betrachtet werde mit dieser Richtlinie auch nur noch zusätzliche Hürde geschaffen. Denn wenn ein Beamter dem hohen Sorgfaltsmaßstab, der im Zusammenhang mit der Richtlinie von der Rechtsprechung aufgestellt worden sei, genüge, so reiche dies allein noch nicht aus, vielmehr bedürfe es zur Entschuldigung des Beamten noch der billigenden Entscheidung eines Kollegialgerichts, welches der rechtlichen Beurteilung des Amtswalters zustimme. Es entscheide also ein rein tatsächliches und angesichts der erfüllten hohen Voraussetzungen ein nur noch eher zufälliges Kriterium (Zustimmung durch das Kollegialgericht) über die Frage des Verschuldens, die eigentlich durch eine Wertung des den Rechtsstreit entscheidenden Richters beantwortet werden müsste.<sup>1013</sup> Dies sei der Grund, warum die Richtlinie letztlich zu einer „Leerformel“ verkomme und abzulehnen sei.<sup>1014</sup>

Diese Auffassung wird von anderen Vertretern geteilt. Deren Auffassung zufolge ent falle ja letztlich das Verschulden des Amtswalters nicht dadurch, dass ein Instanzgericht (möglicherweise) schuldhaft denselben Fehler begehe. Hinzu komme, dass, je verworrener die Rechtslage sei, desto größer das Risiko des geschädigten Bürgers sei, einen nicht ausgleichspflichtigen Schaden zu erleiden, was aber im Hinblick auf eine Risikoverteilung nicht sachgerecht sei.<sup>1015</sup> Eine weitere Überlegung tritt nach Auffassung der Kritiker hinzu. Bei der Anwendung der Richtlinie gehe es um die Frage, ob ein Amtswalter einem Sorgfaltsmaßstab gerecht geworden sei. Die nach der Richtlinie maßgebliche kollegialgerichtliche Billigung betreffe regelmäßig Fallkonstellationen, die durch die Zweifelhaf tigkeit oder

---

<sup>1012</sup> Schmidt, NJW 1993, 1630 (1631) unter Hinweis auf Schmidt-Leichner, NJW 1959, 841 (851) sowie Scheffler, NJW 1960, 265 (267, 268)

<sup>1013</sup> Schmidt, NJW 1993, 1630 (1631)

<sup>1014</sup> Schmidt, NJW 1993, 1630 (1631)

<sup>1015</sup> Tremml/Karger/Luber Rdziff. 166

aber Komplexität der Rechtslage geprägt sei. Es gehe also im Kern um die Frage, ob die Fehleinschätzung des Amtswalters unter dem Aspekt der Risikoverteilung vertretbar gewesen sei. Die kollegialgerichtliche Billigung könne letztlich nicht mehr als ein Indiz sein. Die Richtlinie sei ein „überflüssiges Relikt aus den Anfängen des Staatshaftungsrechts, das damals noch nicht in dem heutigen Maße verfassungsrechtlich eingebunden gewesen“ sei. Es sollte daher „in den Mantel des Vergessens gehüllt werden“.<sup>1016</sup>

### B. Auffassung von der uneingeschränkten Anwendbarkeit der Kollegialgerichts-Richtlinie

Im Gegensatz zu der zuvor beschriebenen, kritisch eingestellten Auffassung wendet die Rechtsprechung – und ihr die weitaus überwiegende Meinung im Schrifttum folgend – die Kollegialgerichts-Richtlinie unter den genannten Anwendungsvoraussetzungen und Einschränkungen an. Auf die obigen Ausführungen darf daher an dieser Stelle zum Zwecke der Vermeidung von Wiederholungen verwiesen werden.

Ergänzend dazu tritt *Lochte-Handjery* den Kritikern mit der Begründung entgegen, dass die hohen Anforderungen an die Entschuldigung eines Fehlverhaltens des Beamten ihre Rechtfertigung letztlich in der mittelbaren Staatshaftung des Haftungsinstituts finden würde, welche einer Vereinfachung des Verfahrens entgegenstehe. Die derzeitige Konstruktion der Amtshaftung solle dem Geschädigten einen leistungsfähigen Schuldner sichern und andererseits auch berücksichtigen, dass der Beamte sich durch sein Amt in einer Entscheidungssituation befinde, die notwendig die Gefahr in sich berge, ggf. auch falsche Entscheidungen zu treffen. Es sei eine Beurteilungs- und damit Wertungsfrage, ob im Einzelfall der Amtswalter den ihn obliegenden hohen Sorgfaltsanforderungen genügen würde. die Billigung durch das Kollegialgericht sei kein zusätzliches Kriterium, sondern ein Prüfungsergebnis mit entlastendem Charakter.<sup>1017</sup>

### C. Eigene Auffassung

Ausgangspunkt der Überlegungen ist zunächst einmal die Tatsache, dass die Amtshaftung nach geltender Rechtslage eine Verschuldenshaftung ist. Das Verschulden (des jeweils handelnden Amtswalters) ist eine haftungsbegründende Tatbestandsvoraussetzung. Die Kollegialgerichts-Richtlinie stellt eine Ausnahme vom Verschuldensfordernis dar und ist nicht etwa – wie man aus der Auffassung von *Schmidt*<sup>1018</sup> herauslesen könnte – eine Anwendungsvoraussetzung bzw. ein Be-

---

<sup>1016</sup> Detterbeck/Windthorst/Sproll, § 9 Rdziff. 188; i. d. S. a.: Dahs, NJW 1959, 35 unter Hinweis darauf, dass die zusätzliche „rechtliche Fehlsamkeit“ auch noch eines Kollegialgerichts die Sache nur noch schlimmer mache und „doppeltes Unrecht“ verursache.

<sup>1017</sup> Lochte-Handjery, JuS 2001, 1186 (1189)

<sup>1018</sup> Schmidt NJW 1993, 1630 (1631)

standteil des Verschuldenselements. Denn die Kollegialgerichts-Richtlinie ist ja nun ein notwendigerweise zu prüfendes Erfordernis.

Die Kollegialgerichts-Richtlinie hat eine „innere Rechtfertigung“ in dem Sinn, dass der objektivierte Sorgfaltsmaßstab und die damit einhergehenden Anforderungen an den einzelnen Amtswalter nicht ausufern sollen. Dies verkennt nach hiesigem Dafürhalten die Auffassung von *Lochte-Handjery*; zwar hat die Kollegialgerichts-Richtlinie „entlastenden Charakter“; die Frage ist jedoch immer, um welchen „Preis“ bzw. auf welchem inhaltlichen Weg dies geschieht. Die Richtlinie trifft Grundaussagen und hat – den Anwendungsbereich begrenzende – Anwendungsvoraussetzungen. Durch eine Vielzahl von Voraussetzungen und Einschränkungen zu dieser Richtlinie wird deren „innerer Zweck“ immer weiter perforiert. Denn je mehr Anwendungsvoraussetzungen bzw. Einschränkungen postuliert werden, desto weniger kann dann von einer inhaltlichen Konsistenz dieser Kollegialgerichts-Richtlinie noch die Rede sein. Eine weitere Überlegung tritt hinzu:

Die Gedankenführung der Rechtsprechung und der herrschenden Meinung im Zusammenhang mit der Kollegialgerichts-Richtlinie wird letztlich umgekehrt. Primär geht es (lediglich) um die Frage, ob und inwieweit dem Amtswalter ein Verschulden anzulasten sein könnte. Die Kollegialgerichts-Richtlinie ist eine Ausnahme, sobald diese eingreift, ist der Amtswalter exkulpiert. Wenn nun wiederum Ausnahmen von der Richtlinie (die als Ausnahme gedacht ist) gebildet werden, um letztlich das Verschulden des Amtswalters beurteilen zu können, so muss die Frage nach der Stichhaltigkeit der Richtlinie als Argumentationsfigur gestellt werden. Dies gilt einmal mehr dann, wenn sich die Ausnahmekriterien letztlich als einzelne Parameter der Verschuldensbeurteilung herausstellen.

Inhaltlich brüchig wird auch die Argumentationsfigur der „Kollegialgerichts-Richtlinie“ unter einem weiteren Aspekt. Nach Auffassung des BGH findet die Richtlinie u. a. dann keine Anwendung, wenn das Kollegialgericht nicht sämtliche (wesentlich) rechtliche Aspekte in den Blick genommen hat.<sup>1019</sup> Konsequenterweise weitergedacht bedeutet dies also, dass die Anwendung der Kollegialgerichts-Richtlinie im Einzelfall stets davon abhängig ist, dass das Kollegialgericht die „richtige“ rechtliche Einschätzung vornimmt; übertragen auf die beiden relevanten Fallkonstellationen bedeutet dies Folgendes:

- Im Primärrechtsschutzverfahren, also im verwaltungsgerichtlichen Instanzenzug, entscheidet entweder ein VG oder ein OVG oder das BVerwG, und zwar häufig im Zusammenhang mit einem Verwaltungsakt, gerichtet auf ein Kassations- oder aber Verpflichtungsbegehren. Kollegialgericht i. S. d. der Richtlinie ist dann eines dieser vorgenannten Gerichte, die sich

<sup>1019</sup> vgl. insoweit BGH NJW 2011, 1355 (1357); BGH NVwZ 1998, 878 (879), dort zur Notarhaftung; BGHZ 103, 242 (250) = NJW 1988, 1776 (1778); BGH BGHR BGB § 839 Abs. 1 S. 1 Verschulden 7, 9, 11, 13, 14, 21, 24 und 31



jedoch (lediglich) mit der Rechtmäßigkeit/Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsakts befassen, nicht hingegen zwangsläufig mit der Frage, ob der handelnde Amtswalter im Zusammenhang mit dem (Nicht-)Erlass des VA ein Verschulden anzulasten ist.

- Im Instanzenzug des eigentlichen Amtshaftungsverfahrens entscheidet – wegen § 71 Abs. 2 Ziff. 2 GVG – auch in I. Instanz bereits ein mit mehreren Berufsrichtern besetzter Spruchkörper (Zivilkammer). Die Anwendung der Kollegialgerichts-Richtlinie hängt davon ab, dass entweder in I. oder II. Instanz der Spruchkörper sämtliche, aus Sicht des Rechtsmittelgerichts wesentlichen rechtlichen Aspekte im Zusammenhang mit dem Verschulden würdigt.

Diese Fallkonstellationen zeigen, dass letztlich die Anwendung der Kollegialgerichts-Richtlinie – sei es im Primärrechtsschutzverfahren oder im Sekundärrechtsschutzverfahren – entscheidend davon abhängt, dass das jeweilige Kollegialgericht denjenigen Prüfungsmaßstab im Bereich des Verschuldens des Amtswalters zugrunde legt, den das Rechtsmittelgericht im Amtshaftungsverfahren für richtig erachtet. Dies ist gleichsam das „Nadelöhr“, durch welches man erst einmal gelangen muss, bevor die Richtlinie angewandt werden kann.

Bei unbefangener Betrachtung der von der Rechtsprechung des III. Zivilsenats des BGH aufgestellten Dogmatik zum Verschulden bzw. zur Kollegialgerichts-Richtlinie bleibt die Frage gänzlich ungeklärt, ob nicht auch ein jeweils gleiches oder ähnliches Ergebnis in den entschiedenen Fällen hätte herbeigeführt werden können, wenn man auf die Anwendung der Kollegialgerichts-Richtlinie verzichtet und eine sorgfältige Verschuldensprüfung durchgeführt hätte. Das Ergebnis hätte jeweils das Gleiche sein müssen; bei Lichte betrachtet stellt sich die Kollegialgerichts-Richtlinie letztlich nur als ein argumentatorischer Umweg dar, der mehr Verwirrung stiftet als er zur Klärung der Frage beiträgt, ob den handelnden Amtswalter ein Verschulden trifft. Die Auffassung des BGH und die ihm folgenden Auffassungen im Schrifttum, die Rechtsfigur der sog. „Kollegialgerichts-Richtlinie“ sei unverzichtbar, sind daher abzulehnen. Die Anwendung der Richtlinie sollte zugunsten einer detaillierteren Verschuldensprüfung aufgegeben werden.

## 18. Kapitel: Überlegungen de lege ferenda

§ 839 BGB und Art. 34 GG bilden eine einheitliche Anspruchsgrundlage. Der Staat haftet nicht neben, sondern anstelle des Amtswalters. Es mag an dieser Stelle dahingestellt bleiben, ob § 839 BGB die anspruchsbegründende Norm und Art. 34 GG die anspruchsverlagernde Norm ist bzw. ob Art. 34 GG die eigentliche Anspruchsnorm darstellt und lediglich durch § 839 BGB seine Konkretisierung erhält. Entscheidend bleibt, dass Art. 34 S. 3 GG für den Anspruch auf Schadenser-

satz gem. Art. 34 S. 1 GG sowie den Rückgriff gem. Art. 34 S. 2 GG eine Rechtsweggewährleistung zugunsten der Zivilgerichte enthält. Diese Rechtsweggewährleistung ist in erster Linie historisch zu erklären. Der Bund hat durch das Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 27.10.1994<sup>1020</sup> für das Staatshaftungsrecht in Art. 74 Abs. 1 Ziff. 25 GG eine konkurrierende Gesetzgebungszuständigkeit erhalten. Folglich wird man davon auszugehen haben, dass sich das Recht der Haftung des Staates für hoheitliches Unrecht auf seinen verschiedenen Ebenen aus den historischen Wurzeln des Zivilrechts gelöst hat und nunmehr endgültig Bestandteil des öffentlichen Rechts geworden ist. Dies führt zu der Konsequenz, dass öffentlich-rechtliche Ansprüche der Jurisdiktion der ordentlichen Gerichte unterworfen werden. Materielles Recht und dafür vorgesehener Rechtsweg fallen also auseinander. Wenn dieser Konstruktionsfehler beseitigt werden soll, bedarf es dazu der Änderung des Art. 34 GG. Eine derartige Verfassungsänderung und eine Änderung der gerichtlichen Zuständigkeit sind wünschenswert.

Ebenso wünschenswert ist es, wenn im Zuge der Änderung der Amtshaftung von der personalen Schuldübernahmekonstruktion abgerückt und eine originäre, d. h. primäre Staatshaftung begründet und in diesem Zusammenhang von dem Verschuldenserfordernis Abstand genommen würde. Die Aufrechterhaltung des Verschuldensprinzips lässt sich nur noch durch die derzeitige personalistische Konstruktion der Amtshaftung erklären bzw. rechtfertigen; gerechtfertigt ist das Verschuldensprinzip jedoch keineswegs dann mehr, wenn – wie auch das Staatshaftungsgesetz vom 26.06.1981 – auf einer anderen Konstruktion aufgebaut wird.

Die vorstehenden Überlegungen gelten einmal deswegen, weil das Tatbestandsmerkmal Verschulden „nicht von so großer praktischer Bedeutung ist, wie man dies vielleicht meinen könnte. Der III. Zivilsenat des BGH hat im Jahr 1955 96 Staatshaftungsurteile, im Jahr 1960 85 Urteile, im Jahr 1965 51 Urteile und im Jahr 1969 13 Urteile gefällt. 1955 wurden in 12,5 % der Urteile die geltend gemachten Ansprüche ausschließlich aufgrund von Erwägungen zum Verschulden verneint, diese Prozenrate veränderte sich fallend im Jahr 1960 4,7 % und im Jahr 1965 1,96 %“<sup>1021</sup> Nach Maßgabe einer im Jahr 1976 veröffentlichten rechtstatistischen Erhebung waren bei den seinerzeit ausgewerteten Klageverfahren (lediglich) etwa 10,4 % aufgrund fehlenden Verschuldens erfolglos geblieben.<sup>1022</sup> Auch mit Rücksicht auf diese Zahlen erscheint es nicht angezeigt, im Bereich des Verschuldens tiefgreifendere Dogmatisierungsbestrebungen zu entwickeln und über die Kollegialgerichts-Richtlinie eine Rechtsfigur einzuführen bzw. aufrecht zu erhalten, die sich – bei Lichte betrachtet – letztlich nur als Potemkinsches Dorf entpuppt.

---

<sup>1020</sup> BGBl. I 1994, S. 3146 ff.

<sup>1021</sup> Kommissionsbericht S. 153

<sup>1022</sup> Tremml/Karger/Luber Rdziff. 145

## **Sechster Teil: Rechtmäßiges Alternativverhalten und Schadenszurechnung**

### **19. Kapitel: Einführende Anmerkungen und Fallbeispiele**

Der Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens und seine dogmatische Herleitung baut auf dem Verständnis der Kausalität im Amtshaftungsrecht auf. Zum Zwecke der Nachvollziehbarkeit der theoretischen Ausführungen sind einige ausgewählte Fälle aus der Rechtsprechung kurz dargestellt.

#### **A. Die Windenergieanlagen-Entscheidung**

Die Klägerin beehrte von den beklagten öffentlich-rechtlichen Körperschaften Schadensersatz und trug dazu vor, dass Bauanfragen zur Errichtung von insgesamt sechs Windenergieanlagen verzögert bearbeitet und – nach einer zwischenzeitlichen Änderung des Flächennutzungsplans – abschlägig beschieden worden seien. Die Inanspruchnahme der Gemeinde stützte die Klägerin auf das versagte gemeindliche Einvernehmen. Die Klägerin hatte die Erteilung von Bauvorbescheiden für Windkraftanlagen begehrt. Nachdem die Gemeinde deren Einvernehmen versagt hatte, beschloss die Verbandsgemeinde eine Änderung des Flächennutzungsplans und wies darin Sonderbauflächen für Windkraftanlagen an

einer anderen Stelle aus als an den von der Klägerin beantragten beiden Flächen. Wegen der nun entgegenstehenden Festsetzung im Flächennutzungsplan, entgegenstehender Belange des Naturschutzes und der Landschaftspflege sowie seitens des Straßen- und Verkehrsamtes erklärter Bedenken lehnte die zuständige Behörde die Erteilung der beantragten Bauvorbescheide ca. 15 Monate nach Antragstellung ab. Nachdem das Widerspruchsverfahren und Klageverfahren I. Instanz erfolglos geblieben waren, stellte das Oberverwaltungsgericht einen Fehler in der Offenlegungsbekanntmachung des Flächennutzungsplanes fest und verpflichtete die den Versagungsbescheid erlassende Behörde durch Urteil, die beantragten Bauvorbescheide für jeweils zwei Windkraftanlagen auf den von der Klägerin vorgesehenen Flächen zu erteilen und stellte im Übrigen hinsichtlich zwei weiterer geplanter Windkraftanlagen (auf einen Hilfsantrag der Klägerin) fest, dass die den Versagungsbescheid erlassende Behörde bis zum Inkrafttreten des Gesetzes zur Umsetzung der UVP-Änderungsrichtlinie, der IVU-Richtlinie und weiterer EG-Richtlinien zum Umweltschutz verpflichtet gewesen war, dem begehrten Bauvorbescheid auch hinsichtlich der zwei weiteren Windkraftanlagen zu erteilen. Wenige Wochen nach dem Urteil II. Instanz beschloss die Verbandsgemeinde erneut eine Änderung des Flächennutzungsplans und beseitigte den vom OVG festgestellten formellen Mangel und setzte diese Änderung rückwirkend in Kraft. Nunmehr begehrte die Klägerin im Hinblick auf das verzögerte Verfahren Schadensersatz in Höhe von etwa 2,1 Mio. € zzgl. Zinsen.

Der BGH führte in seiner Entscheidung aus, dass die Rechtswidrigkeit des Ursprungsbescheides für sich allein genommen nicht ausreiche, einen Amtshaftungsanspruch zu begründen. Denn es sei zu prüfen, wie sich die Vermögenslage der Klägerin bei rechtmäßigem und amtspflichtgemäßem Vorgehen der Bauaufsichtsbehörde gestaltet hätte.<sup>1023</sup> Bei pflichtgemäßer Prüfung im für die Klägerin günstigsten Fall hätte die interne Feststellung getroffen werden müssen, der Flächennutzungsplan sei nicht wirksam bekannt gemacht worden; das wiederum hätte aber dazu geführt, dass dem klägerischen Begehren nicht etwa ohne Weiteres stattgegeben und die beantragten Bauvorbescheide hätten erteilt werden müssen, vielmehr hätte vor einer Entscheidung der ebenfalls beklagten Gemeinde Gelegenheit gegeben werden müssen, den etwaigen Bekanntmachungsfehler zu beheben. Ließe sich, so der BGH, die Feststellung treffen, dass bei pflichtgemäßem Handeln der Bauaufsichtsbehörde der Mangel rückwirkend geheilt worden wäre, so könne dies einem auf die rechtswidrige Versagung des Bauvorbescheids gestützten Amtshaftungsanspruch unter dem Gesichtspunkt des rechtmäßigen Alternativverhaltens entgegengehalten werden.<sup>1024</sup>

---

<sup>1023</sup> BGH NVwZ 2008, 815 (816)

<sup>1024</sup> BGH NVwZ 2008, 815 (816)

## B. Die Parkplatz-Entscheidung

Der Kläger beabsichtigte, auf einem nicht beplanten Gelände etwa 40 Parkplätze anzulegen und beantragte deshalb bei der beklagten Stadt einen Bauvorbescheid. Nach Antragstellung hat der Kläger das Grundstück erworben. Als Reaktion auf die klägerseitig gestellte Bauvoranfrage beschloss der Rat der beklagten Stadt die Aufstellung eines Bebauungsplanes, dessen Ziele dem klägerischen Bauvorhaben entgegenstanden. Der Aufstellungsbeschluss wurde im Februar 1997 bekannt gemacht. Im März 1997 setzte die beklagte Stadt (nach Maßgabe des § 15 Abs. 1 S. 1 BauGB) die Entscheidung über die Bauvoranfrage bis zum 30.09.1997 aus, dieser Beschluss wurde später bis zum 28.02.1998 verlängert. Unter dem 13.12.1997 beschloss der Rat eine Veränderungssperre. Im Rahmen des Amtshaftungsverfahrens hat der Kläger vorgetragen, die Bediensteten der beklagten Stadt hätten den von ihm im Oktober 1996 beantragten Vorbescheid spätestens nach drei Monaten, also bis Januar 1997, erlassen müssen. Denn planungsrechtliche Hindernisse hätten zu diesem Zeitpunkt dem Bauvorhaben eben nicht entgegenstanden. Die Bediensteten der Stadt hätten stattdessen pflichtwidrig die Bekanntmachung des Aufstellungsbeschlusses abgewartet, um sodann diese planungsrechtliche Situation auszunutzen und den Zurückstellungsbescheid zu erlassen.

Der BGH führte in dieser Entscheidung aus, dass die Annahme eines ersatzfähigen Schadens scheitere nicht daran, dass sich die Beklagte auf rechtmäßiges Alternativverhalten, d. h. auf den Einwand, der Schaden wäre auch bei einer ebenfalls möglichen, rechtmäßigen Verhaltensweise entstanden, berufen könne. Denn das Gericht habe bei Amtshaftungsansprüchen berücksichtigt, wenn der Behörde ein Verfahrensfehler unterlaufen sei und sie bei einem ordnungsgemäßen Verfahren zu der gleichen Entscheidung hätte kommen müssen oder sofern sie selbst eine fehlende Rechtsgrundlage pflichtgemäß hätte schaffen können. Mit einer derartigen Fallgestaltung sei der vorliegende Streitfall allerdings nicht vergleichbar. Es sei Sache der Beklagten, den Aufstellungsbeschluss zu fassen und so rechtzeitig zu verkünden, dass er bei der Entscheidung über die Bauvoranfrage (die innerhalb einer angemessenen Zeit zu ergehen hätte, berücksichtigt werden könnte). Das wiederum bedeute, dass der Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens nicht dazu führen könne, eine nicht vorhandene Rechtsgrundlage für eine Zurückstellung der Bauvoranfrage zu fingieren.<sup>1025</sup>

## C. Die Kiesabbau-Entscheidung

Die Klägerin in dem Verfahren war Inhaberin einer widerruflichen wasserrechtlichen Erlaubnis, die die zuständige Behörde am 28.05.1965 für eine Nassauskiesung für ein bestimmtes Grundstück erteilt hat. Infolge umweltmaß-

---

<sup>1025</sup> BGH NVwZ 2002, 124 (125); ähnlich: OLG Hamburg, OLG-Report 2005, 497

geblicher Veränderungen war dieses Grundstück nun in eine Schutzzone gelangt, welche von der Bezirksregierung Koblenz im Rahmen einer Wasserschutzgebietsverordnung festgesetzt war. Nach Maßgabe dieser Verordnung waren Veränderungen und Aufschlüsse der Erdoberfläche, selbst wenn Grundwasser nicht aufgedeckt wird, verboten. Die Klägerin initiierte einen Normenkontrollantrag, welcher erfolglos geblieben ist. Mit einer für sofort vollziehbar erklärten Verfügung vom 04.12.1992 wurde der Klägerin der Kiesabbau auf dem in der Erlaubnis umschriebenen Grundstück untersagt. Begründet wurde diese wasserpolizeiliche Verfügung damit, dass die Klägerin gegen die Schutzgebietsfestsetzung verstoßen hätte. Obschon über die von der Klägerin eingelegten Widersprüche noch nicht entschieden worden war, die Klägerin jedoch einen Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs gegen diese polizeiliche Verfügung erlangt hatte, verklagte die Klägerin das beklagte Land wegen dieser Polizeiverfügung und begehrte einen Schaden, den sie für nutzlos aufgewendete Vorhaltekosten für einen Radlader und LKW-Kipper auf 1,02 Mio. DM bezifferte.

Der BGH führte in dieser Entscheidung aus, dass die Berufung des Schädigers auf rechtmäßiges Alternativverhalten zwar grundsätzlich beachtlich sein könne. Entscheidend dabei sei aber der Schutzzweck der jeweils verletzten Norm. Bei Amtshaftungsansprüchen sei ein rechtmäßiges Alternativverhalten insbesondere dann zu berücksichtigen, wenn der Behörde ein Verfahrensfehler unterlaufen sei und sie bei einem ordnungsgemäßen Verfahren zu der gleichen Entscheidung hätte kommen oder sofern sie selbst eine fehlende Rechtsgrundlage pflichtgemäß hätte schaffen müssen. Damit sei der Streitfall jedoch nicht vergleichbar. Im Rahmen der Kausalitätserwägungen würde durch die Berücksichtigung einer solchen hypothetischen Variante nicht nur an die Stelle einer aus materiellen Gründen rechtswidrigen Verwaltungsentscheidung ein abweichender Verwaltungsakt mit wesentlich anderem rechtlichen Inhalt und auf unterschiedlicher Rechtsgrundlage, lediglich tatsächlich mit demselben Ergebnis (Unzulässigkeit weiterer Auskiesung des Grundstücks), gesetzt, dessen Rechtsfolgen zudem unter dem Gesichtspunkt denkbarer Entschädigungspflicht ungeklärt wären, sondern diese alternative Verwaltungsakt widerspräche nach den im Zusammenhang mit der Umdeutung rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen des Berufungsgerichts auch dem damaligen Willen der oberen Wasserbehörde. Bei einer derartigen Sachlage müsse sich die Verwaltungsbehörde billigerweise an deren getroffener Entscheidung gleichermaßen festhalten lassen, wie es auch im Haftungsprozess dem Geschädigten nicht zumutbar sei, sich auf einen hypothetischen Verwaltungsakt dieser Art einzulassen, nicht zuletzt im Hinblick auf die sich an beide Verwaltungsentscheidungen knüpfenden unterschiedlichen Rechtsfolgen.<sup>1026</sup>

---

<sup>1026</sup> BGHZ 143, 362 (366) = NVwZ 2000, 1206 (1207)

#### D. Die Shredderabfall-Entscheidung

Die zuständige Behörde hatte gegen den Nutzer einer Mülldeponie verfügt, dass dessen Shredderabfälle von den weiteren Annahmen in einer zentralen Mülldeponie ausgeschlossen werden. Denn, so die behördliche Verfügung, unter den Abfällen befänden sich auch solche aus Kühlschränken, die mit Kühlflüssigkeit und den darin enthaltenen Giftstoffen kontaminiert sein könnten und die (unstreitig) zur Entsorgung auf der betreffenden Deponie ungeeignet waren. Die Klägerin hatte sich wenige Tage nach Erhalt dieses Schreibens schriftlich an die Behörde gewandt und dezidiert Stellung genommen. Im gerichtlichen Verfahren versuchte die Klägerin nun den ihr erlittenen Schaden geltend zu machen, den sie durch den Ausschluss von der Nutzung der Mülldeponie erlitten hat. Landgericht und Oberlandesgericht haben die Klage abgewiesen.

In seinem Nichtannahme-Beschluss führte der BGH aus, dass das Schreiben der Behörde zwar als „belastender“ Verwaltungsakt und das Antwortschreiben der Klägerin bei objektiver Betrachtung als Widerspruch gewertet werden müssen. Dann aber wiederum wäre durch die Behörde die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs zu beachten gewesen, sodass – auch in Ermangelung eines angeordneten Sofortvollzugs – eine Verweigerung der Annahme der Shredderabfälle durch die Behörde nicht gerechtfertigt gewesen sei. Gleichwohl könne aber das klägerische Begehren keinen Erfolg haben. Denn hier greife der Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens durch. In der Rechtsprechung des BGH werde dieser Einwand bei Amtshaftungsansprüchen zugelassen, die sich auf verfahrensfehlerhaft zustande gekommene Entscheidungen gründeten. Dieser Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens besage, dass bei ordnungsgemäßem Verfahren eine gleichlautende behördliche Entscheidung hätte ergehen müssen. Im vorliegenden Fall habe die Gefahrenlage, die die Behörde zu diesem Schritt veranlasst habe, darin bestanden, dass unter den von der Klägerin angelieferten Shredderabfällen sich auch solche Abfälle befinden konnten, die zu einer Kontamination hätten führen können. Deshalb hätte auch unter den Verfahrensbeteiligten kein Zweifel bestehen können, dass das Verbot, diese Abfälle auf der Deponie zu lagern, sofort hätte durchgesetzt werden müssen und nicht erst der Abschluss eines möglicherweise langwierigen Widerspruchsverfahrens hätte abgewartet werden können. Dies habe auch wohl die Klägerin so verstanden, wie deren weiteres Vorgehen zeige. Sie habe nicht etwa das Widerspruchsverfahren weiterverfolgt, sondern den selbständigen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gem. § 123 VwGO gestellt und sei deshalb auch in der Sache nicht schlechter gestellt worden, als wenn die Behörde die korrekte Handlungsform gewahrt hätte.<sup>1027</sup>

---

<sup>1027</sup> BGH UPR 1997, 71 (72) = BGHR BGB § 839 Abs. 1 S. 1 Kausalität 10

## 20. Kapitel: Kausalzusammenhang zwischen Amtspflichtverletzung und (Vermögens-) Schaden

Der Wortlaut des § 839 Abs. 1 S. 1 BGB belegt bereits das sich daraus ergebende Kausalitätserfordernis. Denn wenn ein Beamter (vorsätzlich oder fahrlässig) die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht verletzt, so hat er dem Dritten „den daraus entstehenden Schaden“ zu ersetzen.<sup>1028</sup> Das Kausalitätserfordernis ist aber auch dem Umstand geschuldet, dass die Amtshaftung systematisch der Deliktshaftung zuzurechnen ist. Denn die Regelung in § 839 BGB gehört zum 27. Titel des 8. Abschnitts des 2. Buchs des BGB. Für derlei Deliktstatbestände ist ein Kausalitätserfordernis systemimmanent.<sup>1029</sup>

### A. Der adäquate Kausalzusammenhang bei der haftungsausfüllenden Kausalität

Im Rahmen der Deliktshaftung ist der notwendigerweise zu prüfende Kausalzusammenhang Grund und zugleich Grenze eben dieser Haftung, wobei zwischen der so genannten haftungsbegründenden und der haftungsausfüllenden Kausalität zu unterscheiden ist. Im Rahmen der haftungsbegründenden Kausalität wird die Frage der Klärung zugeführt, ob zwischen dem Verhalten des Schädigers und der eingetretenen Rechtsgutverletzung, z. B. im Fall des § 823 Abs. 1 BGB (Körperverletzung) ein ursächlicher Zusammenhang gegeben war. Die haftungsausfüllende Kausalität wiederum stellt den Ursachenzusammenhang zwischen dem Haftungsgrund (Rechtsgutsverletzung) und dem entstandenen Schaden dar<sup>1030</sup>; übertragen auf die Amtshaftung bedeutet dies, dass zwischen der Amtspflichtverletzung und dem (Vermögens-)Schaden ein Kausalzusammenhang hergestellt wird. Dabei kommt es regelmäßig (nur) auf die haftungsausfüllende Kausalität an. Denn anders als bei § 823 BGB wird über die Amtshaftung gem. § 839 Abs. 1 S. 1 BGB i. V. m. Art. 34 GG reiner Vermögensschutz im Falle der Verletzung von dritgerichteten Amtspflichten gewährt; auf eine spezifische Rechtsgutsverletzung kommt es dabei nicht an.<sup>1031</sup>

### B. Inhaltliche Reichweite des adäquaten Kausalzusammenhangs

Nach allgemeiner und übereinstimmender Ansicht im Schrifttum und in der Rechtsprechung ist im Rahmen des Kausalzusammenhangs zunächst bei der so

<sup>1028</sup> Detterbeck/Windthorst/Sproll, § 9 Rdziff. 163

<sup>1029</sup> Detterbeck/Windthorst/Sproll, § 9 Rdziff. 163

<sup>1030</sup> Palandt/Grüneberg, BGB, Vorb. v § 249 Rdziff. 24; Soergel/Vinke, BGB, § 839 Rdziff. 175

<sup>1031</sup> Stein/Itzel/Schwall Rdziff. 159; Soergel/Vinke, BGB, § 839 Rdziff. 243; Ossenbühl/Cornils S. 73; Tremml/Karger/Luber Rdziff. 49, 167; Schlick/Rinne, NVwZ 1997, 1171 (1171); BGH NVwZ-RR 1996, 625 (626); BGH NJW-RR 1995, 248 (249); BGH NJW-RR 1994, 1171 (1172); BGHZ 34, 99 (105); OLG Frankfurt, Beschl. v. 30.11.2011 - 1 W 54/11, juris Rdziff. 12



genannten Äquivalenztheorie anzusetzen. Es ist mithin zu prüfen, ob das in Rede stehende und im naturwissenschaftlich-philosophischen Sinn eine Erfolgsbedingung darstellende Ereignis zu den *conditiones sine quibus non* gehört. Dazu sind nur diejenigen Ereignisse zu zählen, die nicht hinweggedacht werden können, ohne dass sich der dann ergebende Zustand überhaupt nicht mehr in die für die rechtliche Wertung in Betracht kommende Erfolgskategorie fällt oder ohne dass zumindest der konkrete Erfolg innerhalb dieser Kategorie in einer Weise verändert wird, die für die rechtliche Würdigung erheblich ist.<sup>1032</sup> Der Schädiger haftet jedoch nicht für alle im naturwissenschaftlichen Sinn (*conditio sine qua non*) durch das schadensbegründende Ereignis verursachten Folgen (äquivalente Kausalität). Die Verantwortlichkeit des Schädigers wird vielmehr durch weitere Zurechnungskriterien einzuschränken sein, um eine unerträgliche Ausweitung der Schadensersatzpflicht zu verhindern.<sup>1033</sup> Ebenso wie im allgemeinen Deliktsrecht wird auch im Rahmen der Amtshaftung zwischen dem Verursachungselement und dem Zurechnungselement unterschieden.

### *I. Verursachungselement*

#### 1. Äquivalenztheorie

Wie bereits angedeutet, wird im Amtshaftungsrecht im Rahmen der ersten Stufe bei dem Verursachungselement zu hinterfragen sein, ob der Schaden – wenn die pflichtwidrige Handlung hinweggedacht wird – in Wegfall gerät.<sup>1034</sup>

Als Beispiel für die Anwendung der Äquivalenztheorie im Bereich der haftungsausfüllenden Kausalität bei der Amtshaftung wird in der Literatur auf die Fallgestaltung der pflichtwidrigen Versagung des gemeindlichen Einvernehmens gem. § 36 BauGB verwiesen, wonach eine – äquivalente – Kausalität dann nicht gegeben ist, wenn die Bauaufsichtsbehörde bei der Versagung der Baugenehmigung eigene Gründe geltend gemacht hat.<sup>1035</sup> In der insoweit in Bezug genommenen Entscheidung des BGH hat das Gericht die Ansicht vertreten, die Bauaufsichtsbehörde müsse, wenn sie eigene Erwägungen für die Ablehnung der Baugenehmigung anführe, amtshaftungsrechtlich auch die Verantwortung für die etwaige Rechtswidrigkeit der Ablehnung im Außenverhältnis allein übernehmen; aus diesem Grund könne die Versagung der Baugenehmigung der Gemeinde, wenn diese ihr Einvernehmen nicht erteile, haftungsrechtlich nicht zugerechnet werden.<sup>1036</sup> Anders war die Sache bis dato vom BGH in den Fällen beurteilt worden,

<sup>1032</sup> BGHZ 2, 138 (140, 141)

<sup>1033</sup> Palandt/Grüneberg, BGB, Vorb. v § 249 Rdziff. 25 ff.; Oetker in: MünchKomm BGB, vor § 249 Rdziff. 36 ff.; BGH NJW 2000, 947 (948) dort allerdings thematisch zur Hausverwalterhaftung; BGH NJW 1995, 126 (127); BGHZ 137, 11 (19); 107, 359 (364); BGHZ 79, 259 (261); BGHZ 57, 245 (256); BGHZ 27, 137 (139 ff.); BGHZ 3, 261 (265 ff.)

<sup>1034</sup> BGHZ 96, 157 (170) = NJW 1986, 576 (579)

<sup>1035</sup> Detterbeck/Windthorst/Sproll, § 9 Rdziff. 166 unter Hinweis auf BGH UPR 1992, 105

<sup>1036</sup> BGH UPR 1992, 105 (106) = BGHR BauGB § 36 Einvernehmen 2

in denen die Versagung des gemeindlichen Einvernehmens jeweils der ausschlaggebende Grund für die Ablehnung der Baugenehmigung gewesen war.<sup>1037</sup> Diese haftungsrechtliche Situation hat sich indessen durch Inkrafttreten des Bau- und Raumordnungsgesetzes 1998 vom 18.08.1997<sup>1038</sup> verschoben. Denn durch dieses Gesetz ist ein neuer § 36 Abs. 1 S. 3 BauGB eingefügt worden, vermöge dessen ein rechtswidrig versagtes Einvernehmen der Gemeinde durch die nach Landesrecht zuständige Behörde ersetzt werden kann. Dies bedeutet nach Auffassung des BGH, dass ein Bedürfnis dafür, die Amtspflichten der – das Einvernehmen rechtswidrig versagenden – Gemeinde nicht als drittschützend zu qualifizieren, nicht mehr gegeben sei.<sup>1039</sup> Mit anderen Worten kommt es bei der Frage der Amtshaftung der Gemeinde nicht mehr auf die Frage der (haftungsausfüllenden) Kausalität an, wenn die nach Landesrecht zuständige Baugenehmigungsbehörde das Einvernehmen nicht ersetzt; die Amtshaftung verlagert sich – im Fall der Versagung des gemeindlichen Einvernehmens und nicht erfolgter Ersetzung durch die Baugenehmigungsbehörde – von der Ebene der Gemeinde auf die Ebene der Baugenehmigungsbehörde; für den Fall, dass allerdings das Einvernehmen überhaupt nicht versagt wurde, sondern eine Einvernehmensfiktion gem. § 36 Abs. 2 S. 2 BauGB eingetreten ist, stellt sich eine amtshaftungsrechtliche Konstellation nicht. Denn bei Eintritt der Einvernehmensfiktion ist die Gemeinde im verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsprozess gehindert, diejenigen Einwände geltend zu machen, die bereits zum Eintritt der Einvernehmensfiktion eine Versagung des Einvernehmens ermöglicht hätten.<sup>1040</sup>

## 2. Adäquanztheorie

Wie bereits eingangs dargestellt bedarf es zum Zwecke der Einschränkung der anderenfalls ausufernden Schadensersatzverpflichtung weiterer Kriterien im Anschluss an die Feststellung der äquivalenten Verursachung. Derlei Einschränkung wird sowohl von Rechtsprechung und Literatur durch die so genannte Adäquanztheorie vorgenommen und dient der Ausgrenzung derjenigen Kausalverläufe, die dem Schädiger billigerweise nicht mehr zugerechnet werden können.<sup>1041</sup> Im Bereich des Amtshaftungsrechts ist auf der Grundlage der Recht-

<sup>1037</sup> BGH BGHR BGB § 839 Abs. 1 S. 1 Gemeinderat 4; BGH, Beschl. v. 25.02.1988 - III ZR 118/87 n. v.; BGH NJW 1980, 387 (389); ausführlich zu den amtshaftungsrechtlichen Problemen im Zusammenhang mit dem Einvernehmen der Gemeinde gem. § 36 BauGB: Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 592 ff.; Schröder/Kullick, NZBau 2012, 31 f.; Jeromin, BauR 2011, 456 ff.; Dippel, NVwZ 2011, 769 ff.; Schlarmann/Krappel, NVwZ 2011, 215 ff.; Schoch, NVwZ 2012, 777 ff.; Muckel, JA 2013, 319 f.; Tremml/Luber, UPR 2013, 81 ff.

<sup>1038</sup> BGBl. 1997 I S. 2081

<sup>1039</sup> BGH NVwZ 2013, 167; BGHZ 187, 51 (55) = NVwZ 2011, 249 (250); ebenso OLG München, Urt. v. 22.12.2011 –1 U 758/11 (juris); vgl. auch Schlick, NJW 2011, 3341 (3343 f)

<sup>1040</sup> OVG Münster BauR 2011, 1296; VG Hannover, Urt. v. 22.09.2011 – 12 A 3847/10 (juris Rdziff. 30) sowie – 12 A 3846/10 (juris Rdziff. 39)

<sup>1041</sup> Palandt/Grüneberg, BGB, Vorb. v. § 249 Rdziff. 26; Soergel/Vinke, BGB, § 839 Rdziff. 175

sprechung des III. Zivilsenats des BGH im Rahmen des adäquaten Kausalzusammenhangs im jeweiligen Einzelfall zu prüfen, welchen Verlauf die Dinge bei pflichtgemäßem Verhalten des Amtsträgers genommen hätten und wie sich in diesem Fall die Vermögenslage des Verletzten darstellen würde.<sup>1042</sup> Aufbauend darauf ist von einem adäquaten Kausalzusammenhang auszugehen, wenn die Amtspflichtverletzung im Allgemeinen und nicht nur unter besonders eigenartigen, ganz unwahrscheinlichen oder nach dem regelmäßigen Verlauf der Dinge außer Betracht zu lassenden Umständen zur Herbeiführung des Schadens geeignet war.<sup>1043</sup> Diese Kausalitätsanforderungen gelten im Übrigen auch für den staatshaftungsrechtlichen Entschädigungsanspruch gem. § 198 GVG wegen unangemessen langer Verfahrensdauer.<sup>1044</sup>

Ausgehend davon ist danach zu differenzieren, ob die Amtspflichtverletzung in einem positiven Tun oder einem Unterlassen bestanden hat.

#### a. Amtspflichtverletzung durch positives Tun

Bei dem adäquaten Kausalzusammenhang im Rahmen des Amtshaftungsanspruchs kommt es auf eine hypothetische Feststellung an; bei Maßnahmen der Exekutive ist danach zu differenzieren, ob es sich um gebundene Entscheidungen oder um solche Entscheidungen handelt, bei denen der Behörde ein Ermessensspielraum zukommt:

Bei so genannten gebundenen Entscheidungen oder aber im Falle der Ermessensreduzierung „auf Null“ ist darauf abzustellen, ob eine – gesetzmäßige und

---

<sup>1042</sup> BGH NVwZ 1997, 714 (724, insoweit nicht abgedruckt bei BGHZ 134, 268); BGHZ 129, 226 (233) = NJW 1995, 2344 (2345); BGH NJW 1988, 1262 (1263); BGH NJW 1988, 1143 (1144); BGH NJW 1986, 1329 (1331); BGHZ 96, 157 (172) = NJW 1986, 576 (579); BGH NJW 1982, 36 (37); OLG Hamm, Urte. v. 01.06.2011 - 11 U 163/09 (juris Rdziff. 25); OLG Celle, Urte. v. 18.09.2001 - 16 U 135/96 (juris Rdziff. 48); Bamberger/Roth/Reinert, BGB, § 839 Rdziff. 83; Soergel/Vinke, BGB, § 839 Rdziff. 175; Schoch, JURA 1988, 585 (592); Deterbeck/Windthorst/Sproll, § 9 Rdziff. 166; Ossenbühl/Cornils S. 73; Tremml/Karger/Luber Rdziff. 168; Stein/Itzel/Schwall Rdziff. 159; Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 223; PWW/Kramarz, BGB, § 839 Rdziff. 58; Kepler in: Terwiesche Rdziff. 1442 ff.

<sup>1043</sup> BGH NJW 2005, 1420 (1421), dort allerdings thematisch zur Fristwahrung einer Reisemängelrüge; BGHZ 129, 226 (232/233); BGH NJW-RR 1995, 248 (249); BGH NJW 1995, 126 (127); BGH NVwZ 1994, 825 (827); BGH NJW 1989, 2945 (2946); BGH NJW 1986, 2829 (2831); BGHZ 57, 137 (141); Ossenbühl/Cornils S. 73; Tremml/Karger/Luber Rdziff. 169; Bonk in: Sachs, GG, Art. 34 Rdziff. 81; Stein/Itzel/Schwall Rdziff. 159; Soergel/Vinke, BGB, § 839 Rdziff. 175; Schlick/Rinne, NVwZ 1997, 1171 (1172)

<sup>1044</sup> Einen Überblick über das Gesetz über den Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren und strafrechtlichen Ermittlungsverfahren vom 24.11.2011 (BGBl. I 2011, S. 2302 ff.) geben: Ossenbühl/Cornils S. 460 ff.; Heine, MDR 2012, 327; Magnus, ZJP 2012, 75 ff.; Ossenbühl, DVBl. 2012, 857 ff.; Schenke NVwZ 2012, 257 ff.; Zuck NVwZ 2012, 265 ff.; Wagner, FA 2012, 70 f.; Althammer/Schäuble, NJW 2012, 1 ff.; Remus, NJW 2012, 1403 ff. (dort auch im Zushg. mit Amtshaftungsansprüchen wegen verzögerter Amtstätigkeit des Richters); Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 334 a ff.

amtspflichtgemäße – Entscheidung auf jeden Fall zu einem anderen Ergebnis als die tatsächlich getroffene Entscheidung geführt hätte.<sup>1045</sup> Anders verhält es sich hingegen bei Ermessensspielräumen auf Behördenseite. Nach Auffassung des BGH ist für die Frage, ob eine Amtspflichtverletzung für den behaupteten Schaden kausal geworden ist, zu hinterfragen, wie die Behörde bei fehlerfreiem Vorgehen entschieden hätte; demgemäß kann die – adäquate – Kausalität nur dann zu bejahen sein, wenn feststeht, dass bei richtiger Handhabung des Ermessens der Schaden nicht eingetreten wäre.<sup>1046</sup> Nur dann, wenn mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ein anderes Ergebnis zutage gefördert worden wäre, kann von einem adäquaten Kausalzusammenhang bei Ermessensentscheidungen ausgegangen werden. Die bloße Möglichkeit einer anderslautenden Entscheidung reicht hingegen nicht aus.<sup>1047</sup>

Die vorstehenden Ausführungen unterliegen jedoch einer gewissen Einschränkung in Bezug auf den Überprüfungsmaßstab. Im Rahmen der Prüfung, wie die Dinge bei verfahrensmäßig pflichtgemäßem Verhalten eingetreten wären, kommt es u. U. auf die (hypothetische) Entscheidung eines Gerichts an; sodann ist nicht darauf abzustellen, wie eben dieses Gericht tatsächlich entschieden hätte, sondern darauf, wie es nach Ansicht des über den Amtshaftungsanspruch erkennenden Gerichts richtigerweise hätte entscheiden müssen. Dieser Grundsatz gilt nicht nur für gerichtliche Entscheidungen im Prozessverfahren, sondern auch für gerichtliche Maßnahmen bei anderen Verfahrensarten und ebenso bei dem Erlass von Verwaltungsakten, soweit es nicht um Ermessensentscheidungen, sondern lediglich um die Entscheidung einer Rechtsfrage handelt.<sup>1048</sup>

#### b. Amtspflichtverletzung durch Unterlassen

Wenn die Amtspflichtverletzung in einem Unterlassen besteht, ist ein Ursachenzusammenhang zwischen der Amtspflichtverletzung und dem Vermögensschaden nur dann zu bejahen, wenn der Schadenseintritt bei pflichtgemäßem Handeln mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit vermieden worden wäre; eine bloße Möglichkeit, ebenso eine gewisse Wahrscheinlichkeit genügt dafür nicht.<sup>1049</sup>

<sup>1045</sup> Papier in: MünchKomm BGB, § 839 Rdziff. 278; Detterbeck/Windthorst/Sproll § 9 Rdziff. 167

<sup>1046</sup> BGH BGHR BGB § 839 Abs. 1 S. 1 Kausalität 4; BGH, Urt. v. 26.01.1989 - III ZR 75/88 (juris Rdziff. 8); BGH NVwZ 1985, 682 (684) = VersR 1985, 588 (589); BGH NJW 1982, 1328 (1329)

<sup>1047</sup> Papier in: MünchKomm BGB, § 839 Rdziff. 278; BGH VersR 1985, 887 (887); BGH NVwZ 1985, 682 (684) = VersR 1985, 588 (589); BGH VersR 1982, 275 (275)

<sup>1048</sup> BGH VersR 1981, 256 (257); BGHZ 36, 144 (154) = NJW 1962, 583 (585)

<sup>1049</sup> BGH NJW 2012, 850 (851), dort allerdings thematisch zur Arzthaftung; BGH NVwZ 1994, 823 (825); BGH NVwZ 1986, 961 (962); BGH NVwZ 1985, 936 (937); BGH NJW 1974, 453 (455) = VersR 1974, 342 (344); BGHZ 34, 206 (215) = NJW 1961, 868; ebenso: BVerfG, Beschl. v. 21.11.2012 - 1 BvR 1711/09, juris Rdziff. 19; Ossenbühl S. 71; Tremml/Karger/Luber Rdziff. 171; Stein/Itzel/Schwall Rdziff. 160; Papier in: MünchKomm BGB, § 839 Rdziff. 279; Bamberger/Roth/Reinert, BGB, § 839 Rdziff. 83; Schoch, JURA 1988, 585 (593)

## II. Zurechnungselement und Unterbrechung des Zurechnungszusammenhangs

Im Rahmen der Amtshaftung ist nicht nur auf die Verursachung i. S. d. Äquivalenz-/Adäquanz-Theorie abzuheben, sondern es wird – einschränkend – auch auf die Frage ankommen, ob dem Schädiger der Schaden billigerweise zugerechnet werden kann. Bei wertender Betrachtung handelt es sich dabei nicht um den Bereich des eigentlichen Kausalzusammenhangs, vielmehr um eine dieser nachgeordneten Frage.<sup>1050</sup> In einer Vielzahl von Fällen, in denen der adäquate Kausalzusammenhang i. e. S. zu bejahen ist, wird auch von einer Zurechnung ausgegangen werden können. Gleichwohl bedarf es einer Einzelprüfung, ob – gemessen am „Schutzzweck der Norm“ – von einer Zurechnung ausgegangen werden kann (vgl. nachfolgend Ziff. 1.) oder aber ob ggf. eine Unterbrechung des Zurechnungszusammenhangs aufgrund einer atypischen Situation zu berücksichtigen ist (vgl. nachfolgend Ziff. 2.). Sonderfälle bilden insoweit diejenigen Fallkonstellationen, in denen es um die nachträgliche Legalisierung eines Verwaltungsakts durch im Nachhinein geänderte Satzung (mit Rückwirkung) geht oder aber um die hier näher zu untersuchenden Fälle des Einwandes rechtmäßigen Alternativverhaltens (vgl. nachfolgend Ziff. 3. und 4.).

### 1. Schutzzweck der Norm

Allgemeiner Auffassung zufolge besteht eine Schadensersatzverpflichtung nur, wenn der konkrete Schaden nach Art und Entstehungsweise unter den Schutzzweck derjenigen Norm fällt, um deren Verletzung es geht; mithin muss es sich um unfreiwillig erlittene (Vermögens-)Nachteile handeln, die aus dem Bereich derjenigen Gefahren stammen, zu deren Abwendung die verletzte Norm gerade erlassen worden ist.

Diese Haftungsbegrenzung aufgrund des Schutzzwecks der Norm macht eine wertende Betrachtung erforderlich und gilt gleichermaßen für die vertragliche wie auch die deliktische Haftung.<sup>1051</sup> Der Grundsatz, dass durch den Schutzzweck der Norm eine Begrenzung im Rahmen der Schadenszurechnung stattzufinden hat, gilt allgemein für alle Schadensersatzansprüche, auch für den Bereich der Amtshaftung.<sup>1052</sup> Gerade für diesen Bereich wird indessen zu vergegenwärtigen sein, dass der Topos vom „Schutzzweck der Norm“ nicht nur für die Kausalität bzw. den Zurechnungszusammenhang reserviert ist. Zwar führt der BGH aus, der Schutzzweck diene der inhaltlichen Bestimmung und sachlichen Begrenzung der

---

<sup>1050</sup> BGH NJW 1998, 1307 (1308); BGH NJW 1995, 2778 (2780); BGHZ 96, 157 (170 f.) = NJW 1986, 576 (579); Stein/Itzel/Schwall Rdziff. 164 ff.; Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 231

<sup>1051</sup> Palandt/Grüneberg, BGB, Vorb. v. § 249 Rdziff. 29; BGH NJW 2005, 1420 (1421/2); BGH NJW 1995, 449 (451); BGH NJW 1995, 126 (127); BGHZ 116, 209 (212); BGH NJW 1990, 2057 (2058), dort allerdings sämtlich zur Frage der Schadensersatzverpflichtung außerhalb der Amtshaftung; OLG Koblenz, OLG-Report 2009, 12 (14) = juris Rdziff. 73 f.

<sup>1052</sup> Palandt/Grüneberg, BGB, Vorb. v. § 249 Rdziff. 30; unter Hinweis auf BGH NJW 2009, 1207

Amtshaftung. Der Ersatzanspruch hänge dementsprechend davon ab, dass gerade das im Einzelfall berührte Interesse nach dem Zweck und der rechtlichen Bestimmung des Amtsgeschäfts geschützt werden sollte. Dabei sei, soweit begünstigende Verwaltungsakte (z. B. Baugenehmigung) in Rede stünden, auf das Vertrauen abzustellen, welches die Maßnahme begründen solle.<sup>1053</sup> Der vom III. Zivilsenat an dieser Stelle herangezogene Schutzzweck der Norm ist allerdings vom Prüfungsaufbau her der Frage zugeordnet, ob die – im konkreten Fall verletzte – Amtspflicht drittrichtet ist. Konsequenterweise müsste zwischen diesen beiden Schutzzweckprüfungen differenziert werden oder aber man müsste darauf – wenn die im Rahmen der Drittrichtigkeit von Amtspflichten geprüfte Schutzzweckrichtung bereits bejaht worden ist – im Rahmen der Kausalität bzw. des Zurechnungszusammenhangs gesondert eingehen. Dieser Aspekt wird noch näher zu untersuchen sein.<sup>1054</sup>

Der Kausalzusammenhang zwischen der rechtswidrigen Erteilung eines Bauvorbescheides und dem geltend gemachten Schaden (in Gestalt der Grundstücksanschaffungskosten) wird zwar nicht deswegen zu verneinen sein, weil die Anschaffung der Immobilie mit der – letztlich fehlgeschlagenen – Erwartung getätigt wurde, dass eine bestimmte Bebauung zugelassen werde; wohl aber ist die Kausalität zu verneinen, wenn der Käufer den Kaufvertrag zu Spekulationszwecken auch in Kenntnis der Nichtigkeit (z. B. Funktionslosigkeit) eines Bebauungsplans und der – ggf. darauf basierenden – Rechtswidrigkeit eines Bauvorbescheides abgeschlossen hatte.<sup>1055</sup>

## 2. Unterbrechung des Zurechnungszusammenhangs

Ebenso wie der Zurechnungszusammenhang selbst zu überprüfen ist, ist zu untersuchen, ob dieser Zurechnungszusammenhang durch besondere Sachverhalte unterbrochen worden sein könnte. Dies wird allgemein hin dann zu bejahen sein, wenn der Schaden auf besonders eigenartigen, ganz unwahrscheinlichen und nach dem regelmäßigen Verlauf der Dinge außer Betracht zu lassenden Umständen beruht.<sup>1056</sup> Vor diesem Hintergrund ist eine Unterbrechung z. B. angenommen worden, wenn der Geschädigte oder ein Dritter in völlig ungewöhnlicher und unsachgemäßer Weise in den schadensträchtigen Geschehensablauf eingreift und

<sup>1053</sup> BGHZ 182, 370 (374); BGH NJW 2009, 1207 (1208); BGH NVwZ 2003, 376 (377); BGHZ 149, 50 (52 ff.); BGZ 144, 365 (368); BGHZ 144, 394 (396); BGHZ 125, 258 (269) = NJW 1994, 1647 (1649); BGHZ 123, 192 (198); BGHZ 117, 83 (90); BGHZ 108, 224 (227); BGHZ 106, 323 (332); BGHZ 92, 34 (52); OLG Brandenburg, BauR 2012, 296 = juris Rdziff. 41; Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 170; Palandt/Sprau, BGB, § 839 Rdziff. 77; Kümpfer, VerwArch 104 (2013), 104 (106 ff.)

<sup>1054</sup> s. dazu u. S. 354 ff.

<sup>1055</sup> BGH NJW 1994, 130 (131); Schlick/Rinne, NVwZ 1997, 1171 (1172)

<sup>1056</sup> Detterbeck/Windthorst/Sproll, § 9 Rdziff. 169; BGH NVwZ 1994, 825 (827)

eine weitere Ursache setzt, die den Schaden erst endgültig herbeiführt.<sup>1057</sup> So kann z. B. die Unterbrechung des Zurechnungszusammenhangs in Frage kommen, wenn der Geschädigte von der Möglichkeit, den evtl. Schadenseintritt durch vollumfängliche Ausschöpfung des Instanzenzuges zu verhindern, keinen Gebrauch macht, vielmehr mit einem Vergleichsabschluss den Schaden erst endgültig herbeiführt; ob in einem solchen Fall eine vergleichsweise Einigung tatsächlich auch zu einer Unterbrechung des Zurechnungszusammenhangs führt, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab, insbesondere von den ursprünglichen Erfolgsaussichten der Klage und dem Interesse des Geschädigten an der alsbaldigen Streitbeendigung.<sup>1058</sup> Die vorangestellten Grundsätze kommen auch bei dem staatshaftungsrechtlichen Entschädigungsanspruch gem. § 198 GVG zum Tragen.<sup>1059</sup>

Kommt es aufgrund einer fehlerhaften Auskunft des Rentenversicherungsträgers zu einer unrichtigen Entscheidung des Familiengerichts über den Versorgungsausgleich, steht der Bejahung eines adäquaten Ursachenzusammenhangs zwischen der fehlerhaften Auskunft und dem Schaden des betroffenen Ehegatten nicht entgegen, dass dieser Schaden endgültig erst durch die Gerichtsentscheidung selbst herbeigeführt wird bzw. worden ist; eine Unterbrechung des Kausalzusammenhangs ist also zu verneinen.<sup>1060</sup>

### 3. Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens

Wie bereits dargelegt, hat sich in der Rechtsprechung und im Schrifttum die Erkenntnis durchgesetzt, dass es bei dem Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens um die im Anschluss an die Bejahung des Kausalzusammenhangs zu untersuchende Frage geht, inwieweit einem Schadensverursacher die Folgen seines pflichtwidrigen Verhaltens zugerechnet werden können, wobei im Einzelfall der Schutzzweck der jeweils verletzten Norm entscheidet.<sup>1061</sup> Dazu hat der BGH in einer Entscheidung zur Notarhaftung<sup>1062</sup> ausgeführt:

*„Die Ursächlichkeit einer Amtspflichtverletzung für den Schaden hängt nach ständiger Rechtsprechung von der Beantwortung der Frage ab, wie die Dinge verlaufen wären, wenn der Notar pflichtmäßig gehandelt hätte, und wie sich die Vermögenslage des Betroffenen in diesem Fall*

<sup>1057</sup> BGHZ 137, 11 (19) = NJW 1998, 138 (140); BGH NJW 1993, 1779 (1780); BGH NJW 1990, 1360 (1361); BGH NJW 1990, 176 (178); BGH NJW 1989, 99 (100); BGH NJW 1988, 1262 (1263); BGH NJW 1986, 1329 (1331); OLG Brandenburg, Urt. v. 14.12.2010 - 2 U 14/09 (juris Rdziff. 20)

<sup>1058</sup> BGH NJW 1999, 1391 (1392); BGH NJW 1989, 99 (100); BGHR BGB § 839 Abs. 1 S. 1 Zurechnungszusammenhang 4; OLG Rostock, OLG-Report 2002, 435 (436)

<sup>1059</sup> Heine MDR 2012, 327 (330)

<sup>1060</sup> BGHZ 137, 11 (19) = NJW 1998, 138 (140); Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 227; Stein/Itzel/Schwall Rdziff. 164

<sup>1061</sup> Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 231; Soergel/Vinke, BGB, § 839 Rdziff. 178; Schlick/Rinne, NVwZ 1997, 1171 (1172); BGHZ 143, 362 (365); BGHZ 120, 281 (286); BGH NJW 1998, 1307 (1308); BGH NJW 1995, 2778 (2780); KG WM 2012, 1526 (1528)

<sup>1062</sup> BGHZ 96, 157 = NJW 1986, 576

darstellen würde (...). Nach diesem Grundsatz hat das Reichsgericht entschieden (HRR 130 Nr. 502), bei der Prüfung der Frage, welcher Schaden einem Gläubiger durch eine pflichtwidrig unterlassene Pfändung entstanden sei, dürfe nicht nur die pflichtgemäße Durchführung dieser Pfändung unterstellt werden; vielmehr müsse auch unterstellt werden, der Gerichtsvollzieher wäre in jeder Hinsicht pflichtgemäß verfahren und hätte deshalb auch früher eingegangen und ebenfalls unerledigte Pfändungsaufträge anderer Gläubiger mit der Folge ausgeführt, dass für den Kläger nichts übrig geblieben wäre. Ferner hat der Bundesgerichtshof bei Amtshaftungsansprüchen, die sich auf verfahrensfehlerhaft zustande gekommene behördliche oder gerichtliche Entscheidungen gründeten, den Einwand zugelassen, bei ordnungsmäßigem Verfahren hätte eine gleichlautende behördliche oder gerichtliche Entscheidung ergeben müssen (...). Ähnlich ist der Fall beurteilt worden, dass einem Verwaltungsakt die erforderliche materielle Rechtsgrundlage – eine Baupolizeiverordnung – fehlte, die Behörde aber die Rechtsgrundlage pflichtgemäß hätte schaffen können und müssen (...). Andererseits ist dieser Grundsatz in einem ähnlichen Fall nicht angewandt worden, weil die fehlende Rechtsverordnung parlamentarischer Mitwirkung bedurfte (...). Ferner hat das Reichsgericht einem Notar, der pflichtwidrig eine ihm zu treuen Händen überlassene Darlehensvaluta ausgezahlt hatte, obwohl die als Sicherheit dienende Hypothek nicht rangrichtig eingetragen war, die Berufung darauf versagt, dass auch bei pflichtgemäßer Verschaffung des richtigen Ranges die Hypothek in der Zwangsversteigerung ausgefallen wäre (...). Dieser Rechtsprechung ist nicht zu entnehmen, dass der Ursachenzusammenhang im natürlichen Sinne bei Amtspflichtverletzungen nach anderen Maßstäben zu beurteilen sei als im sonstigen Schadensersatzrecht (...). Mit dem Berufungsgericht ist der Senat deshalb der Ansicht, dass zur Feststellung dieses Ursachenzusammenhangs nur die pflichtwidrige Handlung hinweggedacht, nicht aber weitere Umstände – hier das Bewirken der rangrichtigen Eintragung der Auflassungsvermerkung – hinzugedacht werden dürfen. Bei der von der Revision aufgeworfenen Rechtsfrage geht es ebenso wie bei den angeführten Entscheidungen nicht um die Kausalität der Amtspflichtverletzung, sondern um ein Zurechnungsproblem, das im allgemeinen Schadensersatzrecht unter dem Begriff des rechtmäßigen Alternativverhaltens erörtert wird. Die Auffassung, dass dieses Problem der Unterfall einer allgemeinen Kausalität der Pflichtwidrigkeit sei (vgl. Hanau, Die Kausalität der Pflichtwidrigkeit), teilt der Senat nicht. Es geht vielmehr um die der Bejahung des Kausalzusammenhangs nachfolgende Frage, inwieweit einem Schadensverursacher die Folgen seines pflichtwidrigen Verhaltens bei wertender Betrachtung billigerweise zugerechnet werden können. Die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen der Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens einem Schadensersatzanspruch entgegengesetzt werden kann, ist in der Rechtslehre umstritten und wird auch von der Rechtsprechung unterschiedlich beantwortet (...). Der Bundesgerichtshof hat zu ihr bisher nicht grundsätzlich Stellung genommen. Der Senat schließt sich der Auffassung an, dass der Schutzzweck der jeweils verletzten Norm darüber entscheiden muss, ob und inwieweit der Einwand im Einzelfall erheblich ist (...). Für das Notarhaftungsrecht gilt insoweit nichts anderes als im allgemeinen Schadensersatzrecht. Der o. g. Grundsatz über die Ursächlichkeit von Amtspflichtverletzungen kann nicht dazu dienen, die Zurechnungsfrage schematisch zu lösen.“



Der Schutzzweck der (jeweils verletzten) Norm, der bereits als eingrenzendes Kriterium für den adäquaten Kausalzusammenhang maßgeblich wurde, wird also auch bei dem Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens virulent. Einmal mehr ist daher – wie bereits angedeutet – die Frage gerechtfertigt, ob der Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens im Anschluss an die Prüfung des (adäquaten) Kausalzusammenhangs überhaupt richtig verortet ist oder ob nicht ggf. das rechtmäßige Alternativverhalten mit Rücksicht auf den Schutzzweck der Norm bereits im Rahmen der Drittbezogenheit zu erörtern wäre.<sup>1063</sup>

#### 4. Die nachträgliche Heilung des Verwaltungsakts durch mit Rückwirkung versehener Ermächtigungsgrundlage (Satzung)

Bei Amtshaftungsansprüchen, die sich auf fehlerhaft zustande gekommene behördliche/gerichtliche Entscheidungen gründen, lässt die Rechtsprechung den Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens zu, wenn bei ordnungsgemäßem Verfahren eine gleichlautende behördliche oder gerichtliche Entscheidung hätte ergehen müssen.<sup>1064</sup> Gleiches soll gelten, wenn einem Verwaltungsakt die erforderliche materielle Rechtsgrundlage fehlte, die Behörde jedoch die Rechtsgrundlage pflichtgemäß hätte schaffen können und müssen.<sup>1065</sup> Hingegen soll es grundsätzlich nicht ausreichen, wenn die Behörde die materiell-rechtliche Grundlage für ihr Handeln lediglich hätte schaffen können.<sup>1066</sup> Wenn es darauf ankommt, wie eine Verwaltungsbehörde im Rahmen von deren Ermessen entschieden haben würde, ist darauf abzustellen, wie die Behörde ihr Ermessen nach der Übung in gleichen oder ähnlichen Fällen auszuüben pflegte. Mithin steht also der Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens wertungsmäßig auf einer Stufe mit der Frage, ob eine nachträglich geschaffene und mit Rückwirkung versehene Satzungsgrundlage die die Amtshaftung begründende Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsaktes nachträglich beseitigen kann.<sup>1067</sup> Der BGH berücksichtigt den nachträglichen Erlass einer wirksamen Satzung im Amtshaftungsprozess um einen wegen eines Satzungs Mangels rechtswidrigen Gebührenbescheid.<sup>1068</sup> Entgegen einer vereinzelt in der Literatur vertretenen Auffassung<sup>1069</sup> gilt diese Ausnahme nicht nur für die nachträgliche Heilung einer fehlerhaften Gebührensatzung. Ist nämlich die von einer Gemeinde erlassene Veränderungssperre aufgrund von Verfahrensfehlern

---

<sup>1063</sup> Detterbeck/Windthorst/Sproll, § 9 Rdziff. 170 a. E.; Tremml/Karger/Luber Rdziff. 174; s. dazu u. S. 354 ff.

<sup>1064</sup> BGH NVwZ 2008, 815 (816); BGH NVwZ 2004, 1143 (1144); BGH BGHR BGB § 839 Abs. 1 S. 1 Kausalität 9 und 10; BGHZ 96, 157 (171) = NJW 1986, 576 (579); BGHZ 36, 144 (154); OLG Jena, NVwZ 2001, 702 (704); Seiters NordÖR 2010, 477 (481)

<sup>1065</sup> BGHZ 96, 157 (170, 171) = NJW 1986, 576 (579); BGH VersR 1963, 1175 (1176); OLG Jena, NVwZ 2001, 702 (704); LG Oldenburg, NVwZ 2005, 1457 (1459)

<sup>1066</sup> BGH VersR 1963, 1175 (1176)

<sup>1067</sup> dies bejahend: LG Oldenburg NVwZ 2005, 1457; a. A. Krohn/de Witt, NVwZ 2005, 1387

<sup>1068</sup> BGHZ 127, 223 = NJW 1995, 394; dazu Oebbecke JR 1995, 500

<sup>1069</sup> Krohn/de Witt NVwZ 2005, 1387 (1388)

ebenso rechtswidrig wie die darauf basierende Versagung des Einvernehmens gem. § 36 BauGB, so haftet die Gemeinde gegenüber einem Bauinteressenten, dessen Bauvoranfrage negativ beschieden worden ist, unter dem Gesichtspunkt rechtmäßigen Alternativverhaltens dennoch nicht auf Schadensersatz, wenn davon auszugehen ist, dass die Gemeinde bei Kenntnis des Verfahrensfehlers die Veränderungssperre auf ordnungsgemäßem Verfahrensweg erlassen und damit auch ihr Einvernehmen mit der Folge einer negativen Bescheidung der Bauvoranfrage durch die Bauaufsichtsbehörde verweigert hätte, sodass das Bauvorhaben in jedem Fall an der Veränderungssperre gescheitert wäre.<sup>1070</sup> Ebenso verhält es sich bei (aus formellen Gründen) unwirksamen Flächennutzungsplänen. Wenn sich die Feststellung treffen lässt, dass der formelle Mangel (z. B. Fehler bei der Bekanntmachung) bei pflichtgemäßem Handeln der Behörde rückwirkend geheilt worden wäre, so kann dies einem auf die rechtswidrige Versagung eines Bauvorbescheids gestützten Amtshaftungsanspruchs unter dem Aspekt rechtmäßigen Alternativverhaltens entgegeng gehalten werden.<sup>1071</sup>

## 21. Kapitel: Dogmatische Einordnung des Einwands rechtmäßigen Alternativverhaltens in Rechtsprechung und Literatur

Weniger in der Rechtsprechung, vielmehr im Schrifttum sind abweichende Ansätze zur Erfassung der dogmatischen Struktur des Einwandes rechtmäßigen Alternativverhaltens festzustellen. Nachfolgend sollen diese unterschiedlichen Auffassungen einer kritischen Würdigung unterzogen werden. Obschon dogmatische Einordnungen von Rechtsnormen bzw. Rechtsinstituten bzw. Rechtssätzen stets der Gefahr unterliegen, sich in Kleinigkeiten zu verlieren, darf bei dem hier untersuchten Thema bzw. zu dessen Abrundung die dogmatische Untersuchung nicht fehlen, liefert gerade diese doch auch ein markantes Bild darüber, inwieweit unterschiedliche Auffassungen (nicht) von einander abweichen.

### A. Die Auffassungen im Schrifttum

Stärker noch als in der Rechtsprechung gibt es unterschiedliche Auffassung zum rechtmäßigen Alternativverhalten im Schrifttum, die eben kein einheitliches Bild vermitteln; dies trifft insbesondere auf die ältere Literatur zu. Grund dafür mag

<sup>1070</sup> OLG Jena, NVwZ-RR 2001, 702, bestätigt durch Nichtannahmebeschluss des BGH vom 03.05.2001 – III ZR 55/00, n. v., vgl. aber insoweit die Hinweise in: BGH NVwZ 2004, 1143 (1144) sowie Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 232; zum vorläufigen verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz gegen eine Veränderungssperre (§ 14 BauGB) vgl. zuletzt OVG Lüneburg, Beschl. v. 04.01.2012 - 12 MN 160/11

<sup>1071</sup> BGH NVwZ 2008, 815 (816); dazu auch Seiters NordÖR 2010, 477 (481 f)

letztlich sein, dass derlei Untersuchungen von vornherein nie auf ein Sachgebiet, wie z. B. das Amtshaftungsrecht, beschränkt geblieben sind, sondern sich häufig auf sämtliche Rechtsgebiete bezogen haben und dabei die besonderen Parameter der verschiedenen Rechtsdisziplinen eben nicht ausreichend gewürdigt haben.

### *I. Der Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens als Bestandteil der Schadenszurechnung*

Der wohl überwiegende Teil im Schrifttum beurteilt das rechtmäßige Alternativverhalten als Frage der Schadenszurechnung.<sup>1072</sup> Nach dieser Auffassung werden Schäden, die auch bei einem rechtmäßigen Verhalten des Schädigers entstanden wären, vom Schutzzweck der Norm nicht erfasst und werden ihm daher nicht zugerechnet.

### *II. Die Auffassung von der Normeignung*

Nach – vereinzelter – Auffassung von Gotzler sei im Bereich der haftungsausfüllenden Kausalität bzw. Zurechnungszusammenhangs das rechtmäßige Alternativverhalten nicht nur ein Problem des Schutzzwecks der verletzten Verhaltensnorm; vielmehr komme es auch darauf an, ob eine so genannte Normeignung zu bejahen sei. Unter diesem Begriff sei die Eigenschaft eines Objektes bzw. eines Verhaltens zu verstehen, die es befähige, ein bezwecktes Ziel zu erreichen.<sup>1073</sup> Diese Normeignung sei eine zwingende Voraussetzung für die Frage, ob ein Schaden zurechenbar sei. Denn eben diese Norm sei schließlich dazu geschaffen worden, den Schaden zu vermeiden. Dazu sei die Norm grundsätzlich geeignet. Rechtmäßiges Alternativverhalten bedeute daher, dass die Norm nicht geeignet sei, den eingetretenen Schaden tatsächlich auch zu vermeiden. Im Bereich des haftungsausfüllenden Kausalzusammenhangs gehöre diese Problematik daher zum Bereich der hypothetischen Kausalität. Gotzler differenziert bei seiner Betrachtung zwischen haftungsbegründender und haftungsausfüllender Kausalität.<sup>1074</sup>

### *III. Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens als Entlastungsgrund sui generis*

Eine ebenfalls vereinzelte Auffassung sieht den Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens als eine besondere Art der „Entlastung“.<sup>1075</sup> Weber zieht als Vergleich konkrete Haftpflichttatbestände im Bereich der Gefährdungshaftung heran

---

<sup>1072</sup> **zum Amtshaftungsrecht:** Ossenbühl/Cornils S. 74; Stein/Itzel/Schwall Rdziff. 165; Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 231; Staudinger/Schiemann, BGB, § 249 Rdziff. 102 ff.; Detterbeck/Windthorst/Sproll § 9 Rdziff. 170; Tremml/Karger/Luber Rdziff. 173; Soergel/Vinke, BGB, § 839 Rdziff. 178; **zum allgemeinen Zivilrecht:** Wissmann, NJW 1971, 549 (550); Deutsch, Haftungsrecht, Rdziff. 188; Deutsch/Ahrens, Deliktsrecht, § 6 Rdziff. 74; Lange/Schiemann, Schadensersatz S. 205; Palandt/Grüneberg, BGB, Vorb. v. § 249 Rdziff. 64 ff.; v. Caemmerer S. 31 ff.

<sup>1073</sup> Gotzler S. 73 ff.

<sup>1074</sup> Gotzler S. 74 f., 101 ff., 192

<sup>1075</sup> Weber S. 1 ff., 93, 194

und argumentiert, dass „höhere Gewalt“ und „unabwendbares Ereignis“ als besondere Entlastungsgründe vom Gesetzgeber vorgesehen seien. Dies habe prinzipiell auch für das rechtmäßige Alternativverhalten zu gelten.

#### *IV. Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens als Bestandteil der (hypothetischen) Kausalität*

Ein Teil des Schrifttums sieht das rechtmäßige Alternativverhalten als einen Bestandteil der (hypothetischen) Kausalität an.<sup>1076</sup> Bei der hypothetischen (oder: überholenden) Kausalität werde die Frage beantwortet, ob sich der Schädiger mit Erfolg darauf berufen könne, dass der von ihm verursachte Schaden aufgrund eines anderen (hypothetischen, überholenden) Ereignisses ohnehin eingetreten wäre.<sup>1077</sup> Vor diesem Hintergrund erscheint es nicht fern liegend, dass das rechtmäßige Alternativverhalten als ein Unterfall der hypothetischen Kausalität angesehen wird. Andererseits hat sich im Schrifttum schon längst die Erkenntnis durchgesetzt, dass hypothetische/überholende Kausalität und rechtmäßiges Alternativverhalten deutlich voneinander zu trennen sind. Denn während die Reserveursache i. S. hypothetischer Kausalität einen möglichen zweiten Kausalverlauf als relevant erscheinen lässt, bedeutet der Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens nur, dass die Rechtswidrigkeit unter Umständen als so geringfügig einzustufen ist, dass es auf sie nicht weiter ankommen kann.<sup>1078</sup>

Einzelne Vertreter im Schrifttum, die einen normativen Kausalbegriff präferieren, sehen das rechtmäßige Alternativverhalten ebenfalls als kausalbezogen an.<sup>1079</sup> Nach dieser Auffassung entfällt der Ursachenzusammenhang zwischen dem pflichtwidrigen Verhalten einerseits und dem Schadenseintritt andererseits, wenn der gleiche Schaden auch bei pflichtgemäßem Verhalten eingetreten wäre. Denn in einem solchen Fall könne der Schaden ja gerade nicht auf der Pflichtwidrigkeit beruhen. Nach jener Auffassung hängt also der Eintritt des schädlichen Erfolges davon ab, ob dieser aufgrund eines pflichtwidrigen Verhaltens eingetreten ist. Konsequenz dieser Auffassung ist es, dass u. U. die Kausalität auch dann verneint wird, wenn i. S. der *conditio-sine-qua-non*-Formel das schädigende Verhalten bejaht werden muss, die Pflichtwidrigkeit i. Ü. aber keine Auswirkungen gezeigt hat. Letztlich soll also über diese kausale Zuordnung eine pragmatisch-wertende Betrachtung erfolgen.

<sup>1076</sup> MünchKomm/Oetker, BGB, § 249 Rdziff. 211

<sup>1077</sup> Palandt/Grüneberg, BGB, Vorb. v. § 249 Rdziff. 55

<sup>1078</sup> Deutsch/Ahrens, Deliktsrecht § 6 Rdziff. 74; Wissmann, NJW 1971, 549 (549); Hanau, Kausalität der Pflichtwidrigkeit S. 65; Theißen S. 52

<sup>1079</sup> Hanau, Kausalität der Pflichtwidrigkeit S. 1 ff.; Gottwald S. 97 ff.

## B. Die Auffassung in der Rechtsprechung

Im Gegensatz zu den differenzierten Auffassungen im Schrifttum knüpft die Rechtsprechung des BGH für dessen Einschätzung an die markante Ausgangsentscheidung im Bereich der Notarhaftung an:

*„Die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen der Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens einem Schadensersatzanspruch entgegengesetzt werden kann, ist in der Rechtslehre umstritten und wird auch von der Rechtsprechung unterschiedlich beantwortet (...). Der Bundesgerichtshof hat zu ihr bisher nicht grundsätzlich Stellung genommen. Der Senat schließt sich der Auffassung an, dass der Schutzzweck der jeweils verletzten Norm darüber entscheiden muss, ob und inwieweit der Einwand im Einzelfall erheblich ist (...). Für das Notarhaftungsrecht gilt insoweit nichts anderes als im allgemeinen Schadensersatzrecht. Der o. g. Grundsatz über die Ursächlichkeit von Amtspflichtverletzungen kann nicht dazu dienen, die Zurechnungsfrage schematisch zu lösen.“<sup>1080</sup>*

Der Ansatz der Rechtsprechung (das BGH) geht davon aus, dass ein bestimmtes schädigendes Verhalten kausal geworden ist. Die Kausalität ist gleichsam zur Voraussetzung für den Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens erhoben worden.

Weiterer Ausgangspunkt für die rechtliche Beurteilung ist der Schutzzweck der jeweiligen Haftungsnorm, wobei eine Berücksichtigung rechtmäßigen Alternativverhaltens stets nur dann in Betracht gezogen wird, wenn diese jeweilige Norm eine bestimmte Verletzungsart verhindern will und nicht auch den Verletzungserfolg überhaupt.<sup>1081</sup> Dieser Auffassung des BGH hat sich die Rechtsprechung der Instanzengerichte weitestgehend angeschlossen.<sup>1082</sup>

## C. Kritik und eigene Stellungnahme

Die Auffassung in der Literatur, die das rechtmäßige Alternativverhalten der (hypothetischen) Kausalität zuordnet, ist nicht frei von Bedenken. Daher ist schon darauf hingewiesen worden, dass Reserveursachen einerseits und rechtmäßiges Alternativverhalten andererseits streng voneinander zu trennen sind. Beides hat – dogmatisch betrachtet – nichts miteinander zu tun. Auch die vereinzelte Auffassung, die von einem normativen Kausalbegriff ausgeht und das rechtmäßige Alternativverhalten als Teil der Kausalität begreift, sieht sich wiederum folgendem Einwand ausgesetzt. Ein Handeln, welches als pflichtwidrig einzustufen, jedoch nicht im naturwissenschaftlichen Sinn kausal ist, kann selbst unter Zugrundele-

<sup>1080</sup> BGHZ 96, 157 (173) = NJW 1986, 576 (580); so auch in anderen Bereichen des zivilen Schadensersatzrechts: vgl. nur BGH NJW 2006, 2767 (2769); BGH NJW 2003, 295 (296); BGH NJW 1996, 311 (312); BGH NJW 1992, 2694 (2696)S

<sup>1081</sup> BGHZ 96, 157 (173) = NJW 1986, 576 (580); vgl. auch LG München ZiP 2011, 511 (516) = juris Rdziff. 146

<sup>1082</sup> vgl. dazu OLG Oldenburg VersR 1991, 306; OLG Jena, NVwZ-RR 2001, 702; OLG Hamburg OLG-Report 2005, 497; OLG Koblenz, OLG-Report 2007, 445

gung eines normativen Kausalbegriffs niemals kausal sein.<sup>1083</sup> Darüber hinaus tauchen bei den Vertretern dieser Auffassung bestimmte Wertungswidersprüche in bestimmten Konstellationen auf. Der Bereich der Kausalität wird überfrachtet, wenn einerseits eine Verursachung im naturwissenschaftlichen Sinn geprüft (und ggf. bejaht) wird, im gleichen Atemzug indessen eine Wertung vorgenommen wird, die dann wieder zum gegenteiligen Ergebnis führen könnte. Daher ist diese Auffassung abzulehnen.

Die Auffassung von Weber, die in dem rechtmäßigen Alternativverhalten einen Entlastung *sui generis* erblickt, ist nicht in Einklang mit der Gesetzeslage zu bringen. Es mag zwar sein, dass in bestimmten Tatbeständen der Gefährdungshaftung (z. B. § 7 Abs. 2 StVG) bestimmte Entlastungsgründe aufgenommen sind. Grundsätzlich sind derlei Entlastungstatbestände indessen restriktiv zu handhaben und können nicht dazu dienen, gesetzlich nicht vorhergesehene anderweitige Entlastungsgründe zu konstruieren.

Die Ansicht von Gotzler differenziert zwischen haftungsbegründender und haftungsausfüllender Kausalität, wobei freilich als Kritik anzubringen ist, dass eine hinreichende Differenzierung zwischen beiden nicht gelingt.<sup>1084</sup> Unabhängig davon stellt sich aber auch die Frage, ob – vom Ergebnis her betrachtet – ein so großer Unterschied zu der anderen, herrschenden Auffassung besteht, die das rechtmäßige Alternativverhalten als Problem der Schadenszurechnung ansieht. Denn sowohl bei der Ansicht von Gotzler als auch bei der herrschenden Auffassung geht es letztlich um eine wertende Betrachtung. Während diese wertende Betrachtung bei Gotzler über die Normeignung vorgenommen wird, findet die wertende Betrachtung bei der herrschenden Auffassung über den Schutzzweck der Norm statt. Daraus folgt:

Die herrschende Auffassung, die den Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens außerhalb der Kausalität als Problem der Schadenszurechnung begreift, weist die wenigsten Unstimmigkeiten auf. Denn diese Ansicht öffnet den Gesamtblick für eine gerechte Beurteilung des Haftungsfalls, wobei entscheidendes Element das der Zurechnung ist. „Zurechnung ist die Erklärung, dass eine Person für ein Verhalten oder einen Verhaltenserfolg im Hinblick auf eine Rechtsfolge verantwortlich sei.“<sup>1085</sup> Es handelt sich mithin um eine unter allen Aspekten des Einzelfalls maßgebliche Wertung, ob der entsprechende Schädiger für den eingetretenen Schaden zur Verantwortung gezogen werden kann und muss.

Fraglich ist jedoch dabei, ob das Zurechnungskriterium des „Schutzzwecks der Norm“ dafür dienlich sein kann. Bedenken knüpfen an den Umstand an, dass der Begriff „Schutzzweck“ konturenlos erscheint und vollkommen unklar ist, was darunter zu verstehen sein könnte. Die Lehre vom Schutzzweck der Norm entspringt dem Bereich der so genannten teleologischen Auslegung; die Begrifflich-

<sup>1083</sup> vgl. zu diesem Argument Theißen S. 95

<sup>1084</sup> Theißen S. 105

<sup>1085</sup> Deutsch, Allgemeines Haftungsrecht S. 58 Rdziff. 84

keiten „Schutzzweck“ bzw. „Normzweck“ implizieren (nur) eine Besinnung auf den methodologischen Grundsatz zweckgerichteter Interpretation.<sup>1086</sup> Das wiederum führt zu der Überlegung, dass der Topos des Schutzzwecks der Norm den Blick dafür verstellen kann, dass letztlich über ein derartiges Zurechnungskriterium ein Ergebnis herbeigeführt werden kann, welches im Einzelfall wünschenswert erscheint.<sup>1087</sup> Daraus folgt:

Wenngleich der überwiegenden Auffassung in Rechtsprechung und Lehre dahingehend gefolgt werden kann, dass der Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens nicht der Kausalität zugeordnet werden kann, sondern letztlich eine Frage der Schadenszurechnung darstellt, so muss mit dem Zurechnungskriterium „Schutzzweck der Norm“ in Ermangelung griffiger handhabbarer Kriterien vorsichtig umgegangen werden. Es entspringt nicht der Aufgabenstellung der vorliegenden Arbeit, Kriterien für die Handhabung des „Schutzzwecks der Norm“ zu entwickeln. Vielmehr soll nachfolgend untersucht werden, unter welchen Voraussetzungen der Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens in den jeweiligen Einzelfällen als so rechtserheblich angesehen werden kann, dass die gegen den Schädiger gerichtete (Amtshaftungs-)Klage der Abweisung unterfällt; parallel dazu kommt es natürlich auch auf eine Negativ-Abgrenzung in dem Sinn an, dass die grundsätzlichen Erwägungen, nach denen ein Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens von vornherein keine Berücksichtigung finden kann, dargestellt werden.

---

<sup>1086</sup> Deutsch, Allgemeines Haftungsrecht, S. 198 Rdziff. 301

<sup>1087</sup> Deutsch, Allgemeines Haftungsrecht, S. 198 Rdziff. 301: „Das gewünschte Ergebnis regiert, als Schutzzweck verkleidet, die Haftung.“

## 22. Kapitel: Die Rechtserheblichkeit des Einwands rechtmäßigen Alternativverhaltens im Amtshaftungsprozess

Nachdem die Grundlagen dargelegt wurden und auch die dogmatische Einordnung des Einwands des rechtmäßigen Alternativverhaltens einer Klärung zugeführt werden konnte, geht es nunmehr um die Frage, wann und unter welchen Voraussetzungen der Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens im Amtshaftungsprozess erfolgreich erhoben werden kann; da die Verantwortlichkeit für den durch eine Amtspflichtverletzung entstandenen Schaden nach näherer Maßgabe des Art. 34 S. 1 GG den Staat oder die Körperschaft trifft, in deren Dienst der Amtsträger steht, wird der/die Beklagte in der Regel ein Träger öffentlicher Verwaltung sein. Denn „Körperschaft“ i. S. d. vorgenannten Vorschrift sind nur öffentlich-rechtliche Körperschaften, d. h. Gemeinden, Landkreise, Bundesländer oder die Bundesrepublik Deutschland, nicht hingegen juristische Personen des Privatrechts. Welche Körperschaft dies im Einzelfall ist, hängt davon ab, „in wessen Dienst“ der Amtsträger/Amtswalter steht. Die Frage nach dem Haftungssubjekt beantwortet sich danach, welche Körperschaft dem Amtsträger das Amt, bei dessen Ausübung er fehlsam gehandelt hat, anvertraut hat, wer – mit anderen Worten – dem Amtsträger die Aufgaben, bei deren Wahrnehmung die Amtspflichtverletzung vorgekommen ist, übertragen hat.<sup>1088</sup> Dies wird im Regelfall die Körperschaft sein, die den Amtsträger angestellt und ihm damit die Möglichkeit der Amtsausübung eröffnet hat, wobei jedoch auch zugleich anerkannt ist, dass die Anknüpfung an die Anstellung dann versagt, wenn kein Dienstherr vorhanden ist; in einem solchen Fall ist darauf abzustellen, wer dem Amtsträger die konkrete Aufgabe, bei deren Erfüllung er fehlsam gehandelt hat, anvertraut hat.<sup>1089</sup>

Häufig findet sich die Konstellation, dass im Vorfeld eines Amtshaftungsprozesses ein anderes verwaltungsgerichtliches Verfahren vorgeschaltet war und eine rechtskräftige kontradiktorische verwaltungsgerichtliche Entscheidung (z. B. Anfechtungs-, Verpflichtungs- oder Fortsetzungsfeststellungsurteil) vorliegt. Nun erhebt sich die Frage, ob die Rechtskraft jener Entscheidung Auswirkungen auf

<sup>1088</sup> BGH NVwZ 2006, 966 (966); BGHZ 150, 172 (179) = NJW 2002, 1793 (1795); BGHZ 143, 18 (.26) = NJW 2000, 432 (435); BGHZ 99, 326 (330) = NJW 1987, 2737 (2737)

<sup>1089</sup> BGH, MDR 2013, 217 (218) = juris Rdziff. 14, 16; BGHZ 191, 71 (83) = NVwZ 2012, 381 (384); BGH VersR 2010, 346 (348); BGHZ 49, 108 (115); BGHZ 160, 216 (228) = NJW 2005, 429 (432); BGHZ 121, 161 (163) = NJW 1993, 1258 (1259); BGH NJW 1997, 2109 (2110); BGH NJW 1994, 1950 (1950); BGH NVwZ 1990, 1103 (1104); BGHZ 99, 326 (330); BGHZ 49, 108 (115); Tremml/Karger/Luber, Rdziff. 556 ff.; Stein/Itzel/Schwall Rdziff. 127 ff.; Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 50 ff.; Palandt/Sprau, BGB, § 839 Rdziff. 11 ff.; Bamberger/Roth/Reinert, BGB, § 839 Rdziff. 4; Soergel/Vinke, BGB, § 839 Rdziff. 35



den ggf. im Rahmen des Amtshaftungsprozesses erhobenen Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens hat.

#### A. Die Bedeutung der Bindungswirkung rechtskräftiger verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen für den Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens im Amtshaftungsprozess

Es entspricht gesicherter Erkenntnis, dass Zivilgerichte in Amtshaftungsverfahren an verwaltungsgerichtliche Entscheidungen, welche die Rechtswirksamkeit und Rechtmäßigkeit einer Verwaltungsentscheidung festgestellt haben, gebunden sind.<sup>1090</sup> In persönlicher Hinsicht umfasst die Bindungswirkung mit Rücksicht auf § 63 VwGO die Beteiligten des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens und deren Rechtsnachfolger; sachlich ist die Bindungswirkung auf den Streitgegenstand beschränkt. In diesem Rahmen folgt die Bindung der Zivilgerichte aus der grundsätzlichen Gleichwertigkeit der Gerichtszweige und wird aus der materiellen Rechtskraft abgeleitet. Diese Bindungswirkung gilt auch für im Normenkontrollverfahren getroffene Entscheidungen von Oberverwaltungsgerichten.<sup>1091</sup> Überwiegender Auffassung der Rechtsprechung und des Schrifttums zufolge nehmen die tragenden Entscheidungsgründe eines verwaltungsgerichtlichen Urteils nicht an der Rechtskraft teil, sodass folgerichtig ein Zivilgericht an diese Gründe auch nicht gebunden sein kann.<sup>1092</sup> Damit ist die Situation eigentlich klar; bei Vorliegen eines der Klage stattgebenden verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsurteils ist das Zivilgericht im anschließenden Amtshaftungsprozess im Rahmen der Rechtskraft an die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts gebunden, da die Feststellung der Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts des Streitgegenstand im verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsprozess bildet.<sup>1093</sup> Geht man weiterhin davon aus, dass die (tragenden) Entscheidungsgründe an der durch die materielle Rechtskraft gem. § 121 VwGO vermittelten Bindungswirkung nicht teilnehmen, gelangt man folgerichtig zu der Ansicht, dass die Zivilgerichte bei der Prüfung der Kausalität der Amtspflichtverletzung (und demgemäß auch bei der Prüfung des Einwandes des rechtmäßigen Alternativverhaltens) für den behaupteten Schaden und bei der Prüfung der Verschuldensfrage nicht gebunden sind. Demgemäß ist das den Amtshaftungsprozess entscheidende Zivilgericht frei bei der Beurteilung, ob eine Haftung der beklagten Körperschaft unter dem Gesichtspunkt des rechtmäßigen

<sup>1090</sup> BGH NJW 2011, 2586 (2589); BGHZ 175, 221 (225) = NVwZ 2009, 132 (132); BGH NVwZ-RR 2008, 674 (675); BGHZ 161, 305 (309); BGHZ 146, 153 (156); OLG Bamberg, Urt. v. 06.05.2013 - 4 U 218/12, juris Rdziff. 21; Schlick, DVBl. 2010, 1484 ff.; s. zum Ganzen Stein/Itzel/Schwall Rdziff. 75 ff.; Rohlfing, S. 24 ff., 89 ff.; Dombert, AnwBl 2014, 32 (32)

<sup>1091</sup> Tremml/Karger/Luber, Rdziff. 583

<sup>1092</sup> BGH NVwZ 1997, 714 (716); BGH VersR 1985, 588 (589); BGH NJW 1983, 2241 (2241); BGHZ 95, 28 (36); BGHZ 86, 226 (232); BGHZ 66, 118 (122); BGHZ 20, 379 (383); Ossenbühl S. 122; Tremml/Karger/Luber Rdziff. 584; weitere Nachweise, auch zu abweichenden Auffassungen vgl. Rohlfing, S. 108 ff. zu FN 236

<sup>1093</sup> Rohlfing, S. 119 ff.

Alternativverhaltens ausscheidet.<sup>1094</sup> Ebenso wird man die Argumentation des BGH zu verstehen haben, sofern dieser ausführt:

*„Das Verwaltungsgericht hat in seinem Urteil die Rechtswidrigkeit der von der Beklagten getroffenen Entscheidung mit Bindungswirkung für die Zivilgerichte im Amtshaftungsprozess festgestellt. Der von der Beklagten nicht als Ablehnungsgrund herangezogene Umstand, dass die geplante Geschossfläche des Bauvorhabens nicht den Voraussetzungen des § 34 Abs. 3 S. 2 BBauG entsprach, ändert daran nichts. Wenn der Bauantrag aus diesem Grunde hätte abgelehnt werden müssen, könnte sich dies allenfalls auf den Ursachenzusammenhang zwischen Amtspflichtverletzung und Schaden auswirken. Zwischen der Amtspflichtverletzung der Bediensteten der beklagten Stadt und einem der Firma B. entstandenen Verzögerungsschaden fehlt auch nicht deshalb der Ursachenzusammenhang, weil die Geschossfläche des Bauvorhabens den maßgeblichen Höchstwert überschritt und die Zulassung einer Abweichung im Ermessen der Baugenehmigungsbehörde stand. Der rechtlich relevante Ursachenzusammenhang zwischen einer Amtspflichtverletzung im Baugenehmigungsverfahren und einem entstandenen Verzögerungsschaden kann allerdings zu verneinen sein, wenn die beantragte Baugenehmigung aus anderen Gründen abzulehnen war (...). Macht aber eine Gemeinde für die Verweigerung ihres Einvernehmens Versagungsgründe geltend, die die Durchführung des Bauvorhabens endgültig verhindern sollen, dann entfällt die Kausalität für die Versagung der Baugenehmigung nicht deshalb, weil ein anderer Versagungsgrund vorliegt, der durch eine Änderung der Planung ohne Schwierigkeiten behebbar ist (...).“<sup>1095</sup>*

Daraus folgt:

Eine öffentlich-rechtliche Körperschaft kann den Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens im Amtshaftungsprozess selbst dann erheben, wenn sie im vorangegangenen verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsklageverfahren unterlegen gewesen sein sollte. Zweifel sind allerdings angesichts eines vom OLG Köln<sup>1096</sup> entschiedenen Verfahrens angebracht, in welchem der BGH<sup>1097</sup> die Revision gegen das Berufungsurteil nicht angenommen hat:

Die Kläger hatten mit Schreiben vom 10.08.1987 die Erteilung der bauaufsichtlichen Genehmigung für eine Nutzungsänderung in Bezug auf den Betrieb einer Spielhalle beantragt. Etwa 1,5 Monate später antwortete die Beklagte, dass die Stadtvertretung in einer Sitzung vom Oktober 1985 bereits beschlossen habe, den derzeit noch geltenden Bebauungsplan zu ändern und für das fragliche Gebiet Spielhallen für unzulässig zu erklären mit der weiteren Folge, dass die Voraussetzungen für eine Veränderungssperre i. S. d. § 14 BauGB gegeben seien. Es könne daher die Entscheidung über die Zulässigkeit des beantragten Bauvorhabens gem.

<sup>1094</sup> so die Argumentation bei: OLG Jena, NVwZ-RR 2001, 702 (703); OLG Karlsruhe, NVwZ-RR 1991, 596 (596); OLG Köln, VersR 1996, 456 (457); LG Oldenburg, NVwZ 2005, 1457 (1460); LG Osnabrück, Urt. v. 12.05.1995 - 3 O 99/94 (juris Rdziff. 34)

<sup>1095</sup> BGHZ 119, 365 (368/9) = NJW 1993, 530 (531)

<sup>1096</sup> OLG Köln VersR 1996, 456 = OLG-Report 1995, 54

<sup>1097</sup> BGH NVwZ-RR 1996, 65 = BRS 57 Nr. 119 = ZfBR 1996, 177

§ 15 BauGB ausgesetzt werden. Mithin wurden die Kläger um Mitteilung gebeten, ob sie ihren Antrag zurückziehen oder einen förmlichen Zurückstellungsbescheid wünschten. Nachdem die Kläger durch anwaltliches Schreiben auf die haftungsrechtlichen Konsequenzen einer Ablehnung des Bauvorhabens hingewiesen hatten und sie auch deutlich machten, dass sie den Antrag weiterhin verfolgen würden, reichten sie im November 1987 Untätigkeitsklage ein. Am 08.03.1988 beschloss der Rat der beklagten Stadt, den Bebauungsplan, der auch das Grundstück der Kläger erfasste, neu aufzustellen. Am 05.07.1988 beschloss die Stadtvertretung die Satzung über eine Veränderungssperre, diese Satzung wurde ordnungsgemäß bekannt gemacht, woraufhin die Beklagte mit Bescheid vom 26.08.1988 den Antrag der Kläger vom 10.08.1987 auf Änderung der Nutzungsgenehmigung für den Betrieb einer Spielhalle abgewiesen hat. Nachdem die auf Erteilung der Nutzungsänderungsgenehmigung gerichtete Klage erfolglos blieb, stellte das OVG Münster sodann mit rechtskräftig gewordenem Urteil vom 26.02.1992 fest, dass die Beklagte verpflichtet gewesen war, bis zum Inkrafttreten der Veränderungssperre im Bereich des maßgeblichen Bebauungsplanes die mit Antrag vom 10.08.1987 beantragte Baugenehmigung zu erteilen.

Das OLG Köln führte zunächst aus, dass die Beamten der Beklagten deren Amtspflichten verletzt hätten und die Kläger auch „Dritte“ i. S. d. § 839 BGB seien. Auch sei die Amtspflichtverletzung für den eingetretenen Schaden kausal geworden, wobei beklagtenseitig nicht mit Erfolg eingewendet werden könne, sie hätte den Erfolg des Genehmigungsantrages über § 15 BauGB auf rechtmäßige Weise verhindern können. Denn der Beschluss der Stadtvertretung im Oktober 1985 berechtigte die Beklagte Ende des Jahres 1987 nicht mehr zu Maßnahmen gem. §§ 14, 15 BauGB. Wenn der Änderungsbeschluss vom Oktober 1985 nicht weiter ausgeführt worden sei, so habe er auch im Herbst 1987 Maßnahmen der §§ 14, 15 BauGB nicht mehr rechtfertigen können. Dies gelte selbst dann, wenn die Beklagte die Entscheidung über den Antrag der Kläger durch eine Entscheidung nach § 15 BauGB hätte zurückstellen können. Auch dann würde der Ursachenzusammenhang nicht entfallen. Fehle einer Amtshandlung die materiellrechtliche Grundlage, hätte sich die Behörde aber die Rechtsgrundlage für ihr Handeln selbst schaffen können und würde sie das - wenn ihr die Rechtswidrigkeit ihres tatsächlichen Handelns bewusst gewesen wäre - auch getan haben, so hindere das die Kausalität zwischen Amtspflichtverletzung und Schaden nur dann, wenn die Behörde die materielle Rechtsgrundlage sich auch tatsächlich hätte schaffen müssen. Der mithin von der beklagten Stadt erhobene Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens scheitere infolge dessen daran, dass sie nicht verpflichtet gewesen sei, das Baugesuch der Kläger zurückzustellen.

Der BGH hatte entschieden, die Revision der beklagten Stadt gegen dieses Urteil nicht anzunehmen und führte u. a. aus:

*„Aufgrund der Rechtskraft des Berufungsurteils des Oberverwaltungsgerichts Münster vom 26. Februar 1992 im verwaltungsgerichtlichen Vorprozess steht auch im Rahmen des vorliegenden Zivilverfahrens fest, dass die Beklagte verpflichtet war, der Klägerin bis zum Inkrafttreten der Veränderungssperre im Bereich des Bebauungsplans Nr. 18.1 F die mit Antrag vom 10. August 1987 beantragte Baugenehmigung zu erteilen. Damit wird der Beklagten insbesondere der Einwand abgeschnitten, die Baugenehmigungsbehörde sei nach § 15 BauGB berechtigt gewesen, die Entscheidung über den Baugenehmigungsantrag bis zu 12 Monaten auszusetzen. Dabei bedarf es im Rahmen der Prüfung der objektiven Tatbestandsvoraussetzungen der Amtspflichtverletzung keiner Klärung der im Berufungsurteil aufgeworfenen Fragen, ob der Ratsbeschluss vom 29. Oktober 1985 (veröffentlicht am 22. April 1986) überhaupt geeignet war, eine Rechtsgrundlage für die Zurückstellung und der Entscheidung zu bilden und ob die formellen Voraussetzungen für eine Zurückstellung erfüllt waren. Gegen den Einwand der Beklagten, sie hätte von dem Instrumentarium des § 15 BauGB Gebrauch machen können, greift jedenfalls die Erwägung des Berufungsgerichts durch, dass diesem Einwand die Bindungswirkung des Urteils des Oberverwaltungsgerichts entgegensteht. Denn das diesbezügliche Vorbringen läuft in der Tat im Ergebnis darauf hinaus, dass eine Verpflichtung zur Erteilung der Baugenehmigung objektiv nicht bestanden habe. Das Gegenteil ergibt sich indessen aus der rechtskräftigen Feststellung des Oberverwaltungsgerichts.“<sup>1098</sup>*

Der BGH hat sich mit dieser Begründung dem OLG Köln angeschlossen, der in der vorerwähnten Entscheidung zugleich ausgeführt hatte, aufgrund des Urteils des OVG Münster stehe mit Bindungswirkung fest, dass die beantragte Genehmigung habe erteilt werden müssen. Damit verträgen sich auch bei der Prüfung des Ursachenzusammenhangs schwerlich Überlegungen, ob der Beklagten nicht doch rechtliche Möglichkeiten zur Verfügung gestanden hätten, die beantragte Genehmigung nicht zu erteilen.<sup>1099</sup> Der Hinweis darauf, dass sich „schwerlich Überlegungen ... vertragen“ deutet daraufhin, dass das OLG Köln eine dogmatisch nicht näher fundierte Billigkeitswertung vorgenommen hat, der sich der BGH - aus nicht nachvollziehbaren Gründen - angeschlossen hat. Durch diese Entscheidung des BGH wird freilich die – an anderer Stelle der Rechtsprechung vermeintlich geklärt gewesene<sup>1100</sup> – Frage aufgeworfen, wie weit die Rechtskraft eines verwaltungsgerichtlichen Urteils reicht; ebenfalls ist damit die Frage verknüpft, ob nicht doch die (tragenden) Entscheidungsgründe an der Rechtskraft teilnehmen. Denn nur über die Rechtskraft der Entscheidungsgründe hätte der BGH zu der von ihm geäußerten Ansicht gelangen können.

<sup>1098</sup> BGH NVwZ-RR 1996, 65 = BRS 57 Nr. 119 = ZfBR 1996, 177

<sup>1099</sup> OLG Köln, VersR 1996, 456 (457) = OLG-Report 1995, 54 (55)

<sup>1100</sup> vgl. dazu die Angaben auf S. 325

All dies vorangestellt wird nachfolgend der Frage nachgegangen, auf welche Weise und mit welchen Grenzen die Bindungswirkung rechtskräftiger verwaltungsgerichtlicher Urteile vermittelt wird.<sup>1101</sup>

### I. Die formelle Rechtskraft

Das prozessrechtliche Institut der Rechtskraft setzt sich sowohl aus der formellen als auch aus der materiellen Rechtskraft zusammen. Die materielle Rechtskraft ihrerseits setzt jedoch voraus, dass das Urteil formell rechtskräftig ist. Dies wiederum bedeutet, dass die betreffende Entscheidung unanfechtbar geworden ist, d. h., dass gegen die Entscheidung ein Rechtsmittel oder Rechtsbehelf<sup>1102</sup> nicht oder nicht mehr zulässig ist.<sup>1103</sup> Weiterhin wird ein Urteil dann formell rechtskräftig, wenn die Parteien dem Gericht gegenüber Rechtsmittelverzicht erklären (§§ 515, 566 Abs. 1 S. 2 ZPO).<sup>1104</sup> Erst nach eben dieser Unanfechtbarkeit bzw. Unabänderlichkeit können die Wirkungen der materiellen Rechtskraft eintreten.

### II. Die materielle Rechtskraft

Der Begriff der materiellen Rechtskraft wird getragen von dem Streit der so genannten Rechtskrafttheorien. Schon im Jahre 1932 schrieb Sauer:

*„Es ist eine eigentümliche Ironie, dass die materielle Rechtskraft, die im Rechtsleben ‚Frieden stiften‘ soll, in der Wissenschaft ‚im Streit befangen bleibt‘; der Streit scheint ein ewiger zu werden, und keine Theorie scheint je ‚in Rechtskraft zu wachsen‘.“<sup>1105</sup>*

Tatsächlich dauert der von manchen schon totgesagte Streit um das Wesen der materiellen Rechtskraft bis in die heutige Zeit hinein an.<sup>1106</sup>

Ursächlich für die Ausweitung des Streites mag u. a. wohl der Umstand gewesen sein, dass sich den entsprechenden gesetzlichen Bestimmungen über die Rechtskraft (z. B. § 322 ZPO, § 121 VwGO) nur relativ wenig über die Wirkung und den Umfang der materiellen Rechtskraft entnehmen lässt. Zum anderen ent-

---

<sup>1101</sup> Die nachstehende Thematik habe ich bereits erörtert in: „Die Nachprüfbarkeit bestandskräftiger Verwaltungsakte im Amtshaftungsprozess“, dort S. 92 ff., sodass die folgenden Ausführungen daraus entnommen sind und aktualisiert wurden.

<sup>1102</sup> zu dem Unterschied Rechtsmittel-Rechtsbehelf vgl. Reichold in: Thomas/Putzo, ZPO, Vorbem. § 511 Rdziffn. 1 ff.

<sup>1103</sup> Rosenberg/Schwab/Gottwald § 150, II; Grunsky § 47 I (S. 485); Redeker/v. Nicolai, § 121 Rdziff. 2; Eyermann/Rennert, § 121 Rdziff. 2; Hüßtege in: Thomas/Putzo, ZPO, § 705 Rdziff. 2; s. auch Koussoulis S. 12 f; Zöller/Vollkommer, ZPO, vor § 322 Rdziff. 6; Zöller/Stöber, ZPO, § 705 Rdziff. 1

<sup>1104</sup> Rechtsmittelverzicht ist auch im Verwaltungsprozess zulässig, vgl. Eyermann/Geiger, § 105 Rdziff. 16

<sup>1105</sup> Sauer, Festgabe Schmidt S. 308

<sup>1106</sup> die belegt in einer eindrucksvollen Studie Gaul, FS Flume S. 443 ff.

zündete sich der Streit vor allem an dem fehlenden Konsens über die hier maßgebliche Wirkung des rechtskräftigen Urteils auf Dritte.<sup>1107</sup>

Als Dritter in diesem Sinn ist jeder zu bezeichnen, der nicht von der Rechtskraft unmittelbar betroffen wird, oder auf den sich die Rechtskraft nach ausdrücklichen Gesetzesbestimmungen nicht erstreckt. Da aber auch ein Zivilgericht „Dritter“ in dem dargestellten Sinn sein kann, kann der nachfolgend darzustellende Streitstand auch Relevanz für die vorliegende Arbeit haben.

Die Bedeutung der materiellen Rechtskraft ist gemeinsamer Ausgangspunkt der Rechtskrafttheorien. Materielle Rechtskraft bedeutet die Maßgeblichkeit des Inhalts der Entscheidung, d. h. der in ihr ausgesprochenen Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens der von einer Partei beanspruchten Rechtsfolge in jedem Verfahren, in dem dieselbe Rechtsfolge in Frage steht.<sup>1108</sup> Die materielle Rechtskraft hat damit im Wesentlichen die Funktion, einer zweiten, widersprechenden Entscheidung in einem neuen Verfahren zu begegnen.<sup>1109</sup>

Vor dem Hintergrund dieser anerkannten Aufgabe der Rechtskraft sind in der zivilprozessrechtlichen Literatur verschiedene Rechtskrafttheorien entwickelt worden, die die bindende Wirkung des rechtskräftigen Urteils dogmatisch unterschiedlich begründet haben. Da diese Auffassungen für das Verständnis der materiellen Rechtskraft und für die damit zusammenhängende Bindung von Bedeutung sind, sollen sie im Folgenden cursorisch dargestellt werden.<sup>1110</sup>

## 1. Die materiell-rechtliche Rechtskrafttheorie

Die Vertreter der vormals herrschenden materiell-rechtlichen Rechtskrafttheorie<sup>1111</sup> erklären die Bindungswirkung, indem sie annehmen, das Urteil gestalte die materiell-rechtliche Beziehung unter den Parteien (*iudicium ius facit inter partes*). Das richtige Urteil bestätige die bisherige Rechtslage und schaffe einen neuen Entstehens- oder Untergangsgrund für das materielle Recht, das unrichtige Urteil gestalte die Rechtslage nach seinem Inhalt. Demnach soll das irrtümlich aberkannte Recht erlöschen, das irrtümlich zuerkannte Recht entstehen. Nach dieser Auffassung folgt also die Bindungswirkung der materiellen Rechtskraft aus der Bindung des Richters eines späteren Prozesses an das durch das Urteil neu geschaffene Recht zwischen den Parteien.

<sup>1107</sup> Koussoulis S. 101

<sup>1108</sup> Rosenberg/Schwab/Gottwald § 151, I; Brox, JuS 1962, 121 (121); Hofmann S. 9; Bettermann, Gedächtnisschrift Jellinek S. 383; Braun, JuS 1986, 364 (365); Zeiss § 70 I; Wolff/Bachof/Stober/Kluth I § 50 Rdziff. 15

<sup>1109</sup> Rosenberg/Schwab/Gottwald § 151, I; Gottwald in: MünchKomm, ZPO, § 322 Rdziff. 4

<sup>1110</sup> umfassende Darstellung mit den Nachweisen auch über die in der Literatur bestehenden Einzelauffassungen bei Koussoulis S. 22 ff.

<sup>1111</sup> vor allem Kohler S. 64 f., 112; ders. Bürgerliches Recht I S. 216 ff.; ders. FS Klein S. 1 ff.; Pagenstecher S. 302; Sauer S. 234 f.; Pohle, Jur. Bl. 1957, 113 (117); Planck, BGB S. 41; Wach/Laband, Rechtskraft S. 9; Mendelssohn-Bartholdy S. 303 f., 427; Seuffert, ZPO § 325 Anm. 1 a); Weismann § 61 a V (S. 245); Wurzer, Der Gerichtssaal 89, 106 (111 f.)

Für die Vertreter dieser älteren Ansicht ist jedes Gericht verpflichtet, nach Erlass eines rechtskräftigen Urteils dieses neue Recht anzuwenden. Folglich liegt es nahe, vom Standpunkt der materiell-rechtlichen Rechtskrafttheorie auch auf eine entsprechende Bindung der Zivilgerichte zu schließen. Konsequenterweise kann jedoch nicht von der Bindung der Zivilgerichte an ein Urteil gesprochen werden. Denn zu einer Beschränkung der Nachprüfbarkeit im Zivilprozess soll nicht etwa das Urteil selbst führen. Vielmehr führen die Vertreter der materiell-rechtlichen Rechtskrafttheorie das Gebundensein des Zivilrichters auf die durch das Urteil neu gestaltete Rechtslage zurück. Nach dieser Theorie ist nämlich jedes Urteil zwangsläufig ein Gestaltungsurteil.<sup>1112</sup>

Der materiell-rechtlichen Rechtskrafttheorie sind jedoch Bedenken entgegenzuhalten. Denn diese Auffassung steht zum einen in unauflösbarem Konflikt zum Grundsatz der Gewaltenteilung. Im Gegensatz zu der materiell-rechtlichen Rechtskrafttheorie, nach der die Rechtschöpfung grundsätzlich eine wesentliche Funktion des Richters ist, ist die Rechtsetzung nach dem vom GG vorgegebenen Prinzip der Gewaltenteilung grundsätzlich eine Aufgabe der Legislative und nicht der Judikative. Zum anderen ist dieser Ansicht entgegenzuhalten, dass sie die materielle Rechtskraft von Prozessurteilen nicht zu erklären vermag. Entgegen der gesetzlichen Regelung in § 322 ZPO bzw. § 121 VwGO, die auch Prozessurteile erfassen<sup>1113</sup>, wurde die Rechtskraft von Prozessurteilen sogar teilweise in Abrede gestellt.<sup>1114</sup> Überdies hat die materiell-rechtliche Rechtskrafttheorie Schwierigkeiten, die gesetzliche Beschränkung der Rechtskraft auf die Parteien (§§ 325 ff. ZPO) zu klären. Denn dieser Auffassung zufolge ist jedes Urteil ein Gestaltungsurteil, das – wegen der Neugestaltung der Rechtslage – für und gegen alle wirkt. Gleichwohl beschränken die Vertreter dieser Theorie die Rechtskraft in für sie systemwidriger Weise auf die Parteien.<sup>1115</sup>

Schließlich ist den Vertretern der materiell-rechtlichen Rechtskrafttheorie vorzuhalten, dass sie ihre Meinung auf dem unrichtigen Urteil aufbauen. Davon ausgehend zieht diese Auffassung Rückschlüsse für das „normale“, d. h. das richtige Urteil. Das unrichtige Urteil stellt indessen eine Ausnahmerecheinung dar, sodass diese Theorie das Verhältnis von der Regel zur Ausnahme in das Gegenteil verkehrt.<sup>1116</sup>

Aus den vorstehend dargelegten Gründen wird die „reine“ materiell-rechtliche Rechtskrafttheorie heute nicht mehr vertreten. Vereinzelt Stimmen in der Literatur vertreten noch eine gemischtrechtliche Theorie. Nach ihr sei der Gesetzgeber in seiner Ausgestaltung, der Richter in seiner Auslegung an sachlich-rechtliche

<sup>1112</sup> zu diesem Aspekt Rosenberg/Schwab/Gottwald § 151 II 1

<sup>1113</sup> Reichold in: Thomas/Putzo, ZPO, § 322 Rdziff. 3; Kopp/Schenke, VwGO, § 107 Rdziff. 5; BGH NJW 1985, 2535 (2535)

<sup>1114</sup> Kleinfeller, FS Wach S. 375 ff.; Sauer S. 254 ff.; Seuffert, ZPO § 322 Anm. 8; vgl. dazu und zu der Gegenansicht Henckel, Prozessrecht S. 227 ff.

<sup>1115</sup> zu diesem Aspekt Rosenberg/Gottwald § 151 II 3; Schwab ZZP 77 (1964), 124 (132 ff.)

<sup>1116</sup> Haaf S. 106

Wertungen gebunden. Erst so seien die objektiven Grenzen der Rechtskraft ermittelbar.<sup>1117</sup> Auch diese „abgeschwächte“ materiell-rechtliche Rechtskrafttheorie vermag allerdings die o. g. Probleme nicht zu umgehen. Von daher wird ganz überwiegend die prozessuale Rechtskrafttheorie als herrschend angesehen.<sup>1118</sup>

## 2. Die prozessuale Rechtskrafttheorie

Diese von Stein<sup>1119</sup> und Hellwig<sup>1120</sup> begründete prozessuale Rechtskrafttheorie leugnet zu Recht jeglichen Einfluss des rechtskräftigen Urteils auf das materielle Recht.<sup>1121</sup> Seinem Wesen nach ermittelt der Prozess lediglich und stellt fest, was rechtens ist, schafft jedoch selbst kein Recht. Demzufolge besteht die Möglichkeit, dass der wirkliche und der im Urteil erklärte Rechtszustand divergieren. In diesem Fall eines „unrichtigen“ Urteils wird die Rechtslage nicht geändert. Wenngleich durch die Rechtskraft des Urteils ein endgültiger Zustand geschaffen wird, der mit der Rechtswirklichkeit nicht in Einklang zu bringen ist, so beschränkt sich diese Wirkung nur auf den die Parteien betreffenden Urteilspruch. Nur dieses Verhältnis wird betroffen. Allerdings muss das Gericht diese Maßgeblichkeit auch in einem späteren Verfahren berücksichtigen. Das rechtskräftige Urteil führt zu einem den Zweitrichter bindenden Widerspruchsverbot.

Nachdem nunmehr – auf der Grundlage des prozessualen Rechtskrafttheorie – festgestellt werden darf, dass sich der Inhalt der materiellen Rechtskraft dem Bindungsbegriff in der für diese Arbeit maßgeblichen Ausprägung als Widerspruchsverbot annähert, muss für das weitere Vorgehen noch etwas weiter ausgeholt werden. Wenngleich die Rechtsprechung des BGH die Bindung der Zivilgerichte an verwaltungsgerichtliche Urteile ohne nähere Begründung auf die Rechtskraftwirkung stützt, so könnte eine solche Bindung nur unter der Voraussetzung zu bejahen sein, dass die Rechtskraftwirkung ein Hinüberwirken auch in ein anderes Verfahrensgebiet gestaltet. Mit anderen Worten, das vom BGH genutzte Institut der Rechtskraft ließe sich nur dann für die vorliegende Arbeit verwerten, wenn die Rechtskraft nicht auf das eigene Verfahrensgebiet beschränkt bleibt. Denn, wenn sich die Wirkung der Rechtskraft auf diejenige Gerichtsbarkeit beschränkt, in der das Urteil erlassen worden ist<sup>1122</sup>, wäre auch ein Hinüberwirken der Be-

<sup>1117</sup> vgl. nur Leipold in: Stein/Jonas, ZPO, § 322 Rdziffn. 34 ff., 40; wohl auch Henckel, Prozessrecht S. 421

<sup>1118</sup> vgl. die Nachweise in FN 1121

<sup>1119</sup> Stein, Bindungskraft S. 1 ff., 65 ff., 77 ff.; vgl. zu dieser Ansicht im Einzelnen Gaul, FS Flume S. 520

<sup>1120</sup> Hellwig, Rechtskraft S. 7 ff.

<sup>1121</sup> Zöller/Vollkommer, ZPO, vor § 322 Rdziff. 17; Rosenberg/Schwab/Gottwald § 151 II 2; Reichold in: Thomas/Putzo, ZPO, § 322 Rdziff. 6; Eyer mann/Rennert, § 121 Rdziff. 7; Redeker/v. Nicolai, § 121 Rdziff. 7 ff.; Kopp/Schenke, VwGO, § 121 Rdziff. 2; Jauernig § 62 III 1; Gottwald in: MünchKomm, ZPO, § 322 Rdziff. 9

<sup>1122</sup> so bereits 1912 Hellwig, System I S. 783



standskraft von Verwaltungsakten auf das Zivilprozessrecht ausgeschlossen, zumindest aber unwahrscheinlich.

Aus diesem Grund erscheint es notwendig, die Zwecke, die Wirkungen und den Umfang der Rechtskraft näher zu bestimmen, um eine vergleichende Aussage darüber treffen zu können, inwieweit der Rechtskraft auch verfahrensrechtsübergreifende Eigenschaft zukommt und dies im Einklang mit der hier maßgeblichen Bindungswirkung von Urteilen bzw. Verwaltungsakten steht.

### *III. Der Vergleich der materiellen Rechtskraft mit dem Wesen der verfahrensrechtsübergreifenden Bindungswirkung*

Zur Beantwortung der Frage, ob der Rechtskraft auch eine verfahrensrechtsübergreifende Wirkung beigemessen werden kann, ist zunächst zu prüfen, ob die Zwecke der Rechtskraft ein Hinüberwirken in ein anderes Verfahrensgebiet zulassen (s. nachfolgend unter 1.). Danach ist zu klären, ob sich eine verfahrensrechtsübergreifende Wirkung der Rechtskraft auch mit deren Wesen in Einklang bringen lässt (s. nachfolgend unter 2.).

#### 1. Die Zwecke der Rechtskraft

Da die Rechtskraft vornehmlich im Interesse der Parteien geschaffen worden ist<sup>1123</sup>, ist die Bewahrung des Rechtsfriedens als ein wesentlicher Zweck der Rechtskraft anzusehen. Dieser Zweck fordert, dass jeder Streit einmal ein Ende haben sollte.<sup>1124</sup> Durch diese streitbeendende Funktion erfüllt die Rechtskraft aber zugleich die Aufgabe, die Leistungsfähigkeit der Gerichte zu sichern und zu gewährleisten, dass die Gerichte wegen eines unanfechtbar entschiedenen Streits nicht stets von neuem angegangen werden sollen.<sup>1125</sup> Die damit einhergehende Folge eben jenes Verbots neuer Entscheidungen ist, dass widersprüchliche Entscheidungen, die zum einen zur Desorientierung des ratsuchenden Bürgers führen und andererseits das Ansehen der Gerichte<sup>1126</sup> unterlaufen könnten, vermieden werden.<sup>1127</sup>

Diese verschiedenen Funktionen der Rechtskraft stehen einem Hinüberwirken in ein anderes Verfahrensgebiet nicht entgegen. Im Gegenteil: eine verfahrensrechtsübergreifende Bindungswirkung der Rechtskraft könnte Entscheidungen verhindern, die aus verschiedenen Verfahrensbereichen resultieren und die sich inhaltlich widersprechen. Folglich würde die Bindung an rechtskräftige Urteile auch über das Verfahrensgebiet hinaus, in dem sie erlassen wurden, ebenfalls zu

<sup>1123</sup> Leipold in: Stein/Jonas, ZPO, § 322 Rdziffn. 30 f.; Habscheid, FS Nipperdey S. 898

<sup>1124</sup> Rosenberg/Schwab/Gottwald § 151 I; Bötticher, ZJP 85 (1972), 1 (20); Reichold in: Thomas/Putzo, ZPO, § 322 Rdziff. 1; Koussoulis S. 221 f.

<sup>1125</sup> Rimmelpacher S. 67 f.; Grunsky § 47 I (S. 484); Wolf S. 282; Rosenberg/Schwab/ Gottwald § 151 I; Gottwald in: MünchKomm, ZPO, § 322 Rdziff. 3

<sup>1126</sup> ablehnend zu diesem Rechtskraftzweck Costede S. 161

<sup>1127</sup> Wolf S. 282

einer Sicherung des Rechtsfriedens führen. Darüber hinaus wäre auch dem Gebot der Prozessökonomie Rechnung getragen. Denn in Bezug auf bereits festgestellte Vorfragen aus einer anderen Gerichtsbarkeit wären insoweit neue Feststellungen überflüssig.<sup>1128</sup>

Demgemäß zeigt sich zunächst, dass die verschiedenen Zwecke der Rechtskraft ein Hinüberwirken in ein anderes Verfahrensgebiet nahelegen. Es ist auch kein Grund ersichtlich, dass der Zweck der Rechtskraft, den Parteien Rechtsgewissheit zu geben und eine Verdopplung des Streits zu vermeiden, vor den Rechtsweggrenzen haltmachen sollte.<sup>1129</sup> Von daher liegt es auch nahe, nunmehr die Rechtskraftwirkung als dogmatische Grundlage einer über den eigenen Verfahrensbereich hinausgehenden Bindung anzusehen.

## 2. Die Wirkungen der Rechtskraft

Die Schlussfolgerung, die Rechtskraftwirkung komme – wegen der vergleichbaren Ziele und Zwecke – als Träger einer verfahrensrechtsübergreifenden Bindung in Frage, wäre indessen vorschnell. Denn ein derartiger Rückschluss ließe die Frage unberücksichtigt, ob sich die spezielle Wirkungsweise der materiellen Rechtskraft mit dem Hinüberwirken in ein anderes Verfahrensgebiet vereinbaren lässt.

An anderer Stelle dieser Arbeit wurde bereits der prozessualen Rechtskrafttheorie der Vorzug gegenüber der materiell-rechtlichen Rechtskrafttheorie gegeben.<sup>1130</sup>

Demgemäß besteht das Wesen der materiellen Rechtskraft in einer Bindung der Parteien und des Gerichts. Gleichwohl ist mit dieser Feststellung noch keine Aussage darüber getroffen, auf welche Weise diese Bindung erreicht wird und ob sich diese Wirkungsweise auch gleichermaßen verfahrensrechtsübergreifend anwenden lässt.

### a. Die Lehre vom Abweichungsverbot

Nach der Meinung von Stein<sup>1131</sup> und Hellwig<sup>1132</sup> verbietet die materielle Rechtskraft zwar keine wiederholende, wohl aber eine abweichende Entscheidung. Demnach müsse der Richter das Ersturteil seiner Entscheidung zugrunde legen und ebenso wie früher urteilen. Diese Variante der prozessualen Rechtskrafttheorie i. S. eines „Abweichungsverbotes“ wird auch von Blomeyer und Grunsky vertreten.<sup>1133</sup>

<sup>1128</sup> Haaf S. 108; Leipold in: Stein/Jonas, ZPO, § 322 Rdziff. 287 unter Hinweis auf die Einheitlichkeit der Rechtsprechung

<sup>1129</sup> Leipold in: Stein/Jonas, ZPO, § 322 Rdziff. 288 unter Hinweis auf Schwab, ZZP 77 (1964), 124 (152); Bötticher FS DJT S. 535; Pohle, FS Apelt S. 199

<sup>1130</sup> s. o. S. 332 ff.

<sup>1131</sup> Stein, Bindungskraft S. 1 ff.

<sup>1132</sup> Hellwig, Rechtskraft S. 1 ff.; ders. System I S. 777

<sup>1133</sup> Blomeyer § 88 III 2 b; Grunsky § 47 III 2 (S. 495)

Es bleibt somit letztlich eine Frage des Rechtsschutzbedürfnisses, ob nochmals gleichlautend entschieden werden darf.<sup>1134</sup> In der Regel wird diese Prozessvoraussetzung aber fehlen.

b. Die Lehre vom *ne bis in idem*

Nach anderer Ansicht<sup>1135</sup> beinhaltet die Bindung des Richters bereits ein Verbot erneuter Verhandlung und Entscheidung über den Streitgegenstand des ersten Prozesses i. S. eines Wiederholungsverbot (ne bis in idem). Das Nichtentschiedensein des Streitgegenstandes ist demzufolge negative Prozessvoraussetzung. Dieser Variante hat sich inzwischen auch der BGH angeschlossen.<sup>1136</sup>

Wenngleich sich die letztgenannte Ansicht in der Zivilprozessrechtslehre und in der Rechtsprechung als herrschend durchgesetzt hat<sup>1137</sup> und auch das Gebot der Prozessökonomie am ehesten zu realisieren vermag, kann eine Entscheidung des zuvor dargelegten Streitstandes letztlich auf sich beruhen. Denn sowohl die Lehre vom Abweichungsverbot als auch die Lehre vom *ne bis in idem* stehen der Annahme einer über das eigene Verfahrensgebiet hinaus wirkenden Bindung durch die Rechtskraft nicht entgegen. Die Einhaltung des dieser Untersuchung zugrunde gelegten Begriffs der Bindung i. S. d. Widerspruchsverbots ist sowohl durch die Lehre vom Abweichungsverbot als auch durch die Lehre vom *ne bis in idem* gewährleistet. In beiden Fällen kann es nicht zu einem Widerspruch mit der Erstentscheidung kommen. Hinzu kommt ein weiterer Aspekt.

Die grundsätzlich weitergehende Lehre vom *ne bis in idem* kommt auch in den – einzig für die vorliegende Problematik relevanten<sup>1138</sup> – Fällen der Präjudizialität zu einem Verbot der abweichenden Entscheidung, d. h. in diesem Fall erschöpft sich die Wirkung der Rechtskraft – ebenso wie bei der Lehre vom

---

<sup>1134</sup> so bereits Zeiss § 70 II 2 a

<sup>1135</sup> Böttcher, Krit. Beiträge S. 128 ff.; 139 ff.; Rosenberg/Schwab/Gottwald § 151 III, 2; Reichold in: Thomas/Putzo, ZPO, § 322 Rdziff. 6; Hartmann in: BLAH, ZPO, Einf. §§ 322 - 327 Rdziff. 9; Redeker/v. Nicolai § 121 Rdziff. 4; Schwab, JuS 1976, 69 (74); Jauernig § 62 III, 1; Gottwald in: MünchKomm, ZPO, § 322 Rdziff. 9; Bettermann, Rechtshängigkeit S. 30 f.; Otto S. 83 ff.; Brox, JuS 1962, 121 (121); Niese S. 108 f.; Schlosser, ZPR § 8 Rdziff. 215; Zöller/Vollkommer, ZPO, vor § 322 Rdziff. 17 ff.; Habscheid, FS Nipperdey S. 897 ff.; ders. ZZZ 66 (1953), 188 (201); ders. ZZZ 75 (1976), 164 (170), Rimmelpacher S. 65 ff.; Schellhammer Rdziff. 846

<sup>1136</sup> BGHZ 34, 337 (339); 36 (365, 367); 42, 340 (351 f.); 93, 288 (290); BGH ZZZ 89 (1976), 330 (331); BGH NJW 1980, 2754 (2754); BGH NJW 1981, 1517 (1517); BGH NJW 1985, 1711 (1712); 1985, Zöller/Vollkommer, ZPO, vor § 322 Rdziff. 19 m. w. N.

<sup>1137</sup> Zöller/Vollkommer, ZPO, vor § 322 Rdziff. 19 m. w. N.

<sup>1138</sup> Die Fälle der Identität des Streitgegenstandes, in denen nach der Lehre vom *ne bis in idem* die Klage bereits unzulässig ist (vgl. Zöller/Vollkommer, ZPO vor § 322 Rdziff. 19, Reichold in: Thomas/Putzo, ZPO, § 322 Rdziff. 11; Rosenberg/Schwab/Gottwald § 151 III 2; Zeiss § 70 II), werden für die vorliegende Arbeit nicht relevant. Denn der Gegenstand des Verwaltungsverfahrens, an dessen Abschluss der Verwaltungsakt steht, ist nicht identisch mit dem Streitgegenstand des Zivilprozesses.

Abweichungsverbot – in der Bindung des Gerichts.<sup>1139</sup> Folglich kommen beide Auffassungen zum gleichen Ergebnis.

Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass einer auf der materiellen Rechtskraft beruhenden Bindungswirkung über die Grenzen der eigenen Gerichtsbarkeit hinaus weder die Zwecke der Rechtskraft noch die spezifische Wirkungsweise der Rechtskraft entgegengehalten werden können. Das wiederum könnte es nahe legen, nunmehr die materielle Rechtskraft als dogmatische Grundlage einer Bindung an Urteile aus einer anderen Gerichtsbarkeit, hier insbesondere aus der Verwaltungsgerichtsbarkeit, anzusehen. Diese Schlussfolgerung ist indes wiederum verfrüht. Denn um letztlich die materielle Rechtskraft als Trägerin einer verfahrensrechtsübergreifenden Bindung (der Zivilgerichte) an (verwaltungsgerichtliche) Urteile anerkennen zu können, ist die nähere Untersuchung der objektiven und subjektiven Grenzen der Rechtskraft unumgänglich. In den hier maßgeblichen Fällen der Präjudizialität, in denen die Streitgegenstände nicht identisch sind<sup>1140</sup>, bereitet die Feststellung, welche der im Verfahren entschiedenen Fragen an der Rechtskraft teilnehmen und auf diese Weise für das Zweitverfahren relevant werden können, durchaus Schwierigkeiten. Überdies ist zu bedenken, dass sich die Wirkung der Rechtskraft innerhalb eines Verfahrensgebiets nur zwischen bestimmten Personen äußert.

Wechselt man aber das Verfahrensgebiet für einen weiteren Prozess, für den die bereits entschiedenen Rechtsfragen präjudiziell sind, so wird sich zumeist nicht nur der Streitgegenstand ändern. Es werden sich in der Regel auch die Beteiligten ändern. Von daher stellt sich dann die Frage, ob auch in einem solchen Fall die Rechtskraft noch über das Verfahrensgebiet – und damit regelmäßig über die subjektiven Grenzen – hinaus wirken kann. Die nähere Untersuchung über die objektiven und subjektiven Grenzen ist Gegenstand der nachfolgenden Abschnitte.

#### *IV. Die objektiven Grenzen der Rechtskraft*

Nach Maßgabe des § 322 ZPO, der als Ausgangspunkt der objektiven Grenzen der Rechtskraft angesehen werden kann<sup>1141</sup>, tritt die Rechtskraft nur insoweit ein, als über den durch Klage (oder Widerklage) erhobenen „Anspruch“ entschieden ist. Unter Anspruch wird dabei der Streitgegenstand verstanden.<sup>1142</sup> Demgegenüber heißt es im Verwaltungsprozessrecht, dass rechtskräftige Urteile nur insoweit binden, als über den „Streitgegenstand“ entschieden worden ist, § 121 VwGO. Daher liegt es nahe, für die Bindung an Urteile aufgrund ihrer Rechtskraft den

<sup>1139</sup> Zöller/Vollkommer, ZPO, vor § 322 Rdziffn. 19, 22 m. w. N.

<sup>1140</sup> s. o. Nachweise in FN 1138

<sup>1141</sup> vgl. etwa Braun, JuS 1986, 364 (367); Rosenberg/Schwab/Gottwald § 153 vor I; Blomeyer § 89 I; Zeiss § 71 I

<sup>1142</sup> Zeiss § 71 I 1

Streitgegenstand näher zu untersuchen. Insbesondere der Wortlaut des § 121 VwGO drängt diesen Schluss für verwaltungsgerichtliche Urteile auf.

In der Literatur ist man hingegen vereinzelt anderer Auffassung. „Gleichwohl braucht auf die Beziehungen zwischen Streitgegenstand und Rechtskraft nicht näher eingegangen zu werden, ebenso wenig wie auf die Frage, was Streitgegenstand im Verwaltungsprozess ist. Denn die Einbeziehung der rechtlichen Einordnung in die Bindungswirkung der Rechtskraft ergibt sich ausschließlich und zwingend aus der Natur des Sachurteils ... mit anderen Worten nicht der Streitgegenstand grenzt den objektiven Umfang der Rechtskraft ab, sondern die Entscheidung über ihn.“<sup>1143</sup>

An diesem Zitat wird deutlich, dass nach Ansicht von Lücke für die Frage der verfahrensrechtsübergreifenden Bindung eines Urteils aufgrund der Rechtskraft nicht entscheidend ist, wie der Streitgegenstand zu bestimmen ist<sup>1144</sup>, sondern wo die Grenzen des Urteils verlaufen. Die nachfolgende Überlegung zeigt indessen, dass die Meinung von Lücke nicht schlüssig ist. Grundsätzlich kann nur Gegenstand einer über das eigene Verfahrensgebiet hinauswirkenden Bindung aufgrund der Rechtskraft sein, was auch innerhalb des eigenen Verfahrensgebiets der Bindung durch die Rechtskraft unterliegt. Mit anderen Worten, der Gegenstand der verfahrensrechtsübergreifenden Bindungswirkung kann nicht über den Umfang des Rechtskraftgegenstandes innerhalb des eigenen Verfahrensgebiets hinausgehen.<sup>1145</sup> Und da für eine „ressort eigene“ Bindung die Frage nach dem Streitgegenstand entscheidend ist, muss dasselbe erst recht für eine übergreifende Bindung gelten. Entgegen der Auffassung Lückes kann also nicht auf die Feststellung des Streitgegenstandes für den Umfang der materiellen Rechtskraft verzichtet werden.

### 1. Der Umfang der materiellen Rechtskraft

Nach dem Wortlaut des § 322 ZPO wird nur die Entscheidung über den Anspruch von der Rechtskraft ergriffen, d. h. ein im Urteil nicht beschiedener Anspruch kann auch nicht in Rechtskraft erwachsen.<sup>1146</sup> Entscheidung bedeutet dabei die Feststellung, ob der geltend gemachte Anspruch besteht oder nicht besteht. Nur diese Feststellung, d. h. der Subsumtionsschluss, kann rechtskräftig werden. Sie ist dabei zu trennen von den Feststellungen, die das Gericht im Urteil über die Voraussetzungen des Anspruchs trifft. Der richterlichen Entscheidungsfindung liegt nämlich ein Syllogismus zugrunde: die anzuwendende Rechtsnorm bildet den Obersatz, der Sachverhalt den Untersatz und beide werden im Schlusssatz gedanklich verbunden. Aus dieser Subsumtion ergibt sich der Schluss (conclusio) auf die in der Norm angeordnete Rechtsfolge. Zwar sind Ober- und Unter-

---

<sup>1143</sup> Lücke, JuS 1961, 188 (189)

<sup>1144</sup> zu dem Verhältnis Streitgegenstand und prozessualer Anspruch vgl.

Rosenberg/Schwab/Gottwald § 95 mit umfassenden weiteren Nachweisen

<sup>1145</sup> ähnlich bereits Bötticher FS DJT S. 536; Haaf S. 112

<sup>1146</sup> Rosenberg/Schwab/Gottwald § 153 I

satz für die Schlussfolge notwendig, dennoch erwachsen sie als „Elemente“ des Schlusses nicht in Rechtskraft.<sup>1147</sup> Folglich ergreift die Rechtskraft weder die tatsächlichen Feststellungen des Urteils noch die Einreden oder sonstigen Einwendungen des Beklagten.<sup>1148</sup>

Gleiches gilt für die bei der Entscheidung festgestellten präjudiziellen Rechtsverhältnisse.<sup>1149</sup> Demzufolge erwächst grundsätzlich nur die Entscheidung über den Streitgegenstand, der mit dem Urteilsgegenstand identisch ist<sup>1150</sup>, in Rechtskraft; aber auch das mit der Entscheidung unvereinbare (kontradiktorische) Gegenteil wird noch davon ergriffen.<sup>1151</sup> Wenn jedoch Streitgegenstand des Verwaltungsprozesses die Rechtmäßigkeit eines Bescheides über die Rücknahme einer Baugenehmigung ist, so ist zwar die Rechtmäßigkeit dieses Bescheides logisch abhängig von der Rechtswidrigkeit der Genehmigung. Gleichwohl ist Letzteres nur eine Vorfrage, über die nicht mit Rechtskraftwirkung – und damit mit Bindungswirkung für die Zivilgerichte – entschieden werden kann.<sup>1152</sup>

Für den sachlichen Umfang der Rechtskraft über den erhobenen Anspruch bzw. Streitgegenstand ist in erster Linie von der Urteilsformel auszugehen. Jedoch gerade bei Klageabweisung ist der Gegenstand der Entscheidung nur durch Rückgriff auf Urteilsformel, Tatbestand und Entscheidungsgründe zu ermitteln. Denn bei Klageabweisung ist die Urteilsformel allein aus sich heraus nicht verständlich.

Nicht zuletzt aus diesem Grund ist in der Literatur des Öfteren die Frage erörtert worden, inwieweit die objektiven Grenzen der Rechtskraft auszudehnen sind und sich die Rechtskraft eines Urteils auf die (tragenden) Entscheidungsgründe erstreckt. Diese Frage ist auch für die vorliegende Untersuchung von nicht unerheblicher Bedeutung. Der Gesetzgeber hat die Rechtskraft in § 322 Abs. 1 ZPO auf den Subsumtionsschluss beschränkt, weil die Parteien gar nicht übersehen können, in welchen anderen Zusammenhängen präjudizielle Rechtsverhältnisse noch eine Rolle spielen und – für den Fall einer Bindung an die gerichtliche Beur-

<sup>1147</sup> Rosenberg/Schwab/Gottwald § 153 III; Reichold in: Thomas/Putzo, ZPO, § 322 Rdziffn. 17 f.; Blomeyer § 89 I

<sup>1148</sup> Zeiss § 71 II; Rosenberg/Schwab/Gottwald § 153 III 3; Hartmann in: BLAH, ZPO, § 322 Rdziff. 16; Zöller/Vollkommer, ZPO, vor § 322 Rdziffn. 32, 34 a. Eine Ausnahme bildet die Aufrechnung, für die die Rechtskraft in § 322 Abs. 2 ZPO näher bestimmt ist.

<sup>1149</sup> Zeiss § 71 II 1; damit tritt indessen kein Widerspruch zu der auf S. 245 ff. erwähnten Präjudizialität als Voraussetzung der Bindungswirkung auf. Wie bereits betont, ist nur der „Anspruch“, über den entschieden wurde, Gegenstand der Rechtskraft. Hängt die Entscheidung im Nachprozess nicht vom Bestehen oder Nichtbestehen eines seiner Voraussetzungen, so kann auch keine Bindungswirkung aufgrund materieller Rechtskraft eintreten, denn diese Voraussetzungen sind ja schlichte Urteilelemente, die nicht in Rechtskraft erwachsen. Vgl. aber zu den Bestrebungen und Notwendigkeiten, die Rechtskraft auf präjudizielle Rechtsverhältnisse zu erstrecken, Zeiss § 71 II 2; Braun, JuS 1986, 364 (368); Wolf S. 287 FN 13; Henckel, Prozessrecht S. 169 ff.

<sup>1150</sup> Rosenberg/Schwab/Gottwald § 153 I 1; Zeiss § 71 I 1; Henckel, Prozessrecht S. 153; **a. A.** Blomeyer § 89 III; Zeuner, Grenzen S. 175 ff.; Lent, ZZP 72 (1959), 63 (63 ff.)

<sup>1151</sup> BGH NJW 1975, 1320 (1321); BGH JZ 1983, 394 (395); Blomeyer § 89 V 3

<sup>1152</sup> BGH NJW 1994, 2087 (2087) = LM § 839 (Cb) BGB Nr. 91

teilung – enorme ökonomische Konsequenzen bewirken.<sup>1153</sup> Ähnlich den Urteilen werden auch bei Verwaltungsakten die Gründe zur Auslegung des Entscheidungssatzes herangezogen.<sup>1154</sup> Diese Parallelität wiederum legt für die hier zu untersuchende Thematik den Gedanken nahe, dass Zivilgerichte auch an die Begründung eines Verwaltungsakts gebunden sein könnten. Diese Schlussfolgerung setzt jedoch zum einen eine weitgehende Gleichstellung von Rechtskraftwirkung und Bestandskraftwirkung voraus und zum anderen, dass es ebenso für Urteile eine Rechtskrafterstreckung auf die Entscheidungsgründe gibt. Der Frage der Rechtskraft der Entscheidungsgründe soll daher im nachstehenden Abschnitt nachgegangen werden.

## 2. Die Erstreckung der Rechtskraft auf die tragenden Entscheidungsgründe

Die Frage der Rechtskrafterstreckung auf die Entscheidungsgründe ist mit der Bestimmung des – für die objektiven Grenzen der Rechtskraft maßgeblichen – Streitgegenstands verknüpft und gewinnt insbesondere im Zusammenhang mit der Bindung der Zivilgerichte an verwaltungsgerichtliche Urteile an Relevanz. Denn um die Zivilgerichte – über die Rechtskraft des Urteils – an die Feststellung der Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts zu binden, bedarf es der Rechtskraft der Gründe, wenn man als Streitgegenstand des verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsprozesses allein den Anspruch des Klägers auf Aufhebung des Verwaltungsakts sieht.<sup>1155</sup> In einem solchen Fall stünde nämlich mit der Rechtskraft des den Verwaltungsakt aufhebenden Urteils lediglich fest, dass ein Aufhebungsanspruch bestand. Die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts wäre dann lediglich eine Vorfrage. Eine Bindung an die Feststellung der Rechtswidrigkeit – wie sie vom BGH anerkannt wird<sup>1156</sup> – würde dann die Rechtskraft der Entscheidungsgründe voraussetzen.<sup>1157</sup> Wenn man aber die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts in den Streitgegenstand einbeziehen würde, würde die Bindung an die Feststellung der Rechtswidrigkeit – auch für Zivilgerichte – bereits nach Maßgabe des § 121 VwGO hergestellt.

Der Diskussion um den für die objektiven Grenzen der Rechtskraft relevanten Streitgegenstand wäre hingegen zwangsläufig der Boden entzogen, wenn die Rechtskraft der Entscheidungsgründe, insbesondere für das verwaltungsgerichtliche Anfechtungsurteil, bejaht werden könnte.

---

<sup>1153</sup> Hahn, Materialien S. 292, 608 f.

<sup>1154</sup> Kopp/Ramsauer, § 43 Rdziff. 31 a. E.

<sup>1155</sup> so z. B. Bettermann DVBl. 1953, 163 (165); ders. MDR 1954, 7 (9); Grunsky § 5 IV; Kopp/Schenke, VwGO, 75 ff., § 90 Rdziff. 8; a. A. aber die wohl h. M., vgl. zum Meinungsstand S. 347 ff.

<sup>1156</sup> BGHZ 9, 329 (331); 10, 220 (226); 20, 379 (383); 134, 268 (273); BGH NJW 1983, 2241 (2241); WM 1997, 375 (378) = NVwZ 1997, 714 /716

<sup>1157</sup> Henckel, Prozessrecht S. 223

### a. Die praktische Bedeutung des Problems

In welcher praxisrelevanten Fallgestaltung sich die Rechtskrafterstreckung auf die Entscheidungsgründe zeigen kann, soll das nachfolgende Beispiel<sup>1158</sup> verdeutlichen.

Der Kläger wollte ihm gehörende Grundstücke zur Kiesausbeute nutzen und stellte bei dem zuständigen Landratsamt einen entsprechenden Antrag. Das Landratsamt sah in dem Begehren des Klägers einen Antrag auf Planfeststellung gem. § 31 WHG und beschied diesen Antrag aus wasserwirtschaftlichen Gründen ablehnend. Der daraufhin erhobene Widerspruch blieb ebenso wie die dagegen gerichtete Klage erfolglos. Auch die Berufung hatte keinen Erfolg. Nachdem das verwaltungsgerichtliche Berufungsurteil, das die Klageabweisung – unter Dahinsehenlassen wasserwirtschaftlicher Erwägungen – auf landschaftsschutzrechtliche Gründe stützte, Rechtskraft erlangt hatte, begehrte der Kläger vor den Zivilgerichten wegen der Versagung der Kiesausbeute eine angemessene Entschädigung.

Aufgrund der rechtskräftigen zweitinstanzlichen verwaltungsgerichtlichen Entscheidung stand für das Zivilgericht bindend fest, dass der Antrag des Klägers entschädigungslos aus Gründen des Landschaftsschutzes abgelehnt werden durfte.<sup>1159</sup> In Betracht kam aber auch die Ablehnung des klägerischen Antrags auf Planfeststellung aus wasserwirtschaftlichen Gründen, was nach Ansicht des BGH eine Enteignungsentschädigung hätte auslösen können. Indessen hatte das verwaltungsgerichtliche Berufungsurteil die Frage, ob wasserwirtschaftliche Gründe dem Vorhaben des Klägers entgegenstehen, unbeantwortet gelassen. Damit hat es das Berufungsgericht aber auch gleichzeitig abgelehnt, die Verhinderung der Kiesausbeute als eine Enteignung zu werten.<sup>1160</sup> Der BGH nahm nunmehr an, dass die Zivilgerichte nicht an die Erwägungen gebunden seien, die Kiesabbauerlaubnis sei – enteignungsentschädigungsauslösend – evtl. auch aus wasserwirtschaftlichen Gründen zu versagen gewesen. Der BGH nahm stattdessen eine Bindung an die durch die Rechtskraft vermittelte Rechtmäßigkeit der Versagung der Kiesabbauerlaubnis sowie eine Bindung an landschaftsschutzrechtlichen Gründe an. Folglich stellt sich damit die Frage, ob der BGH damit bereits eine – wenn auch nur eingeschränkte – Rechtskraft der Entscheidungsgründe anerkennt.

### b. Die Auffassungen in der Rechtsprechung und in der Literatur

Zu der seinerzeit von Zeuner<sup>1161</sup> untersuchten Thematik der Rechtskrafterstreckung auf die Entscheidungsgründe werden in Literatur und Rechtsprechung verschiedene Auffassungen vertreten, die hier jedoch nicht in allen Nuancen dargestellt werden sollen. Das Meinungsspektrum kann an dieser Stelle nur kurz skizziert wiedergegeben werden.

---

<sup>1158</sup> BGHZ 90, 4

<sup>1159</sup> BGHZ 90, 4 (12)

<sup>1160</sup> BGHZ 90, 4 (12)

<sup>1161</sup> Zeuner, Grenzen S. 33 ff., 125 ff.



## aa. Die Rechtsprechung des BGH

Bereits in seinen früheren Entscheidungen hatte der BGH Gelegenheit, zu der Frage Stellung zu beziehen, ob und inwieweit die Entscheidungsgründe an der Rechtskraft des verwaltungsgerichtlichen Urteils teilhaben.<sup>1162</sup> Dabei hat sich das Gericht einer Stellungnahme zu der Streitgegenstandsfrage allerdings enthalten. In den genannten früheren Entscheidungen sprach sich der BGH für eine Rechtskraft der Entscheidungsgründe aus.<sup>1163</sup> Danach hätten die Urteilsgründe an der Rechtskraft teilzunehmen, wenn im Tenor lediglich ausgeführt sei, dass der Verwaltungsakt aufgehoben oder für nichtig erklärt worden sei. Der BGH begründete seine Auffassung damit, dass die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Aufhebung eines Verwaltungsakts immanent sei, d. h. die Behauptung der Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsakts sei mit dessen Aufhebung unvereinbar.

Erstmals im Kino-Urteil vom 17.05.1956<sup>1164</sup> verfolgte der III. Zivilsenat des BGH eine abweichende Linie und betonte, dass mit der Rechtskraft eines den Verwaltungsakt aufhebenden Urteils zwar die rechtskräftige Feststellung der Rechtswidrigkeit eben dieses Verwaltungsakts getroffen sei, an die auch der Zivilrichter gebunden sei. Indessen bestehe keine Bindung an die vom Verwaltungsgericht gegebene Begründung, warum der Verwaltungsakt rechtswidrig sei.<sup>1165</sup> Diese Begründung könne zwar herangezogen werden, um den Inhalt der Urteilsformel auszulegen. Daraus könne sich hingegen noch nicht ergeben, dass auch die Begründung des verwaltungsgerichtlichen Urteils in Rechtskraft erwachse. Diese Rechtsprechung hat der BGH bis heute beibehalten.<sup>1166</sup>

## bb. Die Meinungen in der Literatur

Das Verhältnis von Rechtskraft und Entscheidungsgründen war bis vor einigen Jahren stets Gegenstand wissenschaftlicher Diskussion gewesen. Die bis dahin unbestrittene Ansicht<sup>1167</sup>, Entscheidungsgründe nähmen nicht an der Rechtskraft teil, wich partiell einer differenzierenden Betrachtungsweise.

---

<sup>1162</sup> BGHZ 9, 329; BGHZ 10, 220

<sup>1163</sup> BGHZ 9, 329 (331); BGHZ 10, 220 (226)

<sup>1164</sup> BGHZ 20, 379; Die zeitlich vorhergehende Entscheidung BGHZ 13, 265 = VerwRspr 7 Nr. 2 ist insoweit ein Sonderfall, als es dort um die Bindung an Urteile des Bundesverfassungsgerichts ging. Aus diesem Grund ist diese Entscheidung hier unberücksichtigt geblieben.

<sup>1165</sup> BGHZ 20, 379 (383)

<sup>1166</sup> vgl. BGHZ 66, 118 (122); 86, 226 (232); 95, 28 (36); BGH NJW 1983, 2241 (2241); BGH VersR 1985, 588 (589); WM 1997, 375 (378) = NVwZ 1997, 714 (716); ebenso: OLG München, NJW 2007, 1005; vgl. auch Kreft, Rdziff. 583 und Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 420 je mit weiteren Nachweisen zur Rechtsprechung; vgl. aber auch BGH NJW 1985, 1335 (1336), wo die Frage der Rechtskraft von Entscheidungsgründen bei Beschlüssen gem. § 41 Abs. 4 VwGO aufgegriffen wurde, jedoch in dem Fall dahingestellt bleiben konnte

<sup>1167</sup> Kreft, Rdziffn. 580 ff.; Redeker/v. Nicolai § 121 Rdziff. 8; Eyermann/Rennert § 121 Rdziff. 21; Hauelsen, NJW 1960, 313 (314); wohl auch Kopp/Schenke, VwGO § 121 Rdziff. 18; Stuhlfauth in: Bader, VwGO, § 121 Rdziff. 13; Habscheid, NJW 1988, 2641 (2643); Musielak in: Musielak, ZPO, § 322 Rdziff. 16; Zöller/Vollkommer, ZPO, vor § 322 Rdziff. 31; Leipold in: Stein/Jonas,

*(1) Die Auffassung von Zeuner*

Den Ausgangspunkt seiner Untersuchung bildet die Feststellung, dass einige der bereits anerkannten Fälle einer Rechtskraftwirkung mit den herkömmlichen Abgrenzungskriterien nicht zu begründen seien. Andererseits hält Zeuner es für unbefriedigend, wenn die herrschende Auffassung die Rechtskraftwirkungen in einem künftigen Prozess nur von der Präjudizialität i. S. d. rein konstruktiven Zusammenhangs abhängig macht.<sup>1168</sup> Den Weg zu einer erweiterten Anerkennung der Rechtskraftwirkung sucht Zeuner durch den Nachweis zu öffnen, dass die Gründe des Urteils auch sonst die Tragweite der in Rechtskraft erwachsenen Entscheidung über die geltend gemachte Rechtsfolge beeinflussen, vor allem bezüglich der rechtlichen Qualifikation und der Bedeutung neuer Tatsachen.<sup>1169</sup> Den inneren Grund, warum bei der Präjudizialität eine Rechtskraftwirkung anzuerkennen ist, sieht Zeuner in der inhaltlichen Beziehung zwischen dem Festgestellten und der anderen Rechtsfolge. Die Rechtskraftwirkung wird bejaht, „um eine bestimmte vom objektiven Recht her gegebene (positive oder negative) Sinnbeziehung zwischen dem rechtskräftig Festgestellten und der im neuen Prozess in Frage gestellten Rechtsfolge zu wahren.“<sup>1170</sup> Dieser Sinnzusammenhang solle in einem „teleologischen Richtungselement“ liegen. Er bestehe zu solchen Rechtsfolgen, die zu der von der festgestellten Rechtsfolge „intendierten Ordnung“ gehören. Eine Bindung bezüglich der in den Entscheidungsgründen behandelten Fragen hält er insoweit für erforderlich, „als von hier aus das Ziel des Festgestellten bestimmt wird und über eine Rechtsfolge zu befinden ist, die zu dem, was rechtskräftig festgestellt ist, in einem teleologischen Zusammenhang der erwähnten Art steht.“<sup>1171</sup>

Auf das Verhältnis von verwaltungsgerichtlicher Anfechtungsklage zum Amtshaftungsprozess übertragen bedeutet die von Zeuner aufgestellte Regel, dass der der Anfechtungsklage nachfolgende Schadensersatzanspruch „seiner Anlage nach“ ebenso zu der Ordnung gehört, auf welche die im Anfechtungsprozess geltend gemachte Rechtsfolge hinzielt. Demzufolge ergebe sich, dass aus der im Anfechtungsprozess erstrittenen Rechtsfolge ohne Weiteres die Rechtswidrigkeit des rechtskräftig aufgehobenen Verwaltungsakts für den Amtshaftungsprozess bindend feststehe.<sup>1172</sup>

---

ZPO, § 322 Rdziffn. 84 ff., 89 ff., 180; Ossenbühl S. 122; Tremml/Karger/Luber Rdziff. 584; Zeuner, Grenzen S. 13 ff.

<sup>1168</sup> Zeuner, Grenzen S. 13 ff.

<sup>1169</sup> Zeuner, Grenzen S. 31 ff.

<sup>1170</sup> Zeuner, Grenzen S. 44

<sup>1171</sup> Zeuner, Grenzen S. 57

<sup>1172</sup> Zeuner, Grenzen S. 126

(2) *Die Auffassung von Henckel*

Henckel hat in seinem Werk „Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozess“ dargelegt, dass der Streitgegenstand den Umfang des rechtskräftigen Entscheidungsinhalts nicht abschließend festlegt.<sup>1173</sup> Der Streitgegenstand bezeichnet nach ihm das Thema des Streits, der mit dem Urteil beigelegt werden soll. Die Parteien seien an die Entscheidung mit allen ihren Elementen nur in Bezug auf den Streitgegenstand gebunden.<sup>1174</sup> Eine Bindung trete daher nur ein, wenn die Entscheidungsfrage eines neuen Prozesses mit der rechtskräftig abgeurteilten identisch sei oder wenn die rechtskräftige Entscheidung eine Vorfrage des neuen Prozesses beantworte. Es besteht daher nach der Ansicht von Henckel kein Verbot, die Entscheidungsgründe in einem anderen Prozess zu verwerfen, solange nicht der Streitgegenstand des rechtskräftig entschiedenen Prozesses in einem neuen Rechtsstreit erheblich wird.<sup>1175</sup> Deshalb gehört für ihn die rechtliche Qualifikation des festgestellten Rechts als Bestandteil des Subsumtionsschlusses zum rechtskräftigen Inhalt der Entscheidung.<sup>1176</sup>

Auch für den Bereich der Bindung der Zivilgerichte an verwaltungsgerichtliche Urteile erscheint nach Ansicht von Henckel eine durch die Rechtskraft der Entscheidungsgründe vermittelte Bindung gerechtfertigt, wenn im Falle der Aufhebung eines Verwaltungsakts die Feststellung seiner Rechtswidrigkeit den Urteilsgründen zuzurechnen wäre. In diesem Fall würde diese Feststellung an der Rechtskraft teilnehmen, weil die Behauptung der Rechtmäßigkeit mit der Aufhebung des Verwaltungsakts schlechthin unvereinbar sei.<sup>1177</sup>

(3) *Die Auffassung von Schwab*

Instruktiv hat auch Schwab die „Bedeutung der Entscheidungsgründe“ behandelt.<sup>1178</sup> Er gelangt zu der Auffassung, dass nur die tragenden Entscheidungsgründe an der Rechtskraft des gesamten Subsumtionsschlusses teilnehmen.<sup>1179</sup> Dabei handelte es sich aber nicht um eine absolute Rechtskraft i. S. Savignys, sondern um relative Rechtskraft in den Grenzen des gesamten Subsumtionsschlusses. Diese relative Wirkung der Rechtskraft bedeute für den vom Gericht als relevant beurteilten Tatbestand, dass sein Bestand unangreifbar werde.<sup>1180</sup>

Auch auf die rechtliche Einordnung wirke sich die Rechtskraft des Subsumtionsschlusses in relativer Weise aus. Mithin könne die rechtliche Einordnung im

---

<sup>1173</sup> Henckel, Parteilehre S. 293

<sup>1174</sup> Henckel, Parteilehre S. 293

<sup>1175</sup> Henckel, Parteilehre S. 294

<sup>1176</sup> Henckel, Parteilehre S. 294

<sup>1177</sup> Henckel, Prozessrecht S. 223

<sup>1178</sup> Schwab, FS Bötticher S. 321 ff.

<sup>1179</sup> Schwab, FS Bötticher S. 326, 340

<sup>1180</sup> Schwab, FS Bötticher S. 326, 340

Rahmen des Subsumtionsschlusses nicht mehr geändert werden und sei für künftige Verfahren bindend, wenn derselbe Subsumtionsschluss im neuen Verfahren in Frage stehe.<sup>1181</sup>

(4) *Die Auffassung von Lindacher*

Nach der von Lindacher vertretenen Meinung bilden der Urteilstenor, der Tatbestand und die Entscheidungsgründe eine Einheit.<sup>1182</sup> Deshalb seien die Gründe nicht nur zur Auslegung eines mehrdeutigen oder unklaren Tenors heranzuziehen. Den Entscheidungsgründen könne auch bei in sich klarer und eindeutiger Formel Relevanz bei der Ermittlung des rechtskräftigen Entscheidungsinhalts zukommen. Bei Divergenz der Entscheidungsverlautbarung in Tenor und Gründen gingen letztere vor, da sie zuverlässiger seien. Etwas anderes gelte aus Vertrauensschutzaspekten nur dann, wenn die Entscheidungsgründe der durch den Tenor „begünstigten“ Partei erst zu einem Zeitpunkt bekannt gemacht werden, in dem sie bei Kongruenz von Tenor und Gründen eine bei Nichtvorliegen von Wiederaufnahmegründen unangreifbare Rechtsposition erlangt hätte.<sup>1183</sup>

(5) *Die Auffassung von Götz*

Nach der Ansicht von Götz unterliegen dem Bindungsgebot der materiellen Rechtskraft von Urteilen, die einen Verwaltungsakt aufheben, diejenigen Urteilsgründe, die die Rechtswidrigkeit feststellen.<sup>1184</sup> Soweit aber darüber hinaus im Urteil der beklagten Partei eine bestimmte Subsumtionstätigkeit (für den Erlass eines zukünftigen, ähnlichen Verwaltungsakts) vorgegeben werde, sei der Bereich tragender Urteilsgründe verlassen und eine Rechtskraftwirkung ausgeschlossen.

(6) *Die Auffassung von Grunsky*

Grunsky untersucht speziell das Verhältnis der Rechtskraft von Entscheidungsgründen und Beschwerden.<sup>1185</sup> Er nähert sich der Rechtskraftfähigkeit der Entscheidungsgründe über § 322 ZPO. Diese Vorschrift bestimme, dass Urteile der Rechtskraft nur insoweit fähig seien, als über den durch die Klage oder durch die Widerklage erhobenen Anspruch sei. Die Begrenzung der Rechtskraft finde damit ihre Rechtfertigung nun im Hinblick auf **andere** Ansprüche als den entschiedenen. Dann solle es aber möglich sein, die Entscheidungsgründe als rechtskräftig

---

<sup>1181</sup> Schwab, FS Bötticher S. 326, 340

<sup>1182</sup> Lindacher, ZZZ 88 (1975), 64 (68)

<sup>1183</sup> Lindacher, ZZZ 88 (1975), 64, (71, 72)

<sup>1184</sup> Götz, JZ 1959, 681 (686)

<sup>1185</sup> Grunsky, ZZZ 76 (1963), 165

anzusehen, wenn im zweiten Prozess **derselbe** Anspruch zur Debatte stehe wie das erste Mal.<sup>1186</sup>

(7) *Die Auffassung von Peetz*

Peetz gelangt in seiner Untersuchung zu der Feststellung, dass die vom Gericht gewählte Begründung der Entscheidung nicht ausschließt, dass die Entscheidung auch kumulativ oder alternativ in anderer Weise hätte begründet werden können. Dieser Umstand lege den Schluss nahe, dass der Richter in Folgeprozessen nicht uneingeschränkt gehalten sei, die rechtliche Einordnung des rechtskräftigen Urteils seiner eigenen Entscheidung zugrunde zu legen.<sup>1187</sup>

Demgemäß gelangt Peetz zu dem Ergebnis, dass Parteien und Richter der Folgeprozesse, in denen die Rechtskraft der früheren Urteile wirken könne, an die rechtliche Einordnung der (zu- oder aberkannten) Rechtsfolge nur gebunden seien, wenn die Zuerkennung der Rechtsfolge im Vorprozess nicht alternativ aus einer anderen Rechtsfolgengrundlage, die Aberkennung nicht alternativ aus der Verneinung einer anderen Rechtsfolgevoraussetzung abgeleitet werden könne.<sup>1188</sup>

cc. Die eigene Stellungnahme

Die der Rechtsprechung und übrigen Literaturmeinung entgegenlaufenden Auffassungen zur Rechtskraft der Entscheidungsgründe vermögen nicht zu überzeugen.

Der Ansicht von Zeuner, deren Hauptverdienst in dem Nachweis liegt, dass auch bei der Frage der Rechtskraftgrenzen der Nachweis inhaltlicher Abgrenzungsgesichtspunkte erforderlich ist, muss entgegengehalten werden, dass seine Lehre keine einheitliche Abgrenzungsmethodik sichert. Denn die Begriffe des rechtlichen Sinnzusammenhangs und der intendierten Ordnung sind zu unbestimmt, als dass sie eine berechenbare Anwendung erlauben. Folglich stellt die Auffassung Zeuners eher ein Erklärungsprinzip für die Wirkungen der Rechtskraft dar. Seine Lehre bedarf für den jeweiligen Einzelfall der Konkretisierung und gewährleistet somit zwangsläufig keine einheitlichen Ergebnisse. Zwar ist ihm darin zuzustimmen, dass die einzelnen Rechtsfolgen auch dann, wenn konstruktiv kein Präjudizialitätsverhältnis besteht, nicht bedingungslos nebeneinander stehen, sondern vielmehr zu einer vom Gesetzgeber intendierten Ordnung gehören. In dessen ist festzuhalten, dass schließlich das gesamte Privatrecht in einem rechtlichen Sinnzusammenhang steht und eine intendierte Ordnung bildet; innerhalb des Privatrechts wird man kaum Ordnungsstrukturen verschiedensten Umfangs herstellen können. Es scheint also gerade nach der Lehre von Zeuner ein spezifisches Kriterium für die Rechtskraftabgrenzung zu fehlen. Vor allem darf nicht verkannt

<sup>1186</sup> Grunsky, ZJP 76 (1963), 165 (175); ihm folgend Bettermann, ZJP 82 (1969), 24 (65)

<sup>1187</sup> Peetz, S. 110

<sup>1188</sup> Peetz, S. 161

werden, dass der Gesetzgeber durch die Beschränkung der materiellen Rechtskraft auf die Schlussentscheidung ein Durchbrechen der intendierten Ordnung zwar keineswegs bezweckt, wohl aber doch aus guten Gründen bewusst in Kauf genommen und es den Parteien überlassen hat, ggf. durch Feststellungsklagen für eine unbedingte Wahrung der Sinnzusammenhänge zu sorgen. Die allgemeine Garantie dafür, dass die Sinnzusammenhänge erhalten bleiben, liegt dagegen schon in dem Umstand, dass alle Gerichte nach der objektiven Rechtslage zu entscheiden haben und daher in der Regel auch ohne Rechtskraft übereinstimmende und zusammenpassende Entscheidungen fällen werden. Mithin steht das Grundkriterium Zeuners so gesehen im Widerspruch zur Gesetzeslage.

Auch der Lehre von Henckel muss entgegengehalten werden, dass ein geeignetes Abgrenzungskriterium gerade nicht dargestellt wird. Bei stringenter Betrachtung würde seine Lehre letztlich zu der Konsequenz führen, dass es im Rahmen eines Folgeprozesses jeweils der Ermittlung bedarf, um welche Verurteilungs- oder Abweisungsgründe die Parteien gestritten haben und um welche sie streiten mussten, um der Klageabweisung oder der Verurteilung zu entgehen. Insoweit wäre stets zu klären, ob der unterlegene Kläger gerade um den festgestellten Abweisungsgrund oder ob der unterlegene Beklagte gerade um den festgestellten Verurteilungsgrund streiten musste. Henckels Lehre begünstigt somit im Folgeprozess einen Streit der Parteien über ihren früheren Streit über das, was sie im früheren Prozess vorgebracht (oder mit ihrem Vorbringen zum Ausdruck gebracht) haben. Die materielle Rechtskraft kann in diesem Fall aber ihre Funktion, Rechtsfrieden unter den Parteien zu schaffen und das Vorausentschiedene unangreifbar festzulegen, nicht mehr gewährleisten. Aus diesem Grund ist die Auffassung von Henckel abzulehnen.

Der Meinung von Schwab muss ebenfalls mit dem Einwand der fehlenden Abgrenzungstauglichkeit begegnet werden. Selbst, wenn nach Auffassung von Schwab nur die tragenden Entscheidungsgründe der Rechtskraft fähig sein sollen, ergibt sich die Frage, ob es nicht im Ergebnis höchst zweifelhaft sein kann, welche Erwägung ein „tragender“ Entscheidungsgrund und welche Erwägung lediglich unterstützend (und nicht tragend) sein soll. Damit geht die Frage einher, wer den einzelnen Entscheidungsgrund bzw. die jeweiligen Entscheidungsgründe als tragend qualifizieren wird. Wenn diese Qualifizierung konsequenterweise von dem Richter des Folgeprozesses vorgenommen wird, besteht die Möglichkeit, dass gerade er einen Entscheidungsgrund als nicht tragend (und folglich nicht rechtskräftig) qualifiziert, der aber – vom Standpunkt des Verfassers des Urteils im Vorprozess – durchaus als tragend angesehen werden sollte. Die Meinung von Schwab muss folglich auch abgelehnt werden.

Die Ansicht Lindachers vom Vorrang der Entscheidungsgründe bei Divergenz von Urteilstenor und Gründen erscheint nicht praxisnah. Denn die Möglichkeit, dass der ausgeurteilte Tenor nicht mit den Entscheidungsgründen korrespondiert, mutet nicht wahrscheinlich an. Im Übrigen würden die gerade in solchen

Divergenzfällen relevanten Vorschriften des § 319 ZPO und § 312 ZPO ihre Bedeutung verlieren. Der Ansicht Lindachers kann ebenfalls nicht zugestimmt werden.

Die Meinung von Götz knüpft die Rechtskraft der Entscheidungsgründe an die Unterscheidung zwischen tragenden und nicht tragenden Entscheidungsgründen und nähert sich damit der Auffassung von Schwab an. Diese Auffassung wurde aber bereits verneint.

Wenngleich der Ansatz von Grunsky über den Wortlaut von § 322 ZPO nicht von der Hand zu weisen ist, ist der nachfolgende Schluss, dass die Begrenzung der Rechtskraft ihre Rechtfertigung gerade im Hinblick auf andere Ansprüche als den entschiedenen findet, nicht zwingend. Mithin erscheint auch sein Ansatz, eine Rechtskraft der Gründe nur anzunehmen, wenn im Folgeprozess derselbe Anspruch geltend gemacht wird, nicht zwingend. Überdies unterscheidet Grunsky nicht hinreichend deutlich zwischen dem in § 322 ZPO verwendeten Ausdruck „Anspruch“ – dieser ist als Streitgegenstand anzusehen<sup>1189</sup> – und dem im materiellen Recht verwendeten Ausdruck „Anspruch“ i. S. d. § 194 Abs. 1 BGB. Auch die Ansicht von Grunsky ist daher abzulehnen.

Die Schwäche der Meinung von Peetz liegt in dem Umstand, dass sie eine vorgenommene rechtliche Einordnung mit einer nur möglichen rechtlichen Einordnung gleich bewertet. Ob neben der durch das Gericht im Urteil gewählten Einordnung noch andere Möglichkeiten der juristischen Qualifikation bestanden hätten, kann keine ausschlaggebende Rolle für die Rechtskraftwirkung spielen.

### c. Zusammenfassung

Zur Rechtskrafterstreckung auf die Entscheidungsgründe bleibt festzuhalten, dass keine der die Rechtskrafterstreckung bejahenden Auffassungen zu überzeugen vermag. Vielmehr ist mit der Rechtsprechung des BGH und den übrigen Auffassungen in der Literatur davon auszugehen, dass die Urteilsgründe nicht selbständig in Rechtskraft erwachsen. Die Rechtskraft reicht nur insoweit, wie über den Klageanspruch entschieden worden ist, d. h. soweit der in der Urteilsformel enthaltene Gedanke reicht.<sup>1190</sup> Soweit die Auslegung der Urteilsformel Zweifel aufkommen lässt, ist sie unter Heranziehung des Tatbestands und der Entscheidungsgründe auszulegen.<sup>1191</sup>

Bezogen auf das hier beispielhaft angeführte verwaltungsgerichtliche Urteil<sup>1192</sup> bedeutet dieses Ergebnis, dass weder die Entscheidungsgründe eines die Anfech-

---

<sup>1189</sup> vgl. Zeiss § 71 I 1

<sup>1190</sup> Hartmann in: BLAH, ZPO, § 322 Rdziff. 15 ff.

<sup>1191</sup> BGH WRP 2002, 1001 (1003); BGH NJW-RR 2002, 136 (136); BGH NJW 1983, 2032 (2032); NJW 1985, 2825 (2826); NJW 1986, 2508 (2508); NJW 1987, 371 (371); NJW-RR 1987, 831 (832); Eyermann/Rennert § 121 Rdziff. 21; Redeker/v. Nicolai § 121 Rdziff. 8; Haueisen, NJW 1960, 313 (314, 316); Habscheid, NJW 1988, 2641 (2643); Rosenberg/Schwab/Gottwald § 153 IV

<sup>1192</sup> s. o. S. 325

tungsklage abweisenden noch die Gründe eines stattgebenden Urteils in Rechtskraft erwachsen. Bei einem die Anfechtungsklage abweisenden Urteil, dessen Hauptsache-Tenor „Die Klage wird abgewiesen“ lautet<sup>1193</sup>, werden die Entscheidungsgründe nur zur Auslegung dieses Tenors mit herangezogen.

Vor diesem Hintergrund lässt sich nunmehr auch die Rechtsprechung des BGH<sup>1194</sup> in der hier sog. Kiesausbeuteentscheidung nachvollziehen. Im Vorfeld des in dieser Entscheidung dargelegten Amtshaftungsanspruchs war die verwaltungsgerichtliche Klage in II. Instanz abgewiesen worden. Aus diesem Grund musste der BGH, um die Reichweite der Rechtskraft des die Klage abweisenden Urteilstenors ermitteln zu können, auf die Entscheidungsgründe zurückgreifen. Da die verwaltungsgerichtliche Berufungsinstanz die Klageabweisung ausschließlich auf landschaftsschutzrechtliche Gründe gestützt hat, reichte die Rechtskraft der Klageabweisung, soweit das Gericht darüber befunden hatte. Eine Rechtskrafterstreckung auf diese Entscheidungsgründe ist damit jedoch nicht verbunden.

Dieses Ergebnis bedeutet wiederum – vor dem Hintergrund des für diese Arbeit gewählten Vergleichs von Urteil und Verwaltungsakt – für die vorliegende Untersuchung, dass damit auch eine Bindung der Zivilgerichte an die Gründe eines Verwaltungsakts – vorbehaltlich einer näheren Prüfung der Bestandskraftwirkung – problematisch geworden ist.

Wenn aber die Entscheidungsgründe nicht an der Rechtskraft teilnehmen können, leitet diese Erkenntnis sogleich zu der bereits aufgeworfenen Frage<sup>1195</sup> über, ob die durch verwaltungsgerichtliches Urteil ausgesprochene Feststellung der Rechtmäßigkeit/Rechtswidrigkeit (eines Verwaltungsakts), an die sich der BGH wegen der Rechtskraft gebunden fühlt, auch tatsächlich an der Rechtskraft teilnehmen kann. Dies scheint insoweit ausgeschlossen, als z. B. die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts nicht Gegenstand des Tenors des der Anfechtungsklage stattgebenden Urteils ist. Eine Bindung des Zivilgerichts an die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts aufgrund der Rechtskraft eines verwaltungsgerichtlichen Urteils wäre daher nur auf dem – bereits angedeuteten – Weg möglich, dass die Frage der Rechtswidrigkeit in den Streitgegenstand eingezogen wird. In diesem Fall wäre nach Maßgabe des § 121 VwGO eine Bindung möglich.

Aus diesem Grund soll im nachfolgenden Abschnitt untersucht werden, wie der Streitgegenstandsbegriff im Verwaltungsprozessrecht zu bestimmen ist und ob die Feststellung der Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts zum Streitgegenstand zu ziehen ist.

---

<sup>1193</sup> Der vollständige Tenor des die erstinstanzliche Klage abweisenden verwaltungsgerichtlichen Urteils müssten lauten: „Die Klage wird abgewiesen. Der Kläger hat die Kosten des Verfahrens zu tragen. Die Kostenentscheidung ist vorläufig vollstreckbar. Der Kläger kann eine Kostenvollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe eines gegen ihn festgesetzten Kostenerstattungsbetrages abwenden, wenn nicht zuvor der Beklagte Sicherheit in gleicher Höhe leistet.“

<sup>1194</sup> BGHZ 90, 4

<sup>1195</sup> s. o. S. 328



### 3. Die Feststellung der Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts als Streitgegenstand im Anfechtungsprozess

Wenngleich der Bestimmung des Streitgegenstands im Verwaltungsprozess im Übrigen keine große Bedeutung beigemessen wird<sup>1196</sup>, so erlangt er gerade für einen nachfolgenden Amtshaftungsprozess Relevanz.<sup>1197</sup> Dadurch gewinnt die Festlegung des Streitgegenstands auch für die Bindung der Zivilgerichte an verwaltungsgerichtliche Urteile an Bedeutung.

Über die Bestimmung des Streitgegenstands im verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsprozess bestehen verschiedene Auffassungen.

#### a. Die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts als Streitgegenstand

Nach der vereinzelt gebliebenen Ansicht von Niese ist Streitgegenstand der verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsklage die objektive Rechtswidrigkeit (bzw. Rechtmäßigkeit) des Verwaltungsakts.<sup>1198</sup> Dass der Verwaltungsakt im Falle der Rechtswidrigkeit aufgehoben und gerade diese Aufhebung mit der Anfechtungsklage angestrebt werde, dürfe nicht dazu verleiten, als Streitgegenstand ein vom Kläger geltend gemachtes subjektives Anfechtungsrecht zu betrachten. Denn es gehe im Anfechtungsprozess keineswegs darum, ein individuelles Rechtsverhältnis zu gestalten, das etwa zwischen dem Staat und dem Bürger entstanden sei. Vielmehr sei das Hauptanliegen des Anfechtungsprozesses, die rechtmäßige Hoheitsausübung zu gewährleisten.<sup>1199</sup>

Diese Ansicht von Niese wird überwiegend zu Recht abgelehnt.<sup>1200</sup> Ihr ist entgegenzuhalten, dass sie es vernachlässigt, das subjektive Recht des Klägers auf Aufhebung des Verwaltungsakts herauszustellen, indem sie rein objektiv auf die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts abstellt. Der Anfechtungsprozess wird jedoch nicht um die Frage der objektiven Rechtswidrigkeit oder Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts geführt. Denn in diesem Fall wäre eine Abgrenzung zu einer – nach Maßgabe des § 42 Abs. 2 VwGO unzulässigen – Popularklage kaum mehr möglich. Aus diesen Gründen ist die Ansicht von Niese abzulehnen.

#### b. Der Anspruch auf Aufhebung des Verwaltungsakts als Streitgegenstand

Nach einer anderen, in der Literatur vereinzelt vertretenen Auffassung ist der Streitgegenstand in dem Anspruch des Klägers auf Aufhebung des angefochtenen Verwaltungsakts zu sehen.<sup>1201</sup> Dieser Ansicht zufolge ist nicht die objektive Rechts-

---

<sup>1196</sup> vgl. Redeker/v. Nicolai § 121 Rdziff. 7

<sup>1197</sup> Eyermann/Rennert § 121 Rdziff. 12; Grunsky § 5 IV (S. 40, 41) m. w. N.

<sup>1198</sup> Niese, JZ 1952, 353 (355)

<sup>1199</sup> Niese, JZ 1952, 353 (356)

<sup>1200</sup> Grunsky § 5 IV (S. 41); Ule, Prozessrecht § 35 II 1; Bettermann, DVBl. 1953, 163 (164); Lüke, JuS 1967, 1 (2)

<sup>1201</sup> Bettermann, DVBl. 1953, 163 (165); ders. MDR 1954, 7 (9); Grunsky § 5 IV (S. 41, 42); Kopp, VwGO, 10. Aufl. 1994, § 90 Rdziff. 8, § 121 Rdziff. 11, 21; neuerdings auch Detterbeck S. 156

widrigkeit des Verwaltungsakts, sondern ausschließlich das subjektive Recht des Klägers auf Aufhebung des Verwaltungsakt „dieser Art“ als Streitgegenstand anzusehen. Zur Begründung beruft sich diese ältere Auffassung auf den Wortlaut des (nicht mehr geltenden) § 75 Abs. 1 S. 1 der Verordnung der Militärregierung über die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der britischen Zone - MRVO.<sup>1202</sup> Wäre Streitgegenstand der Anfechtungsklage (auch) die objektive Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts, so dürfe sich das Gericht nicht auf die bloße kassatorische Entscheidung beschränken, sondern müsse zugleich die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts aussprechen.<sup>1203</sup>

Die Konsequenz dieser Auffassung ist, dass die Rechtswidrigkeit des angefochtenen Verwaltungsakts lediglich Vorfrage ist und als solche nicht in Rechtskraft erwachsen kann. Mithin vermag nach dieser Auffassung die Rechtskraft des verwaltungsgerichtlichen Urteils in Bezug auf die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts für das Zivilgericht keine Bindung zu entfalten.

#### c. Die Rechtsbehauptung des Klägers über die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts und die Rechtsverletzung als Streitgegenstand

Nach der wohl überwiegenden Auffassung in Lehre und Rechtsprechung ist die Rechtsbehauptung des Klägers, der Verwaltungsakt sei rechtswidrig und verletze ihn in seinen Rechten, Streitgegenstand der Anfechtungsklage.<sup>1204</sup> Diese Ansicht stützt sich im Wesentlichen auf den Wortlaut des § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO, wonach die Rechts(folge)behauptung des Klägers bei der Anfechtungsklage die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts und das Betroffensein des Klägers enthalte.

Diese Ansicht führt dann zu der Konsequenz, dass die Feststellung der Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts – über § 121 VwGO – in Rechtskraft erwachsen kann und folglich das Zivilgericht zu binden vermag.

#### d. Stellungnahme

Unter Ablehnung der Ansicht, die den Streitgegenstand in dem Anspruch des Klägers auf Aufhebung des angefochtenen Verwaltungsakts sieht, ist der wohl überwiegenden Auffassung in Rechtsprechung und Literatur beizutreten. Denn nur diese Meinung bietet Gewähr für die Einhaltung des Grundsatzes der Prozessökonomie. Die Gegenauffassung, vertreten von Kopp, Detterbeck, Better-

<sup>1202</sup> § 75 Abs. 1 S. 1 MRVO lautete: „Soweit das Gericht die gegen einen Verwaltungsakt gerichtete Klage für begründet hält, hebt es den Einspruchs- oder Beschwerdebescheid und den angefochtenen Verwaltungsakt auf oder erklärt ihn für nichtig.“

<sup>1203</sup> Bettermann, DVBl. 1953, 163 (165)

<sup>1204</sup> Eyermann/Rennert § 121 Rdziff. 25; Ule, Prozessrecht § 35 II 3; Schunck/de Clerck § 121 Anm. 3 c (S. 521); Schenke, JuS 1983, 182 (186); Redeker/v. Nicolai § 121 Rdziff. 7; Hauelsen, NJW 1960, 313 (316); Menger, VerwArch 50 (1959), 387 (394); Hufen, § 10 Rdziff. 9 f.; Schoch/Clausing, § 121 Rdziff. 61; Schmidt, DÖV 1962, 486 (492); Martens, DÖV 1964, 365 (367/368); Pfeifer, DVBl. 1963, 653 (655); Kopp/Schenke, VwGO, § 90 Rdziff. 8; BVerwGE 29, 210 (211); 39, 247 (249); 40, 101 (104); 91, 256 (257)

mann und Grunsky, lässt nicht die Entscheidung über das materielle Rechtsverhältnis in Rechtskraft erwachsen, sondern gerade Gegenstand dieser Prozesse werden. Denn nach dieser Gegenauffassung wird insbesondere die Frage der Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts nur als Vorfrage behandelt, deren Entscheidung nicht an der Rechtskraft teilnimmt. Würde also der Anfechtungsklage stattgegeben werden, so wird nach der Gegenauffassung rechtskräftig nur darüber entschieden, dass ein Aufhebungsanspruch bestand. Die Rechtskraft dieser Entscheidung stünde indessen dem Erlass eines gleichen Verwaltungsakts nicht entgegen. Gerade diese Konsequenz kann indessen mit dem Zweck der Rechtskraft, Rechtsfrieden und Rechtssicherheit zu schaffen, nicht in Einklang stehen.

Aus diesem Grund ist mit der überwiegenden Meinung davon auszugehen, Streitgegenstand der Anfechtungsklage ist die Behauptung des Klägers, dass der Verwaltungsakt rechtswidrig sei und ihn in seinen Rechten verletze. Damit wird die Feststellung über die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts zum Streitgegenstands begriff gezogen. Folglich erwächst die Feststellung der Rechtswidrigkeit über § 121 VwGO in Rechtskraft und kann auch für das Zivilgericht bindend wirken.<sup>1205</sup>

Der Vollständigkeit halber sei angemerkt, dass sich die Bindungswirkung bei Verpflichtungsklagen (sofern keine Änderung der entscheidungsrelevanten Sach- und Rechtslage zu berücksichtigen ist) auch auf die Beurteilung der Verwaltungsgerichte über die Rechtswidrigkeit ablehnender Bescheide erstreckt.<sup>1206</sup> Streitgegenstand bei Verpflichtungsklagen ist die klägerseitige Rechtsbehauptung, er sei durch die Ablehnung/Unterlassung des beantragten VA in seinen Rechten verletzt (§ 113 Abs. 4 VwGO).<sup>1207</sup>

Sehr häufig findet sich in der Praxis die Konstellation, dass sich die Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage nach Rechtshängigkeit erledigt und der Kläger sodann die Klage auf einen Fortsetzungsfeststellungsantrag umstellt. Auch in einem solchen Fall erhebt sich die Frage nach dem Streitgegenstand bzw. darauf aufbauend die Frage nach der Reichweite der Bindungswirkung.

#### 4. Exkurs: Die Fortsetzungsfeststellungsklage nach Erledigung des Anfechtungs- bzw. Verpflichtungsantrags

Nach näherer Maßgabe des § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO spricht das Gericht für den Fall, dass sich der angegriffene VA erledigt hat, auf Antrag in dem Urteil aus, dass der VA rechtswidrig gewesen ist, wenn der Kläger ein berechtigtes Interesse an

---

<sup>1205</sup> Das gleiche Ergebnis gilt nach der Rechtsprechung des BGH für den Fall, dass ein Urteil eines Verwaltungsgerichts die Anfechtungsklage aus sachlichen Gründen abweist. In diesem Fall soll für das Zivilgericht die Rechtmäßigkeit bindend feststehen, vgl. BGHZ 95, 28 (35); 90, 4 (12); 86, 226 (232); 77, 338 (341); 15, 17 (19)

<sup>1206</sup> BGH NVwZ-RR 2008, 674 (675); BGHZ 175, 221 (225) = NVwZ 2009, 132 (132); BGHZ 119, 365 (368)

<sup>1207</sup> BVerwGE NVwZ 1986, 293 (294)

dieser Feststellung hat. Es ist allgemein hin anerkannt, dass die vorgenannte Vorschrift bei Verpflichtungsklagen in entsprechender Weise herangezogen wird; mithin kann auch bei solchen Klagen das Verfahren trotz Erledigung mit dem Ziel fortgesetzt werden, die Rechtswidrigkeit der Ablehnung des beantragten VA feststellen zu lassen. Ein zulässiges Fortsetzungsfeststellungsbegehren liegt jedoch u. a. nur dann vor, wenn mit der beantragten Feststellung der Streitgegenstand nicht ausgewechselt oder aber erweitert wird.<sup>1208</sup> Letztlich ergibt sich dies aus dem der Fortsetzungsfeststellungsklage zugrunde liegenden Zweck, einen Kläger, der infolge eines erledigenden Ereignisses seinen ursprünglichen, den Streitgegenstand kennzeichnenden Antrag nicht weiterverfolgen kann, nicht um die „Früchte“ des bisherigen Verfahrens zu bringen, die „Früchte“ seiner bisherigen Prozessführung sollen ihm, wenn er ein besonderes Feststellungsinteresse an der Fortsetzung des Verfahrens hat, gesichert bleiben (Fortsetzungsbonus).<sup>1209</sup> Daraus folgt:

Der Kläger darf das in einer Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage (subsidiär) enthaltene Feststellungsbegehren nach Antragsumstellung als Hauptantrag fortführen, wenn er ein entsprechendes Feststellungsinteresse nachzuweisen in der Lage ist. Eine solche Vorgehensweise ist indessen bei der Fortsetzungsfeststellungsklage nur zulässig, wenn der Streitgegenstand von dem bisherigen Antrag mit umfasst war.<sup>1210</sup> „Bestandteil des Streitgegenstandes der Verpflichtungsklage ist dabei die Feststellung, dass die Weigerung der Behörde in dem für das Verpflichtungsbegehren entscheidenden Zeitpunkt, den beantragten Verwaltungsakt zu erlassen, die Rechtsordnung verletzt, nicht aber die Feststellung, dass der Verwaltungsakt, in dem die Ablehnung Gestalt gefunden hat, rechtswidrig ist.“<sup>1211</sup> Das wiederum bedeutet:

Grundsätzlich ist eine Weiterführung des Verfahrens mit einem Fortsetzungsfeststellungsbegehren nur dann als zulässig anzusehen, wenn der für eine solche Feststellung maßgebliche Zeitpunkt sich mit dem des bisherigen Verpflichtungsbegehrens deckt. Anderenfalls geht der Fortsetzungsfeststellungsantrag über den ursprünglichen Streitgegenstand hinaus.<sup>1212</sup>

Die vorgenannten Ausführungen sind natürlich auch bedeutsam für die Frage der Reichweite der Bindungswirkung des verwaltungsgerichtlichen Urteils. Denn sachlich ist die Bindungswirkung verwaltungsgerichtlicher Urteile auf den Streitgegenstand beschränkt. Im „normalen“ Anfechtungs- oder Verpflichtungsklageverfahren ist dies regelmäßig nicht problematisch. Wenn aber der Kläger eines sol-

<sup>1208</sup> BVerwG NJW 1988, 926 (926); OVG Lüneburg, Urt. v. 15.05.2009 - 12 LC 51/07, juris Rdziff. 29; OVG Münster, Beschl. v. 24.04.2013 - 2 A 1548/12, juris Rdziff. 20; OVG Koblenz, Urt. v. 08.03.2012 - 1 A 10803/11, juris Rdziff. 24; OVG Münster, NVwZ-RR 1997, 400 (400)

<sup>1209</sup> Berkemann, jM, 2014, 421 (424) Dombert, AnwBl. 2014, 32 (34); OVG Hamburg, Urt. v. 30.11.2010 - 2 Bf 93/09. Z., juris Rdziff. 21; OVG Lüneburg, Urt. v. 15.05.2009 - 12 LC 51/07, juris Rdziff. 29; OVG Münster, NVwZ-RR 1997, 400 (400)

<sup>1210</sup> BVerwG, NJW 1988, 926 (926); OVG, Urt. v. 15.05.2009 - 12 LC 51/07, juris Rdziff. 29

<sup>1211</sup> OVG Lüneburg, Urt. v. 15.05.2009 - 12 LC 51/07, juris Rdziff. 29

<sup>1212</sup> BVerwG NVwZ 2012, 510 (511); BVerwGE 129, 27 (29); BVerwGE 89, 354 (355)

chen Verfahrens infolge eines erledigenden Ereignisses seinen ursprünglichen Klageantrag auf einen Fortsetzungsfeststellungsantrag umstellt, so läuft er Gefahr, den bisherigen Streitgegenstand auch mit Blick auf den Amtshaftungsprozess in relevanter Art und Weise abzuändern. Unbedenklich ist dies unter Berücksichtigung des für die gerichtliche Beurteilung der Sach- und Rechtslage maßgeblichen Zeitpunkts; während es bei der Verpflichtungsklage regelmäßig auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung ankommt, ist wegen der zuvor eingetretenen Erledigung bei der Fortsetzungsfeststellungsklage auf einen anderen Zeitpunkt abzustellen, und zwar den des erledigenden Ereignisses.<sup>1213</sup>

Bedenken könnten indes angebracht sein, wenn der Kläger – prozessual zulässig – im Laufe des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens, insbesondere in der mündlichen Verhandlung mehrfach seine Anträge ändert, ggf. Hilfsanträge stellt, letztlich nur einer dieser Hilfsanträge erfolgreich ist und die Klage im Übrigen abgewiesen wird. Wenn also der Kläger in einem verwaltungsgerichtlichen Verfahren einen Fortsetzungsfeststellungsantrag sinngemäß dahingehend stellt, dass die beklagte Behörde verpflichtet gewesen sei, seine Bauvoranfrage positiv zu bescheiden und sodann auf den Antrag umstellt, dass die Ablehnung der Bauvoranfrage (bis zum Inkrafttreten einer Satzung über die Veränderungssperre) rechtswidrig gewesen sei, erhebt sich die Frage, ob mit einer solchen Antragsumstellung zugleich der Ausspruch umfasst sein soll, dass auch eine Verpflichtung der beklagten Behörde zur positiven Bescheidung (z. B. einer Bauvoranfrage) bestanden hat. Der Kläger in einem im Anschluss an eine Fortsetzungsklage erhobenen Amtshaftungsprozess wird sich ggf. der Mühe unterziehen müssen, im Einzelnen darzustellen, warum eine Antragsumstellung erfolgt ist, ggf. ob dies infolge eines gerichtlichen Hinweises geschehen ist. Mithin wird ein Kläger in einem verwaltungsgerichtlichen Verfahren zu vergegenwärtigen haben, dass eine Baugenehmigung und ein Bauvorbescheid unterschiedliche Streitgegenstände darstellen. Ändert ein Kläger z. B. seine zunächst erhobene Verpflichtungsklage auf Erteilung einer Baugenehmigung in eine Verpflichtungsklage auf Erteilung eines Bauvorbescheides, kann er nicht anschließend – nach Erledigung dieses Klagebegehrens durch Erteilung des Bauvorbescheides – im Wege der Fortsetzungsfeststellungsklage die Feststellung begehren, die Ablehnung der Baugenehmigung sei rechtswidrig gewesen.<sup>1214</sup>

In Bezug auf den Amtshaftungsprozess und die ggf. zu beantwortende Frage nach der Bindungswirkung eines verwaltungsgerichtlichen Urteils führt dies zu folgenden Konsequenzen. Das Zivilgericht entscheidet im Amtshaftungsprozess selbständig über die Vorfrage, ob eine beanstandete hoheitliche Maßnahme rechtswidrig gewesen ist; war die in Rede stehende hoheitliche und einen Amts-

---

<sup>1213</sup> OVG Münster, NVwZ-RR 1997, 400 (400); OLG Naumburg, Urt. v. 13.03.2014 – 2 U 26/13, juris Rdziff. 35 ff.

<sup>1214</sup> OVG Münster, Beschl. v. 24.04.2013 – 2 A 1548/12, juris Rdziff. 20; OVG Münster, Beschl. v. 12.10.2012 – 7 A 2024/09, juris Rdziff. 23

haftungsanspruch auslösende Maßnahme bereits Gegenstand eines verwaltungsgerichtlichen Verfahren, so ist das Zivilgericht an rechtskräftige verwaltungsgerichtliche Entscheidungen im Rahmen der Rechtskraft gebunden. Dies ergibt sich – wie oben dargestellt – aus § 121 VwGO. Dessen Sinn liegt darin, den Streitgegenstand zwischen den Beteiligten endgültig, und zwar auch mit Wirkung für andere Rechtsstreitigkeiten der an dem Ausgangsverfahren beteiligten Parteien, gerichtlich zu klären; dies gilt auch für eine Fortsetzungsfeststellungsklage gem. § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO.<sup>1215</sup> Wenn Streitgegenstand hingegen die Frage war, ob eine bestimmte hoheitliche Maßnahme rechtmäßig oder rechtswidrig gewesen ist und eben diese Maßnahme den Bezugspunkt für die richterliche Beurteilung im Rahmen des Amtshaftungsprozesses darstellt, ist in einem solchen Fall die Feststellung der Rechtmäßigkeit/Rechtswidrigkeit nur im Zusammenhang mit dem in der Urteilsformel in Bezug genommenen Akt sinnvoll, verständlich und wirksam.<sup>1216</sup> Daraus folgt:

Erweitert ein Kläger in einem verwaltungsgerichtlichen Verfahren seine bisher gestellten Anfechtungs- oder Verpflichtungsanträge um ein – lediglich hilfsweise gestelltes – Fortsetzungsfeststellungsbegehren, anstatt die Klage unter Rücknahme der ursprünglichen Anträge ausschließlich auf den Fortsetzungsfeststellungsantrag umzustellen, so riskiert er, dass, wenn nur dem Fortsetzungsfeststellungsantrag stattgegeben wird, eine Klageabweisung im Übrigen erfolgt. Mit anderen Worten:

Hat ein Kläger eine Verpflichtungsklage auf Erteilung eines Bauvorbescheides erhoben und wird im Laufe des Klageverfahrens durch kommunale Satzung eine – wirksame – Veränderungssperre erlassen, infolge dessen der begehrte Bauvorbescheid nicht mehr erteilt werden kann, so erledigt sich ab diesem Zeitpunkt das Verpflichtungsbegehren; wenn der Kläger seinen ursprünglich gestellten Verpflichtungsantrag indessen nicht aufgibt, sondern bestehen bleiben lässt und einen Fortsetzungsfeststellungsantrag (lediglich) hilfsweise stellt, so wird der Klage teilweise stattgegeben, teilweise wird sie abgewiesen. Streitgegenstand einer Verpflichtungsklage ist die klägerseitige Rechtsbehauptung, er sei durch die Ablehnung des VA in seinen Rechten verletzt; die Aufhebung des ablehnenden Bescheides selbst gehört nicht zum Streitgegenstand, sondern ist nur ein unselbständiger Annex, mag er auch bei einer stattgebenden Entscheidung (mit)tenoriert werden. Der Streitgegenstand wird folglich durch die Aufhebung des entgegenstehenden VA nicht geändert.<sup>1217</sup> Bei einer Fortsetzungsfeststellungsklage (§ 113 Abs. 1 S. 4 VwGO) ist die Ausgangssituation ähnlich. Streitgegenstand ist die vom Kläger behauptete Rechtslage als Ergebnis der Subsumtion (des Sachverhalts unter das

<sup>1215</sup> BGH NJW 1994, 1950 (1950)

<sup>1216</sup> BGH NJW 1994, 1950 (1951)

<sup>1217</sup> BVerwG NVwZ 2007, 104 (105 f), dort zur sog. Bescheidungsklage; BVerwGE 98, 354 (365); BVerwGE 77, 317 (320); BVerwGE 51, 15 (18); OVG Münster, BauR 2010, 2087 (2088); OVG Münster, Urt. v. 08.05.1996 – 1 A 5669/94, juris Rdziff. 2; Kopp/Schenke, VwGO, § 90 Rdziff. 9

Gesetz) bzw. die Behauptung des Klägers, der VA (oder seine Ablehnung) sei rechtswidrig gewesen.<sup>1218</sup> Gegenstand der materiellen Rechtskraft ist folglich die Rechtswidrigkeit des VA, wobei es im Ergebnis nicht darauf ankommen dürfte, ob – wie im dargestellten Fall der Veränderungssperre – die Fortsetzungsfeststellungsklage im Übrigen abgewiesen würde; denn entscheidend bleibt, dass der VA (bzw. dessen Ablehnung) bis zu einem gewissen Zeitpunkt rechtswidrig war.

#### *V. Zwischenergebnis*

Auf der Grundlage der weit überwiegenden und zutreffenden Auffassung in Rechtsprechung und Literatur nehmen die (tragenden) Entscheidungsgründe eines verwaltungsgerichtlichen streitigen Urteils nicht an der Rechtskraft teil. Die Bindungswirkung, die durch die Rechtskraft gem. § 121 VwGO vermittelt wird, bezieht sich auf die Rechtmäßigkeit bzw. Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts, sodass für das Zivilgericht im Amtshaftungsprozess (lediglich) die Amtspflichtverletzung feststeht; keineswegs vermittelt indessen das verwaltungsgerichtliche Urteil in irgendeiner Form Bindung in Bezug auf den Ursachenzusammenhang zwischen Amtspflichtverletzung und Schaden mit der weiteren Folge, dass das Zivilgericht im Amtshaftungsprozess über Kausalitätsfragen und damit auch über den Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens eigenständig zu befinden hat. Die bereits erwähnte Entscheidung des BGH<sup>1219</sup> steht damit nicht im Einklang. Folglich stellt sich die Frage, ob diese Entscheidung noch als systemgerecht anzusehen ist oder ob dadurch etwaige Grenzen überschritten worden sind, die im Zusammenhang mit der Handhabung des Einwandes rechtmäßigen Alternativverhaltens zu berücksichtigen wären. Der Umstand, dass sowohl das OLG Köln als auch der BGH auf Billigkeitsaspekte abgestellt haben, kann für sich genommen kein Argument sein, diese Entscheidungen in Gänze abzulehnen. Denn – wie bereits dargelegt – geht es bei dem Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens um die der Bejahung des Kausalzusammenhangs nachfolgende Frage, inwieweit – bei wertender Betrachtung billigerweise – einem Schadensverursacher die Folgen seines pflichtwidrigen Verhaltens zugerechnet werden können.<sup>1220</sup> Gleichwohl bleiben Zweifel, ob die Entscheidung des OLG Köln und die des BGH passgerecht zur herrschenden Ansicht sind, dass die tragenden Entscheidungsgründe nicht an der Rechtskraft teilnehmen. Daraus folgt:

Um die Grenzen des sachlich-inhaltlichen Anwendungsbereichs des Einwandes rechtmäßigen Alternativverhaltens bestimmen zu können, ist es notwendig, die dazu bisher ergangene Rechtsprechung (des BGH) auszuwerten. Vorab soll jedoch der Frage nachgegangen werden, ob und inwieweit der Topos „Schutzzweck der Norm“ ein verbindendes Element zwischen dem Einwand rechtmäßi-

---

<sup>1218</sup> ausdrücklich zur Fortsetzungsfeststellungsklage: BVerwGE 116, 1 (3) = NVwZ 2002, 853 (853) = juris Rdziff. 13

<sup>1219</sup> BGH NVwZ-RR 1996, 65 = BRS 57 Nr. 119 = ZfBR 1996, 177

<sup>1220</sup> Stein/Itzel/Schwall Rdziff. 165

gen Alternativverhaltens und der Drittbezogenheit von Amtspflichten darstellen kann.

#### B. Die Bedeutung des Schutzzwecks der verletzten Amtspflicht für die Drittbezogenheit und für den Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens

In den vorherigen Abschnitten wurde bereits erörtert, welchen Inhalt der Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens hat. Maßgeblich ist dabei die Frage, ob und inwieweit die Folgen pflichtwidrigen Verhaltens dem Schadensverursacher – bei wertender Betrachtung billigerweise – zugerechnet werden können; dies bestimmt sich nach dem Schutzzweck der jeweils verletzten Norm.<sup>1221</sup> Der BGH macht die einzelfallbezogene Rechtserheblichkeit des Einwandes rechtmäßigen Alternativverhaltens vom „Schutzzweck der verletzten Norm“ abhängig, wobei – bezogen auf den Bereich des Amtshaftungsrechts – unter dem Begriff der „Norm“ die jeweilige Amtspflicht verstanden wird.<sup>1222</sup> Dies vorausgeschickt wird konsequenterweise die Überlegung anzustellen sein, wie sich der Umstand auswirkt, dass der Schutzzweck der verletzten Norm/Amtspflicht bereits an anderen Stellen des Tatbestandes zu überprüfen ist. So kommt es z. B. auch bei der Drittbezogenheit von Amtspflichten auf den Schutzzweck der Norm/Amtspflicht an.<sup>1223</sup> Wirkt folglich das bereits bei der Drittbezogenheit zu prüfende Schutzzweckkriterium auch im Rahmen des rechtmäßigen Alternativverhaltens, bejahendenfalls auf welche Weise?

Wenn bereits im Rahmen der Drittbezogenheit der Schutzzweck der verletzten Amtspflicht zu bejahen ist, erübrigt sich ggf. eine weitere Prüfung noch im Rahmen des Einwandes rechtmäßigen Alternativverhaltens? Kann es unter Umständen auch möglich sein, dass im Rahmen der Drittbezogenheit von Amtspflichten das Schutzzweckkriterium zu bejahen, hingegen beim Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens ggf. zu verneinen sein könnte? Würde dies nicht ggf. einen sachlich-inhaltlichen Widerspruch bedeuten?

Um diese Fragen beantworten zu können, muss zunächst in gebotener Kürze bereits an dieser Stelle<sup>1224</sup> auf den Begriff der Drittbezogenheit von Amtspflichten eingegangen und das dort verortete Schutzzweckkriterium näher bestimmt werden.

<sup>1221</sup> BGHZ 96, 157 (172) = NJW 1986, 576 (579)

<sup>1222</sup> ebenso: Detterbeck/Windthorst/Sproll § 9 Rdziff. 170

<sup>1223</sup> Detterbeck/Windthorst/Sproll § 9 Rdziff. 118; Tremml/Karger/Luber, Rdziff. 106 ff.; Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 170; Ossenbühl/Cornils S. 53 ff.; Palandt/Sprau, BGB, § 839 Rdziff. 44; Stein/Itzel/Schwall Rdziff. 99; Bamberger/Roth/Reinert, BGB, § 839 Rdziff. 56

<sup>1224</sup> Ausführlich zur Drittbezogenheit s. oben S. 110 ff.



*I. Begriff und Funktion der Drittbezogenheit von Amtspflichten*

Der Begriff der Drittbezogenheit bzw. der Drittgerichtetheit von Amtspflichten wird als die „crux des Amtshaftungsanspruchs“<sup>1225</sup> bzw. als die „Achillesferse der Amtshaftung“<sup>1226</sup> apostrophiert, denn Amtspflichten sind nicht umfassend bzw. abschließend gesetzlich geregelt und daher weitestgehend unbestimmt und durch eine Flut einschlägiger gerichtlicher Entscheidungen vorgegeben (case law). Durch die damit einhergehende stark verästelte Kasuistik besteht eine nicht nur unerhebliche Rechtsunsicherheit, die die Beurteilung der Erfolgsaussichten einer Amtshaftungsklage wesentlich erschwert. Die Impulse in Bezug auf die Drittbezogenheit von Amtspflichten kommen im Wesentlichen durch die Gerichte, sodass mitunter dieser Bereich als „entwicklungs offene Flanke“ des Amtshaftungsanspruchs bezeichnet wird.<sup>1227</sup>

Der BGH verwendet für die Definition der Drittbezogenheit von Amtspflichten folgende - mitunter als gebetsmühlenhaft<sup>1228</sup> apostrophierte - Definition:

*„Ob im Einzelfall der Geschädigte zu dem Kreis der „Dritten“ in diesem Sinne gehört, muss entscheidend danach beantwortet werden, ob die Amtspflicht – wenn auch nicht notwendig allein, so doch auch – den Zweck hat, das Interesse gerade dieses Geschädigten wahrzunehmen. Nur wenn sich aus den die Amtspflicht begründenden und sie umreißenden Bestimmungen sowie aus der besonderen Natur des Amtsgeschäfts ergibt, dass der Geschädigte zu dem Personenkreis zählt, dessen Belange nach dem Gesetz und der rechtlichen Bestimmung des Amtsgeschäfts geschützt oder gefördert werden sollten, besteht ihm gegenüber bei schuldhafter Pflichtverletzung eine Schadensersatzpflicht. Hingegen tritt anderen Personen gegenüber, selbst wenn sich die Amtspflicht auf sie mehr oder weniger nachteilig auswirkt, eine Ersatzpflicht nicht ein. Es muss mithin eine besondere Beziehung zwischen der verletzten Amtspflicht und dem geschädigten „Dritten“ bestehen. Dabei muss eine Person, der gegenüber die Amtspflicht zu erfüllen ist, nicht in allen ihren Belangen als Dritter anzusehen sein. Vielmehr ist jeweils zu prüfen, ob gerade das im Einzelfall berührte Interessen nach dem Zweck und der rechtlichen Bestimmung des Amtsgeschäfts geschützt werden soll. Es kommt danach auf den Schutzzweck der Amtspflicht an.“<sup>1229</sup>*

<sup>1225</sup> Ossenbühl/Cornils S. 60

<sup>1226</sup> Detterbeck/Windthorst/Sproll, § 9 Rdziff. 94

<sup>1227</sup> Ossenbühl/Cornils S. 60

<sup>1228</sup> Detterbeck/Windthorst/Sproll § 9 Rdziff. 95

<sup>1229</sup> BGH NJW 2013, 604 (605); BGHZ 191, 173 (179) = NVwZ-RR 2012, 54 (55) = juris Rdziff. 13; BGHZ 182, 370 (374) = NVwZ 2010, 467 (468); BGH VersR 2010, 346 (348) = MDR 2010, 167 (168); BGH NJW-RR 2009, 601 (602); BGHZ 162, 49 (55) = NJW 2005, 742 (743); BGH NVwZ-RR 2003, 714 (715); BGH WM 2002, 92 (93) = VersR 2002, 97 (98); BGH WM 2001, 1711 (1711); BGH BB 2001, 590 (590); BGHZ 140, 380 (382) = WM 1999, 1016 (1017); BGHZ 137, 11 (15) = NJW 1998, 138 (139); BGHZ 134, 268 (276) = NJW 1997, 2174 (1.s) = NVwZ 1997, 714 (716); BGHZ 129, 17 (18) = NJW 1995, 1828 (1828); BGHZ 129, 23 (25) = NJW 1995, 1830 (1830); BGHZ 126, 386 (393) = NJW 1994, 3012 (3013); BGH NJW 1994, 2415 (2416); BGHZ 123, 191 (198) = NJW 1993, 2615 (2616); BGH NJW 1994, 130 (130); BGHZ 122, 317 (320) = NJW 1993, 2303 (2304); BGHZ 121, 65 (67) = NJW 1993, 933 (933); 117, 240 (244) = NJW 1992, 3229 (3230); BGH NJW 1991, 2696 (2696); BGH NVwZ 1991, 707

Das Merkmal der Drittbezogenheit soll eine Haftungsbegrenzung gewährleisten, einer ausufernden Amtshaftung soll entgegengesteuert und zugleich sichergestellt werden, dass der verantwortliche Hoheitsträger und der geschädigte Bürger in so „nahe“ Kontakt zueinander stehen, dass diese Konstellation die besondere (Amts-)Haftung rechtfertigt.<sup>1230</sup> Das wiederum führt zu der Konsequenz, dass den Personen, die nicht zum Kreis der „Dritten“ gezählt werden, ein Ersatzanspruch selbst dann versagt bleibt, wenn sich die Amtspflichtverletzung des Amtswalters für sie (besonders) nachteilig i. S. einer Drittbetroffenheit ausgewirkt hat.<sup>1231</sup> Grundlage dieser Haftungsbegrenzung ist der Umstand, dass der Amtshaftungsanspruch gem. § 839 Abs. 1 S. 1 BGB i. V. m. Art. 34 S. 1 GG als *lex specialis* zu §§ 823, 826 BGB nicht auf diejenigen Schäden beschränkt ist, die aufgrund der Verletzung bestimmter deliktisch geschützter Güter oder eines Schutzgesetzes entstanden sind. Vielmehr umfasst der Amtshaftungsanspruch jeden Vermögensschaden, wobei dieser Anspruch (nur) auf Geldersatz ausgerichtet ist. Mithin ist die haftungsbegrenzende Funktion des Merkmals der Drittbezogenheit vor dem Hintergrund zu sehen, dass der Gefahr uferloser Schadensersatzansprüche vorgebeugt werden soll.

## II. Aufspaltung der Drittbezogenheit

In der Literatur wird das Phänomen der Relativierung der Drittbezogenheit dadurch umschrieben, dass die Amtspflicht nach Maßgabe von deren Zweckrich-

---

(708); BGHZ 110, 1 (8) = NJW 1990, 1042 (1043); BGHZ 109, 380 (389) = NJW 1990, 1038 (1040); BGHZ 109, 162 (167) = NJW 1990, 836 (837); BGHZ 108, 224 (227) = NJW 1990, 381 (383); BGHZ 106, 323 (331) = NJW 1989, 976 (978); BGH NVwZ-RR 1989, 600 (600); BGHZ 100, 313 (317) = NJW 1987, 2664 (2665); BGH NJW 1987, 585 (586); BGH VersR 1986, 1084 (1084); BGHZ 90, 310 (311) = NJW 1984, 2691 (2691); BGHZ 93, 87 (91) = NJW 1985, 2817 (2818); BGHZ 89, 1 (5) = NJW 1984, 2220 (2221); BGHZ 87, 253 (254) = NJW 1984, 118 (119); BGHZ 84, 292 (299) = NJW 1983, 215 (216); BGH NJW 1981, 2347 (2347); BGHZ 74, 144 (146) = NJW 1979, 1354 (1355); BGHZ 69, 128 (136) = NJW 1977, 1875 (1877); BGHZ 65, 196 (198) = NJW 1976, 186 (187); BGH NJW 1976, 103 (104); BGHZ 63, 35 (38) = NJW 1974, 1764 (1766); BGH WM 1973, 491 (497); BGHZ 58, 96 (98) = NJW 1972, 577 (578); BGH NJW 1971, 1699 (1700); BGHZ 56, 40 (45) = NJW 1971, 1171 (1172); BGH NJW 1966, 1021 (1021); ebenso: OLG Saarbrücken, OLG-Report 2008, 793 (794); OLG-Report 2006, 1068 (1069); OLG Oldenburg, OLG-Report 2008, 605 (606); OLG München, VersR 2006, 272 (272); OLG Jena, OLG-NL 2004, 196 (198); OLG Dresden, VIZ 2001, 489 (492); OLG Brandenburg, NVwZ-RR 2001, 704 (706); LG Düsseldorf, AbfallPrax 2000, 164 (164/5): dort zur Drittbezogenheit in Bezug auf Abfallwirtschaftspläne; die Amtspflicht der Deutschen Terminbörse, den Börsenterminhandel nicht auszusetzen, wenn die Voraussetzungen von § 25 Abs. 1 BörsenO nicht vorliegen, bezweckt nicht den Schutz des einzelnen Anlegers, vgl. OLG Frankfurt, ZIP 2001, 730 = OLG-Report 2001, 286

<sup>1230</sup> Ossenbühl/Cornils S. 61; OLG Saarbrücken, NJW-RR 2001, 813 (815); Deterbeck/Windthorst/Sproll § 9 Rdziff. 96; Schoch, JURA 1988, 585 (590); Jochum S. 11; Wurm, JA 1992, 1 (1); Ladeur, DÖV 1994, 665 (666); de Witt/Burmeister, NVwZ 1992, 1039 (1039); Blankenagel, DVBl. 1981, 15 (17); Rohlfing, MDR 2002, 254 (254); BGHZ 129, 17 (19) = NJW 1995, 1828 (1828)

<sup>1231</sup> BGH NJW 1986, 2952 (2954); Wurm, JA 1992, 1 (1)

tung beschränkt und demgemäß auch nur gegenüber dem jeweils Geschädigten einen nur partiellen Schutz zu entwickeln in der Lage sei. Der „Dritte“ sei also nicht absolut, sondern nur relativ geschützt, und zwar soweit die Schutzwirkung der verletzten Amtspflicht reiche.<sup>1232</sup> Der BGH hat die Begrifflichkeit „Aufspaltung“ selbst nur sehr vereinzelt verwendet<sup>1233</sup> und vermeidet i. Ü. auch diesen Terminus. Tatsächlich ist mit der „Aufspaltung“ bzw. Relativierung“ das Phänomen beschrieben, dass nach Auffassung des BGH (und insoweit auch der Literatur) die Drittbezogenheit sowohl ein personelles als auch ein sachliches Element enthalten.<sup>1234</sup>

### 1. Personelles Element der Drittbezogenheit

Das personelle Element der Drittgerichtetheit<sup>1235</sup> dient dazu, den Kreis der anspruchsberechtigten Personen zu beschränken. Nur diejenigen Personen, deren individuelles Interesse betroffen ist, und zwar in einer Weise, dass sie selbst als unmittelbare Adressaten der Amtspflicht angesehen werden können, sollen anspruchsberechtigt sein, alle anderen Personen scheiden als Anspruchsberechtigte aus.<sup>1236</sup> Für die Überlegungen, wer zum Kreis der „Dritten“ zu zählen ist, spielt der Grad der Betroffenheit keine Rolle; auch der Umstand, dass im Einzelfall die Rechtsgüter „Leben“ bzw. „Gesundheit“ tangiert sein können, begründet nicht per se eine Drittgerichtetheit.<sup>1237</sup> Dementsprechend beschied der BGH einen Kasko-Versicherer eines Verkehrsflugzeugs Boeing 757 in einem gegen die Bundesrepublik Deutschland gerichteten Rechtsstreit dahingehend, dass die etwaigen Warnpflichten des Deutschen Wetterdienstes nicht drittgerichtet bzw. drittbezogen seien. Der Kreis derjenigen Flugzeugführer oder sonstigen Teilnehmer der Luftfahrt, die durch eine allgemeine Hagelwarnung bewogen würden, deren Verhalten entsprechend einzurichten, sei für die Bediensteten des Deutschen Wetterdienstes nicht überschaubar und/oder individualisierbar. Wollte man all diese Personen in den Kreis der geschützten „Dritten“ einbeziehen, so würde das haftungsbegrenzende Kriterium der Drittgerichtetheit nahezu jede Kontur verlieren.<sup>1238</sup> In vielen anderen höchstrichterlichen Entscheidungen wurde die Position des „Dritten“ entweder positiv oder negativ abgegrenzt:

---

<sup>1232</sup> Ossenbühl/Cornils S. 71; zur Drittbezogenheit von Amtspflichten im Baurecht: Hebel, VerwArch 98 (2007), S. 136 ff.; Rohlfing BauR 2004, 1873 ff.

<sup>1233</sup> BGH NJW 1994, 2415 (2416) = juris Rdziff. 19

<sup>1234</sup> BGHZ 134, 268 (276); BGHZ 117, 83 (90); BGHZ 110, 1 (9); BGHZ 90, 310 (312); Deterbeck/Windthorst/Sproll, § 9 Rdziff. 97 ff.; Tremml/Karger/Luber Rdziff. 98 ff.; Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 168 ff.; Stein/Itzel/Schwall Rdziff. 85 ff.

<sup>1235</sup> mitunter ist auch von personalem Schutzbereich die Rede, vgl. Küch S. 28, 77

<sup>1236</sup> BGHZ 129, 17 (19) = NJW 1995, 1828 (1828); BGHZ 109, 380 (389) = NJW 1990, 1038 (1040)

<sup>1237</sup> BGH NJW 1994, 2415 (2416)

<sup>1238</sup> BGHZ 129, 17 (19) = NJW 1995, 1828 (1829)

- Stellt der Alleingesellschafter und alleinvertretungsberechtigte Geschäftsführer einer GmbH im eigenen Namen einen Antrag auf Genehmigung einer Nutzungsänderung für ein im Eigentum der GmbH stehendes Grundstück, so ist diese bei rechtswidriger Ablehnung des Antrags grundsätzlich nicht geschützter „Dritter“ im amtshaftungsrechtlichen Sinn.<sup>1239</sup>
- Wenn in beamtenrechtlichen Konkurrentenverfahren der Dienstherr eine verwaltungsgerichtliche Konkurrentenklage durch amtspflichtwidrige vorzeitige Ernennung des Mitbewerbers vereitelt und dadurch die ihm aus Art. 33 Abs. 2 i. V. m. Art. 19 Abs. 4 GG resultierenden und obliegenden Pflichten verletzt, ist der unterlegene Bewerber „Dritter“ i. S. d. § 839 BGB. Denn die Amtspflicht, den unterlegenen Bewerber rechtzeitig zu informieren, dient dem unmittelbaren Individualinteresse.<sup>1240</sup>
- Wird der Amtshaftungsanspruch darauf gestützt, dass die Amtspflichtverletzung im Erlass eines rechtswidrigen belastenden Verwaltungsaktes oder in der rechtswidrigen Ablehnung oder Unterlassung eines begünstigenden Verwaltungsakts besteht, fällt die Drittgerichtetheit in der Regel mit der Klagebefugnis gem. § 42 Abs. 2 VwGO zusammen. Dritter ist demnach, wer durch den Verwaltungsakt oder durch dessen Ablehnung oder Unterlassung in seinen Rechten verletzt wird.<sup>1241</sup>
- In Grundbuchangelegenheiten ist „Dritter“ i. S. d. § 839 BGB nicht nur derjenige, auf dessen Antrag oder in dessen Interesse die Eintragung erfolgt, sondern jeder, der im Vertrauen auf die richtige Handhabung der Grundbuchgeschäfte am Rechtsverkehr teilnimmt.<sup>1242</sup>

## 2. Sachliches Element der Drittbezogenheit

Die Rechtsprechung und die Literatur nehmen ungeachtet des personalen Schutzbereichs bzw. des personellen Elements eine weitere Eingrenzung vor. Bei der sachlichen Drittbezogenheit geht es um die Frage, ob der im jeweiligen Einzelfall geltend gemachte Schaden als ersatzfähig angesehen werden kann. Grund dafür ist die bereits in Bezug genommene so genannte Schutzzweckformel des BGH<sup>1243</sup>, aus der sich ergibt, dass der so genannte Dritte (wenn er denn in personeller Hinsicht feststeht) auch nicht in all seinen Schadensersatzbelangen durchzudringen vermag. Es unterliegt einer einzelfallbezogenen Wertung, ob nach Maßgabe des

<sup>1239</sup> BGH NVwZ-RR 2008, 670

<sup>1240</sup> BGHZ 129, 226 (232) = NJW 1995, 2344 (2345)

<sup>1241</sup> BGHZ 125, 258 (268) = NJW 1994, 1647 (1649)

<sup>1242</sup> BGHZ 124, 100 = NJW 1994, 650

<sup>1243</sup> vgl. dazu S. 48, 357

berührten Interesses bzw. dem Zweck und der rechtlichen Bestimmung des Amtsgeschäfts die Ersatzfähigkeit des konkreten Schadens angenommen werden kann:

- In einem Zwangsversteigerungsverfahren schützt die dem Versteigerungsgericht obliegende Amtspflicht zur Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften zugleich auch den Vollstreckungsgläubiger. Mithin umfasst der Schutzzweck dieser Amtspflicht auch denjenigen Schaden, der dadurch eintritt, dass ein ursprünglicher Zuschlagsbeschluss wegen eines vom Gericht verursachten Zustellungsfehlers wieder aufgehoben wird und sodann in einem weiteren Versteigerungstermin ein geringerer Erlös erzielt wird. Ein solcher Schaden ist dem Grunde nach vom Schutzzweck erfasst.<sup>1244</sup>
- Wenn ein Architekt im eigenen Namen eine Bauvoranfrage stellt, so fällt dessen Provisionsinteresse, das aus einer Beauftragung des Grundstückseigentümers herrührt, der den Architekten mit der „Baureifmachung“ beauftragt worden ist, nicht in den Schutzbereich der Amtspflichten der Bauaufsichtsbehörde.<sup>1245</sup>
- Eine ärztliche Musterungsuntersuchung dient allein einem Allgemeininteresse; es sollen nur körperlich und geistig Taugliche zum Wehrdienst eingezogen werden. Eine Musterungsuntersuchung kann indessen auch dem Interesse derjenigen Personen dienen, die als nichtdienstauglich eingestuft werden, und zwar dergestalt, dass diese Personen vor gesundheitlichen Schäden als Folge des Wehrdienstes bewahrt werden sollen. Indessen verfolgt eine ärztliche Musterungsuntersuchung nicht zugleich den Zweck, den nicht Tauglichen auch vor sonstigen Schäden zu bewahren, die er durch die Heranziehung zum Wehrdienst erleidet, insbesondere weil sich seine Ausbildung und sein Eintritt in das Erwerbsleben verzögern.<sup>1246</sup>

---

<sup>1244</sup> BGH NJW-RR 2009, 601 (602); in Abgrenzung dazu: BGH NJW-RR 2002, 307, wonach zwar die Amtspflicht des Versteigerungsgerichts zur Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften im Versteigerungsverfahren auch den Meistbietenden schützt, der Schutzzweck dieser Amtspflicht jedoch nicht die an das Meistgebot geknüpften Gewinnerwartungen sichern soll.

<sup>1245</sup> BGHZ 125, 258 (268/9)

<sup>1246</sup> BGHZ 65, 196 = NJW 1976, 186

Wenn es um den sachlichen Bereich der Drittbezogenheit geht, operiert die Rechtsprechung mit zwei Differenzierungs- bzw. Wertungskriterien, und zwar dem des Vertrauensschutzes<sup>1247</sup> sowie dem Schutzzweckkriterium.

#### a. Haftungsbegrenzendes Kriterium des Vertrauensschutzes

Das ursprünglich vom BGH für den Bereich des Baurechts entwickelte haftungseingrenzende Kriterium des Vertrauensschutzes erschließt sich dann, wenn man vergegenwärtigt, dass der Staat für die von ihm vorgenommenen Entscheidungen, Erklärungen und Auskünfte einstehen soll, wenn diese Äußerungen gleichsam als „Verlässlichkeitsgrundlage“ für Vermögensdispositionen des Bürgers anzusehen sind. Demnach ist bei dem Aspekt des Vertrauensschutzes zu hinterfragen, ob und inwieweit der im konkreten Fall Geschädigte auf die Verlässlichkeit und Richtigkeit von derlei Entscheidungen, Erklärungen und Auskünften staatlicherseits vertrauen durfte und dieses Vertrauen Grundlage von entsprechenden Vermögensdispositionen geworden ist.<sup>1248</sup>

Im Zusammenhang mit dem Kriterium des Vertrauensschutzes hat sich eine vieldifferenzierte Rechtsprechung herausgebildet, auch die dazu ergangene Literatur ist reichhaltig. Auf beides kann an dieser Stelle aus Platzgründen nicht näher eingegangen werden.<sup>1249</sup>

#### b. Haftungsbegrenzendes Kriterium des Schutzzwecks

Im Rahmen des sachlichen Elements der Drittbezogenheit wird die Frage erörtert, ob der konkret geltend gemachte Schaden vom Schutzbereich umfasst ist. Das wiederum führt zu der Konsequenz, dass – ausgerichtet am Kriterium des Schutzzwecks der Norm/Amtspflicht – bereits an dieser Stelle der tatbestandlichen Prüfung der Drittbezogenheit schadensbezogene Überlegungen anzustellen sind.<sup>1250</sup> Das mündet in die – bereits an anderer Stelle erwähnte – Prüfung, ob die die im Einzelfall einschlägige Amtspflicht regelnde Rechtsnorm auch den Schutz des konkret betroffenen Geschädigten vor diesen konkret eingetretenen Rechtsbeein-

<sup>1247</sup> vgl. dazu Küch S. 1 ff., 43 ff., 87 ff.; Detterbeck/Windthorst/Sproll, § 9 Rdziff. 119; Stein/Itzel/Schwall Rdziff. 120 ff., 582; Papier in: MünchKomm BGB, § 839 Rdziff. 218 ff.; Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 248; Tremml/Karger/Luber, Rdziff. 114

<sup>1248</sup> BGH NVwZ-RR 2001, 441 (441); BGHZ 137, 11 (15 ff.); BGHZ 134, 268 (276 ff.); BGH NJW 1994, 2415 (2417); BGHZ 117, 83 (88) = NJW 1992, 1230 (1231); BGHZ 113, 367 (372 f.); BGHZ 109, 380 (389 ff.); BGHZ 106, 323 (334 ff.); BGH NJW 1994, 130 (131); Detterbeck/Windthorst/Sproll, § 9 Rdziff. 119 ff.; Stein/Itzel/Schwall, Rdziff. 120 ff.; Tremml/Karger/Luber Rdziff. 114 ff. sowie Hebel, VerwArch 98 (2007), 136 (143, 147, 150); Kümper, VerwArch 104 (2013), 104 (106 ff.) je mit weiteren Nachweisen zur umfangreichen Rspr.

<sup>1249</sup> vgl. zum besseren Überblick: Küch S. 1 ff., 43 ff., 87 ff.; Stein/Itzel/Schwall Rdziff. 120 ff.; Detterbeck/Windthorst/Sproll § 9 Rdziff. 119 ff.; Tremml/Karger/Luber Rdziff. 114 ff.; Soergel/Vinke, BGB, § 839 Rdziff. 127 ff.; Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 168 ff.

<sup>1250</sup> Schlick, NJW 2011, 3341 (3343); Stein/Itzel/Schwall Rdziff. 99

trächtigungen zu schützen bezweckt.<sup>1251</sup> Im Bereich der Drittbezogenheit von Amtspflichten wirkt mithin das Schutzzweckkriterium haftungsbegrenzend dergestalt, dass bestimmte Schäden (die an dieser Stelle bereits überprüft werden) als (nicht) ersatzfähig eingestuft werden. Das Schutzzweckkriterium hat eine filternde Wirkung, sodass im Rahmen der anzustellenden Billigkeits-Überprüfung von vornherein die weitere Prüfung auf bestimmte Schadensarten beschränkt wird.

Indessen wird man zu vergegenwärtigen haben, dass eine „exakte Bestimmung des Schutzzwecks“ im Amtshaftungsrecht nicht möglich sein wird; denn gerade das Delikts- bzw. Amtshaftungsrecht enthält sich einer konkreten Aussage darüber, in welchen Fällen das Schutzzweckkriterium zu welchem Ergebnis führen muss. Vor dem Hintergrund einer gewissen Flexibilität wird es stets auf einzelfallbezogene Überlegungen ankommen, die eine feste Voraussage in Bezug auf das Ergebnis nicht möglich machen.<sup>1252</sup> Folglich geht es in dem jeweiligen Einzelfall um eine „nach allgemeinen Wertungsprinzipien durchgeführte Abwägung nach Risikosphären“.<sup>1253</sup> Vor diesem Hintergrund hat sich die Drittbezogenheit von Amtspflichten zu einem Irrgarten der Auslegung bzw. zu einer Art black box entwickelt: man kann nicht vorherbestimmen, wann was herauskommen wird.

### 3. Vergleich des Schutzzweck-Kriteriums im Bereich der Drittbezogenheit von Amtspflichten und bei dem Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens

Das Schutzzweck-Kriterium wird folglich nicht nur bei dem rechtmäßigen Alternativverhalten, sondern bereits bei der Drittbezogenheit von Amtspflichten maßgeblich. Bei der Drittbezogenheit dient die – an den Schutzzweck der Norm/Amtspflicht geknüpfte – Billigkeitsprüfung der Beantwortung der Frage, welche in diesem Einzelfall geltend gemachten Schäden (des Dritten) als noch ersatzfähig angesehen werden können. Es findet also (nur) eine wertende **Ausrichtung am Schadensbild** statt.

Bei dem Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens geht es um die der Bejahung des Kausalzusammenhangs nachfolgende Frage, ob und inwieweit einem Schadensverursacher die Folgen seines (pflichtwidrigem) Verhaltens bei wertender Betrachtung zugerechnet werden können.<sup>1254</sup> Es findet also eine **Ausrichtung am Verursachungsbild** statt.

Wenngleich es sich bei dem Schutzzweck-Kriterium letztlich also (lediglich) um eine wertende Betrachtung bzw. Billigkeitsprüfung handelt, so ist die Zielrichtung der Prüfung bei der Drittbezogenheit eine andere als bei dem Einwand

---

<sup>1251</sup> BGHZ 134, 268 (276); BGHZ 125, 258 (269); BGHZ 117, 83 (90); BGHZ 113, 367 (372); BGHZ 110, 1 (9); BGHZ 109, 380 (389 ff.); BGHZ 39, 358 (364) = NJW 1963, 1821 (1822); vgl. dazu auch Rehinder, Jus 1989, 885 (889)

<sup>1252</sup> Küch S. 80; Wurm, JA 1992, 1 (1)

<sup>1253</sup> Küch S. 80 unter Hinweis auf Ladeur, Anm. zu OLG Koblenz, ZUR 1995, 326 (ebenda 330 (331)) sowie Ladeur, BB 1993, 1303

<sup>1254</sup> BGHZ 96, 157 (172) = NJW 1986, 576 (579)

rechtmäßigen Alternativverhaltens; das wiederum führt dazu, dass das Schutzzweck-Kriterium im Rahmen des Einwandes rechtmäßigen Alternativverhaltens trotz gewisser Überschneidungen eine eigenständige Bedeutung behalten kann. Wenn mithin die Prüfung der Drittbezogenheit von Amtspflichten zu dem Ergebnis führen sollte, dass bestimmte Schäden bzw. Schadensbestandteile als ersatzfähig anzusehen sind, bedeutet dies noch nicht automatisch, dass damit gleichsam die Weichen für das rechtmäßige Alternativverhalten bereits gestellt wären. Denn es sind durchaus Fallgestaltungen denkbar, in denen die Ersatzfähigkeit eines Schadens (im Rahmen der Prüfung der Drittbezogenheit von Amtspflichten) zu bejahen ist, wegen der besonderen Fallgestaltung indessen gesamtbetrachtend eine Schadensersatzverpflichtung des Schädigers ausscheidet, weil eine theoretisch unterstellte rechtmäßige Handlung den gleichen Schaden herbeigeführt hätte. Daraus folgt:

Die Prüfung und insbesondere die Bejahung des Schutzzwecks im Rahmen der Drittbezogenheit von Amtspflichten ist nicht indiziell für die Prüfung des Schutzzwecks im Rahmen rechtmäßigen Alternativverhaltens.

### C. Rechtsunerheblichkeit des Einwands rechtmäßigen Alternativverhaltens

Nachdem festgestellt werden konnte, dass ein Zivilgericht im Rahmen des Amtshaftungsprozesses **bei der Frage rechtmäßigen Alternativverhaltens** nicht etwa durch ein vorhergehendes, von den gleichen Parteien erwirktes rechtskräftiges verwaltungsgerichtliches Urteil gebunden wäre und auch festgestellt werden konnte, dass das Kriterium des Schutzzwecks (der Norm/Amtspflicht) im Rahmen der Drittbezogenheit von Amtspflichten eine andere Zielrichtung hat als bei dem Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens, kommt es jetzt darauf an, die Grenzen der Rechtserheblichkeit eben dieses Einwandes rechtmäßigen Alternativverhaltens im Amtshaftungsprozess freizulegen. Daher soll nachfolgend zunächst einmal im Wege negativer Abgrenzung festgelegt werden, bei welchen Kriterien der Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens von vornherein als nicht rechtserheblich ausscheidet.

#### *I. Rechtsunerheblichkeit bei Verfahrensgarantien*

Ein erfolgreiches Berufen auf den Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens setzt zunächst einmal voraus, dass dies aus Rechtsgründen möglich ist. Denn bei so genannten Verfahrensgarantien ist es einer Behörde nicht möglich, sich mit diesem Einwand zu verteidigen. Dies zeigt sich an nachfolgend dargestellter Entscheidung des OLG Stuttgart. Der Amtshaftungskläger war in einem psychiatrischen Krankenhaus aufgenommen worden, nachdem eine Ärztin bei dem örtlich zuständigen Gesundheitsamt den Kläger untersucht und sich wegen zunehmend religiöser Wahnvorstellungen auf Klägerseite an ein Zentrum für Psychiatrie gewandt hatte. Der Kläger verließ seine Wohnung, woraufhin die Ärztin bei dem



Gesundheitsamt die Polizei bat, nach ihm zu suchen. Der Kläger wurde durch den Transportdienst der Polizei in das Zentrum für Psychiatrie verbracht, wo als vorläufige Diagnose „religiöser Wahn“ festgestellt wurde. Nachdem sich der Kläger weigerte, Blut abnehmen zu lassen, weil „Sabbat“ sei, wurde er vorübergehend mit einem Bauchgurt fixiert und intravenös mit Neuroleptika behandelt. Nachdem der Kläger dann auf freiem Fuß gelangt war, begehrte er im Klagewege Amtshaftungsansprüche im Umfang von etwa 48.000,00 DM. Das erstinstanzliche angerufene Landgericht Heilbronn wies die Klage ab, die Berufung hatte teilweise Erfolg, u. a. auch deshalb, weil der Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens nicht zugelassen worden war. Für das eigentliche Unterbringungsverfahren sei dieser Einwand zu erheben gar nicht möglich. Denn die Verfahrensvorschriften hätten in der Regel zugleich den Zweck, die Rechte des Bürgers zu schützen, weil der Staat die Freiheit einer Person nur aufgrund eines förmlichen Gesetzes und unter Beachtung der darin beschriebenen Kautelen beschränken dürfe. Das müsse auch für eine polizeirechtliche Gewahrsamsnahme mit dem Ziel einer Unterbringung gelten, die dem Verfahren nach dem Unterbringungsgesetz vorgelagert sei.<sup>1255</sup> Mit anderen Worten:

Zunächst einmal ist mithin, wenn der Schädiger den Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens erhebt, zu überprüfen, ob eine wesentliche Schutznorm zur Sicherung der verfassungsrechtlich gewährleisteten Rechte des Bürgers betroffen ist, die ihre schadensersatzrechtliche Bedeutung nicht durch die etwaige Berücksichtigung des rechtmäßigen Alternativverhaltens verlieren darf.<sup>1256</sup> Ist diese Frage zu bejahen, so scheidet die Möglichkeit eines rechtmäßigen Alternativverhaltens aus, ein dementsprechender Sachvortrag im Prozess wäre nicht rechtserheblich. So ist z. B. eine gegen Art. 5 Abs. 1 EMRK verstoßende freiheitsentziehende Maßnahme dem Einwand eines rechtmäßigen Alternativverhaltens nicht zugänglich.<sup>1257</sup>

## *II. Grenzen des Sachvortrags des Schädigers im Amtshaftungsprozess*

Der Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens wird regelmäßig vonseiten des/der Beklagten im Amtshaftungsprozess erhoben. Nicht stets ist der/die Beklagte dabei so aufmerksam und erhebt den Einwand *expressis verbis*. Dies zeigt folgende Fallgestaltung:

Der beklagte Notar beurkundete im Auftrag der geschädigten Kläger und einer Bauträgersgesellschaft am 19.09.1979 das Angebot der Kläger, ein Baugrundstück an diejenigen Personen zu verkaufen, die von der Bauträgersgesellschaft benannt werden sollten. Das Angebot war bis zum 15.11.1979 befristet. Dazu hieß es in der Urkunde u. a.:

---

<sup>1255</sup> OLG Stuttgart, OLG-Report 2001, 61 (63); ebenso OLG Oldenburg, VersR 1991, 306 (307)

<sup>1256</sup> OLG Oldenburg, VersR 1991, 306 (307); OLG Hamm, NJW 1971, 468 (469) = juris Rdziff. 45; v. Caemmerer, Gesammelte Schriften, Bd. I, S. 446 ff.

<sup>1257</sup> OLG Hamm, NStZ-RR 2013, 160 = juris Rdziff. 8

*„Für den Fall der Nichtannahme des Kaufangebotes durch den Käufer erhält der Verkäufer für die Vorhaltung des Grundstücks für die Zeit ab 19. September 1979 bis zur Kenntnissgabe der Nichtannahme bzw. Verfall der Optionsfrist 3 % über dem jeweiligen Bundesbankdiskontsatz, mindestens 8 % von 2.250.000,00 DM. Dieser Betrag ist sofort fällig und von der Fa. ... oder deren Rechtsnachfolger zu zahlen. ...“*

Nachträglich vereinbarten sowohl die Kläger als auch die Bauträger-Firma eine Verlängerung der Angebotsfrist bis zum 20.12.1979 und erhöhten den Zins auf 9 % für die Zeit vom 19.09. bis 15.11.1979 und auf 10 % für die Zeit vom 16.11. bis 20.12.1979. Der beklagte Notar war über diese Vereinbarungen unterrichtet, die nachträglichen Vereinbarungen wurden jedoch nicht beurkundet. Nachdem ein Grundstücksverkauf nicht zustande kam, gelangten die Parteien nach Überprüfung zu dem Ergebnis, eine Klage gegen die Bauträgerfirma auf Zahlung der Optionsentschädigung sei aussichtslos., weil die Vereinbarungen (Nachträge) nicht notariell beurkundet worden seien; nunmehr verlangten die Kläger von dem Notar Schadensersatz in Höhe der mit der Bauträgergesellschaft vereinbarten Optionsentschädigung und machten geltend, der Notar habe sie anlässlich der Beurkundung des Verkaufsangebots pflichtwidrig nicht darüber belehrt, dass zur wirksamen Vereinbarung der Optionsentschädigung die Vertragserklärungen von beiden Vertragsteilen hätten notariell beurkundet werden müssen. Wenn die Belehrung durch den Notar erfolgt wäre, so hätte auch die Bauträger-Gesellschaft deren Verpflichtungserklärung beurkunden lassen. Der auf diese Weise in Anspruch genommene Notar bestritt, dass den Klägern ein Schaden entstanden sei und behauptete dazu, dass der die Bauträgergesellschaft und deren persönlich haftende Gesellschafter seit November 1979 zahlungsunfähig und vermögenslos (geworden) seien. Mithin hätten die Kläger überhaupt gar keinen Anspruch auf die Optionsentschädigung mit Erfolg geltend machen können. Im Übrigen machte er ein Mitverschulden der Kläger geltend.

Nachdem die Vorinstanzen der Klage stattgegeben hatten, führte die Revision zur Aufhebung der Urteile und zur Zurückverweisung des Verfahrens an das Berufungsgericht. Der BGH nahm zwar an, dass durch den beklagten Notar eine Amtspflichtverletzung i. S. d. § 19 BNotO verwirklicht worden sei. Fraglich sei im vorliegenden Fall nur, ob den Klägern „infolge der Amtspflichtverletzung des Beklagten ein Schaden in der von ihnen behaupteten Höhe“ entstanden sei. Zunächst einmal sei die Frage aufzuwerfen, ob und inwieweit der Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens gegenüber einem Schadensersatzanspruch erhoben werden könne. Dies müsse allerdings vorliegend nicht entschieden werden. Denn der Beklagte erhebe diesen Einwand – bei Lichte betrachtet – überhaupt nicht. Ein solcher Einwand liege nur dann vor, wenn der Schädiger geltend mache, derselbe Schaden, der durch sein rechtswidriges Verhalten verursacht worden sei, wäre ansonsten auch durch pflichtgemäßes Verhalten herbeigeführt worden.

Darum gehe es aber vorliegend überhaupt nicht. Denn die Einbuße, die die Kläger erlitten hätten und geltend machten, bestünde darin, dass sie einen Rechtsanspruch gegen die Bauträgergesellschaft nicht erworben hätten. Die Feststellungen des Berufungsgerichts hätten ergeben, dass diese Einbuße bei pflichtgemäßem Verhalten des Beklagten gerade nicht eingetreten wäre. Etwas anderes behauptete auch der Beklagte gar nicht.<sup>1258</sup> Daraus folgt:

Es ist bei dem Sachvortrag der jeweiligen Partei (in der Regel: Beklagter) sorgfältig zu untersuchen, ob der Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens überhaupt erhoben wird oder aber ob sich die beklagte Partei darauf beschränkt, den Sachvortrag der klagenden Partei (substantiiert) zu bestreiten. Beides kann auseinanderfallen.

Eine weitere Überlegung tritt hinzu. Der Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens setzt die Feststellung voraus, dass das schädigerseitig zu verantwortende Verhalten (Tun/Unterlassen) für den Schaden kausal geworden ist. Erst danach erhebt sich die Frage, ob die auf der Pflichtverletzung basierenden Folgen billigerweise zugerechnet werden können.<sup>1259</sup> Auch dies hat der Sachvortrag des/der Beklagten angemessen zu berücksichtigen.

### *III. Hypothetische Herbeiführung des gleichen Ergebnisses nur durch rechtmäßiges Verhalten*

Bereits im Hinblick auf die Bezeichnung als rechtmäßiges Alternativverhaltens wird deutlich, dass sich der Schädiger (Beklagter) überhaupt nur dann auf diesen Einwand erfolgreich zu berufen vermag, wenn das Alternativverhalten, welches zu dem gleichen schädigenden Erfolg geführt hätte, rechtmäßig gewesen wäre. Es ist dem Schädiger mithin a priori verwehrt, sich auf ein solches (hypothetisches) Alternativverhalten zu berufen, welches rechtswidrig gewesen wäre.<sup>1260</sup>

### *IV. Aspekt des schuldlosen Alternativverhaltens*

Es sind Fallgestaltungen denkbar, in denen die beklagte Partei einwendet, dass sie bei sorgfältiger Handhabung der Angelegenheit auch ohne Schuldvorwurf, d. h. ohne Verschulden, zu dem gleichen (unzutreffenden) Ergebnis gelangt wäre; bei diesem Einwand handelt es sich um den des „schuldlosen Alternativverhaltens“,

---

<sup>1258</sup> BGH NJW 1986, 246 (247)

<sup>1259</sup> BGHZ 192, 298 (304) = NJW 2012, 850 (851), dort allerdings thematisch zur Arzthaftung; BGH WM 2002, 2325 (2326); BGH NJW 1996, 311 (312); BGH NJW 1992, 2694 (2695); Staudinger/Schiemann, BGB, § 249 Rdziff. 102, 107

<sup>1260</sup> Stein/Itzel/Schwall Rdziff. 167; Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 235; Rohlfing, BauR 2006, 947 (951); OLG München, Urt. v. 05.05.2011 – 1 U 3829/10 (juris Rdziff. 53); OLG Düsseldorf, Urt. v. 26.08.2009 – 18 U 73/08 (juris Rdziff. 54); OLG München, Urt. v. 28.05.2009 – 1 U 5121/08 (juris Rdziff. 30)

den die Rechtsprechung – zu Recht – nicht als rechtserheblich ansieht.<sup>1261</sup> Dies wird am ehesten durch folgende Sachverhaltsgestaltung transparent:

Der Kläger war Eigentümer eines in der beklagten Stadt gelegenen Grundstücks, welches sich in einem Zwangsversteigerungsverfahren befand. Der Kläger veräußerte dieses Grundstück, wobei der Kaufvertrag bzw. die Veräußerung der Genehmigung vonseiten der beklagten Stadt (nach dem damals geltend § 15 StBauFG) bedurfte. Der Kaufpreis betrug 3,35 Mio. DM. Die Beklagte versagte die Genehmigung, woraufhin das Grundstück zu einem Preis von 2,6 Mio. DM versteigert wurde. Nunmehr erhob der Kläger Amtshaftungsklage mit der Begründung gegen die Beklagte, dass diese rechtswidrig und schuldhaft die Genehmigung zur Veräußerung des Grundstücks verweigert hätte. Wäre nämlich diese Genehmigung rechtzeitig und ordnungsgemäß erteilt worden, hätte die Zwangsversteigerung abgewendet werden können und er hätte nicht den Schaden erlitten, den er in der Differenz zwischen dem Versteigerungserlös und den mit dem Kaufinteressenten ausgehandelten Kaufpreis beziffere. Die erste und zweite Instanz gaben der Klage auf 930.000,00 DM im Wesentlichen statt. Die Revisionen (von beiden Parteien) wurden nicht zur Entscheidung angenommen. Nachdem der BGH in dem Nichtannahmebeschluss festgestellt hatte, dass das Berufungsgericht zurecht von einer Amtspflichtverletzung ausgegangen sei, wurde auch die Schuldhaftigkeit der Amtspflichtverletzung angenommen. Nach Ansicht des BGH sei es unerheblich, ob die Beklagte auch bei pflichtgemäßer, sorgfältiger Arbeitsweise möglicherweise ohne Verschulden zu dem – objektiv unrichtigen – Ergebnis hätte gelangen können, dass im vorliegenden Fall der Verkehrswert deutlich verfehlt worden sei. Für die Feststellung der Ursächlichkeit einer Amtspflichtverletzung sei (soweit es sich nicht um eine Ermessensentscheidung handle) darauf abzustellen, wie die Behörde nach Auffassung des über den Ersatzanspruch urteilenden Gerichts richtigerweise hätte entscheiden müssen. Es komme nicht darauf an, ob die Behörde – wenn sie eine pflichtwidrig unterlassene Prüfung vorgenommen hätte – ohne Schuldvorwurf zu demselben (unzutreffenden) Ergebnis hätte gelangen können.<sup>1262</sup>

Eine ähnliche Sichtweise ist bei der Konstellation angezeigt, dass ein Grundstückseigentümer (oder sonst wie Berechtigter) die Erteilung eines für ihn günstigen Bauvorscheides beantragt. Haben die Beamten der Baubehörde einen Bauantrag pflichtwidrig nicht bearbeitet, indessen solange „geschoben“, bis das nach dem einschlägigen Kommunalrecht zuständige Gremium der Gemeinde/Stadt einen Aufstellungsbeschluss gefasst und infolgedessen Maßnahmen gem. §§ 14, 15

<sup>1261</sup> BGH NVwZ 2006, 245 (247); BGH NVwZ 1994, 409 (410); BGH VersR 1993, 1521 (1522); BGH NJW 1986, 2952 (2954); BGH NJW 1986, 1924 (1925), dort zur Ursächlichkeit für eine Dienstaufsichtsbeschwerde; OLG München, OLG-Report 2006, 486 (487); OLG Köln, VersR 1996, 456 (457), bestätigt durch Nichtannahmebeschluss des BGH NVwZ-RR 1996, 65

<sup>1262</sup> BGH VersR 1993, 1521 (1522); ebenso OLG Düsseldorf, Urt. v. 27.04.2005 - 15 U 98/03 (juris Rdziff. 143), insoweit nicht abgedruckt in NJW 2005, 1791 (1795)

BauGB getroffen hat, so kann einem Amtshaftungsanspruch nicht entgegengehalten werden, dass die Gemeinde/Stadt die Entscheidung über den Antrag hätte zurückstellen können. Denn der Ursachenzusammenhang zwischen der amts-pflichtwidrigen Untätigkeit der Gemeinde/Stadt und dem entstandenen Schaden entfällt dadurch nicht. Wenn einer Amtshandlung die materiell-rechtliche Grundlage fehlt und sich die Gemeinde/Stadt diese Rechtsgrundlage für ihr Handeln selbst hätte schaffen können und würde sie das – wenn ihr die Rechtswidrigkeit ihres tatsächlichen Handelns bewusst gewesen wäre – auch getan haben, so hindert dies die Annahme eines Kausalzusammenhangs zwischen Amtspflichtverletzung und Schaden nur dann, wenn die Behörde die materielle Rechtsgrundlage sich auch hätte schaffen **müssen**.<sup>1263</sup> Daraus folgt:

Ein von der beklagten Partei erhobener Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens kann also in derlei vergleichbaren Fällen bereits daran scheitern, dass eine Behörde nicht **verpflichtet** gewesen ist, ein Antragsbegehren (dort: Erteilung eines Bauvorbescheids) zurückzustellen.

#### *V. Keine inhaltliche Umkehrung der behördlichen Entscheidung*

Sofern der Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens zum Erfolg führen sollte und die gegen den Schädiger/Beklagten gerichteten Ansprüche durch Klageabweisung zurückgewiesen werden, so beruht dies letztlich auf einer hypothetischen Feststellung. Im Rahmen einer wertenden Betrachtung wird, nachdem ein pflichtwidriges Verhalten der Behörde festgestellt worden ist, untersucht, ob ein rechtmäßiges – unterstelltes – Verhalten der Behörde zu einem anderen Ergebnis geführt hätte. Derlei hypothetische Varianten führen zu dem Ergebnis, dass an die Stelle einer rechtswidrigen Verwaltungsentscheidung ein abweichender Verwaltungsakt mit u. U. wesentlich anderem rechtlichen Inhalt und auf unterschiedlicher Rechtsgrundlage, lediglich tatsächlich mit demselben Ergebnis gesetzt wird.<sup>1264</sup> Dieser vom BGH getroffene Ansatz leuchtet unmittelbar ein, führt man sich vor Augen, dass jede Behörde, die fehlsam entschieden hat, sich darauf zu berufen in der Lage wäre, dass sie auch in Kenntnis der Rechtswidrigkeit ihrer eigenen Entscheidung rechtmäßig hätte handeln können. Würde man dies bereits als Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens anerkennen, wäre Amtshaftungsansprüchen damit schlechthin der Boden entzogen. Eine Behörde muss sich billigerweise an der von ihr getroffenen (rechtswidrigen) Entscheidung festhalten lassen, sodass folgerichtig der (noch zu untersuchende) Anwendungsbereich des

<sup>1263</sup> OLG Hamburg, OLG-Report 2005, 497 (501) = juris Rdziff. 71, bestätigt durch Beschluss d. BGH v. 30.03.2006 - III ZR 67/05 n. v.; OLG Düsseldorf, Urt. v. 16.06.2004 - 18 U 159/03 (juris Rdziff. 37, 38); OLG München, OLG-Report 2002, 435 (438) = juris Rdziff. 132; OLG Koblenz, OLG-Report 2001, 34 (35) = juris Rdziff. 10; OLG Jena, NVwZ-RR 2001, 702 (704); OLG Köln VersR 1996, 456 (457), bestätigt durch Nichtannahmebeschluss des BGH NVwZ-RR 1996, 65; BGH VersR 1963, 1175 (1175)

<sup>1264</sup> BGHZ 143, 362 (366) = NVwZ 2000, 1206 (1207)

Einwandes rechtmäßigen Alternativverhaltens von vornherein restriktiv zu handhaben ist. Mit anderen Worten darf das Berufen auf diesen Einwand nicht dazu führen, dass sich die Behörde gleichsam in Widerspruch zu ihrer ursprünglich getroffenen, tatsächlichen Entscheidung begibt.<sup>1265</sup>

Hier schließt sich nun auch die vom BGH in diesen Zusammenhang gegebene Begründung der Bindungswirkung von verwaltungsgerichtlichen Urteilen an.<sup>1266</sup> Der BGH hatte angenommen, dass mit der Rechtskraft eines verwaltungsgerichtlichen Urteils der Behörde der Einwand abgeschnitten sei, sie (gem. § 15 BauGB) berechtigt gewesen, die Entscheidung über den Baugenehmigungsantrag auszusetzen. In jenem vom BGH zu entscheidenden Sachverhalt hatte die beklagte Stadt einen Antrag auf Erteilung der Genehmigung der Nutzungsänderung für den Betrieb einer Spielhalle zum Anlass genommen, darauf hinzuweisen, dass der derzeit noch geltende Bebauungsplan geändert werden solle und darin für das fragliche Gebiet Spielhallen für unzulässig erklärt werden sollten. Die Behörde verwies auf die Möglichkeit der Zurückstellung des Bauvorhabens gem. § 15 BauGB und bat um Auskunft, ob die Antragsteller den Antrag zurückziehen oder einen förmlichen (Zurückstellungs-)Bescheid wünschten. Die Kläger verwiesen auf mögliche Amtshaftungsansprüche der Behörde und hielten an dem Antrag weiter fest und reichten überdies Untätigkeitsklage bei dem zuständigen Verwaltungsgericht ein. Erst danach beschloss der Rat der beklagten Stadt, den maßgeblichen Bebauungsplan neu aufzustellen und beschloss weiterhin eine Veränderungssperre im Bereich des Bauleitplanentwurfs. Nachdem überdies ein (geänderter) Bebauungsplan aufgestellt worden war, stellen die Kläger die bisher mit einem Verpflichtungsantrag versehene Klage auf einen Fortsetzungsfeststellungsantrag um. In der Berufungsentscheidung wurde unter Hinweis auf die Bindungswirkung des (Fortsetzungsfeststellungs-)Urteils ausgeführt, der Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens sei deswegen bereits ausgeschlossen. Diesem Argument hatte sich der BGH (zu Unrecht) angeschlossen. Es ist bereits dargelegt worden, mit welchem Inhalt ein verwaltungsgerichtliches Urteil in Rechtskraft erwächst und inwieweit die Gründe eines solchen Urteils an der Rechtskraft teilnehmen.<sup>1267</sup> Mit der gegebenen Begründung vermag weder der Entscheidung des BGH noch der des OLG Köln gefolgt zu werden. Allerdings wird zu vergegenwärtigen sein, was der BGH – wie dargestellt – an anderer Stelle ausgeführt hat. Der Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens darf im Ergebnis nicht zu einer völligen Umkehrung der behördlichen Entscheidung führen, was natürlich auch in derlei Bauvorbescheids-Zurückstellungs-Fällen zu berücksichtigen ist. Würde man der Behörde bei derlei Konstellationen (Verweisung auf §§ 14, 15 BauGB auch bereits vor Fassung eines

---

<sup>1265</sup> OLG Koblenz, OLG-Report 2007, 445 (446); so auch OLG Bremen, OLG Report 2006, 819 (820): dort zu § 13 FEVG

<sup>1266</sup> BGH NVwZ-RR 1996, 65 (Nichtannahmebeschluss zu der Entscheidung OLG Köln VersR 1996, 456), vgl. dazu o. S. 326

<sup>1267</sup> s. o. S. 334 ff.

Aufstellungsbeschlusses) die Berufung auf ein rechtmäßiges Alternativverhalten zugestehen, so würde damit eine verwaltungsbehördliche Entscheidung in ihr Gegenteil verkehrt werden. Abgrenzungen dabei sind schwierig, zumal auch die Rechtsprechung selbst kein einheitliches Bild liefert. Nach einer Entscheidung des OLG Jena, auf die noch einzugehen sein wird, haftet eine Gemeinde unter dem Gesichtspunkt rechtmäßigen Alternativverhaltens auch dann nicht auf Schadensersatz, wenn die von einer Gemeinde erlassene Veränderungssperre aufgrund von Verfahrensfehlern ebenso rechtswidrig ist wie die darauf basierende Verweigerung des Einvernehmens gem. § 36 BauGB und wenn davon auszugehen ist, dass sie bei Kenntnis des Verfahrensfehlers die Veränderungssperre auf ordnungsgemäßem Verfahrensweg erlassen und damit auch ihr Einvernehmen mit der Folge einer negativen Bescheidung der Bauvoranfrage durch die Bauaufsichtsbehörde verweigert hätte, sodass das Bauvorhaben in jedem Fall an der Veränderungssperre gescheitert wäre.<sup>1268</sup>

#### *VI. Zwischenergebnis*

Die Auswertung der Rechtsprechung zeigt, dass der Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens im Prozess keineswegs schlechthin rechtserheblich ist. Vielmehr sind diesem Rechtsinstitut verschiedentliche Grenzen gesetzt, und zwar:

- Das Berufen auf rechtmäßiges Alternativverhalten im Amtshaftungsprozess ist von vornherein unerheblich, wenn es um Verfahrensgarantien bzw. verfassungsrechtlich eingeräumte Schutzrechte des Einzelnen geht, weil dann die Zulassung des Einwands rechtmäßigen Alternativverhaltens zu einer Aushöhlung dieser Rechte führen würde.
- Die richterliche Prüfung, ob der Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens erheblich sein kann, setzt voraus, dass der Schädiger sich darauf beruft. Dies ist nur dann der Fall, wenn der Schädiger mit seinem Prozessvortrag geltend macht, derselbe Schaden, der durch sein rechtswidriges Verhalten verursacht worden ist, wäre auch durch ein pflichtgemäßes Verhalten herbeigeführt worden. Trägt der Schädiger dies nicht vor, kann natürlich der Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens keine Rechtserheblichkeit beanspruchen. Überdies setzt der Einwand die Feststellung voraus, dass das vom Schädiger zu verantwortende Verhalten für den Schaden kausal geworden ist.

---

<sup>1268</sup> OLG Jena, NVwZ-RR 2001, 702, rechtskräftig durch - nicht veröffentlichten - Nichtannahmebeschluss des BGH v. 03.05.2001 - III ZR 55/00 -, vgl. insoweit auch BGH NVwZ 2004, 1143 (1144), **a. A.** OLG Hamburg, OLG-Report 2005, 497 (501)

- Nur dann, wenn sich der Schädiger auf ein Alternativverhalten beruft, welches rechtmäßig ist, ist dies auch rechtserheblich. Etwaißes rechtswidriges Alternativverhalten bleibt von vornherein unberücksichtigt.
- Ebenfalls unerheblich ist es, wenn der Schädiger vorträgt, dass er auch bei sorgfältiger Handhabung der Angelegenheit ohne Verschulden zu dem gleichen Ergebnis gelangt wäre. Dieses so genannte schuldlose Alternativverhalten bleibt ohne Relevanz im Rahmen der Kausalität.
- Unerheblich ist es darüber hinaus, wenn die den Schaden herbeiführende Behörde vorträgt, sie hätte eine Rechtsgrundlage für ihr Handeln jederzeit selbst schaffen können und hätte dies auch getan. Auf das rechtliche Können allein kommt es nicht an.
- Führt die Berücksichtigung des Einwands rechtmäßigen Alternativverhaltens im Ergebnis dazu, dass – bei wertender Betrachtung – ein unterstelltes rechtmäßiges Verhalten zu einem komplett anders lautenden, gegensätzlichen (hypothetischen) Ergebnis geführt hätte, muss der Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens ohne Relevanz bleiben. Der Grundsatz des Verbots widersprüchlichen Verhaltens führt im Ergebnis dazu, dass sich ein Träger der öffentlichen Gewalt für einen von ihm verursachten Schaden nicht allein unter Hinweis auf die Grundsätze rechtmäßigen Alternativverhaltens entziehen darf, indem er sich durch eine derartige Rechtskonstruktion in vollkommenen Widerspruch zu seiner rechtswidrigen Ausgangsentscheidung setzen würde.

#### D. Rechtserheblichkeit des Einwands rechtmäßigen Alternativverhaltens

Nachdem im vorherigen Abschnitt im Zuge einer Negativ-Abgrenzung untersucht worden ist, wann und unter welchen Voraussetzungen der Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens nicht (rechts-)erheblich ist, soll nunmehr herausgearbeitet werden, unter welchen Voraussetzungen der Einwand erheblich werden kann und demzufolge ein Amtshaftungsanspruch zu verneinen ist.

##### *I. Gerichtliche Entscheidungen in Bezug auf die Rechtserheblichkeit des Einwands rechtmäßigen Alternativverhaltens*

Ohne dass das rechtmäßige Alternativverhalten in der „Brandgassen-Entscheidung“<sup>1269</sup> ausdrücklich Erwähnung gefunden hat, wird doch dieser Fall regelmäßig in der Literatur als Belegstelle aufgelistet.<sup>1270</sup> Aufgrund einer so genannten Brandgassenaktion erließ der Oberbürgermeister der beklagten Stadt eine

<sup>1269</sup> BGHZ 20, 275

<sup>1270</sup> vgl. dazu nur Theißen S. 26



polizeiliche Verfügung, wonach das im Eigentum des Klägers stehende Vorderhaus abgerissen werden sollte. Im Zuge der Umsetzung dieser Verfügung wurde jedoch nicht nur das Vorderhaus, sondern auch das – ebenfalls im Eigentum des Klägers stehende – Hinterhaus abgerissen. Dafür begehrte der Kläger unter dem Gesichtspunkt der Amtspflichtverletzung Schadensersatz. Der BGH hob das Berufungsurteil auf und verwies die Angelegenheit zurück und führte – sinngemäß – aus, dass es als sicher gelten könne, dass das Hinterhaus auf jeden Fall aufgrund anderer Umstände ohnehin hätte abgerissen werden müssen. Denn das Hinterhaus war zum Zeitpunkt des schadenstiftenden Ereignisses bereits „anfällig“ und schon mit einer „Schadensanlage“ behaftet. Durch diese Umstände sei der Wert des Hinterhauses bereits entscheidend beeinträchtigt gewesen mit der weiteren Folge, dass es zum Zeitpunkt des Abbruchs schon „nichts mehr Wert“ gewesen sei mit der weiteren Folge, dass eine Beeinträchtigung der Vermögenslage des Klägers habe überhaupt nicht mehr erfolgen können.<sup>1271</sup>

Bei verfahrensmäßig fehlerhaften Handlungen hat der BGH ausgeführt, dass dem Amtshaftungsanspruch mit Erfolg der Einwand entgegengehalten werden könne, der Beamte hätte bei pflichtgemäßem Verhalten denselben Erfolg herbeiführen **müssen**.<sup>1272</sup> Wenig später konkretisierte der BGH in der „*Streitwertfestsetzungs-Entscheidung*“ diesen Ansatz im Zusammenhang mit Amtspflichtverletzung von Richtern bei der Festsetzung des Streitwertes für die Gebührenberechnung. In einem von ihm geführten Zivilprozess machte der Kläger neben einer Hauptforderung aus einem behaupteten Kontokorrentverhältnis zusätzlich Zinsen aus der nicht eingeklagten restlichen Hauptforderung geltend. In diesem Verfahren wurde der Streitwert durch das Gericht für die zusätzliche Zinsforderung – unter Heranziehung von § 9 ZPO – auf den zwölfwachen Jahresabzug der Zinsen festgesetzt, wobei an dieser Streitwertfestsetzung das Gericht trotz mehrfacher und ausführlich begründeter Gegenvorstellungen durch den Kläger festgehalten wurde. Im Rahmen des Amtshaftungsprozesses wurde u. a. klägerseitig die Behauptung aufgestellt, der zuständige Senat des Kammergerichts hätte seine Entscheidung in dieser Streitwertsache nicht in der gesetzlich vorgeschriebenen Besetzung von drei Richtern getroffen. Der BGH führte u. a. dazu aus, dass die vom Berufungsgericht angestellten Erwägungen, mit denen das Klagevorbringen als nicht entscheidungserheblich eingestuft worden seien, einer rechtlichen Überprüfung nicht standhalte. Der Kläger habe behauptet, dass bei dem Zustandekommen der Entscheidung das zuständige Prozessgericht nicht ordnungsgemäß besetzt gewesen sei. Würden aber Amtshaftungsansprüche aus verfahrensmäßig fehlerhaften

---

<sup>1271</sup> BGHZ 20, 275 (280/1)

<sup>1272</sup> BGH WM 2001, 1959 (1960); BGHZ 143, 362 (365); BGH UPR 1997, 71 (72) = BGHR BGB § 839 Abs. 1S. 1 Kausalität 10; BGH NJW 1995, 2778 (2780); BGH WM 1988, 1454 (1456); BGHZ 96, 157 (171); BGH NJW 1971, 239 (239); BGH VersR 1963, 1175 (1176); BGH, Urt. v. 30.05.1960 - III ZR 97/59; BGH, Urt. v. 29.02.1960 - III ZR 14/59; vgl auch BGHZ 63, 319 (325); BGH NJW 1959, 1316 (1317)

Handlungen einer Behörde oder einer Gerichts hergeleitet werden, so könne ihnen im Allgemeinen nicht entgegengehalten werden, die Entscheidung oder Maßnahme wäre auch bei Beachtung der Verfahrensvorschriften in gleicher Weise vorgenommen worden. Komme es im Rahmen der Prüfung, wie die Dinge bei verfahrensmäßig pflichtgemäßem Verhalten verlaufen wären, darauf an, wie die Entscheidung einer Behörde oder eines Gerichts ausgefallen wäre, so sei nicht darauf abzustellen, wie dieses Gericht tatsächlich entschieden hätte, sondern darauf, wie es nach Ansicht des über den Schadensersatzanspruch erkennenden Gerichts **richtigerweise** hätte entscheiden **müssen**.<sup>1273</sup>

In der „*Salmonellen-Entscheidung*“<sup>1274</sup> führte der BGH ebenfalls das Zusammenspiel zwischen Ursachenzusammenhang und rechtmäßigem Alternativverhalten an. Die Klägerin betrieb eine Fleisch- und Wurstwarenfabrik und verlangte von dem Freistaat Entschädigung in Höhe von 100.000,00 DM im Hinblick auf eine behördenseitig erlassene Anordnung, bestimmte Fleisch- und Wurstwaren zu vernichten. Diese Verfügung wurde erlassen, nachdem zahlreiche Erkrankungen an hochfieberhaften Brechdurchfällen aufgetreten waren und als Erreger eine Salmonellenart festgemacht werden konnte. Diese Salmonellenart trat im Betrieb der Klägerin auf, die als Zulieferer für die Polizeischule feststand, an der diese Erkrankungen vermehrt aufgetreten waren. Der BGH bestätigte den Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, wonach die Klägerseite nichts aus dem Umstand ableiten könne, dass die Anordnung nicht von dem (zuständigen) Landratsamt, sondern von einer unzuständigen Stelle, einer Stadtbehörde, erlassen worden sei. Liege lediglich ein Fehler hinsichtlich der Zuständigkeit vor, sei die Maßnahme als solche aber berechtigt und auch angesichts der Sachlage erforderlich gewesen, könne davon ausgegangen werden, dass das Landratsamt die Maßnahme selbst hätte ergreifen müssen und auch ergriffen hätte. Der Schaden wäre dann in gleicher Weise eingetreten.<sup>1275</sup>

In der „*Gewinnfeststellungs-Entscheidung*“<sup>1276</sup> hatte sich der BGH mit der Frage auseinanderzusetzen, inwieweit sich unrichtige Gewinnfeststellungsbescheide und die auf dieser Grundlage beigetriebenen Steuerrückstände zu einem wirtschaftlichen Schaden verdichten können, der dann zu der Annahme eines Amtshaftungsanspruchs (gegen das beklagte Land) führen könne. Nachdem die Kläger als Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) auf einem von ihnen erworbenen Grundstück vier Einfamilienhäuser errichtet hatten, wurden die Herstellungskosten für diese Häuser mit einem Schätzbetrag angegeben. Das zuständige Finanzamt akzeptierte diese Schätzung zunächst und erließ entsprechende Gewinnfeststellungsbescheide dies freilich unter dem Vorbehalt der Nachprüfung. Aus Anlass

---

<sup>1273</sup> BGHZ 36, 144 (154) = NJW 1962, 583 (584); ebenso: OLG München, OLG-Report 2002, 435 (437)

<sup>1274</sup> BGH VersR 1971, 175

<sup>1275</sup> BGH VersR 1971, 175 (175)

<sup>1276</sup> BGH NJW 1995, 2778

einer sich dann später anschließenden Betriebsprüfung konnten die Kläger die aufgewendeten Baukosten nicht durch entsprechende Belege nachweisen, was wiederum dazu führte, dass nur in einem erheblich geringeren Umfang Bau- bzw. Errichtungskosten anerkannt wurden, was wiederum zu erhöhten Gewinnen und den sich daraus ergebenden Steuerrückständen führte. Im finanzgerichtlichen Verfahren hob das Finanzgericht die ursprünglichen Gewinnfeststellungsbescheide mangels ordnungsgemäßer Bekanntgabe (Zustellung) auf. In einem weiteren finanzgerichtlichen Verfahren wurde der steuerlich maßgebliche Gewinn aus der fraglichen Zeit durch Vergleich festgestellt. Aufgrund dieses Vergleichs ergab sich, dass die aufgrund des Ursprungsbescheides geltend gemachten Steuerforderungen nicht bestanden. Im Hinblick auf die Zwischenzeitlich von dem zuständigen Finanzamt vorgenommene Beitreibung der Steuerrückstände machen die Kläger nunmehr Schadensersatz mit der Begründung geltend, sie seien zu Notveräußerungen von Vermögenswerten gezwungen worden und hätten dadurch einen nicht nur unerheblichen wirtschaftlichen Schaden erlitten. Der BGH hob die die Klage abweisenden Entscheidungen der Vorinstanzen auf und verwies die Sache zurück an das Berufungsgericht. Er führte zunächst aus, dass durch den finanzgerichtlichen Prozess eine verjährungsunterbrechende Wirkung eingetreten sei und verwies diesbezüglich auf seine parallele Rechtsprechung zur verjährungsunterbrechenden Wirkung der Inanspruchnahme von Primärrechtsschutz. Für die weitere Beurteilung durch das Berufungsgericht teilte der BGH mit, dass aufgrund des finanzgerichtlichen Urteils die Nichtigkeit des Ursprungsbescheides feststehe. Allerdings sei damit noch keine abschließende Feststellung zur materiellrechtlichen Frage getroffen, ob die Jahresgewinne nach den dem Finanzamt seinerzeit zur Verfügung stehenden Erkenntnisquellen zutreffend berechnet gewesen worden seien. In diesem Zusammenhang hatte der BGH nämlich den Einwand des beklagten Landes aufgegriffen, dass die Herstellungskosten nicht höher als ermittelt anzusetzen seien und dementsprechend auch die Gewinne nicht niedriger hätten angesetzt werden können. Die Kläger seien nämlich dem Verlangen der Finanzbehörde nicht nachgekommen, die Gläubiger der zur Herstellung der Häuser eingegangenen Verbindlichkeiten bzw. die Empfänger der insoweit erbrachten Leistungen genau zu benennen. Insoweit habe, so der BGH sich das Berufungsgericht diesen Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens wertend zu betrachten. Wenn sich der Hinweis des beklagten Landes als zutreffend herausstellen würde, dass die Nichtberücksichtigung der gesamten, von den Klägern angegebenen Herstellungskosten die von der Abgabenordnung (AO) selbst vorgesehene Sanktion dafür sei, dass die steuerpflichtigen Kläger dem Finanzamt die entsprechenden Schätzungsgrundlagen vorenthalten hätten, so wäre dadurch von vornherein dem Amtshaftungsanspruch die Grundlage entzogen.<sup>1277</sup>

---

<sup>1277</sup> BGH NJW 1995, 2778 (2780)

Die hier so genannte „*Shredderabfall-Entscheidung*“<sup>1278</sup> hat bereits eingangs Erwähnung gefunden<sup>1279</sup>, sodass auf die Darstellung des Sachverhalts insoweit verwiesen werden kann. In dieser Entscheidung hat sich der BGH auf die Gewinnfeststellungs-Entscheidung bezogen und ausgeführt, dass der Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens greife gegen solche Amtshaftungsansprüche durch, die sich auf verfahrensfehlerhaft zustande gekommene Entscheidungen gründen würden. Wenn bei – unterstelltem – ordnungsgemäßen Verfahren eine gleichlautende behördliche Entscheidung hätte ergehen müssen, führte dieser Einwand zur Verneinung des Amtshaftungsanspruchs. Daher wurde in jener Entscheidung wertend betrachtet, dass sich unter den von der Klägerin angelieferten Shredderabfällen auch Kühlschränke befunden hätten, die mit Kühlflüssigkeit und den darin enthaltenen Giftstoffen hätten kontaminiert sein können und für die Entsorgung auf der Deponie daher ungeeignet gewesen seien. Da zwischen den Beteiligten aber unstrittig gestellt werden konnte, dass das Ergebnis gerechtfertigt und lediglich der Verfahrensweg fehlerhaft gewesen sei, griff in jenem Fall der Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens durch.

Nach Auffassung des OLG Celle haften eine Gemeinde bzw. eine Stadt bei eingetretenen Schäden infolge eines nicht fachgerecht angelegten Entwässerungssystems dann nicht, wenn der Schaden auch bei rechtmäßigem Alternativverhalten der Gemeinde eingetreten wäre.<sup>1280</sup> Nach näherer Maßgabe dieser Entscheidung hatte ein Sachverständiger zwar die nicht fachgerechte Anlegung des Entwässerungssystems festgestellt, insbesondere darauf hingewiesen, dass die Regenwasserkanäle nicht ausreichend dimensioniert gewesen seien, gleichzeitig aber auch ausgeführt, dass der vorliegend eingetretene Schaden ebenso entstanden wäre, wenn diese Fehler durch die Kommune vermieden worden wären.

Auch in der hier so genannten „*Bauvoranfrage-Entscheidung*“<sup>1281</sup> hat das OLG Jena den Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens für beachtlich gehalten. Aus abgetretenem Recht machte die Klägerin Schadensersatz- und Entschädigungsansprüche geltend, weil der Sohn der Klägerin geplant hatte, ein ihm gehörendes Grundstück mit einem SB-Discountmarkt zu bebauen und aus diesem Grund eine Bauvoranfrage gestellt hatte. Diese Bauvoranfrage wurde zunächst nicht bearbeitet. Etwa vier Monate später versagte der Rat der beklagten Stadt das gemeindliche Einvernehmen und beschloss gleichzeitig die Aufstellung eines Bebauungsplans für das betreffende Areal und erließ zudem eine Veränderungssperre. Mit Rücksicht auf das verweigerte gemeindliche Einvernehmen lehnte auch die Bauaufsichtsbehörde den Erlass eines positiven Bauvorbescheides ab; bereits zuvor war Untätigkeitsklage erhoben worden. Durch rechtskräftiges Urteil wurde das Land verpflichtet, den Bauvorbescheid zu erteilen, was dann auch geschah. Nun-

---

<sup>1278</sup> BGH UPR 1997, 71

<sup>1279</sup> s. o. S. 305 ff.

<sup>1280</sup> OLG Celle, OLG-Report 1999, 372

<sup>1281</sup> OLG Jena, NVwZ-RR 2001, 702

mehr erhob die Klägerin, nachdem an sie etwaige Amtshaftungsansprüche abgetreten worden waren, Klage im Hinblick auf Kosten für die Finanzierung des Grundstückserwerbs und die Zinsschäden. Das OLG Jena bejahte zwar eine Amtspflichtverletzung und sah sich frei in der Beurteilung der Rechtsfrage, ob eine Haftung nicht unter dem Gesichtspunkt rechtmäßigen Alternativverhaltens ausscheiden müsse. Ausgehend von den höchstrichterlichen Grundsätzen könne zwar nicht die Kausalität zwischen der – rechtswidrigen – Veränderungssperre und der darauf basierenden Verweigerung des Einvernehmens und den behaupteten Schäden verneint werden; gleichwohl könnten der beklagten Stadt die Folgen von deren pflichtwidrigen Verhalten nicht zugerechnet werden. Der vorliegende Sachverhalt lasse sich nicht denjenigen Fällen zuordnen, in denen das rechtmäßige Alternativverhalten unbeachtlich sein müsse, weil lediglich ein rechtliches Können, nicht jedoch ein rechtliches Müssen in Betracht komme. Vielmehr gebiete eine wertende Betrachtung, von einem Ausnahmefall auszugehen, weil feststehe, dass die beklagte Stadt denselben Erfolg (Veränderungssperre und Versagung des gemeindlichen Einvernehmens mit der Folge einer Negativbescheidung der Bauvoranfrage durch die Bauaufsichtsbehörde) auf rechtmäßige Weise herbeigeführt hätte, und zwar dann, wenn ihr die nach Ansicht des VG Gera beim Erlass der Veränderungssperre unterlaufenen Verfahrensfehler bewusst gewesen seien.<sup>1282</sup> Diese Entscheidung des OLG Jena wurde durch den nicht mit Gründen versehenen Nichtannahmebeschluss des BGH rechtskräftig.<sup>1283</sup>

Eine ähnliche Sachverhaltskonstellation liegt der „*Windenergieanlagen-Entscheidung*“<sup>1284</sup> zugrunde. Die Klägerin warf den Beklagten verzögerliche Bearbeitung von Bauvoranfragen und deren abschlägige Bescheidung nach Änderung des Flächennutzungsplanes vor und bezog sich auch das zwischenzeitlich versagte gemeindliche Einvernehmen. Hinsichtlich des weiteren Sachverhalts wird auf die bereits erfolgte Darstellung<sup>1285</sup> verwiesen. Insofern konnte der BGH in dieser Entscheidung darauf zurückgreifen, dass die zuständige Gemeinde durch deren Rat den Planungswillen bereits eindeutig kundgetan hatte. Die Umsetzung bzw. Realisierung dieses Planungswillens war an Verfahrensfehlern gescheitert; insoweit konnte allerdings der BGH – wiederum im Wege wertender Betrachtung – davon ausgehen, dass auch bei einem rechtmäßigen Verhalten der Gemeindeorgane ein gleiches Ergebnis zutage gefördert worden wäre. Die Endentscheidung hätte also auch bei Einhaltung der Verfahrensvorschriften nicht anders ausfallen können. Dies hat das Gericht seiner Entscheidung zugrunde gelegt und dementsprechend die Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision zurückgewiesen.<sup>1286</sup>

---

<sup>1282</sup> OLG Jena, NVwZ-RR 2001, 702 (704)

<sup>1283</sup> BGH, Beschl. v. 03.05.2001 - III ZR 55/00, n. v., vgl. aber insoweit die Hinweise in BGH, NVwZ 2004, 1143 (1144) sowie Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 232

<sup>1284</sup> BGH NVwZ 2008, 815

<sup>1285</sup> s. o. S. 301 ff.

<sup>1286</sup> BGH NVwZ 2008, 815 (816); vgl. auch BGH NVwZ 2004, 1143 (1144) = juris Rdziff. 13

Auch in einer Entscheidung des OLG München ging es um die Wirksamkeit einer Veränderungssperre. Für die Errichtung eines Verbrauchermarktes reichte der Kläger einen Antrag auf Erteilung eines Bauvorbescheides ein. Unter gleichzeitiger Verweigerung des gemeindlichen Einvernehmens wurde der Antrag des Klägers bei dem zuständigen Landratsamt vorgelegt. Nachdem sich bei dem Landratsamt eine Zulässigkeit herauskristallisiert hatte, beschloss der Rat der Gemeinde die Aufstellung eines qualifizierten Bebauungsplanes, demzufolge das Vorhaben des Klägers nicht mehr zulässig war. Gleichzeitig wurde eine Veränderungssperre erlassen. Im Zuge eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens wurde im Rahmen der II. Instanz festgestellt, dass dem Kläger bis zum Inkrafttreten der Veränderungssperre ein Anspruch auf positive Verbescheidung seines Antrags zugestanden hatte. Sodann erhob der Kläger Amtshaftungsklage und begehrte die Zahlung von etwa 500.000,00 €. Das Gericht führte aus, dass die verzögerte Bearbeitung des Bauvorbescheidantrages für sich genommen eine Haftung nicht trage, vielmehr sei zusätzlich zu prüfen, wie sich die Lage bei rechtmäßigem und amtspflichtgemäßem Vorgehen des Landratsamtes gestaltet hätte. Das Gericht führte auch aus, dass dem Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens nicht deshalb von vornherein der Boden entzogen sei, weil die Veränderungssperre unwirksam gewesen sei. Die Veränderungssperre konnte durch deren erneute Bekanntmachung gem. § 215 a Abs. 2 BauGB a. F. rückwirkend in Kraft gesetzt werden. Insoweit bezog sich das OLG München für die Begründung seiner klageabweisenden Entscheidung ebenfalls auf das Urteil des OLG Jena. Denn diese vom BGH gebilligte Entscheidung lasse es für das Durchgreifen des Einwandes rechtmäßigen Alternativverhaltens ausreichend erscheinen, dass die Gemeinde, wenn diese den Formfehler der Veränderungssperre nur erkannt hätte, auch ohne Weiteres fehlerfrei hätte erlassen können.<sup>1287</sup>

Das OLG Karlsruhe hat den Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens als erheblich für den Fall angesehen, dass die Bescheidung einer Bauvoranfrage zwar verspätet erfolgt sei, die Voraussetzungen für eine Zurückstellung des Bauvorhabens (§ 15 Abs. 1 S. 1 BauGB) indessen schon vor Fristablauf vorgelegen hätten und der Antragsteller auf diesen Umstand auch hingewiesen worden sei.<sup>1288</sup>

Colorandi causa sei darauf hingewiesen, dass der Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens nicht nur bei einem Amtshaftungsprozess berücksichtigt werden muss; vielmehr bezieht auch die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung diesen Aspekt in deren Überlegungen mit ein, und zwar im Rahmen des bei einer Fortsetzungsfeststellungsklage (§ 113 Abs. 1 S. 4 VwGO) zu überprüfenden Fortsetzungsfeststellungsinteresses. Die Zulässigkeit einer derartigen Fortsetzungsfeststellungsklage bzw. ein besonderes Feststellungsinteresse ist u. a. dann zu bejahen, wenn das Klageverfahren bedeutsam (präjudiziell) für einen künftigen oder bereits

---

<sup>1287</sup> OLG München, Urt. v. 28.05.2009 - 1 U 5121/08 (juris Rdziff. 46, 49)

<sup>1288</sup> OLG Karlsruhe, Urt. v. 01.09.2011 - 12 U 88/11, gefunden bei Itzel, MDR 2013, 197 (199, dort zu FN 39)

eingeleiteten Amtshaftungsprozess ist. Insoweit trifft den Kläger die Verpflichtung, substantiiert dazutun, was er anstrebt; er hat mithin die tatbestandlichen Voraussetzungen des Amtshaftungsanspruchs auch im Rahmen der Fortsetzungsfeststellungsklage schlüssig darzustellen.<sup>1289</sup> In einem solch gelagerten Fall hatte das OVG Münster ausgeführt, dass das Rechtsschutzbedürfnis für einen solchen Fortsetzungsfeststellungsantrag unter dem Aspekt der Präjudizialität für einen Amtshaftungs-/Entschädigungsrechtsstreit nur dann zu verneinen sei, wenn die beabsichtigte Klage vor den Zivilgerichten offensichtlich aussichtslos sei. Das Gericht ging also davon aus, dass im Rahmen einer so genannten Fortsetzungsfeststellungsklage eine Inzident-Prüfung in Bezug auf die Präjudizialität stattzufinden habe. Mithin habe ein Verwaltungsgericht auch den sich ggf. aufdrängenden Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens von Amts wegen zu berücksichtigen. In dieser Entscheidung konnte das Gericht davon ausgehen, dass der zur Unwirksamkeit der Sanierungssatzung führende Bekanntmachungsfehler von vornherein vermieden worden wäre.<sup>1290</sup> Das Gericht ging bei seiner Bewertung davon aus, dass die Klägerin in jenem Verfahren mit deren Zulassungsantrag konkret hätte darlegen müssen, aus welchen Gründen eine Inanspruchnahme der beklagten Behörde auf Schadensersatz wegen rechtswidriger Versagung des beantragten Bauvorbescheids auch unter Berücksichtigung des Einwands rechtmäßigen Alternativverhaltens nicht offensichtlich ausgeschlossen gewesen sei. Da der Berufungszulassungsantrag kein entsprechendes Vorbringen enthalten hatte, wurde der Antrag (auch aus anderen Gründen) zurückgewiesen.

## *II. Schlussfolgerungen für die Rechtserheblichkeit*

Für die Frage, ob und inwieweit im Amtshaftungsprozess der – beklagtenseitig erhobene – Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens zur Klageabweisung führen kann, ist zunächst nach der Art behördlichen Handelns zu differenzieren.

### 1. Tatsächliches Behördenhandeln

Für den Fall, dass es sich nicht um eine Äußerung in Form eines Verwaltungsakts handelt, sondern es vielmehr um tatsächliches Handeln in Gestalt z. B. der Schaffung eines Entwässerungssystems<sup>1291</sup> geht, ist schlicht zu hinterfragen, ob der eingetretene Schaden hätte vermieden werden können, wenn die Behörde anders

<sup>1289</sup> BVerwG, Urt. v. 23.01.2007 - 1 C 1/06 (juris); BVerwG, Beschl. v. 09.03.2005 - 2 B 111/04 (juris); BVerwG Buchholz 310 § 113 Abs. 1 VwGO Nr. 21; BVerwGE 121, 169; BVerwG Buchholz 310 § 113 Abs. 1 VwGO Nr. 17; BVerwG NVwZ 1999, 404; BVerwGE 72, 172; BayVGh, Beschl. v. 24.10.2011 - 8 ZB 10.957 (juris Rdziff. 13); OVG Lüneburg, Beschl. v. 29.08.2007 - 10 LA 31/06 (juris Rdziff. 6, 9); VG München, Urt. v. 20.10.2011 - M 10 K 11, 1108 (juris Rdziff. 32); Kopp/Schenke, VwGO, § 113 Rdziff. 136 f; Eyermann/Schmidt, VwGO, § 113 Rdziff. 85 ff.; Posser/Wolf/Decker, VwGO, § 113 Rdziff. 87; Wolf in: Sodan/Ziekow, VwGO, § 113 Rdziff. 278 f.

<sup>1290</sup> OVG Münster, Beschl. v. 01.09.2011 - 2 A 1335/10 (juris Rdziff. 19 ff., 29)

<sup>1291</sup> vgl. insoweit den Sachverhalt bei OLG Celle, OLG-Report 1999, 372

gehandelt hätte. Ist diese Frage indes (ggf. gestützt durch eine sachverständige Äußerung) zu verneinen, so muss dies durch das Zivilgericht im Amtshaftungsprozess dahingehend zu berücksichtigen sein, den Klageanspruch zu verneinen.

## 2. Verwaltungsbehördliches Handeln in Gestalt eines Verwaltungsakts

Die vorgenannten Entscheidungen zeigen, dass der Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens vornehmlich bei solchen Konstellationen Bedeutung erlangt, in denen es um verwaltungsbehördliche Entscheidungen, insbesondere Verwaltungsakte geht. Insbesondere, wenn sich diese verwaltungsbehördlichen Entscheidungen (Verwaltungsakte) als verfahrensfehlerhaft herausgestellt haben, erhebt sich die Frage, ob bei Einhaltung eines ordnungsgemäßen

Verwaltungsverfahrens eine gleichlautende behördliche Entscheidung hätte ergehen **müssen**. Ist diese Frage zu bejahen, ohne dass es dabei auf die Mitwirkung einer anderen Behörde ankommt, erweist sich der Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens als durchgreifend.

Anlass für weiterführende Überlegungen gibt die Veränderungssperren-Konstellation. Das OLG Jena hatte in der bereits in Bezug genommenen Entscheidung ausgeführt, dass grundsätzlich zwar das rechtmäßige Alternativverhalten dann erst beachtlich sein könne, wenn nicht nur ein rechtliches Können, vielmehr ein rechtliches Müssen in Betracht zu ziehen sei. Das OLG Jena verwies allerdings auch darauf, dass es sich bei dem Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens letztlich um eine Wertung handele. Besonderheit des Ausgangsverhaltens war für das OLG Jena, dass sich das der Behörde eingeräumte Ermessen bereits konkretisiert hatte; deren Stadtrat hatte eindeutig eine Willensrichtung dahingehend gezeigt, einen Bebauungsplan aufzustellen, und gleichzeitig wurde in jener Entscheidung zur Sicherung der zukünftigen Planung eine Veränderungssperre erlassen und – darauf aufbauend – das gemeindliche Einvernehmen verweigert. Bei dieser Ausgangskonstellation führt eine wertende Betrachtung zu dem Ergebnis, dass sich ein formeller rein baurechtlicher Fehler zwar dahingehend auswirken kann, dass die Veränderungssperre als unwirksam zu betrachten sein könnte. Haftungsrechtlich führt dies aber nicht automatisch zu der Konsequenz, dass die Körperschaft wegen der Fehlerhaftigkeit der Veränderungssperre ebenfalls die Verantwortung zu übernehmen hätte. Gelingt mithin in einer derartigen Veränderungssperren-Konstellation der Behörde der Nachweis, dass deren Willensbildung bei Erlass der Veränderungssperre eindeutig und unabänderlich gewesen ist, so greift auch insoweit der Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens in rechtserheblicher Weise durch. Folgende Prüfungsreihenfolge ist in derlei Veränderungssperren-Konstellationen zu beachten:



### 1. Stufe:

Zunächst einmal ist es notwendig, dass eine behördenseitige Kundgabe des Planungswillens (z. B. im Bereich des Baurechts) vorliegt. Wenn die jeweiligen Planungsstände bei den Bau-(Aufsichts-)Behörden keine Grundlage für die Annahme eines behördenseitigen Willens geben, so wird in aller Regel bei den Fallkonstellationen im Zusammenhang mit §§ 14, 15 BauGB der Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens für die Beklagten nicht zielführend sein. Entscheidend ist, dass sich erkennen lässt, welchen eindeutigen Planungswillen die Behörde gehabt hat.

### 2. Stufe:

Die behördlicherseits abgegebene Entscheidung (z. B. Verwaltungsakt oder Satzung) erweist sich als (verfahrens-)fehlerhaft; dies wird in aller Regel durch eine rechtskräftige verwaltungsgerichtliche Entscheidung erwiesen sein.

### 3. Stufe:

Anhand der bereits getätigten Kundgabe des Planungswillens lässt sich auch ermitteln, dass die andere, d. h. hypothetische, indes auf ordnungsgemäßem Weg zustande gekommene behördliche Entscheidung nicht anders ausgefallen wäre. Für den Fall, dass eine materiell-rechtliche Grundlage für die behördliche Entscheidung gefehlt hat, kommt es weiterhin darauf an, dass die Behörde bei pflichtgemäßer Handlungs- und Vorgehensweise diese Rechtsgrundlage **selbst** hätte schaffen **können** und auch **müssen**; davon kann in der Regel ausgegangen werden, wenn es bereits eine eindeutige behördliche Willensbetätigung (z. B. Beschluss, einen Bebauungsplan aufzustellen) gibt. Kann die Behörde die fehlende Rechtsgrundlage nicht kraft alleiniger Zuständigkeit schaffen, sondern hätte es der Mitwirkung einer anderen Behörde bedurft, kann in der Regel der Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens nicht zielführend sein.<sup>1292</sup>

Mit anderen Worten greift dieser Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens nur dann, wenn definitiv feststeht, dass der Schaden auch bei einem pflichtgemäßen Verhalten der Behörde eingetreten wäre. Besteht lediglich die Möglichkeit, dass der Schaden auch bei rechtmäßiger Verhaltensweise hätte herbeigeführt werden können, ist dies eine Frage nach der (haftungsausfüllenden) Kausalität.

### 3. Sonderfall der sog. Normverwerfungskompetenz

Bebauungspläne (oder sonstige städtische Satzungen) können mehr oder weniger geraume Zeit nach ihrem Inkrafttreten unwirksam, z. B. funktionslos, werden.

---

<sup>1292</sup> vgl. BGHZ 63, 319 (325), wonach die entsprechende Rechtsverordnung nur mit parlamentarischer Mitwirkung hätte geschaffen werden können; vgl. auch OLG Hamm, Urt. v. 03.05.2013 – 11 U 88/11, juris Rdziff. 160 f.

Geht es um die konkrete Rechtsanwendung auf der Grundlage dieser als unwirksam/funktionslos identifizierten Satzung, sieht sich die Verwaltung vor das Dilemma gestellt, ob sie die Satzung (weil evtl. unwirksam/funktionslos) unberücksichtigt lassen darf bzw. muss oder in jedem Fall (weil kommunal gesetztes und daher zu beachtendes Recht) zu berücksichtigen hat, wenn es z. B. um den Erlass eines VA geht. Die Frage nach der sog. Normverwerfungskompetenz hat bei der Amtshaftung nicht nur Bedeutung im Bereich des Verschuldens, sondern auch beim rechtmäßigen Alternativerhalten:

Hätte ggf. eine korrekte Umgangs-/Verfahrensweise bei einer für unwirksam gehaltenen Satzung (z. B. ein funktionslos gewordener Bebauungsplan) zu dem gleichen, von der Verwaltung gefundenen Ergebnis (z. B. Nichterlass eines beantragten VA) geführt? Kann es mit anderen Worten einem Träger öffentlicher Verwaltung bzw. einer Anstellungskörperschaft zum Nachteil gereichen, wenn z. B. eine beantragte Baugenehmigung auf der Grundlage eines Bebauungsplans versagt wird, ein solcher VA indessen in verwaltungsgerichtlichen Verfahren erstritten wird, weil der Bebauungsplan funktionslos geworden ist?

Die Problematik der Normverwerfungskompetenz würde bereits an anderer Stelle ausführlich erörtert<sup>1293</sup>, so dass, um Wiederholungen zu vermeiden, darauf verwiesen werden darf.

Die Auswertung der dort erwähnten amtshaftungsrechtlichen Rechtsprechung führt zu dem Ergebnis, dass die Bediensteten der Baugenehmigungsbehörde zwar dann amtspflichtwidrig handeln, wenn sie einen unwirksamen Bebauungsplan anwenden.<sup>1294</sup> Nur:

Es bedarf in amtshaftungsrechtlicher Hinsicht einer (hypothetischen) Parallel-Betrachtung dahingehend, wie die Behörde entschieden hätte, wenn sie den – vom BGH angedeuteten<sup>1295</sup> – Musterweg beschritten hätte. Wäre das gleiche Ergebnis erzielt worden, kommt (unter den weiteren Voraussetzungen) der Einwand rechtmäßigen Alternativerhaltens in Betracht.

#### 4. Zwischenergebnis

Eingangs wurde die Frage erörtert, ob es möglich sei, die Thematik im Zusammenhang mit dem rechtmäßigen Alternativerhalten einer gewissen Systematik zugänglich zu machen. Dies dürfte vor dem Hintergrund der dargestellten Rechtsprechung schwierig bis unmöglich sein. Allenfalls ist es möglich, stets wiederkehrende Grundsätze herauszuarbeiten; dabei ist freilich zu berücksichtigen, dass es für die den jeweiligen Einzelfall entscheidenden Gerichte auch und vor allem um eine wertende Betrachtung der Frage geht, ob einem Schadensverursacher die Folgen seines amtspflichtwidrigen Verhaltens billigerweise zugerechnet werden können. Dies vorausgeschickt ist unter folgenden Voraussetzungen von einer

---

<sup>1293</sup> s.o.S. 229 ff.

<sup>1294</sup> BGH NVwZ 2013, 167 (168); BGH NVwZ 2004, 1143 (1144); BGH NVwZ 1987, 168 (169)

<sup>1295</sup> BGH NVwZ 2013, 167 (168) = juris Rdziff. 20

Rechtserheblichkeit des Einwandes rechtmäßigen Alternativverhaltens auszugehen:

- Rechtmäßiges Alternativverhalten ist rechtserheblich, wenn der Behörde ein Verfahrensfehler unterlaufen war und sie bei einem – unterstellten – ordnungsgemäßem Verfahren zur gleichen Entscheidung hätte kommen müssen oder sofern sie selbst eine fehlende Rechtsgrundlage pflichtgemäß hätte schaffen müssen.
- Wenn einer Behörde z. B. im Rahmen eines Planungsverfahrens ein Verfahrensfehler unterlaufen ist und lediglich ein rechtliches Können, nicht hingegen ein rechtliches Müssen in Betracht kommt, kann gleichwohl der Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens zur Abweisung des Amtshaftungsanspruchs führen, wenn aufgrund eines eindeutigen objektivierbaren Behördenwillens feststeht, dass dasselbe Ergebnis auf rechtmäßige Weise herbeigeführt worden wäre. Dabei darf indes ein solches Ergebnis nicht von der Mitwirkung einer anderen Behörde abhängig sein.

Unter den soeben dargestellten einschränkenden Voraussetzungen, die jeweils auf den Einzelfall bezogen werden müssen, kann der Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens Rechtserheblichkeit beanspruchen.

### *III. Anspruchskonkurrenz zum enteignungsgleichen Eingriff*

Zwischen dem Amtshaftungsanspruch gem. § 839 Abs. 1 S. 1 BGB i. V. m. Art. 34 S. 1 GG und dem Entschädigungsanspruch aus enteignungsgleichem Eingriff kann eine (echte) Anspruchskonkurrenz bestehen.<sup>1296</sup> Der Amtshaftungsanspruch ist auf Ersatz des vollen Schadens gerichtet, der Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff gewährt hingegen (lediglich) eine „angemessene Entschädigung“, wobei der Kläger eine Entschädigung für den erlittenen „Substanzverlust“ zu beanspruchen berechtigt ist, den er dadurch erlitten hat, dass er zumindest zeitweise in der baulichen Ausnutzung seines Grundstücks behindert wurde. Dabei ist regelmäßig auf die Bodenrente abzustellen.<sup>1297</sup>

Im Amtshaftungsprozess ist nicht von Bedeutung, ob der Kläger sein Klagevorbringen auch ausdrücklich auf einen enteignungsgleichen Eingriff gestützt hat; ausschlaggebend ist vielmehr, ob sich die von dem Kläger begehrte Rechtsfolge (Zahlung) auch aus dem Rechtsinstitut des enteignungsgleichen Eingriffs herleiten lässt. Insofern hat der Kläger den Vorteil, dass der solchermaßen gestützte Entschädigungsanspruch verschuldensunabhängig ist. Der Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff ist verschuldensabhängig.

<sup>1296</sup> BGH NVwZ-RR 2003, 403 (403); BGH NVwZ 2002, 124 (125); BGH NVwZ 1998, 1329 (1330); BGHZ 136, 182 (184) = NJW 1997, 3432 (3433); Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 485

<sup>1297</sup> BGH NVwZ 2002, 124 (125); BGHZ 125, 258 (265); BGH NVwZ 1992, 1119 (1120)

nungsgleichem Eingriff setzt (lediglich) voraus, dass rechtswidrig in eine durch Art. 14 GG geschützte Rechtsposition von hoher Hand unmittelbar eingegriffen worden ist, diese hoheitliche Maßnahme eine Beeinträchtigung des Eigentums herbeigeführt hat und dem Berechtigten dadurch ein besonderes, anderen Personen nicht zugemutetes Opfer für die Allgemeinheit auferlegt worden ist. Als ein enteignungsgleicher Eingriff ist von der Rechtsprechung zwar die rechtswidrige Ablehnung eines Bauvorbescheides angesehen worden.<sup>1298</sup> Indessen wird bei derlei Konstellationen zu differenzieren sein, ob der/die Geschädigte tatsächlich auch Eigentümer(in) des betroffenen Grundstücks ist. Hat er/sie lediglich den Status eines Antragstellers im Bauvorbescheidverfahren, so muss überprüft werden, ob überhaupt eine schutzfähige Rechtsposition betroffen sein kann:

Die Ablehnung einer Bauvoranfrage eines Dritten beeinträchtigt grundsätzlich nicht die Rechtsposition des am Verfahren selbst nicht beteiligten Grundstückseigentümers.<sup>1299</sup> Als geschützt werden allenfalls konkrete subjektive Rechtspositionen angesehen, nicht aber Chancen/Aussichten, auf deren Realisierung kein gesicherter Anspruch besteht.<sup>1300</sup>

Das Merkmal der „Unmittelbarkeit“ wird von der Rechtsprechung als haftungsbegrenzendes Kriterium verwendet; auf diese Weise werden nicht nur Fragen im Bereich der Kausalität, sondern auch Fragen der wertenden Zurechnung von Schadensfolgen sowie die Abgrenzung zwischen Risikobereichen von Betroffenen und Staat behandelt.<sup>1301</sup> Vor dem Hintergrund der vorstehenden Ausführungen zum Bereich des Einwands rechtmäßigen Alternativverhaltens stellt sich die Frage, ob dieses Rechtsinstitut im Bereich des enteignungsgleichen Eingriffs zur Anwendung kommen kann. Dies wird in der Rechtsprechung offenbar nicht einheitlich gesehen. Zum Teil wird – ohne Begründung – die Auffassung vertreten, es sei zweifelhaft, ob der Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens im Rahmen des Anspruchs aus enteignungsgleichem Eingriff anwendbar sei.<sup>1302</sup> In der zivilrechtlichen Instanzrechtsprechung scheitern Ansprüche aus enteignungsgleichem Eingriff hingegen aus dem gleichen Grund wie der Amtshaftungsanspruch an einem etwaigen Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens.<sup>1303</sup>

Es sind keinerlei Gründe dafür erkennbar, dass sich im Bereich der Kausalität bzw. im Bereich der Zurechnung Erwägungen aufdrängen, die zu einer differenzierenden Betrachtung zwingen. Die – nicht näher begründeten – Zweifel des VGH Baden-Württemberg werden hier nicht geteilt. Im Ergebnis können daher

<sup>1298</sup> BGH NVwZ 2002, 124 (125); BGH NVwZ 1998, 1329 (1330); BGHZ 125, 258 (264) = NJW 1994, 1647 (1648)

<sup>1299</sup> BGHZ 125, 258 (267); Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 454

<sup>1300</sup> BGH NVwZ 1986, 689 (690) = juris Rdziff. 34

<sup>1301</sup> Tremml/Karger/Luber Rdziff. 397; Ossenbühl/Cornils S. 302 f.; BGHZ 125, 19 (21)

<sup>1302</sup> VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 01.03.2012 - 5 S 1749/10 (juris Rdziff. 44); VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 27.10.2010 - 5 S 875/09 (juris Rdziff. 109)

<sup>1303</sup> OLG Jena, NVwZ-RR 2001, 702 (704), bestätigt durch Nichtannahmebeschluss des BGH v. 03.05.2011 - III ZR 55/00, n.v., vgl. insoweit auch BGH NVwZ 2004, 1143 (1144)

sowohl Amtshaftungsansprüche als auch Ansprüche aus enteignungsgleichem Eingriff daran scheitern, dass – vor allem bei Fallkonstellationen rechtswidrig nicht erteilter begünstigender Bauverwaltungsakte – die begehrten Bescheide auch bei rechtmäßigem Verhalten nicht hätten erteilt werden dürfen und tatsächlich erteilt worden wären.<sup>1304</sup>

#### E. Zur Darlegungs- und Beweislast sowie zum Beweismaß im Amtshaftungsprozess

Mitunter findet sich in Rechtsprechung und Literatur die Anmerkung, der Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens sei von Amts wegen zu berücksichtigen.<sup>1305</sup> Dieser abbreviatorische Hinweis darf nicht etwa dahingehend missverstanden werden, dass das Zivilgericht im Rahmen des Amtshaftungsprozesses bereits die dafür notwendigen Tatsachen von Amts wegen zu ermitteln hätte. Der Verweis auf die Berücksichtigung von Amts wegen bedeutet lediglich, dass es sich bei dem Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens nicht etwa um eine „Einrede“, sondern um eine Einwendung handelt. Im Übrigen gilt bekanntermaßen im Amtshaftungsprozess – dies im Gegensatz zum verwaltungsgerichtlichen Verfahren – die Verhandlungsmaxime, d. h. der Beibringungsgrundsatz mit der weiteren Folge, dass es ausschließlich Sache der Parteien ist, den für die Entscheidung maßgeblichen Tatsachenstoff beizubringen und vorzutragen.<sup>1306</sup> Bei dem Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens geht es, wie bereits in den vorherigen Abschnitten dargelegt wurde<sup>1307</sup>, um die der Bejahung des Kausalzusammenhangs nachfolgende Frage, inwieweit einem Verursacher eines Schadens die Folgen seines pflichtwidrigen Verhaltens bei wertender Betrachtung billigerweise zugerechnet werden können. Bei diesem Ansatz geht der BGH davon aus, dass vorab die Frage der Kausalität selbst geklärt sein muss.<sup>1308</sup> Das wiederum wirft die Frage der Darlegungs- und Beweislast auf.

#### *I. Darlegungs- und Beweislast bei dem Ursachenzusammenhang*

Der durch eine Amtspflichtverletzung Geschädigte hat grundsätzlich den Nachweis/Beweis zu führen, dass ihm durch die rechtswidrige Handlung/Unterlassung ein Schaden (haftungsausfüllende Kausalität) entstanden ist. Dabei wiederum ist zu prüfen, welchen Verlauf die Dinge bei pflichtgemäßem Verhalten des Amtsträ-

<sup>1304</sup> vgl. insoweit auch BGH NVwZ 2004, 1143 (1144); OLG München, NVwZ 2000, 1082 (1084)

<sup>1305</sup> Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 231; BGH NVwZ 2008, 815 (816) = juris Rdziff. 10; OLG Hamm, Urt. v. 03.05.2013 – 11 U 88/11 (juris Rdziff. 158); OVG Münster, Urt. v. 01.09.2011 - 2 A 1335/10 (juris Rdziff. 25)

<sup>1306</sup> Tremml/Karger/Luber, Rdziff. 595

<sup>1307</sup> s. o. S. 315 ff.

<sup>1308</sup> BGH NJW 1998, 1307 (1308)

gers genommen hätten und wie sich in einem solchen Fall die Vermögenslage des Verletzten darstellen würde.<sup>1309</sup>

Eine Umkehrung der Beweislast nach Maßgabe des § 282 BGB (oder nach sonstigen Regelungen) findet nach Maßgabe der Rechtsprechung nicht statt. Die Regelung in § 282 BGB erfasst grundsätzlich (nur) die Fälle einer vertraglichen Haftung oder eines gesetzlichen Schuldverhältnisses mit vertragsähnlichem Charakter; in Bezug auf deliktische Schadensersatzansprüche ist der Anwendungsbereich des § 282 ZPO auf die Fälle der Produzentenhaftung, der Arzthaftung (wegen grober Behandlungsfehler) und der Haftung wegen Verletzung sonstiger, auf Bewahrung anderer Personen vor Gefahren für Körper und Gesundheit gerichteter Berufspflichten beschränkt.<sup>1310</sup>

## II. Beweiserleichterungen

Es entspricht gesicherter Erkenntnis, dass die Regelung des § 287 ZPO zugleich für die Frage des ursächlichen Zusammenhangs zwischen Haftungsgrund und Schadenseintritt angewandt wird.<sup>1311</sup> Infolge des Umstandes, dass die Anforderungen an die Darlegungslast des Geschädigten herabgesetzt werden, kann das Gericht im jeweiligen Einzelfall den Nachweis im Rahmen der haftungsausfüllenden Kausalität als erbracht ansehen, wenn nach seiner freien Überzeugung die von den Parteien beigebrachten Tatsachen mit – deutlich überwiegender – Wahrscheinlichkeit die Annahme der Kausalität rechtfertigen.<sup>1312</sup> Der Nachweispflicht ist der Geschädigte dann enthoben, wenn eine Amtspflichtverletzung und eine zeitlich nachfolgende Schädigung feststehen. In einem solchen Fall kann der Geschädigte der Beklagten (öffentlichen Hand) den Nachweis dafür überlassen, dass der Schaden nicht auf die Amtspflichtverletzung zurückzuführen ist. Voraussetzung dafür ist aber, dass nach der Lebenserfahrung eine tatsächliche Vermutung oder eine tatsächliche Wahrscheinlichkeit für den ursächlichen Zusammenhang besteht. Wenn das nicht der Fall ist, bleibt der Geschädigte beweispflichtig.<sup>1313</sup>

<sup>1309</sup> BGHZ 129, 226 (233) = NJW 1995, 2344 (2345); BGH NJW 1989, 2945 (2946); BGH NJW 1986, 2829 (2832); BGH VersR 1984, 333 (335); BGH VersR 1983, 489 (491); zur Beweislast z. B. im **aktienrechtlichen Vorstandshaftungsprozess**: BGH WM 2011, 752 (753) Rdziff. 17 sowie LG München, ZfP 2011, 511 (515) Rdziff. 146; im **Kapitalanlageprozess**: BGHZ 186, 205 = ZfP 2010, 1646 Rdziff. 30; im **Notarhaftpflichtprozess**: Ganter, ZNotP 2000, 176 ff.

<sup>1310</sup> BGH VersR 1978, 281 (282/3); OLG Köln, OLG-Report 1993, 149 (150); Tremml/Karger/Luber Rdziff. 648 a. E.

<sup>1311</sup> BGH NJW 1992, 3237 (3241); BGH NJW 1986, 2829 (2831); Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 229; Zöller/Greger, ZPO, § 287 Rdziff. 3; Tremml/Karger/Luber, Rdziff. 649; Luckey in: Baumgärtel/Laumen/Prütting, BGB, § 839 Rdziff. 16; Haug/Zimmermann Rdziff. 139

<sup>1312</sup> BGH NJW-RR 1995, 248 (249); Tremml/Karger/Luber Rdziff. 649; Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 230; Stein/Itzel/Schwall Rdziff. 257, 280

<sup>1313</sup> BGH NJW 1986, 2829 (2831); BGH VersR 1983, 489 (491); BGH VersR 1984, 333 (335); Stein/Itzel/Schwall Rdziff. 281; Tremml/Karger/Luber Rdziff. 653 ff.

Eine Besonderheit ergibt sich bei Amtspflichtverletzungen im Rahmen von (öffentlich-rechtlichen) Aufsichtstätigkeiten, z. B. im Kindergartenbereich. Bis vor kurzem hat die Rechtsprechung die Beweislastregel des § 832 Abs. 1 S. 2 BGB im Rahmen der Amtshaftung nicht für anwendbar erachtet; denn die allgemeinen deliktsrechtlichen Bestimmungen der §§ 823 ff. BGB könnten, weil die Haftung des Beamten in § 839 BGB abschließend geregelt sei, keine Anwendung finden.<sup>1314</sup> Die Auffassungen im Schrifttum sind uneinheitlich.<sup>1315</sup> Unter Aufgabe seiner früheren Rechtsprechung vertritt der BGH nunmehr die Ansicht, dass die Beweislastregel des § 832 Abs. 1 S. 2 BGB auch im Rahmen der Haftung für die Verletzung der öffentlich-rechtlichen Aufsichtspflicht nach § 839 BGB i. V. m. Art. 34 S. 1 GG Geltung zu beanspruchen hat.<sup>1316</sup> Nach zutreffender Auffassung des III. Zivilsenats werden durch den Tatbestand des § 839 lediglich die Haftungstatbestände der §§ 823 ff. BGB als solche verdrängt, nicht aber die spezifischen deliktsrechtlichen Beweislastregeln (§§ 832 Abs. 1 S. 2, 833 S. 2 sowie 836 BGB). In der Konsequenz bedeutet dies im Rahmen der Kausalität Folgendes:

Bleibt (auch nach einer Beweisaufnahme) letztlich ungeklärt, ob die Aufsichtspersonen ihrer Aufsichtspflicht nachgekommen sind und/oder die evtl. Aufsichtspflichtverletzung ursächlich für den eingetretenen Schaden ist, geht dieses Beweisergebnis zu Lasten der Körperschaft, die für die Aufsichtspersonen haftet.

### *III. Beweislast und Beweiswürdigung bei dem rechtmäßigen Alternativverhalten*

Ausgehend auch von allgemeinen Beweislastgrundsätzen ist die im Amtshaftungsprozess beklagte Partei (öffentliche Hand) als Schädiger für die Behauptung darlegungs- und im Zweifel beweispflichtig, der Schaden wäre auch bei rechtmäßigem Alternativverhalten eingetreten.<sup>1317</sup> Daraus folgt:

Wenn dem Geschädigten im Rahmen des Ursachenzusammenhangs bzw. bei der haftungsausfüllenden Kausalität die Beweiserleichterung des § 287 ZPO zugutekommt, so hat dies auch für den (potentiellen) Schädiger, also dem Beklagten, bei der Frage zu gelten, ob der Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens eingreift. Hier wie dort ist nach Maßgabe des § 287 ZPO zu klären, ob durch eine als gesichert geltende Wahrscheinlichkeitsbetrachtung die hypothetische Feststel-

---

<sup>1314</sup> BGHZ 13, 25 (27); OLG Karlsruhe, Urt. v. 12.06.2005 – 12 U 298/05, juris Rdziff. 18; OLG Hamburg, OLG-Report 1999, 190 (191); OLG Dresden, NJW-RR 1997, 857 (858); OLG Düsseldorf, NVwZ 1997, 207 (207); a. A. nur OLG Köln MDR 1999, 997 (998)

<sup>1315</sup> einen Überblick gibt Förster, NJW 2013, 1201 (1202 f)

<sup>1316</sup> BGH NJW 2013, 1233 (1235)

<sup>1317</sup> BGH NJW 2012, 850 (851), dort allerdings thematisch zum Arzthaftungsrecht; BGH NJW 1998, 1307 (1308) unter Hinweis auf BGH NJW-RR 1995, 936 (938); OLG Hamm, Urt. v. 03.05.2013 – 11 U 88/11 (juris Rdziff. 159); OLG München, Urt. v. 05.05.2011 – 1 U 3829/10 (juris Rdziff. 52); OLG Brandenburg, Urt. v. 15.06.2010 – 2 U 34/08 (juris Rdziff. 37); OLG München, Urt. v. 28.05.2009 – 1 U 5121/08 (juris Rdziff. 29); OLG Bamberg, OLG-Report 2008, 86 (88); Luckey in: Baumgärtel/Laumen/Prütting, BGB, § 839 Rdziff. 21; Stein/Itzel/Schwall Rdziff. 286, 726; Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 234

lung gerechtfertigt ist, dass der Schaden auch bei einem rechtmäßigen Verhalten des Schädigers ein- bzw. aufgetreten wäre.<sup>1318</sup> Wann nun im konkreten Einzelfall dem Schädiger bzw. der beklagten Partei bzw. der öffentlichen Hand der Nachweis rechtmäßigen Alternativverhaltens gelingen kann, muss an dieser Stelle offen bleiben, dies entscheidet die jeweilige Sachverhaltsgestaltung und der jeweilige beklagtenseitige Sachvortrag. Lässt sich indessen – trotz Ausschöpfung aller zulässiger Beweismittel – eine hypothetische Feststellung über das Ergebnis eines etwaigen unbeanstandeten amtsseitigen Verhaltens nicht mit gebotener Eindeutigkeit treffen, hat das Zivilgericht im Amtshaftungsprozess wiederum diejenigen Grundsätze zu berücksichtigen, die sich zur Frage der Beweislast allgemein ergeben.<sup>1319</sup>

Für den Bereich z. B. des Prüfungsrechts bedeutet dies letztlich Folgendes. Steht eine schuldhafte Amtspflichtverletzung im Prüfungsverfahren (z. B. durch die fehlerhafte Bewertung einer schriftlichen Prüfungsaufgabe oder einer sonstigen Verletzung des Prüfungsverfahrensanspruchs) fest, so hat der durch die fehlerhafte Prüfungsentscheidung Geschädigte im Rahmen eines auf Schadensersatz gerichteten Amtshaftungsprozesses den Nachweis zu führen, dass er ohne die fehlerhafte prüfungsrechtliche Entscheidung die Prüfung (das Examen) bestanden hätte, wobei ihm aber Beweiserleichterungen zugutekommen, insbesondere dann, wenn durch das zuständige Prüfungsamt und dessen amtspflichtwidriger Entscheidung zu Lasten des Prüflings eine Beweisnot herbeigeführt worden war.<sup>1320</sup> Als Indiz dafür, dass der Geschädigte das Examen bei rechtmäßiger Bewertung der Prüfungsarbeit bzw. bei ordnungsgemäßen Prüfungsverfahrensablauf bestanden hätte, ist die Tatsache zu werten, dass es dem Prüfling bei nächster Möglichkeit, sich der mündlichen Prüfung zu stellen, gelungen ist, diese sofort zu bestehen. Ein weiteres Indiz hat die Erfahrungstatsache zu gelten, dass üblicherweise Prüflinge mit einer sehr geringen Punktzahl aus den schriftlichen Prüfungen die Chance, sich im mündlichen Teil das Bestehen des Examins zu sichern, erfolgreich nutzen konnten.<sup>1321</sup>

Wenn demgegenüber die Prüfungsbehörde den Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens erhebt, so hat sie vorzubringen, dass auch bei deren rechtmäßigem Verhalten ein Scheitern des Prüflings als eher wahrscheinlich anzunehmen ist. Dieser Argumentation dürfte aber dann, wenn der Prüfling die Prüfung bereits bestanden hat, aus den vorangestellten Gründen der Boden entzogen sein.

Stets wird eine Einzelfallbetrachtung angezeigt sein.

<sup>1318</sup> Auf die Regelung in § 286 ZPO kommt es in diesem Zusammenhang nicht an. Denn nach dieser Vorschrift sind – neben Indizien, Rechtsnormen und Erfahrungssätzen – nur „Tatsachen“ Gegenstand der Beweiswürdigung, während des im Rahmen des Einwandes rechtmäßigen Alternativverhaltens nicht um Tatsachen, sondern um hypothetische Feststellungen; diese sind nur im Rahmen des § 287 ZPO zu werten bzw. bewerten.

<sup>1319</sup> BGH VersR 1978, 281 (282/3); OLG München, NJW 2007, 1005 (1007)

<sup>1320</sup> BGHZ 139, 200 (209) = NJW 1998, 2738 (2740); BGH NJW 1983, 2241 (2242)

<sup>1321</sup> OLG München, NJW 2007, 1005 (1007)



## F. Zwischenergebnis und Bewertung der Beispielfälle

### I. Zwischenergebnisse der Untersuchung

Bei dem Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens handelt es sich überwiegend der Auffassung in Rechtsprechung und Literatur zufolge um die der Bejahung des Kausalzusammenhangs nachfolgende Frage, ob und inwieweit einem Schadensverursacher die Folgen seines pflichtwidrigen Verhaltens bei wertender Betrachtung billigerweise zugerechnet werden können; dabei wird dem vom Schädiger erhobenen Einwand nachgegangen, dass das betreffende Ergebnis (Schaden) auch bei rechtmäßiger bzw. amtspflichtgemäßer Verhaltensweise hätte herbeigeführt werden können.

Wenn einem Amtshaftungsprozess verwaltungsgerichtliche Verfahren vorausgehen, die mit einer rechtskräftigen Urteilsentscheidung geendet haben, so sind Zivilgerichte nach näherer Maßgabe des § 121 VwGO an die durch die materielle Rechtskraft vermittelte Feststellung gebunden, dass z. B. im Falle eines Anfechtungsverfahrens der Verwaltungsakt rechtmäßig oder rechtswidrig war. Ein Zivilgericht ist hingegen frei bei der Beurteilung, ob die Amtspflichtverletzung für den eingetretenen Schaden kausal gewesen ist und ist demzufolge auch frei bei der Prüfung des Einwandes rechtmäßigen Alternativverhaltens. Durch die Rechtskraft eines verwaltungsgerichtlichen Urteils tritt keine Bindung des Zivilgerichts an die tragenden Entscheidungsgründe ein.

Obschon im Rahmen der Prüfung rechtmäßigen Alternativverhaltens der Schutzzweck der Norm/Amtspflicht Bedeutung erlangen kann, ist diese Prüfung nicht identisch mit der Schutzzweckprüfung im Rahmen der Drittbezogenheit der Amtspflicht. Während bei der Drittbezogenheit der Amtspflicht durch das Schutzzweck-Kriterium eine wertende Ausrichtung am Schadensbild stattfindet, findet im Rahmen des rechtmäßigen Alternativverhaltens durch das Schutzzweck-Kriterium eine Ausrichtung am Verursachungsbild statt.

Der Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens ist unter bestimmten Voraussetzungen von vornherein **unerheblich**, und zwar:

- Das Berufen auf rechtmäßiges Alternativverhalten im Amtshaftungsprozess ist unerheblich, wenn es um Verfahrensgarantien bzw. verfassungsrechtlich eingeräumte Schutzrechte des Einzelnen geht, weil dann die Zulassung des Einwandes rechtmäßigen Alternativverhaltens zu einer Auslöschung dieser Rechte führen würde.
- Die richterliche Prüfung, ob der Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens erheblich sein kann, setzt voraus, dass der Schädiger sich darauf beruft. Dies ist nur dann der Fall, wenn der Schädiger mit seinem Prozessvortrag geltend macht, derselbe Schaden, der durch sein rechtswidriges Verhalten verursacht worden ist, wäre auch durch ein pflichtgemäßes

Verhalten herbeigeführt worden. Trägt der Schädiger dies nicht vor, kann natürlich der Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens keine Rechtserheblichkeit beanspruchen.

- Nur dann, wenn sich der Schädiger auf ein Alternativverhalten beruft, welches rechtmäßig ist, ist dies auch rechtserheblich. Etwaiges rechtswidriges Alternativverhalten bleibt von vornherein unberücksichtigt.
- Ebenfalls unerheblich ist es, wenn der Schädiger vorträgt, dass er auch bei sorgfältiger Handhabung der Angelegenheit ohne Verschulden zu dem gleichen Ergebnis gelangt wäre. Dieses so genannte schuldlose Alternativverhalten bleibt ohne Relevanz im Rahmen der Kausalität.
- Unerheblich ist es darüber hinaus, wenn die den Schaden herbeiführende Behörde vorträgt, sie hätte eine Rechtsgrundlage für ihr Handeln jederzeit selbst schaffen können und hätte dies auch getan. Auf das rechtliche Können kommt es nicht an.
- Führt die Berücksichtigung des Einwandes rechtmäßigen Alternativverhaltens im Ergebnis dazu, dass – bei wertender Betrachtung – ein unterstelltes rechtmäßiges Verhalten zu einem komplett anders lautenden gegensätzlichen hypothetischen Ergebnis geführt hätte, muss der Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens ohne Relevanz bleiben. Der Grundsatz des Verbots widersprüchlichen Verhaltens führt im Ergebnis dazu, dass sich ein Träger der öffentlichen Gewalt für einen von ihm verursachten Schaden nicht allein unter Hinweis auf die Grundsätze rechtmäßigen Alternativverhaltens entziehen darf, indem der sich durch eine derartige Rechtskonstruktion im vollkommenen Widerspruch zu seiner rechtswidrigen Ausgangsentscheidung setzen würde.

Hingegen ist der Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens unter folgenden Voraussetzungen im Amtshaftungsprozess **rechtserheblich**:

- Rechtmäßiges Alternativverhalten ist rechtserheblich, wenn der Behörde ein Verfahrensfehler unterlaufen war und sie bei einem – unterstellten – ordnungsgemäßem Verfahren zur gleichen Entscheidung hätte kommen müssen oder sofern sie selbst eine fehlende Rechtsgrundlage pflichtgemäß hätte schaffen müssen.
- Wenn einer Behörde z. B. im Rahmen eines Planungsverfahrens ein Verfahrensfehler unterlaufen ist und lediglich ein rechtliches Können, nicht hingegen ein rechtliches Müssen in Betracht kommt, kann gleichwohl der

Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens zur Abweisung des Amtshaftungsanspruchs führen, wenn aufgrund eines eindeutigen objektivierbaren Behördenwillens feststeht, dass dasselbe Ergebnis auf rechtmäßige Weise herbeigeführt worden wäre. Dabei darf ein solches Ergebnis hingegen nicht von der Mitwirkung einer anderen Behörde abhängig sein.

Im Amtshaftungsprozess ist die beklagte Partei (öffentliche Hand) als Schädiger für die Behauptung darlegungs- und beweispflichtig, dass der Schaden auch bei pflichtgemäßem bzw. rechtmäßigem Alternativverhalten eingetreten wäre.

## II. Die Bewertung der Beispielfälle unter besonderer Berücksichtigung der Zwischenergebnisse

Soweit es die *Windenergieanlagen-Entscheidung* anbelangt, ist dem BGH im Ergebnis zuzustimmen. Allerdings basierte die seinerzeitige Entscheidung des BGH noch auf einer anderen rechtlichen Konstellation im Zusammenhang mit der Vorschrift des § 36 BauGB. Nach neuerer Rechtsprechung dürfte daher bei einem fehlenden gemeindlichen Einvernehmen die Drittbezogenheit künftig zu verneinen sein. Aber auch auf die Frage der (haftungsausfüllenden) Kausalität dürfte es nicht mehr ankommen, wenn die nach Landesrecht zuständige Baugenehmigungsbehörde das Einvernehmen nicht ersetzt. Die Amtshaftung verlagert sich im Falle der Versagung des Einvernehmens und der nicht erfolgten Ersetzung durch die Baugenehmigungsbehörde von der Ebene der Gemeinde auf die Ebene der Baugenehmigungsbehörde.

Die *Parkplatz-Entscheidung* ist im Ergebnis zutreffend beurteilt worden. Denn der Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens kann und darf nicht dazu führen, dass eine nicht vorhandene Rechtsgrundlage für eine Zurückstellung der Bauvoranfrage fingiert wird und letztlich damit eine behördliche Entscheidung auf diese Weise verkehrt wird.

Der *Kiesabbau-Entscheidung* ist ebenfalls zuzustimmen. Auch hier ist zu berücksichtigen, dass das Gericht letztlich eine wertende Betrachtung durchgeführt hat. Dabei ist der BGH zu dem nachvollziehbaren und zutreffenden Ergebnis gelangt, dass die Zubilligung eines rechtmäßigen Alternativverhaltens nicht zu einer inhaltlichen Umkehrung der ursprünglich behördlicherseits getroffenen Entscheidung führen kann.

In der *Shredderabfall-Entscheidung* hat der BGH letztlich eine wertende Entscheidung getroffen. Diese Wertung war dem Umstand geschuldet, dass den Beteiligten des Verfahrens vollkommen klar war, dass das Verbot, bestimmte Abfälle auf der Deponie zu lagern, sofort hätte durchgesetzt werden müssen und auch können. Da dies zwischen den Parteien überhaupt nicht im Streit stand, hat der BGH daraufhin den Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens durchgreifen lassen.



## **Siebter Teil: Haftungsbeschränkungen bei der Amtshaftung**

Die Regelung in § 839 BGB sieht drei Arten unterschiedlicher Haftungsbeschränkungen vor, und zwar:

Gem. § 839 Abs. 1 S. 2 BGB kann der Beamte (und daher aufgrund des Art. 34 Abs. 1 GG die Anstellungskörperschaft) nur in Anspruch genommen werden, wenn der Verletzte nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag (Subsidiaritätsklausel). Verletzt ein Beamter bei dem Urteil in einer Rechtssache seine Amtspflicht, so ist er für den daraus entstehenden Schaden nur dann verantwortlich, wenn die Pflichtverletzung in einer Straftat besteht; auf eine pflichtwidrige Verweigerung oder Verzögerung der Ausübung des Amtes findet diese Vorschrift keine Anwendung (vgl. § 839 Abs. 2 BGB, Richterspruchprivileg). Überdies tritt die Ersatzpflicht nicht nach näherer Maßgabe des § 839 Abs. 3 BGB ein, wenn der Verletzte vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden.

Obschon der Eintritt der Verjährung den (Amtshaftungs-)Anspruch in seinem Bestand unberührt lässt, ist die Durchsetzung des Anspruchs bei Erhebung der Verjährungseinrede dauerhaft gehindert; wegen dieses haftungsbeschränkungsähnlichen Charakters wird die Verjährung hier auch untersucht.

Des Weiteren existieren Fälle, in denen die Haftungsverlagerung gem. Art. 34 S. 1 GG durch Sondervorschriften ausgeschlossen.

## 23. Kapitel: Die Subsidiaritätsklausel (Anderweitige Ersatzmöglichkeit) gem. § 839 Abs. 1 S. 2 BGB

### A. Allgemeines

Die in § 839 Abs. 1 S. 2 BGB geregelte subsidiäre Haftung<sup>1322</sup> wurde weder durch Art. 131 WRV noch durch Art. 34 GG modifiziert. Ratio dieser Vorschrift ist der Schutz des jeweils handelnden Amtsträgers bzw. der Entlastung der für den Beamten haftenden Anstellungskörperschaft.<sup>1323</sup> Die beamtenseitige Tatkraft und Entschlossenheit sollte nicht durch ein etwaiges Damokles-Schwert der Haftung eine Beeinträchtigung erfahren.<sup>1324</sup> Der BGH selbst hat jedoch diese Regelung bereits als „antiquiert“ angesehen und ist dazu übergegangen, den Normanwendungsbereich einzuengen, ohne dadurch die Subsidiaritätsklausel gänzlich in Frage zu stellen.<sup>1325</sup> Entscheidend ist für die Rechtsprechung nunmehr, welche Ziel- und Zweckrichtung die anderweitigen Ansprüche haben, auf die verwiesen wird; kommt diesen Ansprüchen die Funktion zu, Schäden aus einer unerlaubten Handlung auszugleichen, kann auf sie verwiesen werden, anderenfalls nicht.<sup>1326</sup>

### B. Negatives Tatbestandsmerkmal und Darlegungs- und Beweislast

Bei einem – lediglich – fahrlässigen Verhalten des Amtswalters trägt der Geschädigte die Darlegungs- und Beweislast für das Fehlen einer anderweitigen Ersatzmöglichkeit. Diese anderweitige Ersatzmöglichkeit stellt ein „negatives Tatbestandsmerkmal“ dar; d. h. der Geschädigte hat das Vorliegen dieser zur Klagebegründung gehörenden – negativen – Voraussetzung des Amtshaftungsanspruchs darzulegen und im Bestreitensfall auch zu beweisen. Dies gehört im Übrigen bereits zur Schlüssigkeit der Klage, sodass der Beklagte keinen „Einwand“

---

<sup>1322</sup> Z. T. wird die in § 839 Abs. 1 S. 2 BGB geregelte Subsidiaritätsklausel auch als „Verweisungsprivileg“ genannt, was sprachlich ungenau erscheint, vgl. dazu Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 259

<sup>1323</sup> BGHZ 13, 88 (103); Palandt/Sprau, BGB, § 839 Rdziff. 54; Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 260

<sup>1324</sup> BGHZ 49, 276 (277); BGHZ 13, 88 (100); Tremml/Karger/Luber Rdziff. 178

<sup>1325</sup> BGHZ 42, 176 (181); Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 260; Tremml/Karger/Luber Rdziff. 178

<sup>1326</sup> BGHZ 91, 48 (54); Tremml/Karger/Luber, Rdziff. 178; Bamberger/Roth/Reinert, BGB, § 839 Rdziff. 81

gem. § 839 Abs. 1 S. 2 BGB erheben muss.<sup>1327</sup> Die bestehende Möglichkeit, auf anderweitige Weise Ersatz zu verlangen, verhindert materiellrechtlich bereits die Entstehung des Amtshaftungsanspruchs; so lange eine realisierbare, hingegen nicht realisierte anderweitige Ersatzmöglichkeit besteht, ist der Beamte respektive seine Anstellungskörperschaft überhaupt nicht ersatzpflichtig, was wiederum zur Folge hat, dass sowohl eine Leistungs- als auch eine etwaige Feststellungsklage als unbegründet abzuweisen ist, so lange der - unverschuldete - Ausfall nicht sicher feststeht.<sup>1328</sup> Wenn nicht sicher feststeht, ob eine anderweitige Ersatzmöglichkeit besteht oder aber zum Erfolg geführt hätte, gehen verbleibende Unklarheiten zu Lasten des Klägers mit der weiteren Folge, dass eine Amtshaftungsklage allenfalls mit dem Tenor als „zur Zeit unbegründet“ der Abweisung anheim fallen kann.<sup>1329</sup>

### C. Einschränkung (Unanwendbarkeit) der Subsidiaritätsklausel

Die Diskussion darüber, ob die Subsidiaritätsklausel (Verweisungsprivileg) in § 839 Abs. 1 S. 2 BGB ein anachronistisches Fiskusprivileg oder einen Schandfleck des BGB<sup>1330</sup> darstellt, ist rechtspolitisch sicherlich zu begrüßen, hilft aber bei der täglichen Rechtsanwendung nicht viel weiter. Obschon auch der BGH die Regelung als antiquiert bezeichnete<sup>1331</sup>, ist eine Anwendung nicht schlechthin ausgeschlossen; vielmehr wird durch die Rechtsprechung der Anwendungsbereich eingeschränkt, indem die Subsidiaritätsklausel in bestimmten Bereichen für nicht anwendbar erklärt wird.

#### *I. Anderweitiger Hobeitsträger als evtl. Schuldner eines Ersatzanspruchs (Grundsatz der vermögensrechtlichen Einheit der öffentlichen Hand)*

Eine anderweitige Ersatzmöglichkeit i. S. d. Subsidiaritätsklausel ist nicht gegeben, wenn der Geschädigte einen sich aus dem gleichen Sachverhalt ergebenden Ersatzanspruch gegen eine andere Stelle der öffentlichen Hand hat. Denn nach Auffassung des BGH würde eine Verweisungsmöglichkeit der aus dem Gesichtspunkt der Amtshaftung in Anspruch genommenen Körperschaft auf die aus anderen Gründen haftende anderweitige Körperschaft weder eine Entlastung der öffentlichen Hand zur Folge haben, noch würde es dem inneren Verhältnis der beiden beteiligten öffentlich-rechtlichen Körperschaften zueinander und zu dem die Haf-

---

<sup>1327</sup> BGH NJW 2002, 1266 (1267); BGHZ 113, 164 (167); OLG Brandenburg, Beschl. v. 09.01.2013 – 2 W 6/11, juris Rdziff. 15; OLG Koblenz, Urt. v. 28.09.2011 – 1 U 1399/10, juris Rdziff. 39; Tremml/Karger/Luber Rdziff. 180; Palandt/Sprau, BGB, § 839 Rdziff. 54; Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 299; Rohlffing, MDR 2010, 237 (238)

<sup>1328</sup> OLG Karlsruhe, VersR 2003, 1406 (1406)

<sup>1329</sup> BGH NJW 1995, 2713 (2715) dort allerdings zur Notarhaftung und der Subsidiaritätsklausel aus § 19 Abs. 1 S. 2 BNotO; BGH WM 1992, 1533 (1537); BGHZ 37, 375 (377)

<sup>1330</sup> Beide Begrifflichkeiten gefunden bei Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 260 unter Hinweis auf Isensee sowie Schneider

<sup>1331</sup> BGHZ 42, 176 (181)

tung auslösenden Ereignis entsprechen, wenn diejenige Körperschaft, die durch eine unerlaubte Handlung ihres Beamten die Haftung der anderen Körperschaft erst begründet habe, den Geschädigten an die andere Körperschaft sollte verweisen dürfen, die der Haftung ferner stünde als die verweisende Körperschaft.<sup>1332</sup> Maßgeblich ist mithin eine objektive Sichtweise, d. h., die öffentliche Hand wird auch dann, wenn es sich um unterschiedliche funktionale Rechtsträger handelt, gleichwohl als ein einheitliches System, also als „ein Ganzes“ angesehen.<sup>1333</sup> Vor diesem Hintergrund kann ein Geschädigter, der das zuständige Landesamt zur Regelung offener Vermögensfragen (LaRoV) wegen Verletzung der Informationspflicht gem. § 31 Abs. 2 S. 1 VermG in Anspruch nimmt, nicht auf einen etwaigen Entschädigungsanspruch gem. § 1 Abs. 1 S. 1 NS-VEntschG verwiesen werden.<sup>1334</sup>

Dieser Grundsatz der vermögensrechtlichen Einheit der öffentlichen Hand und die daraus resultierende Einschränkung der Subsidiaritätsklausel überzeugt, führt allerdings auch zu bestimmten Konsequenzen.

#### 1. Beliehene und (unselbständige) Verwaltungshelfer

Auch außerhalb der staats- und beamtenrechtlichen Organisationen können Privatpersonen Beamte im haftungsrechtlichen Sinn sein, und zwar dann, wenn ihnen bestimmte hoheitliche Aufgaben zur Wahrnehmung anvertraut sind.<sup>1335</sup> Als solche Beamte im haftungsrechtlichen Sinn werden vor allem die sog. Beliehenen und die unselbständigen Verwaltungshelfer angesehen. Beliehene sind selbständig tätig werdende Personen, denen entweder durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes durch VA oder aber durch öffentlich-rechtlichen Vertrag hoheitliche Kompetenzen zur Wahrnehmung im eigenen Namen übertragen worden sind. Das wiederum bedeutet, dass die sog. Beliehenen die ihnen übertragenen hoheitlichen Befugnisse im eigenen Namen ausüben.<sup>1336</sup> Der Verwaltungshelfer übt im Gegensatz zu den Beliehenen eine nur untergeordnete Hilfsfunktion aus und wird gerade nicht selbständig tätig. Allerdings werden auch diese vom Verwaltungshelfer ausgeübten bloßen Hilfstätigkeiten im Rahmen der öffentlichen Verwaltung amtshaftungsrechtlich der Körperschaft zugerechnet, die den Verwaltungshelfer mit entsprechenden Aufgaben betraut hat. Maßgeblich ist dabei, ob die Tätigkeit des

<sup>1332</sup> BGHZ 152, 380 (387) = NJW 2003, 348 (350); BGHZ 63, 319 (327); BGHZ 62, 394 (397); BGHZ 49, 267 (275); BGHZ 13, 88 (104); OLG Koblenz, Urt. v. 05.05.2010 – 1 U 679/09, juris Rdziff. 25; OLG Koblenz, Urt. v. 10.11.2009 - 2 U 42/08, juris Rdziff. 22; Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 267; Tremml/Karger/Luber Rdziff. 192; Stein/Itzel/Schwall Rdziff. 192; Papier in: MünchKomm BGB, § 839 Rdziff. 311; Soergel/Vinke, BGB, § 839 Rdziff. 193; Rohlfig, MDR 2010, 237 (238)

<sup>1333</sup> BGH NJW-RR 2013, 217 (221); BGH VersR 2004, 604 (605); Schlick, NJW 2013, 3349 (3353)

<sup>1334</sup> BGH NJW-RR 2013, 217

<sup>1335</sup> BGH NVwZ 2006, 966 (966); Tremml/Karger/Luber, BGB, § 839 Rdziff. 54 ff.

<sup>1336</sup> Tremml/Karger/Luber, Rdziff. 55; Palandt/Sprau, BGB, § 839 Rdziff. 20.



Verwaltungshelfers hoheitlich orientiert ist und welche Anforderungen an den Akt der Aufgabenübertragung zu stellen sind.

Entscheidend ist jedoch, dass in dem Moment, in dem entweder ein Beliehener oder ein Verwaltungshelfer tätig gewesen ist, der Verweis der schädigenden Körperschaft, also der Beklagten in einem Amtshaftungsprozess, auf § 839 Abs. 1 S. 2 BGB obsolet ist. Denn im Anwendungsbereich des Beliehenen bzw. des Verwaltungshelfers ist für die Anwendung des § 839 Abs. 1 S. 2 BGB wegen des Grundsatzes der vermögensrechtlichen Einheit der öffentlichen Hand kein Raum.<sup>1337</sup>

## 2. Amtshaftungsbezogener Gesamtschuldnerausgleich

Wenn für ein und denselben Schaden mehrere Beamte aus verschiedenen öffentlich-rechtlichen Körperschaften verantwortlich sein können und als Verschuldensform nur Fahrlässigkeit in Betracht kommen könnte, so ist zwar der Verweis des Geschädigten auf § 839 Abs. 1 S. 2 BGB wegen des bereits erwähnten Grundsatzes der vermögensrechtlichen Einheit ausgeschlossen. Im Rahmen des gesamtschuldnerischen Ausgleichs und vor dem Hintergrund des § 840 BGB sollte allerdings von den beiden Körperschaften erwogen werden, zum Zwecke der Vorbereitung eines gesamtschuldnerischen Ausgleichs ggf. in einem nur gegen eine Körperschaft gerichteten Amtshaftungsprozess eine Streitverkündung vorzunehmen, um ggf. verjährungsrechtlichen Problemen frühzeitig entgegen zu wirken. Nach mittlerweile gefestigter Rechtsprechung des BGH entsteht der Ausgleichsanspruch gem. § 426 Abs. 1 BGB bereits dann, wenn mehrere Ersatzpflichtige dem Geschädigten ersatzpflichtig werden, folglich mit der Begründung der Gesamtschuld.<sup>1338</sup> Demgemäß, so der BGH, folge aus der Konstruktion, dass der Ausgleichsanspruch gem. § 426 BGB einer einheitlichen Verjährung unterliege, unabhängig von seiner Ausprägung als Mitwirkungs-, Befreiungs- oder Zahlungsanspruch. Auch, soweit der gesamtschuldnerische Anspruch auf Zahlung gerichtet sei, sei er mit Begründung der Gesamtschuld bereits entstanden.<sup>1339</sup> Daraus folgt:

Die von einem Geschädigten in Anspruch genommene Behörde/Körperschaft wird bei einer entsprechenden Fallkonstellation stets eine Gesamtschuldsituation sowie die Frage zu berücksichtigen haben, ob höchst vorsorglich verjährungsun-

---

<sup>1337</sup> OLG Koblenz, Urt. v. 05.05.2010 - 1 U 679/09, juris Rdziff. 25; Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 277

<sup>1338</sup> BGHZ 175, 221 (229); BGH NJW-RR 2008, 256 (257); BGH NJW 1994, 2231 (2232); BGHZ 114, 117 (122); BGH NJW 1986, 3131 (3132); BGHZ 11, 170 (174); Palandt/Grüneberg, BGB, § 426 Rdziff. 4; Bamberger/Roth/Gehrlein, BGB, § 426 Rdziff. 3; Rohlffing, KommJur 2011, 326 (326 f.)

<sup>1339</sup> BGH NJW 2010, 435 (436); BGHZ 181, 310 (313) unter Hinweis auf OLG Rostock, OLG-Report 2009, 304; Rohlffing, KommJur 2011, 326 (326 f.)

terbrechende Maßnahmen gegenüber einer anderen Behörde/Körperschaft angezeigt sind.<sup>1340</sup>

## II. Teilnahme am allgemeinen Straßenverkehr und Verkehrssicherungspflichten

Der sich aus § 839 Abs. 1 S. 2 BGB ergebende Grundsatz der subsidiären Haftung findet keinerlei Anwendung, wenn ein Amtswalter (auch ein Angehöriger der Stationierungstreitkräfte) bei einer Dienstfahrt im allgemeinen Straßenverkehr einen Verkehrsunfall verursacht. Im Bereich des Straßenverkehrs habe sich, so der BGH, ein eigenständiges Haftungssystem herauskristallisiert, in welchem der Grundsatz der haftungsrechtlichen Gleichbehandlung aller Verkehrsteilnehmer gelte. Dies wiederum schließe eine Privilegierung durch die Anwendung der Subsidiaritätsklausel gem. § 839 Abs. 1 S. 2 BGB aus.<sup>1341</sup> Etwas anderes gilt hingegen dann, wenn ein Verkehrsteilnehmer bei der Dienstfahrt und zur Erfüllung der dienstlichen Aufgaben Sonderrechte gem. § 35 StVO in Anspruch nimmt. Das wiederum bedeutet, dass die Vorschrift des § 839 Abs. 1 S. 2 dann auch im Bereich des Straßenverkehrs anwendbar bleibt, wenn ein Amtsträger bei der dienstlichen Teilnahme am allgemeinen Straßenverkehr mit einem der Straßenunterhaltung dienenden Kraftfahrzeug Sonderrechte gem. § 35 Abs. 6 S. 1 StVO in Anspruch nimmt und im Zusammenhang damit einen Verkehrsunfall verursacht.<sup>1342</sup> Hat mithin ein Zivildienstleistender bei einer Einsatzfahrt mit einem Rettungsfahrzeug eines in Form eines e. V. organisierten Rettungsdienstes schuldhaft einen Verkehrsunfall mit Personenschaden verursacht, steht dem Unfallverletzten aus dem Gesichtspunkt der Amtshaftung ein Schmerzensgeldanspruch zu, weil ihm die vorrangige Inanspruchnahme der Kfz-Haftpflichtversicherung für das Rettungsfahrzeug nicht im Sinne des § 839 Abs. 1 S. 2 zumutbar ist. Der BGH hat mithin den Anwendungsbereich der Subsidiaritätsklausel in Bezug auf den Straßenverkehr auch auf Sonderrechte nach § 35 Abs. 5a StVO ausgedehnt.<sup>1343</sup>

Eine Einschränkung des Anwendungsbereichs der Subsidiaritätsklausel hat die Rechtsprechung auch bei inhaltlicher Übereinstimmung einer öffentlich-rechtlich ausgestalteten und der allgemeinen Verkehrssicherungspflicht bei der Verletzung einer als hoheitlichen Aufgabe wahrzunehmenden Verkehrssicherungspflicht angenommen. In einem solchen Fall ist die Subsidiaritätsklausel nicht anwendbar. Das betrifft etwa die Pflicht zur Straßenreinigung oder Unterhaltungs-Räum- und

<sup>1340</sup> vgl. im einzelnen Rohlfing, KommJur 2011, 326 (327 ff.)

<sup>1341</sup> BGH NJW 1993, 2612 (2613); Palandt/Sprau, BGB, § 839 Rdziff. 57; Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 263; Tremml/Karger/Luber Rdziff. 194

<sup>1342</sup> BGHZ 113, 164 = NJW 1991, 1171

<sup>1343</sup> BGH NJW 1997, 2109 (2109); Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 264

Streupflichten.<sup>1344</sup> Abzugrenzen sind die sog. Verkehrssicherungspflichten von Maßnahmen zur Verkehrsregelung durch Verkehrszeichen. Die Verkehrsregelung durch Verkehrszeichen ist eine spezifisch hoheitliche Aufgabe. Die Anbringung und Unterhaltung der Verkehrszeichen sind öffentlich-rechtliche Aufgaben, denen keine funktional vergleichbare Aufgabe eines Privaten gegenüber steht. Die Erkennbarkeit eines Verkehrsschildes gehört zur Unterhaltungspflicht, bei deren Verletzung durch die Straßenbaubehörden ein Amtshaftungsanspruch in Frage kommt. Das Verweisungsprivileg in § 839 Abs. 1 S. 2 BGB betrifft jedoch nicht Mängel bei Maßnahmen zur Verkehrsregelung durch Verkehrszeichen; wenn sich mithin ein Verkehrsunfall dadurch ereignet, dass der zum Anhalten Verpflichtete ein Stopp-Schild übersieht, welches zugewachsen ist, gilt das Verweisungsprivileg.<sup>1345</sup>

#### D. Bestehen einer anderweitigen Ersatzmöglichkeit

Gelangt man zu der Prüfung, dass die Subsidiaritätsklausel/das Verweisungsprivileg anwendbar ist, wird sodann zu prüfen sein, ob die in den Blick genommenen anderweitigen Ansprüche solche „Ersatzmöglichkeiten“ i. S. d. § 839 Abs. 1 S. 2 BGB sein können. Dies ist nicht schlechthin der Fall. Denn auch bei Anwendbarkeit der Subsidiaritätsklausel sind bestimmte Ansprüche bzw. Anspruchsgruppen nicht als „Ersatzmöglichkeiten“ von der Rechtsprechung angesehen worden.

##### *I. Ausschluss bestimmter Anspruchsgruppen*

Der hier näher dargestellte Ausschluss bestimmter Anspruchsgruppen ist gerechtfertigt, weil der Anwendungsbereich der Subsidiaritätsklausel eingeschränkt bleiben soll. Der Geschädigte soll sich nicht auf solche Ansprüche verweisen lassen müssen, die er sich z.B. unter Aufwendung eigener Mittel verschafft hat oder die er durch von ihm verdiente Leistungen Dritter erlangt.<sup>1346</sup>

##### 1. Ansprüche gem. §§ 1 ff. EFZG

Leistungen des Arbeitgebers aufgrund des Entgeltfortzahlungsgesetzes (EFZG) stellen für den geschädigten Arbeitnehmer keine „anderweitige Ersatzmöglichkeit“ dar. Denn die Einführung der Entgeltfortzahlung durch das Entgeltfortzahlungsgesetz (EFZG) vom 26.05.1994<sup>1347</sup> beruht auf arbeitsrechtlichen Überlegungen und Zielvorstellungen, wobei die Entgeltfortzahlung gerade nicht den Zweck verfolgt, dem (geschädigten) Arbeitnehmer einen Ausgleich für einen Schadensfall

<sup>1344</sup> BGH NVwZ-RR 2014, 252 (254); BGHZ 198, 277 (284), BGHZ 123, 102 (105); BGH NJW 1993, 2802; BGH NJW 1992, 2476, BGHZ 118, 368 (371); BGHZ 91, 48 (52); OLG Koblenz OLG-Report 2006, 758 (759)

<sup>1345</sup> OLG Koblenz, OLG-Report 2006, 758 (759)

<sup>1346</sup> Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 261

<sup>1347</sup> Gesetz über die Zahlung des Arbeitsentgelts an Feiertagen und im Krankheitsfall (Entgeltfortzahlungsgesetz), BGBl. I S. 1014 ff.

zu verschaffen. Im Übrigen weist die Entgeltfortzahlung auch nicht die besonderen Merkmale auf, die die anderweitigen Ersatzmöglichkeiten i. S. d. § 839 Abs. 1 S. 2 BGB kennzeichnet.<sup>1348</sup>

## 2. Ansprüche auf Versorgung gem. BVG

Wenn ein Versorgungsberechtigter mit Blick auf eine erlittene Körperverletzung Amtshaftungsansprüche erhebt, ist eine durch die Verletzungsfolgen veranlasste Erhöhung der Grundrente gem. § 31 BVG keine solche anderweitige Ersatzmöglichkeit i. S. d. § 839 Abs. 1 S. 2 BGB. Obschon die Sozialversicherungsträger Körperschaften bzw. Anstalten öffentlichen Rechts sind, sind deren Leistungen als anderweitige Ersatzmöglichkeit anzusehen.<sup>1349</sup>

## 3. Ansprüche der gesetzlichen und privaten Renten- und Unfallversicherung

Sofern Leistungen aus einer gesetzlichen Renten- bzw. Unfallversicherung erbacht werden, welche nicht das Ziel verfolgen, endgültig Schäden aufzufangen, die ihren Grund in der unerlaubten Handlung eines außerhalb des Leistungsverhältnisses stehenden Dritten hatten, sondern ausschließlich zum Zwecke der Erfüllung vertraglicher Ansprüche geleistet werden, bleiben solche Leistungen als „anderweitige Ersatzmöglichkeiten“ ausgeklammert.<sup>1350</sup>

Eine entsprechende Betrachtungsweise hat die Rechtsprechung des BGH auch für Leistungen einer privaten Krankenversicherung bzw. einer privaten Feuerversicherung bzw. einer Kaskoversicherung zugrunde gelegt.<sup>1351</sup> Entscheidend bleibt für den BGH, ob es sich bei derlei Leistungen um eine „erkaufte“ Übernahme von bestimmten, vertraglich näher dargestellten Risiken handelt; bejahendenfalls scheiden derlei Ansprüche bzw. Anspruchsgruppen aus dem Anwendungsbereich des § 839 Abs. 1 S. 2 BGB aus. Angenommen wurde dies auch für Leistungen der Rechtsschutzversicherung.<sup>1352</sup>

## 4. Anderweitige öffentlich-rechtliche Ersatz-/Entschädigungsansprüche

Bereits frühzeitig hat der BGH entschieden, dass Ansprüche aus enteignungsgleichem oder aufopferungsgleichem Eingriff oder aus der Verletzung besonderer behördlicher Fürsorge- und Betreuungspflichten nicht dem in § 839 Abs. 1 S. 2

<sup>1348</sup> BGHZ 62, 380 (383), dort noch zu den entsprechenden Bestimmungen des Lohnfortzahlungsgesetzes - LFZG; Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 270; Stein/Itzel/Schwall Rdziff. 190; Tremml/Karger/Luber Rdziff. 199

<sup>1349</sup> BGHZ 62, 394 (397); BGHZ 49, 267 (275); BGHZ 31, 148 (150); BGH VersicherungsR 1974, 549 (549); BGH VersicherungsR 1968, 695 (697); Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 271, der vollkommen zu Recht darauf verweist, dass bei Fallgestaltungen der Verletzung der Straßenverkehrssicherungspflicht das Verweisungsprivileg gänzlich in Wegfall geraten wäre.

<sup>1350</sup> BGHZ 79, 26 (29, 35); BGHZ 70, 7 (10)

<sup>1351</sup> BGHZ 129, 23; BGHZ 100, 313; BGHZ 85, 230; BGHZ 79, 35 sowie BGHZ 91, 48 (54)

<sup>1352</sup> OLG Frankfurt, OLG-Report 2004, 105 (106)

BGB verankerten Verweisungs-Subsidiaritätsprinzip unterliegen.<sup>1353</sup> Hintergrund dieser weiteren Einschränkung ist die Überlegung, dass die Regelung des § 839 Abs. 1 S. 2 BGB eine auf die Anwendung des Amtshaftungsrechts beschränkte Ausnahmenvorschrift bleiben soll, so dass eine entsprechende Anwendung auf andere Ersatz- oder Entschädigungsansprüche öffentlich-rechtlicher Natur ausgeschlossen bleiben soll. Dies gilt selbst dann, wenn der gleiche Lebenssachverhalt zu Ansprüchen aus Amtshaftung und – selbständig daneben anwendbaren – Entschädigungsansprüchen anderer Art führen kann.<sup>1354</sup>

## *II. Zumutbarkeit der Rechtsverfolgung anderweitiger Ersatzmöglichkeiten*

Wenn die Regelung des § 839 Abs. 1 S. 2 BGB nicht unanwendbar ist, und darüber hinaus bestimmte Anspruchsgruppen nicht ausgeschlossen sind, stellt sich die Frage, ob durch den die Amtshaftung begründenden Schadensvorfall auch anderweitige Ersatzmöglichkeiten geschaffen worden sind, die rechtlich durchsetzbar sind; maßgeblich ist mithin, ob eine Möglichkeit besteht bzw. bestanden hatte, auf andere Weise als durch Inanspruchnahme des betreffenden Beamten oder der an seiner Stelle haftenden Anstellungskörperschaft einen Ersatz für den durch die Amtspflichtverletzung erlittenen Schaden zu erlangen, gleich, ob eine solche Ersatzmöglichkeit auf einer vertraglichen oder gesetzlichen Grundlage erlangt werden kann, sofern sie nur deren Grundlage in dem selben Tatsachenkreis hat, auf den der Schadensersatzanspruch beruht.<sup>1355</sup> Für die Frage der anderweitigen Ersatzmöglichkeit kommt es nicht nur auf die – rein theoretisch bestehende – Möglichkeit eines solchen Anspruchs an, vielmehr muss dieser Anspruch auch in einem zeitlich überschaubaren Rahmen rechtlich und tatsächlich durchsetzbar sein; des Weiteren muss dieser Anspruch nicht nur in dem dargestellten überschaubaren Rahmen titulierbar sein, vielmehr muss er – nach der erfolgten Titulierung – auch realisierbar sein.<sup>1356</sup> Daraus folgt:

Der Geschädigte muss sich nicht auf weitläufige, schwierige und unsichere Vorgehen und Verfahren gegen Dritte verweisen lassen<sup>1357</sup>; er muss sich auch nicht auf diejenige Zwangsvollstreckung verweisen lassen, deren Realisierung dann fraglich erscheinen könnte, wenn der Dritte seinerseits die ihm eröffneten Möglichkeiten des Vollstreckungsschutzes vollumfänglich ausnutzt.

---

<sup>1353</sup> BGHZ 79, 26 (27) unter Hinweis auf BGHZ 72, 273 sowie BGHZ 13, 88 sowie BGHZ 6, 270 (290) und BVerwGE 30, 46; 20, 136; 13, 17

<sup>1354</sup> BGHZ 79, 26 (28) sowie Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 275, je m. w. N.

<sup>1355</sup> OLG Frankfurt, NJW-RR 2006, 416 (416); BGH NVwZ 1997, 714 (725), Insoweit nicht abgedruckt in BGHZ 134, 268; BGHZ 62, 394 (399); BGHZ 31, 148 (150)

<sup>1356</sup> Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 293 ff.; Tremml/Karger/Luber Rdziff. 184 ff. je m. w. N.

<sup>1357</sup> BGHZ 120, 124 (126)

Dies vorausgeschickt können bei der Frage, ob anderweitige – zumutbare – Ersatzmöglichkeiten bestehen, verschiedentliche Fallgruppen gebildet werden, insbesondere dann, wenn für den Geschädigten andere Personen mit beratendem Hintergrund tätig geworden sind.<sup>1358</sup>

### 1. Architektenhaftung bei fehlerhafter Baugenehmigung

Wenn es um Amtshaftungsansprüche geht, die ihre Grundlage in einer rechtswidrig erteilten Baugenehmigung haben und im Rahmen des Baugenehmigungsverfahrens ein Architekt für den Geschädigten tätig gewesen ist, werden regelmäßig Ersatzansprüche gegen den planenden Architekten zu untersuchen sein. Denn der Architekt schuldet als Werkerfolg eine dauerhaft genehmigungsfähige Planung.<sup>1359</sup> Die Erteilung einer rechtswidrigen Baugenehmigung, die von Dritten angefochten oder behördlicherseits zurückgenommen wird, entlastet den Architekten nicht.<sup>1360</sup> Der Architekt muss über hinreichende Kenntnisse auf den Gebieten des Bauplanungs- und Bauordnungsrechts verfügen.<sup>1361</sup> Indessen rechtfertigt dieser Umstand es nicht, den Architekten einem Rechtsberater des Bauherrn gleich zu stellen.<sup>1362</sup> Mithin tragen (nach wie vor) die Baubehörden das Risiko der Fachbeurteilung einer baurechtlichen schwierigen Frage, ihnen obliegt das Rechtsanwendungsrisiko. Zwar müssen die Architekten mitunter auch schwierige immissionsschutzrechtliche Probleme bewerkstelligen, genügen dabei aber den vertraglichen Verpflichtungen, wenn Sie auf spezielle Probleme hinweisen und anregen, einen entsprechenden Bauvorbescheid einzuholen.<sup>1363</sup>

Vor dem Hintergrund der ihm obliegenden Darlegungs- und Beweislast wird der Kläger bei derlei vorbeschriebenen Fallgestaltungen darzulegen haben, dass er eine solche anderweitige Ersatzmöglichkeit gegen seinen Architekten überhaupt in Betracht gezogen hat. Dies gilt umso mehr, wenn der geschädigte Kläger im Verwaltungsrechtsstreit, den der betroffene Nachbar gegen die Behörde geführt hat, als Beigeladener anwaltlich vertreten war.<sup>1364</sup> Der Kläger eines Amtshaftungsprozesses wird zu beachten haben, dass allein der Hinweis auf eine ungewisse Realisierbarkeit eines Architektenhaftungsanspruchs nicht mit der dem Kläger obliegenden Darlegungslast zu vereinbaren ist; wenngleich der Geschädigte nicht ge-

<sup>1358</sup> vgl. im Hinblick auf die nachstehenden Ausführungen Rohlfig, MDR 2010, 237 (238 ff.)

<sup>1359</sup> BGH NJW 2003, 287; BGH NJW 2001, 1642; BGH NJW-RR 1999, 115; BGH NJW-RR 1998, 952; OLG Naumburg, OLG-Report 2009, 158; OLG Celle, OLG-Report 2008, 53; Palandt/Sprau, BGB, § 631 Rdziff. 20

<sup>1360</sup> BGH NVwZ 1993, 602; BGH NVwZ 1992, 911; BGH BauR 1999, 934; Grosse-Suchsdorf, NBauO, § 70 Rdziff. 180

<sup>1361</sup> BGH NJW 1980, 2576 (2577)

<sup>1362</sup> BGH VersR 1990, 789 (790); BGH NJW 1985, 1692 (1693); Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 586

<sup>1363</sup> BGH NJW 2001, 3054 (3056)

<sup>1364</sup> OLG Brandenburg, Urt. v. 08.05.2007 - 2 U 15/05, juris

halten ist, Ansprüche zu verfolgen, deren Bestehen rechtlich als zweifelhaft eingestuft werden muss oder aber deren Realisierung als ungewiss erscheinen mag, reichen jedoch Schwierigkeiten bei der Auslegung gesetzlicher Vorschriften allein nicht aus, um eine anderweitige Ersatzmöglichkeit schlechthin zu verneinen. Aus Sicht des entscheidenden Gerichts wird zu beurteilen sein, ob ein Gewährleistungsprozess gegen den Architekten prozessual günstig gewesen wäre. Dabei kann natürlich auch die Solvenz (des Architekten) bedeutsam sein. Denn der geschädigte Amtshaftungskläger muss sich bei der Frage des Eingreifens von § 839 Abs. 1 S. 2 BGB nicht darauf verweisen lassen, diese anderweitige Ersatzmöglichkeit auch bei Vermögenslosigkeit des Dritten zu ergreifen.<sup>1365</sup> In diesem Zusammenhang wird weiterhin zu vergegenwärtigen sein, wie die Vermögensschadenshaftpflichtversicherung des Architekten ausgestaltet ist, ob also insofern ggf. eine Unterdeckung vorliegt; ebenfalls wird der Amtshaftungskläger in den Blick zu nehmen haben, ob ein vertragsgemäßer Versicherungsfall vorliegt. Grundsätzlich gilt, dass die Inanspruchnahme eines Dritten (z.B.: Architekt), der seinerseits nicht einmal mehr Anwaltsvorschüsse für entsprechende erfolversprechende Prozesse zu leisten im Stande ist, auch keine zumutbare Ersatzmöglichkeit i. S. d. § 839 Abs. 1 S. 2 BGB darstellt.<sup>1366</sup>

Bei der Beurteilung der Zumutbarkeit ist auf die Sicht ex ante abzustellen; mithin kommt es auf den Zeitpunkt der Erhebung der Amtshaftungsklage und die dann gezogene Prognose über die Erfolgsaussichten der anderweitigen Ersatzmöglichkeit an. Bestand eine Ersatzmöglichkeit vor der Klageerhebung, ist sie bei Erhebung der Amtshaftungsklage hingegen nicht mehr vorhanden, so hat der Geschädigte vor dem Hintergrund des Einwandes mitwirkenden Verschuldens gem. § 254 Abs. 2 BGB nachzuweisen, dass er die frühere Ersatzmöglichkeit nicht etwa schuldhaft versäumt hat.<sup>1367</sup>

## 2. Anwaltshaftung bei Schlechterfüllung des Anwaltsvertrages

Derjenige Amtshaftungskläger, der sich im Vorfeld des Verwaltungsverfahrens bereits anwaltlich hat vertreten lassen, wird zu vergegenwärtigen haben, dass etwaige Schadensersatzansprüche ggf. auch mit der Schlechterfüllung des Anwaltsvertrages einhergehen können, so dass er, um den Schlüssigkeitsanforderungen im Amtshaftungsprozess zu genügen, ebenfalls darzustellen haben wird, dass etwaige Ansprüche aus dem anwaltlichen Beratungsvertrag nicht resultieren können und damit anderweitige Ersatzmöglichkeiten ausscheiden. Eine etwaige Schlechterfüllung eines Anwaltsvertrages kann daraus resultieren, dass der Amtshaftungskläger

---

<sup>1365</sup> BGH NJW 1996, 3009 (3011); BGH NJW 1995, 2713 (2714); BGH NJW 1979, 1600 (1601); BGHZ 61, 101 (109); OLG Frankfurt, NJW-RR 2006, 416 (417); Palandt/Sprau, BGB, § 839 Rdziff. 59

<sup>1366</sup> BGH NJW 2002, 1266 (1267)

<sup>1367</sup> NJW 2002, 1266 (1266); BGH VersR 1978, 252 (252); OLG Karlsruhe, OLG-Report 2003, 378 (379); OLG Frankfurt NJW-RR 2006, 416 (417)

– aufgrund anwaltlicher Beratung – von der Einlegung eines bestimmten, gleichwohl gebotenen Rechtsmittels keinen Gebrauch gemacht hat. Denn der den Geschädigten vertretende Rechtsanwalt ist verpflichtet, den für seinen Mandanten sichersten Weg auszuwählen, um dessen Rechte zu wahren und auch dessen Rechtsansprüche durchzusetzen. So ist dem Geschädigten von anwaltlicher Seite aus z. B. anzuraten, bei Vorliegen der Anwendungsvoraussetzungen eine Untätigkeitsklage gem. § 75 VwGO zu erheben. Zwar ist es einem Amtshaftungskläger im Hinblick auf seine Schadensminderungspflicht nicht in jedem Fall vorzuwerfen, dass er eine Untätigkeitsklage nicht bereits dann erhoben hat, sobald diese zulässig ist. Denn er hat anerkanntermaßen auch die Alternativmöglichkeit, die Behörde noch im Verhandlungsweg dazu zu bewegen, dem von ihm verfolgten Antrag bzw. dem Widerspruchsbegehren doch stattzugeben. Etwas anders gilt jedoch, wenn die Behörde zu erkennen gegeben hat, dass sie den Antrag bzw. dem Widerspruchsbegehren nicht stattgeben wird. In einem solchen Fall darf sich der Geschädigte nicht mehr darauf zurückziehen, unbegrenzt außergerichtlich weiter zu verhandeln, sondern muss gerichtlich tätig werden.<sup>1368</sup> Knüpft mithin der Geschädigte den von ihm geltend gemachten Schaden (mindestens teilweise) an die lange Dauer des Widerspruchsverfahrens an, so wird er sich zwangsläufig vor dem Hintergrund des § 839 Abs. 1 S. 2 BGB damit auseinander zu setzen haben, warum ihm kein Schlechterfüllungsanspruch gegen seinen rechtsanwaltlichen Vertreter zusteht, wenn dieser ihm bei Beachtung der vorhergehenden Grundsätze die Erhebung einer Untätigkeitsklage gem. § 75 VwGO nicht angeraten hat.

Als ein anwaltlicher und schadensbegründender Fehler wird es angesehen, wenn der anwaltliche Sachvortrag (im Verwaltungsverfahren oder aber im gerichtlichen Verfahren) defizitär bleibt. Der III. Zivilsenat des BGH sieht allerdings keine Rechtfertigung dafür, dem Rechtsanwalt das Risiko aufzulegen, dass die Widerspruchsbehörde (als mit besonderer Sachkunde ausgestattete zuständige Fachbehörde) die einschlägige, ggf. zeitlich auch erst nach Abgabe der Widerspruchsbegründung ergehende Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts nicht zur Kenntnis nehme und sich danach ausrichte; denn die Zuweisung eines solchen Risikos entspreche nicht dem Sinn und Zweck des Verweisungsprivilegs in § 839 Abs. 1 S. 2 BGB.<sup>1369</sup>

### 3. Unzumutbarkeit der Rechtsverfolgung anderweitiger Ersatzmöglichkeiten

Die Unzumutbarkeit der Rechtsverfolgung ist gleichsam die Kehrseite und das Gegenstück zur Zumutbarkeit. Ob nun dem Geschädigten die Rechtsverfolgung unzumutbar ist, wird sich nicht trennscharf an vorher festgelegten Kriterien erkennen lassen, vielmehr bedarf es einer Analyse des Einzelfalls. Dabei kommt es –

<sup>1368</sup> BGH BGHR BGB § 839 Abs. 3 Verschulden 1

<sup>1369</sup> BGH NVwZ 2006, 117 (118); anders aber noch die Vorinstanz: OLG Jena, NVwZ-RR 2004, 809 (810)



wie bereits dargelegt – auf eine auf den Zeitpunkt der Geltendmachung des Anspruchs bezogene Prognose über die Erfolgsaussichten der anderweitigen Ersatzmöglichkeit an.<sup>1370</sup>

Die Antwort auf die Frage nach der Zumutbarkeit ist von vielen Determinanten bestimmt:

- Wenn das Bestehen eines Anspruchs als besonders zweifelhaft anzusehen ist, neigt die Rechtsprechung dazu, einen solchen zweifelhaften Anspruch nicht mehr als eine anderweitige Ersatzmöglichkeit i. S. d. § 839 Abs. 1 S. 2 BGB anzusehen.<sup>1371</sup>
- Die Inanspruchnahme eines Schuldners, der nicht einmal mehr Anwaltsvorschüsse für erfolgversprechende Prozesse zu leisten im Stande ist, stellt keine zumutbare Ersatzmöglichkeit i. S. d. § 839 Abs. 1 S. 2 BGB dar.<sup>1372</sup>
- Wenn ein Grundstück unter gleichzeitigem Verstoß gegen ein Unterlassungsgebot mit einem Grundpfandrecht belastet wird und diese Belastung sowohl auf einer schuldhaften Verstoß des Verfügungsberechtigten gegen seine in § 3 Abs. 5 VermG normierte Vergewisserungspflicht als auch auf eine Amtspflichtverletzung der Behörde beruht, kann es dem Restitutionsantragsteller grundsätzlich nicht zum Nachteil gereichen, wenn er dem Verfügungsberechtigten noch nicht bereits vor Ablauf der Widerspruchsfrist bzw. Eintritt der Bestandskraft des Rückgabebescheides auch Beseitigung der Belastung, Schadensersatz oder Sicherstellung in Anspruch nimmt.<sup>1373</sup>
- Als unzumutbar ist es anzusehen, wenn der Geschädigte einen Zahlungstitel erlangt hat, aus diesem Zahlungstitel gegen den Vollstreckungsschuldner deswegen nicht vorgeht, weil dieser in Vermögensverfall geraten ist.<sup>1374</sup>
- Die Frage nach der Unzumutbarkeit der Rechtsverfolgung anderweitiger Ersatzmöglichkeiten wird stets vor dem Hintergrund der Sach- und Rechtslage des anderen Anspruchs zu beurteilen sein. Ist die Sach- und Rechtslage besonders unklar oder besonders komplex, begründet dies in der Regel die Unzumutbarkeit der Rechtsverfolgung.<sup>1375</sup>

---

<sup>1370</sup> BGHZ 120, 124 (131)

<sup>1371</sup> BGHZ 143, 18 (12)

<sup>1372</sup> BGH NJW 2002, 1266 (1267)

<sup>1373</sup> Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 294; BGH VersR 2005, 1732 (1734)

<sup>1374</sup> BGH NJW 1993, 1647 (1648)

<sup>1375</sup> BGH NJW 1971, 2220 (2222)

- Amtshaftungsansprüche wegen pflichtwidriger Zulassung von Aktien gem. § 36 BörsG a.F. bestehen nicht, wenn der Anleger sich durch eine Prospekthaftungsklage bei dem die Aktien emittierenden Unternehmen schadlos halten kann; vor dem Hintergrund des § 839 Abs. 1 S. 2 BGB hat der Anleger darzulegen und zu beweisen, dass ihm dies nicht möglich ist bzw. war. Die Erhebung einer derartigen Klage ist ungeachtet ihres Aufwandes dann als zumutbar anzusehen, wenn der Amtshaftungsprozess einen vergleichbaren Aufwand besorgen lässt.<sup>1376</sup>

### III. Schuldhafte Versäumung der anderweitigen Ersatzmöglichkeit

Wenn vor Erhebung der Amtshaftungsklage eine anderweitige Ersatzmöglichkeit bestanden hat, ist diese aber danach in Wegfall geraten oder aber hat der Geschädigte ggf. im Vergleichswege auf Ansprüche verzichtet oder hat er ggf. Ansprüche verjähren lassen, so wird er – auch vor dem Hintergrund mitwirkenden Verschuldens gem. § 254 Abs. 2 BGB – so gestellt, als ob er die Ansprüche realisiert hätte. Will er dem entgegenwirken, hat er darzustellen, dass eine schuldhafte Säumnis oder ein schuldhafter Verzicht nicht vorgelegen hat.<sup>1377</sup>

Das subjektive Moment der schuldhaften Säumnis setzt verständlicherweise zunächst einmal voraus, dass der Betroffene überhaupt (positive) Kenntnis oder aber grob fahrlässige Unkenntnis in Bezug auf die Entstehung des Schadens und der daraus resultierenden anderweitigen Ansprüche hat.<sup>1378</sup> Nicht jede Säumnis oder jeder Verzicht ist als schuldhaft anzusehen:

- Es kann nicht ohne Weiteres als eine schuldhafte freiwillige Aufgabe einer anderweitigen, alsbald zu verwirklichen Ersatzmöglichkeit angesehen werden, wenn der Verfügungsberechtigte insolvent geworden ist und er sich in einem Zivilprozess auf einen Vergleich einlässt und sich auf diese Weise der Möglichkeit begibt, weitergehende Ansprüche durchsetzen zu können.<sup>1379</sup>
- Eine schuldhafte Säumnis wird in der Regel nicht vorliegen, wenn der Geschädigte zur Rechtsverfolgung seines Anspruchs gegen einen Dritten einen Prozesskostenhilfeantrag stellt, der (zu unrecht) abgelehnt wurde und der Geschädigte daraufhin von der weiteren Rechtsverfolgung Abstand nimmt.<sup>1380</sup>

<sup>1376</sup> OLG Frankfurt NJW-RR 2006, 416 (417)

<sup>1377</sup> Tremmel/Karger/Luber Rdziff. 190

<sup>1378</sup> Stein/Itzel/Schwall Rdziff. 199

<sup>1379</sup> BGH NJW-RR 2013, 217; Schlick NJW 2013, 3349 (3353)

<sup>1380</sup> Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 298 unter Hinweis auf BGH VersR 1957, 612 (614)

- Von einer schuldhaften Säumnis wird auch dann nicht auszugehen sein, wenn der Geschädigte von der Einlegung von Rechtsmitteln oder Rechtsbehelfen keinen Gebrauch macht; etwas anderes wird dann zu gelten haben, wenn die Fehlerhaftigkeit der erstinstanzlichen Entscheidung offenkundig ist.<sup>1381</sup>
- In Bezug auf die schuldhafte Säumnis wird zu vergegenwärtigen sein, dass die Rechtsfolge ggf. der Totalverlust des dem Amtshaftungskläger zustehenden Anspruchs ist. Es findet nicht etwa eine Abwägung des wechselseitigen Verschuldens dergestalt statt, dass bei einem nur geringen Verschulden auf Seiten des Amtshaftungsklägers im Zusammenhang mit der Schuldhaften Säumnis bei der Rechtsverfolgung anderweitiger Ersatzmöglichkeiten im Vergleich zu dem Verschulden des Amtswalter dann noch eine Art „Restanspruch“ auf Seiten des Amtshaftungsklägers verbleiben kann. Vielmehr wird der Amtshaftungskläger/Geschädigte in den Blick zu nehmen haben, dass – ähnlich wie bei § 839 Abs. 3 BGB – die schuldhafte Säumnis einer Rechtsverfolgungsmöglichkeit den gesamten Amtshaftungsanspruch in Wegfall geraten lassen kann.

Ist davon auszugehen, dass der Geschädigte den Ersatzanspruch gegen einen Dritten hat verjähren lassen, liegt in der Regel eine schuldhafte Säumnis vor.<sup>1382</sup> Der Verjährungseintritt indiziert mithin die Schuldhaftigkeit bei der Säumnis.

## E. Ausgewählte Fallgestaltungen und Sonderfragen

### *I. Erneute Amtshaftungsklage nach vergeblicher Ersatzklage gegen Dritte*

Die Unmöglichkeit, anderweitig Ersatz zu erlangen, bildet einen Teil des Tatbestands, aus welchem der Amtshaftungsanspruch hergeleitet wird. Mithin stellt die „anderweitige Ersatzmöglichkeit“ ein negatives Tatbestandsmerkmal dar. Dieses – negative – Tatbestandsmerkmal begründet erst den Amtshaftungsanspruch, was wiederum bedeutet, dass, so lange noch ein Dritter möglicherweise haftet, der fahrlässig handelnde Beamte bzw. die Anstellungskörperschaft nicht schadensersatzpflichtig wird. Wenn zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung bei dem über die Amtshaftungsklage entscheidenden Gericht die anderweitige Ersatzmöglichkeit noch bestanden hat, ist die Amtshaftungsklage als „zur Zeit unbegründet“ abzuweisen. Durch eine solche Klageabweisung als „zur Zeit unbegründet“ wird dem Kläger indessen gleichsam zugemutet, noch eine zu diesem Zeitpunkt vorrangige anderweitige Schadensersatzmöglichkeit ggf. gericht-

---

<sup>1381</sup> Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 298

<sup>1382</sup> BGH NVwZ 1992, 911 (912) = juris Rdziff. 15 ff.; OLG Brandenburg, Beschl. v. 09.01.2013 - 2 W 6/11, juris Rdziff. 15

lich durchzusetzen.<sup>1383</sup> Für den Fall, dass nach einer als zur Zeit unbegründet abgewiesenen Amtshaftungsklage der Geschädigte die anderweitige Ersatzmöglichkeit gerichtlich durchzusetzen versucht und mit diesem Vorhaben, gleichviel ob zutreffend oder unzutreffend scheidert, wird möglicherweise der Geschädigte überlegen, ob er erneut Amtshaftungsklage erheben kann und ob in einem solchen Fall die Rechtskraft des Urteils der 1. Amtshaftungsklage entgegenstehen könnte. Dies ist zu verneinen:

Ist eine Amtshaftungsklage abgewiesen, weil der Kläger einen ihm zumutbaren Versuch, anderweitig Ersatz zu verlangen, zunächst unterlassen hatte, so steht die Rechtskraft des Urteils einer neuen Klage dann nicht entgegen, wenn die Nachholung des Versuchs nicht zum Erfolg geführt hat. Denn nunmehr ist die bisher fehlende – negative – tatbestandliche Voraussetzung des Amtshaftungsanspruchs erfüllt und dieser neue Tatbestand ermöglicht dann wiederum eine neue Klage, ohne dass die Rechtskraft des im ersten Verfahren ergangenen Urteils entgegensteht.<sup>1384</sup>

## *II. Schlechterstellung durch Rechtsmittelentscheidung*

Sofern die I. Instanz die Amtshaftungsklage als „zur Zeit unbegründet“ abweist und der Kläger gegen diese klageabweisende Entscheidung Berufung einlegt, so ist das Berufungsgericht nicht gehindert, eine die Berufung zurückweisende Entscheidung zu treffen und in diesem Rahmen ein anderes Tatbestandsmerkmal des Amtshaftungsanspruchs (z. B. Drittbezogenheit) als nicht gegeben anzunehmen. In einem solchen Fall steht dem Kläger selbstverständlich dann nicht mehr die Möglichkeit offen, die anderweitige Ersatzmöglichkeit – ggf. gerichtlich – zu verfolgen und dann erneut Amtshaftungsklage zu erheben. Vielmehr entfaltet die Entscheidung des Rechtsmittelgerichts dann Rechtskraftwirkung; in einem solchen Austausch eines Klageabweisungsgrundes ist kein Verstoß gegen das Verbot der *reformatio in peius* zu sehen.<sup>1385</sup>

## *III. Abtretung des Amtshaftungsanspruchs an ersatzpflichtigen Dritten*

In einem vom LG Arnsberg entschiedenen Fall hatte ein Tischlermeister einem Unternehmen im Bereich der Heizungstechnik einen Amtshaftungsanspruch gegen den Bezirksschornsteinfegermeister abgetreten. Hintergrund der behaupteten Amtshaftungsansprüche war, dass der Bezirksschornsteinfegermeister gegenüber dem Zedenten (Tischlermeister) nur unzureichend eine beratende Tätigkeit ausgeübt habe, was wiederum dazu geführt habe, dass im Rahmen einer Reparatur einer

<sup>1383</sup> BGH NJW 2002, 1266 (1266)

<sup>1384</sup> BGHZ 37, 375 (377 ff.); OLG München, Urt. v. 06.11.1997 - 1 U 3233/97, juris Rdziff. 11; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, § 322 Rdziff. 28 (Stichwort „Amtshaftung“)

<sup>1385</sup> Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 309

Kesselanlage zusätzliche Kosten in Höhe von etwa 5.900,00 € aufgewendet werden mussten. Nachdem der Zedent seine (Amtshaftungs-)Ansprüche abgetreten hatte, erhob dann das Unternehmen im Bereich der Heizungstechnik Klage, wobei diese Klage als unbegründet abgewiesen wurde. Nach Ansicht des Gerichts scheiterte der Amtshaftungsanspruch an § 839 Abs. 1 S. 2 BGB. Denn der Zedent hätte zunächst einen Anspruch gegen die Klägerin geltend machen müssen; diese wäre als Vertragspartnerin des Zedenten bei dem Umbau der Heizungsanlage möglicherweise selbst verpflichtet gewesen, einen funktionsgerechten und funktionierenden Kamin zu errichten. So lange insoweit eine anderweitige Möglichkeit ernsthaft in Betracht komme, sei die Amtshaftungsklage unschlüssig. Die Abtretung des etwaigen Amtshaftungsanspruchs des Zedenten an die Klägerin ändere nichts an der nur hilfweisen Haftung des Beklagten. Denn die Abtretung eines Amtshaftungsanspruchs an einen möglicherweise ersatzpflichtigen Dritten führe nicht zum Wegfall der Aushilfshaftung des Beamten. Eine andere Sichtweise käme einer Umgehung des § 839 Abs. 1 S. 2 BGB gleich.<sup>1386</sup> Diesem Ergebnis ist zuzustimmen. Die Zession vermag einen Amtshaftungsanspruch in seinem Bestand nicht zu verändern, ebenso wenig das aus § 839 Abs. 1 S. 2 BGB resultierende – negative – Tatbestandsmerkmal der „anderweitigen Ersatzmöglichkeit“. Dem ursprünglichen Anspruchsinhaber bleibt es zwar unbenommen, den von ihm behaupteten Amtshaftungsanspruch abzutreten, wobei als Zessionar sicherlich auch der anderweitig ersatzpflichtige Dritte in Betracht kommt. Dies vermag dann aber weder dem ursprünglichen Anspruchsinhaber noch dem Zessionar über die Subsidiaritätsklausel hinweg zu helfen.

---

<sup>1386</sup> LG Arnsberg, NVwZ-RR 2003, 545 (545) = juris Rdziff. 20

## 24. Kapitel: Das Spruchrichter-/Richterspruchprivileg gem. § 839 Abs. 2 BGB

Obschon die Tätigkeit des Richters „in Ausübung eines öffentlichen Amtes“ erfolgt und damit (bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen) einen Amtshaftungsanspruch begründen könnte, gilt es, die haftungsbeschränkende Regelung in § 839 Abs. 2 BGB in den Blick zu nehmen. Die zuvor beschriebene Rückgriffshaftung für Beamte/Amtswalter gilt auch für Richter.<sup>1387</sup> Mit Rücksicht auf die Schuldübernahmekonstruktion des Art. 34 GG wirkt sich indes die Haftungsbeschränkung aus § 839 Abs. 2 BGB zunächst einmal nur im Bereich der Außenhaftung des Staates aus. Denn für den Fall, dass die Voraussetzungen des § 839 Abs. 2 S. 1 BGB vorliegen sollten, scheidet bereits tatbestandlich eine Amtshaftung der den Richter jeweils beschäftigenden Körperschaft aus. Scheidet hingegen eine Außenhaftung aus, so entfällt dann auch eine Innenhaftung des Richters.<sup>1388</sup> Vordergründig betrachtet entfaltet mithin das Spruchrichter-/Richterspruchprivileg des § 839 Abs. 2 S. 1 BGB im Rahmen des Rückgriffs gegen einen Richter keine eigenständige Bedeutung; indessen ist zu vergegenwärtigen, dass es selbstverständlich auch richterliche Tätigkeiten und damit Amtspflichten außerhalb des Anwendungsbereichs von § 839 Abs. 2 S. 1 BGB gibt, z.B. Streitwertfestsetzung<sup>1389</sup>, Anordnung von Abhörmaßnahmen<sup>1390</sup>, einstweilige Anordnung in Bezug auf eine vorläufige Unterbringungsmaßnahme<sup>1391</sup>, Nichtaufnahme eines Antrags in das Protokoll der mündlichen Verhandlung<sup>1392</sup>, Prozesskostenhilfverfahren<sup>1393</sup>, Erteilung eines Erbscheins<sup>1394</sup> u. a., die mithin keine urteilsvertretende richterliche Erkenntnis darstellen.<sup>1395</sup> Des Weiteren ist zu vergegenwärtigen, dass § 839 Abs. 2 S. 2 BGB. eine Ausnahme von dem Privilegierungstatbestand des § 839 Abs. 2 S. 1 BGB vorsieht, auch dies wiederum hat im Rahmen des Rückgriffsanspruchs gegen den Richter eine eigenständige Bedeutung.

<sup>1387</sup> Entgegen der Auffassung des OLG Dresden, NVwZ 2010, 471 (dort: Rdziff. 4), ist die Anspruchsgrundlage für den gegen den Richter gerichteten Regressanspruch indessen **nicht** Art. 34 S. 2 GG, sondern befindet sich in den einschlägigen landesrechtlichen Regelungen (z. B. für Niedersachsen: §§ 2 Abs. 1 NRiG, 51 NBG)

<sup>1388</sup> Tremml/Karger/Luber Rdziff. 1406

<sup>1389</sup> OLG Koblenz, OLG-Report 2005, 211

<sup>1390</sup> BGH NJW 2003, 3693

<sup>1391</sup> BGHZ 155, 306 = NJW 2003, 3052

<sup>1392</sup> OLG Frankfurt, OLG-Report 2002, 301

<sup>1393</sup> BGH VersR 1984, 77 (dort noch für Armenrechtsprüfungsverfahren); zweifelnd auch: OLG Brandenburg, OLG-Report 2002, 271

<sup>1394</sup> OLG Sachsen-Anhalt, Urt. v. 11.01.2000 - 1 U 151/99 (juris)

<sup>1395</sup> s. dazu u. S. 414 ff.

## A. ratio legis des § 839 Abs. 2 S. 1 BGB und die Funktionsweise des Haftungsprivilegs

### I. ratio legis des § 839 Abs. 2 S. 1 BGB

In einer frühen Entscheidung aus dem Jahr 1968<sup>1396</sup> führte der BGH u. a. aus:

*„Unabhängigkeit des Richters bedeutet, dass dieser unbefangen, in gleicher Nähe und Ferne zu allen Beteiligten und auch ohne Rücksicht auf die Stimmen und Meinungen Außenstehender und der Öffentlichkeit das ihm Aufgetragene tun und seines Richteramtes insoweit ‚mit verbundenen Augen‘ walten kann. Richterliche Unabhängigkeit bedeutet damit auch, dass der Richter im Interesse seiner inneren Freiheit und Unbefangenheit keine Befürchtungen zu haben braucht, dass sein Verhalten, auch soweit es von anderen als Fehlverhalten erachtet werden sollte, ihm angelastet und ihm derweise zum Vorwurf gemacht werden könnte, dass es als angeblich fehlerhaft zur Grundlage eines Ersatzanspruches gemacht und insoweit zur Nachprüfung durch einen anderen Richter gestellt werden könnte. Wäre es anders, so müsste auch das Urteil jedes weiteren Richters in der gedachten Weise zur Nachprüfung gestellt werden können, ein Ergebnis, das sich mit dem Wesen der der Rechtssicherheit und dem Rechtsfrieden dienenden Rechtskraft richterlicher Urteile schlechthin nicht vereinbaren ließe. In alledem liegt die innere Rechtfertigung für die Normierung des sog. Richterprivilegs in § 839 Abs. 2 BGB. Dieses „Privileg“ ist den Richtern nicht um ihrer selbst willen persönlich gewährt, um sie vor Inanspruchnahme auf Schadenersatz zu bewahren – warum sollten sie persönlich in der Richtung auch anders gestellt werden als (sonstige) Beamte? –, beruht vielmehr auf der Würdigung des richterlichen Amtes als solchem, das nur in echter Unabhängigkeit geführt werden kann, und auf der rechten Einschätzung des Wertes der Rechtskraft richterlicher Entscheidungen.“<sup>1397</sup>*

Es erscheint fraglich, ob mit der vorstehenden Begründung des BGH der Sinn und Zweck des Haftungsausschlusses in § 839 Abs. 2 S. 1 BGB vollständig erfasst ist. Denn jene Begründung orientiert sich nicht an dem Wortlaut, die das Haftungsprivileg auf die spruchrichterliche Tätigkeit begrenzt.<sup>1398</sup> Naheliegender erscheint es daher, wenn man die ratio legis in dem Schutz der Rechtskraft richterlicher Entscheidungen sieht.<sup>1399</sup> Mit anderen Worten:

Der Gesetzgeber hat, wie sich aus dem Wortlaut des § 839 Abs. 2 S. 1 BGB ergibt, nur den sog. Spruchrichter privilegiert, nicht hingegen schlechthin jedwede richterliche Tätigkeit als privilegierend angesehen. Maßgebliches Kriterium für die Bestimmung der ratio des § 839 Abs. 2 S. 1 BGB ist mithin das Wesen der Rechtskraft. Die Rechtskraftwirkung richterlicher Urteilsentscheidungen soll nicht

<sup>1396</sup> BGHZ 50, 14 = NJW 1968, 989

<sup>1397</sup> BGHZ 50, 14 (19, 20) = NJW 1968, 989 (990)

<sup>1398</sup> Papier in: MünchKomm BGB, § 839 Rdziff. 322; Soergel/Vinke, BGB, § 839 Rdziff. 208

<sup>1399</sup> Soergel/Vinke, § 839 Rdziff. 208; Dagtoglou in: Bonner Kommentar zum GG, Art. 34 Rdziff. 444; Merten, FS Wengler, Bd. II, S. 519 ff. (523, 524); Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 314; Papier in: MünchKomm BGB, § 839 Rdziff. 323

etwa dadurch unterlaufen werden können, dass derlei Entscheidungen über den Umweg der Amtshaftung erneut auf den Prüfstand geraten, wobei u. U. die – engen – Voraussetzungen über die Wiederaufnahme des Verfahrens (§§ 578 ff ZPO) umgangen werden könnten. Der Sinn und Zweck von § 839 Abs. 2 S. 1 BGB besteht mithin nicht im Schutz der Person des Richters bzw. seiner richterlichen Unabhängigkeit und der „Privilegierung seines Standes“<sup>1400</sup>, vielmehr sollen über die Beachtung des Instituts der Rechtskraft der Rechtsfrieden und die Rechtssicherheit gewährleistet werden.<sup>1401</sup>

## II. Funktionsweise des Privilegs

Das Haftungsprivileg in § 839 Abs. 2 S. 1 BGB stellt eine Ausnahme von dem in § 839 Abs. 1 S. 1 BGB geregelten Grundsatz dar, dass eine Amtspflichtverletzung nur bei deren schuldhafter Begehungsweise zur Zahlung von Schadensersatz verpflichtet. Nach der Ausnahmeregelung in § 839 Abs. 2 S. 1 BGB findet eine (Außen-)Haftung nur dann statt, wenn bei einem Urteil in einer Rechtssache die Pflichtverletzung in einer Straftat besteht; mit letzterer sind die Tatbestände der Bestechlichkeit (eines Richters) in § 332 Abs. 2 StGB sowie der Rechtsbeugung in § 339 StGB erfasst. Das heißt:

Liegen die Voraussetzungen des Amtshaftungsanspruchs i. Ü. vor und wurde die (richterliche) Pflichtverletzung „bei dem Urteil in einer Rechtssache“ begangen, müsste gleichzeitig von eben diesem Richter eine Straftat begangen worden sein, anderenfalls kommt eine (Außen-)Haftung nicht in Betracht.

Außerhalb des Anwendungsbereichs von § 839 Abs. 2 S. 1 BGB, wenn es mithin nicht um ein „Urteil in einer Rechtssache“ geht, sieht die Rechtsprechung den Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit als vordergründig an. Ein Richter soll bei dessen Tätigkeit nicht die Befürchtung hegen müssen, dass seine Handlungen Gegenstand eines Schadensersatzverfahrens werden könnten. Soweit in derlei Amtshaftungsprozessen darüber zu befinden ist, ob ein Richter bei der Rechtsanwendung und Gesetzesauslegung schuldhaft amtspflichtwidrig gehandelt haben könnte, kann und wird dem jeweiligen handelnden Richter in diesem Bereich ein Schuldvorwurf nur bei besonders groben Verstößen gemacht werden können. Inhaltlich läuft dieser Ansatz auf eine Haftung für Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit

<sup>1400</sup> Papier in: MünchKomm BGB, § 839 Rdziff. 323

<sup>1401</sup> BVerfG NJW 2013, 3630 (3634) = juris Rdziff. 35; BVerfG WM 2013, 815 (817); BGHZ 64, 347 (349) = NJW 1975, 1829; BGHZ 57, 33 (45); BGHZ 51, 326 (327, 329); Soergel/Vinke, BGB, § 839 Rdziff. 208; Papier in: MünchKomm BGB, § 839 Rdziff. 323; Merten, FS Wengler, Bd. II, S. 519 ff. (525); Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 314; Detterbeck/Windthorst/Sproll § 10 Rdziff. 38; Muckel, JA 2014, 398 (399); Steffen, DRiZ 1968, 237; Köndgen, JZ 1979, 246 (248); Leipold, JZ 1967, 737 (739); Stein/Itzel/Schwall Rz. 633; Tremml/Karger/Luber Rdziff. 200; Ossenbühl/Cornils S. 102; Matthies, FS Deutsch S. 869 (878)



keit hinaus.<sup>1402</sup> Damit einher geht dann folglich die Frage, ob die richterliche Maßnahme letztlich vertretbar oder unvertretbar gewesen ist.<sup>1403</sup> Bei der Frage der (Un-)Vertretbarkeit wird eine ex-ante-Betrachtungsweise angezeigt sein.

### III. Terminologie

Ausgehend von der ratio des § 839 Abs. 2 Satz 1 BGB erscheint es folgerichtig, das in dieser Vorschrift verankerte Privileg nicht als ein „Spruchrichterprivileg“, sondern vielmehr als ein „Richterspruchprivileg“ zu bezeichnen.<sup>1404</sup> Denn nur mit eben dieser Bezeichnung des „Richterspruchprivilegs“ gewinnt die Einschränkung dieses Privilegs durch § 839 Abs. 2 S. 2 BGB Bedeutung.

### IV. Ausdehnung des Richterspruchprivilegs

Die Anwendung des Richterspruchprivilegs in § 839 Abs. 2 S. 1 BGB würde ihren Sinn verlieren, beschränkte man die Anwendung dieser Vorschrift ausschließlich auf Amtshaftungsansprüche. Daher wird - auch auf der Grundlage der Rechtsprechung des BGH<sup>1405</sup> - die Vorschrift auch auf solche Ansprüche angewendet, die in engem Zusammenhang mit Amtshaftungsansprüchen stehen, folglich Aufopfungsansprüche sowie Ansprüche wegen Enteignung, enteignenden Eingriffs und enteignungsgleichen Eingriffs.<sup>1406</sup>

Die mit § 839 Abs. 2 S. 1 BGB und dessen tatbestandlichen Voraussetzungen verknüpften Erwägungen werden auch auf die – beamtenrechtliche – Haftung des Richters gegenüber seinem Dienstherrn zur Anwendung gebracht, so z. B. in den Fällen, in denen die Anstellungskörperschafts/Dienstherr wie eine Prozesspartei durch eine nachteilige Entscheidung geschädigt worden ist.<sup>1407</sup> Vielmehr sind die Grundsätze über den unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruch für Verstöße der Mitgliedsstaaten gegen das Gemeinschaftsrecht auch dann anwendbar, wenn der fragliche Verstoß in einer Entscheidung eines letztinstanzlichen Gerichts besteht. Im Bereich des unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruchs ist § 839 Abs. 2 S. 1 BGB mithin nicht anwendbar.<sup>1408</sup>

---

<sup>1402</sup> BGHZ 155, 306 (310) = NJW 2003, 3052 (3053); BGH NJW-RR 1992, 919 (920); OLG Frankfurt, NJW 2001, 3270 (3271); Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 313

<sup>1403</sup> Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 313 unter Hinweis auf die – nicht veröffentlichte – Entscheidung des BGH, Urt. v. 21.07.2005 - III ZR 21/05, sowie Rinne/Schlick, NJW 2005, 3541 (3548); Matthies, FS Deutsch S. 869 (879); Schlick, NJW 2011, 3341 (3346)

<sup>1404</sup> Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 314; Papier in: MünchKomm BGB, § 839 Rdziff. 323; Soergel/Vinke, BGB, § 839 Rdziff. 208; OLG Bamberg, Urt. v. 06.05.2013 – 4 U 218/12, juris Rdziff. 26

<sup>1405</sup> BGHZ 50, 14 = NJW 1968, 989

<sup>1406</sup> Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 315; BGHZ 50, 14 (21) = NJW 1968, 989 (990)

<sup>1407</sup> Steffen, DRiZ 1968, 237 (239); Pentz, DÖV 1958, 496

<sup>1408</sup> BGH NJW 2005, 747 (747) unter Hinweis auf EuGH NJW 2003, 3539 - Köbler; Tremml/Karger/Luber Rdziff. 1285.

Das Richterspruchprivileg i. S. d. § 839 Abs. 2 BGB ist zwar als ein allgemeiner Grundsatz im Gemeinschaftsrecht anzusehen; dies hat aber nicht zur Folge, dass im Rahmen eines unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruchs die Haftung des Richters für judikatives Unrecht grundsätzlich ausgeschlossen ist.<sup>1409</sup>

## B. Tatbestandliche Voraussetzungen des § 839 Abs. 2 S. 1 BGB

### I. Der Richter als „Beamter“

Der Tatbestand des § 839 Abs. 2 S. 1 BGB erwähnt nicht etwa den Richter, vielmehr ist dort von dem „Beamten“ die Rede. Unter gleichzeitiger Inbezugnahme der Begrifflichkeit „Urteil in einer Rechtssache“ wird allerdings deutlich, dass mit dem „Beamten“ nur ein Richter gemeint sein kann. Denn die rechtsprechende Gewalt ist nach näherer Maßgabe des Art. 92 GG an die dafür eingerichteten Gerichte überantwortet.<sup>1410</sup>

#### 1. Berufsrichter

Der Tatbestand des § 839 Abs. 2 S. 1 BGB erfasst primär die Berufsrichter. Dabei handelt es sich nach Maßgabe des DRiG um solche Richter, die kraft ihrer Ausbildung die Befähigung zum Richteramt erworben haben. Eine solche Befähigung hat erworben, wer ein rechtswissenschaftliches Studium an einer Universität mit der 1. Prüfung und einen anschließenden Vorbereitungsdienst mit der 2. Staatsprüfung abschließt, § 5 Abs. 1 1. HS DRiG. Des Weiteren stehen Berufsrichter in einem besonderen Dienstverhältnis (Richterverhältnis, §§ 8 ff DRiG), zum Bund oder zum Land. Richter können nur als Richter auf Lebenszeit, auf Zeit, auf Probe und kraft Auftrags berufen werden und auf diese Weise hauptberuflich tätig sein. Regelfall ist dabei der Status als Richter auf Lebenszeit, wobei die Ernennung zum Lebenszeitrichter nach näherer Maßgabe des § 10 Abs. 1 DRiG i. d. R. nach einer mindestens dreijährigen – erfolgreich absolvierten – Probezeit erfolgt. Sodann wird ein konkretes Richteramt bei einem bestimmten und örtlich festgelegten Gericht übertragen. Hingegen stellt der Richter auf Zeit (§ 11 DRiG) eine Ausnahme von der Regelform dar und ist nur unter den durch Bundesgesetz bestimmten Voraussetzungen und nur für die bundesgesetzlich bestimmten Aufgaben zulässig. Richter auf Zeit sind z. B. Richter des BVerfG, die für zwölf Jahre, längstens bis zur Altersgrenze (vgl. § 4 Abs. 1 BVerfGG) ernannt werden. Richter kraft Auftrags wiederum kann ein Beamter auf Lebenszeit oder auf Zeit werden, wenn er später als Lebenszeitrichter verwendet werden soll.

<sup>1409</sup> so aber noch: OLG Koblenz; OLG-Report 2004, 26 (29);

<sup>1410</sup> BGH VersR 1966, 1053; BGH NJW 1962, 1500; BGHZ 10, 55 (57,60); Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 320

## 2. Ehrenamtliche Richter

Beamte i. S. d. § 839 Abs. 2 S. 1 BGB sind auch die ehrenamtlichen Richter. Dabei handelt es sich um Schöffen, Handelsrichter oder andere ehrenamtliche Richter (§ 45 a DRiG), die nicht notwendigerweise die Befähigung zum Richteramt haben müssen, indessen auf der Grundlage gesetzlicher Regelungen auf bestimmte Zeit einem Spruchkörper zugeordnet sind und in planmäßiger Reihenfolge in diesem Spruchkörper mitwirken. Diese ehrenamtlichen Richter haben die gleichen Rechte wie ein Berufsrichter, dies ergibt sich aus § 30 GVG i. V. m. §§ 1, 44 ff DRiG.

## 3. Schiedsrichter

Eine streitige Auseinandersetzung zwischen zwei oder mehreren Parteien kann nicht nur durch ein staatliches Gericht, sondern auch durch ein Schiedsgericht entschieden werden. Diese terminologische und sachliche Differenzierung folgt aus §§ 1025 ff ZPO. Das 10. Buch der ZPO unterscheidet diesbezüglich zwischen einem staatlichen Gericht und einem Schiedsgericht.<sup>1411</sup> Schiedsrichter im Sinne dieser Vorschriften sind keine Beamten i. S. d. § 839 Abs. 2 S. 1 BGB. Denn der Urteilsspruch durch ein Schiedsgericht bzw. durch Schiedsrichter ist kein Urteil im Sinne der übertragenen staatlichen Gewalt. Vielmehr kommt die schiedsgerichtliche Entscheidung auf der Grundlage eines privatrechtlichen Auftrags zustande. Die Rechtsbeziehungen zu den Schiedsparteien werden durch den Schiedsrichtervertrag bestimmt, der mit beiden Parteien abgeschlossen wird. Dies wiederum hat zur Folge, dass dem Schiedsrichter strukturell die privilegierende Wirkung des § 839 Abs. 2 S. 1 BGB nicht zuteil wird. Gleichwohl haftet er bei seiner Spruchfähigkeit nicht für Fahrlässigkeit. Insofern steht nach der Rechtsprechung des BGH fest, dass es auf der Grundlage des Schiedsvertrages als mit den Parteien stillschweigend vereinbart zu gelten hat, dass Schiedsrichter aus dem Schiedsvertrag nicht schärfer haften sollen als diejenigen Richter, die staatliche Gewalt ausüben. Es sei ohne Weiteres davon auszugehen, dass die Parteien nicht ein höheres Maß der Verantwortlichkeit den Schiedsrichtern auferlegt wissen wollten, als sie den Staatsrichter trifft.<sup>1412</sup> Überdies muss vergegenwärtigt werden, dass ohne eine solche stillschweigende Privilegierung die Schiedsrichter den Schiedsvertrag aller Voraussicht nach überhaupt nicht abgeschlossen haben würden.<sup>1413</sup>

---

<sup>1411</sup> Reichold in: Thomas/Putzo, ZPO, § 1026 Rdziff. 1

<sup>1412</sup> BGHZ 15, 12 (15) im Anschluss an RG JW 1933, 217; RG JW 1927, 1484 sowie RGZ 65, 175

<sup>1413</sup> Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 332; Hildebrandt/Kaestner, BauR 2010, 2017 (2023 f.)

## II. Das Urteil in einer Rechtssache

Die Terminologie in § 839 Abs. 2 S. 1 in Bezug auf die „Rechtssache“ ist nur historisch zu erklären und als Synonym zum Begriff des „Rechtsstreits“ zu verstehen.<sup>1414</sup>

### 1. Der Begriff des Urteils

Ursprünglich hatte der historische Gesetzgeber des BGB unter dem Begriff „Urteil“ nur solche Entscheidungen verstanden, die nach der gesetzlichen Vorschrift unter der technischen Bezeichnung „Urteil“ zu ergehen hatten. Es handelte sich dabei um diejenigen Entscheidungen, durch „welche das Prozessrechtsverhältnis für die Instanz beendet wird, also bei Strafsachen die Endurteile, bei Zivilsachen auch noch die Zwischenurteile und die Teilurteile“.<sup>1415</sup> Mit anderen Worten:

Entscheidungen, die nach den maßgeblichen Verfahrensvorschriften keine Urteile im technischen Sinn waren, mithin keine instanzerledigende Entscheidung über den Streitgegenstand, waren ursprünglich nicht erfasst.<sup>1416</sup> Nur diejenige Entscheidung, die ausdrücklich auch als „Urteil“ erkennbar ausgewiesen worden ist, erfüllte das entsprechende Tatbestandsmerkmal des § 839 Abs. 2 S. 1 BGB.

Von diesem ursprünglichen Ansatz ist die Rechtsprechung (und auch das Schrifttum) weitestgehend abgerückt und hat den Begriff des „Urteils“ ausgedehnt, indem auch die urteilsvertretende Erkenntnis Berücksichtigung findet.<sup>1417</sup>

### 2. Die urteilsvertretende richterliche Erkenntnis

Entscheidend ist nach Auffassung der Rechtsprechung und des Schrifttums nicht die (lediglich) formale Bezeichnung einer richterlichen Entscheidung als „Urteil“. Der Begriff des „Urteils“ in § 839 Abs. 2 S. 1 BGB wird in einem weiteren Sinn verstanden. Es zählen auch all diejenigen in Beschlussform ergangenen Entscheidungen dazu, die als sog. urteilsvertretende Erkenntnisse gelten.<sup>1418</sup> Als solche Erkenntnisse sind von der Rechtsprechung Entscheidungen angesehen worden, die in einem Erkenntnisverfahren getroffen worden sind, mithin in einem Verfahren, in welchem über den Bestand von Rechten gestritten wurde und welches ein Prozessrechtsverhältnis abschließt oder die Instanz beendet, wobei es auf die Selbstbindung des Gerichts ankommt, sodass es auch um die Frage der materiellen Rechtskraft dieser Entscheidung geht.<sup>1419</sup>

<sup>1414</sup> BGHZ 161, 298 (301) = NJW 2005, 436 (436)

<sup>1415</sup> Mugdan, Materialien, Bd. II, 1397, 1402, 1409

<sup>1416</sup> Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 318; BGHZ 161, 298 (301) = NJW 2005, 436 (436)

<sup>1417</sup> BGHZ 161, 298 = NJW 2005, 436; Meyer, NJW 2005, 864; Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 323 ff.; Stein/Itzel/Schwall Rdziff. 634; Tremml/Karger/Luber Rdziff. 204 ff

<sup>1418</sup> BGHZ 161, 298 (301) = NJW 2005, 436 (436); BGHZ 155, 306 (308) = NJW 2003, 3052 (3052); BGHZ 64, 347 (352); BGHZ 57, 33 (45); BGHZ 13, 142 (143); BGHZ 10, 55 (60)

<sup>1419</sup> BGHZ 161, 298 (301) = NJW 2005, 436 (436); BGHZ 155, 306 (308) = NJW 2003, 3052 (3052); BGHZ 64, 347 (352); BGHZ 57, 33 (45); BGHZ 50, 14 (20); BGHZ 46, 106 (107)

Als eine solche „urteilsvertretende Erkenntnis“ sind nach näherer Maßgabe der Rechtsprechung angesehen worden:

- Einstweilige Anordnungen gem. § 123 VwGO<sup>1420</sup>
- Arrest und einstweilige Verfügung, auch soweit die Entscheidung durch Beschluss ohne mündliche Verhandlung ergeht<sup>1421</sup>
- Beschluss über die Einstellung gem. § 153 Abs. 2 StPO<sup>1422</sup>
- Beschluss über die Ablehnung der Eröffnung eines Privatklageverfahrens gem. § 383 Abs. 1 StPO<sup>1423</sup>
- Strafbefehl i. S. d. §§ 407 ff StPO<sup>1424</sup>

Demgegenüber haben folgende richterliche Entscheidungen nach Ansicht der Rechtsprechung nicht die Qualität einer urteilsvertretenden Erkenntnis:

- Einstweilige Anordnung in Bezug auf eine vorläufige Unterbringungsmaßnahme<sup>1425</sup>
- Entscheidungen in der Zwangsvollstreckung, z. B. Zuschlagsbeschluss<sup>1426</sup>
- Entscheidungen im Insolvenzverfahren<sup>1427</sup>
- Genehmigungsentscheidungen des Vormundschaftsgerichts bei Rechtsgeschäften (§§ 1915, 1821 Abs. 1 Ziff. 1 BGB)<sup>1428</sup>
- Entscheidungen (Beschlüsse) im Prozesskostenhilfverfahren<sup>1429</sup>
- Beschluss über die vorläufige Entziehung der Fahrerlaubnis gemäß § 111a StPO<sup>1430</sup>

Maßgeblich dafür, ob eine richterliche Entscheidung als eine urteilsvertretende Erkenntnis anzusehen ist, ist mithin die Frage, ob dieser Entscheidung eine interimistische Befriedungsfunktion beigemessen werden kann.<sup>1431</sup> Wenn eine richterliche Entscheidung eine solche interimistische Befriedungsfunktion nicht aufweisen sollte, unterfällt sie nicht dem Tatbestand des § 839 Abs. 2 S. 1 BGB. Entscheidungen, die lediglich eine Zwischenregelung treffen oder aber eine

---

<sup>1420</sup> BGHZ 161, 298 = NJW 2005, 436

<sup>1421</sup> BGHZ 161, 298 = NJW 2005, 436

<sup>1422</sup> BGHZ 64, 347

<sup>1423</sup> BGHZ 51, 326

<sup>1424</sup> OLG München, OLG-Report 2006, 35 (36) = juris Rdziff. 46

<sup>1425</sup> BGHZ 155, 306 = NJW 2003, 3052

<sup>1426</sup> BGH NJW 2000, 3358

<sup>1427</sup> BGH NJW-RR 1986, 412 (dort noch zur KO)

<sup>1428</sup> BGH WM 1986, 1151

<sup>1429</sup> BGH VersR 1984, 77; OLG Frankfurt, Beschl. v. 20.03.2013 - 1 W 42/12, juris Rdziff. 12; OLG Frankfurt NVwZ-RR 2011, 668 (669)

<sup>1430</sup> BGH NJW 1964, 2402

<sup>1431</sup> BGHZ 161, 298 (301) = NJW 2005, 436 (436) unter Hinweis auf Kopp/Schenke, VwGO, § 123 Rdziff. 1

Hauptsacheentscheidung entbehrlich werden lassen, weisen eine solche interimistische Befriedigungsfunktion gerade nicht auf.<sup>1432</sup>

### 3. Richterliche Fehler bei der Vergleichsprotokollierung

Die „Angst des Richters vor der Haftung“<sup>1433</sup> zeigt sich in mannigfaltigen Verhaltensweisen, insbesondere auch bei der mitunter auftretenden Verweigerungshaltung in Bezug auf eine Vergleichsprotokollierung. Obschon ein Richter in jedem Stadium des Verfahrens auf eine gütliche Einigung zwischen den Parteien hinzuwirken hat, bedeutet dies nicht schlechthin, dass – auch wenn sich die Parteien noch so einig sind – ein Gericht verpflichtet wäre, einen Vergleich auch zu protokollieren. Dies hat jüngst der BGH u. a. mit folgenden Worten festgestellt:

*„Schließlich kann auch das Haftungsrisiko im Falle der Protokollierung eines gerichtlichen Vergleichs nicht völlig unberücksichtigt bleiben. Selbst wenn der gerichtliche Vergleich als Spruchrichtertätigkeit unter das zum Schutz der richterlichen Unabhängigkeit geltende Richterprivileg fiel (...), wäre das Haftungsrisiko des Dienstherren zu beachten. Im Rahmen des pflichtgemäßen Ermessens hat das Gericht bei der Protokollierung eines über den Streitgegenstand hinausgehenden gerichtlichen Vergleichs deswegen auch zu berücksichtigen, ob es von den Parteien wirksam von seinen gesetzlichen Belehrungspflichten befreit und den Mitteilungspflichten auf andere Weise genügt ist. Nur dann kann das Risiko einer Haftung der Anstellungskörperschaft ausgeschlossen werden. Die abweichende Auffassung des Oberlandesgerichts Brandenburg (FamRZ 2007, 487), das eine generelle Protokollierungspflicht des Gerichts annimmt, überzeugt deswegen nicht.“<sup>1434</sup>*

Diese Ansicht des BGH muss bei näherer Betrachtung doch überraschen. Zwar steht die richterliche Tätigkeit haftungsrechtlich der eines Urkundsnotars gleich, wenn es um eine Vergleichsprotokollierung geht. Denn bei einem gerichtlichen Vergleich wird die notarielle Beurkundung durch die Aufnahme der Erklärungen in ein nach den Vorschriften der ZPO errichtetes Protokoll ersetzt (§ 127 a BGB). Diese Beurkundungsfunktion des Richters im Rahmen eines Vergleichsabschlusses verbietet indessen die Anwendung des Richterspruchprivilegs. Ausgehend von der Ziel- und Zweckrichtung des Privilegs, die darin besteht, die Rechtskraft der getroffenen Entscheidung zu sichern und nicht noch einmal im Amtshaftungsprozess zur Überprüfung zu stellen, kann dies keine Geltung im Zusammenhang mit einer Vergleichsprotokollierung gelten. Eine solche Vergleichsprotokollierung ist keine richterliche Entscheidung und bereitet auch eine solche richterliche Entscheidung nicht vor, ganz im Gegenteil wird durch einen solchen Vergleich eine richterliche Entscheidung verhindert.<sup>1435</sup> Daraus wiederum ist abzuleiten, dass das

<sup>1432</sup> Meyer, NJW 2005, 864 (865)

<sup>1433</sup> so der Titel eines Beitrages von Rakete-Dombek, NJW 2012, 1689

<sup>1434</sup> BGHZ 191, 1 (8) = NJW 2011, 3451 (3453) = MDR 2011, 1128 (1129) = juris Rdziff. 22

<sup>1435</sup> Matthies, FS Deutsch S. 869 (875)

Richterspruchprivileg im Zusammenhang mit Pflichtverletzung bei richterlicher Vergleichsprotokollierung keine Anwendung finden kann.<sup>1436</sup>

Die vorgenannte Ansicht ist freilich nicht unumstritten. So vertritt das OLG Bremen die Ansicht, dass die Regelung in § 839 Abs. 2 S. 1 BGB weit ausgelegt werden müsse. Die Protokollierung eines Vergleichs durch das Gericht müsse als Prozesshandlung und damit als richterliche Tätigkeit angesehen werden.<sup>1437</sup> Dieser Ansicht ist indessen entgegenzuhalten, dass es nicht um die Frage geht, ob eine Vergleichsprotokollierung eine richterliche „Tätigkeit“ darstellt, vielmehr geht es im Zusammenhang mit dem Anwendungsbereich des Richterspruchprivilegs um die Frage, ob ein Urteil bzw. eine urteilsvertretende Erkenntnis vorliegt. Dies ist indes bei einer Vergleichsprotokollierung zu verneinen, zumal auch ein Prozessvergleich – anders als ein Urteil – nicht in materielle Rechtskraft erwächst.<sup>1438</sup>

Die vorstehend wiedergegebenen – gegenläufigen – Ansichten müssen freilich nicht entscheiden werden. Denn ungeachtet der Frage, ob das Richterspruchprivileg eingreift oder nicht, ist zu vergegenwärtigen, dass in jedem Fall über die Subsidiaritätsklausel des § 839 Abs. 1 S. 2 BGB vorrangig die bei dem Vergleich evtl. tätigen Rechtsanwälte der Parteien in Anspruch zu nehmen wären, weil einem Richter, falls ihm ein Protokollierungsfehler unterlaufen sein sollte, in der Regel kein höherer als ein Fahrlässigkeitsvorwurf gemacht werden könnte.<sup>1439</sup>

Insgesamt ist also daraus zu schlussfolgern, dass das von dem BGH in der vorerwähnten Entscheidung hervorgehobene „Haftungsrisiko im Falle der Protokollierung eines gerichtlichen Vergleichs“ für den Richter bei Lichte betrachtet gegen Null geht, zumindest dann, wenn bei der Protokollierung eines gerichtlichen Vergleichs auf beiden Seiten Rechtsanwälte zugegen sein sollten.

#### 4. Pflichtverletzung „bei“ dem Urteil

Durch die von § 839 Abs. 2 S. 1 BGB vorgegebene Formulierung („bei dem Urteil“, nicht „durch das Urteil“) wird zum Ausdruck gebracht, dass die gesamte richterliche Tätigkeit, d. h. die Gesamtheit all derjenigen Maßnahmen, die objektiv darauf ausgerichtet ist, die „Rechtssache“ durch Urteil zu entscheiden, als privilegiert anzusehen ist.<sup>1440</sup> Es zählen auch diejenigen Maßnahmen dazu, die darauf ausgerichtet sind, die Grundlagen für eine Sachentscheidung zu gewinnen.<sup>1441</sup> Dies hat jüngst der BGH wie folgt konzentriert zusammengefasst:

---

<sup>1436</sup> Matthies, FS Deutsch S. 869 (876); Stürner, DRiZ 1976, 202 (204); Soergel/Vinke, BGB, § 839 Rdziff. 210; Müller-Teckhof, MDR 2014, 249 (253)

<sup>1437</sup> OLG Bremen, NJW-RR 2001, 1036 (1038); ebenso offenbar: Rakete-Dombek, NJW 2012, 1689 (1692); dazu auch Zimmermann FÜR 2012, 556 (560 ff)

<sup>1438</sup> BGH NJW 1977, 583 (584); OLG Bremen, NJW-RR 2001, 1036 (1037)

<sup>1439</sup> Rakete-Dombek, NJW 2012, 1689 (1693); Zöller/Greger, ZPO, § 278 Rdziff. 32 a

<sup>1440</sup> Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 329; BGHZ 50, 14 (17) = NJW 1968, 989 (990)

<sup>1441</sup> BGHZ 187, 286 (291) = NJW 2011, 1072 (1073)

*„Zum Urteil gehört die richtige Feststellung des Tatbestands, insbesondere die Trennung des unstrittigen Sachverhalts von streitigen Behauptungen, sowie die Prüfung der Erheblichkeit des jeweiligen Vortrags und eines etwaigen Beweisantritts. Das alles bestimmt nicht nur den Inhalt des Urteils, sondern auch den Ablauf und die Dauer des Verfahrens. Dabei können dem Richter Pflichtverletzungen auch vor der eigentlichen Sachentscheidung unterlaufen, z.B. bei der unzulänglichen Vorbereitung der Verhandlung, der mangelnden Aufklärung des Sachverhalts oder dem Absehen von einer Beweisaufnahme. Insoweit stellen zwar die Ablehnung einer weiteren Sachaufklärung bzw. einer Beweisaufnahme wie auch der Erlass eines Beweisbeschlusses oder sonstige leitende Maßnahmen keine Urteile im prozessualen Sinn dar. Sie stehen aber in einem so engen Zusammenhang mit dem Urteil, dass sie von diesem haftungsmäßig nicht getrennt werden können (vgl. Senat LM § 839 [G] BGB Nr. 5). Führt deshalb z. B. die Anordnung einer Beweisaufnahme oder die Erteilung von Hinweisen und Auflagen zu einer Verlängerung des gerichtlichen Verfahrens, ist dies – vorbehaltlich der Grenze der Rechtsbeugung (§ 839 II 1 BGB) – ohne Belang, auch wenn nach Auffassung des zur Entscheidung des Amtshaftungsprozesses berufenen Gerichts die Beweisaufnahme oder der Hinweis bzw. die Auflage überflüssig gewesen sind und ein der Klage stattgebendes sowie einen Vollstreckungsschaden vermeidendes Urteil deshalb früher hätte ergeben können. Gleiches gilt für sonstige prozessleitende Maßnahmen, die darauf abzielen, die Grundlagen für die Entscheidung zu gewinnen.“<sup>1442</sup>*

Richtiger Auffassung zufolge müssen diese Grundsätze auch auf den als Mediator tätigen Richter angewendet werden.<sup>1443</sup> Lediglich dann, wenn der Richtermediator verwaltende Justizaufgaben wahrnimmt und in diesem Zusammenhang z. B. vergisst, notwendige Abladungen (im Hinblick auf bereits anberaumte Mediationstermine) vorzunehmen, greift das Richterspruchprivileg nicht ein.<sup>1444</sup>

### *III. Die spezifische richterliche Pflichtverletzung*

Die Haftungsprivilegierung zugunsten des Richters greift nach der Systematik des § 839 Abs. 2 S. 1 BGB nicht ein, wenn der Richter bei dem Urteil eine Straftat begeht. Konstruktiv handelt es sich – betrachtet man nur das Spruchrichter-/Richterspruchprivileg – um eine Ausnahmeregelung davon; nimmt man hingegen die amtshaftungsbegründende Wirkung in den Blick („... nur dann verantwortlich, wenn ...“), so wirkt erst die Verwirklichung eines Straftatbestandes amtshaftungsbegründend und ist somit als Tatbestandsvoraussetzung anzusehen.

<sup>1442</sup> BGHZ 187, 286 (291) = NJW 2011, 1072 (1073)

<sup>1443</sup> Matthies, FS Deutsch S. 869 (877 ff.)

<sup>1444</sup> Matthies, FS Deutsch S. 869 (874)



### 1. Die Verwirklichung des Straftatbestandes

In der am 01.01.1900 in Kraft getretenen Fassung hatte § 839 Abs. 2 S. 1 BGB folgenden Wortlaut:

*„Verletzt ein Beamter bei dem Urteil in einer Rechtssache seine Amtspflicht, so ist er für den daraus entstehenden Schaden nur dann verantwortlich, wenn die Pflichtverletzung mit einer im Wege des gerichtlichen Strafverfahrens zu verhängenden öffentlichen Strafe bedroht ist.“*

Der auf das EGStGB<sup>1445</sup> zurückzuführende Wortlaut des § 839 Abs. 2 S. 1 ging mit Änderungen von Verfahrensvorschriften der ZPO und der StPO einher. Eine Restitutionsklage ist danach u. a. statthaft, wenn ein Richter bei dem Urteil mitgewirkt hat, der sich in Beziehung auf den Rechtsstreit einer strafbaren Verletzung seiner Amtspflichten gegen die Partei schuldig gemacht hat (vgl. § 580 Ziff. 5 ZPO bzw. § 359 Ziff. 3 StPO, letzterer, sofern die Verletzung nicht vom Verurteilten selbst veranlasst war).<sup>1446</sup> Im Kern geht es also darum, dass die Haftungsprivilegierung des § 839 Abs. 2 S. 1 BGB nicht wirkt, wenn die richterliche Pflichtverletzung in der Begehung einer Straftat besteht. Dies impliziert, dass Pflichtverletzungen unterhalb der strafrechtlich relevanten Grenze, selbst dann, wenn sie mit Disziplinarmaßnahmen geahndet werden sollten, nicht ausreichend sind. Dies wiederum bedeutet, dass in praktischer Hinsicht nur Straftaten gemäß § 331 Abs. 2 StGB (Vorteilsannahme) bzw. § 332 Abs. 2 StGB (Bestechlichkeit) bzw. § 339 StGB (Rechtsbeugung) in Betracht zu ziehen sind.

Will man den Vorgaben des § 839 Abs. 2 S. 1 BGB gerecht werden, so muss natürlich auch für den Begriff der „Straftat“ der strafrechtliche Maßstab zugrunde gelegt werden; mithin ist es erforderlich, dass u. a. zum Vorsatz der Rechtsbeugung auch das Bewusstsein des Täters (Richters) gehört, das Recht zugunsten (oder zuungunsten) einer Partei zu beugen, wobei bedingter Vorsatz ausreichend ist.<sup>1447</sup> In diesem Zusammenhang kommt es nicht darauf an, ob es gegen den betreffenden Täter (Richter) zu einem strafrechtlichen Ermittlungsverfahren oder einem Zwischenverfahren oder einem Hauptverfahren gekommen ist. Vielmehr ist nur die Verwirklichung des (objektiven und subjektiven) Tatbestandes der genannten Strafvorschriften maßgeblich. Dies kann - inzident - auch als entsprechende prozessuale Vorfrage von den zuständigen Richtern des Amtshaftungsprozesses geprüft werden.

---

<sup>1445</sup> EGStGB vom 02.03.1974, BGBl I S. 469, in Kraft getreten am 01.01.1975

<sup>1446</sup> Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 360

<sup>1447</sup> Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 317

## 2. Spannungsverhältnis zum Beratungsgeheimnis im Regressfall

Die Regelung in § 839 Abs. 2 S. 1 BGB wirft eine Frage auf, die in praktischer Hinsicht Bedeutung erlangen könnte, wenn es um eine Entscheidung eines Kollegialorgans geht und (lediglich) einer der beteiligten (ehrenamtlichen) Richter eine solche Straftat begangen hat. Für den Fall, dass der Bund oder das Land im Wege der Außenhaftung erfolgreich in Anspruch genommen worden ist, wird es zu einem Regressfall kommen. Hat der Bund oder das Land, welches im Amtshaftungsprozess in Anspruch genommen worden ist, von einer Streitverkündung des Richters Abstand genommen, so wird im Regressprozess die Frage auftauchen, ob und inwieweit hier möglicherweise das Beratungsgeheimnis tangiert sein könnte, wenn sich der im Wege des Rückgriffs in Anspruch genommene Richter auf den Zeugenbeweis seiner Richterkollegen beruft. Für die Außenhaftung des Bundes oder des Landes spielt das Beratungsgeheimnis (noch) keine Rolle.<sup>1448</sup> Im Regressprozess wird es allerdings im Rahmen der Kausalität auf die Frage ankommen, ob alle beteiligten Richter des Spruchorgans oder lediglich eine Mehrheit in rechtswidriger Weise votiert haben. Überdies wird es auch auf eine Individualisierung des in Regress genommenen Richters ankommen. Dies beides ist nicht möglich, ohne das Beratungsgeheimnis zu verletzen. Das (richterliche) Beratungsgeheimnis dient ersichtlich dem Schutz der Einheit des Spruchkollegiums und dem Ansehen seiner Spruchpraxis, gilt allerdings nicht mit Absolutheitswirkung. Wird z.B. eine Körperschaft wegen eines bestimmten Abstimmungsverhaltens eines von ihr entsandten Mitglieds des Kollegiums auf Schadensersatz in Anspruch genommen, so liegt es nahe, den bestehenden Interessenkonflikt zumindest dadurch zu lösen, dass es dem Mitglied bzw. der Körperschaft erlaubt ist, zum Zwecke der Verteidigung ihrer rechtlichen Interessen das Beratungsgeheimnis (sei es als Zeuge, sei es als Partei) preiszugeben.<sup>1449</sup>

## C. Richterliche Amtspflichtverletzung außerhalb des Anwendungsbereichs von § 839 Abs. 2 S. 1 BGB

Häufig wird es je nach Prozesslage auf eine Entscheidung der vorstehenden Zweifelsfragen schon deswegen nicht ankommen, weil Gerichte von dem Kunstgriff des sog. „Dahinstehenlassens“ Gebrauch machen. Denn:

Auch bei richterlichen Entscheidungen, auf welche § 839 Abs. 2 S. 1 BGB keine Anwendung findet, ist der Verfassungsgrundsatz der richterlichen Unabhängigkeit zu beachten. Soweit mithin (im Amtshaftungsprozess) darüber zu befinden ist, ob ein Richter bei der Rechtsanwendung und der Gesetzesauslegung

<sup>1448</sup> Stein/Itzel/Schwall Rdziff. 634

<sup>1449</sup> Schmidt-Räntsch, DRiG, § 43 Rdziff. 12, 19; BGHZ 188, 302 (310 ff) = NJW 2011, 2586 (2587) = juris Rdziff. 23; OLG Naumburg, NJW 2008, 3585 (3586) = juris Rdziff. 25 (dort zur Strafbarkeit der Rechtsbeugung bei Durchbrechung des Beratungsgeheimnisses zur Aufklärung des Vorwurfs der Rechtsbeugung)

schuldhaft amtspflichtwidrig gehandelt haben könnte, kommt ein Schuldvorwurf nur bei besonders groben Verstößen in Betracht.<sup>1450</sup> Dabei erfordert die Annahme einer groben Fahrlässigkeit einen objektiv schweren und subjektiv nicht (mehr) entschuldbaren Verstoß gegen die Anforderungen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt. Anerkanntermaßen liegt eine besonders schwere Sorgfaltspflichtverletzung nach den in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen vor, wenn die im Verkehr erforderliche Sorgfalt in ungewöhnlich hohem Maße verletzt worden ist, wenn mithin ganz nahe liegende Überlegungen nicht angestellt oder beiseite geschoben wurden und dasjenige unbeachtet geblieben ist, was im gegebenen Fall sich jedem hätte aufdrängen müssen.<sup>1451</sup> Bei der groben Fahrlässigkeit handelt es sich um eine auch subjektiv schlechthin unentschuld bare Pflichtverletzung, die das gewöhnliche Maß der Fahrlässigkeit des § 276 Abs. 1 BGB erheblich übersteigt.<sup>1452</sup> Wenn es an einem solchen qualifizierten Verstoß fehlt, so ist nach Maßgabe der Rechtsprechung nicht eindeutig geklärt, ob ein Schuldvorwurf<sup>1453</sup> oder aber bereits die Amtspflichtverletzung an sich zu verneinen ist.<sup>1454</sup>

Außerhalb des Anwendungsbereichs von § 839 Abs. 2 S. 1 BGB wird man folglich nicht zu dem Ergebnis gelangen, dass ein Richter dann bereits für Handlungen auf Basis einfacher Fahrlässigkeit verantwortlich ist. Vielmehr wird von der Rechtsprechung der „Verfassungsgrundsatz der richterlichen Unabhängigkeit“ hervorgehoben, der im Prinzip die gleiche privilegierende Sperrwirkung entfaltet wie § 839 Abs. 2 S. 1 BGB. Mit anderen Worten:

Betrachtet man den Wortlaut des § 839 Abs. 2 Satz 1 BGB und die dazu ergangene Rechtsprechung, so kommt es nicht darauf an, ob die richterliche Tätigkeit innerhalb oder außerhalb des Anwendungsbereichs dieser Vorschrift vorgenommen wird. In jedem Fall kommt dem Richter ein Privilegierungstatbestand zugute, sei es direkt über die Vorschrift des § 839 Abs. 2 S. 1 BGB oder aber über den Verfassungsgrundsatz der richterlichen Unabhängigkeit. Letzterer entfaltet lediglich dann keine privilegierende Wirkung mehr, wenn die richterlichen Handlungen schlechthin als nicht mehr vertretbar eingestuft werden.

Die Entscheidung eines Insolvenzgerichts, der Entnahme eines Vorschusses (durch den Insolvenzverwalter) aus der Insolvenzmasse nicht zuzustimmen, vermag nur dann eine schuldhafte Amtspflichtverletzung zu begründen, wenn sie

---

<sup>1450</sup> BGH, Urt. v. 16.10.1014 – IX ZR 190/13, juris Rdziff. 19; BGHZ 187, 286 (291) = NJW 2011, 1072 (1073); BGHZ 155, 306 (308) = NJW 2003, 3052 (3052); BGH NJW-RR 1992, 919 (919); BGH, Beschl. v. 26.04.1990 - III ZR 182/89, juris Rdziff. 3; OLG München, Urt. v. 22.12.2011 - 1 U 5388/10, juris Rdziff. 35; OLG München, Beschl. v. 25.11.2011 - 1 W 2105/11, juris Rdziff. 7; OLG Frankfurt NVwZ-RR 2011, 668 (669); OLG München, Beschl. v. 05.08.2010 - 1 U 2562/10, juris Rdziff. 1; OLG Frankfurt, NJW 2001, 3270 (3271)

<sup>1451</sup> OLG Frankfurt, NVwZ-RR 2011, 668 (669); OLG München, Urt. v. 21.05.2010 - 1 U 3611/09, juris Rdziff. 69; OLG Celle, Urt. v. 05.05.2009 - 5 U 26/09, juris Rdziff. 10

<sup>1452</sup> Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 198 ff

<sup>1453</sup> so BGHZ 155, 306 (308) = NJW 2003, 3052 (3052)

<sup>1454</sup> so OLG Koblenz, OLG-Report 2005, 211

objektiv unvertretbar ist; dies ist nicht der Fall, wenn mögliche Schadensersatzforderungen der Insolvenzmasse gegen den Insolvenzverwalter bestehen und aus diesem Grund – vorläufig – die Zustimmung des Insolvenzgerichts zur Entnahme eines Vorschusses verweigert wird.

#### D. Grenzen der Privilegierungswirkung bei Verweigerung oder Verzögerung richterlicher Amtsausübung

##### *I. Ausschluss der Privilegierungswirkung durch § 839 Abs. 2 S. 2 BGB*

Die privilegierende Wirkung des § 839 Abs. 2 S. 1 BGB besteht darin, dass ein Richter „nur dann verantwortlich“ ist, wenn die von ihm begangene Pflichtverletzung in der Begehung einer Straftat besteht. § 839 Abs. 2 S. 2 BGB schreibt im Anschluss eine Selbstverständlichkeit fest (und entlarvt sich damit als eigentlich überflüssig), indem diese Privilegierung nicht im Fall einer pflichtwidrigen Verweigerung oder Verzögerung der Amtsausübung gilt. Begreift man mithin § 839 Abs. 2 S. 1 BGB als Ausnahme, so legt wiederum § 839 Abs. 2 S. 2 BGB eine Ausnahme von der Ausnahme fest. Mit anderen Worten:

Die pflichtwidrige Untätigkeit eines Richters ist keine fehlerhafte Tätigkeit „bei“ einem Urteil, da ein solches Urteil von dem Richter ja gerade nicht bearbeitet wird.<sup>1455</sup> Als verzögernde Maßnahmen des Gerichts gelten dabei nicht solche, die noch zeitnah getroffen worden sind, jedoch erst im Ergebnis zu einer Verlängerung des Verfahrens geführt haben.

Vonseiten des EGMR und vonseiten des BVerfG ist bereits (mehrfach) die z. T. überlange Dauer von Gerichtsverfahren gerügt worden.<sup>1456</sup> Insbesondere nach Ansicht des BVerfG gewährleistet Art. 19 Abs. 4 GG sowohl für den Bereich des öffentlichen Rechts als auch für den Bereich zivilrechtlicher Streitigkeiten die Effektivität des Rechtsschutzes. Wirksam ist indessen nur ein zeitgerechter Rechtsschutz mit der weiteren Folge, dass im Interesse der Rechtssicherheit und des Rechtsfriedens streitige Rechtsverhältnisse in angemessener Zeit einer Klärung zuzuführen sind.<sup>1457</sup> Bei der Frage, wann von einer zu tolerierenden und die Rechtsgewährung noch nicht beeinträchtigenden Verfahrensdauer bzw. einer diese Grenze überschreitenden Verfahrensdauer auszugehen ist, gibt es keine starre Richtlinie. Dem Grundgesetz lassen sich keine allgemeingültigen zeitlichen Vorgaben entnehmen. Stets wird es auf eine Einzelfallbetrachtung hinauslaufen, wobei die Natur des Verfahrens und die Bedeutung der Sache für die Parteien, die

<sup>1455</sup> BGHZ 187, 286 (291) = NJW 2011, 1072 (1073); Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 334

<sup>1456</sup> EGMR, Urt. v. 21.10.2010 - 2693/07 sowie 32936/09 sowie 2651/07 sowie 32513/08 sowie 43155/08, jeweils juris; EGMR NJW 2006, 2389; BVerfG NVwZ-RR 2011, 625 = juris Rdziff. 26; BVerfG, Beschl. v. 14.12.2010 - 1 BvR 404/10, juris; BVerfG NZS 2010, 381; BVerfG NJW 2008, 503; BVerfGE 93, 1 = NJW 1995, 2477; BVerfGE 60, 253 (269); BVerfGE 55, 349 (369)

<sup>1457</sup> BVerfG NVwZ-RR 2011, 625 (626)

Auswirkungen einer langen Verfahrensdauer für die Beteiligten, die Schwierigkeiten der Sachmaterie, das eigene Verhalten der Verfahrensbeteiligten sowie die – gerichtlich nicht zu beeinflussenden – Tätigkeiten Dritter (insbesondere Sachverständige) zu bedenken sind. Hingegen kann sich der Staat nicht auf solche Umstände berufen, die seinem Verantwortungsbereich zuzurechnen sind.<sup>1458</sup> Mit zunehmender Verfahrensdauer verdichtet sich allerdings die Pflicht des Gerichts (wohl eher: des zuständigen Richters), auf eine Beschleunigung des Verfahrens mit geeigneten Mitteln hinzuwirken.<sup>1459</sup>

Diese richterliche Pflicht, Verfahren mit der „gebotenen Beschleunigung“ zu bearbeiten und bei Entscheidungsreife diese Verfahren „zeitnah abzuschließen“, ist dritt-schützend i. S. d. § 839 Abs. 1 S. 1 BGB.<sup>1460</sup>

Die vorgenannten (richterlichen) Pflichten sind eigentlich selbstverständlich und leuchten prima vista ein; gleichwohl bedarf es zur Konkretisierung dieser Pflichten eines Seitenblicks auf den verfassungsrechtlichen Grundsatz richterlicher Unabhängigkeit (Art. 97 GG). Geht es um die Verweigerung/Verzögerung richterlicher Amtsausübung, so tritt im Hinblick auf die daraus resultierenden rechtlichen Konsequenzen naturgemäß ein Spannungsverhältnis zu den aus dem Rechtsstaatsprinzip folgenden Anspruch auf Justizgewährung ein, der insoweit das Recht auf eine Entscheidung innerhalb angemessener Frist beinhaltet.<sup>1461</sup>

### 1. Verfassungsrechtlicher Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit

Nach dem Wortlaut von Art. 97 Abs. 1 GG sind Richter unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen. Mit dieser Regelung ist die sog. sachliche Unabhängigkeit zum Ausdruck gebracht; dies bedeutet, dass Richter in ihrer richterlichen Tätigkeit an Weisungen nicht gebunden sind.<sup>1462</sup> Die Weisungsfreiheit des Richters kommt dadurch zur Geltung, dass es der Ersten Gewalt (Legislative) untersagt ist, auf die Entscheidung im laufenden Verfahren unmittelbar Einfluss zu nehmen.<sup>1463</sup> Aber auch von der Exekutive sind Richter unabhängig; insofern ist der Zweiten Gewalt die Einflussnahme auf Rechtsprechung durch Einzelweisungen oder Verwaltungsvorschriften untersagt. Insoweit zählen zu dem geschützten Tätigkeitsbereich des Richters nicht nur der eigentliche Entscheidungsausspruch, sondern auch

---

<sup>1458</sup> BVerfG NVwZ-RR 2011, 625 (626)

<sup>1459</sup> BVerfG NVwZ-RR 2011, 625 (626); BVerfG, Beschl. v. 14.12.2010 - 1 BvR 404/10, juris; BVerfG NZS 2010, 381; BVerfG NJW 2008, 503 (504); BVerfG NJW 2005, 739; BVerfG NJW 2004, 3320 (3320); BVerfG NJW 2001, 214 (215); ebenso: BGHZ 187, 286 (293) = NJW 2011, 1072 (1073)

<sup>1460</sup> BGHZ 187, 286 (293) = NJW 2011, 1072 (1073); BGHZ 170, 260 (268) = NJW 2007, 830 (831)

<sup>1461</sup> BGHZ 187, 286 (293) = NJW 2011, 1072 (1073); BGHZ 170, 260 (268) = NJW 2007, 830 (831)

<sup>1462</sup> BVerfGE 87, 68 (85); BVerfGE 27, 312 (322); BVerfGE 14, 56 (69); BVerfGE 4, 331 (344); BVerfGE 3, 214 (224); Heusch in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, GG, Art. 97 Rdziff. 4; Detterbeck in: Sachs, GG, Art. 97 Rdziff. 4

<sup>1463</sup> Herzog in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 97 Rdziff. 22

verfahrensleitende und -begleitende Anordnungen.<sup>1464</sup> Allerdings zählen Justizverwaltungsangelegenheiten wiederum nicht dazu; z.B. berührt der Entzug von Verwaltungszuständigkeiten des Präsidenten des Landesarbeitsgerichts weder die sachliche noch die persönliche Unabhängigkeit des Richters. Denn die Verwaltungszuständigkeit ist nicht dazu bestimmt, die sachliche Unabhängigkeit des Richters, dem die Verwaltungszuständigkeit eingeräumt ist, zu sichern.<sup>1465</sup>

Soweit es um die Freiheit von Weisungen aus dem Bereich der Judikative selbst geht, gilt prinzipiell das vorher Ausgeführte, dies freilich mit folgender Einschränkung. Eine Bindung des Richters an – rechtskräftige – Entscheidungen anderer Gerichtszweige verstößt nicht gegen Art. 97 Abs. 1 GG.<sup>1466</sup> Neben der aus Art. 97 Abs. 1 GG abzuleitenden sachlichen Unabhängigkeit steht die in Art. 97 Abs. 2 GG verankerte persönliche Unabhängigkeit des Richters. Die unter diesen Regelungsbereich fallenden (hauptamtlich und planmäßig angestellten) Richter dürfen nicht des Amtes enthoben oder gegen deren Willen versetzt werden; dazu zählen auch Maßnahmen mit ähnlichem Charakter. Diese sog. Auxiliargarantie ist kein persönliches Privileg der Richter.<sup>1467</sup>

## 2. Anspruch auf effektive Justizgewährung

Es ist in der Rechtsprechung des BVerfG seit langem anerkannt, dass sich aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) i. V. m. Art. 2 Abs. 1 GG die Gewährleistung eines wirkungsvollen Rechtsschutzes für bürgerlich-rechtliche Streitigkeiten im materiellen Sinn ableiten lässt.<sup>1468</sup> Aus eben diesen vom BVerfG entwickelten Grundsätzen und unter gleichzeitiger Inbezugnahme des Rechtsstaatsprinzips wird der sog. Justizgewährungsanspruch abgeleitet und beinhaltet das Recht auf eine Entscheidung innerhalb einer angemessenen und überschaubaren Frist.<sup>1469</sup> Dieser Justizgewährungsanspruch verdichtet sich mit zunehmender Verfahrensdauer, und zwar dergestalt, dass sich das Gericht nachhaltig um eine Beschleunigung des Verfahrens und dessen Beendigung zu bemühen hat.<sup>1470</sup>

<sup>1464</sup> Deterbeck in: Sachs, GG, Art. 97 Rdziff. 6

<sup>1465</sup> BVerfGE 38, 139 (152/3)

<sup>1466</sup> Deterbeck in: Sachs, GG, Art. 97 Rdziff. 7f

<sup>1467</sup> Heusch in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, GG, Art. 97 Rdziff. 21

<sup>1468</sup> NJW 2013, 3630 (3631) = juris Rdziff. 26, 30; BVerfG NJW 2001, 214 (215); BVerfGE 93, 99 (107) = NJW 1995, 3173; BVerfGE 85, 337 (345) = NJW 1992, 1673; BVerfGE 82, 126 (155) = NJW 1990, 2246; BVerfGE 54, 277 (291) = NJW 1980, 2179

<sup>1469</sup> BVerfG, Beschl. v. 14.12.2010 - 1 BvR 404/10, juris; BVerfG NJW 2000, 797 (797); BVerfG NJW 1999, 2582 (2583); BVerfG NJW 1997, 2811 (2812); BVerfGE 88, 118 (124) = NJW 1993, 1635; zur Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes auch: Zuck, NJW 2013, 1132 ff.

<sup>1470</sup> NJW 2013, 3630 (3631) = juris Rdziff. 26, 30; BVerfG NJW 2008, 503 (504); BVerfG NJW 2005, 739 (739); BVerfG NJW 2004, 3320 (3320); BVerfG NJW 2001, 214 (215); BGHZ 187, 286 (290) = NJW 2011, 1072 (1073); BGHZ 170, 260 (266) = NJW 2007, 830 (831); ebenso: OLG Koblenz, Beschl. v. 20.01.2014 - 3 W 695/13, juris Rdziff. 7; OLG Schleswig, Urt. v. 02.02.2012 - 11 U 144/10, juris Rdziff. 33 ff.; OLG Celle, Urt. v. 23.06.2011 - 16 U 130/10, juris Rdziff. 25 ff.

Dies vorangestellt, kann der Justizgewährleistungsanspruch verletzt sein, wenn sich ein Zivilgericht trotz einer außergewöhnlich langen Verfahrensdauer (z. B. 15 Jahre) und der Bedeutung des Verfahrens für die wirtschaftliche Existenz eines Beteiligten darauf beschränkt, das Verfahren wie einen gewöhnlichen, wenn auch komplizierten Rechtsstreit zu behandeln, und es demzufolge unterlässt, sämtliche zur Verfügung stehenden Möglichkeiten der Verfahrensbeschleunigung zu nutzen.<sup>1471</sup>

Im Übrigen erfordert es die Gewährleistung eines wirkungsvollen Rechtsschutzes grundsätzlich nicht, dass ein Gericht von einer Entscheidung solange absehen muss, bis ein Oberster Gerichtshof des Bundes in einem anderen anhängigen, möglicherweise rechtlich gleich oder ähnlich gelagerten Verfahren entschieden hat. Dies wäre nur dann geboten, wenn hinreichend sicher erkennbar wäre, dass anderenfalls eine berechtigte Aussicht auf einen anderen Verfahrensausgang vereitelt würde.<sup>1472</sup>

#### a. Verfahrensbeschleunigung und -förderung als richterliche Amtspflicht

Ausgehend von den vom BVerfG entwickelten Grundsätzen zum Justizgewährleistungsanspruch ist auch in der Rechtsprechung des III. Zivilsenats des BGH zum Amtshaftungsrecht anerkannt, dass Gerichte (wohl genauer: Richter) anhängige Verfahren mit der gebotenen Beschleunigung zu bearbeiten und bei Entscheidungsreife möglichst zeitnah abzuschließen haben; diese Amtspflicht ist drittgerichtet und besteht gegenüber den Parteien des Rechtsstreits.<sup>1473</sup>

#### b. Richterliche Prozessführung, Zeitfaktor und (Un-)Vertretbarkeit

Der Justizgewährleistungsanspruch, vermöge dessen die Parteien das Recht auf eine Entscheidung innerhalb angemessener Frist haben, steht naturgemäß in einem Spannungsverhältnis zu dem verfassungsrechtlich verankerten Grundsatz richterlicher Unabhängigkeit aus Art. 97 Abs. 1 GG. Unweigerlich stellt sich die Frage, welcher dieser Grundsätze ggf. einem höheren Stellenwert haben könnte. Der III. Zivilsenat des BGH hat sich dahingehend positioniert, dass die zügige Erledigung eines Rechtsstreits kein Selbstzweck sei. Vielmehr verlange gerade das Rechtsstaatsprinzip die grundsätzlich umfassende tatsächliche und rechtliche Prüfung des Streitgegenstands durch das dazu berufene Gericht mit der weiteren Folge, dass eben nicht bei verschiedenen Möglichkeiten der Verfahrensgestaltung zugunsten der das Verfahren schneller abschließenden Alternative zu entscheiden sei.<sup>1474</sup> Man mag dies – wie Brüning<sup>1475</sup> – kritisch betrachten. Dies ändert nichts an

---

<sup>1471</sup> BVerfG NJW 2001, 214

<sup>1472</sup> BVerfG NJW 2008, 504

<sup>1473</sup> BGHZ 187, 286 (290) = NJW 2011, 1072 (1073); BGHZ 170, 260 (266), dort zur verzögerten Antragsbearbeitung durch den Beamten des Grundbuchamts

<sup>1474</sup> BGHZ 187, 286 (292) = NJW 2011, 1072 (1073)

<sup>1475</sup> Brüning, Anm. zu BGH NJW 2011, 1077

der Ausgangssituation und an den Spannungsverhältnissen. Selbstverständlich ist zugunsten der Parteien eines Rechtsstreits eine schnelle Entscheidung wünschenswert, lässt sich jedoch auch bei bestmöglicher sachlicher und personeller Ausstattung nicht stets gewährleisten. Allerdings darf in diesem Zusammenhang nicht unberücksichtigt bleiben, dass auch den Staat vor dem Hintergrund des Justizgewährungsanspruchs Pflichten treffen. Der Staat hat für einen wirkungsvollen Rechtsschutz seine Gerichte personell so auszustatten, dass die Richter die anstehenden Verfahren ohne vermeidbare Verzögerung abschließen können. Es ist die Aufgabe des Staates, im Rahmen des Zumutbaren alle Maßnahmen zu treffen, die geeignet und notwendig sind, einer Überlastung der Gerichte vorzubeugen und für rechtzeitige Abhilfe zu sorgen, wenn eine solche Überlastung eintritt.<sup>1476</sup>

Vor diesem Hintergrund ist der BGH zu dem – durchaus zutreffenden – Ergebnis gelangt, dass die sachgerechte Führung eines Prozesses in das Ermessen des zuständigen Richters gestellt ist mit der weiteren Folge, dass dessen prozessführende Tätigkeit nur auf Vertretbarkeit bzw. Unvertretbarkeit überprüft werden kann. Die Vertretbarkeit von richterlichen Maßnahmen kann nur dann verneint werden, wenn „*bei voller Würdigung auch der Belange einer funktionstüchtigen Zivilrechtspflege das richterliche Verhalten nicht mehr verständlich ist*“.<sup>1477</sup> Bei der Frage der (Un-)Vertretbarkeit ist und bleibt der Zeitfaktor ein Faktor von vielen. Es kommt auch auf die bereits erwähnte personelle Ausstattung des Gerichts sowie den Schwierigkeitsgrad der Angelegenheit u. v. m. an. Insoweit starre Handhabungsregeln dafür zu entwickeln, wann und unter welchen Voraussetzungen die Grenze zwischen Vertretbarkeit und Unvertretbarkeit überschritten ist, ist nicht sachförderlich. Diese Grundsätze können es rechtfertigen, dass das Gericht gem. § 411 Abs. 2 ZPO gegen den Sachverständigen ein Ordnungsgeld festsetzen kann, wenn der Sachverständige die gem. § 411 Abs. 1 ZPO gesetzte Frist zur Vorlage des Gutachtens hat verstreichen lassen.<sup>1478</sup>

Bei der Beurteilung von Amtshaftungsansprüchen wegen überlanger Dauer eines Zivilprozesses dürfen die Fachgerichte Darlegungs- und Beweislasten nicht in einer Weise zuordnen, die es den belasteten Verfahrensbeteiligten faktisch unmöglich macht, diesen Anforderungen gerecht zu werden.<sup>1479</sup> Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist allerdings die Anforderung eines Gerichts, der (Amtshaftungs-)Kläger habe darzulegen, dass und an welchem Tag die übrigen Prozessbeteiligten einen früheren Gerichtstermin hätten wahrnehmen können, nicht mehr vertretbar.<sup>1480</sup> Das BVerfG hat allerdings auch – nachvollziehbar – die Ansicht vertreten, es sei nicht erforderlich, die allgemeinen Regeln des materiellen und prozessualen

---

<sup>1476</sup> BGHZ 170, 260 (267) = NJW 2007, 830 (832)

<sup>1477</sup> BGHZ 187, 286 (293) = NJW 2011, 1072 (1074)

<sup>1478</sup> OLG Koblenz, Beschl. v. 20.01.2014 - 3 W 695/13, juris

<sup>1479</sup> BVerfGE, NJW 2013 3630 (3632) = juris Rdziff. 39; BVerfGE 59, 128 (160); BVerfGE 54, 148 (157)

<sup>1480</sup> BVerfG, NJW 2013, 3630 (3633) = juris Rdziff. 45



Rechts so auszugestalten, dass der Anspruchsteller im Amtshaftungsprozess (in Abweichung von allgemeinen Grundsätzen) Darlegungs- und Beweiserleichterungen für sich in Anspruch nehmen könnte.<sup>1481</sup> Wie auch in jedem anderen Zivilprozess wird im Rahmen eines auf den Aspekt der überlangen Verfahrensdauer gestützten Amtshaftungsverfahrens zu prüfen sein, ob dem Anspruchsteller die Grundsätze der sog. sekundären Darlegungslast zugute kommen können. Die Auferlegung einer sog. sekundären Darlegungslast ist dann anerkannt, wenn die primär darlegungspflichtige Partei außerhalb des darzulegenden Geschehensablaufs steht und keine Kenntnisse von den maßgeblichen Tatsachen besitzt, während der Prozessgegner zumutbar nähere Angaben zu machen in der Lage ist.<sup>1482</sup> Ausgehend von der jüngeren Rechtsprechung des BVerfG bleibt festzuhalten, dass die auf eine überlange Verfahrensdauer gestützten Amtshaftungsprozesse einer jeweils auf den Einzelfall bezogenen strengen Prüfung dahingehend zu unterziehen sind, ob sich aufgrund der bereits verstrichenen Verfahrenszeit eine dem Gericht obliegende Beschleunigungspflicht möglicherweise hätte aufdrängen müssen; im Übrigen könne ein derartiger Rechtsstreit nicht pauschal bzw. pauschaliert gelöst werden. Besonderheiten in den Verfahren seien – amtshaftungsrechtlich – auch gesondert zu werten.<sup>1483</sup>

## II. Die Anwendung der sog. Kollegialgerichts-Richtlinie im Rahmen der richterlichen Tätigkeit

Auf der Grundlage der vorherigen Ausführungen bleibt festzuhalten, dass das richterliche Verhalten bei der Prozessführung im Amtshaftungsprozess dahin zu überprüfen ist, ob es (un-)vertretbar ist. Der Vertretbarkeits-Maßstab ist ein Element des Verschuldens, sodass auch im Rahmen des Amtshaftungsprozesses die Frage näher zu untersuchen ist, ob die sog. Kollegialgerichts-Richtlinie anwendbar ist. Nach Maßgabe dieser „Richtlinie“ wird ein Verschulden bei der Rechtsanwendung grundsätzlich verneint, wenn ein mit mehreren Berufsrichtern besetztes Kollegialgericht die Amtshandlung für rechtmäßig erklärt hat.<sup>1484</sup> Mithin könnte

<sup>1481</sup> BVerfG, NJW 2013, 3630 (3633) = juris Rdziff. 39

<sup>1482</sup> BGHZ 145, 170 (184) = NJW-RR 2001, 396 (397); BGH NJW 1997, 128 (129); BGH NJW 1990, 3151 (3152); NJW 1987, 1201 (1201); BGHZ 120, 320 (327); BGH NJW 1961, 826 (828)

<sup>1483</sup> BVerfG, NJW 2013, 3630 (3632 f.); vgl. zu diesem Verfahren auch: Steinbeiß-Winkelmann, NJW 2014, 1276 (1277 f.)

<sup>1484</sup> Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 211 ff.; Stein/Itzel/Schwall Rdziff. 150 ff.; Tremml/Karger/Luber Rdziff. 159; Palandt/Sprau, BGB, § 839 Rdziff. 53; Bamberger/Roth/Reinert, BGB, § 839 Rdziff. 87; Detterbeck/Windthorst/Sproll, § 9 Rdziff. 184 ff.; Ossenbühl/Cornils S. 76 ff.; Schlick/Rinne, NVwZ 1997, 1171 (1173); Papier in: MünchKomm BGB, § 839 Rdziff. 290; Schmidt, NJW 1993, 1630; Lochte-Handjery, JuS 2001, 1186 (1188); Erman/Hecker, BGB, § 839 Rdziff. 59; Soergel/Vinke, BGB, § 839 Rdziff. 185; Papier in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 34 Rdziff. 228; BGHZ 187, 286 (301) = NJW 2011, 1072 (1076); BGHZ 150, 172 (184) = NJW 2002, 1793 (1796); BGHZ 117, 240 (250) = NJW 1992, 3229 (3232); BGHZ 103, 242 (249), insoweit nicht abgedruckt in NJW 1988, 1776; BGHZ 97, 97 (107) = NJW 1986, 2309 (2311); BGHZ 73, 161 (164); BGHZ 17, 153 (158); RGZ 164, 32 (40); RGZ 156, 34 (51); RGZ 141, 328 (334); RGZ 106, 406 (410)

sich die kollegialgerichtliche Billigung als ein verschuldensausschließender Umstand herausstellen, was wiederum auch Auswirkung auf einen etwaigen Regressanspruch gegen den Richter hätte; denn für den Fall der Verneinung des Verschuldens und des Amtshaftungsanspruchs (gegen das den Richter beschäftigende Bundesland oder den Bund) käme auch ein Regressanspruch nicht mehr zum Tragen.

Die Kollegialgerichts-Richtlinie wird von der Rechtsprechung auch auf richterliche und staatsanwaltliche Tätigkeiten angewendet.<sup>1485</sup> Die Möglichkeit der Exkulpation bei kollegialgerichtlicher Billigung kommt indessen nur dann in Betracht, wenn es im Rahmen der Rechtsanwendung für den Beamten um eine schwierig zu lösende Rechtsfrage geht.<sup>1486</sup> Richterliche Tätigkeiten oder Untätigkeiten, die eine – pflichtwidrige – Verweigerung oder Verzögerung der Amtsausübung begründen, stellen indessen keine Rechtsanwendung dar. Das wiederum führt zu der logischen Konsequenz, dass im Falle der Beurteilung der (Un-)Vertretbarkeit von verfahrensverzögernder bzw. -verweigernder richterlicher Amtsausübung die Anwendung der sog. Kollegialgerichts-Richtlinie von vornherein auszuschneiden hat.<sup>1487</sup>

### *III. Das Gesetz über den Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren und der Entschädigungsanspruch aus § 198 GVG*

Am 03.12.2011 ist das Gesetz über den Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren und strafrechtlichen Ermittlungsverfahren (ÜGRG) in Kraft getreten.<sup>1488</sup> Nachdem der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) Deutschland in weit über 40 Verfahren wegen der Verletzung des in Art. 6 Abs. 1 EMRK verankerten Rechts auf eine angemessene Verfahrensdauer verurteilt hatte<sup>1489</sup>, nahm der bundesdeutsche Gesetzgeber diese Verurteilungen zum Anlass, durch Einführung eines Entschädigungsanspruchs in § 198 GVG Rechnung zu tragen.<sup>1490</sup> Durch diese gesetzliche Neuregelung ist die Einlegung einer sog. Untätigkeitsbeschwerde – soweit eine solche überhaupt als statthaft angesehen worden ist – nunmehr unstatthaft geworden.<sup>1491</sup>

<sup>1485</sup> BGH NJW-RR 1992, 919; BGHZ 27, 338 (346) = NJW 1959, 35; in BGHZ 187, 286 (301) = NJW 2011, 1072 (1076) konnte es der III. Zivilsenat dahinstehen lassen, ob die „Richtlinie“ auch für die richterliche Tätigkeit gilt

<sup>1486</sup> Statt vieler: Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 213

<sup>1487</sup> BGHZ 187, 286 (301) = NJW 2011, 1072 (1076)

<sup>1488</sup> BGBl I, S. 2302; Eine Zwischenbilanz anhand der Rechtsprechung der verschiedenen Gerichtsbarkeiten findet sich bei Steinbeiß-Winkelmann/Sporrer, NJW 2014, 177 ff.

<sup>1489</sup> zuletzt: EGMR NJW 2010, 3355 (Fall Rumpf)

<sup>1490</sup> Althammer/Schäuble, NJW 2012, 1 ff.

<sup>1491</sup> BGH NJW 2013, 385 (386); OLG Bremen, Beschl. v. 12.11.2012 - 4 WF 13/12, juris; OLG München, Beschl. v. 21.09.2012 - 4 VAs 39/12, juris; OLG München, Beschl. v. 20.09.2012 - 4 VAs 38//12, juris; OLG Schleswig, Beschl. v. 30.08.2012 - 11 SchH 3/12, juris; OVG Mecklenburg-Vorpommern, Beschl. v. 23.01.2012 - 1 O 4/12 (juris); ebenso: OLG Düsseldorf,

Die Regelungen in §§ 198 ff. GVG finden nach Maßgabe von Art. 23 S. 1 ÜGRG keine Anwendung auf zivilgerichtliche Verfahren, die bei Inkrafttreten des Gesetzes (03.12.2011) bereits länger als 6 Monate abgeschlossen waren.<sup>1492</sup> Im Übrigen muss eine Klage zur Durchsetzung eines Entschädigungsanspruchs bei bereits abgeschlossenen Verfahren bis spätestens zum 03.06.2012 erhoben worden sein, vgl. Art. 23 S. 6 ÜGRG. Eine ohne die Beachtung dieser Frist erhobene Klage ist als unzulässig abzuweisen.<sup>1493</sup>

### 1. Verfassungsmäßigkeit der Rechtswegzuweisungen

Durch das ÜGRG wurden spezielle Zuständigkeiten geschaffen. In den jeweiligen Gerichtsordnungen wurden dazu korrespondierend spezielle Rechtswegzuweisungen installiert. Dies trifft auf die Regelungen in §§ 173 S. 2 VwGO, 155 S. 2 FGO und 202 S. 2 SGG zu. Diese speziellen Rechtswegzuweisungen gehen in der Regelung in § 40 Abs. 2 S. 1 (Var. 1) VwGO vor. Nach Maßgabe der speziellen Rechtswegzuweisungen sind die Vorschriften des 17. Titels des GVG mit der Maßgabe entsprechend anzuwenden, dass an die Stelle des Oberlandesgerichts die jeweils in diesen Vorschriften genannten Gerichte treten. Insoweit erhebt sich die Frage, ob diese aufgrund Spezialität vorgehenden Rechtswegzuweisungen gegen die Rechtsweggarantie aus Art. 34 S. 3 GG verstoßen. Art. 34 S. 3 GG stellt lediglich eine Rechtsweggewährleistung zugunsten der Zivilgerichte dar, ist jedoch selbst keine spezielle Sonderzuständigkeitsregelung. Nach der vorgenannten Regelung in Art. 34 S. 3 GG darf für den Anspruch auf Schadensersatz und den Rückgriff der ordentliche Rechtsweg nicht ausgeschlossen sein, wobei zu vergegenwärtigen ist, dass diese Rechtsweggarantie ihre Kontour erst durch Art. 34 S. 1 GG erhält. Das wiederum bedeutet, dass die Entscheidung über Staatshaftungsansprüche nicht generell den Zivilgerichten zugewiesen ist; vielmehr fällt in die Zuständigkeit der Zivilgerichte nur die Entscheidung über das Bestehen oder Nichtbestehen von Amtshaftungsansprüchen nach näherer Maßgabe des § 839 BGB i. V. m. Art. 34 S. 1 GG.<sup>1494</sup> Mithin ist durch die Schaffung der speziellen Rechtswegzuweisungen in den vorgenannten Vorschriften nicht gegen die Rechtsweggarantie aus Art. 34 S. 3 GG verstoßen worden.

---

Beschl. v. 15.02.2012 - 8 WF 21/12 (juris); OLG Hamburg, Beschl. v. 19.03.2012 - 3 Vollz (Ws) 9/12 (juris); a. A. nur Zimmermann, FPR 2012, 556 (556)

<sup>1492</sup> OLG Frankfurt, Urt. v. 12.12.2012 - 4 EntV 3/12, juris; LSG Sachsen-Anhalt, Urt. v. 29.11.2012 - L 10 SF 5/12 ÜG, juris Rdziff. 185; LSG Baden-Württemberg, Urt. v. 21.11.2012 - L 2 SF 436/12 EK, juris; OLG Frankfurt, Beschl. v. 25.10.2012 - 16 EntV 4/12, juris Rdziff. 6; OLG Celle, Urt. v. 24.10.2012 - 23 SchH 10/12, juris Rdziff. 7; zu der (dort vermeinten) Sonderfrage, ob eine Anhörungsrüge gem. § 321 a ZPO als Gerichtsverfahren i. S. d. § 198 GVG anzusehen ist: Vielmeier, NJW 2013, 346 ff.

<sup>1493</sup> BGHZ 199, 190 (197) juris Rdziff. 18

<sup>1494</sup> Papier in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 34 Rdziff. 305; Hess. LSG, Urt. v. 06.02.2013 - L 6 SF 6/12 EK U, juris Rdziff. 41

## 2. Der Entschädigungsanspruch gem. § 198 GVG

In § 198 GVG ist die Möglichkeit vorgesehen, dass eine der beiden Streitparteien einen (verschuldensunabhängigen) Entschädigungsanspruch erheben kann, wenn er im Rahmen eines Gerichtsverfahrens als Verfahrensbeteiligter einen Nachteil erleidet. Voraussetzung dafür ist die – unverzügliche<sup>1495</sup> – Erhebung der sog. Verzögerungsrüge (§ 198 Abs. 3 GVG), und zwar dann, wenn das Verfahren bereits eine unangemessene Dauer hat. Bei dieser Regelung handelt es sich anerkanntermaßen um einen Staatshaftungsanspruch, der indessen nicht die Verletzung einer irgendwie gearteten Amtspflicht voraussetzt und auch losgelöst von einem Verschulden ist. § 198 GVG gewährt keinen Schadensersatz, sondern lediglich eine Entschädigung und stellt daher einen aufopferungsähnlichen Entschädigungsanspruch dar, der – als Erfolgsunrecht – im Wesentlichen nur das Ergebnis eines Staats- oder Systemversagens in Gestalt einer unangemessenen Dauer eines Gerichtsverfahrens zur Voraussetzung hat.<sup>1496</sup> Als „Gerichtsverfahren“ i.S.d. § 198 Abs. 6 Ziff. 1 GVG gilt auch das selbständige Beweisverfahren (§§ 485 ff. ZPO), welches von dem nachfolgenden Hauptsacheprozess zu trennen ist.

Fraglich wird natürlich sein, ab welchem Zeitpunkt eine Verfahrensdauer als nicht mehr angemessen zu qualifizieren ist. Nach Auffassung von *Althammer/Schäuble* ist von einer unangemessenen Verfahrensdauer auszugehen, wenn eine Abwägung sämtlicher Umstände ergibt, dass die aus den genannten Normen folgende Verpflichtung des Staates, Gerichtsverfahren in angemessener Zeit zu einem Abschluss zu bringen, verletzt ist.<sup>1497</sup> Diese Formel hilft indessen auch nicht weiter, weil die Angemessenheit der Verfahrensdauer im Gesetz nicht näher erläutert wird. Orientierungspunkte könnten dabei die Entscheidungen des EGMR bzw. des BVerfG sein, die – allerdings in Extremfällen – judiziert haben, dass z. B. ein Amtshaftungsprozess mit 15 Jahren Verfahrensdauer als unangemessen einzustufen sei.<sup>1498</sup> Ebenso gelten Zivilprozesse mit 14 Jahren<sup>1499</sup> oder 15 Jahren<sup>1500</sup> oder 22 Jahren<sup>1501</sup> Verfahrensdauer als nicht mehr in angemessener Zeit abgearbeitet; nach Auffassung des OVG Magdeburg ist sogar eine Verfahrensdauer von zwei Jahren (für die I. Instanz) für eine Klage gegen eine Umsetzung als

<sup>1495</sup> zur Unverzüglichkeit i. S. d. Art. 23 S. 2 ÜGRG vgl. BGH NJW 2014, 2588 (2590) sowie BGH NJW 2014, 1967

<sup>1496</sup> Hess. LSG, Urt. v. 06.02.2013 – L 6 SF 6/12 EK U, juris Rdziff. 42; Breitzkreuz in: Breitzkreuz/Fichte, SGG, Ergänzung zu § 202 Rdziff. 19; Ott in: Steinbeiß-Winkelmann/Ott, GVG, § 198, Rdziff. 63, 66

<sup>1497</sup> Althammer/Schäuble, NJW 2012, 1 (2)

<sup>1498</sup> BVerfG NJW 2001, 214

<sup>1499</sup> BVerfG, Beschl. v. 02.09.2009 – 1 BvR 3171/08 (juris); BVerfG NJW 2000, 797

<sup>1500</sup> BVerfG, Beschl. v. 23.06.2010 – 1 BvR 324/10 (juris)

<sup>1501</sup> BVerfG NJW-RR 2010, 207 (208)

unangemessen lang zu erachten.<sup>1502</sup> Der BFH vertritt die Ansicht, die Rechtsprechung des BVerfG und des EGMR böten keinen Anlass für die Annahme, eine Verfahrensdauer von weniger als 1 Jahr (ohne behördliches Verfahren) könne bereits unangemessen sein.<sup>1503</sup> Von einer Unangemessenheit ist indessen auszugehen, wenn ein FG in einem einfach gelagerten Klageverfahren (zwischen dem Eingang des letzten Schriftsatzes und der Anberaumung der mündlichen Verhandlung) 5 ½ Jahre lang nicht tätig wird.<sup>1504</sup> Nach Auffassung des OLG Sachsen-Anhalt könne für einen Zivilprozess, der ohne Beweisaufnahme entschieden werden könne, von einer durchschnittlichen Verfahrensdauer von einem Jahr pro Instanz als angemessen ausgegangen werden.<sup>1505</sup> Da eine generelle Festlegung, ab welchem Zeitpunkt ein Verfahren unverhältnismäßig/unangemessen lange dauert, nicht möglich sein wird, wird demgemäß die Überschreitung der Grenze zur Unangemessenheit stets eine Frage des Einzelfalls bleiben müssen, wie dies auch in § 198 Abs. 1 S. 2 GVG seinen Niederschlag gefunden hat. Maßstäbe für die „Umstände des Einzelfalls“ können verschiedene Faktoren sein, wie z. B. Schwierigkeit und Bedeutung des Verfahrens, Beweisbedürftigkeit, Verhalten der Verfahrensbeteiligten und Dritter (insbes. Sachverständige).<sup>1506</sup> Das Tatbestandsmerkmal der „unangemessenen Dauer“ wird daher zwangsläufig im Lichte der Rechtsprechung des EGMR zu Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK und des BVerfG zu Art. 19 Abs. 4 GG zu bestimmen sein.<sup>1507</sup> Einen überzeugenden Vorschlag zu der Prüfung der Unangemessenheit bietet das Hess. LSG an. Nach dessen Auffassung habe die Prüfung in zwei Schritten zu erfolgen. Zunächst sei das jeweilige Verfahren – nach Feststellung der Schwierigkeit und Bedeutung – daraufhin zu untersuchen, ob in den einzelnen Verfahrensschritten eine angemessene Sachbehandlung i. S. d. Gewährung effektiven Rechtsschutzes stattgefunden habe; im Wege der Abwägung der vorbeschriebenen Faktoren sei festzustellen, ob der Entschädigungskläger diese Dauer aufgrund einer Zurechnung der Verfahrensdauer, insbesondere wegen des Verhaltens der Verfahrensbeteiligten, im jeweiligen Abschnitt hinzunehmen gehabt habe oder aber diese dem Staat als unzureichende Verfahrensförderung zuzurechnen sei. Im Rahmen einer umfassenden Abwägung (vor dem Hintergrund der Gesamtverfahrensdauer) sei sodann zu prüfen, ob Verzöge-

<sup>1502</sup> OVG Magdeburg, Urt. v. 25.07.2012 – 7 KE 1/11; a. A. OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 27.03.2012 – 3 A 1.12, juris

<sup>1503</sup> BFH, Beschl. v. 26.07.2012 - X S 18/12 (PKH), juris

<sup>1504</sup> BFH, DStR 2013, 1027 (LS 1)

<sup>1505</sup> OLG Sachsen-Anhalt, Urt. v. 30.05.2013 – 1 ESV 4/12, juris

<sup>1506</sup> EGMR NJW 2011, 1055; EGMR NJW 2011, 213; BVerfG NVwZ 2013, 789; BVerfG NZS 2013, 21 (22) = juris Rdziff. 16; BVerfG, Beschl. v. 23.05.2012 - 1 BvR 359/09, juris Rdziff. 10; BVerfG NVwZ-RR 2011, 625; BVerfG NJW-RR 2010, 207; LSG Sachsen-Anhalt, Urt. v. 29.11.2012 – L 10 SF 5/12 ÜG, juris Rdziff. 199 ff.

<sup>1507</sup> BVerfG NJW 2013, 3630 (3631); BVerfG NJW 2013, 3432 (3432); BGH, Urt. v. 05.12.2013 - III ZR 73/13, juris Rdziff. 40; BGH, NJW 2014, 220 (221) = juris Rdziff. 29; BVerwG NJW 2014, 96 (99); LSG Sachsen-Anhalt, Urt. v. 29.11.2012 - L 10 SF 5/12 ÜG, juris Rdziff. 191; Althammer/Schäuble, NJW 2012, 1 (2); Schenke, NVwZ 2012, 257 (258 f.)

rungen kompensiert worden seien oder aber eine unangemessene Gesamtverfahrensdauer ohne relative Verzögerungen eingetreten sei.<sup>1508</sup>

Statt Problemlösungen (z. B. zu Fragen der notwendigen personellen Ausstattung) zu schaffen, werden durch dieses Gesetz und die Möglichkeit des Entschädigungsanspruchs gem. § 198 GVG vielmehr Begehrlichkeiten, neuerliche Fragen und Probleme in die Welt gesetzt.<sup>1509</sup> Im Rahmen einer Klage wegen überlanger Verfahrensdauer wird sich im Übrigen der Kläger nicht allein mit einem Hinweis auf die tatsächliche Gesamtdauer eines Verfahrens begnügen können; dies allein begründet noch keinen Entschädigungsanspruch und im Übrigen auch keinen Amtshaftungsanspruch.<sup>1510</sup> Infolgedessen wird ein Kläger substantiiert darzustellen haben, aufgrund welcher Umstände Verfahrensverzögerungen aufgetreten und wem diese ursächlich zuzuweisen sind.<sup>1511</sup>

In diesem Zusammenhang wird auch die Regelung in § 198 Abs. 2 S. 2 GVG Bedeutung erlangen, wonach eine Entschädigung nur beansprucht werden kann, wenn nicht Wiedergutmachung auf andere Weise gem. § 198 Abs. 4 GVG erlangt werden kann. Eine derartige Feststellung kommt insbes. dann in Betracht, wenn die – singuläre – Feststellung einer Verletzung allein eine hinreichend gerechte Entschädigung darstellt.<sup>1512</sup> Die Regelung in § 198 Abs. 4 S. 1 GVG wird den Begehrlichkeiten mancher Entschädigungskläger klare Grenzen setzen.

In amtshaftungsrechtlicher Hinsicht bleibt festzuhalten, dass das Gesetz über den Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren und strafrechtlichen Ermittlungsverfahren eine Anspruchskonkurrenz schafft. Der Entschädigungsanspruch gem. § 198 GVG (der von dem jeweiligen Obergericht derjenigen Fachgerichtsbarkeit entschieden wird, in welchem das Verfahren überlang gedauert haben soll, wobei zuständiges Gericht in Zivilsachen gem. § 201 Abs. 1 S. 1 GVG dasjenige OLG ist, in dessen Bezirk das streitgegenständliche Verfahren durchgeführt wurde<sup>1513</sup>) steht selbstständig neben dem Amtshaftungsanspruch gem. § 839 Abs. 1 S. 1 BGB i. V. m. Art. 34 S. 1 GG, der sachlich unberührt bleibt. Wenn in der Literatur z. T. ausgeführt wird, dass die Erfüllung des einen Anspruchs zugleich

<sup>1508</sup> Hess. LSG, Urt. v. 06.02.2013 – L 6 SF 6/12 EK U, juris Rdziff. 59; ähnlich BGH NJW 2014, 220 (221) = juris Rdziff. 30 ff.; BVerwG NJW 2014, 96 (99 f.)

<sup>1509</sup> zu den aufgeworfenen Fragen und Problemen vgl. (Auswahl): Ossenbühl/Cornils S. 460 ff.; Althammer/Schäuble, NJW 2012, 1 ff.; Hildebrandt/Kaestner, BauR 2010, 2017 ff.; Wagner, FA 2012, 70 ff.; Zuck, NVwZ 2012, 265 ff.; Schenke, NVwZ 2012, 257 ff.; Heine, MDR 2012, 327 ff.; Remus, NJW 2012, 1403 ff.; Magnus, ZZP 2012, 75 ff.; Guckelberger, DöV 2012, 289 ff.; Matusche-Beckmann/Kumpf, ZZP 124 (2011), 173 ff.; Brummund, JA 2012, 213 ff.; Ossenbühl, DVBl. 2012, 857 ff.; Zimmermann, FPR 2012, 556 ff.

<sup>1510</sup> OLG Celle, Urt. v. 24.10.2012 – 23 SchH 5/12, juris Rdziff. 16

<sup>1511</sup> zu den Darlegungsanforderungen bei einer Klage wegen eines übermäßig lang dauernden Strafverfahrens: OLG Celle, Urt. v. 24.10.2012 - 23 SchH 3/12, juris Rdziff. 20 ff.; bestätigt durch BGH NJW 2014, 220 (221), soweit die Revision des Klägers zurückgewiesen wurde.

<sup>1512</sup> OVG Magdeburg, NVwZ 2012, 1637 = juris Rdziff. 78 unter Hinweis auf div. Entscheidungen des EGMR; Althammer/Schäuble, NJW 2012, 1 (3)

<sup>1513</sup> für Nds. z. B.: OLG Celle

zum Erlöschen auch des anderen Anspruchs führe<sup>1514</sup>, so bedarf dies der näheren Betrachtung. Der Anspruch gemäß § 198 GVG ist ausgerichtet auf die Gewährung einer angemessenen Entschädigung. Durch § 198 GVG soll derjenigen Prozesspartei, die materielle Nachteile erlitten hat, eine angemessene Kompensation zuteil werden. Diese Kompensation von materiellem Nachteil ist nicht deckungsgleich mit der Ziel- und Zweckrichtung des auf einen vollständigen Schadensersatz ausgerichteten Amtshaftungsanspruchs. Der Entschädigungsanspruch gem. § 198 GVG ist ein „staatshaftungsrechtlicher Anspruch sui generis“<sup>1515</sup>, der ein Verschulden nicht voraussetzt. Zwar besteht eine Anspruchskonkurrenz; gleichwohl handelt es sich um Ansprüche mit unterschiedlichen Streitgegenständen, § 17 Abs. 2 S. 1 GVG ist nicht anwendbar. Beide Ansprüche müssen daher in unterschiedlichen Prozessen geltend gemacht werden.<sup>1516</sup> Eine Überkompensation ist dabei zu vermeiden mit der weiteren Folge, dass der im Rahmen des Amtshaftungsanspruchs erlangte Schadensersatz – vor dem Hintergrund der Vorteilsausgleichung – zu einer Reduzierung des Entschädigungsanspruchs (und umgekehrt) führen muss. Nach Ansicht des BGH erscheint es sachgerecht, die im Amtshaftungsprozess außerhalb des Anwendungsbereichs von § 839 Abs. 2 S. 1 BGB entwickelten Grundsätze zur Überprüfbarkeit der richterlichen Verfahrensführung auch auf das Entschädigungsverfahren gem. §§ 198 ff. GVG zu übertragen; mithin könne die richterliche Verfahrensführung nicht auf Richtigkeit, sondern nur auf Vertretbarkeit überprüft werden.<sup>1517</sup>

Die weitere Entwicklung im Zusammenhang mit der Einführung des ÜGRG bleibt abzuwarten, wobei – wiederholend – festgestellt werden darf, dass das Gesetz keine verbindliche Antwort auf die Frage zur Verfügung zu stellen vermag, ab welchem Zeitpunkt eine Verfahrensdauer als unangemessen einzustufen ist und ab welchem Zeitpunkt richterliche Amtsausübungen nicht mehr vertretbare Verzögerungen darstellen. Weitere Probleme, insbesondere verfahrensrechtlicher Natur, werden durch das Gesetz leider nicht gelöst, sondern erst geschaffen.<sup>1518</sup>

---

<sup>1514</sup> Althammer/Schäuble, NJW 2012, 1 (5)

<sup>1515</sup> BT-Drucks. 17/3802 S. 19; dazu auch Ossenbühl, DVBl. 2012, 857 (859); Zimmermann, FPR 2012, 556 (558)

<sup>1516</sup> BGH, Beschl. v. 27.02.2014 – III ZR 253/13, juris Rdziff. 4; BGH, Beschl. v. 28.03.2012 – III ZR 177/11, juris Rdziff. 2; OLG Celle, Beschl. v. 09.05.2012 – 23 SchH 6/12, juris Rdziff. 8

<sup>1517</sup> BGHZ 199, 190 (2014) = juris Rdziff. 45

<sup>1518</sup> vgl. dazu Schenke, NVwZ 2012, 257 ff. sowie Zuck, NVwZ 2012, 265 ff.; Heine MDR 2012, 327 ff.; Remus, NJW 2012, 1403 ff.; Ossenbühl, DVBl. 2012, 857 ff.; vgl. auch BGH NJW 2012, 2449, wonach gegen die den PKH-Antrag zurückweisende Entscheidung des OLG in Entschädigungssachen gem. §§ 198 ff. GVG nicht die sofortige Beschwerde, sondern nur (gem. § 577 Abs. 1 ZPO) die Rechtsbeschwerde statthaft ist.

## 25. Kapitel: Der Sonderfall des schadensbegrenzenden Einwands mitwirkenden Verschuldens durch schuldhaften Nichtgebrauch eines Rechtsmittels (§ 839 Abs. 3 BGB)

### A. Allgemeines

Die Regelung in § 254 BGB beinhaltet ein allgemeingültiges Prinzip, welches gegenüber allen Schadensersatzansprüchen Geltung beansprucht, gleich, auf welche Rechtsgrundlage diese zurückzuführen sind. § 254 BGB beschränkt die Ersatzpflicht des Schädigers und kann sie im Ausnahmefall auch gänzlich ausschließen, wenn entweder bei der Entstehung oder der Entwicklung des Schadens ein Verschulden aufseiten des Geschädigten mitgewirkt haben sollte. Dabei bedeutet „Verschulden“ i. S. d. § 254 BGB nicht etwa eine vorwerfbare rechtswidrige Verletzung einer gegenüber einem anderen oder der Allgemeinheit bestehenden Rechtspflicht, sondern ist vielmehr als der vorwerfbare Verstoß gegen Gebote des eigenen Interesses bzw. die Verletzung einer sich selbst gegenüber bestehenden Obliegenheit zu verstehen, mithin um ein Verschulden gegen sich selbst.<sup>1519</sup> Letztlich ist die Einbeziehung von § 254 BGB nichts anderes als die Konkretisierung der Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben („venire contra factum proprium“).

Im Bereich der Amtshaftung findet § 254 BGB mit der Maßgabe Anwendung, dass zunächst einmal die Frage geklärt werden muss, ob die im Einzelfall in Rede stehende behördliche Maßnahme, also etwa Auskunft oder VA, überhaupt eine „Verlässlichkeitsgrundlage“ darzustellen in der Lage ist. Erst dann, wenn diese Frage zu bejahen ist, kommt es auf den Einwand mitwirkenden Verschuldens überhaupt erst an. Hauptanwendungsfall von § 254 BGB ist allerdings das sog. Rechtsanwendungsrisiko; damit ist die ordnungsgemäße Anwendung einschlägiger öffentlich-rechtlicher Vorschriften und deren Prüfungsergebnis gemeint. Determinanten dieses Rechtsanwendungsrisikos können Fälle der sog. Drittanfechtung bzw. der bewussten Risikoübernahme ebenso sein, wie ein bei einem Genehmigungsempfänger vorhandener Wissensvorsprung. Einen Sonderfall des Einwandes mitwirkenden Verschuldens stellt der aus § 839 Abs. 3 BGB abzuleitende Vorrang des Primärrechtsschutzes dar.

---

<sup>1519</sup> Palandt/Grüneberg, BGB, § 254 Rdziff. 1; BGH NJW 2009, 582 (585); BVerwG, Beschl. v. 03.11.2014 – 2 B 24/14, juris Rdziff. 7



## B. Vorrang des Primärrechtsschutzes (§ 839 Abs. 3 BGB)

Jedwede Form schuldhafter Mitverursachung des Schadens führt gem. § 254 BGB zu einer Minderung der Schadensersatzpflicht. Eine besondere Ausprägung dieses Mitverschuldensprinzips enthält § 839 Abs. 3 BGB wonach eine Ersatzpflicht dann nicht eintritt, wenn der Verletzte es vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden. Anders als bei § 254 BGB, dessen Anwendung im Einzelfall zu einer nuancierten Schadensverteilung führen kann, kennt § 839 Abs. 3 BGB nur eine „Alles-oder-Nichts“-Lösung. Mit anderen Worten führt jede Form der Rechtsmittelversäumung und der dadurch bedingten Schadensmitverursachung sofort zum gänzlichen Anspruchsverlust, gleich, ob das Verschulden des Betroffenen als gering einzustufen ist oder nicht.<sup>1520</sup>

Dieser Totalverlust tritt hingegen nur in dem Umfang ein, in dem das versäumte Rechtsmittel den Eintritt des Schadens verhindert hätte.

### *I. ratio des § 839 Abs. 3 BGB*

Sowohl das in § 839 Abs. 1 S. 2 BGB verankerte Subsidiaritätsprinzip als auch § 839 Abs. 3 BGB verfolgten ursprünglich das Ziel, den unter Umständen leistungsschwachen Beamten vor einer Inanspruchnahme von außen stehenden Gläubigern zu schützen.<sup>1521</sup> Mit der Überleitung der Haftung auf den Staat nach näherer Maßgabe des Art. 34 GG ist allerdings dieser Zweckgedanke entfallen. Die Rechtsprechung des BGH sieht § 839 Abs. 3 BGB vielmehr als eine Sanktion für ein „Verschulden gegen sich selbst“; damit einher geht der Ansatz, dass diese Regelung eine Sanktionierung zur Durchsetzung des Vorrangs des Primärrechtsschutzes angesehen wird. Der Betroffene hat mithin kein Wahlrecht zwischen alsbaldigem Primärrechtsschutz gegen eine rechtswidrige Benachteiligung und einem späteren Schadenersatzbegehren. Nur demjenigen steht ein Ersatz seines Schadens zu, der sich in gehörigem und ihm zumutbarem Maße für seine eigenen Belange einsetzt und damit den Schaden abzuwenden bemüht.<sup>1522</sup>

### *II. Begriff des Rechtsmittels*

Rechtsmittel sind durch einen sog. Devolutiv- sowie einen Suspensiveffekt charakterisiert.

---

<sup>1520</sup> Hoppe, JA 2011, 167 (168); Papier in: MünchKomm BGB, § 839 Rdziff. 329, 387; Stein/Itzel/Schwall Rdziff. 212; Tremml/Karger/Luber Rdziff. 210; BGHZ 113, 17 (22)

<sup>1521</sup> BGHZ 56, 57 (63); Stein/Itzel/Schwall Rdziff. 213; Hoppe, JA 2011, 167 (168); Tremml/Karger/Luber Rdziff. 211

<sup>1522</sup> Stein/Itzel/Schwall Rdziff. 211; Tremml/Karger/Luber Rdziff. 211; Hoppe, JA 2011, 167 (168); Rohlfing, MDR 2009, 1257 (1257)

## 1. Extensive Auslegung

Entgegen vereinzelt Stimmen in der Literatur<sup>1523</sup> ist der Begriff des „Rechtsmittels“ im Rahmen des § 839 BGB nach wohl überwiegender Auffassung in Rechtsprechung und Literatur untechnisch zu verstehen und ist nicht auf die in den Verfahrensvorschriften vorgesehenen Rechtsmittel/Rechtsbehelfe beschränkt, sondern umfasst auch andere, rechtlich mögliche und geeignete – förmliche und/oder formlose – Rechtsbehelfe, ist folglich in einem weiten Sinn zu erfassen.<sup>1524</sup>

## 2. Förmliche Rechtsmittel/Rechtsbehelfe

Rechtsmittel i. S. d. § 839 BGB sind primär der Widerspruch gem. §§ 68 ff. VwGO sowie die nach der VwGO vorgesehenen verwaltungsgerichtlichen Klagen (Anfechtungs- sowie Verpflichtungsklage, allgemeine Leistungsklage und Untätigkeitsklage).<sup>1525</sup> Weitere förmliche Rechtsbehelfe sind<sup>1526</sup>:

- Antrag im einstweiligen Rechtsschutz (§§ 80 Abs. 5, 7, 123 VwGO)
- Antrag auf gerichtliche Entscheidung gem. § 23 EGGVG
- Widerspruch/Anordnung der Klageerhebung gem. §§ 924 ff. ZPO gegen Arrestbefehle und einstweilige Verfügungen
- Antrag auf richterliche Entscheidung gem. § 98 Abs. 2 StPO
- Einspruch gegen Bußgeldbescheid gem. § 67 OWiG
- Erinnerung gem. § 766 ZPO
- Widerspruch gegen Teilungsplan
- Befristete Erinnerung gem. § 74 a Abs. 5 S. 3 ZVG
- Erinnerung gegen Entscheidungen des Rechtspflegers gem. § 11 RPflG
- Antrag auf gerichtliche Entscheidung gem. § 109 StVollzG<sup>1527</sup>

<sup>1523</sup> Soergel/Vinke, BGB, § 839 Rdziff. 218; zweifelnd auch Hoppe JA 2011, 167 (170)

<sup>1524</sup> BGH NJW 2013, 3237 (3238); BGHZ 181, 199 (212); BGH NJW-RR 2007, 449 (450); BGH NJW-RR 2004, 706 (707); BGHZ 137, 11 (23); BGHZ 123, 1 (7); BGH VersR 1986, 180 (180); BGH NJW 1974, 639 (640); OLG Brandenburg, OLG-Report 2007, 174 (176); Stein/Itzel/Schwall Rdziff. 214; Tremml/Karger/Luber Rdziff. 213; Bamberger/Roth/Reinert, BGB, § 839 Rdziff. 92; Staudinger/Wöstmann, BGB § 839 Rdziff. 337; Rohlfing MDR 2009, 1257 (1258)

<sup>1525</sup> Tremml/Karger/Luber Rdziff. 214; Stein/Itzel/Schwall Rdziff. 214; Staudinger/Wöstmann BGB, § 839 Rdziff. 341; auch die Rechtsbehelfe des einstweiligen Rechtsschutzes, mithin Anträge gem. §§ 80 Abs. 5, 80 Abs. 7 oder 123 VwGO zählen dazu. Dies gilt auch für Anträge auf Aussetzung der Vollziehung gem. §§ 361 Abs. 2 AO, 69 Abs. 2 FGO; BGH WM 1984, 1276

<sup>1526</sup> zu der Aufzählung vgl. Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 340 sowie Tremml/Karger/Luber Rdziff. 214, 215

<sup>1527</sup> OLG Schleswig, OLG-Report 2009, 373

- Einstweilige Anordnungen gem. § 114 Abs. 2 S. 2 StVollzG i. V. m. § 123 Abs. 1 VwGO<sup>1528</sup>

### 3. Nicht förmliche (formlose) Rechtsmittel/Rechtsbehelfe

Wichtiger noch als die förmlichen Rechtsmittel dürfte die Beachtung der nicht förmlichen (formlosen) Rechtsmittel sein. Dazu gehören alle rechtlich zulässigen Abhilfemöglichkeiten, wie z. B. die Dienstaufsichtsbeschwerde oder die Gegenvorstellung. Aber auch die Erinnerung an die Erledigung eines Antrages zählen dazu.<sup>1529</sup> Allgemein ausgedrückt liegt ein solcher – formloser – Rechtsbehelf vor, wenn der Behörde Kenntnis von Umständen gegeben wird, die ihr Anlass zur Änderung der Amtshandlung geben könnte.<sup>1530</sup> Demgemäß sind folgende formlose Rechtsbehelfe von der Rechtsprechung als „Rechtsmittel“ i. S. d. § 839 BGB identifiziert worden:

- Einwendung im familiengerichtlichen Verfahren gegen die Richtigkeit der Auskunft des Rentenversicherungsträgers<sup>1531</sup>
- Antrag auf Verpflichtung zur Richtigstellung einer Pressemitteilung an die Justizbehörde<sup>1532</sup>
- Stellung eines Beförderungsantrags<sup>1533</sup>
- Verteidigungsvorbringen des Angeschuldigten/Angeklagten in Bezug auf die Abwehr zukünftiger Beeinträchtigungen durch ein Strafverfahren<sup>1534</sup>
- Abhilfebegehren bei Verfahrensfehlern in Prüfungssachen

Mit Rücksicht darauf, dass der Begriff „Rechtsmittel“ i. S. d. § 839 Abs. 3 BGB breit aufgefächert ist, hat der durch eine Amtshandlung Geschädigte auch in den Blick zu nehmen, u. U. Rechtsbehelfe gegen eine zunächst auf Rechtsmittel i. S. d. § 839 Abs. 3 BGB erlassene Entscheidung einzulegen. Denn auch ein solcher weiterer Rechtsbehelf ist noch unmittelbar gegen die schädigende Amtshandlung oder Unterlassung selbst gerichtet.<sup>1535</sup>

Insbesondere im Beamtenrecht ist zu vergegenwärtigen, dass die Regelung des § 839 Abs. 3 BGB analog angewandt wird.<sup>1536</sup> Wenn mithin ein Beamter gegen

<sup>1528</sup> BGH, Beschl. v. 12.03.2009 – III ZR 182/08, juris Rdziff. 2

<sup>1529</sup> Stein/Itzel/Schwall Rdziff. 214; BGHZ 123, 1 (7); BGH NJW 1974, 639 (640); BGH WM 1960, 982 (984); BGHZ 28, 104 (106)

<sup>1530</sup> Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 341

<sup>1531</sup> BGHZ 137, 11 = NJW 1998, 138

<sup>1532</sup> OLG Karlsruhe OLG-Report 2008, 759; OLG Schleswig, SchlHA 2007, 184

<sup>1533</sup> BGH NVwZ 2003, 502

<sup>1534</sup> BGHZ 138, 247 (251)

<sup>1535</sup> OLG München, NVwZ-RR 2006, 228 (229)

<sup>1536</sup> BVerwG, Beschl. v. 03.11.2014 – 2 B 24/14, juris Rdziff. 7; BVerwG NVwZ 2004, 1257 (1257); BVerwG NVwZ-RR 2002, 620 (620); BVerwGE 107, 29 (31); BVerwG ZBR 1986, 179 (180); BVerwGE 29, 309 (310); OVG Münster, Beschl. v. 03.06.2014 - 6 A 1658/12, juris Rdziff. 13;

seinen Dienstherrn einen Anspruch auf Schadensersatz wegen einer Fürsorgepflichtverletzung geltend macht, wird insbesondere die Überlegung angezeigt sein, ob der Beamte alle ihm zumutbaren und der Abdämmung des Schadens dienenden Maßnahmen getroffen hat. Wenn z. B. ein Beamter von der Möglichkeit eines Altersteilzeitmodells Gebrauch gemacht hat und er nach Erhalt einer Rentenauskunft eine Versorgungslücke feststellt und dann weder auf einen Abbruch des Altersteilzeitmodells hinwirkt noch die Möglichkeit der Erbringung freiwilliger Beitragsleistungen zur Erfüllung der Voraussetzungen für einen Rentenbezug in Anspruch nimmt, begibt er sich damit möglicher Handlungsoptionen, die als Inanspruchnahme eines Rechtsmittels i. S. d. § 839 Abs. 3 BGB anzusehen sind, um den Eintritt des Schadens zu verhindern; dies wiederum wirkt amtshaftungsausschließend.<sup>1537</sup>

Wenn ein Kläger Amtshaftungsansprüche auf die Versagung von Prozesskostenhilfe stützt, ist im Rahmen des § 839 Abs. 3 BGB die Erwägung anzustellen, ob der Kläger bei Ablehnung seines Prozesskostenhilfesuchs gehalten gewesen wäre, einen neuen Prozesskostenhilfeantrag zu stellen. Denn Beschlüsse über die Nichtgewährung von Prozesskostenhilfe erwachsen (ebenso wie Beschlüsse über die Ablehnung in selbständigen Beweisverfahren) nicht in materielle Rechtskraft.<sup>1538</sup>

#### 4. Unmittelbarkeit des Rechtsmittels

Als „Rechtsmittel“ i. S. d. § 839 Abs. 3 BGB werden nur solche erfasst, die sich **unmittelbar** gegen die schädigende Amtshandlung oder das Unterlassen richten und deren Beseitigung oder Berichtigung bezwecken/ermöglichen.<sup>1539</sup> Dieses Unmittelbarkeitserfordernis muss insbesondere dann auf den Prüfstand gestellt werden, wenn es um eine – nicht erhobene – Unterlassungsklage geht. Denn in einem solchen Fall stellt sich die Frage, ob eine Unterlassungsklage ein geeignetes Rechtsmittel gewesen wäre, den Schaden durch eine bereits erfolgte Amtspflichtverletzung abzuwenden oder zu mindern. Regelmäßig wird dies zu verneinen sein, da eine Unterlassungsklage (lediglich) gegen etwaige zukünftige und nicht gegen bereits eingetretene Amtspflichtverletzungen ausgerichtet ist.<sup>1540</sup>

---

Bay VGH, Beschl. v. 17.01.2014 – 3 ZB 11.2522, juris Rdziff. 5; VG Göttingen, Urt. v. 09.01.2014 – 1 A 28/12, juris Rdziff. 41; VG Regensburg, Urt. v. 20.03.2013 – Ro 1 K 12.891, juris Rdziff. 57

<sup>1537</sup> OVG Sachsen, Beschl. v. 09.09.2013 - 2 A 173/11, juris Rdziff. 10

<sup>1538</sup> diesen Gedanken aufgreifend: OLG Frankfurt, Beschl. v. 20.03.2013 - 1 W 42/12, juris Rdziff. 60

<sup>1539</sup> Stein/Itzel/Schwall Rdziff. 213; Staudinger/Wöstmann, BGB 839 Rdziff. 338; Rohlfiing MDR 2009, 1257 (1258)

<sup>1540</sup> vgl. zu einer solchen Fallkonstellation: BGH NJW 2003, 1308; BGH NJW 1986, 1924; Rohlfiing, MDR 2009, 1257 (1258)

Ungeachtet dessen ist bei Durchsicht der Rechtsprechung gewisser Drang zur Ausuferung und Konturenlosigkeit bei der Bestimmung des im jeweiligen Einzelfall maßgeblichen „Rechtsmittels“ Platz greift. Als „Rechtsmittel“ sind z. B. angesehen worden:

- Antrag auf Richtigstellung einer Pressemitteilung über die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens.<sup>1541</sup>
- Antrag auf die Gewährung einer begehrten Leistung selbst.<sup>1542</sup>
- Klärung eines behördlichen Fehlers durch eine sich aufdrängende – einfache – Rückfrage.<sup>1543</sup>
- Nachfrage bei der Behörde oder deren Sachbearbeiter zwecks Klärung bzw. Beschleunigung der Sach-/Antragsbearbeitung.<sup>1544</sup>

Diese Tendenz zur Ausweitung des Begriffs des Rechtsmittels ist rechtsstaatlich bedenklich, denn eine Nachfrage ist nun einmal kein Rechtsbehelf. Dieser Tendenz zur Ausweitung des Rechtsmittelbegriffs ist darüber hinaus aus zwei Gründen entgegenzuwirken:

- Die z. T. extensiv ansetzende Rechtsprechung übersieht häufig, dass Maßnahmen wie Nachfragen, Gegenvorstellungen oder sonstige formlose Rechtsbehelfe von vornherein nicht geeignet sind, den jeweiligen Vermögensschaden im Einzelfall abzuwenden.
- Durch eine Ausuferung des Begriffs „Rechtsmittel“ im vorbeschriebenen Sinn wird eine in der Sache nicht gebotene und daher unverhältnismäßige Risikoverlagerung von der amtspflichtwidrig handelnden (z. B.: untätig bleibenden) Behörden auf den Bürger erreicht.

## 5. Sonderfälle

### a. Antrag auf Ladung des Sachverständigen und dessen Befragung

Nach näherer Maßgabe des § 839 a Abs. 2 BGB gilt die Regelung des § 839 Abs. 3 BGB auch im Rahmen der Sachverständigenhaftung gem. § 839 a BGB. Rechtsmittel i. S. d. letztgenannten Vorschriften sind selbstredend zunächst die von der ZPO vorgesehenen Rechtsbehelfe, die es der Partei ermöglichen, gegen das ihrer Ansicht zufolge fehlerhafte Gutachten vorzugehen und dessen Abänderung zu bewirken.<sup>1545</sup> Daher muss eine Partei sämtliche zur Korrektur des als unrichtig

---

<sup>1541</sup> OLG Karlsruhe, OLG Report 2008, 759

<sup>1542</sup> OVG Münster, ZBR 2007, 214

<sup>1543</sup> OLG Saarbrücken, OLG Report 2002, 96

<sup>1544</sup> BGH VersR 1965, 285; OLG Düsseldorf NJW-RR 1995, 13

<sup>1545</sup> Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 a Rdziff. 27; Palandt/Sprau, BGB, § 839 a Rdziff. 5; OLG München, Urt. v. 25.07.2013 - 1 U 615/13, juris Rdziff. 26

angesehenen Gutachtens zur Verfügung stehenden innerprozessualen Rechtsbehelfe ausschöpfen, um auf diese Weise zu verhindern, dass rechtskräftig abgeschlossene Verfahren in Gestalt des Sachverständigenhaftungsprozesses neu aufgerollt werden.<sup>1546</sup> Daher sind zu solchen „Rechtsmitteln“ insbesondere Gegenvorstellungen und Hinweise auf die Unrichtigkeit des Sachverständigengutachtens zu zählen; ebenso gehören Anträge, den Sachverständigen zur mündlichen Erläuterung des Gutachtens zu laden und auch formelle Beweisanträge (auf Einholung eines neuen Gutachtens) dazu.<sup>1547</sup> Wenngleich der Antrag, den Sachverständigen zur mündlichen Gutachtenserläuterung zu laden, als ein „Rechtsmittel“ i. S. d. § 839 Abs. 3 BGB zu verstehen ist, darf sich allerdings eine Partei, um sich ihre Ansprüche zu erhalten, nicht mit der Vorladung des Sachverständigen begnügen. Vielmehr muss die Partei die ihr durch die Ladung des Sachverständigen eröffneten Möglichkeiten durch Ausübung des Fragerechts nutzen. Wenn eine Partei bei der Anhörung des Sachverständigen völlig passiv bleibt, lässt sie den gleichsam erhobenen Rechtsbehelf faktisch ins Leere laufen. Die unterlassene Befragung des Sachverständigen bei dessen mündlicher Anhörung wirkt sich – anspruchsaus-schließend – als unterlassene Rechtsmitteleinlegung aus.<sup>1548</sup>

#### b. Sozialrechtlicher Herstellungsanspruch

Das „Rechtsmittel“, welches mit der Regelung des § 839 Abs. 3 BGB gemeint ist, muss sich unmittelbar gegen die schädigende Amtshandlung oder die Unterlassung selbst richten und deren Beseitigung bzw. Vornahme bezwecken und ermöglichen.<sup>1549</sup> Diese Anforderungen werden durch den sog. sozialrechtlichen Herstellungsanspruch nicht erfüllt. Wenngleich die Geltendmachung eines sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs eine Unterbrechung bzw. Hemmung der Verjährung eines Amtshaftungsanspruchs wegen desselben Fehlverhaltens herbeiführt<sup>1550</sup>, ist der sozialrechtliche Herstellungsanspruch (lediglich) auf eine Art von Naturalrestitution ausgerichtet und damit auf die Vornahme einer zulässigen Amts- bzw. Rechtshandlung zur Herstellung desjenigen Zustandes, der bestehen würde, wenn der Sozialleistungsträger die ihm aus dem Sozialrechtsverhältnis erwachsenen Nebenpflichten ordnungsgemäß wahrgenommen hätte. Rechtsmittel i. S. d. § 839 Abs. 3 BGB sind hingegen darauf ausgerichtet, den Eintritt eines Schadens zu verhindern oder zu mindern. Dies trifft gerade auf den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch (und auch den verwaltungsrechtlichen Folgenbeseitigungsan-

<sup>1546</sup> OLG Celle, Urt. v. 10.11.2011 - 13 U 84/11, juris Rdziff. 16

<sup>1547</sup> BGHZ 173, 98 (100 f.); BGH NJW-RR 2006, 1454 (1455); OLG München, Beschl. v. 29.06.2012 - 1 U 943/12, juris Rdziff. 10

<sup>1548</sup> OLG München, Urt. v. 25.07.2013 - 1 U 615/13, juris Rdziff. 27

<sup>1549</sup> BGH NJW 2009, 71 (73)

<sup>1550</sup> BGHZ 189, 365 (372); BGHZ 188, 302 (314); BGHZ 103, 242 (246); BGH VersR 2001, 1108 (1112)

spruch) nicht zu; vielmehr gewähren der sozialrechtliche Herstellungsanspruch und der Folgenbeseitigungsanspruch (lediglich) einen Ausgleich der infolge der in Rede stehenden Amtsmaßnahme bereits eingetretenen Nachteile und sind daher schon vom Ansatz her nicht auf deren Vermeidung, sondern auf Naturalrestitution ausgerichtet.<sup>1551</sup>

### III. Gebrauch eines Rechtsmittels

Die Vorrangsregelung des § 839 Abs. 3 BGB knüpft an den „Gebrauch“ eines Rechtsmittels an. Der Gebrauch setzt zunächst einmal die verfahrensmäßig ordnungsgemäße Einlegung des Rechtsbehelfs/Rechtsmittels voraus.<sup>1552</sup>

Zu verneinen ist daher der „Gebrauch“, wenn das Rechtsmittel lediglich in formaler Hinsicht eingelegt wird, ohne dass eine ernstliche Durchführungsabsicht besteht oder dass eine sachdienliche Begründung des Rechtsmittels geliefert wird.<sup>1553</sup>

Mit anderen Worten:

Ein „Gebrauch“ wird auch dann zu verneinen sein, wenn zwar Rechtsmittelfristen gewahrt werden, gleichwohl eine sachdienliche Begründung durch den Verletzten nicht gegeben wird oder aber der Sachvortrag nur völlig unzureichend erfolgt; eine solchermaßen unzureichende bzw. nachlässige Rechtsverfolgung kann den Verlust des Amtshaftungsanspruchs herbeiführen.

Andererseits gehört es aber nicht zum Rechtsmittelgebrauch, dass der Bauherr, der gegen eine Baustilllegungsverfügung Widerspruch eingelegt hat, wegen der etwaigen aufschiebenden Wirkung die bereits begonnenen Bauarbeiten fortsetzt.<sup>1554</sup>

### IV. Verschulden

Nicht allein die fehlende, hingegen mögliche Einlegung eines Rechtsmittels/Rechtsbehelfs lässt den Amtshaftungsanspruch entfallen; vielmehr muss der Nichtgebrauch des Rechtsmittels zugleich schuldhaft gewesen sein. Nach Auffassung der BGH sei bei der Prüfung, ob der Verletzte es schuldhaft unterlassen habe, ein Rechtsmittel einzulegen, auf die Umstände des Einzelfalls und dabei auf die Verhältnisse des Verkehrskreises, dem der Verletzte angehöre sowie darauf abzustellen, welches Maß an Umsicht und Sorgfalt von Angehörigen dieses Kreises verlangt werden müsse.<sup>1555</sup> Ein Ausschluss des Amtshaftungsanspruchs kommt mithin nur dann in Betracht, wenn der Verletzte es vorwerfbar, d. h. i. S.

---

<sup>1551</sup> BGH NJW 2013, 3237 (3239)

<sup>1552</sup> Stein/Itzel/Schwall Rdziff. 216

<sup>1553</sup> BGHZ 56, 57 (59); RGZ 138, 309 (311)

<sup>1554</sup> BGH NVwZ 2002, 122

<sup>1555</sup> BGHZ 113, 17 (25) = NJW 1991, 1168 (1170); Staudinger/Wöstmann, BGB § 839 Rdziff. 345; Stein/Itzel/Schwall Rdziff. 217; Tremml/Karger/Luber Rdziff. 220 ff.; Hoppe, JA 2011, 167 (171); Rohlfig MDR 2009, 1257 (1258 f.)

eines „Verschuldens gegen sich selbst“ versäumt hat, Rechtsmittel/Rechtsbehelfe einzulegen. Der Eintritt der Unanfechtbarkeit eines VA allein schließt folglich den Amtshaftungsanspruch nicht aus.<sup>1556</sup>

In der Rechtsprechung des BGH ist anerkannt, dass ein Antragsteller, dessen Antrag von der Behörde nicht stattgegeben, hingegen auch nicht förmlich abgelehnt wird, die Wahl hat, entweder Rechtsmittel einzulegen oder zunächst zu versuchen, die Behörde im Verhandlungsweg dazu zu bewegen, seinem Antrag doch stattzugeben. In einem solchen Fall handelt der Geschädigte grundsätzlich nicht schuldhaft, wenn er nicht sogleich förmliche Rechtsmittel ergreift. Etwas anderes gilt jedoch dann, wenn die Behörde bereits zu erkennen gegeben hat, dass sie dem Antrag auch nach einer Verhandlung nicht stattzugeben bereit ist. In einem solchen Fall darf sich dann der Geschädigte nicht darauf zurückziehen, unbegrenzt weiter zu verhandeln, sondern muss zwecks Vermeidung der sich aus § 839 Abs. 3 BGB ergebenden Rechtsnachteile ein Rechtsmittel ergreifen.<sup>1557</sup>

### 1. Zweifelhafte Erfolgsaussichten eines Rechtsmittels

Eine besondere Prüfung ist in dem Fall angezeigt, wenn die Erfolgsaussichten eines Rechtsmittels als so gering oder aber zweifelhaft einzustufen sind, dass die Einlegung dieses Rechtsmittels dem Geschädigten nicht mehr zuzumuten ist.<sup>1558</sup> Die Kosten eines erfolglosen Rechtsmittels, welches der Betroffene ergriffen hat, um einen Schaden aus der Amtspflichtverletzung abzuwenden, zählt als zu dem ersatzfähigen Schaden zugehörig. Denn auch bei einer nicht eindeutigen Rechtslage ist es dem Geschädigten grundsätzlich zuzumuten, einer Belastung im Wege der Inanspruchnahme von Primärrechtsschutz entgegenzuwirken, wenn er nicht etwaige Schadensersatzansprüche verlieren will.<sup>1559</sup>

Daraus folgt:

Auch bei ungewisser Rechtslage wird es dem Geschädigten zugemutet, ein Rechtsmittel einzulegen. Denn die dadurch entstehenden Kosten sind im Zweifelsfall eine Schadensersatzposition im Rahmen des Amtshaftungsanspruchs. Wenn aber bei Ungewissheit der Erfolgsaussichten eines Rechtsmittels dem Geschädigten in jedem Fall die Einlegung von Rechtsmitteln zumutbar erscheint, kommt es auf einen etwaigen Ursachenzusammenhang nur noch insoweit an, dass die Anwendung von § 839 BGB ausscheidet, wenn die Inanspruchnahme von Rechtsschutz von vornherein aussichtslos erscheint. Wann aber davon auszugehen

<sup>1556</sup> BGHZ 113, 17 = NJW 1991, 1168; vgl. zu diesem Problemkreis auch Rohlfig, Die Nachprüfbarkeit bestandskräftiger Verwaltungsakte im Amtshaftungsprozess, Diss.iur. 2000, S. 1 ff.; Wißmann, NJW 2003, 3455; Stuttmann NJW 2003, 1432; Steinweg NJW 2003, 3037; Beaucamp, DVBl. 2004, 352

<sup>1557</sup> BGH BGHR BGB § 839 Abs. 3 Verschulden 1

<sup>1558</sup> BGH NJW 1980, 1679 (1680)

<sup>1559</sup> BGHZ 178, 51 (53) = NJW 2008, 3558 (3559); BGH NJW 2007, 224 (226); BGHZ 117, 363 (367); Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 352; Stein/Itzel/Schwall Rdziff. 224



ist, dass die Nichteinlegung eines Rechtsmittels als schuldhaft anzusehen ist, wenn also besondere Umstände eine Anfechtung der behördlichen Maßnahme als ausichtsreich erscheinen lassen kann, lässt sich nicht schematisch vorhersagen, sondern bedarf einer Einzelfallprüfung.<sup>1560</sup>

## 2. Nichtgebrauch des Effektivsten von mehreren Rechtsmitteln

Schuldhaft handelt auch, wer zwar ein Rechtsmittel ergreift, sich aber nicht eines „stärkeren“ oder effektiveren Rechtsmittels bedient, wenn sich die Erfolglosigkeit des zunächst gewählten Rechtsmittels abzeichnet und die Einlegung eines effektiveren Rechtsmittels auch zumutbar war. Erinnerungen können nicht mehr als ein hinreichendes Rechtsmittel angesehen werden, wenn sich die Erfolglosigkeit abzeichnet. Die Untätigkeitsklage gem. § 75 VwGO wiederum ist das stärkste, aber auch das letzte Rechtsmittel.<sup>1561</sup> Zwar entspricht es der (wenngleich älteren) Rechtsprechung des BGH, dass es dem Geschädigten im Hinblick auf seine Schadensminderungspflicht in der Regel nicht zum Verschulden gereichen kann, wenn er die verwaltungsgerichtliche Untätigkeitsklage nicht bereits in dem Moment erhebt, sobald diese zulässig ist<sup>1562</sup>; damit stellt sich aber zugleich die Frage, ob sich der Geschädigte stets erfolgreich wird darauf berufen können, er habe ja schließlich Widerspruch eingelegt und es könne ihm nicht angelastet werden, wenn nach Ablauf von 18 Monaten über diesen Widerspruch noch nicht befunden worden sei. Es leuchtet ein, dass es nicht dem Ersatzpflichtigen zum Nachteil gereichen kann, wenn der Geschädigte die Bandbreite der ihm vom Gesetz gestellten Rechtsbehelfsmöglichkeiten nicht auszunutzen bereit ist. Die dem Geschädigten obliegende Schadensminderungspflicht gebietet es, schnellstmöglich eine verwaltungsbehördliche bzw. verwaltungsgerichtliche Entscheidung herbeizuführen. Wenn folglich die in § 75 VwGO vorgesehene Frist von drei Monaten und weitere drei Monate ergebnislos verstrichen ist, verdichtet sich die Schadensminderungspflicht vor dem Hintergrund des § 839 Abs. 3 BGB auch zur Verpflichtung, Untätigkeitsklage gem. § 75 VwGO zu erheben, ggf. unter vorheriger Anündigung mit Fristsetzung gegenüber der Ausgangsbehörde. Der durch die Nichteinlegung eines Rechtsmittels bedingte Ausschluss des Amtshaftungsanspruchs setzt voraus, dass zwischen der Nichteinlegung des Rechtsmittels und dem Schadenseintritt ein ursächlicher Zusammenhang besteht. Mit anderen Worten ist der Einwand, Primärrechtsschutz sei schuldhaft versäumt worden, unbeachtlich, wenn nicht dessen Erfolg auch feststeht.<sup>1563</sup> Im Rahmen des Ursachenzusammenhangs ist darauf abzustellen, wie das Gericht oder aber die Behörde (nach Auffassung des über die Amtshaftungsklage entscheidenden Gerichts!)

<sup>1560</sup> in diesem Sinne auch: Hoppe, JA 2011, 168 (171 f)

<sup>1561</sup> BGH WM 1963, 841 (842); LG Potsdam VersR 2003, 372 (373/4)

<sup>1562</sup> BGHZ 15, 305 (312); BayObLG NVwZ-RR 1992, 534 (535)

<sup>1563</sup> BGH NJW-RR 2010, 1465 (1465); Stein/Itzel/Schwall Rdziff. 221; Tremml/Karger/Luber Rdziff. 224 ff.; Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 350; Hoppe, JA 2011, 167 (170)

richtigerweise hätte entscheiden müssen.<sup>1564</sup> Wenngleich in der Regel zwischen der Nichteinlegung des Rechtsmittels und dem Eintritt des Schadens einer kausaler Zusammenhang zu bejahen sein dürfte, so existieren auch problembehaftete Fallkonstellationen. Dies gilt insbesondere dann, wenn ein Rechtsmittel nicht zu einer Schadensabwendung in Gänze, sondern nur zu einer teilweisen Minderung des Schadens geführt hätte. Wollte man in einem solchen Fall § 839 Abs. 3 BGB verbatim anwenden, würde der Schadensersatzanspruch gänzlich entfallen. Die Rechtsprechung vermeidet ein derart unbilliges Ergebnis dadurch, dass sie ein ungeschriebenes „soweit“ hinzufügt; das wiederum bedeutet, dass die Ersatzpflicht nur dann entfällt, soweit die schuldhafte Nichteinlegung eines Rechtsbehelfs für den Schaden ursächlich geworden ist. Der Amtshaftungsanspruch bleibt dann hinsichtlich des unabwendbaren Schadensanteils bestehen.<sup>1565</sup>

---

<sup>1564</sup> Palandt/Sprau, BGB, § 839 Rdziff. 73; Tremml/Karger/Luber Rdziff. 225

<sup>1565</sup> Tremml/Karger/Luber Rdziff. 227; Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 350

## 26. Kapitel: Ausschluss der Haftungsverlagerung gem. Art. 34 S. 1 GG durch Sondervorschriften

Art. 34 S. 1 GG regelt die Haftungsverlagerung auf der Staat oder aber die Anstellungskörperschaft des handelnden Beamten. Diese Haftungsverlagerung besteht allerdings nur „grundsätzlich“, woraus wiederum geschlussfolgert wird, dass diese Haftungsüberleitung in bestimmten Ausnahmefällen auch ausgeschlossen werden kann.<sup>1566</sup> Ist eine Haftungsverlagerung ausgeschlossen, so trifft die amtshaftungsrechtliche Verantwortlichkeit ausschließlich den Beamten. Ein solcher Ausschluss der Haftungsverlagerung besteht allerdings nur in sehr engen Grenzen und darf nur durch Gesetz oder aufgrund einer gesetzlichen Ermächtigung erfolgen. Durch eine kommunale Satzung wird in der Regel der gegen eine Gemeinde gerichtete Amtshaftungsanspruch bzw. die entsprechende Haftungsverlagerung nicht ausgeschlossen werden können, da der Gemeinde insoweit dann die notwendige Regelungskompetenz fehlt.<sup>1567</sup>

Anerkanntermaßen ist allerdings in den nachstehend beschriebenen Fällen bzw. Fallgestaltungen eine Haftungsverlagerung ausgeschlossen.

### A. Gebührenbeamte

Gebührenbeamte sind solche Amtswalter, die für ihre Amtshandlungen nicht an den Staat abzuführende Gebühren oder andere Entgelte erheben und für sich behalten dürfen. Wenn Gebührenbeamte mithin in finanzieller Hinsicht wie Privatpersonen gestellt sind, hingegen durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes hoheitliche Aufgaben wahrzunehmen haben, erscheint es vor diesem Hintergrund auch sachlich gerechtfertigt, sie haftungsmäßig wie Privatpersonen zu behandeln.<sup>1568</sup> Die Risiken für etwaig geschädigte Personen werden dabei durch (Vermögensschaden-)Haftpflichtversicherungen begrenzt, was zur Folge hat, dass ein solcher Ausschluss der Staatshaftung bzw. der Haftungsüberleitung Bestand haben kann, zumal der sachliche Grund für diese Auffassung in dem Umstand zu sehen ist, dass der Staat über diese Gebührenbeamten eine nur vereinfachte Dienstaufsicht zu führen vermag und dadurch die staatlichen Einwirkungs- und Aufsichtsmöglichkeiten erheblich reduziert sind.<sup>1569</sup> Der Ausschluss der Staatshaftung bei diesen Gebührenbeamten ist in § 5 Ziff. 1 RBHG<sup>1570</sup> bzw. in § 3 Abs. 3

<sup>1566</sup> Palandt/Sprau, BGB, § 839 Rdziff. 74; Tremml/Karger/Luber Rdziff. 228

<sup>1567</sup> BGH NVwZ 2008, 238 (239); BGHZ 61, 7 (15)

<sup>1568</sup> Bonk in: Sachs, GG, Art. 34 Rdziff. 101

<sup>1569</sup> BGHZ 113, 71 (81) = NJW 1991, 3271 (3273); BGHZ 62, 372 (380); BayVGh, Urteil vom 06.04.2009 – 19 B 09.90, Juris Rdziff. 23; Papier in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, GG Art. 34 Rdziff. 278

<sup>1570</sup> Gesetz über die Haftung des Reiches für seine Beamten vom 22.05.1910, RGBl 1910, S. 798 ff

PrStHG<sup>1571</sup> geregelt. Hauptanwendungsfall der sog. „Gebührenbeamten“ i. S. d. vorgenannten Regelung sind die Notare, die mithin nicht Beamte im staatsrechtlichen Sinn sind; deren Rechtsverhältnis wird durch die BNotO geregelt. In § 19 Abs. 4 Satz 1 BNotO wird eine Haftung des Staates anstelle des Notars ausgeschlossen.<sup>1572</sup>

Dem Wortlaut des § 1 Abs. 1 RBHG und der systematischen Stellung zufolge gilt diese Regelung nur für „Reichs“-Beamte, folglich für Bundesbeamte, nicht hingegen für Beamte der deutschen Länder. Geht es also um die Frage, ob der den Schaden verursachende Amtswalter – in Ermangelung der Eigenschaft als Bundesbeamter – ggf. Gebührenbeamter des Landes ist, ist zu hinterfragen, ob das PrStHG eingreift. Dies ist nicht für alle Bundesländer der Fall, so gilt es z. B. nicht in Bayern<sup>1573</sup>, in Baden-Württemberg<sup>1574</sup> und in Sachsen<sup>1575</sup>.

Nicht als Gebührenbeamte gelten indessen Gerichtsvollzieher<sup>1576</sup>, Mitglieder hessischer Ortsgerichte<sup>1577</sup> und Schiedsmänner<sup>1578</sup>.

## B. Beamte des Auswärtigen Dienstes

§ 5 Ziff. 1 RBHG sieht nicht nur in dessen Ziff. 1 den Ausschluss der Staatshaftung für Gebührenbeamte vor. Nach Maßgabe des § 5 Ziff. 2 RBHG finden die Vorschriften jenes Gesetzes auch keine Anwendung, soweit es sich um das Verhalten eines mit Angelegenheiten des Auswärtigen Dienstes befassten Beamten handelt und dieses Verhalten nach einer amtlichen Erklärung des Reichskanzlers politischen oder internationalen Rücksichten entsprochen hat. Obschon es nicht eindeutig ist, wie der Begriff des „Reichskanzlers“ zu verstehen ist<sup>1579</sup>, wird auch die Frage zu erheben sein, ob der Haftungsausschluss nach Maßgabe dieser Vorschrift durch sachliche Gründe des öffentlichen Wohls gerechtfertigt sein

<sup>1571</sup> Preußisches Gesetz über die Haftung des Staates und anderer Verbände für Amtspflichtverletzungen von Beamten bei Ausübung öffentlicher Gewalt vom 01.08.1909, PrGS 1909, S. 691 ff

<sup>1572</sup> BGHZ 135, 354 (356) = NJW 1998, 142

<sup>1573</sup> BayVGH, Urt. v. 06.04.2009 - 19 B 09.90, Juris Rdziff. 25; OLG München, OLG-Report 2004, 227

<sup>1574</sup> OLG Karlsruhe, OLG-Report 200, 850

<sup>1575</sup> OLG Dresden, LKV 2007, 191 = Juris Rdziff. 58

<sup>1576</sup> BGHZ 146, 17 = NJW 2001, 434; BGH VersR 1963, 88; BGH VersR 1957, 735; RGZ 144, 262; RGZ 134, 178 (180); RGZ 87, 294; Papier in: MünchKomm, § 839 Rdziff. 337; Palandt/Sprau, BGB, § 839 Rdziff. 75

<sup>1577</sup> BGHZ 113, 71 = NJW 1991, 3271

<sup>1578</sup> BGHZ 36, 195 = NJW 1962, 485

<sup>1579</sup> z. T. wird angenommen, dass an die Stelle des „Reichskanzlers“ der Bundeskanzler (bzw. die Bundeskanzlerin) gem. Art. 129 Abs. 1 S. 1 GG getreten ist, vgl. Ossenbühl/Cornils S. 98; Jaenicke S. 99 (115), es wird mitunter auch die Auffassung vertreten, dass anstelle des „Reichskanzlers“ der Bundesminister des Auswärtigen getreten sei, vgl. Staudinger/Schäfer, BGB, 12. Aufl., § 839 Rdziff. 41; Kayser/Leiss S. 7

kann.<sup>1580</sup> Da diese Vorschrift erkennbar aber noch nicht für verfassungswidrig erklärt worden ist, wird von der Weitergeltung auch dieser Beschränkung auszugehen sein. Wenn mithin das Verhalten eines Beamten betroffen ist, der mit Angelegenheiten des Auswärtigen Dienstes befasst ist und sein Verhalten politischen/ internationalen Rücksichten entsprochen hat, so findet eine Haftungsüberleitung nicht statt.

### C. Haftung gegenüber Ausländern

§ 7 RBHG wurde durch Gesetz vom 28.07.1993<sup>1581</sup> neu gefasst und hat nun folgenden Wortlaut:

*„(1) Die Bundesregierung kann zur Herstellung der Gegenseitigkeit durch Rechtsverordnung bestimmen, dass einem ausländischen Staat und seinen Angehörigen, die im Geltungsbereich dieses Gesetzes keinen Wohnsitz oder ständigen Aufenthalt haben, Ansprüche aus diesem Gesetz nicht zustehen, wenn der Bundesrepublik Deutschland oder Deutschen nach dem ausländischen Recht bei vergleichbaren Schädigungen kein gleichwertiger Schadensausgleich von dem ausländischen Staat geleistet wird. Angehörigen eines ausländischen Staates stehen juristische Personen sowie Gesellschaften und Vereinigungen des Bürgerlichen Rechts oder des Handelsrechts gleich; an die Stelle des Wohnsitzes oder des ständigen Aufenthaltsortes tritt bei ihnen der tatsächliche und, wenn ein solcher bestimmt ist, der satzungsmäßige Sitz.*

*(2) Abs. 1 gilt nicht für die Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften und ihre Angehörigen und für die sonstigen Fälle, in denen kraft des Rechts der Europäischen Gemeinschaften eine Gleichbehandlung mit Deutschen erfolgen muss.“*

Da die Bundesregierung von der Ermächtigung zum Erlass einer entsprechenden Rechtsverordnung bislang (noch) keinen Gebrauch gemacht hat, gibt es für amtspflichtwidrige Handlungen von Bundesbeamten keine Einschränkung im Rahmen der Amtshaftung gegenüber Ausländern, vielmehr gilt Art. 34 GG unmittelbar.<sup>1582</sup>

### D. Versorgungsrechtliche Bestimmungen

Sowohl die Bestimmungen in §§ 104 ff. SGB VII als auch §§ 46 Abs. 1 S. 1 BeamtVG, 91a SVG stellen solchermaßen genannte sondergesetzliche Haftungsschlüsse dar. Wenn also Arbeits-, Dienst- oder Wegeunfälle in Rede stehen, sind nach Maßgabe der vorgenannten Vorschriften Amtshaftungsansprüche ggf. ausgeschlossen, sofern lediglich eine fahrlässige Tatbegehung den Schaden verursacht

---

<sup>1580</sup> vgl. dazu Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 356 unter Hinweis auf Ossenbühl/Cornils S. 98 (der Hinweis bezieht sich auf die Voraufgabe, Ossenbühl S. 98); Galke DÖV 1992, 53 (58)

<sup>1581</sup> BGBl 1993 I S. 1394

<sup>1582</sup> Tremml/Karger/Luber Rdziff. 236 a. E.; Palandt/Sprau, BGB, § 839 Rdziff. 74; Maurer § 26 Rdziff. 36; Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 359 a. E.

hat. Mithin sind ausnahmsweise Amtshaftungsansprüche dann nicht ausgeschlossen, wenn der jeweilige Unfall vorsätzlich verursacht wurde.<sup>1583</sup>

---

<sup>1583</sup> vgl. im Einzelnen zur Reichweite insbesondere bei §§ 104, 105 SGB VII im Bereich der Amtshaftung:s. unten S. 505 ff.

## **Achter Teil:**

### **Die Verjährung des Amtshaftungsanspruchs**

Auch der Amtshaftungsanspruch unterliegt – wie jeder andere Anspruch i. S. d. § 194 Abs. 1 BGB – der Verjährung. Der Eintritt der Verjährung hat keinerlei Auswirkung auf das Bestehen des Anspruchs oder seine prozessuale Durchsetzbarkeit und ist daher auch nicht als Haftungsbeschränkung anzusehen; gleichwohl ist, da die Verjährung ein dauerndes Leistungsverweigerungsrecht gewährt, als haftungsbeschränkungsähnliches Rechtsinstitut zu sehen. Von daher bietet sich die Darstellung verjährungsrechtlicher Probleme im Zusammenhang mit den Haftungsbeschränkungen an.

### **27. Kapitel: Allgemeines**

Während der Amtshaftungsanspruch in der Zeit bis zum 31.12.2001 der deliktsrechtlichen Verjährung nach Maßgabe des § 852 BGB a.F. unterlag, hat sich die verjährungsrechtliche Situation für die Zeit ab dem 01.01.2002 verändert. Nunmehr unterliegt der Amtshaftungsanspruch der normalen dreijährigen Verjährungsfrist i. S. d. § 195 BGB. Die regelmäßige Verjährungsfrist beginnt, soweit nicht anderer Verjährungsbeginn bestimmt ist, mit dem Schluss des Jahres in dem der Anspruch entstanden. Der Gläubiger von den den Anspruch begründenden

Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste, § 199 Abs. 1 BGB. Amtshaftungsansprüche können auch nach Maßgabe des § 199 Abs. 2 BGB bzw. 199 Abs. 3 BGB verjähren, wenn die in diesen Regelungen genannten Voraussetzungen erfüllt sind.

Nach wie vor sind trotz des langen Zeitablaufs seit dem 01.01.2002 Sachverhaltskonstellationen denkbar, die es fraglich erscheinen lassen, ob altes oder neues Verjährungsrecht zur Anwendung gelangen muss. Insofern ist auf die Übergangsregelung in Art. 229 § 6 EGBGB zu verweisen. Nach dieser Vorschrift findet das neue Verjährungsrecht auf solche Ansprüche Anwendung, die am 01.01.2002 bestehen und noch nicht verjährt sind, Art. 229 § 6 Abs. 1 S. 1 EGBGB. Gleichwohl sind Besonderheiten zu beachten, sofern ein Anspruch vor dem 01.01.2002 entstanden ist. Insofern wiederum greift Art. 229 § 6 Abs. 1 S. 2 EGBGB ein, wonach sich der Beginn, die Hemmung, die Ablaufhemmung und der Neubeginn der Verjährung für den Zeitraum vor dem 01.01.2002 nach altem Recht richtet. Wenn aber die Verjährungsfrist nach Maßgabe des neuen Rechts länger ist als die nach altem Verjährungsrecht, so ist die Verjährung mit Ablauf der nach altem Recht geltenden Frist vollendet, Art. 229 § 6 Abs. 3 EGBGB. Wenn die Verjährungsfrist nach neuem Recht kürzer ist, gilt eben diese Frist und wird von dem 01.01.2002 an berechnet. Sollte dies allerdings zu der Konsequenz führen, dass die nach altem Recht maßgebliche Frist noch vor der nach neuem Recht ab dem 01.01.2002 eintretenden Verjährung abläuft (weil die nach neuem Recht geltende Frist erst ab dem 01.01.2002 zu laufen beginnt und daher im Ergebnis länger dauern könnte als die an sich nach altem Recht maßgebliche Frist), bleibt es bei Vollendung der Verjährung nach altem Recht, Art. 229 § 6 Abs. 4 EGBGB.<sup>1584</sup>

## 28. Kapitel: Der Beginn der Verjährung

Maßgeblich für die in § 195 BGB vorgesehene dreijährige Verjährungsfrist ist die Frage, wann diese zu laufen beginnt. Dies ist in § 199 Abs. 1 S. 1 BGB geregelt. Es kommt mithin auf die Entstehung des Anspruchs sowie darauf an, wann der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt hat oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätte erlangen müssen/können.

---

<sup>1584</sup> Tremml/Karger/Luber Rdziff. 255



## A. Die Entstehung des Anspruchs

Entstanden ist ein Anspruch, sobald er im Klagewege geltend gemacht werden kann.<sup>1585</sup> Voraussetzung dafür ist grundsätzlich die Fälligkeit des Anspruchs. Der Amtshaftungsanspruch ist entstanden, wenn alle Tatbestandsmerkmale des § 839 BGB erfüllt sind, der Schaden mithin eingetreten ist. In diesem Zusammenhang ist der Grundsatz der Schadenseinheit zu berücksichtigen, d. h.:

Ein Schadensersatzanspruch kann auch hinsichtlich der noch nicht eingetretenen Schäden der Verjährung anheim fallen, wenn die später eintretenden Schadenselemente bereits eine vorhersehbare Folge des Schadens geschehen sind. Es wird also für die Verjährung auf die Fälligkeit des ersten einklagbaren Teils der Entschädigung abzustellen sein.<sup>1586</sup>

Im Zusammenhang mit der Anspruchsentstehung ist zu beachten, dass wenn mehrere unerlaubte Handlungen (Amtspflichtverletzungen) vorliegen, eine jeweilige und gesonderte verjährungsrechtliche Betrachtung geboten ist. Denn jede Verletzungshandlung in Gestalt einer Amtspflichtverletzung erzeugt eine neue Schädigung sowie einen neuen Schadensersatzanspruch und muss daher auch zu einer isolierten verjährungsrechtlichen Beurteilung führen.<sup>1587</sup>

Zu prüfen wird indessen stets sein, ob der Schaden bereits mit Erlass einer erstinstanzlichen Entscheidung im Primärrechtsschutzverfahren als eingetreten angesehen werden muss.<sup>1588</sup>

## B. Die Kenntnis des Geschädigten

Für das Ingangsetzen der Verjährungsfrist ist neben der Entstehung des Anspruchs auch die Kenntnis des Gläubigers von den anspruchsbegründenden Tatsachen erforderlich.<sup>1589</sup>

### *I. Tatsächliche Umstände bzgl. einer Amtspflichtverletzung*

Wiewohl der Geschädigte nicht zwingend die zutreffenden rechtlichen Schlussfolgerungen ziehen muss, so muss er aber, damit die Verjährungsfrist in Gang gesetzt wird, hinreichende Kenntnis von den anspruchsbegründenden Umständen haben. Er muss mithin wissen, dass die Amtshandlung widerrechtlich und schuldhaft war

---

<sup>1585</sup> Palandt/Ellenberger, BGB, § 199 Rdziff. 3

<sup>1586</sup> BGH NVwZ 2011, 1150 (1152); BGH NVwZ 2007, 362 (366); zum früheren Recht bereits BGH NJW 1991, 2833 (2835); BGH WM 1990, 815 (816); Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 374; Soergel/Vinke, BGB, § 839 Rdziff. 238

<sup>1587</sup> BGH, Beschl. v. 17.09.2008 – III ZR 129/07, juris Rdziff. 1; BGH NVwZ 2007, 362 (367); BGH NJW 2003, 1308 (1313); BGHZ 98, 77 (83); BGHZ 97, 97 (110)

<sup>1588</sup> So bei BGH NJW 2002, 1414 (1415); BGH NJW 2000, 1263 (1264) sowie BGH NJW-RR 1998, 742, dort zum Anwalts- und Steuerberaterregress; dahingestellt bei BGH, Beschl. v. 31.01.2014 – III ZR 84/13, juris Rdziff. 6

<sup>1589</sup> ausführlich zur kenntnisabhängigen Verjährung: Nassall, NJW 2014, 3681 ff.

und daher eine Amtspflichtverletzung darstellt; dafür genügt es im Allgemeinen, dass der Verletzte die tatsächlichen Umstände kennt, die eine schuldhafte Amtspflichtverletzung als naheliegend und eine Amtshaftungsklage – sei es auch nur als Feststellungsklage – als so aussichtsreich erscheinen lässt, dass ihm die Klageerhebung zugemutet werden kann.<sup>1590</sup>

Die Erhebung einer Amtshaftungsklage ist dann (noch) nicht zumutbar, solange für den Geschädigten die nicht von vornherein aussichtslose Möglichkeit besteht, im Verhandlungswege mit der Behörde einen Schadensersatz oder anderweitige Kompensation zu erhalten und auf diese Weise einen Schadensersatzprozess vermeiden zu können.<sup>1591</sup>

Zwar steht nach der Rechtsprechung des BGH (außerhalb des Amtshaftungsrechts) ein noch nicht abgeschlossener Rechtsstreit zwischen Gläubiger und Schuldner, dessen Ausgang Rückschlüsse auf das Bestehen oder Nichtbestehen eines (noch nicht rechtshängigen) Anspruchs gegen den Schuldner erlaubt, nicht der Annahme entgegen, der Gläubiger habe bereits Kenntnis von den anspruchsbegründenden Umständen.<sup>1592</sup> Amtshaftungsrechtlich relevant dürfte diese Rechtsprechung des V. Zivilsenats hingegen nicht sein, weil die Inanspruchnahme von Primärrechtsschutz die Verjährung des Amtshaftungsanspruchs hemmt<sup>1593</sup> und anderweitige Rechtsstreite zwischen Gläubiger und Schuldner eines Amtshaftungsanspruchs schwerlich vorstellbar sind.

## II. Tatsächliche Umstände bzgl. der Person des Schädigers

Es entspricht einhelliger Meinung in Rechtsprechung und Literatur, dass der Geschädigte im Amtshaftungsprozess den einzelnen Amtsträger/Amtswalter, der die Amtspflichtverletzung begangen hat, nicht konkret bezeichnen muss; es ist stattdessen ausreichend, wenn feststeht, dass irgendein Amtsträger in seiner Person den gesamten Haftungstatbestand verwirklicht hat.<sup>1594</sup> Dem entspricht es, wenn in verjährungsrechtlicher Hinsicht die Kenntnis von der konkret den Schaden verursachenden Person für den Verjährungsbeginn irrelevant ist. Das bedeutet, dass die Verjährungsfrist auch dann zu laufen beginnt, wenn der Geschädigte nicht die Person kennt, die die Amtspflichtverletzung begangen hat. Dies ist schon deswe-

<sup>1590</sup> BGH, Urt. v. 04.12.2014 – III ZR 51/13, juris Rdziff. 18; BGH, Urt. v. 07.11.2014 – V ZR 309/12 juris Rdziff. 14; BGH, Urt. v. 11.09.2014 – III ZR 217/13, juris Rdziff. 15 (dort zur Notarhaftung); BGH, Beschl. v. 31.01.2014 – III ZR 84/13, juris Rdziff. 6; BGHZ 179, 260; BGH, Beschl. v. 17.09.2008 – III ZR 129/07, juris Rdziff. 1; BGHZ 170, 260 (271); BGHZ 138, 247 (252); Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 374; juris PK/Zimmerling, BGB, § 839 Rdziff. 168; Nassall NJW 2014, 3681 (3783); zur Unzumutbarkeit der Klageerhebung allgemein: Wardenbach, BB 2015, 2 ff.

<sup>1591</sup> BGH NJW 1990, 245 (246); Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 374

<sup>1592</sup> BGH, Urt. v. 07.11.2014 – V ZR 309/123, juris Rdziff. 15

<sup>1593</sup> BGH, Beschl. v. 23.04.2013 - III ZR 147/12, juris Rdziff. 3; BGH, Beschl. v. 17.09.2008 – III ZR 129/07, juris Rdziff. 4, je m. w. N.

<sup>1594</sup> BGHZ 151, 198 (203); BGHZ 116, 312 (314); Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 221

gen geboten, weil anderenfalls der Amtshaftungsanspruch eines nicht rechtskundigen Verletzten in der Regel nicht verjähren könnte.

### *III. Tatsächliche Umstände bzgl. der Unvertretbarkeit einer Maßnahme*

Bei Amtshaftungsansprüchen gem. § 839 Abs. 1 S. 1 BGB i. V. m. Art. 34 S. 1 GG beginnt die Verjährung erst, wenn der Geschädigte weiß, dass die in Rede stehende Amtshandlung wiederrechtlich und schuldhaft war und daher eine zum Schadensersatz verpflichtende Amtspflichtverletzung darstellt. Wenn es um Maßnahmen der Staatsanwaltschaft geht, sind diese im Amtshaftungsprozess nicht auf „Richtigkeit“, sondern lediglich daraufhin zu überprüfen, ob sie vertretbar sind.<sup>1595</sup> Das wiederum bedeutet, dass das notwendige Wissen des Geschädigten den Umstand umfassen muss, dass die von Seiten der Staatsanwaltschaft im jeweiligen Fall getroffene Maßnahme unvertretbar war. Dafür genügt es allerdings im Allgemeinen, dass der Verletzte diejenigen Umstände kennt, die eine schuldhafte Amtspflichtverletzung – ggf. im Sinn einer „unvertretbaren“ staatsanwaltschaftlichen Maßnahme – als naheliegend ansieht, so dass eine Amtshaftungsklage (sei es auch nur als Feststellungsklage) als so aussichtsreich erscheinen lässt, dass dem Geschädigten die Klageerhebung zugemutet werden kann.<sup>1596</sup> Im Fall der Ablehnung der Eröffnung des Hauptverfahrens beginnt die Verjährungsfrist für einen Amtshaftungsanspruch im Zusammenhang mit der Erhebung der öffentlichen Klage regelmäßig nicht vor der Rechtskraft der ablehnenden Entscheidung.<sup>1597</sup>

### *IV. Kenntnis vom Fehlen einer anderweitigen Ersatzmöglichkeit*

Gem. § 839 Abs. 1 S. 2 BGB ist ein Amtshaftungsanspruch im Falle der fahrlässigen Amtspflichtverletzung nur dann gegeben, wenn der Verletzte nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag. Dieses „negative Tatbestandsmerkmal“ gehört zu den vom Kläger darzulegenden und zu beweisenden Anspruchsvoraussetzungen.<sup>1598</sup>

Dies wiederum führt zu der Konsequenz, dass das Ingangsetzen der dreijährigen Verjährungsfrist bzw. der Verjährungsbeginn von der Kenntnis (oder: grob fahrlässigen Unkenntnis) des Geschädigten abhängt, dass er auf andere Weise keinen Ersatz zu erlangen vermag; dem steht der Zeitpunkt gleich, in welchem der Kläger im Prozessweg oder auf andere Weise sich hinreichende Klarheit verschaf-

<sup>1595</sup> BGH NJW 2003, 3693 (3694); BGH NJW 2000, 2672 (2673); BGHZ 138, 247 (252); BGH NJW 1998, 751 (752); BGH NJW 1993, 2927 (2928); BGH NJW 1989, 96 (97);

Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 661; Soergel/Vinke, BGB, § 839 Rdziff. 113; Tremml/Karger/Luber, Rdziff. 1168; Stein/Itzel/Schwall, Rdziff. 646

<sup>1596</sup> BGHZ 138, 247 (252); BGH NJW 1994, 3162 (3164); BGHZ 122, 317 (325)

<sup>1597</sup> BGHZ 138, 247 (252 f.); Palandt/Ellenberger, BGB, § 199 Rdziff. 30

<sup>1598</sup> Rohlffing, MDR 2010, 237 (237 f.)

fen konnte, ob und in welcher Höhe ihm ein anderer Ersatzanspruch zusteht.<sup>1599</sup> Die Kenntnis wiederum setzt voraus, dass die anderweitige Ersatzmöglichkeit den Schaden mindestens teilweise nicht abzudecken in der Lage ist. Denn solange der Geschädigte nicht weiß, ob sein Anspruch anderweitig mindestens teilweise ungedeckt bleibt, kann er eine hinreichend erfolgversprechende Klage auf Feststellung der Schadensersatzpflicht gegen den Amtsträger nicht erheben.<sup>1600</sup>

Freilich hat der Geschädigte im Zusammenhang mit dem Verjährungsbeginn zu vergegenwärtigen, dass die Kenntnis vom Fehlen anderweitiger Ersatzmöglichkeiten nicht weiter zu gehen braucht als im Fall gerichtlicher Geltendmachung von Amtshaftungsansprüchen. Mit anderen Worten bedeutet dies, dass das – vermeintliche – Vorhandensein einer anderweitigen Ersatzmöglichkeit nicht die Verjährung von fahrlässig begangenen Amtspflichtverletzungen hindert, wenn die Amtshaftungsklage auch angesichts der für das Bestehen einer anderweitigen Ersatzmöglichkeit sprechenden Umständen soviel Erfolgsaussichten bietet, dass den Verletzten die Erhebung der Klage zuzumuten war.<sup>1601</sup> Des Weiteren wird der Inhaber eines Amtshaftungsanspruchs in den Blick zu nehmen haben, dass die Verjährung selbst dann zu laufen beginnt (bzw. begonnen hat), wenn die vom Geschädigten ursprünglich angenommene anderweitige Ersatzmöglichkeit i. S. d. § 839 Abs. 1 S. 2 BGB tatsächlich/objektiv gar nicht besteht. Um schließlich zu vermeiden, dass der Inhaber eines Amtshaftungsanspruchs durch Nichtausschöpfen der anderweitigen Ersatzmöglichkeit den Beginn der Verjährung des Amtshaftungsanspruchs hinausschiebt und eine Amtshaftungsklage zu erheben unterlässt, ist zu berücksichtigen, dass der Geschädigte sich zur Begründung eines späteren Verjährungsbeginns nicht auf solche Umstände zu berufen vermag die ihn an einer Klageerhebung tatsächlich in keiner Weise gehindert haben.<sup>1602</sup>

Der Geschädigte wird also zu berücksichtigen haben, dass die Art und Weise, wie er mit der Prüfung einer anderweitigen Ersatzmöglichkeit umgeht, Auswirkungen auch auf den Beginn der Verjährungsfrist i. S. eines „Verschuldens gegen sich selbst“ haben kann; vermag der Geschädigte nicht darzustellen, dass er greifbare Anhaltspunkte für einen anderweitigen Ersatzanspruch geprüft hat bzw. nicht darzustellen in der Lage ist, dass er von einer alsbaldigen Verwirklichung ausgehen kann, bzw. geht der Geschädigte objektiv nicht vorhandenen Ersatzmöglichkeiten nach, so hindert dies nicht den Beginn des Laufs der Verjährungsfrist.<sup>1603</sup>

<sup>1599</sup> BGHZ 121, 65 (71); BGH NJW 1979, 34 (35); BGH WM 1976, 1137 (1141); BGHZ 102, 246 (dort zur entsprechenden Problematik bei der Notarhaftung gem. § 19 Abs. 1 S. 2 BNotO; Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 378; Tremml/Karger/Luber, Rdziff. 243; Soergel/Vinke, BGB, § 839 Rdziff. 240; Palandt/Ellenberger, BGB, § 199 Rdziff. 30, 37

<sup>1600</sup> BGH NJW 1986, 1866 (1867)

<sup>1601</sup> BGH MDR 1967, 753

<sup>1602</sup> BGHZ 121, 65 (72, 73); RGZ 145, 56 (71, 73); Schlick/Rinne, NVwZ 1997, 1171 (1178); Tremml/Karger/Luber, Rdziff. 243; Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 379

<sup>1603</sup> Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 380

*V. Kenntnis bei Legalzession*

Ein auf anderen gesetzlichen Vorschriften beruhender Anspruch auf Ersatz eines Schadens geht auf den Versicherungsträger oder Träger der Sozialhilfe über, soweit dieser aufgrund des Schadensereignisses Sozialleistungen zu erbringen hat, die der Behebung eines Schadens der gleichen Art dienen und sich auf den selben Zeitraum wie der vom Schädiger zu leistende Schadensersatz beziehen, § 116 Abs. 1 S. 1 SGB X. Wenn im Falle einer solchermaßen vorgesehenen Legalzession ein Amtshaftungsanspruch auf einen Versicherungsträger oder Träger der Sozialhilfe übergeht, so stellt sich die Frage, auf wessen Kenntnis abzustellen ist; ist dann für die Frage des Verjährungsbeginns die Kenntnis des eigentlich Geschädigten maßgeblich oder kommt es auf die Kenntnis der Behörde an, auf die der Anspruch (gem. § 116 Abs. 1 S. 1 SGB X) übergegangen ist? Für den Beginn der Verjährung kommt es (nur) auf die Kenntnis des Versicherungsträgers bzw. des Trägers der Sozialhilfe an.<sup>1604</sup> Mithin kommt es – wie auch sonst im Deliktsrecht – auf die Kenntnis (oder grob fahrlässige Unkenntnis) der Mitarbeiter an, die nach der Organisationseinheit für den Regress zuständig sind.<sup>1605</sup> Mit der vorgenannten Rechtsprechung schließt sich der BGH seiner bisher zu § 852 BGB a. F. ergangenen Rechtsprechung an, wonach bei juristischen Personen des öffentlichen Rechts bzw. bei Unternehmen diesen nicht die Kenntnis eines jeden Bediensteten zugerechnet werden kann, es muss sich vielmehr um einen sog. Wissensvertreter handeln; vor dem Hintergrund des aus § 166 BGB abzuleitenden Rechtsgedankens sind als Wissensvertreter nur solche Bediensteten einer Behörde (oder eines Unternehmens) anzusehen, die von dem Anspruchsinhaber mit der Erledigung der betreffenden Angelegenheit in eigener Verantwortung betraut worden sind.<sup>1606</sup>

*VI. Verjährungsbeginn bei falscher Rechtsanwendung des Schuldners*

Nach der alten Rechtslage setzte der Beginn der Verjährung aus Gründen der Rechtssicherheit und Billigkeit grundsätzlich nicht voraus, dass der Geschädigte aus den ihm bekannten Tatsachen auch die zutreffenden rechtlichen Schlussfolgerungen zieht. Anerkannt war jedoch, dass im Einzelfall bei unsicherer und zweifelhafter Rechtslage die Rechtsunkenntnis des Geschädigten den Verjährungsbeginn hinauszuschieben in der Lage ist.<sup>1607</sup>

<sup>1604</sup> Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 376; Palandt/Ellenberger, BGB, § 199 Rdziff. 25

<sup>1605</sup> BGHZ 193, 67 (71); BGH NJW 2012, 1789 (1790); BGH NJW 2012, 447 (447); BGH NJW 2000, 1411 (1412); OLG Schleswig, NJW-RR 2012, 658 (659); OLG Köln, NJW-RR 2002, 1392 (1393); OLG Koblenz, NJW 1999, 224 (225); vgl. auch Wiegand-Schneider, FS OLG Celle S. 396 (401); Stein/Itzel/Schwall Rdziff. 241; Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 376; Soergel/Vinke, BGB, § 839 Rdziff. 241; Nassall NJW 2014, 3681 (3682)

<sup>1606</sup> BGH NJW 2012, 1789 (1790); BGH NJW 2011, 1799 (1800); BGH NJW 2007, 834 (835); BGH NJW 2004, 510 (510); BGH NJW 2001, 2535 (2536); BGH NJW 2000, 1411 (1412); BGHZ 134, 343 (346); BGHZ 133, 129 (139); BGH NJW 1994, 1150 (1151); OLG Hamm, Urt. v. 30.11.2010 - 9 U 197/10, juris Rdziff. 45

<sup>1607</sup> BGHZ 160, 216 (232); BGH NJW 1994, 3162 (3164)

Der Rechtsunkenntnis bei unsicherer und zweifelhafter Rechtslage steht es gleich, wenn der BGH erstmals mit einem Urteil seine bisherige Rechtsprechung aufgibt. Auch dies kann dann nicht dem Geschädigten zum Nachteil gereichen.<sup>1608</sup>

Die vorstehende – gläubigerfreundliche – Rechtsprechung des BGH wird derzeit einer Überprüfung unterzogen. Ausgangspunkt der Überlegungen ist, dass im Rahmen des § 199 Abs. 1 Ziff. 2 BGB grundsätzlich die Tatsachen-, nicht hingegen die Rechtskenntnis entscheidend sei. Erforderlich sei, dass der Gläubiger um die anspruchsbegründenden Umstände wisse, nicht aber, dass er den Vorgang rechtlich zutreffend beurteile.<sup>1609</sup> Zutreffend differenziert der BGH bei Fällen der falschen Rechtsanwendung aber in folgendem Sinn. Liege bei einem Schadensersatzanspruch der haftungsauslösende Fehler in einer falschen Rechtsanwendung des Schuldners, könne nicht die Kenntnis dieser Rechtsanwendung als solche ausreichen, vielmehr müsse der Geschädigte Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis davon haben, dass eben diese Rechtsanwendung fehlerhaft gewesen sei.<sup>1610</sup> Daran anknüpfend führt der BGH nunmehr aus, dass es nicht mehr lediglich auf den Zeitpunkt der falschen Rechtsanwendung ankomme. Vielmehr müsse der Geschädigte Kenntnis (oder grob fahrlässige Unkenntnis) davon haben, dass eben diese Rechtsanwendung im konkreten Fall fehlerhaft gewesen sei.<sup>1611</sup> Übertragen auf die Amtshaftung bedeutet die vorstehend beschriebene Rechtsprechung, dass die Verjährungsfrist erst dann zu laufen beginnt, wenn der Geschädigte Kenntnis (oder grob fahrlässige Unkenntnis) davon hat, dass eine widerrechtliche und schuldhafte Amtshandlung vorliegt, und auch diejenige Kenntnis hat, dass eine derartige Amtshandlung als Amtspflichtverletzung einzustufen ist.

### C. Grobfahrlässige Unkenntnis

Der positiven Kenntnis i. S. d. § 199 Abs. 1 Ziff. 2 BGB ist es gleich zu erachten, wenn die Unkenntnis des durch eine Amtspflichtverletzung Geschädigten auf grober Fahrlässigkeit beruht. Grobe Fahrlässigkeit liegt dann vor, wenn die im Verkehr erforderliche Sorgfalt in ungewöhnlich großem Maße verletzt worden ist und ganz nahe liegende Überlegungen vom Schuldner/Geschädigten nicht angestellt oder bei Seite geschoben wurden und dasjenige unbeachtet geblieben ist, was im gegebenen Fall jeder anderen Person hätte einleuchten müssen.<sup>1612</sup> Ebenso ist es zu werten, wenn der Gläubiger sich die Kenntnis in zumutbarer Weise ohne nennenswerte Mühe hätte beschaffen können oder aber auf der Hand liegende

<sup>1608</sup> BGHZ 160, 216 (232)

<sup>1609</sup> BGH WM 2014, 935 (939); BGH NJW 2009, 984 (985); BGH NJW-RR 2008, 1237 (1238); BGHZ 170, 260 (271)

<sup>1610</sup> BGH NJW 2014, 993 (994)

<sup>1611</sup> BGH WM 2014, 935 (939)

<sup>1612</sup> Palandt/Ellenberger, BGB, § 199 Rdziff. 39; BGH, Urt. v. 11.09.2014 – III ZR 217/13, juris Rdziff. 16 (dort zur Notarhaftung); BGH NJW 2009, 1482 (1485); BGH NJW 2009, 587 (588); BGH NJW-RR 2009, 812 (813); BGH NJW-RR 2009, 544 (546); BGH MW 2005, 382 (384)

Erkenntnismöglichkeiten hätte nutzen können, davon aber keinen Gebrauch macht.<sup>1613</sup>

Grobe Fahrlässigkeit setzt einen objektiv schwerwiegenden und subjektiv nicht entschuldbaren Verstoß gegen die Anforderungen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt voraus; dass wiederum bedeutet, dass dem Gläubiger eines (Amtshaftungs-)Anspruchs persönlich ein schwerer Obliegenheitsverstoß in seiner eigenen Angelegenheit der Anspruchsverfolgung im Sinne eines „Verschuldens gegen sich selbst“ vorgeworfen werden können muss, weil sich ihm die den Anspruch begründenden Umstände förmlich aufgedrängt haben, er davor aber letztlich die Augen verschlossen hat.<sup>1614</sup> Mit anderen Worten unterlässt es der Gläubiger, ganz naheliegende Überlegungen bzw. Nachfrage- oder Nachforschungsobliegenheiten anzustellen und verhält sich so, dass es geradezu unverständlich erscheint.<sup>1615</sup>

#### D. Verjährungsfristbeginn bei unsicherer/zweifelhafter Rechtslage

Bereits zu der Vorgängervorschrift des § 852 Abs. 1 BGB a. F. hatte der BGH es nicht als notwendige Voraussetzung für den Verjährungsfristbeginn angesehen, dass der Geschädigte aus den ihm bekannten Tatsachen zugleich die zutreffenden rechtlichen Schlussfolgerungen zieht. Ebenso ist vom BGH anerkannt worden, dass bei unsicherer oder zweifelhafter Rechtslage im Einzelfall Rechtsunkenntnis den Verjährungsbeginn hinausschieben kann.<sup>1616</sup> Der Verjährungsbeginn wird in einem solchen Fall hinausgeschoben, und zwar bis zur objektiven Klärung der Rechtsfrage.<sup>1617</sup> Die Antwort auf die Frage, ob die Rechtsunkenntnis bei unsicherer/zweifelhafter Rechtslage den Verjährungsbeginn hinauszuschieben in der Lage ist, steht auch unter dem Regime der „Zumutbarkeit“; es wird mithin im Einzelfall zu überprüfen sein, zu welchem Zeitpunkt bei unsicherer/zweifelhafter Rechtslage dem Kläger die Erhebung einer Amtshaftungsklage zumutbar gewesen ist.

---

<sup>1613</sup> juris PK-BGB/Lakkis, § 199 Rdziff. 59

<sup>1614</sup> BGH, Urt. v. 11.09.2014 – III ZR 217/13, juris Rdziff. 16 (dort zur Notarhaftung); OLG Karlsruhe, Urt. v. 09.05.2012 – 7 U 44/11, juris Rdziff. 22

<sup>1615</sup> BGH, Urt. v. 11.09.2014 – III ZR 217/13, juris Rdziff. 16 (dort zur Notarhaftung); BGH NJW 2011, 3573 (3574); OLG Oldenburg, Urt. v. 12.01.2012 – 8 U 33/11, juris Rdziff. 52, rechtskräftig nach Rücknahme der Revision infolge eines Hinweises des BGH, Beschl. v. 15.01.2013 – II ZR 43/12

<sup>1616</sup> BGH NJW 1994, 3162 (3164); BGH NJW 1993, 648 (653); BGH VersR 1959, 467 (468); BGH VersR 1958, 514 (514); BGH VersR 1957, 30 (30); BGHZ 6, 195 (202); RGZ 168, 215 (222); RGZ 142, 280 (283)

<sup>1617</sup> vgl. aus der neueren Rechtsprechung: BGH, Urt. v. 28.10.2014 – XI ZR 17/14, juris Rdziff. 43 ff. (dort zum Bankrecht); OLG Hamm, NJW-RR 2014, 28; vgl. auch Wardenburg, BB 2015, 2 ff.

## 29. Kapitel: Verjährungshemmung durch Rechtsverfolgung

Die Verjährungsfrist wird nach Maßgabe des § 204 BGB durch Rechtsverfolgung gehemmt.

### A. Erhebung der Amtshaftungsklage

Die Hemmung tritt u. a. durch die wirksame Klageerhebung ein. Wenn die Klage bei dem örtlich unzuständigen Gericht eingereicht wird, ist dies für den Eintritt der Hemmungswirkung unschädlich.<sup>1618</sup> Obschon die Einreichung der Klage bei einem örtlich/sachlich nicht zuständigen Gericht unschädlich ist, hat nur eine wirksame Klage/Widerklage rechtshemmende Wirkung. Die Klage muss mithin den – wesentlichen – Erfordernissen des § 253 ZPO entsprechen, und vor allem – im Amtshaftungsverfahren wegen § 71 Abs. 2 Ziff. GVG – von einem zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein; die Klage muss das Klagebegehren individualisieren und den Streitgegenstand bestimmen.<sup>1619</sup>

Nicht nur die (unbedingte) Klageerhebung hemmt den Lauf der Verjährung, sondern auch der Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe (vgl. § 204 Abs. 1 Ziff. 14 BGB), indessen nur dann, wenn das Gericht dem Gegner diesen Antrag bekannt gibt. Die „Bekanntgabe“, die keine förmliche Zustellung i. S. d. ZPO bedeutet, erfolgt durch einfaches Schreiben des Gerichts. Eine verjährungshemmende Wirkung kommt daher nur dann in Betracht, wenn der Antragsteller das Erstgericht auf den drohenden Eintritt der Verjährung hinweist; denn nur in einem solchen Fall ist das Gericht verpflichtet, den Prozesskostenhilfe-Antrag auch tatsächlich bekanntzugeben.<sup>1620</sup>

Die Klageerhebung hemmt die Verjährung freilich nur für Ansprüche in der Gestalt und in dem Umfang, wie sie mit der Klage geltend gemacht werden.<sup>1621</sup>

### B. Inanspruchnahme von Primärrechtsschutz

Nach wohl übereinstimmender Auffassung von Rechtsprechung und Literatur hemmt die Inanspruchnahme von Primärrechtsschutz den Verjährungseintritt auch für den Amtshaftungsanspruch.<sup>1622</sup> Die verjährungshemmende (bzw. nach früherem Recht: verjährungsunterbrechende) Wirkung gilt nicht nur für die ver-

<sup>1618</sup> BGH NJW 1994, 3162 (3164); Tremml/Karger/Luber Rdziff. 246

<sup>1619</sup> Palandt/Ellenberger, BGB, § 204 Rdziff. 4

<sup>1620</sup> BVerfG NJW 2010, 3083 (3084); BGH NJW 2008, 1939 (1940); OLG Frankfurt, Urt. v. 29.09.2014 – 1 U 55/13, juris Rdziff. 23

<sup>1621</sup> BGH NJW 2005, 2004 (2005)

<sup>1622</sup> BGH, Beschl. v. 17.09.2008 – III ZR 129/07, juris Rdziff. 4; BGH NVwZ-RR 2005, 152 (154); BGH NVwZ-RR 2000, 746 (749); BGHZ 122, 317 (323); BGHZ 103, 242 (246); BGHZ 97, 97 (110); BGHZ 95, 238 (242)



waltungsgerichtliche Klage, sondern bereits für die Einleitung des Widerspruchsverfahrens.<sup>1623</sup> Die verjährungshemmende Wirkung gilt ebenfalls nicht nur für den Bereich verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, namentlich durch Erhebung der Anfechtungsklage (§ 42 Abs. 1 VwGO), einer Verpflichtungsklage (§ 42 Abs. 1 VwGO) oder der Fortsetzungsfeststellungsklage (§ 113 Abs. 1 S. 4 VwGO)<sup>1624</sup>; vielmehr ist eine verjährungshemmende Wirkung auch für die Geltendmachung des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs (wegen desselben Fehlverhaltens des Sozialleistungsträgers) vor den Sozialgerichten angenommen worden.<sup>1625</sup> Gleiches gilt für Klagen im sozialgerichtlichen Zulassungsverfahren.<sup>1626</sup>

Ebenso wird in der Erhebung einer finanzgerichtlichen Klage, gerichtet auf Feststellung der Nichtigkeit eines Gewinnfeststellungsbescheides, wird ein taugliches Mittel zur Hemmung der Verjährungsfrist gesehen.<sup>1627</sup> Gründe der Sachgerechtigkeit haben den BGH erwogen, auch dem im Rahmen eines noch offenen Vorbehalts der Nachprüfung gestellten Änderungsantrag i. S. d. § 164 Abs. 2 S. 2 AO verjährungshemmende Wirkung beizumessen. Der Vorbehalt der Nachprüfung sei ein Instrument der Massenverwaltung und diene der Beschleunigung der Steuerveranlagung; er löse das Spannungsverhältnis zwischen schneller erster und dennoch im Endergebnis richtige Entscheidung durch eine weitgehende Korrekturmöglichkeit und eine damit verbundene Suspendierung der materiellen Bestandskraft des Steuerbescheids. Ein Steuerpflichtiger, der sich durch den mit einem Vorbehalt der Nachprüfung versehenen Steuerbescheid beschwert fühle, habe folglich nach der Gesetzeskonzeption die Wahl zwischen einem Einspruch und – bis zum Ablauf der Festsetzungsfrist – einem Änderungsantrag gem. § 164 Abs. 2 S. 2 AO. Dies führe dazu, dass der Sache nach ein solcher Änderungsantrag einem Rechtsmittel gleich stehe, was dann auch zur Konsequenz habe, einem solchen Änderungsantrag verjährungshemmende Wirkung beizugeben.<sup>1628</sup>

Sonderfälle der Inanspruchnahme von Primärrechtsschutz stellen diejenigen Sachverhalte dar, in denen eine Behörde eine andere Behörde anweist, einen bestimmten VA zu erlassen bzw. nicht zu erlassen. Nach Maßgabe der Rechtsprechung ist die Frage, ob ein Beamter, der aufgrund einer ihn bindenden Weisung einer vorgesetzten Stelle eine objektiv rechtswidrige Maßnahme tritt, amtspflichtwidrig handelt, durchgängig zu verneinen.<sup>1629</sup> Befolge der Angewiesene die ihn bindende Anordnung, so verletzte er seine Amtspflichten nicht, mit der Wei-

<sup>1623</sup> BGH NVwZ-RR 2005, 152 (154); BGH NVwZ 2001, 468 (468); BGHZ 95, 238 (244)

<sup>1624</sup> BGH, Beschl. v. 23.04.2013 – III ZR 147/12, juris Rdziff. 3; BGHZ 95, 238 (242)

<sup>1625</sup> BGHZ 197, 375 (381); BGHZ 189, 365 (378) BGHZ 188, 302 (314/5); BGH VersR 2001, 1108 (1112); BGHZ 103, 242 (246); gleichwohl hat die Rechtsprechung den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch nicht als „Rechtsmittel“ i. S. d. § 839 Abs. 3 BGB anerkannt, vgl. BGHZ 197, 375 = NJW 2013, 3237

<sup>1626</sup> BGHZ 188, 302 (314) = NJW 2011, 2586 (2589) = juris Rdziff. 35 ff.

<sup>1627</sup> BGH NJW 1995, 2778 (2779)

<sup>1628</sup> BGHZ 189, 365 (380)

<sup>1629</sup> BGH NVwZ-RR 2009, 363 (364)

sung gehe ein Stück Zuständigkeit und ein Teil von Amtspflichten, die generell bei einem bestimmten Beamten liegen, auf die anweisende Behörde, bzw. einen Beamten dieser Behörde über.<sup>1630</sup> Diese Anweisungsfälle haben auch verjährungsrechtliche Auswirkungen. Da die Weisung lediglich ein Verwaltungsinternum darstellt und als solche selbständig nicht anfechtbar ist, stellt der Bescheid der angewiesenen Behörde die einzige rechtliche Möglichkeit für den Bescheidadressaten dar, auch im Verhältnis zu der anweisenden Behörde Primärrechtsschutz in Anspruch zu nehmen. Mit anderen Worten bedeutet dies, dass durch die Inanspruchnahme verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes in Gestalt von Widerspruch und Anfechtungsklage nicht nur die Verjährungsfristen in Bezug auf Amtshaftungsansprüche gegenüber der angewiesenen, sondern auch der anweisenden Behörde gehemmt werden.<sup>1631</sup> Die vorgenannten Grundsätze der Inanspruchnahme von Primärrechtsschutz sind auf diejenigen Fälle zugeschnitten, in denen das amtspflichtwidrige Verhalten von Beamten, auf welches der Amtshaftungsanspruch gestützt wird, zugleich die rechtswidrige Maßnahme darstellt, gegen die der Betroffene/Geschädigte verwaltungsrechtliche bzw. -gerichtliche Rechtsmittel erhoben hatte. Wenn aber die Amtspflichtverletzung im Erlass eines dem Geschädigten günstigen VA oder in der Erteilung einer ihm günstigen Auskunft liegt, so kommt gerade die Inanspruchnahme von Primärrechtsschutz nicht in Betracht, der Betroffene ist durch den VA/Auskunft nicht beschwert. Konsequenterweise verneint der BGH eine verjährungshemmende Wirkung hinsichtlich solcher Maßnahmen, die auf die Erteilung einer dem Vorbescheid entsprechenden endgültigen Baugenehmigung oder eines in Übereinstimmung mit der Auskunft stehenden begünstigenden VA oder auf Beseitigung eines zu ihr im Widerspruch stehenden belastenden VA gerichtet waren.<sup>1632</sup> Gleichwohl kann dies auch nach Auffassung des BGH dem Betroffenen nicht zum Nachteil gereichen, der BGH hilft mit folgender Argumentation. Solange der gegen einen VA gerichtete Rechtsbehelf ein geeignetes Mittel darstellt, die aus einer Falsch Auskunft herrührenden Schadensfolgen zu beseitigen, führt dies zur Hemmung der Verjährung des Amtshaftungsanspruchs; in dem zur Entscheidung anstehenden Fall hatte ein Bürgermeister einer Gemeinde eine falsche Auskunft in Bezug auf die Höhe der Erschließungskosten abgegeben. In einem später von der Gemeinde erlassenen Erschließungsbeitragsbescheid wurden jedoch weitaus höhere Beiträge in Ansatz gebracht. Nachdem sich die Parteien in einem verwaltungsgerichtlichen Verfahren verglichen hatten, machte der Adressat der Auskunft bzw. des Bescheides Amtshaftungsansprüche geltend, sah sich allerdings vor das Problem gestellt, dass zum Zeitpunkt der Erhebung der Amtshaftungsklage Verjährung bereits eingetreten war. Mit den vorgenannten Grundsätzen hat der BGH der Anfechtungsklage

---

<sup>1630</sup> BGH NVwZ-RR 2009, 363 (364)

<sup>1631</sup> BGH NVwZ-RR 2009, 363 (364)

<sup>1632</sup> Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 382 unter Hinweis auf BGH NVwZ 2001, 468 sowie BGHZ 122, 317 sowie BGHR § 852 Amtshaftung 2

verjährungshemmende Wirkung auch in Bezug auf Amtshaftungsansprüche wegen der Falschankunft zuerkannt.<sup>1633</sup>

Im Fall der Inanspruchnahme von Primärrechtsschutz endet die Hemmungswirkung (in entsprechender Anwendung von § 204 Abs. 2 S. 1 BGB) im Regelfall sechs Monate nach der rechtskräftigen Entscheidung oder anderweigen Erledigungen des Hauptsacheverfahrens.<sup>1634</sup>

### C. Verjährungshemmung durch Einreichung eines Mahnbescheides

Nach Maßgabe des § 204 Abs. 1 Ziff. 3 BGB wird die Verjährung durch die Zustellung des Mahnbescheides im Mahnverfahren gehemmt. Dabei muss der Mahnbescheid den geltend gemachten Anspruch i. S. d. § 690 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO bezeichnen. Voraussetzung für die Verjährungshemmung nach dieser Vorschrift ist es jedoch, dass in dem Mahnbescheidantrag der geltend gemachte Anspruch in einer den Anforderungen des § 690 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO entsprechenden Weise hinreichend individualisiert worden ist. Der (Amtshaftungs-)Anspruch muss durch seine Kennzeichnung von anderen Ansprüchen zu unterscheiden sein und so abgegrenzt werden, dass er Grundlage eines der materiellen Rechtskraft fähigen Vollstreckungstitels sein kann und auf diese Weise dem Schuldner die Beurteilung ermöglicht, ob er sich gegen den Anspruch zur Wehr setzen will. Ob und wenn ja, wann diese Anforderungen erfüllt sind, kann nicht allgemein und abstrakt festgelegt werden; vielmehr hängen Art und Umfang der erforderlichen Angaben je nach Einzelfall von dem zwischen den Parteien bestehenden Rechtsverhältnis und der Art des Anspruchs ab.<sup>1635</sup> Voraussetzung für die verjährungshemmende Wirkung ist nicht, dass aus dem Mahnbescheid für einen außenstehenden Dritten ersichtlich ist, welche konkreten Ansprüche mit dem Mahnbescheid geltend gemacht werden, es reicht aus, dass dies für den Antragsgegner erkennbar ist.<sup>1636</sup>

Unschädlich für den Eintritt der Hemmungswirkung ist es, wenn der Anspruchsteller „kleinen“ Schadensersatz geltend macht und sodann im Laufe des weiteren Verfahrens auf den „großen“ Schadensersatz wechselt; denn dies stelle, so der BGH, nur einen Wechsel der Art der Schadensberechnung dar. Wenn der Antrag nicht auf einen abgewandelten Lebenssachverhalt gestützt werde, stelle dies keine Klageänderung dar.<sup>1637</sup>

<sup>1633</sup> BGH NVwZ 2001, 468 (469) unter Hinweis auf BGHZ 122, 317

<sup>1634</sup> BGHZ 188, 302 (317), BGH NVwZ-RR 2005, 152 (154), dort noch zu § 211 Abs. 1 BGB a. F.; OLG Brandenburg, Urt. v. 02.09.2014 - 2 U 39/13, juris Rdziff. 88

<sup>1635</sup> BGH, Beschl. v. 31.01.2014 – III ZR 84/13, juris Rdziff. 11; BGH NJW 2011, 613 (613)

<sup>1636</sup> BGH, Beschl. v. 31.01.2014 – III ZR 84/13, juris Rdziff. 11; BGH NJW 2011, 613 (613)

<sup>1637</sup> BGH NJW 2014, 3435 (3435); BGHZ 115, 286 (289)

Ein Berufen auf die durch Zustellung des Mahnbescheids eingetretene Hemmung scheidet indessen wegen Rechtsmissbrauch aus, wenn in dem Mahnantrag wissentlich und willentlich falsche Angaben gemacht worden sind, (z. B. dass die Gegenleistung bereits erbracht worden sei), um auf diese Weise eine objektiv gebotene Zurückweisung des Mahnantrags zu vermeiden.<sup>1638</sup>

---

<sup>1638</sup> OLG Bamberg, ZIP 2014, 1952 (1955) = juris Rdziff. 53; LG Nürnberg-Fürth, Urt. v. 13.08.2014 – 6 O 5204/12, juris Rdziff. 31

### 30. Kapitel: Verjährungshemmung durch Verhandlung

Schweben zwischen dem Schuldner und dem Gläubiger Verhandlungen über den Anspruch oder die den Anspruch begründenden Umstände, so ist die Verjährung gehemmt, bis der eine der andere Teil die Fortsetzung der Verhandlungen verweigert, § 203 S. 1 BGB. Die vorgenannte Regelung gilt für alle Ansprüche, deren Verjährung sich nach dem BGB richtet, mithin auch für den Amtshaftungsanspruch. Diese Regelung ist in engem Zusammenhang zur Frage der Zumutbarkeit der Erhebung einer Amtshaftungsklage, zu sehen. Eine solche Zumutbarkeit als Element der erforderlichen Kenntnis i. S. d. § 199 Abs. 1 Ziff. 2 BGB ist verneint worden, wenn für den Geschädigten die aussichtsreiche Möglichkeit bestand, durch Verhandlungen mit der Behörde eine entsprechende, die Vermögenseinbuße ausgleichende Kompensation zum Zwecke der Vermeidung eines Schadenersatzprozesses zu erlangen.<sup>1639</sup> Dabei ist der Begriff der „Verhandlung“ weit auszulegen. Von Seiten des Gläubigers muss klargestellt werden, dass er einen Anspruch geltend macht, im Übrigen genügt aber jeder Meinungs austausch über den Anspruch oder seine tatsächliche Grundlage, es sei denn, dass der Schuldner (also bei einer Amtshaftungskonstellation: die Behörde) sofort erkennbar (weitere) Verhandlungen ablehnt.<sup>1640</sup>

Der Begriff der „Verhandlungen“ setzt nicht voraus, dass von vornherein Vergleichsbereitschaft oder aber die Bereitschaft zum Entgegenkommen signalisiert wird oder gar Erfolgsaussicht besteht.<sup>1641</sup> Nach der in § 203 S. 1 BGB gegebenen Formulierung ist es auch als ausreichend anzusehen, wenn nicht der Anspruch selbst, sondern die den Anspruch begründenden Umstände den Gegenstand der Verhandlungen bilden. Mithin wird der gesamte Lebenssachverhalt der den Anspruch begründenden Umstände in seiner Gesamtheit zum Gegenstand der Verhandlungen, so lange nicht eine der beiden Parteien bestimmte einzelne Ansprüche/Umstände ausdrücklich als nicht verhandelbar erklärt.<sup>1642</sup> Im Übrigen setzen verjährungshemmende Verhandlungen nicht voraus, dass die Verhandlungen darauf auch abzielen, die zur Diskussion selbst gestellten Ansprüche zu realisieren; als ausreichend ist es von der Rechtsprechung angesehen worden, wenn sich der Anspruchsinhaber solcher Ansprüche berührt, um seine Verhandlungsposition in Bezug auf ein anderes Interesse zu stärken.<sup>1643</sup> Hingegen können Bemühungen des Steuerepflichtigen, die Finanzverwaltung zur Anerkennung seiner

---

<sup>1639</sup> BGH NJW 1990, 245

<sup>1640</sup> BGHZ 182, 76 (80); BGH NJW 2007, 587 (587); BGH NJW 2007, 65 (65) BGH NJW 2004, 1654 (1654); Palandt/Ellenberger, BGB, § 203 Rdziff. 2; Tremml/Karger/Luber Rdziff. 252

<sup>1641</sup> BGH, Beschl. v. 12.05.2011 – IX ZR 91/08, juris Rdziff. 8; BGHZ 182, 76 (80); BGH NJW-RR 2007, 1358 (1359); BGH NJW 2007, 587 (587); BGH NJW 2004, 1654 (1654)

<sup>1642</sup> Grothe in: MünchKomm BGB, § 203 Rdziff. 5; Staudinger/Peters/Jacoby, BGB, § 203 Rdziff. 7

<sup>1643</sup> OLG Saarbrücken, NJW-RR 2014, 917 (918) = juris Rdziff. 14

Unternehmereigenschaft zu bewegen, nicht als „Verhandlung“ i.S.d. § 203 S. 1 BGB über einen aus dieser Versagung folgenden Schadensersatzanspruch qualifiziert werden, wenn das (Schadensersatz-)Begehren nicht thematisiert wurde.<sup>1644</sup> Ebensovienig dürfte es für die Annahme von „Verhandlungen“ ausreichend sein, wenn die gegnerische Seite lediglich ankündigt, Ansprüche würden geprüft<sup>1645</sup> oder aber wenn – ggf. mit ausführlicher Begründung – mitgeteilt wird, eine Pflichtverletzung sei nicht zu erkennen und daher könnten die geltend gemachten Ansprüche auch nicht anerkannt werden. Auch dürfte es nicht ausreichend sein, wenn die Parteien (gerichtlich/außergerichtlich) über die Berechtigung eines Zurückbehaltungsrechts streiten.<sup>1646</sup>

Im Übrigen können „Verhandlungen“ nur der Gläubiger und der Schuldner führen. Durch Dritte geführte Verhandlungen setzen voraus, dass diese Personen (Verhandlungs-)Vollmacht für Gläubiger und/oder Schuldner vorweisen. Eine Genehmigung von Verhandlungen eines Vertreters ohne Vertretungsmacht mit verjährungsrechtlicher Rückwirkung gibt es nicht.<sup>1647</sup>

Sobald im Übrigen unter den genannten Voraussetzungen von „Verhandlungen“ i. S. d. § 203 BGB auszugehen ist, tritt eine Verjährungshemmung ein, die auf den Zeitpunkt der Anspruchsanmeldung zurück zu beziehen ist.<sup>1648</sup>

Stets setzt jedoch die Verjährungshemmung voraus, dass die Verjährung bereits überhaupt begonnen hat. Denn es kann nur etwas gehemmt sein, was überhaupt begonnen hat. In § 203 BGB ist – anders ausgedrückt – geregelt, dass der Lauf der Verjährung im Wege der Hemmung angehalten wird, so lange die Verhandlungen zwischen den Parteien noch schweben. Darunter wird zu verstehen sein, dass nur das angehalten/gehemmt werden kann, was bereits zu laufen begonnen hat.<sup>1649</sup> Das bedeutet im Umkehrschluss aber auch, dass solche Verhandlungen, die die Parteien vor Verjährungsbeginn führen, keine Auswirkung auf die Verjährung im Sinne einer Hemmung haben können.

Die Hemmung endet, wenn die Fortsetzung von weiteren Verhandlungen durch ausdrückliches/eindeutiges Verhalten eines der Verhandlungspartner abgelehnt wird; denkbar ist es aber auch, dass die Verjährungshemmung dadurch beendet wird, dass die Verhandlungen einschlafen oder verschleppt werden. Von einem solchen „Einschlafenlassen“ ist dann auszugehen, wenn der Berechtigte denjenigen Zeitpunkt versäumt, zu welchem eine Antwort auf die letzte Anfrage des Ersatzpflichtigen spätestens zu erwarten gewesen wäre, falls die Regulierungsverhandlungen mit verjährungshemmender Wirkung hätten fortgesetzt werden

<sup>1644</sup> BGHZ 189, 365 (376) = juris Rdziff. 51

<sup>1645</sup> a.A. OLG Brandenburg, Urt. v. 28.05.2013 – 2 U 13/08, juris Rdziff. 124

<sup>1646</sup> BGH, Urt. v. 07.11.2014 V ZR 309/12, juris Rdziff. 20

<sup>1647</sup> BGH MDR 2014, 1201 (1202); OLG Sachsen-Anhalt, Urt. v. 30.04.2014 - 1 U 103/13, juris Rdziff. 30

<sup>1648</sup> BGH ZIP 2014, 687 (687); BGH VersR 2008, 1669 (1671)

<sup>1649</sup> Auch so: LAG Hamm, Urt. v. 12.03.2013 – 7 Sa 1012/13, juris

sollen.<sup>1650</sup> Für den Regelfall wird von einem Ende der Verhandlungen i. S. e. „Einschlafenlassens“ auszugehen sein, wenn eine einmonatige Untätigkeit – gleich von welcher Seite – vorliegt. In einem solchen Fall läuft dann die verbleibende Verjährungsfrist weiter.

Die vorstehenden Ausführungen sind auch bei Geltendmachung öffentlich-rechtlicher Ansprüche (also auch: Amtshaftungsansprüche) gegenüber einer Behörde heranzuziehen.<sup>1651</sup>

---

<sup>1650</sup> BGH NJW 2009, 1806 (1807); BGH NJW-RR 2005, 1044 (1047); BGHZ 152, 298 (303), BGH NJW-RR 1990, 664 (665)

<sup>1651</sup> BVerwG, Beschl. v. 20.01.2014 - 2 B 6/14, juris Rdziff. 8; VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 30.09.2014 – 4 S 1918/13, juris Rdziff. 30; Palandt/Ellenberger, BGB, § 203 Rdziff. 1





## **Neunter Teil: Ausgewählte Schadenskomponenten und -konstellationen**

### **31. Kapitel: Allgemeine Grundsätze des Schadensausgleichs im Amtshaftungsrecht**

Rechtsfolge des Amtshaftungsanspruchs gem. § 839 Abs. 1 S. 1 BGB i. V. m. Art. 34 S. 1 GG ist der Ersatz des aus der Amtspflichtverletzung „entstehenden Schadens“. Ersatzberechtigt ist der „Dritte“, dem gegenüber die Amtspflicht bestanden hat. Wenngleich Art und Umfang des zu leistenden Schadensersatzes sich aus den allgemeinen Vorschriften (§§ 249 ff. BGB sowie §§ 843-846 BGB sowie § 253 Abs. 2 BGB) ergeben<sup>1652</sup>, so stellen sich doch auch und vor allem in diesem Bereich zahlreiche Fragen und Fallkonstellationen. Dies zeigt sich einmal mehr im Vergleich zu dem Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff; dieser gewährt lediglich eine „angemessene Entschädigung“ und nicht etwa vollen Schadensersatz. Insbesondere eine vereitelte Chance auf einen möglichen Gewinn zählt nicht zu den Positionen, die nach den Grundsätzen des enteignungsgleichen Eingriffs

---

<sup>1652</sup> Tremml/Karger/Luber Rdziff. 256; Stein/Itzel/Schwall Rdziff. 168 ff.; Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 238; Palandt/Sprau, BGB, § 839 Rdziff. 79

erstattet werden könnte. Der Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff vermittelt lediglich eine Entschädigung für den „Substanzverlust“, den der Anspruchsteller dadurch erlitten hat, dass er zeitweise in der baulichen Ausnutzung seines Grundstücks behindert worden ist. Zur Ermittlung des Substanzverlusts ist regelmäßig auf eine Bodenrente abzustellen.<sup>1653</sup> Für die Bemessung der Bodenrente bietet sich der Betrag an, den ein Bauwilliger für die Erlaubnis zeitlicher baulicher Nutzung gezahlt haben würde (Miet-, Pacht- oder Erbbauzins). Diese wird sich weitgehend mit einer angemessenen Verzinsung des bei endgültiger Teilenteignung für die entzogene Substanz geschuldeten Kapitals decken.<sup>1654</sup> Die Ermittlung und Berechnung des ersatzfähigen Schadens folgt indessen im Rahmen der Amtshaftung anderen Gesetzmäßigkeiten. Nachdem mit dem Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens eine Rechtsfigur im Zusammenhang mit der Schadenszurechnung, mit der Drittschadensliquidation eine mögliche alternative Rechtsfigur zur Drittbezogenheit und der Einwand mitwirkenden Verschuldens untersucht wurden, geht es in diesem Teil weniger um dogmatische Fragen/Überlegungen, sondern um praktische Überlegungen im Zusammenhang mit der Reichweite von schadenersatzfähigen Positionen bei der Amtshaftung.

#### A. Maßstab der §§ 249 ff. BGB

Die Rechtsfolge des amtshaftungsrechtlichen Schadensersatzanspruchs ist – in der Regel – Geldersatz und nicht Naturalrestitution.<sup>1655</sup> Der Ansatz, die Rechtsfolge des Amtshaftungsanspruchs auf Geldersatz zu beschränken, rechtfertigt sich durch die Überlegung, dass die Amtshaftung zunächst aus der persönlichen Haftung des Beamten abgeleitet und sodann im Wege des Art. 34 S. 1 GG auf den Staat übergeleitet worden ist. Daraus wiederum wird abgeleitet, dass § 839 BGB nur einen Anspruch auf solche Leistungen zu begründen vermag, die von dem Beamten auch persönlich erbracht werden können. Daher ist der Anspruch dann grundsätzlich auch auf Geldersatz beschränkt, weil nur solche Leistungen von dem Beamten erbracht werden können.<sup>1656</sup> Eine Naturalrestitution soll der Geschädigte mithin nicht im Wege der Amtshaftungsklage verfolgen können. Denn anderenfalls würden auf diese Weise die ordentlichen Gerichte ggf. zur Vornahme einer hoheitlichen Tätigkeit gezwungen sein, die letztlich aber in den Zuständigkeitsbereich der Verwaltungsgerichte fallen.<sup>1657</sup>

<sup>1653</sup> BGHZ 125, 258 (265); BGH NVwZ 1992, 1119 (1121); BGHZ 65, 182 (188)

<sup>1654</sup> BGH NVwZ 1992, 1119 (1121); OLG München, Urt. v. 05.08.2010 – 1 U 5400/09, juris Rdziff. 40

<sup>1655</sup> BGH NVwZ 2003, 1285 (1285); BGHZ 137, 11 (26); BGHZ 121, 367 (374); BGHZ 78, 274 (276); BGHZ 67, 92 (100); BGHZ 34, 99 (104, 105); Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 240; Tremml/Karger/Luber Rdziff. 256; Stein/Itzel/Schwall, Rdziff. 170

<sup>1656</sup> BGHZ 121, 367 (374); Stein/Itzel/Schwall Rdziff. 170; Ossenbühl/Cornils S. 111; Tremml/Karger/Luber Rdziff. 258

<sup>1657</sup> Palandt/Sprau, BGB, § 839 Rdziff. 79; Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 240; OLG Frankfurt, Beschl. v. 30.11.2011 – 1 W 54/11, juris Rdziff. 12

Da der Amtshaftungsanspruch regelmäßig auf Geldersatz gerichtet ist, kann mit ihm weder der Anlass noch die Aufhebung oder Änderung eines VA begehrt werden; auch die Vornahme einer schlicht-hoheitlichen Amtshandlung kann nicht Gegenstand eines Amtshaftungsanspruchs sein. Dies wiederum hat letztlich zur richterrechtlichen Ausbildung eines eigenständigen Wiederherstellungsanspruchs bei rechtswidriger Ausübung öffentlicher Gewalt, nämlich des Folgenbeseitigungsanspruchs, geführt.<sup>1658</sup>

Freilich ist zu vergegenwärtigen, dass die Naturalrestitution dann nicht verlangt werden kann, wenn hierfür ein hoheitliches Handeln erforderlich wäre. Ist z. B. für die Wiedererrichtung einer rechtswidrigerweise abgerissenen Scheune weder ein Hoheitsakt noch ein hoheitliches Handeln erforderlich, so ist auch eine Naturalrestitution denkbar.<sup>1659</sup>

Ein Begehren, bestimmte Aktenteile aus einer Ermittlungsakte zu löschen oder zu vernichten, ist auf den Erlass eines Justiz-VA i. S. d. § 23 Abs. 2 i. V. m. Abs. 1 EGGVG gerichtet. Denn dabei geht es um die Verpflichtung zum Erlass eines bisher unterlassenen VA, der von den Justizbehörden zur Regelung einer einzelnen Angelegenheit auf dem Gebiet der Strafrechtspflege getroffen werden soll. Gemäß § 25 Abs. 1 EGGVG ist der zuständige Strafsenat des Oberlandesgerichts zuständig. Denn ein solcher Antrag betrifft eine Angelegenheit der Strafrechtspflege.

Wenn ein Amtshaftungskläger - durch die Fallkonstellation bedingt - keinen alleinigen unbeschränkten Zahlungsanspruch im Klageantrag formuliert, sondern den Klageantrag mit einem Zug-um-Zug-Vorbehalt versieht, ist dies nach Auffassung des BGH nicht zu beanstanden, da es in einem solchen nicht um die Geltendmachung eines auf demselben rechtlichen Verhältnis beruhenden völligen Gegenanspruchs (durch die Beklagtenseite) gehe; vielmehr sei Grundlage des in Rede stehenden Zug-um-Zug-Vorbehaltes das dem allgemeinen Schadensersatzrecht innewohnende Prinzip der Vorteilsausgleichung, welches bewirke, dass die Schadensersatzpflicht des Beklagten nur gegen Herausgabe derjenigen Vorteile erfüllt zu werden brauche, die mit dem schädigen Ereignis in adäquatem Zusammenhang stünde. Der Schadensersatzanspruch sei von vornherein nur mit der Einschränkung begründet, dass gleichzeitig diejenigen Vorteile herausgegeben würden. Dazu bedürfe es keines besonderen Antrags oder einer Einrede des Schuldners. Dieses Schadensersatzbegehren verstoße nicht gegen die Besonderheit des Amtshaftungsanspruchs, die darin bestünde, dass er – abweichend vom Grundsatz der Naturalrestitution – in der Regel auf Geldersatz, allenfalls auf Wertersatz ausgelegt sei.<sup>1660</sup>

---

<sup>1658</sup> OLG Frankfurt, Beschl. v. 30.11.2011 - 1 W 54/11, juris Rdziff. 12 a. E.; Papier in: MünchKomm BGB, § 839, Rdziff. 19, 295

<sup>1659</sup> OLG Hamm, Urt. v. 03.09.2014 - 11 U 123/13, juris Rdziff. 35 unter Hinweis auf BGH NJW-RR 2003, 1004 sowie Tremml/Karger/Luber Rdziff. 258

<sup>1660</sup> BGH NJW-RR 2005, 170 (171); BGH NVwZ 2003, 1285 (1285)

*I. Differenzhypothese und negatives Interesse*

Ausgangspunkt für die Frage nach dem Umfang des verursachten und somit zu ersetzenden Schadens ist die sog. Differenzhypothese. Das heißt, dass der Schaden als Differenz zwischen zwei sog. Güterlagen definiert wird; der tatsächlich durch das Schadensereignis geschaffene Zustand wird mit dem Zustand verglichen, der unter Ausschaltung dieses Ereignisses hypothetisch bestehen würde.<sup>1661</sup> Mithin wird die durch die Amtspflichtverletzung geschaffene Vermögenslage mit derjenigen Vermögenslage verglichen, die vorhanden wäre, wenn sich der Amtsträger pflichtgemäß verhalten hätte, wenn also die Pflichtverletzung nicht begangen worden wäre.<sup>1662</sup> Der Ersatz ist dabei auf das sog. negative Interesse, d. h. den Ersatz des Vertrauensschadens ausgerichtet. Der „Dritte“ als Inhaber des Amtshaftungsanspruchs ist so zu stellen, wie er stehen würde, wenn er nicht – zulässigerweise – auf die Amtsrechtmäßigkeit der Amtshandlung (Auskunft, VA) vertraut hätte; an dieser Stelle wird eine differenzierende Betrachtung angezeigt sein:

Bei rechtswidriger Ablehnung einer Baugenehmigung ist der Geschädigte so zu stellen, als ob die Genehmigung rechtzeitig/ordnungsgemäß erteilt worden wäre. Ist die Baugenehmigung rechtswidrigerweise erteilt worden, kann hingegen der Geschädigte lediglich die Herstellung derjenigen Vermögenslage geltend machen, die bestehen würde, wenn die Genehmigung nicht erteilt worden wäre, in der Regel sind dies die im Vertrauen auf die scheinbar wirksam erteilte Verlässlichkeitsgrundlage getätigten, gleichwohl fehlgeschlagenen Aufwendungen, nicht hingegen der entgangene Gewinn.<sup>1663</sup>

Eine differenzierende Betrachtungsweise ist ggf. auch bei der Amtshaftung für behördliche Falschankünfte angezeigt. Dies gilt insbesondere dann, wenn sich der Auskunftsempfänger bei seiner Entscheidung von Erwägungen hat leiten lassen, für die die erteilten (fehlerhaften und kausalen) Ankünfte letztlich nicht von allein ausschlaggebender Bedeutung waren. Unter diesen Umständen ist eine Begrenzung des Schadensersatzanspruchs angezeigt:

Üblicherweise kann der Geschädigte bei einer fehlerhaften behördlichen Auskunft denjenigen Schaden ersetzt verlangen, der ihm dadurch entstanden ist, dass er auf die Richtigkeit der Auskunft vertraut und mit Rücksicht darauf Entscheidungen getroffen hat, die ihn sodann in seinen Vermögensinteressen berühren. Ist hingegen die die Vermögensinteressen berührende Entscheidung des Auskunftsempfängers nicht monokausal auf die Auskunft zurückzuführen, kann der Schadensersatzanspruch auf den Betrag begrenzt sein, auf den der Auskunftsempfänger nach den erteilten Ankünften vertrauen durfte. Mit anderen Worten begrenzt

---

<sup>1661</sup> Palandt/Sprau, BGB, Vorb. v. § 249 Rdziff. 10

<sup>1662</sup> Tremml/Karger/Luber Rdziff. 256; Stein/Itzel/Schwall Rdziff. 168; Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 243

<sup>1663</sup> Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 243

das positive Interesse den Schadensersatzanspruch unter Schutzzweckgesichtspunkten.<sup>1664</sup>

Geht es, wie der Fall des OLG Hamm in Bezug auf den rechtswidrigen Scheunenabriss<sup>1665</sup> zeigt, ausnahmsweise um eine Naturalrestitution, hat eine vergleichende Gegenüberstellung zu erfolgen. Denn der aus § 251 Abs. 2 BGB resultierende Grundgedanke ist auch im Rahmen des § 249 Abs. 2 BGB zu berücksichtigen. D. h., dass der für die Restitution erforderliche Aufwand dem Verkehrswert der herzustellenden Sache gegenübergestellt werden muss; wenn die Neuerrichtungskosten (für eine rechtswidrig abgerissene historische Scheune) mehr als 20-fach oberhalb des Wertverlustes des Gesamtgrundstücks aufgrund des Scheunenabrisses liegen, so erweist sich das Neuerrichtungsverlangen (Naturalrestitution als unwirtschaftlich/verhältnismäßig.<sup>1666</sup> In einem solchen Fall ist der Schadensersatzanspruch auf den Ausgleich der Wertminderung (Grundstückswert bei vorhandener Scheune abzüglich Grundstückswert ohne Scheune) beschränkt.

## II. Ersatzfähige Schadenspositionen

Als ersatzfähig sind in der Rechtsprechung folgende Schadenspositionen anerkannt worden<sup>1667</sup>:

- fehlgeschlagene Aufwendungen
- entgangener Gewinn
- Verdienstaufschlag
- Erwerbsschaden
- Aufwendungen für erfolglose Vorprozesse
- Aufwendungen für Gegendarstellungen/-erklärungen
- Schmerzensgeld bei schwerwiegenden Persönlichkeitsrechtsbeeinträchtigungen.

Wenn ein Insolvenzgericht (schuldhaft amtspflichtwidrig) der Entnahme eines Vorschusses (auf die Insolvenzverwaltervergütung) aus der Masse nicht zustimmt, stellt der nicht bewilligte Vorschuss keinen Schaden im Rechtssinn dar; vielmehr ist für die Schadensberechnung auf den Verzögerungsschaden (z. B. Zinsen zur Finanzierung von Vorhaltekosten) abzustellen.<sup>1668</sup>

---

<sup>1664</sup> BGHZ 155, 354 (362); BGHZ 116, 209 (213); LG Karlsruhe, VersR 1996, 607 (608); Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 243

<sup>1665</sup> OLG Hamm, Urt. v. 03.09.2014 – 11 U 123/13

<sup>1666</sup> OLG Hamm a. a. O.

<sup>1667</sup> vgl. dazu im Einzelnen u. S. 483 ff.

<sup>1668</sup> BGH ZIP 2014, 2299 (2300) = juris Rdziff. 10, 14

### III. Hilfs- und Nebenansprüche auf Auskunftserteilung und Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung

Ein Geschädigter hat unter bestimmten Voraussetzungen gegen den (auch aus unerlaubter Handlung haftenden) Ersatzpflichtigen einen Anspruch auf Auskunftserteilung, um eine Schadensersatzklage vorzubereiten.<sup>1669</sup> Dieser von der Rechtsprechung geschaffene Grundsatz gilt auch für den Bereich der Amtshaftung; dies bedeutet auch keine Kollision mit der bereits eingangs dargestellten Überlegung, dass die Amtshaftung Naturalrestitution gewährt. Die Auskunftserteilung sowie die Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung stellen zwar ein amtliches Handeln dar, dieses dient freilich allein dazu, dem Amtshaftungskläger die Verwirklichung von Amtshaftungsansprüchen zu ermöglichen und ist diesem Zweck untergeordnet. Diese Nebenansprüche bilden lediglich einen Annex eines Schadensersatzanspruchs und folgen daher auch in der Rechtswegfrage denselben Regeln wie denen des Schadensersatzanspruchs.<sup>1670</sup>

#### B. Der maßgebliche Zeitpunkt der Schadensfeststellung

Maßgeblicher Zeitpunkt für die Feststellung, ob ein Schaden entstanden ist und, wenn ja, wie hoch dieser Schaden zu bemessen ist, ist der jeweilige Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der jeweiligen Instanz.<sup>1671</sup> Bedeutung erlangt dieser Zeitpunkt insbesondere in denjenigen Fällen, in denen (nachträglich) eine Heilung des die Pflichtverletzung begründenden Fehlers eintritt (z. B. die nachträgliche Heilung von Satzungsängeln). Wird also der Amtshaftungsanspruch darauf gestützt, dass die Amtspflichtverletzung im Erlass eines auf einer unwirksamen gemeindlichen Satzung beruhenden Gebührenbescheides bestehe, so ist im Amtshaftungsprozess zu berücksichtigen, dass der Mangel der angewandten Rechtsgrundlage nachträglich durch Erlass einer wirksamen Satzung behoben worden ist.<sup>1672</sup> Neu hinzutretende Umstände tatsächlicher oder rechtlicher Natur sind mithin bei der Schadensbeurteilung auf der Grundlage der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung zu beurteilen, und zwar bis hin zu der Konsequenz, dass der Schaden in einem Fall der „Heilung“ vollständig in Wegfall geraten kann. Prozessual bliebe in einem solchen Fall der nachträglichen Heilung dem Amtshaftungskläger lediglich die Möglichkeit, den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung entgegenzuhalten.<sup>1673</sup>

Der Zeitpunkt für eine Schadensfeststellung wirkt sich aber auch noch in einem anderen – prozessualen – Sinn aus. Obschon eine Feststellungsklage gegenüber einer Leistungsklage subsidiär ist, so ist sie doch dann als zulässig erachtet

<sup>1669</sup> BGHZ 78, 274 (276); BGH NJW 1976, 193 (194); BGH NJW 1962, 731 (731)

<sup>1670</sup> BGHZ 78, 274 (277)

<sup>1671</sup> BGHZ 127, 223 (228); BGHZ 109, 380 (391); BGHZ 7, 96 (103); Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 245; Tremml/Karger/Luber Rdziff. 260; Palandt/Sprau, BGB, § 839 Rdziff. 80

<sup>1672</sup> BGHZ 127, 223 (227)

<sup>1673</sup> Tremml/Karger/Luber Rdziff. 592

worden, wenn diese Klageart zu einer sinnvollen und sachgemäßen Erledigung der aufgetretenen Streitpunkte führt und damit den Gedanken der Prozessökonomie Rechnung trägt. In aller Regel wird dies anzunehmen sein, wenn es sich bei der beklagten Partei um eine öffentlich-rechtliche Körperschaft handelt, von der zu erwarten ist, dass sie sich einem feststellenden Tenor unterwerfen wird.<sup>1674</sup> Prozessual setzt die Feststellungsklage i. S. d. § 256 ZPO voraus, dass ein (besonderes) Feststellungsinteresse zu bejahen ist; dies ist der Fall, wenn die Schadensentwicklung noch nicht als abgeschlossen angesehen werden kann. Wenn jedoch zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung die Schadensentwicklung als abgeschlossen angesehen werden muss, bedeutet dies zwangsläufig auch, dass ein Feststellungsinteresse, welches bis zum Schluss der letzten mündlichen Verhandlung gem. §§ 136 Abs. 4, 296 a ZPO vorliegen muss, nicht mehr bejaht werden kann; wenn der Kläger auf den während des Prozessverlaufs eintretenden Wegfall des Feststellungsinteresses nicht sachgemäß reagiert, führt dies zur Abweisung der Amtshaftungs(-feststellungs-)klage. Der Kläger kann eine entsprechende kostenpflichtige Klageabweisung dadurch vermeiden, dass er – bei Wegfall des zunächst vorhandenen rechtlichen Interesses – die Hauptsache i. S. d. § 91 a ZPO für erledigt erklärt oder aber seinen Klageantrag von einem Feststellungs- auf einen Leistungs(-zahlungs-)antrag umstellt; geht der Kläger von der positiven Feststellungsklage zu einer deckungsgleichen Leistungsklage über, ohne die Feststellungsklage weiterzuverfolgen, handelt es sich um eine ohne Weiteres zulässige Klageerweiterung gem. § 264 Ziff. 2 ZPO; es ist dann nur noch über die Leistungsklage zu entscheiden, für eine Erledigungserklärung ist kein Raum.<sup>1675</sup>

### C. Vorteilsausgleichung

Der Grundsatz der Vorteilsausgleichung gilt für das allgemeine Schadensrecht, mithin auch für den Bereich der Amtshaftung.<sup>1676</sup> Die für den Bereich des Schadensersatzrechts entwickelten Grundsätze der Vorteilsausgleichung beinhalten, dass dem Geschädigten in gewissem Umfang auch diejenigen Vorteile zugerechnet werden müssen, die ihm – in adäquatem Zusammenhang – mit dem Schadensereignis zufließen. Es soll ein gerechter Ausgleich zwischen dem bei einem Schadensfall widerstreitenden Interessen herbeigeführt werden, wobei die Vorteilsanrechnung dem Zweck des Schadensersatzes entsprechen muss und weder den Geschädigten unzumutbar belasten noch den Schädiger unbillig entlasten darf. Das wiederum bedeutet, dass die Vor- und Nachteile bei wertender Betrachtung gleichsam zu einer Rechnungseinheit verbunden werden müssen.<sup>1677</sup> Die Vorteilsausgleichung bewirkt letztlich, dass die Schadensersatzpflicht nur gegen Heraus-

---

<sup>1674</sup> BGH NJW 2003, 3488 (3488), insoweit nicht abgedruckt in BGHZ 155, 279

<sup>1675</sup> BGH NJW-RR 2002, 283 (284); BGH NJW 1992, 2296 (2297); BGH NJW 1985, 1784 (1784)

<sup>1676</sup> Palandt/Sprau, BGB, § 839 Rdziff. 79; Tremml/Karger/Luber Rdziff. 259

<sup>1677</sup> BGH NJW-RR 2009, 601 (603); BGH NJW 2008, 2773 (2774); BGH NJW 2007, 3130 (3132)

gabe/Verrechnung derjenigen Vorteile erfüllt zu werden braucht, die mit dem schädigenden Ereignis im adäquaten Zusammenhang stehen. Damit ist der Schadensersatzanspruch von vornherein nur mit der Einschränkung begründet, dass eben gleichzeitig die Vorteile herauszugeben sind. Dies kann sich auf folgende Art und Weise auswirken:

- Die Amtspflicht des Versteigerungsgerichts zur Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften im Zwangsversteigerungsverfahren schützt auch den Vollstreckungsgläubiger; der Schutzzweck dieser Amtspflicht umfasst auch den Verlust, der dadurch eintritt, dass der Zuschlagsbeschluss wegen eines Zustellungsfehlers wieder aufgehoben wird und in einem nachfolgenden Versteigerungstermin ein geringerer Erlös erzielt wird.<sup>1678</sup> Daher entspricht es dem Gedanken der Vorteilsausgleichung, dass sich der Amtshaftungskläger in einem solchen Fall den ihm zugeflossenen Vorteil auf die später erfolgte Realisierung eines Gewinns im Zusammenhang mit der Veräußerung der von ihm ersteigerten Grundstücke anrechnen lassen muss.
- Wird durch rechtswidrige faktische Bausperre die beabsichtigte Veräußerung des Grundstücks verzögert, dann muss der Eigentümer sich auf die ihm zustehende Entschädigung (Bodenrente) im Wege der Vorteilsausgleichung die Wertsteigerung des Grundstücks anrechnen lassen, die er durch die Verzögerung erlangt.<sup>1679</sup>
- Im Rahmen der Beratung über die Möglichkeit, Altersrente zu beziehen, ist der Rentenberater vor dem Hintergrund des § 14 SGB I verpflichtet, den Versicherten auch darüber zu unterrichten, dass und warum ggf. die Voraussetzungen für die Gewährung einer Altersrente wegen Arbeitslosigkeit oder nach Altersteilzeitarbeit gem. § 237 SGB VI derzeit nicht erfüllt sind. Insbesondere muss der Berater den Versicherten eindeutig und unmissverständlich darüber unterrichten, ob und wie dieser die Anspruchsvoraussetzungen bis zum maßgeblichen Rentenalter noch herbeiführen kann. Von dem auf diese Weise ermittelten Schaden in Gestalt des entgangenen Rentenbetrages sind im Wege der Vorteilsausgleichung diejenigen Beträge in Abzug zu bringen, die der Geschädigte hätte aufwenden müssen, um die Anspruchsvoraussetzungen für einen Rentenbezug zu erfüllen.<sup>1680</sup>

---

<sup>1678</sup> BGH NJW-RR 2009, 601

<sup>1679</sup> BGH NJW 1989, 2117

<sup>1680</sup> OLG München, Urt. v. 04.08.2011 – 1 U 5070/10, juris 54



- Hat die Amtspflichtverletzung im Wege der Teilnahme am Straßenverkehr stattgefunden, sind die besonderen Gegebenheiten des Versicherungsrechts zu berücksichtigen. Allerdings besteht aufseiten des Geschädigten weder eine Obliegenheit noch eine Pflicht, seine Vollkaskoversicherung zum Zwecke der Entlastung des Schädigers einzusetzen. Sinn und Zweck der Kaskoversicherung ist nicht etwa die Herbeiführung einer Entlastung aufseiten des Schädigers. Vielmehr erkaufte sich der Versicherungsnehmer einer Vollkaskoversicherung Versicherungsschutz für die Fälle, in denen ihm ein nicht durch andere zu ersetzender Schaden verbleibt. Versicherungsleistungen an den Geschädigten entlasten mithin den Schädiger nicht.<sup>1681</sup>

Regelmäßig wird sich der Schädiger auf den Aspekt der Vorteilsausgleichung berufen. Da es sich um einen für ihn günstigen Umstand, und zwar die Schadensverringerung, handelt, hat auch er die tatsächlichen Umstände, aus denen sich eine solche Vorteilsausgleichung ergeben könnte, darzulegen und – soweit streitig – zu beweisen.

#### D. Mitverschulden/Drittschadensliquidation

Soweit es den Aspekt der Drittschadensliquidation bzw. den Einwand mitwirkenden Verschuldens anbelangt, wird auf die ausführlichen obigen Anmerkungen verwiesen.<sup>1682</sup>

---

<sup>1681</sup> OLG Dresden, Urt. v. 04.05.2012 – 1 U 1797/11, juris Rdziff. 22; OLG Düsseldorf NJW-RR 2012, 30 (32); OLG Düsseldorf, Urt. v. 15.10.2007 – 1 U 52/07, juris Rdziff. 20; a. A. OLG Naumburg, Urt. v. 19.02.2004 - 4 U 146/03, juris Rdziff. 49

<sup>1682</sup> s. o. S. 176 ff. bzw. S. 246 ff.

## 32. Kapitel: Zur Darlegungs-/Beweislast und Beweismaß beim Schaden

Der Amtshaftungskläger ist nicht nur für das Bestehen einer Amtspflichtverletzung darlegungs- und beweisbelastet, sondern auch dafür, dass ihm aus dieser Amtspflichtverletzung heraus ein Schaden entstanden ist; des Weiteren ist er für Umfang und Höhe seines Schadens darlegungs- und beweispflichtig.<sup>1683</sup> Darlegungs- und Beweiserleichterungen kommen dem Geschädigten zugute, wenn die Amtspflichtverletzung und der – zeitlich nachfolgende – Schadenseintritt feststehen; in einem solchen Fall kann – sofern dafür nach der Lebenserfahrung eine tatsächliche Vermutung oder Wahrscheinlichkeit besteht – der öffentlichen Körperschaft der Nachweis überlassen bleiben, dass der Schaden nicht auf die Amtspflichtverletzung zurückzuführen ist. Dem Geschädigten kommen darüber hinaus die Beweiserleichterungen des § 287 ZPO zugute, wobei diese Norm nicht nur Einfluss auf das Beweismaß und die Beweislast hat; vielmehr werden durch § 287 ZPO auch die Anforderungen an die Darlegungslast des Amtshaftungsklägers verringert.<sup>1684</sup>

### A. Reduzierung der Darlegungslast des Geschädigten durch § 287 ZPO

Sollte es dem Amtshaftungskläger gelingen, im Amtshaftungsprozess den Haftungsgrund und den Eintritt eines Schadens schlüssig darzustellen, so darf nach Maßgabe der Rechtsprechung des BGH von der Zubilligung eines Ersatzes grundsätzlich nicht schon deshalb abgesehen werden, weil es an ausreichenden Anhaltspunkten für eine Schätzung des gesamten Schadens gem. § 287 ZPO fehlt. Durch das Gericht ist in jedem Fall zu prüfen, in welchem Umfang der klägerische Sachvortrag eine hinreichende Grundlage für die Schätzung zumindest eines in jedem Fall eingetretenen Mindestschadens bietet.<sup>1685</sup> Eine völlig abstrakte Schadensberechnung, losgelöst von den tatsächlichen Gegebenheiten des zu entscheidenden Falls, verlässt daher den Boden des § 287 ZPO. Wenn mithin das Ergebnis der Schätzung mangels konkreter, d. h. greifbarer und auf den jeweiligen Fall bezogener Anhaltspunkte völlig in der Luft hängen würde, scheidet eine Schätzung gem. § 287 ZPO aus.<sup>1686</sup>

<sup>1683</sup> BGHZ 129, 226 (234); Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 228; Tremml/Karger/Luber Rdziff. 634, 648; Stein/Itzel/Schwall Rdziff. 279

<sup>1684</sup> BGHZ 129, 226 (234); BGH WM 1995, 64 (66); BGH NJW 1989, 2945 (2946); BGH NJW 1986, 2829 (2831); Tremml/Karger/Luber Rdziff. 649; Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 229

<sup>1685</sup> BVerfG, Beschl. v. 16.02.2012 - 1 BvR 1118/10, juris Rdziff. 8; BGH NJW 2010, 1532 (1533)

<sup>1686</sup> BGH NJW 1994, 663 (664); BGH NJW-RR 1992, 202 (203); BGH NJW-RR 1988, 410 (410); BGH NJW-RR 1987, 797 (797); BGHZ 54, 45 (55); OLG Celle, Urt. v. 23.06.2011 - 16 U 130/10, juris Rdziff. 80

Zur Ermittlung eines evtl. entgangenen Gewinns gehört die komplette Darstellung der Vermögenslage mit und ohne das schädigende Ereignis. Denn der entgangene Gewinn kann nur in der Differenz der Vermögenslage gesehen werden. Der Sachvortrag des Klägers muss diesen Gegebenheiten entsprechen. Das wiederum bedeutet, dass der Kläger (Geschädigte) überprüfbares und belastbares Zahlenmaterial zu den durchschnittlichen Gewinnen aus selbständiger Tätigkeit vor dem schadensstiftenden Ereignis vorzulegen hat. Dies geschieht in aller Regel durch Hereingabe von Steuerbescheiden, Bilanzen oder von Einnahme-Überschuss-Berechnungen (§ 4 Abs. 3 EStG). Die Berechnung eines entgangenen Gewinns anhand abstrakter oder durchschnittlicher Zahlen von vergleichbaren Selbständigen, ohne dass der Kläger (Geschädigte) seine eigenen Zahlen offenlegt, scheidet aus.

Wenn ein Amtshaftungskläger Schadensersatz in Gestalt des entgangenen Gewinns im Zusammenhang mit der Durchsuchung seiner Geschäftsräume begehrt, wird ihm unter Umständen auch die Vorlage der Gewinnermittlungen bzw. der Jahresabschlüsse und eine Darstellung der Umsatzentwicklungen und des sog. cashflow<sup>1687</sup> nicht vor der Gefahr unsubstantiierten Sachvortrags bewahren können. Denn die Anknüpfung an den cashflow sagt für die Frage des entgangenen Gewinns zunächst einmal nichts aus. Die Verweise auf Gewinn- und Ertragsaufstellungen bzw. Jahresabschlüsse helfen auch dann nicht weiter, wenn die Behauptung des Klägers, infolge der – amtspflichtwidrigen – Hausdurchsuchung sei sein Gewinn zurückgegangen und er habe das Geschäft aufgeben müssen, in Ansehung der von ihm vorgelegten Unterlagen nicht nachvollziehbar erscheint.<sup>1688</sup> Das heißt, dass die von dem Amtshaftungskläger durch geeigneten Sachvortrag zu erbringenden greifbaren Anknüpfungstatsachen durchaus kompatibel zu den vom Kläger vorzulegenden Unterlagen sein müssen.

Der Geschädigte wird auch in den Blick zu nehmen haben, dass die Anforderungen an seinen Sachvortrag den jeweiligen Besonderheiten der entsprechenden Fachdisziplin/des Rechtsgebiets Rechnung tragen muss. Knüpft z. B. die Amtspflichtverletzung und der darauf aufbauende Schaden an eine rechtswidrigerweise nicht erteilte Genehmigung für eine baurechtliche Nutzungsänderung an, so gehört es zu der Frage, ob die klägerseitig dargestellten Gewinnerwartungen auch berechtigt waren, darzustellen, dass die – behördlicherseits verweigerte – Nutzungsänderung baurechtlich auch genehmigungsfähig war.<sup>1689</sup> Ebenso gehört es zu dem notwendigen Bestandteil klägerischen Sachvortrags im Zusammenhang

---

<sup>1687</sup> Cashflow ist eine wirtschaftliche Messgröße, die den aus der Geschäftstätigkeit erzielten Nettozufluss liquider Mittel während einer Periode darstellt; sie ermöglicht eine Beurteilung der finanziellen Gesundheit eines Unternehmens und liefert eine Aussage dazu, inwiefern ein Unternehmen im Rahmen des Umsatzprozesses die erforderlichen Mittel für die Substanzerhaltung des in der Bilanz abgebildeten Vermögens und für Erweiterungsinvestitionen selbst erwirtschaften kann, vgl. [wikipedia.org/wiki/cashflow](http://wikipedia.org/wiki/cashflow).

<sup>1688</sup> OLG Hamm, Urt. v. 08.03.2013 - 11 U 71/11, juris Rdziff. 44

<sup>1689</sup> BGH, Urt. v. 07.02.1991 - III ZR 25/90, juris Rdziff. 12

amtspflichtwidrigen Entscheidungen bei Vor- und/oder Zwischenprüfungen, dass der geschädigte Kläger vorbringt, er sei von vornherein auch in der Lage, die berufliche Endqualifikation, für die die in Rede stehende Vorprüfung nur ein notwendiges Zwischenstadium darstellt, zu erreichen.<sup>1690</sup> Im Zusammenhang mit der nachteiligen Wirkung eines nicht erteilten Bauvorbescheides auf den erzielbaren Marktpreis einer sechs Jahre später verkauften Gewerbeimmobilie wird der Amtshaftungskläger zu vergegenwärtigen haben, dass der Verkehrswert einer Gewerbeimmobilie erheblichen Schwankungen unterliegen kann; daher ist er in besonderem Maße aufgerufen, durch entsprechenden Sachvortrag die nachteilige Wirkung eines im Jahr 1998/1999 nicht erteilten Bauvorbescheides auf eine Nutzungsänderung im Jahr 2005 auf den erzielbaren Marktpreis eines Grundstücks darzustellen, zumal wenn der Vorbescheid im Jahr 1998/1999 für den Verkehrswert einer Immobilie irrelevant war.<sup>1691</sup> Im Bereich des Immissionsschutzrechts wird der Amtshaftungskläger zu berücksichtigen haben, dass die nach dem BImSchG genehmigte jährliche Brecherleistung (Schutt, Abbruchmaterial etc.) sich nicht auf das jeweilige laufende Kalenderjahr bezieht, sondern gem. § 31 Abs. 1 VwVfG i. V. m. §§ 187 - 193 BGB auf einen Zeitraum von 365 Tagen ab dem Zeitpunkt der Erteilung der Genehmigung bezieht. Darauf hat sich natürlich auch die Berechnung des entgangenen Gewinns zu beziehen. Richtet sich der Anlagebetreiber/Geschädigte bei der Berechnung des entgangenen Gewinns nach dem Kalenderjahr aus, begründet dies ggf. keinen Schadensersatzanspruch.<sup>1692</sup>

## B. Reduzierung des Beweismaßes durch § 287 ZPO

### I. Grundsatz

Ausgangspunkt für Überlegungen zum Beweismaß ist der in § 286 ZPO normierte Grundsatz der freien Beweiswürdigung, wonach das Gericht unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Überzeugung zu entscheiden hat, ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei. Geht es um Parteivortrag im Hinblick auf den Haftungsgrund, ist von diesem Prinzip des Vollbeweises auszugehen. Allerdings genügt eine Partei der ihr obliegenden Darlegungs- und Beweislast bereits dadurch, dass sie auch Tatsachen vorträgt, die i. V. m. einem Rechtssatz geeignet sind, das geltend gemachte Recht als entstanden erscheinen zu lassen; hat die Partei keinen Einblick in die Geschehensabläufe und ist ihr die Beweisführung deshalb erschwert, kann sie auch nur vermutete Tatsachen unter Beweis stellen. Zu einem unzulässigen Ausforschungsbeweis wird ihr Beweisantrag unter solchen Umständen erst dann, wenn die Partei ohne greifbare Anhalts-

---

<sup>1690</sup> BGHZ 139, 200 (209)

<sup>1691</sup> OLG München, Urt. v. 05.08.2010 - 1 U 5400/09, juris Rdziff. 46, 48

<sup>1692</sup> OLG Koblenz, OLG-Report 2009, 856

punkte für das Vorliegen eines bestimmten Sachverhalts willkürlich und rechtsmissbräuchlich Behauptungen „aufs Geradewohl“ oder „ins Blaue hinein“ aufstellt.<sup>1693</sup> Von der vorgenannten Vorschrift des § 286 ZPO stellt die Regelung in § 287 ZPO eine Ausnahme dar.

### 1. Systematik und Normzweck

§ 287 ZPO stellt eine Ausnahmegesetzgebung zu § 286 ZPO dar und darf allein schon deswegen nicht zu weit ausgelegt werden, da anderenfalls die Norm des § 286 ZPO ausgehöhlt würde.

Der in § 287 Abs. 1 ZPO verankerte Grundsatz der freien Überzeugungsbildung hat den Zweck, auch aus Gründen der Prozesswirtschaftlichkeit unbillige Ergebnisse zu vermeiden, dies vor allem dann, wenn sich die exakte Höhe des – nachweisbar eingetretenen – Schadens nicht (mehr) ermitteln lässt. Im Umkehrschluss bedeutet es jedoch auch, dass, wenn eine exakte Berechnungsmöglichkeit zur Verfügung steht, die Anwendung von § 287 ZPO ausscheidet.

### 2. Erleichterungswirkung

§ 287 ZPO erleichtert im gewissen Rahmen die Darlegungs- und auch Beweislast auf Seiten des Geschädigten; das Gericht soll die Schadenshöhe schätzen können, wobei in Kauf genommen wird, dass das Ergebnis unter Umständen mit der Wirklichkeit nicht exakt übereinstimmen könnte.<sup>1694</sup> Hier schließt sich der Kreis zu dem Umstand, dass die Regelung in § 287 ZPO auch Auswirkungen auf die Darlegungslast des Geschädigten hat. Selbst wenn der Sachvortrag des Geschädigten zu den Umständen, die seine Vorstellungen zur Schadenshöhe rechtfertigen sollten, Lücken bzw. Unklarheiten enthält, ist es dem Tatrichter versagt, dem Geschädigten jedweden Ersatz zu versagen; vielmehr muss der Richter nach pflichtgemäßem Ermessen beurteilen, ob nicht wenigstens die Schätzung eines Mindestschadens möglich ist. Davon darf er erst dann gänzlich Abstand nehmen, wenn eine Schätzung mangels jeglicher konkreter Anhaltspunkte unmöglich wäre und willkürlich erscheinen könnte.<sup>1695</sup>

Mit anderen Worten öffnet die Beweiserleichterungsregel des § 287 Abs. 1 ZPO dem Tatrichter die Tür dafür, dass er sich mit einer deutlich überwiegenden Wahrscheinlichkeit begnügen darf, soweit es um den Eintritt des Schadens und seine Höhe geht.<sup>1696</sup>

---

<sup>1693</sup> BGH BGH-Report 2003, 891 (892); BGH NJW-RR 2002, 1433 (1435); BGH NJW-RR 2002, 1419 (1420); BGH NJW 2000, 2812 (2813)

<sup>1694</sup> BGH NJW 2013, 525 (527); Zöller/Greger, ZPO, § 287 Rdziff. 2

<sup>1695</sup> BGH NJW 2010, 3434 (3436)

<sup>1696</sup> BGH NJW-RR 1996, 781; BGH WM 1992, 1155 (1156)

## II. Ermessensregel bei Schadensermittlung und -entstehung

Der Wortlaut des § 287 Abs. 1 S. 1 ZPO zeigt, dass – neben der Ermittlung der Schadenshöhe – auch die Schadensentstehung erfasst ist; daraus wiederum leitet die Rechtsprechung ab, dass die Beweiserleichterungsregel des § 287 ZPO sich auch auf den ursächlichen Zusammenhang zwischen dem konkreten anspruchsbegründenden Ereignis und der Schadensfolge bezieht. Geht es hingegen um den eigentlichen Haftungsgrund, ist vom Vollbeweiserfordernis des § 286 ZPO auszugehen. Im Rahmen der Amtshaftung bedeutet dies:

§ 287 ZPO ist maßgeblich für die Frage der haftungsausfüllenden Kausalität; diese ist dann zu bejahen, wenn die vorgetragenen Tatsachen (Behauptungen) nach freier Überzeugung mit einer deutlich überwiegenderen Wahrscheinlichkeit für das Vorliegen der Kausalität sprechen.<sup>1697</sup> Wenn die von der Rechtsprechung geforderten greifbaren bzw. konkreten Anknüpfungstatsachen für die Entstehung des Schadens vorliegen, so wird in der Regel der Tatrichter im Wege des § 287 ZPO nicht nur die Schadensentstehung, sondern auch die Schadenshöhe schätzweise ermitteln; eine messerscharfe Abgrenzung wird nicht möglich sein.

## III. Ermessensregel bei der Schadensschätzung

Es steht im pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts, ob und in welchem Umfang es Beweis in Bezug auf den Schaden erheben will; dies ergibt sich aus § 287 Abs. 1 S. 2 ZPO. Dabei ist das Gericht an irgendeine Beweisanträge nicht gebunden. Gleichwohl darf natürlich der Tatrichter die Grenzen willkürlichen Handelns nicht überschreiten. Insoweit muss die gerichtliche Entscheidung erkennen lassen, dass sich das Gericht der Möglichkeit einer Schätzung gem. § 287 ZPO bewusst gewesen ist. Finden sich demgegenüber in einem Urteil Ausführungen sinngemäß des Inhalts, die Schadenspositionen hätten von Klägersseite konkret vorgetragen und unter Beweis gestellt werden müssen, spricht dies dafür, dass von der Klägersseite zu Unrecht ein strenger Beweis gem. § 286 ZPO gefordert (und in diesem Rahmen auch der Klagevortrag für ungenügend gehalten) worden ist.<sup>1698</sup>

## C. Umkehr der Beweisführungslast durch tatsächliche Vermutungen

Es ist bereits mehrfach erwähnt worden, dass bei der Amtshaftung der Eintritt des Schadens – anders als bei § 823 BGB – nicht zum Haftungsgrund gehört und daher auch mit dem Maßstab des § 287 ZPO bewiesen werden kann.<sup>1699</sup> Nach Maßgabe der Rechtsprechung ist die nach § 287 Abs. 1 ZPO herzustellende (freie) Überzeugung dann geschaffen, wenn nach der Lebenserfahrung eine tatsächliche

<sup>1697</sup> BGH NJW-RR 1995, 248; Tremml/Karger/Luber Rdziff. 649; Staudinger/Wöstmann BGB, § 839 Rdziff. 230

<sup>1698</sup> BGH NJW 2013, 2584 (2586)

<sup>1699</sup> Luckey in: Baumgärtel/Laumen/Prütting, § 839 Rdziff. 16; Tremml/Karger/Luber Rdziff. 648 ff. je m. w. N.

Vermutung oder eine tatsächliche Wahrscheinlichkeit für den ursächlichen Zusammenhang spricht.<sup>1700</sup> Dies stellt zutreffender Ansicht zufolge eine Umkehr der Beweisführungslast dar.<sup>1701</sup> Die Anwendung der Regel setzt aber voraus, dass ein typischer, der Lebenserfahrung entsprechender Geschehensablauf vorgelegen hat. Mithin ist in folgenden Beispielfällen<sup>1702</sup> die Anwendung einer tatsächlichen Vermutung bzw. tatsächlichen Wahrscheinlichkeit verneint worden:

- Im Rahmen der Haftung des Krankenhauses für die Errichtung eines formunwirksamen Patiententestamentes kann eine Vermutung des Inhalts, dass die Patientin ordnungsgemäß informiert und belehrt, ein formwirksames Testament errichtet hätte, nicht aufgestellt werden; dies gilt insbesondere dann, wenn für die Testamentserrichtung mehrere Optionen zur Verfügung stehen.<sup>1703</sup>
- Das Vormundschaftsgericht hat die Amtspflicht, vor der Erteilung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung zur Belastung des Grundbesitzes eines Minderjährigen mit hohen Grundpfandrechten (zum Zwecke der Absicherung eines Betriebskredits) den Sachverhalt hinreichend aufzuklären. Geschieht dies nicht und wird eine solche vormundschaftsgerichtliche Genehmigung erteilt und führt dies zu einem Schaden, so spricht weder die Lebenserfahrung noch eine tatsächliche Vermutung dafür, dass bei gehöriger Sachaufklärung die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung hätte versagt werden müssen.<sup>1704</sup>
- Bei der Auswirkung einer Amtspflichtverletzung im Rahmen eines Stellenbesetzungsverfahrens gibt es keine tatsächliche Vermutung oder Wahrscheinlichkeit dahingehend, dass der Geschädigte unter den Bewerbern der für die zu besetzende Stelle am besten Geeignetste gewesen wäre und daher bei sachgerechtem Vorgehen die Auswahl auf ihn hätte fallen müssen.<sup>1705</sup>

#### D. Beweiserleichterung gem. § 252 S. 1 BGB

Zunächst einmal darf in Bezug auf die aus § 252 S. 2 BGB resultierenden Anforderungen auf die o. a. Ausführungen verwiesen werden. Ergänzend sei angemerkt, dass sowohl § 252 S. 2 BGB als auch § 287 ZPO Beweiserleichterungen für den ansonsten darlegungs- und beweisbelasteten Geschädigten bereithalten. Das Ver-

---

<sup>1700</sup> BGH NJW 2004, 1381 (1382)

<sup>1701</sup> Tremml/Karger//Luber Rdziff. 654; Luckey in: Baumgärtel/Laumen/Prütting, § 839 Rdziff. 17

<sup>1702</sup> gefunden bei Tremml/Karger/Luber Rdziff. 657

<sup>1703</sup> BGH NJW 1989, 2945

<sup>1704</sup> BGH NJW 1986, 2829

<sup>1705</sup> BGH VersR 1978, 281; LG Düsseldorf, Urt. v. 12.07.2004 - 2 B O 281/03, juris

hältnis dieser beiden Vorschriften zueinander ist allerdings unklar. Zum Teil wird die Ansicht vertreten, § 287 ZPO trete gegenüber § 252 S. 2 BGB zurück.<sup>1706</sup> Einer anderen Auffassung zufolge würden sich die beiden Vorschriften nicht nennenswert unterscheiden. Die „freie Überzeugung“ in § 287 Abs. 1 S. 1 ZPO führe kaum zu einem anderen Ergebnis als das nach § 252 S. 2 erforderliche Wahrscheinlichkeitsurteil.<sup>1707</sup> Einer Entscheidung diesbezüglich bedarf es nicht, die Frage, welches Verhältnis beiden Vorschriften zueinander bzw. untereinander zukommt, ist akademischer Natur. Die Rechtsprechung wendet in der Regel beide Vorschriften nebeneinander an. Nach Auffassung des BGH handelt es sich bei § 252 S. 2 BGB nur um „eine weitere Ausgestaltung des § 287 ZPO“.<sup>1708</sup> Dies bedeutet, dass der Tatrichter, der die Beweisregel des § 287 ZPO verletzt, zugleich die Beweiserleichterungsregel des § 252 S. 2 BGB verletzt.

Beide Vorschriften, also die Prognose des entgangenen Gewinns i. S. d. § 252 S. 2 BGB sowie der nach dem Maßstab des § 287 Abs. 1 ZPO zu führende Schadensnachweis setzen – wie bereits dargelegt – voraus, dass der Geschädigte durch seinen Sachvortrag dem Gericht die erforderlichen Anknüpfungstatsachen beibringt und diese Anknüpfungstatsachen zu einer Überzeugungsbildung des Tatrichters führen. Die konkreten Anknüpfungspunkte müssen den Rückschluss auf den Eintritt und die Höhe des Schadens erlauben.<sup>1709</sup> Lehnt also eine Behörde einen Antrag auf Erteilung eines Bauvorbescheides zu mehreren Planungsvarianten (mit unterschiedlicher baulicher Ausnutzung) insgesamt ab, obschon das beantragte Bauvorhaben zu mindestens nach einer Planungsvariante genehmigungsfähig gewesen wäre, so kann allein aus dem Umstand, dass die Antragsteller im Klageweg vorrangig auch die weitergehende Planung verfolgt haben, nicht zwingend der Schluss abgeleitet werden, sie hätten von der Genehmigung einer Variante mit geringerer baulicher Ausnutzung nicht Gebrauch gemacht. Lässt mithin ihr Verhalten im Übrigen deren ernsthafte Bereitschaft erkennen, sich jedenfalls auch mit einem Bauvorbescheid hinsichtlich der genehmigungsfähigen Planung zu begnügen, ist die Pflichtverletzung für den Schaden ursächlich geworden, der ihnen dadurch entstanden ist, dass sie das Grundstück nicht unter Verwendung des Bauvorbescheides nach Ablauf einer zur Entscheidung über die Bauanfrage angemessenen Bearbeitungszeit veräußern konnten.<sup>1710</sup>

---

<sup>1706</sup> Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, § 287 Rdziff. 1

<sup>1707</sup> Staudinger/Schiemann, BGB, § 252 Rdziff. 18

<sup>1708</sup> BGHZ 29, 393 (399)

<sup>1709</sup> vgl. die Hinweise auf S. 364 ff. sowie OLG Köln, Urt. v. 07.06.2013 - 1 U 100/12, juris Rdziff. 30 sowie OLG Köln, Beschl. f. 08.06.2012 - 5 U 155/10, juris Rdziff. 4

<sup>1710</sup> BGH NJW-RR 1994, 1171 (1173)



### 33. Kapitel: Ausgewählte Schadenskonstellationen

#### A. Aufwendungen für erfolglose Vorprozesse (Prozessschaden)

Amtshaftungsrechtliche Sachverhalte sind häufig von einem recht komplexen vorprozessualen Verlauf gekennzeichnet. Möglicherweise hat der Geschädigte zahlreiche außergerichtliche und gerichtliche Vorverfahren/Vorprozesse geführt, für die er Aufwendungen zu verauslagen gehabt hat. Sachverhalte, in denen um Bauverwaltungsakte gestritten wird, können – neben dem eigentlichen verwaltungsgerichtlichen Hauptsacheverfahren – von verwaltungsgerichtlichen Eilverfahren flankiert sein; nicht selten wird bereits im Eilverfahren zugunsten des Geschädigten entschieden, sodass im Rahmen des Amtshaftungsprozesses die Frage aufgeworfen ist, ob die vom Geschädigten aufgewendeten Kosten für erfolglose Vorprozesse zum ersatzfähigen Schaden hinzuzählen sind. Diese Frage wird nach einhelliger Auffassung in Rechtsprechung und Literatur bejaht. Allerdings gehören nicht schlechthin alle dadurch adäquat verursachten gerichtlichen und außergerichtlichen Kosten zu dem im Amtshaftungsrecht ersatzfähigen Schaden; vielmehr sind nur solche Kosten bzw. Aufwendungen hinzuzurechnen, die aus der Sicht des Geschädigten vernünftigerweise zur Wahrung seiner Rechte erforderlich und zweckmäßig erschienen. Kosten für etwaige Verfahren, die von vornherein als aussichtslos einzustufen sind, sind nicht ersatzfähig. An dieser Stelle schließt sich der Kreis zu der Regelung des § 839 Abs. 3 BGB; vor dem Hintergrund dieser Vorschrift wird dem Geschädigten auch bei einer nicht eindeutigen Rechtslage zugemutet, einer ihn betreffenden Belastung im Wege des Primärrechtsschutzes entgegenzuwirken, will er nicht möglich Schadensersatzansprüche verlustig gehen.<sup>1711</sup>

Im Fall einer fahrlässig begangenen Amtspflichtverletzung ist in diesem Zusammenhang auch die Subsidiaritätsklausel (§ 839 Abs. 1 S. 2 BGB) in den Blick zu nehmen. Nach dieser Vorschrift tritt die Amtshaftung nur ein, wenn der Geschädigte nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag. Die Unmöglichkeit, anderweitig Ersatz zu erlangen, bildet mithin einen Teil des Tatbestandes, aus welchem der Amtshaftungsanspruch hergeleitet wird.<sup>1712</sup> Da der Geschädigte im Amtshaftungsprozess für das Vorliegen der zur Klagebegründung gehörenden (negativen) Anspruchsvoraussetzungen die Darlegungs- und Beweislast trägt<sup>1713</sup>,

<sup>1711</sup> BGHZ 191, 187 (196); BGHZ 178, 51 (55); BGHZ 166, 22 (28); BGH NJW 2007, 224 (226); BGH NJW 2003, 3693 (3697); BGH ZIP 2002, 1144 (1148) insoweit nicht abgedruckt in: BGHZ 150, 319; BGHZ 117, 363 (367); BGHZ 111, 168 (170); BGHZ 30, 154 (157); BGHZ 21, 359 (361); Palandt/Sprau, BGB, § 839 Rdziff. 79; Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 239, 244; Stein/Itzel/Schwall Rdziff. 172; Tremml/Karger/Luber Rdziff. 257

<sup>1712</sup> Palandt/Sprau, BGB, § 839 Rdziff. 54

<sup>1713</sup> vgl. im Einzelnen: Rohlfing MDR 2010, 237

kann der Geschädigte sich gezwungen sehen, den anderweitigen Dritten klageweise in Anspruch zu nehmen. Geht ein solcher Prozess verloren, gehören die damit einhergehenden Kosten zum Prozessschaden.<sup>1714</sup>

#### B. Aufwendungen für berichtigende Gegendarstellungen und -erklärungen (Korrekturmateriale)

Anknüpfend an die vorherigen Ausführungen in Bezug auf die Erstattungsfähigkeit für im Ergebnis erfolglose Prozesse hält die Rechtsprechung dafür, dass auch ein Anspruch auf Erstattung von Kosten für berichtigende Darstellungen und Gegenerklärungen zu den schadensersatzfähigen Positionen hinzuzuzählen sind.<sup>1715</sup> Auch hier wird allerdings einschränkend darauf hinzuweisen sein, dass ein derartiger Ersatz von Aufwendungen nur für solche Gegendarstellungen bzw. Erklärungen gilt, die der Geschädigte für geboten und auch aussichtsreich halten konnte und durfte.

#### C. Ersatz von immateriellen Schäden

Der Amtshaftungsanspruch ist auf Geldersatz ausgerichtet und umfasst – neben den Vermögensschäden – auch die Nichtvermögensschäden. Hierbei ist zwischen dem Schmerzensgeld und der Geldentschädigung bei allgemeinen Persönlichkeitsrechtsverletzungen zu differenzieren.

##### *I. Schmerzensgeld*

Wenn die Amtspflichtverletzung zu einer Verletzung des Körpers oder der Gesundheit geführt hat, eine amtspflichtwidrige freiheitsentziehende Maßnahme durchgeführt oder ein Verstoß gegen die sexuelle Selbstbestimmung vorgenommen wurde, gewährt der Amtshaftungsanspruch i. V. m. § 253 Abs. 2 BGB ein Schmerzensgeld („billige Entschädigung in Geld“).<sup>1716</sup> Stets setzt die Gewährung eines Schmerzensgeldes indessen voraus, dass die Geringfügigkeitsgrenze überschritten ist, folglich ein nicht nur unbedeutender Eingriff in eines der vorgenannten Rechtsgüter vorliegt und das Wohlbefinden des Verletzten nur kurzfristig und unerheblich beeinträchtigt worden ist.<sup>1717</sup>

Die Rechtsprechung liefert für die Gewährung von Schmerzensgeld bei Amtspflichtverletzungen folgende Beispiele (Auswahl):

<sup>1714</sup> BGH ZIP 2002, 1144 (1148); insoweit nicht abgedruckt in: BGHZ 150, 319; BGH NJW 1956, 57 (57 f.); Palandt/Sprau, BGB, § 839 Rdziff. 79

<sup>1715</sup> BGHZ 78, 274 (279); BGHZ 70, 39 (42 f.); BGHZ 66, 182 (191 ff.); BGHZ 32, 280 (285)

<sup>1716</sup> Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 239; Stein/Itzel/Schwall Rdziff. 174; Tremml/Karger/Luber Rdziff. 263

<sup>1717</sup> Palandt/Grüneberg, BGB, § 253 Rdziff. 14

- Die für die Durchführung militärischer Tiefflüge aufseiten der NATO-Streitkräfte Verantwortlichen trifft den Bewohnern von Tieffluggebieten gegenüber die Pflicht, dafür zu sorgen, dass die Flugzeiten, die in deren gesundheitlichem Interesse festgesetzt worden sind, auch beachtet werden. Halten die Luftstreitkräfte der NATO bei militärischen Tiefflügen in erheblichem Umfang diese zeitlichen Grenzen nicht ein, so haftet die beklagte Bundesrepublik Deutschland aus dem Gesichtspunkt der Amtspflichtverletzung für die hierdurch hervorgerufenen Gesundheitsschäden mit der weiteren Folge, dass für die eingetretenen Schäden ein Schmerzensgeld zu gewähren ist.<sup>1718</sup>
- Wenn ein Amtsarzt ein von ihm erstelltes Gutachten zum Zwecke der Einleitung eines Unterbringungsverfahrens an das Ordnungsamt mit der Bitte um unverzügliche Entscheidung zuleitet, ohne jedoch gesondert und ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass die zugrundeliegende ärztliche Befunderhebung bereits eine Woche zurückliegt und daher die Voraussetzungen für eine Eilmaßnahme (vorläufige Einweisung) schon deswegen nicht mehr vorliegen, und veranlassen Beamte des Ordnungsamts aufgrund einer daraufhin fehlerhaft angenommenen Eilbedürftigkeit die – dadurch eingetretene – widerrechtliche vorläufige Einweisung, so liegt eine schuldhaftige Amtspflichtverletzung des Amtsarztes vor; der auf diese Weise Untergebrachte hat für die amtspflichtwidrige freiheitsentziehende Maßnahme in der Zeit vom 22.12.-29.12.1982 einen Schmerzensgeldanspruch in einem Umfang von 5.000,00 DM.<sup>1719</sup>
- Der Amtshaftungskläger wurde 1933 von SS-Männern misshandelt, wobei ihm das Steißbein abgetreten wurde und er dadurch erhebliche Schmerzen zu erdulden hatte. Er konnte seinen Beruf als Schumacher, weil er nicht mehr gut sitzen konnte, nicht mehr ausüben. Der Kläger nahm die beklagte Stadt mit der Behauptung in Anspruch, der damalige Bürgermeister der beklagten Stadt habe die Misshandlung mit geplant und amtspflichtwidrig geduldet. Erfolgreich forderte der Kläger eine Entschädigung für Verdienstaustausfall und Schmerzensgeld.<sup>1720</sup>

---

<sup>1718</sup> BGHZ 122, 363 (368)

<sup>1719</sup> OLG Oldenburg, VersR 1991, 306 (308), bestätigt durch BGH VersR 1991, 308 (308)

<sup>1720</sup> BGHZ 12, 278 (282)

- Als Ausgleich für die von einem Ausländer, der kraft einer vollziehbaren Abschiebungsverfügung zur Ausreise verpflichtet ist, erlittene zwar materiell rechtmäßige, jedoch formell rechtswidrige, Freiheitsentziehung von 18,5 Stunden ist ein Schmerzensgeld von 30,00 € angemessen.<sup>1721</sup>
- Wer einen anderen Menschen so zu Boden wirft, dass dieser sich (vorhersehbar) nicht abstützen kann und daher mit dem Kopf auf dem Boden aufschlägt, handelt im Hinblick auf Kopf- oder Gesichtsverletzungen des Geschädigten in der Regel mit zumindest bedingtem Vorsatz; das gilt auch für das Handeln eines Polizeibeamten, der die Identität eines Verdächtigen feststellen möchte. Hat ein Betroffener, der durch einen Polizeibeamten zu Boden geworfen worden ist, Kopf- und Gesichtsverletzungen erlitten, so besteht ein Schmerzensgeldanspruch in Höhe von mindestens 1.000,00 €. <sup>1722</sup>
- Ein Schmerzensgeld in Höhe von 12.500,00 € ist angemessen bei einem Geschädigten, der eine posttraumatische Belastungsstörung (PTB) dadurch erleidet, dass eine Blutentnahme, die als rechtswidrige Schikanemaßnahme darstellt, gegen den deutlich geäußerten Willen des Geschädigten und seine körperliche Gegenwehr unter Einsatz von mehreren Polizeibeamten mit erheblicher körperlicher Gewalt durchgesetzt wird.<sup>1723</sup>
- Wenn ein alkoholisierter Besucher einer Gaststätte sich einem Platzverweis widersetzt und um sich schlägt und bei einem sich dann entwickelnden „Turbulenzgeschehen“ von Polizeibeamten zu Boden gerungen wird und dabei Halswirbelerletzungen und infolge dessen eine Querschnittslähmung erleidet, so ist – unter umfassender Berücksichtigung auch des nicht nur unerheblichen Mitverschuldens an der Schadensentstehung – ein Schmerzensgeld von 100.000,00 € angemessen.<sup>1724</sup>

<sup>1721</sup> OLG Bremen, OLG-Report 2006, 819, bestätigt durch Beschlüsse d. BGH v. 01.08.2007 (Hinweis) sowie 27.09.2007 (Zurückweisung der Revision gem. § 552 a ZPO) – III ZR 284/06, juris

<sup>1722</sup> OLG Karlsruhe VersR 2011, 122

<sup>1723</sup> OLG Brandenburg, Urt. v. 16.12.2010 – 2 U 24/09, juris

<sup>1724</sup> OLG Hamm, Urt. v. 27.05.2009 – 11 U 175/07, juris

*II. Geldentschädigung bei Verletzung des Persönlichkeitsrechts/ der Menschenwürde*

In Rechtsprechung und Literatur ist anerkannt, dass ein Amtshaftungsanspruch wegen der Verletzung der Menschenwürde und des Art. 1, 2 Abs. 1 GG abgeleitet von dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht die Zahlung einer Geldentschädigung zum Gegenstand haben kann. Bei einer solchen Entschädigung handelt es sich freilich nicht um ein Schmerzensgeld i. S. d. § 253 Abs. 2 BGB, sondern um einen Rechtsbehelf, der auf den Schutzauftrag aus Art. 1, 2 Abs. 1 GG zurückzuführen ist.<sup>1725</sup> Dabei beruht die Gewährung einer Geldentschädigung auf der Überlegung, dass ohne einen solchen Anspruch Verletzungen der Würde bzw. der Ehre des Menschen ohne Sanktion bleiben könnten mit der Folge, dass der Persönlichkeitsrechtsschutz verkümmern würde. Anders als bei dem Schmerzensgeldanspruch steht bei dem Anspruch auf die Geldentschädigung der Gesichtspunkt der Genugtuung des Opfers im Vordergrund. Außerdem soll ein solcher Rechtsbehelf bzw. eine solche Rechtsfolge der Prävention dienen. Indessen kommt ein solcher Rechtsbehelf nur in Betracht, wenn der Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht schwerwiegender Natur ist und die Beeinträchtigung nicht in anderer Weise befriedigend ausgeglichen werden kann.<sup>1726</sup> Für die Frage, ob eine schwerwiegende Verletzung des Persönlichkeitsrechts vorliegt, ist eine umfassende Würdigung des Einzelfalls vorzunehmen, wobei insbesondere die Bedeutung und die Tragweite des Eingriffs zu berücksichtigen sind; ferner hängt die Gewährung und die Höhe einer Entschädigung von Anlass und Beweggrund des Handelnden sowie von dem Grad seines Verschuldens ab.<sup>1727</sup>

Derlei Verletzungen des Persönlichkeitsrechts können auch durch Mobbing-Maßnahmen verursacht werden. Mit dem volkstümlich gewordenen Sprachbegriff des „Mobbing“ wird eine Vielzahl unterschiedlicher, fortgesetzter Konfliktsituationen am Arbeitsplatz beschrieben, die von mindestens einem der Betroffenen als gegen seine Person gerichtet und schikanös empfunden werden. Für den Bereich des Beamtenrechts gilt insoweit, dass dem Beamten, der im Rahmen der Dienstausübung durch seinen Vorgesetzten „gemobbt“ wird, der Dienstherr des Schädigers nach Amtshaftungsgrundsätzen haften kann. Verhaltensweisen Dritter, die von einem Betroffenen als Mobbing empfunden werden, sind jedoch von bloßen Arbeitsplatzkonflikten allgemeiner Art abzugrenzen. Für eine Verletzung im Kern des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Arbeitnehmers/Beamten in der betrieblichen Organisation ist zu fordern, dass die Verletzung schwerwiegend ist. Dabei entspricht es einhelliger Meinung in der höchstgerichtlichen und obergerichtlichen Rechtsprechung, dass insoweit ein systematisches Verhalten erforderlich ist, also

---

<sup>1725</sup> BGH NJW 1995, 861 (864); LG Heidelberg, NZS 2013, 946 (948); LG Aachen, Urt. v. 09.07.2013 – 12 O 520/12, juris Rdziff. 23

<sup>1726</sup> BGH NJW 2003, 3693 (3697); BGH NJW 1994, 1950 (1952); BGH VersR 1972, 368 (369); BGHZ 78, 274 (280)

<sup>1727</sup> BGH NJW 1994, 1950 (1953); LG Heidelberg, NZS 2013, 946 (948); LG Aachen, Urt. v. 09.07.2013 - 12 O 520/12, juris Rdziff. 23

das eine bestimmte Person fortgesetzt, bewusst und zielgerichtet angefeindet und/oder schikaniert wird.<sup>1728</sup>

Auch unzulässige Mitteilungen an die Presse über die Einleitung staatsanwaltlicher Ermittlungen im Internet-Portal eines Landesjustizministeriums (bevor der Betroffene überhaupt Kenntnis davon erlangt hat) stellen Amtspflichtverletzungen dar, die den Betroffenen schwerwiegend in seinem allgemeinen Persönlichkeitsrecht verletzen und die Gewährung eines Schmerzensgeldes in Höhe von 10.000,00 € rechtfertigen können. Ebenfalls kann es eine schwerwiegende Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts darstellen, wenn der Leitende Oberstaatsanwalt auf einer Pressekonferenz zur Bekanntgabe des Inhalts der Anklageschrift den Begriff „Käuflichkeit“ benutzt hat; für diese Persönlichkeitsrechtsverletzung kann eine Geldentschädigung in Höhe von 5.000,00 € gewährt werden.<sup>1729</sup>

Das Verlesen eines an einen Schüler gerichteten beleidigenden Briefes durch einen Lehrer stellt eine Amtspflichtverletzung dar, durch welches das Persönlichkeitsrecht des Schülers verletzt wird, wenn der Lehrer den Schüler dadurch dem Hohn und Spott der Klasse aussetzt; dies wiederum rechtfertigt eine Geldentschädigung in Höhe von 1.600,00 DM.<sup>1730</sup>

Wenn ein Journalist über einen Zeitraum von etwa vier Jahren durch einen V-Mann des Bundesnachrichtendienstes (BND) beschattet wird, um auf diese Weise den Informationsgeber des Journalisten zu ermitteln, kann diese durch eine schuldhaftige Amtspflichtverletzung verursachte Persönlichkeitsrechtsverletzung die Bemessung eines Entschädigungsbetrages in Höhe von 10.000,00 € rechtfertigen.<sup>1731</sup>

In dem Umstand, dass Finanzbehörden den Medienvertretern gestatten, sie bei einem Vollstreckungsversuch in die Wohnung des Steuerschuldners zu begleiten, kann eine Amtspflichtverletzung liegen. Wenn die dadurch ermöglichte Produktion und Ausstrahlung des bei der Wohnungsdurchsuchung entstandenen Filmmaterials im Fernsehen zu einer schwerwiegenden Persönlichkeitsrechtsbeeinträchtigung des Betroffenen führt, kommt ein Anspruch auf Geldentschädigung in Betracht.<sup>1732</sup>

Selbst dann, wenn die Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts bzw. eine Menschenrechtsverletzung festgestellt worden sein sollte, ist ein solcher Entschädigungsanspruch gleichwohl davon abhängig, dass die Beeinträchtigung nicht in anderer Weise befriedigend kompensiert werden kann. Dies hängt dann insbe-

---

<sup>1728</sup> BGH NJW 2002, 3172 (3173); OLG Köln, Urt. v. 24.05.2012 - 7 U 207/11, juris Rdziff. 19; OLG Stuttgart NVwZ-RR 2003, 715 (716), dort unter Hinweis auch auf die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung; LG München, Urt. v. 07.09.2005 - 15 O 25369/04, juris; aus der beamtenrechtlichen Rechtsprechung statt vieler: BayVGH, Beschl. V. 12.03.2014 - 6 ZB 12.470, juris Rdziff. 9

<sup>1729</sup> OLG Düsseldorf, NJW 2005, 1791 (1797)

<sup>1730</sup> OLG Zweibrücken, NJW 1998, 995 (996)

<sup>1731</sup> LG Berlin NVwZ 2010, 851

<sup>1732</sup> KG Berlin NJW 2011, 2446 (2447), dort bejaht in Höhe von 10.000,00 €

sondere von der Bedeutung und der Tragweite des Eingriffs und von Anlass und Beweggrund ab, so dass bereits in der bloßen gerichtlichen Feststellung der Rechtswidrigkeit der Maßnahme und des Verstoßes eine hinreichende Genugtuung und ein Ausgleich liegen können und die Gewährung einer Geldentschädigung unterbleiben kann.<sup>1733</sup>

### *III. Sonderfall: Menschenunwürdige Haftbedingungen*

Mittlerweile ist es anerkannte Rechtsprechung, dass auch im Bereich des Strafvollzuges Amtspflichten im Hinblick auf die menschenwürdige Haftunterbringung verletzt werden können. Wenn die rechtmäßig verhängte Straftaft unter Bedingungen vollzogen wird, die einen Eingriff in das Recht des Gefangenen auf Achtung seiner Menschenwürde gem. Art. 1 Abs. 1 GG darstellen, rechtfertigt dies die Gewährung einer Geldentschädigung.<sup>1734</sup> Auch dabei bedarf es allerdings einer Gesamtschau der Umstände des konkreten Einzelfalls. Insoweit kommen die Anzahl der in einem Haftraum untergebrachten Gefangenen, die Größe der zur Verfügung stehenden Haftraumfläche, die Ausgestaltung der sanitären Anlagen im Haftraum, die Gesamtdauer der Unterbringung sowie die täglichen Einschlusszeiten in Betracht.<sup>1735</sup> Der insoweit auf eine Amtspflichtverletzung basierende Amtshaftungsanspruch ist allerdings von einem Verschulden abhängig, so dass Amtshaftungskläger ggf. sich auch mit verschuldensausschließenden Argumentationen der entsprechenden öffentlich-rechtlichen Körperschaften auseinander zu setzen haben; darüber hinaus wird natürlich auch in der Praxis versucht, verschuldensunabhängige Ansprüche durchzubringen, wobei die Praxis auf Ansprüche auf Art. 5 Abs. 5 EMRK bzw. Art. 3 EMRK zurückgreift. Dazu:

Artikel 5 Abs. 5 EMRK gewährt einen unmittelbaren Schadensersatzanspruch wegen rechtswidriger Freiheitsbeschränkungen durch die öffentliche Hand, der vom Verschulden der handelnden Amtsträger losgelöst ist und zugleich den Ersatz von immateriellen Schäden umfasst; dabei ist bei innerstaatlicher Rechtswidrigkeit der Inhaftierung der Freiheitsentzug auch dann konventionswidrig, wenn die Anforderungen der Konventionen an die Voraussetzungen, unter denen (Untersuchungs-)haft angeordnet werden kann, geringer sind als die der deutschen StPO.<sup>1736</sup> Allerdings hat der BGH zwischenzeitlich die Gewährung eines Schadensersatzanspruchs auf der Grundlage des Art. 5 Abs. 5 EMRK verneint, sofern der Anspruch mit gegen die Menschenwürde verstoßenden Haftbedingungen begründet wird.<sup>1737</sup> Ein Anspruch auf Gewährung einer Entschädigung folge nach

<sup>1733</sup> BVerfG NJW 2010, 433 (OS Ziff. 1 a); BGHZ 161, 33 (36)

<sup>1734</sup> BVerfG NJW-RR 2011, 1043 (1044); BGH NJW 2013, 3176 (3177); BGHZ 182, 301 (304); BGH NJW 2006, 3572 (3572); BGH NJW 2006, 1289 (1289); BGHZ 161, 33 (36 ff.)

<sup>1735</sup> BVerfG NJW-RR 2011, 1043 (1044); BGH NJW 2013, 3176 (3177)

<sup>1736</sup> BGH NJW 2013, 3176 (3179); BGHZ 57, 33 (38)

<sup>1737</sup> BGH NJW 2013, 3176 (3179) unter Hinweis auf die abweichende instanzgerichtliche Rechtsprechung, z. B. KG OLG-Report 2005, 813; OLG Celle NJW-RR 2004, 380 (381); OLG

Ansicht des BGH allenfalls aus der Regelung des Art. 3 EMRK; diese Norm enthalte aber keine unmittelbare Schadensersatzregelung, sondern verweise auf nationales Recht. Daher richte sich ein Schadensersatz nach Maßgabe des § 839 Abs. 1 S. 1 BGB i. V. m. Art. 34 S. 1 GG i. V. m. §§ 249 ff. BGB. Damit stellt sich die Frage, ob ggf. der Anspruch aus Art. 3 EMRK durch die Regelungen des § 839 Abs. 3 BGB (Vorrang des Primärrechtsschutzes) oder § 254 BGB (Mitverschulden) beeinflusst sein kann. Die Entscheidung dieser Frage konnte der BGH dahinstehen lassen, sie dürfte aber wohl im Ergebnis zu bejahen sein. Denn § 839 Abs. 3 BGB beinhaltet als allgemeine Ausprägung von § 254 BGB ein Vorrangprinzip, welches auf jeden Fall für den Bereich der – verschuldensabhängigen – Amtshaftung gilt. Wenn bereits für verschuldensabhängige Ansprüche ein solches Vorrangprinzip aufgestellt wird, muss dies zwingend auch für verschuldensunabhängige Ansprüche gelten.<sup>1738</sup>

#### D. Entgangener Gewinn und Verdienstaufschlag-/Erwerbsschaden

Zu einer der praktisch wichtigsten schadensersatzfähigen Positionen zählt der entgangene Gewinn (§ 252 S. 1 BGB). Für insbesondere im Straßenverkehr begangene Amtspflichtverletzungen werden im Wege der Berechnung gem. §§ 249, 842 BGB auch die wirtschaftlichen Nachteile für „den Erwerb oder das Fortkommen des Verletzten“, vornehmlich der Verdienstaufschlag, erfasst. Im Gegensatz dazu gewährt der Anspruch auf enteignungsgleichen Eingriff lediglich eine angemessene Entschädigung und keinen vollen Schadensersatz, sodass insbesondere eine vereitelte Chance auf einen möglichen Gewinn nicht zu den Positionen hinzuzurechnen ist, die nach den Grundsätzen des enteignungsgleichen Eingriffs erstattet werden können. Hier hat der Anspruchsteller lediglich eine Entschädigung für den „Substanzverlust“, den er dadurch erlitten hat, dass er zeitweise in der baulichen Ausnutzung seines Grundstücks behindert worden ist, wobei regelmäßig auf eine Bodenrente abzustellen ist.<sup>1739</sup> Für die Bemessung der Bodenrente bietet sich der Betrag an, den ein Bauwilliger für die Erlaubnis zeitlicher baulicher Nutzung gezahlt haben würde (Miet-, Pacht- oder Erbbauzins); sie wird sich weitgehend mit einer angemessenen Verzinsung des bei endgültiger Teilenteignung für die entzogene Substanz geschuldeten Kapitals decken.<sup>1740</sup>

---

Celle NJW 2003, 2463; OLG Naumburg, NJW 2005, 514; OLG Hamm, Beschl. v. 13.06.2008 - 11 W 78/07, juris Rdziff. 26; OLG Naumburg, Beschl. v. 30.01.2006 - 2 W 25/05, juris Rdziff. 10

<sup>1738</sup> OLG München, NJW 2007, 1986 (1987); OLG Naumburg, NJW 2005, 514 (515)

<sup>1739</sup> BGH NVwZ 1992, 1119 (1121); BGHZ 125, 258 (265); BGHZ 65, 182 (188)

<sup>1740</sup> BGH NJW 1997, 3432 (3434); BGH NVwZ 1992, 1119 (1121); OLG München, Urt. v. 05.08.2010 - 1 U 5400/99, juris Rdziff. 40



## I. Entgangener Gewinn

### 1. Grundlagen

Der Amtshaftungsanspruch gewährt Schadensersatz gem. §§ 249 ff. BGB; die Regelung in § 252 S. 1 BGB konkretisiert dabei den Schadensbegriff und erfasst auch den „entgangenen Gewinn“. Ersatzfähig ist der entgangene Gewinn auch ohne diese Regelung, dem insoweit in Bezug auf § 249 BGB lediglich klarstellende Funktion beizumessen ist.<sup>1741</sup> Nach Maßgabe der Beweiserleichterungsregel des § 252 S. 2 BGB gilt derjenige Gewinn als entgangen, der nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach dem vom Geschädigten getroffenen Anstalten und Vorkehrungen mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte. Entgangene Gewinne aus einer verbotenen Tätigkeit sind ebenso wenig zu ersetzen wie solche (entgangenen) Gewinne aus einer sittenwidrigen Tätigkeit. Im Falle des Fehlens einer behördlichen Genehmigung sind entgangene Gewinne nur insoweit ersatzfähig, wenn die behördliche Genehmigung im Fall ihrer Beantragung erteilt worden wäre.<sup>1742</sup>

### 2. Maßgeblicher Zeitpunkt

Wie bereits ausgeführt<sup>1743</sup>, ist derjenige Zeitpunkt maßgeblich, in welchem die letzte mündliche Tatsachenverhandlung (in der jeweiligen Instanz) stattfindet bzw. stattgefunden hat. Mithin kommt es nicht auf den Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses an; vielmehr sind auch solche Umstände und Erkenntnisse mit zu berücksichtigen, die sich aus der Entwicklung nach dem Unfall ergeben haben.<sup>1744</sup>

### 3. Feststellung und Berechnung

Wenn der Geschädigte den Gewinn, der ihm entgangen ist, berechnen will, so befindet er sich zunächst einer ungünstigen Position. Denn er hat auf einer hypothetischen Grundlage zu argumentieren; den Gewinn, den er geltend macht, hat er ja nicht erzielt, vielmehr hat er darzulegen und im Zweifelsfall zu beweisen, was er hätte erzielen können. In dieser Situation greift die Beweiserleichterungsregel des § 252 S. 2 BGB, die eine – widerlegliche – Vermutung aufstellt. Das wiederum bedeutet, dass nicht die volle Überzeugung von der Erzielung eines möglichen Gewinns verlangt wird, es gilt ein objektiver Maßstab.<sup>1745</sup> Gleichzeitig mindert § 252 S. 2 BGB aber auch die Darlegungslast zugunsten des Geschädigten. Denn die Darlegungs- und Beweislast entsprechen einander.<sup>1746</sup> Der Geschädigte

<sup>1741</sup> Palandt/Grüneberg, BGB, § 252 Rdziff. 1; BGH NJW 1987, 50 (52)

<sup>1742</sup> Palandt/Grüneberg, BGB, § 252 Rdziff. 2, 3; BGH NJW 1974, 1376 (1377)

<sup>1743</sup> vgl. o. S. 472 ff.

<sup>1744</sup> Palandt/Grüneberg, BGB, § 252 Rdziff. 6; BGH NJW 1999, 136 (136)

<sup>1745</sup> Pardey in: Geigel, Kap. 4 Rdziff. 60

<sup>1746</sup> BGHZ 100, 36 (50); Tremml/Karger/Luber Rdziff. 644

braucht deshalb (lediglich) Ausgangs- und Anknüpfungstatsachen für eine Schadensschätzung vorzutragen.<sup>1747</sup>

Die Regelung des § 252 S. 2 BGB ermöglicht dem Geschädigten sowohl eine abstrakte als auch eine konkrete Schadensberechnung.

#### a. Abstrakte Schadensberechnung

Die abstrakte Berechnungsmethode geht von dem regelmäßigen Verlauf im (Handels-)Verkehr aus, dass der Kaufmann gewisse Geschäfte im Rahmen seines Gewerbes tätigt und daraus Gewinne erzielt. Diese Berechnungsmethode stellt mithin auf den „gewöhnlichen Lauf der Dinge“ ab. Im Handelsverkehr entspricht es diesem gewöhnlichen Lauf, dass der Kaufmann Waren zum Marktpreis kauft und verkaufen kann.<sup>1748</sup> Wählt der Geschädigte die abstrakte Schadensberechnung ist die volle Gewissheit, dass der Gewinn gezogen worden wäre, nicht erforderlich. Es genügt lediglich der Nachweis einer gewissen Wahrscheinlichkeit. Ist ersichtlich, dass der Gewinn nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte, wird im Wege des § 252 S. 2 BGB vermutet, dass er auch erzielt worden wäre. Sodann obliegt dem Ersatzpflichtigen der Beweis, dass der Gewinn nach dem späteren Verlauf oder aus anderen von ihm darzulegenden Gründen gleichwohl nicht erzielt worden wäre.<sup>1749</sup>

Eine abstrakte Schadensberechnung kommt freilich immer nur dann in Betracht, wenn es sich um marktgängige Waren handelt oder aber Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Geschädigte Geschäfte der in Rede stehenden Art im Rahmen seiner geschäftlichen Tätigkeit üblicherweise durchführt. Liegt weder das eine noch das andere vor, scheidet eine Schadensberechnung auf abstrakter Grundlage aus.

#### b. Konkrete Schadensberechnung

Die konkrete Schadensberechnung verlangt von dem Geschädigten den Nachweis, dass er durch die schädigende Handlung an der Durchführung bestimmter Geschäfte gehindert worden ist und das ihm wegen der Nichtdurchführbarkeit dieser Geschäfte ein Gewinn entgangen ist.<sup>1750</sup> Die konkrete Schadensberechnung setzt wiederum voraus, dass der Geschädigte durch seinen Sachvortrag einen Gesamtvermögensvergleich darstellt, bei dem sämtliche Vor- und Nachteile zu saldieren sind, wobei ebenfalls die Beweiserleichterungsregel des § 252 S. 2 BGB eingreift. Folgendes Beispiel<sup>1751</sup> mag dies verdeutlichen:

<sup>1747</sup> BGH NJW 1993, 2673 (2673); BGH NJW 1991, 3277 (3278); BGH NJW 1988, 3016 (3017); Tremml/Karger/Luber Rdziff. 644

<sup>1748</sup> BGH NJW 2012, 601 (602); Palandt/Grüneberg, BGB, § 252 Rdziff. 6

<sup>1749</sup> BGH NJW-RR 2001, 1542 (1543)

<sup>1750</sup> BGH NJW-RR 2001, 1542 (1543); OLG München, Urt. v. 05.08.2010 – 1 U 5400/09, juris Rdziff. 51

<sup>1751</sup> in Anlehnung an BGH NVwZ 1992, 1119

Die geschädigte Klägerin verlangte von der Beklagten Schadensersatz wegen Amtspflichtverletzung und behauptete, die Beklagte habe den von ihr gestellten Antrag auf Erteilung einer Baugenehmigung zunächst nicht beschieden und dann aus sachfremden Gründen rechtswidrigerweise abgelehnt. Dadurch sei bei ihr, der Klägerin, ein Schaden entstanden, und zwar in Gestalt der Zinsen, welche sie während des Verzögerungszeitraums für den zu finanzierenden Grundstückskaufpreis habe zahlen müssen. Die Klägerin knüpfte zwar in ihrem Sachvortrag an die Finanzierungsaufwendungen (Zinsen) für den Verzögerungszeitraum an und verlangte Ersatz der für diesen Zeitraum angefallenen Zinsen. Letztlich meinte aber die Klägerin mit ihrem Sachvortrag, dass sie den für den Grundstückserwerb aufgenommenen Kredit entsprechend früher hätte ablösen können, wenn es nicht zu der Pflichtverletzung gekommen wäre; denn wäre die Baugenehmigung erteilt worden, hätte die Klägerin, wie sie vorträgt, Eigentumswohnungen errichten und sodann veräußern können. Die auf diese Weise vorgenommene – konkrete – Schadensberechnung setzte allerdings, so der BGH, voraus, dass die Klägerin bei rechtzeitiger Erteilung der Baugenehmigung in der Lage gewesen wäre, das Bauvorhaben früher fertig zu stellen und die Wohneinheiten entsprechend früher zu verkaufen. Die Beklagte habe dies bestritten und vorgetragen, dass es auf dem Eigentumswohnungsmarkt eine Stagnation gegeben habe. Zahlreiche Bauträger und Immobilienanleger seien auf den Wohnungen sitzengeblieben, statt sie gewinnbringend veräußern zu können. Bei einer derartigen Ausgangssituation dürften, so der BGH, die Anforderungen an die Substantiierungspflicht nicht überspannt und die Darlegungs- und Beweislast nicht verkannt werden. Für die Möglichkeit, die Wohnung zu verkaufen und somit aus ihnen Gewinn zu erzielen, komme der Klägerin die Beweiserleichterung des § 252 S. 2 BGB zugute. Gegenstand der Schadensberechnung sei nicht der entgangene Gewinn selbst, sondern die Vermögenseinbuße, die sie durch die längere Laufzeit des Kredites und die daraus herrührende Zinsmehrbelastung erlitten habe. Die Frage der Veräußerungsmöglichkeit der Eigentumswohnungen sei Gegenstand einer im Rahmen der Schadensermittlung vorzunehmenden Inzidentprüfung, wobei auch die Regelung des § 252 S. 2 BGB heranzuziehen sei. Danach gelte als entgangen der Gewinn, welcher nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden könne. Ist ersichtlich, dass der Gewinn nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder den besonderen Umständen mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte, werde vermutet, dass er auch gemacht worden wäre. Volle Gewissheit, dass der Gewinn gezogen worden wäre, sei nicht erforderlich. Die Beweiserleichterungsregel des § 252 S. 2 BGB mindere auch die Darlegungslast der Partei, die Ersatz des entgangenen Gewinns verlange, weil die Darlegungs- und Beweislast einander entsprechen würden. Die Behauptung, dass die zu errichtenden Eigentumswohnungen nicht absetzbar gewesen seien, stellte demgegenüber eine Einwendung dar, für die die Beklagte die Darlegungs- und

Beweislast trage, die aber an der Schlüssigkeit und hinreichenden Substantiierung des Klagevorbringens zunächst nichts ändern würde.

Daraus folgt:

Im Rahmen der konkreten Schadensberechnung wird (lediglich) darauf abgestellt, ob der (entgangene) Gewinn nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder den besonderen Umständen mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden kann. Dies obliegt auf der Grundlage des Klagevorbringens der tatrichterlichen Einschätzung. Ist diese Frage zu bejahen, so ist die Vermutungswirkung hergestellt, es obliegt dann der Beklagten, diese Vermutungswirkung durch geeigneten Sachvortrag wieder zu zerstören.

Zusammenfassend bleibt diesbezüglich anzumerken, dass für den Eintritt eines – durch die Amtspflichtverletzung vereitelten – Gewinns hinreichend konkrete Anknüpfungstatsachen vorgetragen werden müssen, um eine ausreichende Grundlage für eine Wahrscheinlichkeitsprognose nach § 252 S. 2 BGB und - darauf aufbauend - eine gerichtliche Schadensschätzung nach Maßgabe des § 287 ZPO zu schaffen.<sup>1752</sup>

### c. Subjektive Gewinnerwartung vers. Gewinn aus Spekulationsgeschäften

Für die Darlegung und den Beweis im Hinblick auf einen entgangenen Gewinn sind stets die individuellen Verhältnisse maßgeblich. Die bloße Möglichkeit eines Gewinns genügt als Nachweis noch nicht aus; mithin genügt der Amtshaftungskläger den an ihn zu stellenden Anforderungen nicht, wenn er lediglich vorträgt, er habe den Eintritt eines Gewinns erwartet oder erhofft; die bloße gedankliche Vorbereitung für den Aufbau einer selbständigen Existenz reicht nicht aus, wenn ein konkretes Planungsstadium nicht ansatzweise erreicht worden ist bzw. dargelegt werden kann.<sup>1753</sup>

Nach der Rechtsprechung des BGH zählt gem. § 252 BGB auch der entgangene Gewinn aus Spekulationsgeschäften (mit Aktien) zum Schaden, wenn ein Gewinn nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach getroffenen Anstalten und Vorkehrungen mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte.<sup>1754</sup> Bei einem behaupteten Spekulationsgewinn (mit Aktien) kommt es darauf an, wie sich der Gläubiger/Kläger bei dem konkreten Kursverlauf der Aktien verhalten hätte, wenn er auf eigenes Risiko spekuliert hätte. Um in den Genuss der Beweiserleichterungen gem. §§ 252 S. 2 BGB, 287 ZPO zu gelangen, muss der Kläger Tatsachen vortragen, die die Über-

<sup>1752</sup> BVerfG, Beschl. v. 16.02.2012 - 1 BvR 1118/10, juris Rdziff. 8; BGH NJW 2010, 1532 (1533); BGH VersR 1995, 422 (424); BGH VersR 1988, 466 (467); BGHZ 90, 334 (336); BGHZ 54, 45 (49); zu der gerichtlichen Schadensschätzung gem. § 287 ZPO vgl. auch o. S. 476 ff.

<sup>1753</sup> Pardey in: Geigel, Kap. 4 Rdziff. 61

<sup>1754</sup> BGH NJW 2002, 2553 (2553); BGH NJW 1983, 758 (758)

zeugung des Gerichts für eine deutlich überwiegende, auf gesicherter Grundlage beruhende Wahrscheinlichkeit des Schadensverlaufs zu begründen vermögen.<sup>1755</sup>

#### d. Entgangener Gewinn und steuerliche Aspekte

Wenngleich es in der Praxis nicht so häufig vorkommen dürfte, so sind aber doch steuerliche Aspekte im Zusammenhang mit der Geltendmachung entgangenen Gewinns denkbar. Dies wird sich insbesondere bei solchen Fallgestaltungen auswirken, in denen es um den entgangenen Verdienst aus abhängiger oder selbständiger Tätigkeit geht.

Der Ausgleich entgangenen Gewinns ist kein Entgelt für eine Gegenleistung, sondern Schadensersatz. Der Schädiger ersetzt den entgangenen Gewinn nicht, weil er vom Geschädigten eine Leistung empfangen hat, sondern als Folge der Verursachung eben diesen Schadens. Die Einnahme des Gewinnersatzes begründet daher keinen steuerpflichtigen Umsatz, sodass auch der Schädiger nicht die auf diesen Betrag entfallende Umsatzsteuer zu ersetzen hat.<sup>1756</sup>

Soweit es etwaige Steuervorteile anbelangt, wird auch hier die Frage nach der Praxisrelevanz angebracht sein. Gänzlich ausgeschlossen erscheint es nicht, dass der Geschädigte im Fall der Geltendmachung eines entgangenen Gewinns von eventuellen Steuervorteilen profitieren könnte. In anderen Rechtsbereichen wird die Ansicht vertreten, dass eine exakte Errechnung von Steuervorteilen unter Gegenüberstellung der tatsächlichen mit einer hypothetischen Vermögenslage angesichts der vielfältigen Besonderheiten und Möglichkeiten der konkreten Besteuerung und ihrer unterschiedlichen Entwicklung in verschiedenen Besteuerungszeiträumen häufig einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordern würden, weswegen etwaige Steuervorteile regelmäßig außer Betracht zu bleiben hätten.<sup>1757</sup> Ob diese Ansicht in ihrer Schlichtheit angesichts des im gesamten Schadensersatzrecht geltenden Grundsatzes der Vorteilsausgleichung zutreffend kann, erscheint zweifelhaft. Ein unverhältnismäßiger Aufwand für die Errechnung von Steuervorteilen stellt kein tragfähiges Argument für die Umgehung des Grundsatzes der Vorteilsausgleichung dar. Im Zweifelsfall ist auf allgemeine Grundsätze der Darlegungs- und Beweislast zurückzugreifen. D. h.:

Grundsätzlich ist der Geschädigte vor dem Hintergrund des § 249 BGB so zu stellen, als ob das schädigende Ereignis nicht stattgefunden hätte. Im Wege der Vorteilsausgleichung müssen mithin auch diejenigen Steuern<sup>1758</sup> entrichtet werden, die auf den entgangenen Gewinn anfallen; das wiederum hätte zur Folge, dass die

<sup>1755</sup> BGH NJW 2005, 3275 (3276); OLG München, Urt. v. 15.06.2011 - 15 U 4315/10, juris Rdziff. 18, 20, 21

<sup>1756</sup> BGH NJW-RR 1992, 411 (412); BGH NJW 1987, 1690 (1690)

<sup>1757</sup> BGH NZG 2008, 828 (831) = NJW-RR 2008, 1365 (1369); OLG Frankfurt, Urt. v. 10.10.2013 - 15 U 256/11, juris Rdziff. 68

<sup>1758</sup> obschon keine steuerbare Leistung vorliegt und daher auf den entgangenen Gewinn keine Umsatzsteuer anfällt, so unterliegt u. U. der entgangene Gewinn gleichwohl der Einkommenssteuer, vgl. Harz/Dahmen/Bornmann, ZInsO 2013, 1397 (1397)

Steuern auf den entgangenen Gewinn als Vorteilsausgleich zu berücksichtigen wären. Dieser Ansatz übersieht indessen, dass der Geschädigte nicht zweifach belastet werden darf, und zwar zum einen über die Kürzung des ihm zustehenden Schadensersatzbetrages im Wege der Vorteilsausgleichung und zum anderen dann auch durch den Umstand, dass der ihm zugeflossene Betrag im Nachhinein durch die Finanzbehörden der Versteuerung unterworfen wird. Die Vorteilsausgleichung entfällt daher anerkanntermaßen, wenn die Ersatzleistung gleichfalls der Steuerpflicht unterliegt.<sup>1759</sup> Dann, aber auch erst dann, wenn feststeht, dass der Zufluss der Schadensersatzleistung zu einer Besteuerung aufseiten des Geschädigten führt, darf sich das Gericht einer exakten Errechnung von Steuervorteilen unter Gegenüberstellung der tatsächlichen mit der hypothetischen Vermögenslage enthalten.<sup>1760</sup> Etwas anderes würde nur dann gelten, wenn der Schädiger aufgrund der ihm im Rahmen der Vorteilsausgleichung obliegenden Darlegungs- und Beweislast Umstände darzulegen in der Lage ist, auf deren Grundlage dem Geschädigten auch unter Berücksichtigung der Steuerbarkeit der Ersatzleistung außergewöhnlich hohe Steuervorteile verbleiben sollten.<sup>1761</sup>

Mithin wird die Frage nach der Berücksichtigung von Steuervorteilen im Rahmen der Vorteilsausgleichung entscheidend davon abhängen, in welchem Funktionskreis der Geschädigte zum Zeitpunkt des Schadensereignisses gestanden hat und ob er den eingetretenen Schaden z. B. im Rahmen einer nichtselbständigen oder aber einer selbständigen Tätigkeit erlitten hat.

## II. Verdienstaussfall-, Erwerbs- und Fortkommensschaden

Die Bestimmung des § 842 BGB legt fest, dass sich der Schadensersatz i. S. d. §§ 249 ff. BGB auch auf die Nachteile, welche die Handlung „für den Erwerb oder das Fortkommen des Verletzten“ herbeiführt, erstreckt, wenn ein besonderes personenbezogenes Rechtsgut (Körper, Gesundheit, Freiheit, sexuelle Selbstbestimmung, allgemeines und spezielles Persönlichkeitsrecht) verletzt worden ist. Die zu kompensierenden Nachteile für Verdienst, Erwerb oder Fortkommen entstehen nicht bereits durch den Wegfall oder die Verminderung der Arbeitskraft als solcher; vielmehr werden nur diejenigen Schäden als ersatzfähig angesehen, durch welche sich der Ausfall der Arbeitsleistung negativ im Vermögen des Verletzten auswirkt. Dieser Schaden umfasst mithin alle wirtschaftlichen Beeinträchtigungen, die der Verletzte erleidet, weil und soweit er seine Arbeitskraft verlet-

---

<sup>1759</sup> BGH NJW-RR 2011, 986 (987); BGH NJW-RR 2010, 1402 (1404); BGH NZG 2010, 1029 (1030); BGH NJW 2010, 2506 (2508); BGH NJW 2008, 2773 (2774); BGH NJW-RR 2008, 1365 (1369); BGH NJW 2008, 649 (650); BGHZ 172, 147 (153); BGHZ 167, 239 (252); BGH NJW 2006, 499 (499); BGHZ 74, 103 (114)

<sup>1760</sup> BGH NJW-RR 2011, 986 (987)

<sup>1761</sup> BGH NJW-RR 2011, 986 (987)

zungsbedingt nicht verwerten kann, die also der Mangel der vollen Einsatzfähigkeit seiner Person mit sich bringt.<sup>1762</sup>

Eine trennscharfe Abgrenzung zwischen dem Verdienstausschlag, dem Erwerbs- und Fortkommenschaden gibt es nicht, vielmehr sollen sämtliche Nachteile, die durch das Schadensereignis in Bezug auf das Einkommen/den Verdienst aufgetreten sind, ausgeglichen werden, auch, soweit es den Folgeschaden anbelangt. Im weiteren Verlauf dieser Arbeit wird der Begriff „Verdienstausschlag“ im Hinblick auf den entgangenen Verdienst aus abhängiger Beschäftigung genutzt, während die Begrifflichkeiten „Erwerbsschaden“ bzw. „Fortkommenschaden“ für solche Personen außerhalb einer abhängigen Beschäftigung Verwendung finden.

Die Problematik im Hinblick auf die vorgenannten Schadensarten ist, wie zahlreiche Monographien belegen, ganz erheblich. Es ist hier nicht der Raum, sämtliche Facetten dieser Unterart des entgangenen Gewinns erschöpfend darzustellen, vielmehr können an dieser Stelle nur bestimmte Aspekte erörtert werden, und zwar unter dem Blickwinkel der zu dem Amtshaftungsrecht ergangenen einschlägigen Gerichtsentscheidungen.

### 1. Verdienstausschlag des abhängig Beschäftigten

Bei dem abhängig Beschäftigten (Arbeitnehmer) wird zunächst danach zu differenzieren sein, ob der Entgeltfortzahlungszeitraum von sechs Wochen gem. § 3 Abs. 1 S. 1 EFZG ausgeschöpft ist oder nicht. Während dieses Zeitraumes besteht „Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, wobei dann, so legt es § 4 Abs. 1 EFZG fest, dem Arbeitnehmer das ihm bei der für ihn maßgebenden regelmäßigen Arbeitszeit zustehende Arbeitsentgelt fortzuzahlen ist. Entscheidend wirkt sich für den Arbeitnehmer der Verdienstausschlag in dem Zeitpunkt aus, in dem der Entgeltfortzahlungszeitraum endet oder aber der Arbeitnehmer (vorzeitig) aus dem Erwerbsleben ausscheidet.

Obschon der Verdienstausschlagsschaden sowohl nach der sog. Bruttolohnmethode als auch nach der Nettolohnmethode berechnet werden kann, hat sich in der Praxis die modifizierte Bruttolohnmethode durchgesetzt; der Verdienstausschlagsschaden wird daher auf der Grundlage des Bruttogehaltes einschließlich der Steuern und Sozialabgaben berechnet, wobei allerdings die – insoweit dem Schädiger zugutekommenden – Ersparnisse an Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen im Wege der Vorteilsausgleichung in Abzug zu bringen sind.<sup>1763</sup>

Ist der Verdienstausschlagsschaden dauerhaft, so wird das erkennende Gericht über eine sog. Verdienstausschlagrente zu befinden haben, wobei allerdings der Anspruch eines abhängig Beschäftigten auf Ersatz des Erwerbsschadens auf die vo-

---

<sup>1762</sup> Palandt/Sprau, BGB, § 842 Rdziff. 2; BGH, Urt. v. 19.09.2013 - III ZR 374/12, juris Rdziff. 15; BGHZ 197, 316 (319); BGH VersR 2010, 133 (133); BGHZ 176, 109 (112); BGHZ 90, 334 (336); BGHZ 54, 45 (48); BGH VersR 1977, 130 (131)

<sup>1763</sup> BGH NJW 1999, 3711 (3711); BGHZ 127, 391 (393)

raussichtliche Lebensarbeitszeit zu begrenzen ist.<sup>1764</sup> Bei der gem. § 287 Abs. 1 ZPO nach freiem Ermessen vorzunehmenden Schadensschätzung hat das erkennende Gericht die Rechtsgrundsätze der Schadensbemessung sowie wesentliche Bemessungsfaktoren zu berücksichtigen und den Schätzung die sich daraus ergebenden zutreffenden Maßstäbe zugrunde zu legen. Daraus folgt, dass zunächst die voraussichtliche berufliche Entwicklung eines Geschädigten ohne das Schadensereignis zu beurteilen ist; dazu hat der Geschädigte im Rahmen seines Sachvortrags soweit wie möglich konkrete Anhaltspunkte für die erforderliche Prognose darzustellen, wobei keine zu hohen Anforderungen gestellt werden dürfen.<sup>1765</sup> Diese Maßstäbe gelten insbesondere dann, wenn das schadensstiftende und die Haftung auslösende Ereignis dem Geschädigten zu einem Zeitpunkt getroffen hat, als er noch in der Ausbildung oder am Anfang einer beruflichen Entwicklung gestanden hat und daher noch keine – wirtschaftlichen – Erfolge in der von ihm angestrebten Tätigkeit nachweisen konnte.<sup>1766</sup>

## 2. Erwerbs- und Fortkommenschaden

### a. Beamter

Ein Erwerbsschaden auf seiten eines Beamten ist denkbar, wenn er aufgrund einer amtspflichtwidrig vorgenommenen Verletzung dienstunfähig und daher in den Ruhestand versetzt wird. Grundsätzlich ist durch den Zivilrichter der Bescheid über die vorzeitige Ruhestandsversetzung nur in beschränktem Umfang überprüfbar, und zwar dahingehend, ob dieser Bescheid willkürlich erfolgte<sup>1767</sup>, wovon in der Regel nicht auszugehen sein dürfte. Maßgeblich wird für den Haftungsprozess sein, ob die Versetzungsentscheidung eine dem Schädiger zuzurechnende adäquate Folge der Verletzung bzw. des Schadensereignisses ist. Dem Beamten verbleibt es dann, auf der Basis der Differenzmethode seinen Schaden zu berechnen, der in Höhe der Differenz zwischen den hypothetisch erzielten Bezügen (ohne die Ruhestandsversetzungsentscheidung) und den Versorgungsbezügen besteht.

### b. Selbständiger

Bei einer Tätigkeit aus selbständiger Arbeit kann nicht zum Zwecke der Berechnung des entgangenen Gewinns auf eine gleichwertige, tatsächlich jedoch nicht eingestellte Ersatzkraft abgestellt werden; vielmehr ist der Schaden danach zu bemessen, welche konkrete Minderung des Gewinns durch die Arbeitsunfähigkeit

---

<sup>1764</sup> BGH NJW 2011, 1146 (1146); BGH NJW-RR 2004, 821 (822); BGH VersR 1995, 1447 (1448); BGH NJW-RR 1995, 1272 (1272)

<sup>1765</sup> BGH NJW 2011, 1146 (1147); BGH NJW-RR 1999, 1039 (1040); BGH NJW 1998, 1633 (1633); BGH VersR 1995, 469 (470); BGH VersR 1995, 422 (424); BGH VersR 1993, 1284 (1285); BGH NJW 1993, 2673 (2673)

<sup>1766</sup> BGH NJW 2011, 1146 (1147)

<sup>1767</sup> OLG Celle, OLG-Report 2007, 131



des Selbständigen eingetreten ist.<sup>1768</sup> Auch insoweit kann sich der Geschädigte auf die Beweiserleichterungsregel des § 287 ZPO berufen, wobei es dem Geschädigten obliegt, konkrete Anhaltspunkte für eine ausreichende Grundlage einer Wahrscheinlichkeitsprognose Sorge zu tragen und damit darzulegen, inwieweit sich der Ausfall oder die Beeinträchtigung der Arbeitskraft sichtbar im Betriebsergebnis ausgewirkt hat.<sup>1769</sup> An den Nachweis der hypothetischen Entwicklung sind keine überzogenen Anforderungen zu stellen.<sup>1770</sup> Mithin ist es bedenkenfrei, wenn der entgangene Gewinn dadurch ermittelt wird, dass ein Vergleich mit den Betriebsergebnissen aus den Jahren vor dem Schadensereignis ermittelt wird. Dabei hat der Tatrichter allerdings auch in den Blick zu nehmen, dass ein Gewinnrückgang auf unfallunabhängigen Faktoren, insbesondere konjunkturellen Schwankungen, beruhen kann. Im Zweifelsfall bedarf es der Einholung eines Sachverständigengutachtens.<sup>1771</sup>

Anerkannt ist, dass dem Selbständigen eine abstrakte Berechnung des bei ihm konkret eingetretenen Erwerbsschadens verwehrt ist. Er kann folglich seinen entgangenen Gewinn nicht anhand abstrakter oder durchschnittlicher Zahlen aus der üblichen Tätigkeit vergleichbarer Personen oder durchschnittlichen Gewinnen oder Vergleichszahlen anderer vergleichbarer Unternehmer herleiten.<sup>1772</sup>

Der Grundsatz der Schadensminderung ist auch von dem Selbständigen zu beachten; er hat in Erwägung zu ziehen, ggf. eine Ersatzkraft einzustellen. Dies gilt dann, wenn ohne das schadensstiftende Ereignis von dem Selbständigen ein Gewinn erwirtschaftet worden wäre, der mindestens die Kosten für eine Ersatzkraft erreicht hätte. Bei kurzfristig unfallbedingter Arbeitsunfähigkeit ist daher die Einstellung einer Ersatzkraft kaum zu rechtfertigen, während dies bei längerfristiger Arbeitsunfähigkeit regelmäßig der Fall sein dürfte.<sup>1773</sup>

Besonderheiten ergeben sich, wenn aufgrund des schadensstiftenden Ereignisses durch einen Unfallversicherungsträger (z. B. Berufsgenossenschaft) der Ersatz des an den Selbständigen gezahlten Verletztengeldes begehrt wird. Grundsätzlich hat ein Unternehmer/Selbständiger die Möglichkeit, sich bei der für ihn zuständigen Berufsgenossenschaft freiwillig zu versichern. Gewährt der Unfallversicherungsträger das sog. Verletztengeld, erhebt sich die Frage, ob es sich bezüglich dieser Leistungen des Unfallversicherungsträgers um einen – ersatzfähigen – Erwerbsschaden handelt. Die Rechtsprechung geht dabei von folgenden Grundsätzen aus:

---

<sup>1768</sup> OLG Saarbrücken, NJW-RR 2013, 1112 (1116); Oetker in: MünchKomm BGB, § 252 Rdziff. 12

<sup>1769</sup> BGH NJW 2010, 1532 (1533)

<sup>1770</sup> BGH VersR 874 (875)

<sup>1771</sup> Palandt/Grüneberg, BGB, § 252 Rdziff. 14; OLG Celle, Urt. v. 23.06.2011 – 16 U 130/10, juris Rdziff. 72, 80, 82

<sup>1772</sup> BGH NJW 1993, 2673 (2674); OLG Celle, Urt. v. 23.06.2011 – 16 U 130/10, juris Rdziff. 87

<sup>1773</sup> Pardey in: Geigel, Kap. 4 Rdziff. 128

*„Das für einen Unternehmer zu zahlende Verletztengeld ist insoweit mit der Verletztenrente (§ 56 SGB VII) vergleichbar. Anders als im zivilrechtlichen Schadensersatzrecht, in dem nicht der Wegfall der Arbeitskraft und Erwerbsfähigkeit als Schaden im haftungsrechtlichen Sinne angesehen wird, sondern nur der dadurch entstandene Ausfall der Arbeitsleistung (...), stellt die Verletztenrente – wie das für einen Unternehmer zu zahlende Verletztengeld – nicht den Ersatz für einen im Einzelfall konkret nachweisbaren Schaden dar. Auch bei der Verletztenrente wird nicht der tatsächliche Minderverdienst ausgeglichen; vielmehr bemisst sich die Rente nach dem Unterschied der auf dem Gebiet des Erwerbslebens bestehenden Erwerbsmöglichkeiten des Verletzten vor und nach dem Unfall. Unerheblich ist insbesondere, ob und ggf. in welchem Umfang die Folgen des Unfalls zu einem Einkommensverlust geführt haben; die Rente wird beim Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen auch gewährt, wenn der Verletzte weiterhin eine Erwerbstätigkeit ausüben kann, durch die er Einkünfte bezieht (...). Insoweit hat der erkennende Senat hinsichtlich der Verletztenrente ausgeführt, der Sozialversicherungsträger könne in den Fällen, in denen es an einem konkreten Erwerbsschaden fehle und er mit den Rentenleistungen wirtschaftlich endgültig belastet bleibe, diesen Aufwand nicht über die Individualhaftung auf den Schädiger abwälzen. Die wirtschaftlich endgültige Belastung des Sozialversicherungsträgers sei nämlich eine Folge der Entscheidung des Gesetzgebers für ein Versicherungssystem, das seine sozialen Anliegen auf einer abstrakten Bemessungsgrundlage losgelöst von einer konkreten Schadensbetrachtung verwirkliche (...).“<sup>1774</sup>*

Insbesondere bei Selbständigen stellt sich mitunter die Frage, auf welche Weise dem Umstand zu begegnen ist, dass der Selbständige einen persönlichen Zeitaufwand im Zusammenhang mit der Schadensabwicklung investiert hat. Insoweit legt die Rechtsprechung eine differenzierende Betrachtungsweise zugrunde. Arbeitszeit, die der Geschädigte zur Schadensermittlung und zur außergerichtlichen Schadensfallabwicklung aufgewendet hat, ist – abgesehen von Ausnahmefällen außergewöhnlichen zeitlichen Umfangs oder wirtschaftlich bedrohlicher Auswirkungen<sup>1775</sup> – nicht als Vermögensschaden ersatzfähig.<sup>1776</sup> Der vorbeschriebene Aufwand wird der eigenen Sphäre des Geschädigten zugerechnet, d. h. zu seinem allgemeinen Lebensrisiko und wird von dem Schutzzweck der Haftungsnorm nicht umfasst. Demgegenüber ist diejenige Arbeitszeit, die der Geschädigte zur Schadensbeseitigung, z. B. für eine Reparatur der beschädigten Sache oder für eine Datenrekonstruktion aufwendet, grundsätzlich als Vermögensschaden ersatzfähig. Denn nach Ansicht der Rechtsprechung sei es nicht gerechtfertigt, solche besonderen Anstrengungen durch den Einsatz eigener Arbeitszeit oder diejenige eigener Mitarbeiter dem Schädiger zugute kommen zu lassen. Freilich muss die Tätigkeit, die der Geschädigte in der fraglichen Zeit ausgeübt habe, einen objektiv nach dem

<sup>1774</sup> BGH NJW 2010, 1532 (1533); BGHZ 153, 113 (123); BGH NJW 1982, 1589 (1590); BGHZ 54, 45 (50)

<sup>1775</sup> BGHZ 131, 220 (225); BGH VersR 1976, 938 (940); BGHZ 76, 216 (219); BGHZ 75, 230 (233); BGHZ 66, 112 (115); OLG Frankfurt, Urt. v. 18.03.2013 - 1 U 179/12, juris Rdziff. 56; OLG Oldenburg VersR 2009, 797 (800)

<sup>1776</sup> BGH NJW 2009, 1066 (1068); BGHZ 131, 220 (225 sowie die Angaben in der vorherigen FN)

Maß der Arbeitskraft zu bemessenden Geldwert/Marktwert haben. Daran fehlt es aber, wenn es sich um eine Tätigkeit handelt, die denknötwendig an die Person des Unternehmers gebunden ist.<sup>1777</sup>

Wenn sich Rechtsanwälte im Zusammenhang mit bei ihnen eingetretenen Schadensereignissen selbst vertreten, können für anwaltstypische Tätigkeiten Gebühren als Rechtsverfolgungskosten geltend gemacht werden, dies freilich nur dann, wenn der Umfang gewöhnlicher eigener Mühewaltung überschritten ist.<sup>1778</sup>

### c. Gesellschafter

Ist die geschädigte Person ein Gesellschafter und berechnet er seinen Schaden auch unter Zugrundelegung seines Gesellschafterstatus', so gilt es zunächst einmal zu differenzieren, und zwar:

Der Gesellschafter einer BGB-Gesellschaft (GbR) kann aus eigenem Recht solche (Folge-)Schäden ersetzt verlangen, die auf der Beeinträchtigung des Gesellschaftsanteils durch die rechtswidrige Verletzung des Körpers oder der Gesundheit beruhen, folglich eine Minderung des ihm zustehenden Gewinnanteils aus der Gesellschaft infolge des Ausfalls seiner Arbeitskraft.<sup>1779</sup> Gegebenenfalls stellt der Schaden auch die Beeinträchtigung des nach den gesellschaftsvertraglichen Regelungen zu bestimmenden Auseinandersetzungsguthabens bei einer auf der gesundheitlichen Schädigung beruhenden Notwendigkeit des Ausscheidens aus der Gesellschaft dar. Mithin kommt es auf den individuellen Anteil am Gewinn und Verlust der Gesellschaft an.

Wenn der Gesellschafter einer Personenhandelsgesellschaft im Unternehmen mitarbeitet, besteht sein Schaden in dem Betrag, um den sein Gewinnanteil in der Folge seines Ausfalls zurückgeht. Wenn im Gesellschaftsvertrag eine Regelung des Inhalts enthalten ist, dass der verletzte Gesellschafter bei länger andauernder Arbeitsunfähigkeit auf seine Kosten eine Ersatzkraft zu beschäftigen hat, kann in diesem Fall auch zum Zwecke der Schadensermittlung auf diese aufzuwendenden Kosten abgestellt werden.<sup>1780</sup> Diese Grundsätze sind auch zu beachten, wenn aus einer Personengesellschaft der zweitletzte Gesellschafter ausscheidet; in einem solchen Fall erlischt die Gesellschaft durch Konfusion. Der verbleibende Gesellschafter wird dann Gesamtrechtsnachfolger.<sup>1781</sup> Bei einer Ein-Mann-GmbH lässt sich der Erwerbsschaden des Gesellschafter-Geschäftsführers nicht anhand der

---

<sup>1777</sup> BGHZ 131, 220 (225); OLG Frankfurt, Urt. v. 18.03.2013 - 1 U 179/12, juris Rdziff. 56

<sup>1778</sup> OLG Frankfurt, Urt. v. 18.03.2013 - 1 U 179/12, juris Rdziff. 57, dort zum Ersatz für bei dem Kläger als Rechtsanwalt aufgetretenen Schaden im Zusammenhang mit amtspflichtwidrig vorgenommenen strafprozessualen Zwangsmaßnahmen

<sup>1779</sup> BGH NJW 2001, 972 (973); BGH VersR 1994, 316 (318)

<sup>1780</sup> Pardey in: Geigel, Kap. 4 Rdziff. 130; BGHZ IP 2004, 1047 (1048); BGHZ NJW 1993, 1917 (1918); BGHZ 113, 132 (133); BGHZ 71, 296 (300); BGHZ 48, 203 (206); Baumbach/Hopt, HGB, § 131 Rdziff. 35; Lorz in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, § 140 Rdziff. 39

<sup>1781</sup> BGH NVwZ-RR 2008, 674 (675)

Geschäftsführervergütung berechnen, vielmehr hat der Gesellschafter einen konkreten Geschäftsausfall darzulegen.<sup>1782</sup>

#### d. Personen ohne feste Beschäftigung

Die Rechtsprechung geht bei Personen ohne feste Beschäftigung bzw. bei einem seit längerer Zeit Arbeitslosen im Zweifel davon aus, dass er auf Dauer nicht ohne Einkünfte geblieben wäre.<sup>1783</sup> Hintergrund für diesen rechtlichen Ansatz ist der Umstand, dass nicht etwa der Arbeitskraft als solcher ein Vermögenswert beigegeben wird. Mithin stellt auch der Wegfall der Arbeitskraft allein keinen Schaden dar. Vielmehr wird an den Umstand angeknüpft, dass infolge des Wegfalls der Arbeitskraft kein Verdienst/Erwerb in dem Umfang (mehr) erzielt werden kann, in welchem es ohne das schadensstiftende Ereignis möglich gewesen wäre. Daher entsteht demjenigen, der nur von seinem Vermögen oder aber seiner Rente lebt, arbeitsunwillig oder arbeitslos ist, ohne Arbeitslosengeld oder Arbeitslosenhilfe beanspruchen zu können, allein durch den Verlust seiner Arbeitsfähigkeit noch kein ersatzpflichtiger Schaden.<sup>1784</sup> Gleichwohl tritt eine volle Ersatzpflicht in dem Moment ein, wenn durch die Beeinträchtigung der Arbeitskraft des Verletzten in seinem Vermögen ein konkreter Schaden entstanden ist. Ein solcher Schaden liegt nicht nur in dem Verlust von Arbeitseinkommen, sondern umfasst vielmehr alle wirtschaftlichen Beeinträchtigungen, die der Geschädigte erleidet, weil und soweit er seine Arbeitskraft verletzungsbedingt eben nicht verwehren kann, die also der Mangel der vollen Einsatzfähigkeit seiner Person mit sich bringt. Ein derartiger Vermögensschaden entsteht auch demjenigen, der den Anspruch auf Gewährung von Arbeitslosengeld II (§ 19 SGB II) verliert, weil er verletzungsbedingt erwerbsunfähig geworden ist.<sup>1785</sup>

### 3. Schaden vor/kurz nach Eintritt in das Berufsleben

Als problematisch erweist sich die Berechnung des Erwerbsschadens insbesondere dann, wenn die geschädigte Person noch nicht im Berufsleben gestanden hat oder aber sich der Schaden nur wenige Zeit nach Eintritt in das Berufsleben ereignete. Hierbei sind verschiedene Konstellationen in den Blick zu nehmen.

#### a. Schadensermittlung für einen Personenschaden bei einem jüngeren Kind

Trifft das Schadensereignis ein jüngeres Kind, über dessen berufliche Zukunft aufgrund des eigenen Entwicklungsstands zum Schadenszeitpunkt noch keinerlei

<sup>1782</sup> OLG Hamm, OLG-Report 1995, 271

<sup>1783</sup> BGH NJW-RR 1999, 1039 (1040); BGH NJW 1997, 937 (938); Palandt/Grüneberg, BGB, § 252 Rdziff. 17

<sup>1784</sup> BGHZ 197, 316 (319); BGHZ 176, 109 (112); BGHZ 90, 334 (336); BGHZ 54, 45 (52)

<sup>1785</sup> BGH, Urt. v. 19.09.2003 – III ZR 374/12, juris Rdziff. 15, 16; BGHZ 197, 316 (320); a. A. Plagemann/Probst, DAR 2012, 61 (67); Erman/Schiemann, BGB, § 842 Rdziff. 3; OLG Celle, Urt. v. 27.06.2012 – 14 U 193/10, juris Rdziff. 89; OLG Köln, OLG-Report 2009, 611 (612)

zuverlässige Aussage möglich ist, darf es dem Geschädigten (Kind) nicht zum Nachteil gereichen, dass die Beurteilung des hypothetischen Verlaufs der beruflichen Entwicklung mit nicht zu beseitigenden erheblichen Unsicherheiten behaftet ist. Denn es liegt in der Verantwortlichkeit des Schädigers, dass der Geschädigte in einem sehr frühen Zeitpunkt seiner Entwicklung aus der beruflichen Bahn geworfen wurde, und dass sich daraus die besondere Schwierigkeit ergibt, eine Prognose über deren Verlauf anzustellen. Daher darf sich der Tatrichter in derartigen Fällen seiner Aufgabe, auf der Grundlage von §§ 252, BGB, 287 ZPO eine Schadensermittlung vorzunehmen, nicht vorschnell unter Hinweis auf die Unsicherheit möglicher Prognosen entziehen.<sup>1786</sup>

Um den vorgenannten, von der Rechtsprechung aufgestellten Anforderungen gerecht zu werden, werden dann der Beruf, die Vor- und Weiterbildung der Eltern, deren Qualifikation in der Berufstätigkeit, die beruflichen Pläne für das Kind sowie schulische und berufliche Entwicklung des betroffenen Kindes (soweit vorhanden) sowie von Geschwistern herangezogen.<sup>1787</sup> Der Tatrichter wird sich auch dem Umstand zuzuwenden haben, ob sich aufgrund der tatsächlichen Entwicklung des Kindes zwischen dem schadensstiftenden Ereignis und dem Zeitpunkt der Schadensermittlung weitere Anhaltspunkte für etwaige Begabungen und Fähigkeiten und die Art der möglichen Erwerbstätigkeit ohne den Schadensfall ergeben.

Wenn sich keinerlei irgendwie geartete Anhaltspunkte ergeben, die entweder für einen Erfolg oder einen Misserfolg sprechen könnten, wird nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge von einem voraussichtlich durchschnittlichen Erfolg des Geschädigten in seiner Tätigkeit auszugehen und auf dieser Grundlage die weitere Prognose der entgangenen Einnahmen anzustellen und der Schaden auf der Grundlage von § 287 ZPO zu schätzen sein. Verbleibenden Risiken kann der Tatrichter durch Vornahme gewisser Abschläge Rechnung tragen.<sup>1788</sup>

#### b. Schadensermittlung bei rechtswidrigen Prüfungsentscheidungen

Prüfungsentscheidungen in Bezug auf Vor- oder Zwischenprüfungen oder aber ausbildungs- bzw. studiumsabschließende Prüfungen werden in der Regel durch rechtsbehelfs- bzw. rechtsmittelfähige Bescheide getroffen. Wenn durch ein verwaltungsgerichtliches Urteil die Rechtswidrigkeit dieser Bescheide feststeht, ist eine Amtspflichtverletzung indiziert mit der weiteren Folge, dass ggf. über einen darauf aufbauenden Erwerbs- bzw. Fortkommenschaden zu befinden ist. Auch hierbei wird in dem vorgenannten Sinn zu differenzieren sein, d. h. danach, ob eine Entscheidung in Bezug auf ein die Ausbildung/Studium abschließende Prüfung oder aber über eine Vor- und Zwischenprüfung befunden wurde.

---

<sup>1786</sup> BGH NJW 2011, 1148 (1150)

<sup>1787</sup> OLG Schleswig, OLG-Report 2009, 305 (308); OLG Karlsruhe, VersR 1989, 1101 (1102); OLG Frankfurt, VersR 1989, 48 (48)

<sup>1788</sup> BGH NJW 2011, 1148 (1150)

### aa. Ausbildungs-/Studiumsabschließende Prüfung

Die Rechtsprechung des III. Zivilsenats des BGH geht dahin, den Schutzzweck der für die Aufnahme einer beruflichen Tätigkeit notwendigen Abschlussprüfung obliegenden Amtspflichten darin zu erblicken, dem Prüfling die Ausübung des angestrebten Berufs zu ermöglichen. Wird der Kandidat an der Berufsausübung durch eine (rechtswidrige) Prüfungsentscheidung gehindert, ist ihm der entstandene Verdienstausfallschaden auf der Grundlage der Beweiserleichterungsregeln der §§ 252 BGB, 287 ZPO zu ermitteln.<sup>1789</sup>

Das erkennende Gericht hat im Rahmen der Schadensbestimmungen zunächst hypothetische Feststellungen über das Ergebnis einer rechtmäßig durchgeführten Prüfung zu treffen. Gelangt es zu dem Ergebnis, der Prüfling hätte die Prüfung auf keinen Fall bestanden, fällt die Klage der Abweisung anheim; lässt sich eine eindeutige Regelung nicht treffen, so hat das Gericht nach Maßgabe der bereits erörterten und noch zu erörternden Beweislastgrundsätze seine Entscheidung herbeizuführen.<sup>1790</sup> Ein Indiz dafür, dass der Geschädigte das Examen bei rechtmäßiger Bewertung seiner schriftlichen Arbeit bestanden hätte, folgt aus dem Umstand, dass es ihm nächster Möglichkeit, sich der mündlichen Prüfung zu stellen, gelungen ist, diese sofort zu bestehen, sodass er auch die zum Bestehen des Examens insgesamt erforderliche Punktzahl erreichte. Ein weiteres gewichtiges Indiz folgt aus der Erfahrungstatsache, dass üblicherweise Prüflinge mit einer sehr geringen Punktzahl im schriftlichen Prüfungsteil die Chance, sich im mündlichen Teil das Bestehen des Examens zu sichern, erfolgreich nutzen können.<sup>1791</sup> Der Schaden, der infolge des verspäteten Eintritts in das Erwerbsleben entsteht, ist nach Maßgabe der o. a. Grundsätze zu ermitteln, wobei auch insoweit die bereits erwähnten Beweiserleichterungen zum Zuge kommen.

Besonderheiten treten auf, wenn der Prüfling nicht direkt gegen die haftende Anstellungskörperschaft vorgeht, sondern vielmehr – wegen einer Fristversäumung – seinen Anwalt in Regress nimmt; klagt er auf Ersatz entgangener Referendarbezüge, muss der Prüfling darlegen und ggf. beweisen, dass das Verwaltungsgericht ohne die anwaltliche Pflichtverletzung (Fristversäumnis) das Prüfungsamt erfolgreich verpflichtet hätte, die Prüfungsleistungen neu zu bescheiden, diese Neubescheidung erfolgreich gewesen und der Prüfling damit zur mündlichen Prüfung zugelassen worden wäre, er diese bestanden und im geltend gemachten Zeitraum den Referendardienst auch tatsächlich abgeleistet hätte. Jedenfalls für letztgenannten Umstand kommen ihm die Beweiserleichterungen der §§ 252 BGB, 287 ZPO nicht zugute.<sup>1792</sup>

---

<sup>1789</sup> BGHZ 139, 200 (209); BGH NJW 1983, 2241 (2242)

<sup>1790</sup> vgl. zu den Beweislastgrundsätzen u. S. 476 ff.

<sup>1791</sup> OLG München, NJW 2007, 1005 (1007)

<sup>1792</sup> OLG Jena, OLG-Report 2008, 570

### bb. Vor- und Zwischenprüfungen

Geht es nicht um Prüfungsendentscheidungen, sondern vielmehr um Vor- und Zwischenprüfungen, wird die rechtliche Bewertung entscheidend darauf abzustellen sein, dass die bei Vor- und Zwischenprüfungen zu beachtenden Amtspflichten den Zweck verfolgen, dem Kandidaten die ordnungsgemäße Fortsetzung der Ausbildung bzw. des Studiums zu erlauben. Die ungehinderte Fortsetzung der Ausbildung bzw. des Studiums mündet jedoch erst bzw. nur dann in einen entsprechenden Verdienstaufschaden ein, wenn der Prüfling (ggf. auf der Grundlage einer richterlichen Prognoseentscheidung) für die Ausübung des angestrebten Berufs überhaupt hinreichend geeignet und befähigt ist. Ist der Prüfling von vornherein nicht in der Lage, die berufliche Endqualifikation, für welche die in Rede stehende Vorprüfung lediglich ein Zwischenstadium darstellt, zu erreichen, erweist sich die angestrebte Verdienstmöglichkeit als von vornherein nicht erreichbar, mit der weiteren Folge, dass dem Prüfling nicht erst durch eine fehlerhafte Prüfungsentscheidung diese Verdienstmöglichkeit genommen worden ist. Es mangelt in einem solchen Fall bereits an der haftungsausfüllenden Kausalität zwischen der Amtspflichtverletzung und dem (Vermögens-)Schaden.<sup>1793</sup>

### c. Schadensermittlung bei einem Berufsanfänger

Auch bei einem Berufsanfänger gelten die bereits dargestellten Anforderungen an das Maß der Darlegungs- und Beweislast. Grundlage tatrichterlicher Beurteilung ist eine Prognose entsprechend dem gewöhnlichen Lauf der Dinge, insbesondere auf der Grundlage dessen, was zur Ausbildung und bisherigen beruflichen Situation des Betroffenen festgestellt werden kann. Zwar muss der Geschädigte möglichst konkrete Anhaltspunkte für eine prognostische Beurteilung darlegen, wobei die Anforderungen nicht zu hoch festgesetzt werden dürfen.<sup>1794</sup>

### E. Haftungsprivilegierende Wirkung der §§ 2 Abs. 1, 106 Abs. 1, 105 Abs. 1 SGB VII bei Schulunfällen

Wenn die tatbestandlichen Voraussetzungen des Amtshaftungsanspruchs erfüllt sind, gewähren § 839 Abs. 1 S. 1 BGB i. V. m. Art. 34 S. 1 BGB als Rechtsfolge grundsätzlich – wie bereits dargelegt – einen Verdienstaufschaden, aber auch ein Schmerzensgeld. Anwendungsfälle für die Gewährung eines Schmerzensgeldes rekrutieren sich im Wesentlichen aus dem Bereich des Straßenverkehrs, finden sich aber häufig auch bei nicht vermuteten Fallgestaltungen; so begründet nach Auffassung des OLG Celle eine schuldhaft amtspflichtwidrige Notengebung bei Prüfungsarbeiten (des 1. Juristischen Staatsexamens) neben einem Schadensersatz auch einen Schmerzensgeldanspruch des Prüflings in Höhe von 10.000,00 DM, wenn dieser nach Bekanntgabe der Noten vor der mündlichen Prüfung davon

<sup>1793</sup> BGHZ 139, 200 (209)

<sup>1794</sup> BGH NJW 1998, 1633 (1634); Palandt/Grüneberg, BGB, § 252 Rdziff. 17

ausgehen musste, das Examen nicht mehr bestehen zu können und infolge dessen psychisch erkrankte und dadurch prüfungsunfähig wurde.<sup>1795</sup>

Wenn ein Ministerialbeamter gegenüber einer Schulleiterin vor dem gesamten Lehrerkollegium eine sog. „Scheibenwischergeste“ vornimmt, stellt dies nach Ansicht des OLG Koblenz einen massiven Eingriff in das Persönlichkeitsrecht der von der Geste Betroffenen dar und begründet einen Schmerzensgeldanspruch (dort: 1.000,00 €).<sup>1796</sup>

Insbesondere der letztgenannte Fall leitet zu dem Bereich über, in welchem eine Haftungsprivilegierung Platz greift, und zwar dem Schulbereich.<sup>1797</sup>

### *I. Gegenstand und Rechtfertigung der Haftungsprivilegierung*

Wenn die entsprechenden Anwendungsvoraussetzungen der §§ 2 Abs. 1 Ziff. 8 b, 106 Abs. 1 Ziff. 2, 105 Abs. 1 S. 1 SGB VII vorliegen, so ist im Zusammenhang mit dem Schulunfall eines Schülers die Beanspruchung von Schmerzensgeld und/oder Verdienstaufschaden ausgeschlossen.<sup>1798</sup> Allgemein ausgedrückt wird durch die vorgenannten Vorschriften die Geltendmachung jedweden Personenschadens ausgeschlossen; eine Vermögensbeeinträchtigung ist ein Personenschaden, wenn sie durch die Verletzung oder Tötung eines Menschen verursacht wird. Hierunter fällt nicht nur immaterielle Schaden (Schmerzensgeld), sondern auch jeder mittelbar materielle Vermögensschaden als Folge der Körperverletzung.<sup>1799</sup> Nicht ausgeschlossen sind Sachschäden (ausgenommen diejenigen nach § 8 Abs. 3 SGB VII); der vorgenannte Haftungsausschluss erfasst ebenso wenig Schmerzensgeldansprüche von Angehörigen oder Hinterbliebenen eines Versicherten aufgrund sog. Schockschäden.<sup>1800</sup>

Der Gesetzgeber hat die Geltendmachung von Personenschäden, insbesondere Schmerzensgeld, bewusst ausgeschlossen, um z. B. bei Schulunfällen den Schulfrieden, der auf dem gemeinsamen Zusammenwirken Vieler gründet, nicht neben dem bedauerlichen Unfall noch zusätzlich durch die Möglichkeit, ggf. Schmerzensgeld u. a. zahlen zu müssen, zu belasten.<sup>1801</sup>

Der Ausschluss von Ansprüchen gem. § 104 Abs. 1 SGB VII (der gem. § 106 SGB VII in den dort genannten Fällen entsprechend gilt) wegen eines Personenschadens wird sowohl vom BVerfG als auch vom BGH für verfassungskonform

<sup>1795</sup> OLG Celle, Urt. v. 18.09.2001 – 16 U 135/96, juris; vgl. dazu auch Rohlfing MedR 2013, 23 (27)

<sup>1796</sup> OLG Koblenz, Urt. v. 01.06.2005 – 1 U 1161/04, juris Rdziff. 19

<sup>1797</sup> Auch im Arbeitsleben gibt es eine derartige Haftungsprivilegierung, aus Gründen der Systematik soll dieser Bereich allerdings vorliegend ausgespart bleiben.

<sup>1798</sup> BGHZ 151, 198 (200 f.), dort allerdings entschieden zu § 106 Abs. 3 Fallgruppe III SGB VII; OLG Frankfurt, Urt. v. 14.03.2013 - 1 U 200/12, juris Rdziff. 2; OLG München, Beschl. v. 20.10.2011 - 1 U 3710/11, juris Rdziff. 6; OLG Stuttgart, Urt. v. 06.07.2011 – 4 U 46/11, juris Rdziff. 27

<sup>1799</sup> BGH NZS 2012, 546 (547); BGH NJW-RR 2007, 1395 (1396)

<sup>1800</sup> BGH NJW-RR 2007, 1395

<sup>1801</sup> OLG Frankfurt, Urt. v. 14.03.2013 – 1 U 200/12, juris Rdziff. 3



erachtet; ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG liege insbesondere deswegen nicht vor, weil die Ungleichbehandlung von geschädigten Arbeitnehmern bzw. Schülern im Vergleich zu sonstigen Geschädigten, die bei Unfallschäden ein Schmerzensgeld von ihrem Schädiger verlangen könnten, durch das Vorliegen wichtiger sachlicher Gründe gerechtfertigt sei.<sup>1802</sup> Die Haftungsprivilegierung gilt auch im Bereich der Amtshaftung. Denn nach Auffassung des BGH habe die personale Konstruktion der Amtshaftung zur Folge, dass der Staat grundsätzlich nur in dem gleichen Umfang hafte, wie der Amtsträger selbst es müsste, wenn es die Haftungsverlagerung (Art. 34 GG) nicht gäbe. Dies bedeute, dass sämtliche auf die persönliche Verantwortlichkeit des Amtsträgers zugeschnittenen gesetzlichen Haftungsbeschränkungen/-milderungen oder -privilegien mittelbar auch dem Staat zugute kommen müssten.<sup>1803</sup>

## *II. Anwendungsvoraussetzung: Schulbezogenheit*

Die Haftungsprivilegierung des Schulträgers im Rahmen eines gegen ihn gerichteten Amtshaftungsanspruchs aus Anlass eines Schulunfalls greift indessen nur dann, wenn die Verletzungshandlung „schulbezogen“ war, diese mithin auf der typischen Gefährdung aus engem schulischen Kontakt beruht und deshalb einen inneren Bezug zum Schulbesuch aufweist und nicht lediglich „bei Gelegenheit“ des Schulbesuchs erfolgte.<sup>1804</sup> Nach Ansicht des BGH seien als schulbezogen insbesondere Verletzungshandlungen anzusehen, die aus Spielereien, Neckereien und Raufereien unter den Schülern hervorgegangen seien, ebenso Verletzungen, die in Neugier, Sensationslust und dem Wunsch, den Schulkameraden zu imponieren, ihre Erklärung finden würden. Dasselbe gälte für Verletzungshandlungen, die auf übermütigen und bedenkenlosen Verhaltensweisen in einer Phase der allgemeinen Lockerung der Disziplin – insbesondere in den Pausen oder auf Klassenfahrten oder nach Beendigung des Unterrichts oder während der Abwesenheit der Aufsichtspersonen – beruhten. Da der Haftungsausschluss bei Schulunfällen den Schulfrieden und das ungestörte Zusammenleben von Lehrern und Schülern in der Schule gewährleisten solle, dürfe das Haftungsprivileg nicht eng ausgelegt werden. Die innere schulische Verbundenheit von Schädiger und Verletztem, die in dem Unfall zum Ausdruck kommen müsse, erfordere allerdings stets, dass die konkrete Verletzungshandlung durch die Besonderheiten des Schulbetriebs geprägt werden, was in der Regel eine engere räumliche und zeitliche Nähe zu dem

---

<sup>1802</sup> BVerfG NJW 1995, 1607 (1608) sowie BVerfGE 34, 118 (128), dort noch zur Vorgängerregelung des § 636 Abs. 1 S. 1 RVO; BGH NJW 2009, 2956 (2957), dort zum Haftungsausschluss für Unfälle im Kindergartenbereich

<sup>1803</sup> BGHZ 151, 198 (200); BGHZ 146, 385 (388)

<sup>1804</sup> BGH NJW 2009, 681 (682); BGH VersR 1992, 854 (855); BGH VersR 1987, 781 (782); BGHZ 67, 279 (281); OLG München, Beschl. v. 20.10.2011 - 1 U 3710/11, juris Rdziff. 6

organisierten Schulbetrieb voraussetze.<sup>1805</sup> Unter welchen Voraussetzungen dann noch bzw. nicht mehr von einer Schulbezogenheit auszugehen ist, bleibt stets der tatrichterlichen Einschätzung im Einzelfall vorbehalten. Eine Schulbezogenheit wurde in folgenden Fällen bejaht:

- Verletzungen eines Grundschulkindes auf dem Schulgelände, die dadurch verursacht werden, dass das Kind beim Spielen in einer Unterrichtspause auf dem Schulhof gegen ein an einer Wand des Schulgebäudes angebrachtes Wasserhahn läuft;<sup>1806</sup>
- Schneeballschlacht zwischen Schülern an einer ca. 100 m von der Schule entfernten Bushaltestelle;<sup>1807</sup>
- Sturz einer Schülerin in einem Schulbus, der zugleich Linienbus ist;<sup>1808</sup>
- Werfen von Feuerwerkskörpern durch einen Schüler während einer Unterrichtspause auf dem Schulhof in Richtung einer Gruppe von Schülern;<sup>1809</sup>
- Schlagen von Kugeln aus Aluminiumfolie mit Hilfe einer Eisensäge, wobei sich bei einem Schlag das Sägeblatt löste;<sup>1810</sup>

### III. Ausschluss der Haftungsprivilegierung bei vorsätzlichem Handeln

Durch die Ausgestaltung der Haftungsprivilegierung in § 104 SGB VII hat der Gesetzgeber zum Ausdruck gebracht, dass diese Haftungsentsperrung bei vorsätzlichem Handeln in Wegfall gerät. Dafür ist es allerdings wiederum erforderlich, dass nicht nur bezüglich der Verletzungshandlung vorsätzlich gehandelt worden ist, vielmehr muss sich der Vorsatz auch auf den Verletzungserfolg beziehen; der Schädiger muss also zu mindestens billigend in Kauf genommen haben, dass der Verletzungserfolg eintritt.<sup>1811</sup> Aus dem – regelmäßig von Klägerseite zu erfolgenden – Sachvortrag müssen sich also hinreichende Anhaltspunkte für die sichere Schlussfolgerung ergeben, dass sich der Vorsatz des Schädigers zumindest auch auf den eingetretenen Schaden bezogen hat, er diesen Schaden (mindestens billigend) in Kauf genommen hat, er also mit dem Eintritt des Verletzungserfolgs

<sup>1805</sup> BGH NJW 2009, 681 (682); BGH NJW-RR 2004, 682 (683); BGH VersR 1988, 167 (167 f.); BGH VersR 1987, 781 (782)

<sup>1806</sup> OLG München, Beschl. v. 20.10.2011 – 1 U 3710/11

<sup>1807</sup> BGH NJW 2009, 681

<sup>1808</sup> OLG Celle, OLG-Report 2006, 742

<sup>1809</sup> BGH NJW-RR 2004, 882

<sup>1810</sup> BGHZ 154, 11

<sup>1811</sup> BGHZ 154, 11 (13 ff.); OLG Frankfurt, Urt. v. 14.03.2013 – 1 U 200/12, juris Rdziff. 2 je m. w. N.

einverstanden gewesen sein könnte.<sup>1812</sup> Die Rechtsprechung zeigt sich im Hinblick auf die Annahme eines solchen (bedingten) Vorsatzes im Schulbereich sehr zurückhaltend. Beispiele für die Verneinung einer vorsätzlichen Handlung sind:

- Der fehlende Prallschutz an der mit unverputzten Klingersteinen besetzten Wand der Sporthalle begründet regelmäßig nur den Vorwurf der (bewussten) Fahrlässigkeit, indiziert – als Verstoß gegen Unfallverhütungsvorschriften – aber noch kein – bedingt – vorsätzliches Verhalten;<sup>1813</sup>
- Werfen von Feuerwerkskörpern während einer Unterrichtspause auf dem Schulhof in Richtung einer Gruppe von Schülern;<sup>1814</sup>
- Werfen von Kugeln aus Aluminiumfolie mit Hilfe einer Eisensäge, wobei sich bei dem zweiten Schlag das Sägeblatt löst;<sup>1815</sup>
- Manipulation an einem Lehrerfahrrad nach Schulschluss außerhalb des Schulgeländes und dadurch verursachte schwere Orbita- und Jochbeinfraktur;<sup>1816</sup>
- Trommelfellperforation eines Schülers durch eine Ohrfeige des Lehrers;<sup>1817</sup>
- Haarezerren durch 13-jährige Schülerin mit schwerer Kopfschwartenverletzung;<sup>1818</sup>
- Beinstellen durch 12-jährigen Schüler und dadurch bedingtem Sturz mit Armbruch;<sup>1819</sup>
- Verletzung eines Mitschülers durch einen Messerstich, verursacht von einem 7-jährigen Schüler infolge des Gefühls hilfloser Unterlegenheit, wobei der von vier Mitschülern geneckt, provoziert und gequält wurde;<sup>1820</sup>

---

<sup>1812</sup> OLG Frankfurt, Urt. v. 14.03.2013 - 1 U 200/12, juris Rdziff. 4

<sup>1813</sup> OLG Stuttgart, Urt. v. 06.07.2011 - 4 U 46/11, juris, bestätigt durch BGH NZS 2012, 546

<sup>1814</sup> BGH NJW-RR 2004, 882

<sup>1815</sup> BGHZ 154, 11

<sup>1816</sup> OLG Schleswig VersR 2002, 238

<sup>1817</sup> OLG Frankfurt, OLG-Report 2001, 133

<sup>1818</sup> BGH VersR 1980, 164

<sup>1819</sup> OLG Köln VersR 1977, 451

<sup>1820</sup> BGHZ 67, 279



## **Zehnter Teil: Formell-rechtliche Aspekte des Rückgriffsanspruchs (Regress) des Dienstherrn gegen den Amtswalter**

Die Regelungen in § 839 BGB i. V. m. Art. 34 GG betreffen (lediglich) die Schadensersatzpflicht des Staates bzw. der Anstellungskörperschaften des handelnden Amtswalters gegenüber dem geschädigten Bürger. Mit anderen Worten bilden die vorgenannten Regelungen eine Anspruchsgrundlage für das Außenverhältnis.<sup>1821</sup>

Ist ein Amtshaftungsanspruch zu bejahen und demgemäß der Amtshaftungsklage stattzugeben, so wird bei Vorliegen einer rechtskräftigen zivilgerichtlichen Amtshaftungs-Entscheidung die Anstellungskörperschaft konsequenterweise die Frage zu klären haben, ob der die Amtspflichtverletzung verursachende Amtswalter in Regress zu nehmen ist. Diese Frage betrifft das Innenverhältnis zwischen der Anstellungskörperschaft und dem Amtswalter. Herkömmlicherweise werden bei der Haftung des Amtswalters die Begrifflichkeiten Innenregress und Eigenhaftung unterschieden.

---

<sup>1821</sup> Maurer, § 26 Rdziff. 10

## 34. Kapitel: Innenregress und Rückgriffsvorbehalt

### A. Abgrenzung des sog. Innenregresses zur Eigenhaftung des Beamten

Die Terminologien in Bezug auf die evtl. Verpflichtung des Beamten auf Leistung von Schadensersatz sind nicht eindeutig. Häufig genug findet sich der Begriff der sog. „Innenhaftung“, der allerdings nicht zwingend klärend wirkt. Ausgangspunkt aller Überlegungen muss sein, dass der Amtswalter seinen Dienstherrn entweder unmittelbar oder mittelbar schädigen kann. Unmittelbar z. B. schädigt der Amtswalter bzw. Beamte seinen Dienstherrn dann, wenn er Eigentum oder andere Rechtsgüter des Dienstherrn (vorsätzlich oder fahrlässig) beschädigt. Dann tritt eine sog. Eigenhaftung des Beamten gegenüber dem Dienstherrn ein; die Rechtsgrundlage für die Ausgleichspflicht des Beamten findet sich in den spezifischen beamtenrechtlichen Bestimmungen, nicht hingegen im amtshaftungsrechtlichen Bereich.

Vom sog. Innenregress ist bei „Rückgriff der bei Anwendung von Amtshaftungsgrundsätzen allein passiv legitimierten öffentlich-rechtlichen Körperschaft nach deren Inanspruchnahme“ die Rede.<sup>1822</sup>

Durch das im Wesentlichen mit Wirkung zum 01.04.2009 in Kraft getretene Beamtenstatusgesetz (BeamtStG) wurde der – bisher in § 46 Abs. 1 BRRG verankerte – Grundsatz der vermögensrechtlichen Haftung der Beamten gegenüber dem Dienstherrn fortgeschrieben. Indessen sind die ursprünglich einmal bestehenden Unterschiede zwischen der Eigenhaftung (unmittelbare Schädigung des Dienstherrn) bzw. dem Innenregress (mittelbare Schädigung des Dienstherrn) dadurch nivelliert worden, dass der Beamte gegenüber seinem Dienstherrn im hoheitlichen Bereich nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu haften hat. Diese in § 48 S. 1 BeamtStG vorgesehene Beschränkung begrenzt auch das Ermessen des Dienstherrn bei der Gewährung von aus der Fürsorgepflicht nach § 45 BeamtStG abgeleiteten Schadensersatzansprüchen an den Beamten.<sup>1823</sup> Für den nicht hoheitlichen Bereich gilt die Haftungsbegrenzung nicht. Inwieweit die mit der Haftungsbegrenzung in § 48 S. 1 BeamtStG korrespondierende Rückgriffsbeschränkung in Art. 34 S. 2 GG auf Beliehene und Verwaltungshelfer ausgedehnt werden kann, wird zu untersuchen sein.<sup>1824</sup>

---

<sup>1822</sup> BGHZ 181, 65 (76) = NJW-RR 2009, 1398 (1401); Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 385; Ossenbühl/Cornils S. 120

<sup>1823</sup> Reich, BeamtStG, § 48 Rdziff. 3 a.E.; VG Gießen, NVwZ-RR 1997, 429 (429), dort zu §§ 46 Abs. 1 BRRG, 91, 94 Hess. BG

<sup>1824</sup> vgl. dazu S. 539 ff.

## B. Rückgriffsvorbehalt und Rückgriffspflicht

Bereits der Wortlaut von Art. 34 S. 2 GG weist aus, dass es sich um keine Anspruchsgrundlage handelt; vielmehr bleibt der Rückgriff lediglich „vorbehalten“. Durch diese Formulierung wird allerdings keine gesetzliche Rückgriffspflicht implementiert. Der Dienstherr ist also nicht kraft Art. 34 S. 2 GG verpflichtet, seinen fehlsam handelnden Beamten in Regress zu nehmen. Gleichwohl wird der mit der Regressprüfung beauftragte Beamte (Dienstvorgesetzter) i. d. R. ein Regressverfahren durchführen, nicht zuletzt deswegen, um ein etwaiges, gegen ihn selbst gerichtetes Regressverfahren zu vermeiden. Der Rückgriff selbst bedarf, da Art. 34 S. 2 GG lediglich einen Rückgriffsvorbehalt vorsieht, einer spezialgesetzlichen Ermächtigung, die wiederum in §§ 75 BBG, 48 BeamtStG bzw. in den spezifischen landesbeamtenrechtlichen Vorschriften enthalten ist.

Art. 34 S. 2 GG steht – ebenso wie Art. 34 S. 1 GG – unter einem Gesetzesvorbehalt. Art. 34 S. 1 GG legt nur Allgemeingrundsätze fest, die wiederum Abweichungen zugänglich sind. Es können also Ausdehnungen der Haftung ebenso wie Einschränkungen vorgenommen werden. Dies ergibt sich bereits aus der Verwendung des Wortes „grundsätzlich“ in Art. 34 S. 1 GG. Damit ist auch zum Ausdruck gebracht, dass es sich bei dem Prinzip der mittelbaren Staatshaftung im Sinne der Schuldübernahmekonstruktion nicht etwa um ein lückenloses Prinzip handelt. Vielmehr ist dieses Prinzip einfachgesetzlichen Regelungen zugänglich, welches wiederum Voraussetzungen und Umfang der öffentlich-rechtlichen Haftungsübernahme modifiziert.<sup>1825</sup> Auch wenn sich dies im Übrigen aus dem Wortlaut von Art. 34 S. 1 GG nicht ausdrücklich ergibt, folgt Entsprechendes aus der Entstehungsgeschichte. Art. 34 GG geht auf Art. 131 WRV zurück. In Art. 131 Abs. 2 WRV war ausgeführt, dass „die nähere Regelung der zuständigen Gesetzgebung“ obliegt. An dieser Systematik wollte und hat der Grundgesetzgeber nichts geändert.<sup>1826</sup> Entsprechendes gilt auch für die Regelung in Art. 34 S. 2 GG. Der in Art. 131 Abs. 2 WRV vorgesehene Gesetzesvorbehalt bezog sich auf den gesamten Inhalt der Regelung und mithin auf die dem Art. 34 S. 2 GG entsprechende Bestimmung des Art. 131 Abs. 1 S. 2 WRV. Auch der in Art. 34 S. 2 GG vorgesehene Rückgriffsvorbehalt wird als Gesetzesvorbehalt zu verstehen sein.<sup>1827</sup>

---

<sup>1825</sup> BVerfGE 61, 149 (194, 199)

<sup>1826</sup> BVerfGE 61, 149 (197, 200); BVerwGE 137, 377 (380) = NVwZ 2011, 368 (369)

<sup>1827</sup> BVerwGE 137, 377 (380) = NVwZ 2011, 368 (369)

### 35. Kapitel: Die Zulässigkeit des ordentlichen Rechtswegs

Für die Frage, ob ein Rechtsstreit bürgerlich-rechtlichen oder aber öffentlich-rechtlichen Charakter hat, ist die wahre Natur des rechtshängigen Anspruchs maßgeblich, und zwar so, wie er sich nach dem klägerischen Sachvortrag darstellt, völlig losgelöst davon, ob der Kläger eine zivilrechtliche oder aber öffentlich-rechtliche Anspruchsgrundlage für einschlägig erachtet.<sup>1828</sup> Für die Frage des zulässigen Rechtsweges ist es daher schon von Bedeutung, ob es sich um einen amtshaftungsbezogenen Rückgriffsanspruch (Innenregress) oder aber um eine Eigenhaftung des Beamten geht. Im letztgenannten Fall, wenn es mithin um Schadensersatzansprüche des Dienstherrn gegen einen Beamten geht, ist ein solcher Anspruch öffentlich-rechtlicher Natur, sodass ausschließlich die Bestimmungen des Beamtenrechts maßgeblich sind und dadurch ein Rückgriff auf die Vorschriften des allgemeinen Rechts, insbesondere auch auf die deliktsrechtlichen Grundlagen des bürgerlichen Rechts, nicht zugelassen sind.<sup>1829</sup> Ist mithin ein Verfahren vor einem Zivilgericht rechtshängig gemacht worden, in welchem um Schadensersatzansprüche des Dienstherrn gegen einen Beamten (außerhalb der amtshaftungsbezogenen Rückgriffsansprüche) gestritten wird, ist der Rechtsstreit zwingend an das zuständige Verwaltungsgericht zu verweisen. Dies gilt allerdings nach näherer Maßgabe des § 17 a Abs. 5 GVG nicht mehr für das Rechtsmittelgericht. Nach dieser Vorschrift prüft das Rechtsmittelgericht nicht (mehr) die Zulässigkeit des beschrittenen Rechtswegs. § 17 a Abs. 5 GVG käme nur dann nicht zur Anwendung, wenn es die Vorinstanz versäumt hätte, nach einer rechtzeitig erhobenen Rüge das Verfahren, welches nach § 17 a Abs. 3 S. 2 GVG (Beschluss-Entscheidung über die Zulässigkeit des Rechtswegs) vorgesehen ist, einzuleiten.<sup>1830</sup>

Die Amtshaftung ist ein Teil des Rechts der öffentlich-rechtlichen Schadensersatz- und Entschädigungsleistungen und wird aus diesem Grund systematisch dem öffentlichen Recht/Verwaltungsrecht zugeordnet.<sup>1831</sup> Obschon der Amtshaftungsanspruch dem öffentlichen Recht entspringt, ist er – teilweise – im BGB normiert. Die Entscheidung im Rahmen eines Amtshaftungsprozesses ist wegen Art. 34 S. 3 GG den Zivilgerichten als ordentlichen Gerichten zugewiesen. In

<sup>1828</sup> BGHZ 162, 78 (80); BGH WM 2008, 2153 (2153); BGHZ 176, 222 (224); BGH NVwZ 2009, 928 (928); BGH NJW-RR 2008, 610 (611); BGHZ 108, 284 (286); BGHZ 103, 255 (257)

<sup>1829</sup> BGH NVwZ 2009, 928 (928) m. w. N.

<sup>1830</sup> BGH NVwZ 2009, 928 (928); BGH NJW 2008, 3572 (3573); BGHZ 132, 245 (247); BGHZ 121, 367 (370); BayVGH, Beschl. v. 01.02.2013 - 3 B 12.1754, juris Rdziff. 15; die Verweisung vom Verwaltungsgericht an das für Amtshaftungssachen zuständige Gericht behandelt: VG München, Beschl. v. 11.01.2013, M 17 K 11.5272, juris

<sup>1831</sup> BVerfGE 61, 149 (176); Maurer, vor § 25 Rdziff. 2; zu den sich aus der Rechtswegzersplitterung ergebenden Fragen: Schlick, FS Krämer S. 527 ff.



erster Instanz entscheiden auf der Grundlage der in § 71 Abs. 2 Ziff. 2 GVG geregelten sachlichen Zuständigkeit die Landgerichte, und zwar nicht nur für den eigentlichen Amtshaftungsanspruch selbst, sondern auch für den „Rückgriff“. Nach Maßgabe des Art. 34 S. 3 GG darf für den Anspruch auf Schadensersatz und für den Rückgriff der ordentliche Rechtsweg nicht ausgeschlossen werden. Diese und andere mit der Zuweisung des Rechtswegs in Zusammenhang stehende Regelungen weisen leider nicht die gebotene Eindeutigkeit auf, sodass auch die formelle, d.h. prozessuale Seite des Regressverfahrens zu einer Reihe von Fragen führt. Wie sonst wäre es zu erklären, dass in der – zugegebenermaßen älteren – Rechtsprechung Regressansprüche des Dienstherrn gegen einen Beamten dem Verwaltungsrechtsweg zugewiesen sind, und zwar auch dann, wenn die Haftung für den Beamten auf einer Amtspflichtverletzung bei Ausübung einer nicht hoheitlichen Tätigkeit beruhte.<sup>1832</sup>

#### A. Verfassungsrechtliche Garantie des ordentlichen Rechtswegs

Art. 34 S. 3 GG stellt selbst keine spezielle Sonderzuständigkeitsregelung bzw. Sonderzuweisung dar. In dieser Verfassungsnorm ist vorgesehen, dass der ordentliche Rechtsweg „nicht ausgeschlossen“ werden darf. Es handelt sich (lediglich) um eine Rechtsweggewährleistung zugunsten der Zivilgerichte, die allein historisch zu erklären ist. Dies liegt an dem Umstand, dass § 839 BGB als Teil des Amtshaftungsanspruchs im Deliktsrecht normiert ist und die Zivilgerichte über deliktische Ansprüche allgemein hin entscheiden; des Weiteren spielt auch die – heute selbstverständlich überwundene – Vorstellung von der Theorie des sog. Mandatskontrakts eine Rolle.<sup>1833</sup> Überdies gilt im Hinblick auf die Gewährleistung des ordentlichen Rechtswegs zu berücksichtigen, dass seinerzeit in persönlicher und sachlicher Hinsicht unabhängige Gerichte lediglich in der „ordentlichen“ Gerichtsbarkeit judizierten; die Verwaltungsgerichtsbarkeit besaß jene Qualifikation in den unteren Instanzen damals noch nicht. So ist es zu erklären, dass ein vollwertiger Rechtsschutz eben nur über die „ordentliche“ Gerichtsbarkeit gewährleistet werden konnte.<sup>1834</sup>

Die Zulässigkeit des ordentlichen Rechtswegs ist allerdings nicht bereits dadurch gegeben, dass sich der Kläger auf Amtshaftungsansprüche beruft und damit die zivilgerichtliche Zuständigkeit begründet wissen möchte. Klagen vor den ordentlichen Gerichten auf Unterlassung und Schadensersatz sind, auch wenn zu ihrer Begründung der Kläger bürgerlich-rechtliche Bestimmungen heranzieht, insbesondere dann unzulässig, wenn in Wahrheit der Ausübung von Hoheitsrech-

---

<sup>1832</sup> VG Köln VersR 1964, 394

<sup>1833</sup> Papier in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 34 Rdziff. 306; Bonk in: Sachs, GG, Art. 34 Rdziff. 112; Pieper in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, GG, Art. 34 Rdziff. 48; von Danwitz in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 34 Rdziff. 130; Papier in: MünchKomm BGB, § 839 Rdziff. 374; Ossenbühl/Cornils S. 122; Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 406 ff.

<sup>1834</sup> Papier in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 34 Rdziff. 306

ten, der Vornahme von Verwaltungsakten entgegengetreten werden soll und aus öffentlich-rechtlichen Maßnahmen nur deswegen Schadensersatzansprüche erhoben werden, weil der Kläger auf diese Weise die Nachprüfung von Rechtsverhältnissen vor den Zivilgerichten erreichen will, die aber der Entscheidung durch die ordentlichen Gerichte tatsächlich entzogen sind.<sup>1835</sup> Wenn also der Kläger lediglich formal eine Klage auf Amtshaftungsansprüche stützt, um z.B. im Verwaltungsrecht nicht verfolgbare Ansprüche einer gerichtlichen Überprüfung zu unterziehen, so ist die Beschreitung des ordentlichen Rechtswegs unzulässig.<sup>1836</sup> Der Zivilrechtsweg ist nur für solche Amtshaftungsansprüche eröffnet, die auf Geldersatz gerichtet sind. Denn die Gewährleistung des Rechtswegs aus Art. 34 GG bezieht sich (nur) auf den sich aus § 839 BGB ergebenden Anspruchsumfang.<sup>1837</sup> Geht es mithin um Löschung von Unterlagen aus Ermittlungsakten, ist vor dem Hintergrund der §§ 25 Abs. 1, 23 Abs. 2 i. V. m. Abs. 1 EGGVG ein Strafsenat des OLG zuständig.<sup>1838</sup> Gleiches soll nach vereinzelter Auffassung gelten, wenn die Entschädigung nach Art. 5 Abs. 5 EMRK wegen zu Unrecht erlittener Sicherungsverwahrung begehrt wird;<sup>1839</sup> dieser Ansicht ist entgegenzuhalten, dass der Anspruch gem. Art. 5 Abs. 5 EMRK der Höhe nach nicht auf die Entschädigung beschränkt ist, sondern auch den Ersatz immateriellen Schadens (Schmerzensgeld) umfasst, sodass erstinstanzlich – wie im Amtshaftungsprozess – das Landgericht zuständig ist.<sup>1840</sup> Nimmt ein Beamter seinen Dienstherrn auf Zahlung von Schadenersatz klageweise in Anspruch, so ist der Verwaltungsrechtsweg gem. § 54 BeamStG (o. § 126 Abs. 1 BBG) eröffnet, wenn die Ansprüche ausschließlich aus einer Verletzung der Fürsorge- und Schutzpflicht des Dienstherrn abgeleitet werden.<sup>1841</sup> Für Ansprüche gegen die BaFin auf Informationszugang nach § 1 Abs. 1 IFG ist hingegen der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten eröffnet.<sup>1842</sup> Denn die Sonderzuweisung gem. § 48 Abs. 1, 4 WpÜG erfasst diesen Anspruch nicht; i. Ü. sind derlei Ansprüche auch keine amtshaftungsrechtlichen Neben- bzw. Hilfsansprüche, für die wiederum der Zivilrechtsweg gegeben wäre.<sup>1843</sup>

Nach Maßgabe des Art. 34 S. 3 GG darf der ordentliche Rechtsweg nicht ausgeschlossen werden. Bei wortgetreuer Auslegung bedeutet dies, dass die Einräumung eines weiteren, zusätzlichen Rechtsweges durchaus möglich erscheint, wenn nur der „ordentliche Rechtsweg“ bestehen bleibt. Zutreffender Auffassung zufolge

<sup>1835</sup> BGHZ 14, 294 (297)

<sup>1836</sup> Tremml/Karger/Luber Rz. 525; Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 410

<sup>1837</sup> OLG Frankfurt, Beschl. v. 30.11.2011 – 1 W 54/11, juris Rdziff. 12

<sup>1838</sup> OLG Frankfurt, Beschl. v. 30.11.2011 – 1 W 54/11, juris Rdziff. 17 ff.

<sup>1839</sup> Schleswig-Holsteinisches VG, Beschl. v. 08.02.2012 - 9 A 295/11 (juris)

<sup>1840</sup> BGHZ 122, 268 = NJW 1993, 2927

<sup>1841</sup> BayVGH, Beschl. v. 19.06.2012 – 6 C 12.857, juris Rdziff. 7 (dort zu § 126 Abs. 1 BBG); VG Gelsenkirchen, Urt. v. 27.06.2012 – 1 K 4637/11, juris Rdziff. 22; Eyermann/Rennert, VwGO, § 40 Rdziff. 167; Schnellenbach, § 9 Rdziff. 63, 65

<sup>1842</sup> BVerwG NVwZ 2012, 1563

<sup>1843</sup> BGHZ 78, 274 (276)

ge und um ein Nebeneinander mehrerer Rechtswege zu vermeiden, wird man diese verfassungsrechtliche Regelung nicht nur als Rechtsweggewährleistung anzusehen haben. Vielmehr ist in diesem Zusammenhang auch die Regelung in § 40 Abs. 2 S. 1 VwGO in den Blick zu nehmen, wonach u. a. für Schadensersatzansprüche aus der Verletzung öffentlich-rechtlicher Pflichten, die nicht auf einem öffentlich-rechtlichen Vertrag beruhen, der ordentliche Rechtsweg gegeben ist. Bei dieser Regelung handelt es sich mithin um die gesetzliche Sonderzuweisung an die ordentliche Gerichtsbarkeit, d.h. die Zivilgerichte, so wie es von Art. 34 S. 3 GG gefordert bzw. vorausgesetzt wird. Denn mit der „Verletzung öffentlich-rechtlicher Pflichten“ i. S. d. § 40 Abs. 2 S. 1 VwGO werden Ansprüche aus Amtshaftung erfasst.<sup>1844</sup>

Die Regelung in Art. 34 S. 3 GG schließt es indessen nicht aus, neben dem Zivilrechtsweg für Amtshaftungsansprüche zugleich ein „Adhäsionsverfahren“ (z. B. in der VwGO) zu implementieren, durch das Sekundäransprüche mit erledigt werden könnten. Dies mag „lebensfremd“ bzw. „leichtsinnig“ erscheinen<sup>1845</sup>, verfassungsrechtlich ausgeschlossen ist es keineswegs.

#### B. Konsequenzen aus der Rechtsweggewährleistung und Sonderzuweisung

Die in Art. 34 S. 3 GG verankerte Rechtsweggewährleistung wird in § 40 Abs. 2 S. 1 VwGO umgesetzt. Die „ordentlichen“ Gerichte sind die Zivilgerichte, und zwar in erster Instanz die Landgerichte, wie § 71 Abs. 2 Ziff. 2 GVG zeigt. Obschon in jener Vorschrift nur „die Ansprüche gegen Richter und Beamte wegen Überschreitung ihrer amtlichen Befugnisse“ oder die pflichtwidrige Unterlassung von Amtshandlungen Erwähnung findet, sind damit die Amtshaftungsansprüche und vor allem die Rückgriffsansprüche gegen den Beamten erfasst.<sup>1846</sup>

Im Hinblick auf den „Rückgriff“ i. S. d. Art. 34 S. 3 GG muss deutlich gestellt werden, dass es sich nur um die Haftung des Amtswalters in Zusammenhang mit seiner hoheitlichen Funktionswahrnehmung handelt, nicht hingegen um die allgemeine Innenhaftung des Amtswalters oder aber seine Haftung im privatrechtlichen Funktionskreis.<sup>1847</sup> Für Ansprüche auf Erstattung der von einem Beamten veruntreuten Geldbeträge sind mithin die Verwaltungsgerichte zuständig.<sup>1848</sup> Denn die Regelung über die Schadensersatzansprüche des Dienstherrn (im Innenverhältnis) gem. § 54 Abs. 1 BeamStG hat abschließenden Charakter und lässt

---

<sup>1844</sup> Kopp/Schenke, VwGO, § 40 Rdziff. 70; Reimer in: Posser/Wolf, VwGO, § 40 Rdziff. 151, 168; Eyermann/Rennert, VwGO, § 40 Rdziff. 103

<sup>1845</sup> Schlick, FS Krämer, S. 527 (545)

<sup>1846</sup> Zöller/Lückemann, GVG, § 71 Rdziff. 5; Papier in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Rdziff. 317

<sup>1847</sup> vgl. zur Unterscheidung Innenregress und Eigenhaftung oben S. 514 ff.; im Übrigen Papier in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 34 Rdziff. 325

<sup>1848</sup> vgl. insoweit VG Berlin, Urt. v. 26.07.2012 – VG 26 L 377.12

einen Rückgriff auf evtl. Anspruchsgrundlagen im Bürgerlichen Recht nicht zu; zur Entscheidung sind insoweit die Verwaltungsgerichte berufen.<sup>1849</sup>

### *I. Ausschluss der Zuständigkeit anderer Gerichte*

Die Rechtsweggewährleistung in Art. 34 S. 3 GG führt konsequenterweise dazu, dass andere – ansonsten zuständige – Gerichte nicht mehr zur Entscheidung berufen sind, deren Zuständigkeit bleibt ausgeschlossen. Wird z. B. ein Arbeitnehmer, der – ebenso wie ein Beamter im staatsrechtlichen Sinn – als „jemand“ i. S. d. Art. 34 S. 1 GG in Ausübung eines öffentlichen Amtes handeln kann<sup>1850</sup>, von dem Dienstherrn in Regress genommen, so ist die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte nicht (mehr) gegeben. Arbeitsgerichte gehören – wie die terminologische Unterscheidung in Art. 95 Abs. 1 GG belegt – nicht zu den ordentlichen Gerichten. Zugegebenermaßen gibt es Fallkonstellationen, in denen diese rechtswegüberschreitende Entscheidungskompetenz der Zivilgerichte bei Amtshaftungssachen in Frage gestellt wird. Das BAG und das BSG vertreten übereinstimmend die Ansicht, auch Arbeitsgerichte bzw. Sozialgerichte seien zur Entscheidung über Amtshaftungsansprüche (in Ausnahmefällen) dann berufen, wenn ein Rechtsmittelgericht wegen § 17 a Abs. 5 GVG nicht mehr die Zulässigkeit des beschrittenen Rechtswegs überprüfen könne.<sup>1851</sup> Diese Ansicht kann aber nicht einschränkungslos Geltung beanspruchen. Denn § 17 a Abs. 5 GVG ist dann nicht anzuwenden, wenn das Gericht I. Instanz entgegen § 17 a Abs. 3 S. 2 GVG über die Zulässigkeit des Rechtswegs nicht vorab durch Beschluss entschieden hat, obwohl diese von einer Partei gerügt wurde.<sup>1852</sup> Haben weder das Gericht noch die Parteien das Rechtswegproblem vor der Hauptsacheentscheidung erkannt, bleibt § 17 a Abs. 5 GVG indessen anwendbar.<sup>1853</sup>

Die Rechtsweggewährleistung in Art. 34 S. 3 GG bzw. die Sonderzuweisung in § 40 Abs. 2 S. 1 VwGO bedeuten zugleich, dass für Rückgriffsansprüche der Verwaltungsrechtsweg ausgeschlossen ist. Dies führt u. U. in mancherlei prozessualen Situationen zu Sonderfragen, denen an anderer Stelle nachgegangen wird.<sup>1854</sup>

<sup>1849</sup> BGH NVwZ 2009, 928 (928); OLG Hamm, Beschl. v. 17.06.2010 – 6 W 18/10; juris Rdziff. 5

<sup>1850</sup> Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 42

<sup>1851</sup> BAG NZA 1999, 390 (392); BSG, Beschl. v. 20.10.2010 – B 13 R 63/10 B, juris Rdziff. 21, 30, 31; BSG NVwZ-RR 2004, 463 (464); ebenso: BayLSG, Urt. v. 25.10.2012 – L 8 SO 212/10, juris Rdziff. 30 ff.; LSG Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 12.03.2009 – L 7 AS 75/08, juris Rdziff. 24

<sup>1852</sup> BGH NJW 1993, 470 (471); BSG, Urt. v. 30.10.2012 – B 13 R 473/11 B; BayLSG, Beschl. v. 24.11.2014 – L 7 SF 252/14 KL, juris Rdziff. 12; BayVGH, Urt. v. 01.02.2013, 3 B 12.1754 – juris Rdziff. 15; Zöller/Lückemann, GVG, § 17 a Rdziff. 18

<sup>1853</sup> BGH NJW 2008, 3572 (3573); OLG Frankfurt, Urt. v. 30.06.2014 – 1 U 253/11, juris Rdziff. 44; a. A. in diesem Zusammenhang die Rechtsprechung des BSG, wonach § 17a Abs. 5 GVG von vornherein nicht anwendbar sei, wenn eine „Entscheidung in der Hauptsache i. S. d. vorgenannten Vorschrift in Bezug auf den Amtshaftungsanspruch getroffen worden sei, vgl. BSG, Beschl. v. 31.10.2012 – B 13 R 437/11 B, juris Rdziff. 9 f.; ebenso: LSG Hamburg, Urt. v. 01.10.2014 – L 4 SO 41/10, juris Rdziff. 40

<sup>1854</sup> s. u. S. 520 ff.

*II. Ausschluss der Durchsetzung des Rückgriffsanspruchs durch Leistungsbescheid*

Da der ordentliche Rechtsweg nicht ausgeschlossen werden kann, ist der für den Bereich der Eigenhaftung vorgesehene Weg der „administrativen Selbsttitulierung und Selbstvollstreckung“<sup>1855</sup> nicht möglich. Der Dienstherr darf mithin keinen sog. Leistungsbescheid erlassen. Die Gewährleistung des Zivilrechtswegs steht der Durchsetzung des Regressanspruchs mittels Leistungsbescheides entgegen. Die Entscheidung über den Rückgriff ist von Verfassungs wegen im Wege des Art. 34 S. 3 GG den ordentlichen Gerichten vorbehalten, da der Amtswalter beim Innenregress bei einer Beitreibung im Wege der Verwaltungsvollstreckung schlechter gestellt wäre, als wenn er dem Geschädigten unmittelbar gehaftet hätte.<sup>1856</sup> Der implizite Ausschluss der Möglichkeit des Erlasses von Leistungsbescheiden gilt freilich dann nicht mehr, wenn der Bereich der hoheitsrechtlichen Funktionswahrnehmung verlassen ist, wenn es mithin um den Bereich der Eigenhaftung des Beamten geht. In einem solchen Fall ist der Dienstherr befugt, entweder im Wege der Leistungsklage vor den Verwaltungsgerichten oder aber durch Leistungsbescheid gegen den Beamten vorzugehen.

*C. Einzelfragen*

Gemäß § 17 Abs. 2 S. 1 GVG entscheidet das Gericht des zulässigen Rechtsweges den Rechtsstreit „unter allen in Betracht kommenden rechtlichen Gesichtspunkten“. Diese Regelung wurde durch Art. 2 des Gesetzes zur Neuregelung des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens<sup>1857</sup> neu gefasst. § 17 Abs. 2 S. 2 GVG sieht vor, dass Art. 14 Abs. 3 S. 4 GG und Art. 34 S. 3 GG unberührt bleiben. Daraus wiederum ist abzuleiten, dass die im Zuge von Amtshaftungsansprüchen angerufenen ordentlichen (Zivil-)Gerichte zu prüfen berechtigt sind, ob der im Prozess geltend gemachte Klageantrag auch unter dem Aspekt der Verletzung eines verwaltungsrechtlichen Vertrages oder aber ggf. der beamtenrechtlichen Fürsorgepflicht begründet sein könnte. Das wiederum bedeutet, dass eine Teilverweisung nicht (mehr) in Betracht kommt, wobei für diese umfassende Prüfungskompetenz wiederum vorausgesetzt wird, dass mindestens einer der klägerseitig vorgebrachten Klagegründe den beschrittenen ordentlichen Rechtsweg eröffnet hat.<sup>1858</sup> Obschon

---

<sup>1855</sup> Papier in: MünchKomm BGB, § 839 Rdziff. 373

<sup>1856</sup> OVG Münster, DöD 2011, 157 (158); Ossenbühl S. 121; Papier in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Art. 34, Rdziff. 326; Dagtoglou, Bonner Kommentar zum GG, Art. 34 Rdziff. 352; Tremml/Karger/Luber, Rdziff. 1470

<sup>1857</sup> Viertes Gesetz zur Änderung der Verwaltungsgerichtsordnung vom 17.12.1990 (BGBl I, S. 2809)

<sup>1858</sup> Zöller/Gummer, GVG, § 17 Rdziff. 5, 6; § 17a Rdziff. 11; Tremml/Karger/Luber Rdziff. 543f; Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 409; eine Teilverweisung lehnen ebenfalls ab: BGH NVwZ 1990, 1103; BGH NJW 1985, 2756; BVerwG, Beschl. v. 19.11.1997 – 2 B 178/97, juris; BVerwG NJW 1993, 2255; BVerwG NVwZ 1993, 353; BSG, Beschl. v. 31.10.2012 – B 13 R 437/11 B, juris Rdziff. 10; BSG, Beschl. v. 20.10.2010 – B 13 R 63/10 B, juris Rdziff. 23 ff.,

dies Selbstverständlichkeiten sein dürften, ergeben sich dennoch Konstellationen und damit Fragen im Rahmen eines Regressprozesses gegen den Amtswalter. Der Amtswalter wird sich, wenn die Gegebenheiten dazu Anlass bieten, u. U. mit dem Einwand verteidigen, dass der Dienstherr im jeweiligen Einzelfall seine beamtenrechtliche Fürsorgepflicht verletzt hätte. Beschränkt sich der Amtswalter mit diesem Argument nicht nur damit, unter Hinweis auf § 242 BGB eine Gegenposition bzw. ein Gegenrecht aufzubauen, sondern erhebt eine konkrete Gegenforderung und erklärt sogar die Aufrechnung gegen den Rückgriffsanspruch, so stellt sich die Frage, auf welche Weise prozessual damit umgegangen werden muss. Denn ein Anspruch wegen Verletzung der beamtenrechtlichen Fürsorgepflicht ist (auch nach der Rechtsprechung des BGH) im Verwaltungsrechtsweg geltend zu machen.<sup>1859</sup>

### *I. Aufrechnung im Regress-Prozess mit rechtswegfremder Gegenforderung*

Handelt es sich bei der vom Amtswalter zur Aufrechnung gestellten Gegenforderung um eine im Verwaltungsrechtsweg zu verfolgende und damit, bezogen auf den Rückgriffsprozess, „rechtswegfremde“ Forderung, die u. U. weder unbestritten noch bestandskräftig oder rechtskräftig festgestellt worden ist, so stellt sich die Frage, ob eine Aufrechnung überhaupt möglich ist. Die Frage, ob zu den „rechtlichen Gesichtspunkten“ i. S. d. § 17 Abs. 2 S. 1 GVG auch das Bestehen einer zur Aufrechnung gestellten rechtswegfremden Gegenforderung gehören kann, ist nach wie vor nicht eindeutig geklärt:

Die Aufrechnung mit zivilrechtlichen Ansprüchen gegen öffentlich-rechtliche Ansprüche (und umgekehrt) ist, wenn die Voraussetzungen der §§ 387 ff BGB gegeben sind und das Gesetz im Übrigen keinerlei Einschränkungen enthält, grundsätzlich zulässig.<sup>1860</sup> Es bestehen keine verfahrensmäßigen Schwierigkeiten, wenn die zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung unstreitig oder diese von entweder der zuständigen Verwaltungsbehörde oder aber dem zuständigen Gericht rechtskräftig festgestellt worden ist. Probleme wirft eine solche Aufrechnungskonstellation jedoch dann auf, wenn für die Gegenforderung ein anderer Rechtsweg als für die Klageforderung gegeben ist und die Gegenforderung entweder nicht rechtskräftig festgestellt ist oder aber von dem Empfänger der Aufrechnungserklärung (im Regressprozess: der Dienstherr) bestritten wird. Denn gem. § 322 Abs. 2 ZPO (ggf. i. V. m. § 173 VwGO) ist die Entscheidung, dass die Gegenforderung nicht besteht, bis zur Höhe des Betrages, für den die Aufrechnung geltend gemacht wird, der materiellen Rechtskraft fähig. Das wiederum bedeutet in seiner Konsequenz, dass möglicherweise ein an sich nicht zuständiges Gericht (im Regressprozess erstinstanzlich: Landgericht) mit Bindungswirkung

---

LSG Baden-Württemberg, Urt. v. 30.01.2014 – L 7 R 4417/11, juris Rdziff. 24, a. A. offenbar BayLSG, Beschl. v. 27.07.2011 – L 7 AS 12/11 B, juris Rdziff. 11 ff.

<sup>1859</sup> BGH NVwZ 1990, 1103 (1103)

<sup>1860</sup> BGHZ 16, 124 (127); OVG Lüneburg, NVwZ 2004, 1513 (1514)

gegenüber den nach der Rechtswegzuweisung entscheidungsbefugten Gerichten ggf. über das Nichtbestehen der zur Aufrechnung gestellten Forderung entscheiden könnte.

Nach einer in Rechtsprechung und Literatur vertretenen Mindermeinung ist die Aufrechnung mit einer rechtswegfremden Forderung aus Gründen der Prozessökonomie und zum Zwecke der Vermeidung von Rechtswegabspaltungen möglich und zulässig.<sup>1861</sup>

Herrschender Auffassung zufolge bleibt eine Aufrechnung mit einer rechtswegfremden Forderung, die weder rechtskräftig noch unbestritten ist, hingegen unzulässig. Denn bei einer solchen rechtswegfremden Forderung handelt es sich nicht um einen „rechtlichen Gesichtspunkt“ i. S. d. § 17 Abs. 2 S. 1 GVG, sondern vielmehr um ein selbstständiges Gegenrecht, welches dem durch die Klage bestimmten Streitgegenstand einen weiteren selbstständigen Gegenstand hinzufügt. Derlei Fälle sind vergleichbar mit Konstellationen der objektiven Klagehäufung sowie der Erhebung einer Widerklage, für die das Gericht ebenfalls keine Entscheidungsbefugnis hätte. Hinzu kommt, dass dem Gesetzgeber bei dem 4. Änderungsgesetz zur VwGO vom 17.12.1990 die Problematik der Aufrechnung mit rechtswegfremden Gegenforderungen durchaus bekannt gewesen ist, er aber keinerlei Veranlassung gesehen hat, diesen Fall zu behandeln. Bei Zulassung der Prozessaufrechnung mit rechtswegfremden Forderungen käme es überdies zu unbefriedigenden Rechtswegzersplitterungen, die durch die Neuregelungen der §§ 17 ff GVG gerade vermieden werden sollten.<sup>1862</sup>

Die überwiegende Auffassung in Rechtsprechung und Literatur verdient den Zuspruch, denn der Hinweis der Gegenmeinung auf den Gesichtspunkt der Prozessökonomie vermag letztlich nicht zu überzeugen. Die zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung wird nicht rechtshängig, sondern parallel im zulässigen Rechtsweg geltend gemacht. Hinzu kommt, dass sich die Rechtskraftwirkung gemäß §§ 322 Abs. 2 ZPO, 143 VwGO der Höhe nach nur auf den zur Aufrechnung verwendeten Teilbetrag bezieht, sodass hinsichtlich der Forderung im Übrigen ohnehin ein zweiter Rechtsweg beschritten werden müsste, wobei hinsichtlich des durch die Aufrechnung „nicht verbrauchten“ Forderungsteils auch keine Bindung an die rechtskräftige Beurteilung des über die Aufrechnung entscheidenden Gerichts bestünde. Hinzu kommt, dass die Intention des Gesetzgebers eindeutig dahin geht, für unterschiedliche Arten von Ansprüchen fachlich besonders quali-

---

<sup>1861</sup> VGH Kassel NJW 1995, 1107 (1108); Schenke/Ruthig, NJW 1992, 2505 (2510 ff); Redeker/v. Oertzen, VwGO, § 90 Rdziff. 10; Gaa, NJW 1997, 3343 ff.; v. AlbedyII in: Bader, VwGO, § 41 Rdziff. 12

<sup>1862</sup> BVerwG NJW 1999, 160 (161); BVerwGE 77, 19 (27) = NJW 1987, 2530 (2532); BAG NJW 2002, 317 (317); BFH NJW 2002, 3126 (3127); BSG NVwZ-RR 2004, 463 (464); OVG Saarland, Beschl. v. 29.07.2008 – 3 E 270/08, juris Rdziff. 28 ff.; OVG Lüneburg, NVwZ 2004, 1513 (1514); OLG Dresden VIZ 2001, 54 (55); Rupp, NJW 1992, 3274 (3274); Reichold in: Thomas/Putzo, ZPO, § 145 Rdziff. 24; Zöller/Gummer, GVG, § 17 Rdziff. 10; Schoch/Ehlers, GVG, § 17 Rdziff. 28; HK-VerwR/Just, VwGO Anhang zu § 41 Rdziff. 13

fizierte Gerichte in einem dafür vorgeschriebenen spezifischen Verfahren entscheiden zu lassen. Eine Rechtfertigung für die Durchbrechung dieses Prinzips ergibt sich aus dringenden prozessökonomischen Gründen nur in den Fällen, in denen für denselben prozessualen Anspruch mehreren eigentlich verschiedenen Rechtswegen zugeordnete Anspruchsgrundlagen angeführt werden. Im Fall der Prozessaufrechnung mit rechtswegfremden Forderungen liegt eine vergleichbare Situation indes nicht vor. Denn insoweit wird der verfahrensrechtliche Zusammenhang erst durch die Prozesshandlung eines der Beteiligten hergestellt.<sup>1863</sup> Daraus folgt:

Wenn der Amtswalter in einem Rückgriffsprozess die Aufrechnung mit einem Anspruch wegen Verletzung der beamtenrechtlichen Fürsorgepflicht (für den der Verwaltungsrechtsweg gegeben ist<sup>1864</sup>) erklärt und ist diese Gegenforderung in einem anderen Rechtsweg noch nicht rechtshängig, ist, soweit im Rückgriffsprozess im Übrigen Spruchreife gegeben ist, ein Vorbehaltsurteil gemäß § 302 ZPO zu erlassen und das Nachverfahren über die vorbehaltenen Aufrechnung entsprechend §§ 148, 151 ZPO unter Fristsetzung auszusetzen. Unter der Voraussetzung, dass der im Rückgriffsprozess des Dienstherrn gegen den Amtswalter von dem Beklagten (Amtswalter) vorgebrachte Einwand der Verletzung der beamtenrechtlichen Fürsorgepflicht in Höhe der Klagforderung begründet sein könnte, müsste sodann der Urteilstenor des Vorbehaltsurteils lauten:

*„(1) Die Klage wird vorbehaltlich einer rechtskräftigen Entscheidung über die vom Beklagten durch Aufrechnung geltend gemachte Forderung auf Entschädigungszahlung wegen einer Verletzung der beamtenrechtlichen Fürsorgepflicht (Detailangaben) abgewiesen.*

*(2) Die Klägerin trägt die Kosten des Verfahrens. Insoweit ist das Urteil vollstreckbar. Die Klägerin kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe der festzusetzenden Kosten abwenden, wenn nicht der Beklagte vor Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.*

*(3) Das Nachverfahren wird ausgesetzt, bis über die vorgenannte Gegenforderung rechtskräftig entschieden ist. Hierzu erhält der Beklagte Gelegenheit, die vorgenannte Gegenforderung binnen zwei Monaten ab heute gerichtlich einzuklagen.“*

## II. Geltendmachung sonstiger Gegenrechte im Regress-Prozess

In Ausnahmefällen ist das Zivilgericht berechtigt, auch über rechtswegfremde Forderungen wegen Verletzung der beamtenrechtlichen Fürsorgepflicht zu entscheiden. Zwar sind derlei Ansprüche wegen Fürsorgepflichtverletzung grundsätz-

<sup>1863</sup> BFH, Beschl. v. 09.04.2002 - VII B 73/01, juris Rdziff. 16; OVG Saarland, Beschl. v. 29.07.2008 - 3 E 270/08, juris Rdziff. 30 ff

<sup>1864</sup> Zu der Konstellation der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen eines Beamten gegen seinen Dienstherrn wegen Verletzung der Fürsorgepflicht auch unter dem Aspekt der Amtshaftung, vgl. VG Düsseldorf, Urt. v. 09.03.2012 - 13 K 7562/09, juris Rdziff. 61 ff.



lich im Verwaltungsrechtsweg geltend zu machen.<sup>1865</sup> Zivilgerichte können im Rückgriffsprozess über derlei Ansprüche indessen inzidenter als öffentlich-rechtliche Vorfrage entscheiden, soweit sie an der Rechtskraft des Urteils über den zivilprozessualen Streitgegenstand nicht teilnehmen.<sup>1866</sup> Insoweit ist die Konstellation anders als bei dem zuvor beschriebenen Aufrechnungseinwand und der Regelung des § 322 Abs. 2 ZPO. Denn außerhalb der Aufrechnungskonstellation erwächst die Entscheidung über die Einwendung des Beklagten (im Regressprozess: Amtswalter) aus der Verletzung der beamtenrechtlichen Fürsorgepflicht eben nicht in Rechtskraft. Derlei vom Amtswalter geltend gemachte Aspekte bzw. Gegenrechte gründen sich auf § 242 BGB und sind hinsichtlich der Rechtskraft ebenso zu behandeln wie sonstige Gegenansprüche, die nicht durch Widerklage geltend gemacht werden. Außerhalb des Anwendungsbereichs von § 322 ZPO ist daher eine Aussetzung des Verfahrens oder aber der Erlass eines Vorbehaltsurteils nicht geboten.<sup>1867</sup>

### *III. Einschränkung des Nachprüfungsumfangs in der Revisionsinstanz?*

Die Rechts-/Anspruchsgrundlage für den Rückgriffsanspruch des Dienstherrn gegen den ursprünglich handelnden Amtswalter ergibt sich nicht aus Art. 34 S. 2 GG. Diese Vorschrift regelt auch keine Regresspflicht oder aber einen „Regressautomatismus“<sup>1868</sup>, wonach der Dienstherr verpflichtet wäre, ausnahms- und bedingungslos ein Rückgriffsverfahren einzuleiten und durchzuführen. Die entsprechenden Anspruchsgrundlagen für den Rückgriffsanspruch hängen von dem Status des in Regress zu nehmenden bzw. genommenen Amtswalters ab. Diese ergeben sich für den Revisionsrechtszug entweder aus §§ 78 Abs. 1 S. 1 BBG, 48 BeamtStG, 32 AO, 24 SoldatenG, 34 Abs. 1 S. 1 ZDG bzw. den einschlägigen Landesbeamtengesetzen. Ursprünglich ergaben sich im Hinblick auf § 545 Abs. 1 ZPO a. F. besondere Schwierigkeiten; nach Maßgabe dieser Vorschrift konnte die Revision nur darauf gestützt werden, dass die Entscheidung auf der Verletzung des Bundesrechts oder einer Vorschrift beruht, deren Geltungsbereich sich über den Bezirk eines OLG hinaus erstreckt. Damit ergab sich im Regressprozess gegen Landesbeamte das Problem der Nicht-Revisibilität des jeweiligen Landesrechts. Seinerzeit hatte sich indessen der BGH eines Kunstgriffs bedient und die Revisibilität der jeweiligen landesspezifischen Haftungsregelungen aus einem anderen Aspekt heraus angenommen. Die in jener Entscheidung herangezogene Regelung (dort: § 91 Abs. 2 HBG) stimme nach Ansicht des BGH mit den entsprechenden Regelungen anderer Beamtengesetze überein, wobei diese Regelungen sämtlich durch zwingende Rahmenvorschriften des Bundes herbeigeführt

---

<sup>1865</sup> BGH NVwZ 1990, 1103 (1103); BGH VersR 1983, 87 (87); BGHZ 43, 178 (184); BVerwGE 13, 17 (20 ff.)

<sup>1866</sup> BGHZ 43, 178 (187); Papier in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 34 Rdziff. 43

<sup>1867</sup> BGH VersR 1983, 87 (87); BGHZ 43, 178 (186/7); BGHZ 16, 124 (134)

<sup>1868</sup> v. Danwitz in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 34 Rdziff. 123

worden seien, um die Rechtsverhältnisse der öffentlich Bediensteten einheitlich zu regeln. Eine solch bewusste Abstimmung, die zum Zwecke der Vereinheitlichung des Beamtenrechts herbeigeführt worden sei, begründe in jedem Fall die Revisibilität dieser Vorschriften. Daher unterliege die Rechtsanwendung des § 91 Abs. 2 HBG durch das Berufungsgericht auch der Nachprüfung durch das Revisionsgericht.<sup>1869</sup>

Durch die Neufassung des § 545 ZPO ist auch nunmehr Landesrecht revisibel, unabhängig davon, ob es sich über den Bezirk eines OLG hinaus erstreckt. Einschränkungen in Bezug auf die revisionsrechtliche Überprüfung der jeweiligen landesbeamtenrechtlichen Haftungsgrundlagen ergeben sich daher nicht.

---

<sup>1869</sup> BGHZ 96, 50 (52), insoweit nicht abgedruckt in NJW 1986, 848

### 36. Kapitel: Die fehlende Bindungswirkung verwaltungsgerichtlicher Vorentscheidungen und die prozessstrategische Ausrichtung des Regressklägers

Es entspricht gesicherter Erkenntnis, dass Zivilgerichte in Amtshaftungsverfahren an rechtskräftige verwaltungsgerichtliche Entscheidungen, welche die Rechtswirksamkeit und Rechtmäßigkeit einer Verwaltungsentscheidung festgestellt haben, gebunden sind.<sup>1870</sup> In persönlicher Hinsicht umfasst die Bindungswirkung mit Rücksicht auf §§ 63, 121 VwGO die Beteiligten des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens und deren Rechtsnachfolger; sachlich ist die Bindungswirkung auf den Streitgegenstand beschränkt. In diesem Rahmen folgt die Bindung der Zivilgerichte aus der grundsätzlichen Gleichwertigkeit der Gerichtszweige und wird aus der materiellen Rechtskraft abgeleitet. Diese Bindungswirkung gilt auch für im Normenkontrollverfahren getroffene Entscheidungen von Oberverwaltungsgerichten.<sup>1871</sup> Grundlage für die Bindungswirkung rechtskräftiger verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen für den Amtshaftungsprozess ist der Umstand, dass Personenidentität zwischen den Parteien des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens und des Amtshaftungsprozesses besteht. Dies ist im Regressprozess indes nicht der Fall; dort ist klagende Partei der Dienstherr bzw. die Anstellungskörperschaft, die beklagte Partei ist der ursprünglich handelnde Amtswalter. Mithin entfaltet sowohl ein verwaltungsgerichtliches Verfahren, an welchem der Amtswalter (naturgemäß) nicht beteiligt ist, ebenso wenig Bindungswirkung wie der Amtshaftungsprozess, in welchem der Dienstherr bzw. die Anstellungskörperschaft zum Schadensersatz verurteilt worden ist.

Diese fehlende Bindungswirkung der vorhergehenden gerichtlichen Entscheidungen kann u. U. zu der Konsequenz führen, dass das über den Regressanspruch entscheidende Landgericht (§ 71 Abs. 2 Ziff. 2 GVG) z. B. in Bezug auf die Amtspflichtverletzung durch den Amtswalter eine andere Auffassung vertritt als das den Amtshaftungsprozess entscheidende Zivilgericht. Wenn insbesondere der Grad des Verschuldens (Vorsatz oder Fahrlässigkeit) der Amtswaltertätigkeit nicht im Streit steht, wird sich die im Amtshaftungsprozess verklagte Anstellungskörperschaft zu überlegen haben, ob sie gegenüber dem Amtswalter die Streitverkündung (§ 72 ZPO) erklärt. Diese Überlegung ist im Übrigen auch deswegen geboten, um ggf. etwaigen Verjährungsproblematiken vorzubeugen und dies gilt selbst

---

<sup>1870</sup> BGH NJW 2011, 2586 (2589); BGHZ 175, 221 (225) = NVwZ 2009, 132 (132); BGHZ 161, 305 (309); BGHZ 146, 153 (156); s. zum Ganzen: Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 417 ff.; Tremml/Karger/Luber Rdziff. 575 ff.; Stein/Itzel/Schwall Rdziff. 70 ff.; Ossenbühl/Cornils S. 122 f.; Detterbeck/Windthorst/Sproll § 11 Rdziff. 19; Rohlffing S. 24 ff., 89 ff.

<sup>1871</sup> Tremml/Karger/Luber Rdziff. 583

dann, wenn der Amtswalter mit Rücksicht auf eine mögliche Haftung bereits im Verwaltungsrechtsstreit gemäß § 65 VwGO beigeladen worden war.<sup>1872</sup> Denn die Beiladung im Verwaltungsrechtsstreit nach § 65 Abs. 1 VwGO bewirkt nicht etwa eine Unterbrechung der Verjährung gem. § 209 Abs. 2 Ziff. 4 BGB a. F., sie kann den dort aufgeführten Unterbrechungsgründen, insbesondere der Streitverkündung nicht gleichgestellt werden.<sup>1873</sup> Die durch ordnungsgemäß bewirkte Zustellung des Schriftsatzes i. S. d. § 73 S. 2, 3 ZPO herbeigeführte Interventionswirkung (§§ 74 Abs. 3, 68 ZPO) besteht darin, dass der Streitverkündungsempfänger im gegen ihn gerichteten Prozess nicht (mehr) mit der Behauptung gehört werden kann, der Vorprozess sei unrichtig entschieden worden. Diese Interventionswirkung bezieht sich nicht nur auf den Inhalt der Vorentscheidung, also das festgestellte Rechtsverhältnis oder die ausgesprochene Rechtsfolge, sondern bezieht sich zusätzlich auf alle tatsächlichen und rechtlichen Grundlagen der Entscheidung im ersten (Amtshaftungs-)Prozess. Dazu gehören vor allem die die Entscheidung tragenden Feststellungen, die das erste Gericht getroffen hat.<sup>1874</sup> Diese durch die Streitverkündung herbeigeführte Interventionswirkung hat dann das (Regress-)Gericht von Amts wegen zu berücksichtigen.<sup>1875</sup>

---

<sup>1872</sup> Ein rechtliches Interesse i. S. d. § 65 Abs. 1 VwGO nimmt die Rechtsprechung auch auf Seiten desjenigen an, der je nach dem Ausgang des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens mit Schadensersatzforderungen des Klägers oder des Beklagten rechnen muss, vgl. BVerwGE 77, 106; Kopp/Schenke, VwGO, § 65 Rdziff. 10 a. E.

<sup>1873</sup> BGH NVwZ 2003, 1549 (1551), dort noch zu der Altregelung des § 209 Abs. 2 Ziff. 4 BGB a.F., hingegen wird dies auch für die Hemmung der Verjährung im Sinne des § 204 Abs. 1 Ziff. 6 BGB zu gelten haben, vgl. Palandt/Ellenberger, BGB, § 204 Rdziff. 21

<sup>1874</sup> BGHZ 96, 50 (54) = NJW 1986, 848 (849); BGHZ 85, 252 (255)

<sup>1875</sup> BGHZ 96, 50 (54) = NJW 1986, 848 (849); BGH VersR 1985, 568 (569); BGHZ 16, 217 (218); Tremml/Karger/Luber Rdziff. 1421

## **Elfter Teil: Materiell-rechtliche Aspekte des Rückgriffsanspruchs (Regress) des Dienstherrn gegen den Amtswalter**

Im Rahmen des Rückgriffsanspruchs gegen den Amtswalter stellen sich nicht nur die soeben abgearbeiteten formell-rechtlichen Problematiken, sondern auch eine Vielzahl von materiell-rechtlichen Fragen, die wiederum – zumindest teilweise – an Art. 34 GG anknüpfen.

### **37. Kapitel: Ausschluss des Rückgriffsanspruchs infolge Ausschlusses der Haftungsüberleitung**

Art. 34 S. 1 GG sieht vor, dass, wenn die sonstigen tatbestandlichen Voraussetzungen vorliegen, die Verantwortlichkeit „grundsätzlich“ den Staat oder die Körperschaft, in deren Dienst jemand steht, trifft. Durch die Statuierung als Grundsatz wird allgemein hin abgeleitet, dass der im Sinne des Art. 77 EGBGB zuständige Einzelgesetzgeber Ausnahmen vorsehen kann, nach denen eine Haftungsüber-

leitung gemäß Art. 34 GG auf den Staat ausgeschlossen wird.<sup>1876</sup> Denn Art. 34 GG hat die (mittelbare) Staatshaftung nicht als lückenloses System geschaffen, sondern sieht vielmehr Möglichkeiten für die Modifikation der Schuld-/Haftungsübernahme vor und knüpft damit auch an diejenigen Ausnahmen an, die bereits bei Inkrafttreten der gemäß Art. 131 WRV geltenden Gesetze vorgesehen waren.<sup>1877</sup> Diese Haftungsbeschränkungen oder Haftungsausschlüsse können nur durch oder aufgrund eines formellen Gesetzes erfolgen und sind eng auszulegen und im Übrigen auch nur insoweit zulässig, soweit dies von der Sache her gerechtfertigt erscheint.

Greift Art. 34 S. 1 GG nicht ein und findet infolgedessen eine Haftungsüberleitung auf den Staat oder die Anstellungskörperschaft nicht statt, so verbleibt es bei Vorliegen der sonstigen tatbestandlichen Voraussetzungen der Amtshaftung bei der persönlichen Eigenhaftung des Beamten. Dies gilt selbstverständlich auch für solche Amtswalter, die nicht Beamte im staatsrechtlichen Sinn sind.

#### A. Gebührenbeamte

Gebührenbeamte sind solche Amtswalter, die für ihre Amtshandlungen nicht an den Staat abzuführende Gebühren oder andere Entgelte erheben und für sich behalten dürfen. Wenn Gebührenbeamte mithin in finanzieller Hinsicht wie Privatpersonen gestellt sind, hingegen durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes hoheitliche Aufgaben wahrzunehmen haben, erscheint es vor diesem Hintergrund auch sachlich gerechtfertigt, sie haftungsmäßig wie Privatpersonen zu behandeln.<sup>1878</sup> Die Risiken für etwaig geschädigte Personen werden dabei durch (Vermögensschaden-)Haftpflichtversicherungen begrenzt, was zur Folge hat, dass ein solcher Ausschluss der Staatshaftung bzw. der Haftungsüberleitung Bestand haben kann, zumal der sachliche Grund für diese Auffassung in dem Umstand zu sehen ist, dass der Staat über diese Gebührenbeamten eine nur vereinfachte Dienstaufsicht zu führen vermag und dadurch die staatlichen Einwirkungs- und Aufsichtsmöglichkeiten erheblich reduziert sind.<sup>1879</sup> Der Ausschluss der Staatshaftung bei diesen Gebührenbeamten ist in § 5 Ziff. 1 RBHG<sup>1880</sup> bzw. in § 3 Abs. 3 PrStfHG<sup>1881</sup> geregelt. Hauptanwendungsfall der sog. „Gebührenbeamten“ i. S. d.

<sup>1876</sup> BGHZ 9, 289 (290); Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 353; Tremml/Karger/Luber Rz. 228; Palandt/Sprau, BGB, § 839 Rdziff. 74; Stein/Itzel/Schwall Rdziff. 225; Rieck S. 145

<sup>1877</sup> BVerfGE 61, 149 (199) = NJW 1983, 25 (29); Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 353; Stein/Itzel/Schwall Rdziff. 225

<sup>1878</sup> Bonk in: Sachs, GG, Art. 34 Rdziff. 101

<sup>1879</sup> BGHZ 113, 71 (81) = NJW 1991, 3271 (3273); BGHZ 62, 372 (380); BayVGh, Urt. v. 06.04.2009 – 19 B 09.90, juris Rdziff. 23; Papier in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, GG Art. 34 Rdziff. 278

<sup>1880</sup> Gesetz über die Haftung des Reiches für seine Beamten vom 22.05.1910, RGBl 1910, S. 798 ff

<sup>1881</sup> Preußisches Gesetz über die Haftung des Staates und anderer Verbände für Amtspflichtverletzungen von Beamten bei Ausübung öffentlicher Gewalt vom 01.08.1909, PrGS 1909, S. 691 ff.

vorgenannten Regelung sind die Notare, die mithin nicht Beamte im staatsrechtlichen Sinn sind; deren Rechtsverhältnis wird durch die BNotO geregelt. In § 19 Abs. 4 Satz 1 BNotO wird eine Haftung des Staates anstelle des Notars ausgeschlossen.<sup>1882</sup>

Dem Wortlaut des § 1 Abs. 1 RBHG und der systematischen Stellung zufolge gilt diese Regelung nur für „Reichs“-Beamte, folglich für Bundesbeamte, nicht hingegen für Beamte der deutschen Länder. Geht es also um die Frage, ob der den Schaden verursachende Amtswalter – in Ermangelung der Eigenschaft als Bundesbeamter – ggf. Gebührenbeamter des Landes ist, ist zu hinterfragen, ob das PrStHG eingreift. Dies ist nicht für alle Bundesländer der Fall, so gilt es z. B. nicht in Bayern<sup>1883</sup>, in Baden-Württemberg<sup>1884</sup> und in Sachsen<sup>1885</sup>.

Nicht als Gebührenbeamte gelten indessen Gerichtsvollzieher<sup>1886</sup>, Mitglieder hessischer Ortsgerichte<sup>1887</sup> und Schiedsmänner<sup>1888</sup>. Das Amt eines Gerichtsvollziehers gehört nicht zu den funktionsgebundenen Ämtern, bei denen das Amt nicht abstrakt, sondern nach der damit konkret verbundenen Funktion umschrieben wird oder bei denen zu dem abstrakten Begriff eine Funktionsbezogene Bezeichnung hinzutritt.<sup>1889</sup> Das Amt eines Gerichtsvollziehers bzw. das eines Obergerichtsvollziehers gehört aber innerhalb der Laufbahngruppe des mittleren Dienstes einer gegenüber der Laufbahn des mittleren Justizdienstes eigenständigen Laufbahn mit einer – vorgegeben durch die einschlägigen Verfahrensvorschriften, insbesondere der ZPO – eng umschriebenen Fachrichtung an, was bereits durch die Amtsbezeichnung „Gerichtsvollzieher“ und „Obergerichtsvollzieher“ zum Ausdruck kommt; die Bestimmungen der Gerichtsvollzieherordnung (GVO) sehen vor, dass der Gerichtsvollzieher bei der ihm zugewiesenen Zwangsvollstreckung selbständig handelt und zwar der Aufsicht, aber nicht der unmittelbaren Leitung des Gerichts untersteht (§ 1 S. 1, 2 GVO). Der Gerichtsvollzieher übt sein Amt persönlich aus und darf die Ausübung seines Dienstgeschäftes keiner anderen Person übertragen, soweit nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt ist. Der Gerichtsvollzieher ist damit als „normaler“ Beamter anzusehen, der selbstverständlich dann auch – bei entsprechenden schwerwiegenden Verfehlungen – aus dem Dienst ganz entfernt werden kann.<sup>1890</sup>

---

<sup>1882</sup> BGHZ 135, 354 (356) = NJW 1998, 142

<sup>1883</sup> BayVGH, Urt. v. 06.04.2009 - 19 B 09.90, juris Rdziff. 25; OLG München, OLG-Report 2004, 227

<sup>1884</sup> OLG Karlsruhe, OLG-Report 200, 850

<sup>1885</sup> OLG Dresden, LKV 2007, 191 = juris Rdziff. 58

<sup>1886</sup> BGHZ 146, 17 = NJW 2001, 434; BGH VersR 1963, 88; BGH VersR 1957, 735; RGZ 144, 262; RGZ 134, 178 (180); RGZ 87, 294; Papier in: MünchKomm, § 839 Rdziff. 337; Palandt/Sprau, BGB, § 839 Rdziff. 75

<sup>1887</sup> BGHZ 113, 71 = NJW 1991, 3271

<sup>1888</sup> BGHZ 36, 195 = NJW 1962, 485

<sup>1889</sup> BVerwGE 65, 270 (276); BVerwGE 49, 64 (68); BVerwGE 40, 229 (230)

<sup>1890</sup> vgl. zu einer solchen Disziplinarscheidung: VG Trier, Urt. v. 06.02.2014 - 3 K 1129/13.TR, juris

## B. Beamte des Auswärtigen Dienstes

§ 5 Ziff. 1 RBHG sieht nicht nur in dessen Ziff. 1 den Ausschluss der Staatshaftung für Gebührenbeamte vor. Nach Maßgabe des § 5 Ziff. 2 RBHG finden die Vorschriften jenes Gesetzes auch keine Anwendung, soweit es sich um das Verhalten eines mit Angelegenheiten des Auswärtigen Dienstes befassten Beamten handelt und dieses Verhalten nach einer amtlichen Erklärung des Reichskanzlers politischen oder internationalen Rücksichten entsprochen hat. Obschon es nicht eindeutig ist, wie der Begriff des „Reichskanzlers“ zu verstehen ist<sup>1891</sup>, wird auch die Frage zu erheben sein, ob der Haftungsausschluss nach Maßgabe dieser Vorschrift durch sachliche Gründe des öffentlichen Wohls gerechtfertigt sein kann.<sup>1892</sup> Da diese Vorschrift erkennbar aber noch nicht für verfassungswidrig erklärt worden ist, wird von der Weitergeltung auch dieser Beschränkung auszugehen sein. Wenn mithin das Verhalten eines Beamten betroffen ist, der mit Angelegenheiten des Auswärtigen Dienstes befasst ist und sein Verhalten politischen/  
internationalen Rücksichten entsprochen hat, so findet eine Haftungsüberleitung nicht statt.

## C. Haftung gegenüber Ausländern

§ 7 RBHG wurde durch Gesetz vom 28.07.1993<sup>1893</sup> neu gefasst und hat nun folgenden Wortlaut:

*„(1) Die Bundesregierung kann zur Herstellung der Gegenseitigkeit durch Rechtsverordnung bestimmen, dass einem ausländischen Staat und seinen Angehörigen, die im Geltungsbereich dieses Gesetzes keinen Wohnsitz oder ständigen Aufenthalt haben, Ansprüche aus diesem Gesetz nicht zustehen, wenn der Bundesrepublik Deutschland oder Deutschen nach dem ausländischen Recht bei vergleichbaren Schädigungen kein gleichwertiger Schadensausgleich von dem ausländischen Staat geleistet wird. Angehörigen eines ausländischen Staates stehen juristische Personen sowie Gesellschaften und Vereinigungen des Bürgerlichen Rechts oder des Handelsrechts gleich; an die Stelle des Wohnsitzes oder des ständigen Aufenthaltsortes tritt bei ihnen der tatsächliche und, wenn ein solcher bestimmt ist, der satzungsmäßige Sitz.“*

<sup>1891</sup> z. T. wird angenommen, dass an die Stelle des „Reichskanzlers“ der Bundeskanzler (bzw. die Bundeskanzlerin) gem. Art. 129 Abs. 1 S. 1 GG getreten ist, vgl. Ossenbühl/Cornils S. 98; Jaenicke S. 99 (115), es wird mitunter auch die Auffassung vertreten, dass anstelle des „Reichskanzlers“ der Bundesminister des Auswärtigen getreten sei, vgl. Staudinger/Schäfer, BGB, 12. Aufl., § 839 Rdziff. 41; Kayser/Leiss S. 7

<sup>1892</sup> vgl. dazu Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 356 unter Hinweis auf Ossenbühl/Cornils S. 98 (der Hinweis bezieht sich auf die Voraufgabe, Ossenbühl S. 98); Galke DÖV 1992, 53 (58)

<sup>1893</sup> BGBl 1993 I S. 1394



*(2) Abs. 1 gilt nicht für die Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften und ihre Angehörigen und für die sonstigen Fälle, in denen kraft des Rechts der Europäischen Gemeinschaften eine Gleichbehandlung mit Deutschen erfolgen muss.“*

Da die Bundesregierung von der Ermächtigung zum Erlass einer entsprechenden Rechtsverordnung bislang (noch) keinen Gebrauch gemacht hat, gibt es für amts-pflichtwidrige Handlungen von Bundesbeamten keine Einschränkung im Rahmen der Amtshaftung gegenüber Ausländern, vielmehr gilt Art. 34 GG unmittelbar.<sup>1894</sup>

---

<sup>1894</sup> Tremml/Karger/Luber Rdziff. 236 a. E.; Palandt/Sprau, BGB, § 839 Rdziff. 74; Maurer § 26 Rdziff. 36; Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 359 a. E.

### 38. Kapitel: Der Rückgriffsgläubiger

Inhaber des Regressanspruchs gegen den Amtswalter ist regelmäßig diejenige juristische Person bzw. Körperschaft, in deren Dienst der Amtswalter steht bzw. diejenige Körperschaft, die dem Amtswalter die konkrete Aufgabe, bei deren Erfüllung er fehlsam gehandelt hat, anvertraut hat. Denn diese öffentlich-rechtliche Körperschaft ist Haftungssubjekt eines Amtshaftungsanspruchs.<sup>1895</sup>

In der Mehrzahl der Fälle ist die Bestimmung des Rückgriffsgläubigers unproblematisch, dies insbesondere dann, wenn der handelnde Beamte bzw. Amtswalter bei der mit einem Amtshaftungsanspruch belasteten Körperschaft angestellt ist. Denkbar sind aber auch Situationen, in denen ein Dienstherr fehlt. Bei öffentlich-rechtlichem Handeln weist Art. 34 GG die Haftung dem Staat oder derjenigen Körperschaft zu, in deren Dienst der handelnde Amtswalter steht. Daraus wiederum wird abgeleitet, dass bei einem Amtshaftungsanspruch folgerichtig nur juristische Personen des öffentlichen Rechts passivlegitimiert sind. Das wiederum bedeutet, dass juristische Personen des Privatrechts selbst dann als Haftungssubjekt ausscheiden, wenn sie mit Hoheitsbefugnissen (z. B. als Beliehene<sup>1896</sup>) ausgestattet sein sollten.<sup>1897</sup> Wenn mithin kein passivlegitimierter tauglicher Dienstherr vorhanden ist, kommt es für die Passivlegitimation des Amtshaftungsanspruchs letztlich darauf an, wer dem Amtswalter die Aufgabe, bei der die Amtspflichtverletzung vorgefallen ist, anvertraut hat.<sup>1898</sup> Die Bestimmung des Haftungssubjekts nach der vom BGH entwickelten Anvertrauungstheorie ist nicht immer leicht zu beantworten. So ist z. B. die Unterbringung von psychisch Kranken oder psychisch Gestörten zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in einem psychiatrischen Krankenhaus eine genuin staatliche Aufgabe der einzelnen Bundesländer. Zweck der Unterbringung ist neben der Gefahrenabwehr auch die Heilbehandlung des Untergebrachten, um dessen Wiedereingliederung in die Gemeinschaft zu ermöglichen.<sup>1899</sup> In dem bereits vorerwähnten Fall sind die hoheitlichen Befugnisse von dem Bundesland dem jeweiligen Amtswalter (dort: Arzt) anvertraut worden; dies muss nicht zwangsläufig bedeuten, dass der Arzt auch bei dem Bundesland angestellt sei muss. Insbesondere dann, wenn er Ange-

<sup>1895</sup> Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 50 ff.; Tremml/Karger/Luber Rdziff. 556 ff.; Ossenbühl S. 13; BGH NVwZ 2006, 966 (966)

<sup>1896</sup> s. u. S. 543 f.

<sup>1897</sup> Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 50; Papier in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 34 Rdziff. 292

<sup>1898</sup> BGHZ 160, 216 (228); BGHZ 150, 172 (179); BGHZ 143, 18 (26); BGHZ 99, 326 (330); OLG München, Urt. v. 29.03.2012 - 1 U 4444/11, juris Rdziff. 30; Palandt/Sprau BGB, § 839 Rdziff. 28; Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 51; Papier in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 34 Rdziff. 295; Rieck S. 174 ff.

<sup>1899</sup> BGH NJW 2008, 1444 (1445) = juris Rdziff. 4; OLG München, Urt. v. 29.03.2012 - 1 U 4444/11, juris Rdziff. 31

steller einer juristischen Person des Privatrechts sein sollte, ergeben sich Probleme für die Anspruchsinhaberschaft eines Regressprozesses. Denn in einem derartigen Fall des Fehlens eines Dienstherrn sind die Personen des Anspruchsinhabers und die Person des Geschädigten nicht identisch. Dies sind dann die Fallkonstellationen der sog. Drittschadensliquidation, auf die noch näher einzugehen sein wird.<sup>1900</sup>

---

<sup>1900</sup> s. o. S. 566 ff.

### 39. Kapitel: Der Status des in Regress genommenen Amtswalters als Bundes-/ Landesbeamter oder Privatperson

Art. 34 S. 2 GG bildet selbst keine Anspruchsgrundlage für den Regress gegen den Amtswalter. Derartige Anspruchsgrundlagen ergeben sich aus einer Vielzahl anderer Regelungen, abhängig davon, ob es sich bei dem tätig gewordenen Amtswalter um einen Bundes- oder aber Landesbeamten handelt. Der Bundesbeamte haftet nach näherer Maßgabe des § 78 BBG; nach dieser Vorschrift hat ein Beamter dem Dienstherrn, dessen Aufgaben er wahrgenommen hat, den Schaden zu ersetzen, der dem Dienstherrn aus der vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Verletzung der dem Beamten obliegenden Pflichten entstanden ist.<sup>1901</sup>

Für Landesbeamte hingegen gilt die Regelung in § 48 BeamStG in Verbindung mit den jeweiligen landesbeamtenrechtlichen Regelungen (z. B. § 51 NBG).

In dem einen wie in dem anderen Fall muss die jeweilige Beamteneigenschaft zum Zeitpunkt der schädigenden Handlung (oder Unterlassung) bestanden haben.

Während § 839 BGB die Amtspflichtverletzung durch einen „Beamten“ voraussetzt, knüpft Art. 34 S. 1 nicht an einen Beamtenbegriff an, vielmehr daran, dass „jemand in Ausübung eines öffentlichen Amtes“ eine Amtspflicht verletzt hat. Aus diesen sich gegenüberstehenden Begrifflichkeiten wird abgeleitet, dass die Amtshaftung über den statusrechtlichen Bedeutungsgehalt des Beamtenbegriffs hinaus auszudehnen ist. Beamter im staats-/statusrechtlichen Sinn ist zunächst, wer die Ernennungsurkunde ausgehändigt erhalten hat (vgl. § 8 Abs. 1 Ziff. 1, Abs. 2 BeamStG). Im Anwendungsbereich des Art. 34 S. 1 GG wird der staats-/statusrechtliche Beamtenbegriff i. S. eines haftungsrechtlichen Beamtenbegriffs dahingehend ausgedehnt, dass jedermann, der hoheitlich tätig wird, als Beamter anzusehen ist, und zwar unabhängig von seinem Status.<sup>1902</sup> Als Beamte im amtschaftungsrechtlichen Sinn kommen daher – neben den Beamten im staatsrechtlichen Sinn – auch solche Personen in Betracht, die in einem sonstigen öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis (z. B. Richter, Soldaten, Zivildienstleistende) oder in einem privatrechtlichen Dienstverhältnis (Angestellte und Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst) stehen.<sup>1903</sup> Die öffentliche Hand erledigt die ihr obliegenden Aufgaben allerdings nicht nur durch den vorgenannten Personenkreis, sondern setzt zur Aufgabenerfüllung auch natürliche oder juristische Personen des Privat-

<sup>1901</sup> Zu Einzelheiten der vermögensrechtlichen Haftung des Beamten gegenüber dem Dienstherrn vgl. Simianer, ZBR 1993, 33 ff

<sup>1902</sup> Papier in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 34 Rdziff. 90; Ossenbühl/Cornils S. 15 f.; Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 37 ff.; Stein/Itzel/Schwall Rdziff. 15 ff.; Bonk in: Sachs, GG, Art. 34 Rdziff. 55; Papier in: MünchKomm BGB, § 839 Rdziff. 90; Traeger S. 18, 19

<sup>1903</sup> Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 42 mit weiteren Beispielen

rechts ein, wobei diese privaten Kräfte sowohl im Bereich der obrigkeitlichen als auch der schlicht-hoheitlichen Verwaltung eingesetzt werden.<sup>1904</sup> Dies wiederum hat auch amtschaftsrechtlich seinen Preis. Nach der Rechtsprechung des BGH ist haftungsrechtlich als Beamter jeder anzusehen, den der Bund, ein Land oder eine andere öffentlich-rechtliche Körperschaft mit öffentlicher Gewalt ausgestattet hat, ohne Rücksicht darauf, ob ihm eine staats-/status-rechtliche Beamteneigenschaft zukommt. Daher werden auch Privatunternehmer Beamte in diesem Sinn sein, wenn sie von einem Verwaltungsträger im Wege der Beleihung mit hoheitlichen Aufgaben betraut worden sind, im Einzelfall aber auch bei bloßen Hilfstätigkeiten im Rahmen öffentlicher Verwaltung (sog. Verwaltungshelfer).<sup>1905</sup> Bei der Beurteilung der Rechtstellung Privater oder selbstständiger privater Unternehmer, die der Staat zur Erfüllung seiner Aufgaben durch privatrechtlichen Vertrag heranzieht, ist dabei maßgeblich, ob die öffentliche Hand in so weitgehendem Maße auf die Durchführung der Arbeiten Einfluss genommen hat, dass sie die Arbeiten des Privaten/privaten Unternehmers wie eigene gegen sich gelten lassen und es so angesehen werden muss, als wäre der Private/private Unternehmer lediglich als Werkzeug der öffentlichen Behörde bei der Durchführung ihrer hoheitlichen Aufgabe tätig geworden.<sup>1906</sup> Der Hintergrund dieser Rechtsprechung und der Ausdehnung des Begriffs des Beamten im haftungsrechtlichen Sinn ist nachzuvollziehen; denn es soll der öffentlichen Hand nicht ermöglicht werden, sich dadurch einer möglichen Amtshaftung für fehlerhaftes Verhalten der Bediensteten zu entziehen, dass sie die Durchführung einer von ihr angeordneten Maßnahme durch privatrechtlichen Vertrag auf einen privaten Unternehmer überträgt.<sup>1907</sup> Die Extensität des Beamtenbegriffs im Bereich der Amtshaftung findet allerdings nicht ihre Entsprechung im Bereich des Rückgriffsanspruchs. Es ist nachvollziehbar, dass Privatpersonen (Beliehene, Verwaltungshelfer oder sonstige Privatpersonen) nicht nach beamtenrechtlichen in Regress genommen werden können. Vielmehr haftet der Personenkreis der Privatpersonen nach näherer Maßgabe des § 280 Abs. 1 BGB ggf. wegen Verletzung einer Pflicht aus dem (verwaltungs- oder zivilrechtlichen) Schuldverhältnis gegenüber der öffentlich-rechtlichen Körperschaft.<sup>1908</sup> Die Rechtsprechung verwehrt diesem Personenkreis (Beliehene, Verwaltungshelfer oder sonstige Privatpersonen) den Verweis auf das Haftungsprivileg des Art. 34 S. 2 GG mit der weiteren Folge, dass insoweit auch

---

<sup>1904</sup> Ossenbühl, VVDStRL 29 (1971), S. 203

<sup>1905</sup> BGH NVwZ 2006, 966 (966); BGHZ 161, 6 (10) = NJW 2005, 286 (287); OLG Hamm BauR 2011, 1337 = juris Rdziff. 19; Ossenbühl/Cornils S. 20 f.

<sup>1906</sup> BGHZ 121, 161 (165) = NJW 1993, 1258 (1259); OLG Hamm, BauR 2011, 1337 = juris Rdziff. 19; OLG Hamm, NJW 2001, 375 (375) = juris Rdziff. 7

<sup>1907</sup> BGHZ 161, 6 (10) = NJW 2005, 286 (287)

<sup>1908</sup> Ossenbühl/Cornils S. 120 f.; Tremml/Karger/Luber Rdziff. 1433

eine Haftung für leichte Fahrlässigkeit besteht.<sup>1909</sup> Diese unterschiedliche Handhabung (Extensität beim Beamtenbegriff, Restriktion beim Haftungsprivileg des Art. 34 S. 2 GG) zwingt dazu, sich mit dem „öffentlichen Amt“ und dessen Ausübung bzw. mit der Amtsträgereigenschaft näher zu befassen.

---

<sup>1909</sup> BGHZ 161, 6 = NJW 2005, 286: dort für BSE-Schnelltestlabor als Verwaltungshelfer; BVerwGE 137, 377 = NVwZ 2011, 368: dort für Kontrollstelle im ökologischen Landbau als Beliehener, vgl. dazu Kiefer, NVwZ 2011, 1300; von Weschpfennig, DVBl 2011, 1137

## 40. Kapitel: Amtswaltereigenschaft von natürlichen Personen

Vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des BGH, dass als Beamte auch Private oder private Unternehmer angesehen werden können, wenn sie von einem Verwaltungsträger im Wege der Beleihung mit hoheitlichen Aufgaben betraut worden sind oder aber bloße Hilfstätigkeiten im Rahmen der öffentlichen Verwaltung ausüben, stellt sich zunächst einmal die Frage, ob die Amtswaltereigenschaft und damit die Eigenschaft als Beamter im haftungsrechtlichen Sinn zugleich für juristische Personen des Privatrechts in Betracht kommen kann. Diese Frage hat der BGH zunächst bejaht,<sup>1910</sup> in einer späteren Entscheidung allerdings dahingehend richtiggestellt, dass Amtsträger im haftungsrechtlichen Sinne stets nur natürliche Personen sein können. Eine juristische Person des Privatrechts, auch soweit sie mit Hoheitsbefugnissen beliehen sei oder als Verwaltungshelfer herangezogen werde, könne als solche nicht „Beamter“ im haftungsrechtlichen Sinn sein. Mit der anderweitigen Formulierung sei lediglich gemeint gewesen, dass gegenüber der öffentlichen Hand auch eine juristische Person des Privatrechts alleiniger Schuldner eines aus einem (nur) zwischen diesen beiden bestehenden Vertragsverhältnis abgeleiteten Rückgriffsanspruchs sein könne.<sup>1911</sup> Diesen Ansatz hat der BGH jüngst wieder bestätigt.<sup>1912</sup> Die zuletzt vom BGH genannte Auffassung ist zutreffend und erschließt sich spätestens dann, wenn man sich vergegenwärtigt, dass eine Körperschaft bzw. Behörde streng genommen keine Amtspflichten verletzen kann. Eine Amtspflichtverletzung kann immer nur an die Person eines Amtswalters bzw. Amtsträgers geknüpft werden, wenngleich dies bisweilen in der Urteilsprache (auch des BGH) nicht immer konsequent Berücksichtigung findet.<sup>1913</sup> Ebenso zutreffend ist es, „juristische Personen des Privatrechts aus dem Kreis der gem. Art. 34 GG haftpflichtigen Körperschaften generell“ auszugrenzen. Nur auf

---

<sup>1910</sup> BGHZ 161, 6 (10) = NJW 2005, 286 (287) = juris Rdziff. 13 unter Hinweis auf die abweichende Auffassung von Heintzen, VVDStRL 62 (2003), 220 (254)

<sup>1911</sup> BGH VersR 2010, 346 (347); BGH NVwZ 2006, 966 (966); BGH NVwZ 1994, 823 (824); BGH NVwZ 1990, 1103 (1104); BGHZ 49, 108 (115); Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 14; a. A. aber OLG Celle NVwZ-RR 2009, 863 (863) = juris Rdziff. 4

<sup>1912</sup> BGH, Urt. v. 22.11.2012 - III ZR 150/12, juris Rdziff. 14

<sup>1913</sup> BGHZ 187, 51 (53) = NVwZ 2011, 249 (249) = juris Rdziff. 11 („... eine Amtspflichtverletzung der ... Gemeinde ...“); BGHZ 182, 370 (375) = NVwZ 2010, 467 (468) = juris Rdziff. 15 („... und die Überwachung derartiger Anlagen zuständigen Behörden Amtspflichten auch gegenüber ... obliegen können ...“); BGH NJW-RR 2009, 601 = WM 2009, 613 („Amtspflicht des Versteigerungsgerichts“); OLG Karlsruhe, MDR 2010, 1449 (1449) = juris Rdziff. 13 („... in der Rechtsprechung werden hohe Anforderungen hinsichtlich der Erfüllung der drittschützenden Amtspflicht ... an die zuständige Behörde gestellt ...“); OLG Bremen, OLG-Report 2009, 250 (253) = juris Rdziff. 56 („... Amtspflicht der zuständigen Behörden ...“)

diese Weise wird das Schuldübernahmeprinzip verwirklicht; einem geschädigten Amtshaftungskläger soll ein leistungsfähiger Schuldner gegenüberstehen.<sup>1914</sup>

Die Amtswaltereigenschaft bzw. die Eigenschaft als Beamter im haftungsrechtlichen Sinn wird nicht durch einen Akt der öffentlich-rechtlichen Zulassung (z. B. zu einem Beruf) begründet; denn anderenfalls wären auch Wirtschaftsprüfer, Steuerberater, Rechtsanwälte etc. bereits aufgrund des Zulassungsaktes als Beamte anzusehen. Dies ist indessen zu verneinen.<sup>1915</sup> Vielmehr kommt es schlicht und ergreifend darauf an, ob sich das Handeln einer (natürlichen) Person als Ausübung eines öffentlichen Amtes darstellt.

---

<sup>1914</sup> Stein/Itzel/Schwall, Rdziff. 127; BGH NVwZ 1994, 823 (824); BGHZ 49, 108 (116)

<sup>1915</sup> Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 41



## 41. Kapitel: Die Ausübung eines öffentlichen Amtes

Das Tatbestandsmerkmal „in Ausübung eines öffentlichen Amtes“ ist zwar in Art. 34 S. 1 GG, nicht hingegen in § 839 BGB enthalten und es entscheidet darüber, ob der entsprechenden handelnden Person eine amtschaftsrechtliche Beamteneigenschaft zuzusprechen ist.

Nach der auch im Schrifttum nicht weiter in Zweifel gezogenen Auffassung des III. Zivilsenats des BGH ist der haftungsrechtliche Beamtenbegriff nicht vom Rechtsstatus der handelnden Person, sondern von deren Funktion abhängig. Der BGH umschreibt dies mit folgender Formel:

*„Ob sich das Handeln einer Person als Ausübung eines öffentlichen Amtes darstellt, bestimmt sich nach der ständigen Rechtsprechung des Senats danach, ob die eigentliche Zielsetzung, in deren Sinn der Betreffende tätig wird, hoheitlicher Tätigkeit zuzurechnen ist und ob zwischen dieser Zielsetzung und der schädigenden Handlung ein so enger äußerer und innerer Zusammenhang besteht, dass die Handlung ebenfalls als noch dem Bereich hoheitlicher Betätigung angehörend angesehen werden muss. Dabei ist nicht auf die Person des Handelnden, sondern auf seine Funktion, d.h. auf die Aufgabe, deren Wahrnehmung die im konkreten Fall auszuübende Tätigkeit bedingt, abzustellen.“<sup>1916</sup>*

Darauf aufbauend wurden z. B. folgende Personen von der Rechtsprechung als mit der Ausübung eines öffentlichen Amtes betraut angesehen:

- Privatunternehmen, das von den Berliner Stadtreinigungsbetrieben mit dem Winterdienst im Bereich von Straßenbahnhaltestellen beauftragt wird.<sup>1917</sup>
- Privater Unternehmer, der mit dem Abschleppen eines verbotswidrig geparkten Fahrzeugs zur Vollstreckung des in einem Verkehrszeichen enthaltenen Wegfahrgebots (im Wege der Ersatzvornahme) beauftragt wird.<sup>1918</sup>

---

<sup>1916</sup> BGH, Urt. v. 09.10.2014 – III ZR 68/14, juris Rdziff. 17; BGH NJW 2014, 1665 (1667) = juris Rdziff. 31; BGHZ 191, 71 (75) = WM 2012, 424 (425); BGH NVwZ-RR 2011, 556 (556); BGHZ 181, 65 (67) = NJW-RR 2009, 1398 (1399); BGH NVwZ 2007, 487 (487); BGHZ 147, 169 (171) = NVwZ 2002, 375 (375); BGHZ 118, 304 (305); BGHZ 158, 253 (258) = NJW 1992, 2882 (2882); BGH NJW 1992, 1310 (1310); BGH NJW 1992, 1227 (1228); BGHZ 108, 230 (232); BGHZ 169, 128 (130); BGHZ 68, 217 (218); BGHZ 42, 176 (179); ebenso OLG Karlsruhe, Urt. v. 18.12.2012 - 12 U 105/12, juris Rdziff. 20

<sup>1917</sup> BGH, Urt. v. 09.10.2014 – III ZR 68/14, juris Rdziff. 14

<sup>1918</sup> BGHZ 200, 188 = NJW 2014, 2577

- Tätigkeit des Leiters eines Rechtsmedizinischen Instituts (oder eines von ihm beauftragten Arztes) im Zusammenhang mit Todesfallermittlungen gem. §§ 159, 87 ff. StPO<sup>1919</sup>
- Erzieherin in einer Kindertagesstätte in öffentlicher Trägerschaft<sup>1920</sup>
- Mitarbeiter einer Krankenkasse i. S. d. § 4 Abs. 1 SGB V (= rechtsfähige Körperschaft des öffentlichen Rechts mit Selbstverwaltung) bei Erteilung einer Leistungszusage<sup>1921</sup>
- die als Verifizierer tätige sachverständige Person oder Stelle i. S. v. § 10 Abs. 1 Satz 3 TEHG 2004<sup>1922</sup>
- Ausführung von Sicherungs- und Verfüllmaßnahmen eines Tagesbruches durch vom Bergamt beauftragtes privates Unternehmen<sup>1923</sup>
- Mitarbeiter eines Privatunternehmens als Beamte im haftungsrechtlichen Sinn beim Mähen von Straßenbegleitgrün<sup>1924</sup>
- Tätigkeit eines Durchgangsarztes<sup>1925</sup>
- Abgabe einer sozialmedizinischen Stellungnahme durch einen Vertrauensarzt bei dem MDK<sup>1926</sup>
- Tätigkeit eines Notarztes im Rettungsdiensteinsatz (in Bayern)<sup>1927</sup>
- Nachprüfung der Lufttüchtigkeit eines Luftfahrtgeräts durch einen genehmigten luftfahrttechnischen Betrieb<sup>1928</sup>
- Prüfungstätigkeit des Kraftfahrzeugsachverständigen im Rahmen von §§ 21, 29 und 47a StVZO<sup>1929</sup>

---

<sup>1919</sup> BGH NJW 2014, 1665 (1667) = juris Rdziff. 32

<sup>1920</sup> BGHZ 196, 34; OLG Düsseldorf, NVwZ 1997, 207 (207)

<sup>1921</sup> OLG Karlsruhe, VersR 2013, 501

<sup>1922</sup> BGHZ 191, 71 = WM 2012, 424

<sup>1923</sup> OLG Hamm BauR 2011, 1337

<sup>1924</sup> OLG Nürnberg NVwZ-RR 2010, 955

<sup>1925</sup> BGH NVwZ-RR 2010, 485

<sup>1926</sup> BGH NVwZ 2007, 487

<sup>1927</sup> BGHZ 160, 216 = NJW 2005, 429

<sup>1928</sup> BGHZ 147, 169 = NVwZ 2002, 375

<sup>1929</sup> BGHZ 122, 85; BGH NJW 1973, 458; BGHZ 49, 108; OLG Schleswig, NJW 1996, 1218

- TÜV-Sachverständiger bei der Vorprüfung überwachungsbedürftiger Anlagen nach § 24 GewO a. F. i. V. m. §§ 9, 11 (der mittlerweile außer Kraft getretenen) Druckbehälter-VO<sup>1930</sup>
- Prüfsachverständiger für Baustatik<sup>1931</sup>

Demgegenüber hat der BGH entschieden, die Tätigkeit des Sachkundigen, der mit einer wiederkehrenden Prüfung gem. § 26 Abs. 1 Satz 1 der berufsgenossenschaftlichen Unfallverhütungsvorschrift (UVV) Krane betraut sei, und diejenige eines Prüfers, der Bescheinigungen zur Zuerkennung des Zeichens „GS = geprüfte Sicherheit“ erteile, stelle sich nicht als Ausübung eines öffentlichen Amtes dar; denn die betreffenden Personen würden nicht im Pflichtenkreis der jeweiligen Behörde tätig werden.<sup>1932</sup> Wenn öffentlich bestellte Vermessungsingenieure im Bundesland Berlin tätig werden und einen Lageplan erstellen sowie Gebäudeeinmessungen vornehmen, wird dies nicht als öffentliche Aufgabe durchgeführt. Vielmehr findet eine evtl. Haftung (für Vermessungsfehler) im Rahmen einer privatrechtlichen beauftragten Lageplanerstellung/Gebäudeeinmessung in Berlin nur nach werkvertraglichen Grundsätzen statt; denn in einem solchen Fall liegt keine hoheitliche Tätigkeit i. S. d. §§ 1, 2 VermGBln vor.<sup>1933</sup> Nach Auffassung des BVerwG beruhe die Rechtsbeziehung zwischen dem Bundesnachrichtendienst (BND) und einer Vertrauensperson i. S. d. § 3 S. 1 BNDG in Verbindung mit § 8 Abs. 2 S. 1 BVerfSchG auf einem privatrechtlichen Vertrag; der Umstand, dass der Informant mittelbar an der Erfüllung der dem BND kraft öffentlichen Rechts obliegenden Aufgabe mitwirke, verleihe dem „Beschaffungsgeschäft“ als solchem keinen öffentlich-rechtlichen Charakter.<sup>1934</sup> Ein Flugkapitän, der sich noch vor dem Start weigert, eine Person zu befördern, handelt nicht in Ausübung eines öffentlichen Amtes, sondern nur soweit er während des Flugs oder bei Start und Landung Maßnahmen zur Aufrechterhaltung der Sicherheit und Ordnung trifft. Damit ist der Zeitraum zwischen dem Schließen der Außentüren nach dem Einstieg und dem Öffnen einer Außentür gemeint. Wird also einer Familie wegen des Verdachts auf eine ansteckende Krankheit die Beförderung verweigert, liegt keine Ausübung eines öffentlichen Amtes vor.<sup>1935</sup>

Der Schaden, um den im Rahmen eines Amtshaftungsprozesses bzw. im Rahmen des Rückgriffsanspruchs gestritten wird, darf nicht nur „bei Gelegenheit“ entstanden, sondern muss „in Ausübung“ eines öffentlichen Amtes eingetreten

---

<sup>1930</sup> BGHZ 122, 85; OLG Karlsruhe, VersR 2007, 498; vgl. dazu auch: Wiebauer, DVBI 2011, 208 ff.

<sup>1931</sup> BGHZ 39, 358

<sup>1932</sup> BGH NVwZ-RR 2011, 556 sowie BGHZ 181, 65

<sup>1933</sup> BGH, Beschl. v. 29.11.2012 - III ZR 21/12, juris Rdziff. 7

<sup>1934</sup> BVerwG NVwZ-RR 2010, 682

<sup>1935</sup> LG Berlin ZLW 2010, 121

sein. I. d. R. wird die „Ausübung“ mit der „hoheitlichen Tätigkeit“ des Amtswalters zusammenfallen.<sup>1936</sup> Lediglich in sog. Missbrauchs- bzw. Exzessfällen wird etwas anderes gelten müssen. Ein Beamter, der eine „Schwarzfahrt“ unternimmt, indem er ein Fahrzeug entwendet, wird i. d. R. nicht in Ausübung eines öffentlichen Amtes tätig, sondern allenfalls bei Gelegenheit der Amtsausübung.<sup>1937</sup> Anders verhält es sich aber gerade dann, wenn diesem Beamten die dienstliche Pflicht obliegen hat, dafür Sorge zu tragen, dass das betreffende KfZ nicht in einer Weise verwendet werden kann, die mit dienstlichen Zwecken nichts zu tun hat oder durch die andere Personen zu Schaden kommen könnten. Dann jedenfalls trifft den Beamten die auch jedem Verkehrsteilnehmer gegenüber bestehende (in diesem Fall auch dienstliche) Verpflichtung, einen missbräuchlichen Gebrauch, etwa eine Privatfahrt, zu verhindern und selbst zu unterlassen. In einem solchen Fall ist der erforderliche innere Zusammenhang des Schadens mit der von dem Beamten hervorgerufenen Gefahrenlage zu bejahen.<sup>1938</sup> In Ausübung eines öffentlichen Amtes handelt der Beamte folglich nur dann, wenn ein innerer Zusammenhang bzw. eine innere Beziehung zwischen der – einen hoheitlichen Charakter tragenden – Aufgabe einerseits und der Schädigung andererseits bejaht werden kann, wobei eine bloße Zuständigkeitsüberschreitung diesen inneren Zusammenhang nicht zu unterbrechen in der Lage ist.<sup>1939</sup> Von einem Wegfall dieses Zurechnungszusammenhangs wird nur dann auszugehen sein, wenn die von dem Amtswalter wahrgenommene Aufgabe seinem Tätigkeitsbereich vollkommen wesensfremd ist und/oder nicht in dem Kompetenzbereich derjenigen Körperschaft liegt, welcher der Amtswalter als zugehörig anzusehen ist.<sup>1940</sup>

All dies vorausgeschickt, wird regelmäßig die Amtsbezogenheit des amtswalterischen Handelns zu bejahen sein, insbesondere dann, wenn es sich bei dem Amtswalter um einen Bundes- oder Landesbeamten handelt. Fraglich ist indes, wann bei Privatpersonen von einer Amtsbezogenheit der Tätigkeit auszugehen ist und ob der von der Rechtsprechung eingenommene Standpunkt in Bezug auf den Wegfall des Haftungsprivilegs aus Art. 34 S. 2 GG zutreffend sein kann. Herkömmlicherweise wird, um das „vielfältige und buntscheckige Bild der privaten Verwaltungshilfe“<sup>1941</sup> einzuordnen, zwischen dem sog. Beliehenen, dem Verwaltungshelfer und dem Privatunternehmer unterschieden.

---

<sup>1936</sup> Stein/Itzel/Schwall Rdziff. 32; BGH NJW 1992, 1227 (1228)

<sup>1937</sup> BGH VersR 1969, 185

<sup>1938</sup> BGHZ 124, 15 (18) = NJW 1994, 660 (661)

<sup>1939</sup> BGH NJW 1992, 1227 (1228); BGH NJW 1992, 1310 (1310); Stein/Itzel/Schwall Rdziff. 30

<sup>1940</sup> Soergel/Vinke, BGB, § 839 Rdziff. 75

<sup>1941</sup> Ossenbühl/Cornils S. 17 f.

## A. Amtsbezogenheit bei Handeln durch einen Beliehenen

### I. Allgemeines

Nach Auffassung in der Literatur sind unter dem Begriff des Beliehenen natürliche oder juristische Personen des Privatrechts zu verstehen, denen durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes, etwa durch VA oder Verwaltungsvertrag, konkrete hoheitliche Kompetenzen zur Wahrnehmung im eigenen Namen übertragen werden können bzw. worden sind.<sup>1942</sup> Beispiele finden sich u. a. in § 9a Abs. 1 S. 1, 2 HGB sowie § 3 Abs. 1 S. 2 Nds. MVollzG. Haftungsrechtlich verantwortlich ist diejenige Körperschaft, die dem Beliehenen die betreffende Hoheitsaufgabe übertragen oder den Beliehenen mit den Hoheitsbefugnissen ausgestattet hat.<sup>1943</sup>

Legt man die Rechtsprechung des BGH zugrunde, wonach eine juristische Person des Privatrechts nicht Beamter im haftungsrechtlichen Sinn sein kann, so ergibt sich zwangsläufig folgende Konsequenz. Da die juristische Person des Privatrechts zwar Beliehene, nicht hingegen amtshaftungsrechtlich Beamter sein kann, wird deren Haftung regelmäßig im (durch die „beliehende“ Körperschaft einzuleitenden) Regressprozess abzuklären sein. Der/die Beliehene wird sich direkt keinem Amtshaftungsanspruch ausgesetzt sehen; denkbar ist allenfalls die Streitverkündung ihm/ihr gegenüber durch die passivlegitimierte Körperschaft.

Beispiele für sog. Beliehene sind z. B. Schiffskapitäne, Luftfahrzeugführer, Jagdaufseher, Feld- und Forstaufseher, Fischereiaufseher, Bezirksschornsteinfeger, Verbände der Ersatzkassen, anerkannte Ersatzschulen, anerkannte Beschäftigungsstellen für den Zivildienst, freiwillige Feuerwehren<sup>1944</sup> aber auch private Einrichtungen (juristische Personen des Privatrechts) im Bereich des Maßregelvollzuges<sup>1945</sup> (vgl. für Niedersachsen: § 3 Abs. 1 S. 2 Nds. MVollzG).

### II. Haftungsausdehnung für die Tätigkeit des Beliehenen durch Nichtanwendung des Haftungsprivilegs gem. Art. 34 S. 2 GG

In der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist die Frage bereits seit langem geklärt, ob ein beliehener Unternehmer selbst oder aber der beliehende Staat über den Weg des Art. 34 S. 1 GG haftet. Amtshaftungsansprüche i. S. d. § 839 Abs. 1

---

<sup>1942</sup> Ossenbühl/Cornils S. 17 f.; Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 44; Papier in: MünchKomm, BGB, § 839 Rdziff. 133; Stein/Itzel/Schwall Rdziff. 23; Wolff/Bachof/Stober/Kluth, VerwR Bd. 2, § 67 Rdziff. 20; HK-VerwR/Kastner, VwVfG § 1 Rdziff. 31; Maurer § 23 Rdziff. 56; Shirvani, Die Verwaltung 2014, 57 (59)

<sup>1943</sup> Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 44; ausführlich Wilhelm S. 208 ff. dort dargestellt am Beispiel von Akkreditierungsagenturen

<sup>1944</sup> Beispiele bei Stein/Itzel/Schwall Rdziff. 26 sowie Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 44 f.; Ossenbühl/Cornils S. 17 f.; Palandt/Sprau, BGB, § 839 Rdziff. 20

<sup>1945</sup> vgl. OLG Schleswig, Urt. v. 29.01.2013 - 11 U 63/12, juris Rdziff. 13

S. 1 BGB i. V. m. Art. 34 GG treffen stets den beleihenden Verwaltungsträger.<sup>1946</sup> Denn wenn ein Hoheitsträger sich zur Erfüllung hoheitlicher Aufgaben sog. Beliehener bedient, so besteht bereits im Hinblick auf die Zielsetzung eine amtschaftsrechtliche Ausrichtung. Neuerlicher Ansicht zufolge findet die Rückgriffsbeschränkung des Art. 34 S. 2 GG auf Private keine Anwendung, selbst wenn diese als Amtsträger im haftungsrechtlichen Sinn für den Staat hoheitlich tätig geworden sein sollten.<sup>1947</sup> Zu Recht wird daher vom BVerwG die Ansicht vertreten, dass insoweit der Anwendungsbereich des Art. 34 S. 2 GG hinter demjenigen des Art. 34 S. 1 GG zurückbleibt. Damit stellt sich zugleich die Frage, ob eine solche Handhabung des Art. 34 S. 2 GG – also der Ausschluss der Rückgriffsbeschränkung für Beliehene – mit dem Zweck der Vorschrift in Vereinbarung gebracht werden kann.

### 1. ratio des Art. 34 S. 2 GG

Primärfunktion der vorgenannten Vorschrift ist es, die Haftung des handelnden Amtswalters nur bei Vorliegen von Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit zu bejahen, im Übrigen, d. h. bei (lediglich) einfacher Fahrlässigkeit i. S. d. § 276 Abs. 1 S. 2 BGB auszuschließen.<sup>1948</sup> Diese verfassungsrechtlich verankerte Limitierung der Innenhaftung basiert auf dem Gedanken, die Funktionsfähigkeit der Verwaltung zu gewährleisten. Denn anderenfalls, d. h. bei einer unbeschränkten Haftung des Amtswalters, könnten dessen Entschlussfähigkeit, Entschlussfreudigkeit und Entschlusskraft, insbesondere bei notwendigen Eilmaßnahmen beeinträchtigt sein. Art. 34 S. 2 GG stellt sich aber auch als eine verfassungsrechtlich verankerte Ausprägung der allgemeinen beamtenrechtlichen Fürsorgepflicht des Dienstherrn dar. Denn im beruflichen Umfeld sieht sich der Amtswalter weitaus höheren Haftungsrisiken ausgesetzt als im privaten Umfeld.<sup>1949</sup> Soweit es den Fürsorgegedanken anbelangt, zieht die Rechtsprechung zu Recht eine Parallele zu den arbeitsrechtlichen Haftungserleichterungen für Arbeitnehmer.<sup>1950</sup> Die Regelung in Art. 34 GG ist der Regelung des Art. 131 WRV nachgebildet; für den Rückgriff gegen Beamte enthielt diese Vorschrift in Art. 131 Abs. 1 Satz 2 WRV noch keine

<sup>1946</sup> BGHZ 161, 6 (10) = NJW 2005, 286 (287); BGHZ 147, 169 (171) = NVwZ 2002, 375 (375); BGHZ 122, 85 (87) = NJW 1993, 1784 (1784); BGHZ 49, 108 (111) = NJW 1968, 443; Ossenbühl/Cornils S. 17 ff.; Papier in: MünchKomm BGB, § 839 Rdziff. 130

<sup>1947</sup> BVerwGE 137, 377 (380) = NVwZ 2011, 368 (369) = juris Rdziff. 19

<sup>1948</sup> von Danwitz in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 34 Rdziff. 124; Bonk in: Sachs, GG, Art. 34 Rdziff. 108 ff.

<sup>1949</sup> von Danwitz in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 34 Rdziff. 125; Masing in: Umbach/Clemens MAK-GG Art. 34 Rdziff. 150; Bryde in: von Münch/Kunig, GG, Art. 34 Rdziff. 37; Dagtoglou in: Bonner Kommentar zum GG, Art. 34 Rdziff. 346 ff.; BGHZ 161, 6 (10) = NJW 2005, 286 (287) = juris Rdziff. 17

<sup>1950</sup> vgl. dazu BGHZ 161, 6 (10) = NJW 2005, 286 (287); BAG NZA 2011, 345 (347); BAG NZA 1998, 140 (141); BAGE 101, 107; BAG NJW 1995, 210 (211); BAGE 63, 127 = NJW 1990, 468 (469)

Einschränkungen, vielmehr wurden nach Maßgabe des Art. 131 Abs. 2 WRV die näheren Regelungen der Gesetzgebung überantwortet. Insofern findet sich auch erstmals in § 23 Abs. 2, 4 des Deutschen Beamtengesetzes vom 26.01.1937<sup>1951</sup> eine Regelung für staatsrechtliche Beamte und solche Personen, die nicht Beamte im Sinne des Gesetzes sind, wenn diese in Ausübung der ihnen anvertrauten öffentlichen Gewalt deren Amtspflichten verletzt haben. Nach dem Verständnis des damaligen Gesetzgebers sollten in den Genuss dieser Ausdehnung allerdings nur Angestellte und Arbeiter des öffentlichen Dienstes kommen, zumal auch das RG nur Organmitglieder oder abhängig Beschäftigte als Amtsträger i. S. d. § 839 BGB bzw. Art. 131 WRV anerkannt hatte.<sup>1952</sup> Auch der Parlamentarische Rat hatte bei der Regelung des Rückgriffs i. S. d. Art. 34 S. 2 GG ursprünglich nur die Beamten und die ihnen gleichzustellenden Angestellten des öffentlichen Dienstes vor Augen.<sup>1953</sup>

## 2. Die Auffassung des BVerwG

Das BVerwG vertritt die Ansicht, dass Art. 34 S. 2 GG auf Private keine Anwendung findet, selbst wenn sie als Amtsträger im haftungsrechtlichen Sinn hoheitlich tätig werden würden. Denn die Interessen der Geschädigten erforderten es nicht, den Rückgriff des Staates gegen den Amtsträger zu beschränken. Die Ziel- und Zweckrichtung des Art. 34 S. 2 GG schließe die Ausdehnung der Vorschrift auf private Amtsträger aus. Es liege auch auf der Hand, dass der Gesichtspunkt der beamtenrechtlichen Fürsorgepflicht ganz auf die eigenen Bediensteten des Staates abziele, ggf. noch auf Angestellte und Arbeiter im öffentlichen Dienst auszurichten sei, nicht hingegen auf Privatpersonen außerhalb des öffentlichen Dienstes, selbst wenn diese hoheitlich tätig werden würden.<sup>1954</sup>

Das BVerwG hat allerdings in der (hier sog.) Öko-Kontrollstellen-Entscheidung auch ausgeführt, dass der Staat nicht ohne eine gesetzliche Grundlage im Rahmen der Amtshaftung Regress bei dem beliebigen Unternehmer nehmen könne. Denn die Beleihung privater Personen mit hoheitlichen Befugnissen sei eine Maßnahme der Staatsorganisation, die von den Vorstellungen des Verfassungsgebers und von dem Regelbild der Verfassung abweiche und zugleich die Verfassungsgrundsätze des Rechtsstaats- und Demokratiegebots berühre. Dies betreffe zwar zunächst nur das „Ob“ einer Beleihung, erschöpfe sich aber darin auch nicht. Vielmehr könnten auch einzelne Modalitäten einer Beleihung von einer derartigen Bedeutung sein, dass sie der Entscheidung des Gesetzgebers vor-

---

<sup>1951</sup> RGBI 1937 I S. 39ff

<sup>1952</sup> BGHZ 161, 6 (10) = NJW 2005, 286 (287) unter Hinweis auf RGZ 164, 1 sowie RGZ 159, 235 sowie RGZ 158, 95 sowie RGZ 142, 190 sowie RGZ 118, 241 sowie RGZ 105, 334 sowie RGZ 104, 257

<sup>1953</sup> Stelkens, JZ 2004, 656 (661); Quantz, VersR 2004, 1244 (1245)

<sup>1954</sup> BVerwGE 137, 377 (380 f.) = NVwZ 2011, 368 (369) = juris Rdziff. 22 unter Hinweis auf BGHZ 161, 6 (11) = NJW 2005, 286 (287)

behalten bleiben müssten. Zu den Modalitäten einer Beleihung, die dem Gesetzgeber vorbehalten bleiben müssten, zähle aber auch die Zulassung des Haftungsbegriffs auf den Beliehenen bei einfacher Fahrlässigkeit.<sup>1955</sup> Dies ergebe sich aus Art. 34 S. 2 GG, der (gemeinsam mit Art. 33 Abs. 4 GG) das verfassungsrechtliche Regelbild zeichne, welches die Ausübung hoheitsrechtlicher/hoheitlicher Befugnisse grundsätzlich den eigenen Staatsbediensteten vorbehalte und diese bei Pflichtverletzungen, die den Staat Dritten gegenüber zum Schadensersatz verpflichteten, von einem Rückgriff des Staates jedenfalls unterhalb der Schwelle von Vorsatz und grober Fahrlässigkeit freistellen würde. Würden derlei hoheitliche Befugnisse in Abkehr von diesem Regelbild Privaten übertragen (verliehen), so liege darin eine Abweichung, die natürlich auch mit Seitenblick auf Art. 34 S. 2 GG der Rechtfertigung bedürfe. Dies gelte insbesondere im Hinblick auf den in Art. 34 S. 2 verankerten Zweck, die Entschlussfreude bzw. die Entschlusskraft des hoheitlich Handelnden zu stärken. Dieser Zweck knüpfe nicht nur an die Person des Handelnden an, sondern an eben den hoheitlichen Charakter des Handelns als solches und diene der Effizienz hoheitlichen Handelns, welches „von bremsender Rücksicht auf mögliche Haftungsrisiken freigehalten werden“ solle.<sup>1956</sup>

### 3. Kritik und eigene Auffassung

Dem Ansatz des BVerwG, von der ratio des Art. 34 S. 2 GG unter besonderer Berücksichtigung der historischen Entwicklung auszugehen, ist zwar zuzustimmen. Ebenso verdient diese Entscheidung Zustimmung, soweit es den Gesetzesvorbehalt anbelangt; die Reichweite des Haftungsrückgriffs auf den Beliehenen auch bei einfacher Fahrlässigkeit bedarf der näheren Ausgestaltung durch den Gesetzgeber. Die in diesem Zusammenhang teilweise angebrachte Kritik, durch die Formulierung „auch bei einfacher Fahrlässigkeit“ werde nicht deutlich, ob ein Gesetz nur bei einer Haftung für einfache Fahrlässigkeit notwendig sei oder bei jedem Rückgriff<sup>1957</sup>, kann indes nicht geteilt werden. Der Klarheit halber sollte eine gesetzliche Regelung nicht nur für den Fall des Haftungsrückgriffs bei einfacher Fahrlässigkeit, sondern auch bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit gegeben sein. Dies zeigt ein Seitenblick auf die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung, wonach auch bei grober Fahrlässigkeit des Arbeitnehmers je nach Abwägung aller Umstände im Einzelfall eine Haftungserleichterung in Betracht kommen kann, wobei in die Abwägung auf Seiten des Arbeitnehmers die Höhe des Arbeitsentgelts, die weiteren mit seiner Leistungsfähigkeit zusammenhängenden Umstände und der Grad des Verschuldens einbezogen werden muss. Auch bei „größter“ Fahrlässigkeit des Arbeitnehmers scheidet Haftungserleichterungen nicht von vornherein und grundsätzlich aus.<sup>1958</sup> Wenn der BGH – und auf ihm aufbauend das BVerwG

<sup>1955</sup> BVerwGE 137, 377 (383) = NVwZ 2011, 368 (369) = juris Rdziff. 25, 26

<sup>1956</sup> BVerwGE 137, 377 (383) = NVwZ 2011, 368 (369) = juris Rdziff. 26

<sup>1957</sup> von Weschpfennig, DVBl 2011, 1137 (1139)

<sup>1958</sup> BAG NZA 2011, 345 = NJW 2011, 1096



– eine Parallele zu den Haftungsregelungen im Arbeitsrecht zeichnet, so erscheint es mehr als konsequent, den gesetzlichen Vorbehalt auch auf alle Verschuldensstufen auszudehnen.

Dessen ungeachtet ist in der Literatur aber auf einen Aspekt hingewiesen worden, den das BVerwG in der Öko-Kontrollstellen-Entscheidung ausgeklammert hatte. Obschon das BVerwG das Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage im Sinne eines Gesetzesvorbehalts gesehen hat, hat es nicht näher untersucht, ob das geltende Recht bereits eine derartige (gesetzliche) Grundlage für einen Rückgriff gegen einen Beliehenen bietet. Insoweit wird in der Literatur zu Recht auf das Leistungsstörungenrecht im verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnis hingewiesen.<sup>1959</sup> Wenn die Beleihung durch öffentlich-rechtlichen Vertrag (§§ 54 ff VwVfG) erfolgt, so gelten nach näherer Maßgabe des § 62 S. 2 VwVfG die Vorschriften des BGB entsprechend, mithin auch die §§ 275 ff BGB. Wenn aber diese Vorschriften Anwendung finden, so reicht dies als (gesetzliche) Regressgrundlage aus.<sup>1960</sup> Dies vorausgeschickt, hätte es für das BVerwG Anlass genug sein müssen zu untersuchen, wie die Beleihung von Öko-Kontrollstellen konkret ausgestaltet war. In dem zu entscheidenden Fall war die Beleihung auf Antrag hin vorgenommen worden, und zwar durch begünstigenden VA. Überdies war zu berücksichtigen, dass nach näherer Maßgabe des § 5 Abs. 1 S. 1 ÖLG<sup>1961</sup> die Kontrollstelle verpflichtet ist, die Tätigkeit jedes Unternehmers „gegen angemessene Vergütung“ in die Kontrollen einzubeziehen, wobei Näheres über die Beleihung einschl. der Kosten und zur Überwachung der Kontrollstellen durch das Staatsministerium erfolgt. Die beliehene Kontrollstelle erhebt selbst Gebühren auf der Grundlage einer Gebührentabelle, die der Landesanstalt vorgelegt worden sein muss. Mithin üben die Kontrollstellen deren Tätigkeit auf der Grundlage einer von ihnen selbst weitestgehend vorgenommenen Preisgestaltung aus, sodass zugegebenermaßen die Ähnlichkeiten zu einem privatrechtlichen Vertrag nahe liegen. Schon dies lässt es als gerechtfertigt erscheinen, die zivilrechtlichen Regelungen über das Leistungsstörungenrecht gemäß §§ 275 ff BGB zur Anwendung zu bringen mit der weiteren Folge, dass in jenem Fall das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage (Gesetzesvorbehalt) als erfüllt anzusehen wäre.<sup>1962</sup>

---

<sup>1959</sup> von Weschpfennig, DVBl 2011, 1137 (1141); Ossenbühl/Cornils S. 119; von Danwitz in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG Art. 34 Rdziff. 124; Soergel/Vinke, BGB, § 839 Rdziff. 257; Maurer § 23 Rdziff. 57

<sup>1960</sup> von Weschpfennig, DVBl 2011, 1137 (1141, 1142)

<sup>1961</sup> Gesetz zur Durchführung der Rechtsakte der Europäischen Gemeinschaft auf dem Gebiet des ökologischen Landbaus (Öko-Landbau-Gesetz - ÖLG) vom 10.07.2002 (BGBl I 2002 S. 2558 ff)

<sup>1962</sup> in diesem Sinn: von Weschpfennig, DVBl 2011, 1137 (1145)

## B. Verwaltungshelfer

### I. Allgemeines

Anders als der sog. Beliehene hat der Verwaltungshelfer eine nur untergeordnete Hilfsfunktion und wird im Rahmen der ihm von einer Körperschaft übertragenen Aufgabe nicht selbstständig tätig. Auch diese bloßen Hilfstätigkeiten im Rahmen der öffentlichen Verwaltung werden amtschaftsrechtlich der Körperschaft zugerechnet. Zu hinterfragen ist stets, ob die Tätigkeit des Verwaltungshelfers hoheitlich orientiert ist und welche Anforderungen an den „Übertragungsakt“ zu stellen sind, wobei es zutreffender Auffassung zufolge auf die Art, Zulässigkeit und rechtliche Wirksamkeit der Übertragung selbst wohl nicht ankommen dürfte.<sup>1963</sup> Demgemäß sind in der Rechtsprechung als Verwaltungshelfer angesehen worden:

- Schüler bei Hilfestellung im Turnunterricht<sup>1964</sup>
- Schülerlotse<sup>1965</sup>
- Ordnungsschüler<sup>1966</sup>
- Fahrer eines Abschleppfahrzeugs, der aufgrund privatrechtlichen Vertrags zwischen Polizei-/Straßenverkehrsbehörde und Abschleppunternehmen ein Unfallfahrzeug birgt<sup>1967</sup>
- Private, mit der Durchführung von BSE-Tests beauftragte Labore<sup>1968</sup>
- Für eine Behandlung eines Soldaten hinzugezogene Fachklinik im Innenverhältnis<sup>1969</sup>

<sup>1963</sup> Stein/Itzel/Schwall Rz. 27; Ossenbühl/Cornils S. 20 f., Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 46, 47

<sup>1964</sup> BGH MDR 1958, 752

<sup>1965</sup> OLG Köln NJW 1968, 655

<sup>1966</sup> LG Rottweil NJW 1974, 474

<sup>1967</sup> BGH, Urt. v. 18.02.2014 - VI ZR 383/12, juris Rdziff. 6; BGHZ 121, 161 = NJW 1993, 1258; OLG Düsseldorf, VersR 1997, 239; OLG Saarbrücken, NJW-RR 2007, 681 (682); Thüringer OLG, OLG-Report 2005, 447; LG Frankfurt, DAR 2000, 268 (269); Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 100

<sup>1968</sup> BGH NVwZ 2006, 966; BGHZ 161, 6; vgl. in diesem Zusammenhang auch: BGH, Urt. v. 08.11.2012 - III ZR 293/11, juris Rdziff. 17; OLG München, Urt. v. 27.04.2006 - 1 U 2537/05, juris (bestätigt durch Zurückweisung der Nichtzulassungsbeschwerde, BGH NVwZ-RR 2007, 368); OLG Schleswig, Urt. v. 07.09.2006 - 11 U 16/05, juris; OLG Bremen, OLG-Report 2009, 205

<sup>1969</sup> OLG Schleswig, OLG-Report 2006, 546

- Ein mit der Beseitigung einer Gehwegaufwölbung beauftragtes Privatunternehmen<sup>1970</sup>
- Zum Vollzug des Bauordnungsrechts (Ersatzvornahme) herangezogener privater Fachbetrieb<sup>1971</sup>
- Ein vom Bergamt beauftragtes privates Unternehmen zur Ausführung von Sicherungs- und Verfüllmaßnahmen eines Tagesbruchs<sup>1972</sup>

## *II. Haftungsausdehnung für die Tätigkeit des Verwaltungshelfers durch Nichtanwendung des Haftungsprivilegs*

Nach der Rechtsprechung des BGH gilt die Rückgriffsbeschränkung (Limitierung) in Art. 34 S. 2 GG auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit nicht für als Verwaltungshelfer herangezogene selbstständige private Unternehmer.<sup>1973</sup>

Zur Begründung dieser Ansicht stellt sich das Gericht auf den Standpunkt, dass die Ziel- und Zweckrichtung des Art. 34 S. 2 GG nicht auf den Verwaltungshelfer übertragbar sei. Es bestehe keine Rechtfertigung für eine Haftungserleichterung. Denn bei einem Verwaltungshelfer spiele der hinter Art. 34 S. 2 GG stehende Zweck, die Entschlussfreudigkeit und Schlagkraft der öffentlichen Verwaltung zu stärken, keine Rolle. Auch der hinter Art. 34 S. 2 GG stehende Fürsorgegedanke sei bei einem Verwaltungshelfer ohne Belang. Anders als ein abhängig Beschäftigter könne der gewerbliche Unternehmer über Art und Umfang seines Einsatzes selbst bestimmen, es stehe ihm sogar frei, Haftungsrisiken einzugehen oder eben von der Übernahme der Tätigkeit abzusehen, wenn ihm das Risiko zu groß erscheine. Es bestehe auch kein Unterschied zwischen einer Mitwirkung des Unternehmers an hoheitlichen Aufgaben und der Ausführung von Dienst- oder Werkleistungen im fiskalischen Bereich, bei denen der Verwaltungshelfer nach allgemeinen Regeln für jedes Verschulden hafte. Daher fehle es an einem inneren rechtfertigenden Grund, den Unternehmer im Rahmen hoheitlicher Verwaltungsaufgaben von seiner vertraglichen Haftung auch nur teilweise freizustellen.<sup>1974</sup>

Die vom BGH gegebene Begründung vermag nicht zu überzeugen. Selbstverständlich steht es einem Verwaltungshelfer frei, bestimmte Tätigkeiten zu übernehmen oder aber es bleiben zu lassen. Grundfrage ist aber doch, ob im Falle der Übernahmetätigkeit auch die Entschlussfreudigkeit und die Entschlusskraft des Verwaltungshelfers gestärkt oder geschwächt werden sollen. Der jetzt vom BGH

---

<sup>1970</sup> OLG Celle NVwZ-RR 2009, 863 = OLG-Report 2009, 506

<sup>1971</sup> OLG Koblenz DVBl 2011, 60 = juris (bestätigt durch Zurückweisung der Nichtzulassungsbeschwerde, BGH Beschl. v. 24.02.2011 - III ZR 130/10)

<sup>1972</sup> OLG Hamm, Urt. v. 30.03.2011 - 11 U 221/10, juris

<sup>1973</sup> BGHZ 161, 6 = NJW 2005, 286

<sup>1974</sup> BGHZ 161, 6 (14) = NJW 2005, 286 (288) = juris Rdziff. 18; ebenso: OLG Stuttgart, NVwZ-RR 2006, 6; OLG Schleswig, OLG-Report 2006, 546

auf diese Weise eingeschlagene Weg, dem Verwaltungshelfer die Rückgriffsbeschränkung des Art. 34 S. 2 GG zu verwehren, erscheint kontraproduktiv. Denn dadurch werden Verwaltungshelfer, wenn sie denn nun derlei hoheitliche Aufgaben übernehmen, welche auch mit einem höheren Risiko verbunden sein könnten als im privaten Umfeld, ihre Tätigkeit, insbesondere bei Eilmaßnahmen, gerade nicht mit der ggf. notwendigen Entschlussfreude ausführen, stets vor dem Hintergrund, den Regress zu fürchten.

### C. (Selbstständiger) Privatunternehmer

Wie bereits hervorgehoben, ist für die Begründetheit des Amtshaftungsanspruchs entscheidend, ob öffentliche Gewalt ausgeübt worden ist. Mithin kann Beamter im amthaftungsrechtlichen Sinn auch ein Privatrechtssubjekt sein. Dafür ist (lediglich) zur Voraussetzung erhoben, dass der Privatperson im Zusammenhang mit der im Übrigen privatrechtlichen Tätigkeit die Wahrnehmung hoheitsrechtlicher Funktionen übertragen worden ist.<sup>1975</sup> Wenn eine Behörde bzw. Körperschaft zur Erfüllung hoheitlicher Aufgaben selbstständige Privatunternehmen einsetzt, ist es maßgeblich, ob die öffentliche Hand in so weit gehendem Maß auf die Durchführung der Arbeiten Einfluss nehmen kann, dass sie diese Arbeiten des Privatunternehmers wie eigene gegen sich gelten lassen und es so angesehen werden muss, als wäre der Privatunternehmer lediglich das Werkzeug der öffentlichen Behörde bei der Durchführung der hoheitlichen Aufgabe.<sup>1976</sup> Je stärker mithin der hoheitliche Charakter der zu erfüllende Aufgabe in den Vordergrund tritt und je enger die Verbindung zwischen der übertragenden Tätigkeit und der von der Behörde zu erfüllenden hoheitlichen Aufgabe und je begrenzter der Entscheidungsspielraum des Privatunternehmers ist, desto näher liegt es auch, ihn als „Beamten“ im haftungsrechtlichen Sinn zu qualifizieren.<sup>1977</sup> Der Hintergrund dieses rechtlichen Ansatzes leuchtet schnell ein; es darf der öffentlichen Hand nicht gestattet sein, sich den Maßgaben der Amtshaftung dadurch zu entziehen, dass sie die Durchführung einer von ihr zu bewerkstelligen Aufgabe (durch privatrechtlichen Vertrag) auf einen Privatunternehmer überträgt.<sup>1978</sup> Dabei gilt es aber auch zu berücksichtigen, dass nur natürliche Personen Amtsträger sein können, während juristische Personen des Privatrechts, selbst dann, wenn sie mit Hoheitsbefugnissen ausgestattet sein sollten, als solche nicht „Beamte“ sein können. Für Privatunternehmer bedeutet dies letztlich, dass eine privatrechtliche Einzelhandelsfirma

<sup>1975</sup> Papier in: MünchKomm BGB, § 839 Rdziff. 132

<sup>1976</sup> BGH NJW 1993, 1258 (1259); OLG Hamm, BauR 2011, 1337 = juris Rdziff. 19; OLG Hamm, NJW 2001, 375 (376) = juris Rdziff. 7

<sup>1977</sup> BGH NJW 2005, 286 (287); BGHZ 121, 161 (165); OLG Hamm, BauR 2011, 1337 = juris Rdziff. 19; Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 101; Ossenbühl/Cornils S. 22

<sup>1978</sup> BGH NJW 2005, 286 (287) = juris Rdziff. 14; BGHZ 121, 161 (163); OLG Saarbrücken, Urt. v. 10.07.2012 – 4 U 143/11 – 47, juris Rdziff. 112; Papier in: MünchKomm BGB, § 839 Rdziff. 138; Ossenbühl/Cornils S. 25; Detterbeck/Windthorst/Sproll § 9 Rdziff. 19 ff.

bzw. deren Inhaber – ein Kaufmann – Beamter im amtshaftungsrechtlichen Sinn sein kann; demgegenüber kann eine GmbH, die mit der Erfüllung hoheitlicher Aufgaben betraut ist, nicht Beamter im amtshaftungsrechtlichen Sinn sein, wohl aber deren Mitarbeiter, die zu der hoheitlichen Aufgabenerfüllung herangezogen werden; insbesondere dies löst im Falle eines Rückgriffs die Drittschadensliquidations-Konstellation aus.<sup>1979</sup>

## D. Mitglieder kommunaler Vertretungsorgane

### I. Allgemeines

Kommunale Vertretungs-/Kollegialorgane (z.B. Gemeinderat, Kreisrat o. ä.) sind trotz ihrer Befugnis zur Rechtssetzung im Kommunalbereich keine Parlamente, sondern (lediglich) Verwaltungsorgane, die ausschließlich der Exekutive zuzuordnen sind.<sup>1980</sup> Da kommunale Vertretungsorgane mithin nicht der Legislative zuzuordnen sind, gelten deren Mitglieder auch nicht als „Abgeordnete“ i. S. d. Art. 46 Abs. 1 GG und unterfallen daher nicht dem in dieser Norm verankerten Grundsatz der Indemnität. Dies erklärt sich letztlich vor dem Hintergrund, dass auch das materielle Satzungsrecht der Kommunen nicht deren originärer Legislativkompetenz entspricht; vielmehr beruht dieses kommunale Rechtssetzungsrecht auf einer Zuerkennung kommunaler Autonomie.<sup>1981</sup> Die Mitglieder der kommunalen Vertretungsorgane sind keine Beamten im staatsrechtlichen Sinn, gleichwohl als Beamte im amtshaftungsrechtlichen Sinn, mithin als Amtsträger/Amtswalter anzusehen.<sup>1982</sup> In Ermangelung des staatsrechtlichen Beamtenstatus' sind die landesrechtlichen Regelungen über den Rückgriff gegen Beamte (z. B. § 51 NBG) nicht anwendbar. Es fällt in die Regelungskompetenz der Bundesländer nach näherer Maßgabe des Art. 70 GG, die Rechtsstellung von kommunalen Mandatsträgern einer Normierung zu unterwerfen. Für Niedersachsen ist dies in § 54 Abs. 4 NKomVG<sup>1983</sup> geregelt, der folgenden Wortlaut hat:

*„Verletzen Abgeordnete vorsätzlich oder grob fahrlässig ihre Pflichten, verstoßen sie insbesondere gegen die ihnen in den §§ 40 bis 42 auferlegten Verpflichtungen, so haben sie der Kommune den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen.“*

---

<sup>1979</sup> s. dazu näher unten S. 566 ff.

<sup>1980</sup> Henneke, JURA 1992, 125 (126); Tremml/Karger/Luber Rdziff. 1425

<sup>1981</sup> Henneke, JURA 1992, 125 (126)

<sup>1982</sup> Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 42; Tremml/Karger/Luber Rdziff. 1426; BGH NJW 1989, 976 (978)

<sup>1983</sup> Niedersächsisches Kommunalverfassungsgesetz, verkündet im Rahmen des Gesetzes zur Zusammenfassung und Modernisierung des Niedersächsischen Kommunalverfassungsrechts am 23.12.2010 (Nds. GVBl S. 576 ff) mit Wirkung zum 01.11.2011; die Regelung in § 54 Abs. 4 NKomVG ersetzt die Vorgängervorschrift des § 39 Abs. 4 NGO

Auch für diese Regelung und die in Betracht kommenden Schaden stiftenden Handlungen muss berücksichtigt werden, dass sich ein Schaden bei der Kommune direkt und unmittelbar manifestieren kann; so haften z. B. Gemeinderatsmitglieder dann, wenn sie den Abschluss eines Kaufvertrages mit einer Firma, deren Vermögensverhältnisse ihnen unbekannt sind, beschließen; in einem solchen Fall haften sie als Gesamtschuldner neben dem Bürgermeister, der es unterlassen hatte, durch eine entsprechende Kaufvertragsgestaltung eine Absicherung der Gemeinde aus einem Holzverkauf (Abholung des Holzes nur Zug-um-Zug bei Kaufpreiszahlung) sicherzustellen.<sup>1984</sup> Darüber hinaus ist aber natürlich auch eine Haftung der Ratsmitglieder vor dem Hintergrund denkbar, dass die Kommune von außen stehenden Dritten nach den Regeln der Amtshaftung (§ 839 Abs. 1 S. 1 i. V. m. Art. 34 S. 1 GG) in Anspruch genommen wird.

*II. § 54 Abs. 4 NKomVG als Grundlage für einen Rückgriff gegen Mitglieder kommunaler Vertretungsorgane*

Nach dem Wortlaut von § 54 Abs. 4 scheint ein Rückgriffsanspruch gegen Ratsmitglieder (Abgeordnete) nicht von vornherein ausgeschlossen. Allerdings hat das Niedersächsische Innenministerium (MI) zu der Vorgängervorschrift des § 39 Abs. 4 NGO schon im Jahr 1985<sup>1985</sup> ausgeführt:

*„Eine Rückgriffsmöglichkeit, wie sie Art. 34 GG dem Dienstherrn gegenüber seinen Beamten eröffnet, hat die Gemeinde gegenüber Ratsberren nicht. § 39 IV NGO regelt nur den Fall einer individuellen Pflichtverletzung eines Ratsherrn und kommt deshalb als Rechtsgrundlage für einen Rückgriff bei Schäden, die eine Gemeinde infolge eines Ratsbeschlusses erleidet, nicht in Betracht. Für einen Rückgriff gegenüber Ratsberren besteht angesichts der Pflicht des Gemeindedirektors, gegen gesetzwidrige Ratsbeschlüsse Einspruch einzulegen (§ 65 NGO), auch kein Bedürfnis.“*

Die Richtigkeit dieser - zugegebenermaßen älteren - Rechtsansicht darf in Zweifel gezogen werden. Aus dem Wortlaut auch der Vorgängervorschrift des § 39 Abs. 4 NGO lässt sich gerade nicht ableiten, dass lediglich eine „individuelle Pflichtverletzung“ eines Ratsherrn erfasst wäre. Zu den „Pflichten“ i. S. d. § 54 Abs. 4 NKomVG (bzw. § 39 Abs. 4 NGO a. F.) gehört, wie sich aus § 54 Abs. 1 NKomVG ergibt, auch die Beachtung „der Gesetze“. Die Beachtung der Gesetze spielt aber auch gerade bei den Beschlussfassungen der Vertretungskörperschaft bzw. bei der Beschlussfassung der entsprechenden Ausschüsse eine ganz erhebliche Rolle. Wo, wenn nicht dort, sollen die Ratsmitglieder dann die „Gesetze“ beachten können?

Die Auffassung, § 54 Abs. 4 NKomVG (bzw. § 39 Abs. 4 NGO a. F.) könne keine ausreichende Grundlage für einen Rückgriff darstellen, ist nicht überzeu-

<sup>1984</sup> BayVGh BayVBl 1986, 726

<sup>1985</sup> LT-Ds. 10/3753 S. 1 (2) vom 18.01.1985, gefunden bei Henneke, JURA 1992, 125 (132)

gend und daher zu Recht auch mit den überwiegenden Stimmen in der Literatur abgelehnt worden.<sup>1986</sup>

### *III. Rückgriff bei der Mitwirkung von rechtswidrigen Ratsbeschlüssen*

Ausgehend von den vorstehenden Ausführungen bleibt festzuhalten, dass ein Rückgriff der Kommune gegen deren Ratsmitglied auch dann möglich erscheint, wenn das Ratsmitglied an rechtswidrigen Ratsbeschlüssen mitgewirkt hat. Allein die Feststellung der Mitwirkung bei einem (rechtswidrigen) Ratsbeschluss allein trägt indes nicht viel aus. In der Literatur wird zum Teil vorgebracht, es bedürfe einer „individuellen Zurechnung“, eine Pflichtverletzung sei mithin dann gegeben, wenn ein Ratsmitglied schlicht zugestimmt habe; es sei aber auch dann von einer Pflichtverletzung auszugehen, wenn ein Mandatsträger gegen den Beschluss gestimmt habe, diesen aber dadurch ermöglicht habe, dass er den anderen Ratsmitgliedern nur ihm zur Verfügung stehende überlegene Rechts- oder Tatsachenkenntnisse nicht oder nicht rechtzeitig mitgeteilt hätte.<sup>1987</sup>

Nach hiesigem Dafürhalten geht es nicht um die Frage der „individuellen Zurechnung“, vielmehr handelt es sich bei den zuvor aufgeworfenen Fragen um solche, die im Rahmen der Kausalität bzw. des Verschuldens zu prüfen sind. Sicherlich ist zunächst einmal i. S. d. Äquivalenz-Theorie<sup>1988</sup> zu hinterfragen, inwieweit dieses – u. U. rechtswidrige – Abstimmungsverhalten des Ratsmitglieds ursächlich geworden ist. Dies wäre natürlich nur dann kausal, wenn dessen Stimmverhalten nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg (Ratsbeschluss) entfielen. Mit anderen Worten:

Erst dann, wenn klar ist, dass ohne das rechtswidrige Abstimmungsverhalten bzw. den Verstoß gegen die Pflicht ein Beschluss des kommunalen Vertretungsorgans nicht mit dem Inhalt zustande gekommen wäre, wäre die Pflichtverletzung des Ratsmitglieds auch kausal geworden. Hierbei handelte es sich letztlich sicherlich um ein Beweisproblem.

Selbst dann, wenn sich die Pflichtverletzung des Ratsmitglieds kausal ausgewirkt hätte, käme es dann letztlich auf ein Verschulden an, d. h. auf die Frage, ob sich das Ratsmitglied vorsätzlich oder grob fahrlässig i. S. d. § 54 Abs. 4 NKomVG verhalten hat, wobei der Begriff der groben Fahrlässigkeit sich auch für das öffentliche Recht aus der (entsprechenden) Anwendung der zivilrechtli-

---

<sup>1986</sup> Henneke, JURA 1992, 125 (132); Gärtner, VR 1992, 433 (434); Schröer/Kortmann/Andrae, NVwZ 1986, 451 (452ff); Mader, BayVBl 1999, 168 (170); Teschner S. 292; Wefelmeier in: KVR Nds./NKomVG, § 54 Rdziff. 69

<sup>1987</sup> Wefelmeier in: KVR Nds./NKomVG, § 54 Rdziff. 71; Teschner S. 203; Henneke, JURA 1992, 125 (133) a. A. Schröer/Kortmann/Andrae, NVwZ 1986, 451; Rombach, VR 1989, 398 (402)

<sup>1988</sup> vgl. dazu dezidiert Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 223 ff.; Stein/Itzel/Schwall Rdziff. 158 ff.; Ossenbühl/Cornils S. 73 f.; Detterbeck/Windthorst/Sproll, § 9 Rdziff. 163 ff.; Wefelmeier in: KVR/NKomVG § 54 Rdziff. 72

chen Bestimmung des § 276 Abs. 2 BGB ergibt.<sup>1989</sup> Daher wird in der Literatur vollkommen zu Recht darauf hingewiesen, dass die Anknüpfungspunkte für ein pflichtwidriges Verhalten von Mitgliedern kommunaler Kollegialorgane i. d. R. kaum zu erbringen sein werden.<sup>1990</sup> Da die Kommune für den Fall des Rückgriffs gegen das Ratsmitglied die volle Darlegungs- und Beweislast trägt und daher ggf. etwaige Rechtsverfolgungskosten zu übernehmen hätte, falls die Kommune im Rückgriffsprozess unterlegen wäre, wird i. d. R. ein solcher Rückgriff gegen Mitglieder kommunaler Vertretungsorgane rein theoretischer Natur bleiben.

Gleichwohl gilt natürlich – freilich auf der Ebene der Amtshaftung der Kommune – für ein Mitglied kommunaler Vertretungskörperschaften kein milderer Sorgfaltsmaßstab als ansonsten. Im sozialen Rechtsstaat kann der Bürger auch von Gemeinde- und Stadträten erwarten, dass sie bei deren Amtstätigkeit den nach näherer Maßgabe des § 276 BGB angelegten Sorgfaltsmaßstab und Standard der verkehrserforderlichen Sorgfalt pflegen. Anderenfalls würde nämlich das Schadensrisiko in nicht mehr zumutbarer Art und Weise auf den Bürger verlagert sein. Daher müssen sich die Mitglieder von Gemeinde- und Stadträten auf deren Entscheidungen, insbesondere im Baurecht, sorgfältig vorbereiten. Soweit ihnen die eigene Sachkunde fehlt, haben sie den Rat der Verwaltung oder die Empfehlungen von sonstigen Fachbehörden einzuholen bzw. notfalls sogar außerhalb der Verwaltung stehender Sachverständige beizuziehen; dies gilt auch für die Einholung etwaigen juristischen Rates.<sup>1991</sup>

---

<sup>1989</sup> OVG Lüneburg, Beschl. v. 02.11.2010 - 10 LA 254/07, juris Rdziff. 9; Palandt/Grüneberg, BGB, § 276 Rdziff. 15ff

<sup>1990</sup> Henneke, JURA 1992, 125 (133)

<sup>1991</sup> BGH NVwZ 1986, 504 (505) = juris Rdziff. 15; BGH NJW 1982, 36 (37)



## 42. Kapitel: Weitere Voraussetzungen des Rückgriffsanspruchs

Rechts- bzw. Anspruchsgrundlage für den Rückgriffsanspruch gegen den Amtswalter ist nicht die Haftungslimitierung in Art. 34 S. 2 GG, vielmehr steht dafür § 75 Abs. 1 BBG (für Bundesbeamte) bzw. in § 48 BeamtStG i. V. m. den jeweiligen landesrechtlichen Beamtengesetzen (z. B. § 51 NBG) zur Verfügung. Die weiteren Voraussetzungen für einen solchen Rückgriffsanspruch bestehen darin, dass der Amtswalter spezifische dienstrechtliche Pflichten verletzt hat (Amtsbezogenheit), diese Pflichtverletzung vorsätzlich oder grob fahrlässig begangen hat und dadurch auf Seiten des Dienstherrn ein Schaden entstanden ist, wobei zwischen Pflichtverletzung und Schaden ein Kausalzusammenhang zu bestehen hat.

### A. Amtsbezogenheit der schädigenden Verletzungshandlung

Aufgrund des Umstandes, dass eine Bindungswirkung von Entscheidungen im (verwaltungs- oder amtshaftungs-)gerichtlichen Verfahren, die dem Regressverfahren vorhergehen, nicht bestehen kann<sup>1992</sup>, ist stets zu prüfen, ob dem handelnden Beamten die Verletzung einer Dienstpflicht vorgeworfen werden kann. Dabei ist, obschon dies eigentlich keiner besonderen Erwähnung bedarf, zu prüfen, ob die Handlung (oder Unterlassung) einen spezifischen dienstlichen Bezug hat. Falls die Zurechenbarkeit der schädigenden Handlung (oder Unterlassung) zur dienstlichen Tätigkeit und damit die Amtsbezogenheit zu verneinen wäre, liegt keine Dienstpflichtverletzung vor.

Obschon die Begriffe Dienstpflicht und Amtspflicht nicht deckungsgleich sein müssen, wird i. d. R. die Verletzung einer Dienstpflicht sogleich auch eine Amtspflichtverletzung darstellen. Zwingend ist dies freilich nicht. Amtspflichten sind die aus dem Blickwinkel der Amtshaftung gesehenen Dienstpflichten der Beamten<sup>1993</sup> und sind die an den Amtswalter gerichteten Verhaltensmaßregeln, mithin diejenigen öffentlich-rechtlichen Verhaltenspflichten, die an die Wahrnehmung des öffentlichen Amtes anknüpfen.<sup>1994</sup> Ausgangspunkt für die Frage, was die Rechtsgrundlage derartiger Amtspflichten sein kann, ist zunächst die Regelung in Art. 20 Abs. 3 GG, wonach die vollziehende Gewalt an „Gesetz und Recht“ gebunden ist. Dabei sind unter „Gesetz“ alle geschriebenen Rechtssätze zu verstehen, unter dem Begriff „Recht“ alle ungeschriebenen Rechtssätze.<sup>1995</sup>

---

<sup>1992</sup> s. o. S. 525 ff.

<sup>1993</sup> Simianer, ZBR 1993, 33 (39)

<sup>1994</sup> Stein/Itzel/Schwall Rdziff. 33

<sup>1995</sup> Sachs in: Sachs, GG, Art. 20 Rdziff. 64 f; Hofmann in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, GG, Art. 20 Rdziff. 91; Palandt/Sprau, BGB, § 839 Rdziff. 32; Bamberger/Roth/Reinert, BGB, § 839 Rdziff. 35; Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 117

Der Begriff der „Dienstpflichten“ kann darüber hinausgehen, weil er – wegen des Gebots des achtungs- und vertrauenswürdigen Verhaltens – in § 34 S. 3 BeamStG auch das außerdienstliche Verhalten mit einbezieht. Bei der Prüfung, ob ein außerdienstliches Verhalten des Beamten dessen Dienstpflichten als Bundes- oder Landesbeamter verletzt hat, sind die jeweiligen gesetzlichen Regelungen des Bundes- bzw. Landesrechts konkretisierend zu berücksichtigen. Danach ist ein Verhalten des Beamten außerhalb des Dienstes ein Dienstvergehen bzw. ein Verstoß gegen Dienstpflichten, wenn es nach den Umständen des Einzelfalles in besonderem Maße geeignet ist, Achtung und Vertrauen in einer für sein Amt oder das Ansehen des Berufsbeamtentums bedeutsamen Weise zu beeinträchtigen. Die Erfordernisse des Berufs ergeben sich dabei aus dem „Amt“ des Beamten und dem „Ansehen“ des Beamtentums, wobei diese Merkmale bereits bei der Prüfung der Dienstpflichtverletzung zu würdigen sind.<sup>1996</sup>

Fraglich ist hingegen, ob ein Beamter eine Dienstpflicht (oder aber Amtspflicht) verletzt, wenn er die inkriminierte Handlung auf Weisung eines Vorgesetzten begeht. Obschon die „Rechtswidrigkeit“ im Amtshaftungstatbestand keine besondere Erwähnung findet, ist dieses Tatbestandsmerkmal bei der Dienst-/Ampflichtwidrigkeit des Handelns des Amtswalters zu berücksichtigen. Es wird mithin an ein verhaltensbezogenes Unrecht angeknüpft, nicht an einen etwaigen tatbestandsmäßigen Erfolg, dem keine Unrechtsindikation für das zur Verletzung führende Handeln beigemessen wird.<sup>1997</sup> In der Literatur hingegen wird es als streitig erachtet, ob eine ampfplichtwidrige Amtshandlung eo ipso rechtswidrig (oder umgekehrt) sei.<sup>1998</sup> Es stellt sich folglich in diesem Zusammenhang die Frage, ob z. B. durch ein rechtskräftiges verwaltungsgerichtliches Urteil, durch welches ein (rechtswidriger) Verwaltungsakt aufgehoben worden ist, die Ampfplichtwidrigkeit (und mit Rücksicht auf die Bindung des Beamten an „Gesetz und Recht“ auch die Dienstpflichtwidrigkeit) indiziert ist. Mit Rücksicht auf die Ampfpflicht des Amtswalters zu rechtmäßigem Handeln<sup>1999</sup> dürfte dies i. d. R. anzunehmen sein. Die Aspekte der Ampfplichtwidrigkeit und der Rechtswidrigkeit können, müssen aber nicht kongruent sein. Dies belegen die sog. Weisungsfälle:

In einem vom BGH entschiedenen Fall<sup>2000</sup> hatte ein städtischer Beamter auf verbindliche Weisung des Regierungspräsidenten (also pflichtgemäß) einen gesetzeswidrigen VA erlassen. Der BGH trennte in dieser Entscheidung zwischen Rechtswidrigkeit einerseits und Ampfplichtwidrigkeit der Handlung andererseits

<sup>1996</sup> BVerwG ZBR 2002, 212; BVerwGE 114, 212 (216) = NJW 2001, 3565 (3566); BVerwGE 112, 19 (25 f.) = NJW 2001, 1080 (1081)

<sup>1997</sup> Soergel/Vinke, BGB, § 839 Rdziff. 147; BGH VersR 1981, 256 (258)

<sup>1998</sup> so z. B. Dagtoglou in: Bonner Kommentar zum GG, Art. 34 Rdziff. 143; differenzierend: Ossenbühl/Cornils S. 58

<sup>1999</sup> Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 120 ff.; Palandt/Sprau, BGB, § 839 Rdziff. 32; Stein/Itzel/Schwall Rdziff. 39; Detterbeck/Windthorst/Sproll § 9 Rdziff. 59, 65; Ossenbühl/Cornils S. 46; Tremml/Karger/Luber Rdziff. 76

<sup>2000</sup> BGH NJW 1959, 1629 = DVBI 1959, 623

und bejahte zwar das Vorliegen einer rechtswidrigen Handlungsweise, verneinte hingegen die Amtspflichtwidrigkeit und damit die Erfüllung des Amtshaftungstatbestands. Indessen muss der Entscheidung entgegengehalten werden, dass durch den Beamten in jedem Fall die Amtspflicht zu rechtmäßigem Handeln verletzt worden ist, sodass die Amtshaftungsklage nicht der Abweisung hätte anheimfallen dürfen. Von daher ist diese Entscheidung in der Literatur zu Recht kritisiert worden.<sup>2001</sup> In einem anderen Weisungsfall hatte die Baubehörde, d.h. der Landrat als untere staatliche Verwaltungsbehörde, eine von ihr erteilte Baugenehmigung auf Weisung des zuständigen Ministers in rechtswidriger Weise zurückgenommen. Diesbezüglich führte nun der BGH aus, dass, wenn ein Beamter eine ihn bindende, aber gesetzeswidrige Weisung der übergeordneten Behörde zum Nachteil des Bürgers ausführe, die Verantwortlichkeit nicht die Anstellungskörperschaft des angewiesenen Beamten, hier also den Landkreis/Landrat, treffe. Denn der angewiesene Beamte handele nicht amtspflichtwidrig, was aber nichts daran ändere, dass von dem Träger der Baubehörde ein Unrechtstatbestand verwirklicht werde. Tatsächlich liege die Passivlegitimation dann bei dem Dienstherrn des anweisenden Beamten. Denn dieser übernehme mit der Anweisung auch die beamtenrechtliche Verantwortung für die Gesetzmäßigkeit des Verwaltungshandelns. Zwar könne – so der BGH – die Weisung den Unrechtstatbestand der Amtspflichtverletzung nicht beseitigen, verschiebe jedoch die Passivlegitimation auf die Anstellungskörperschaft des anweisenden Beamten.<sup>2002</sup>

Die vorgenannte Rechtsprechung des BGH verdeutlicht, dass auf diese Weise das zuvor beschriebene Problem der Amtspflichtwidrigkeit-Rechtswidrigkeit in den sog. Weisungsfällen eher akademischer Natur bleiben wird; gleichwohl wird an anderer Stelle ein neues Problem geschaffen. Denn der geschädigte Bürger wird lediglich von einer internen Weisung, von wem auch immer diese stammen mag, nichts wissen, regelmäßig wird sich der Geschädigte an die nach außen hin tätig werdende Behörde halten. Dies kann sich vor dem Hintergrund der bereits beschriebenen Rechtsprechung des BGH in Bezug auf die Verschiebung der Passivlegitimation u. U. als Fehlgriff erweisen. Daher wird in der Literatur z. T. die Ansicht vertreten, die Amtspflichtwidrigkeit sei zu relativieren; ein und dieselbe Handlung könne intern amtspflichtgemäß und extern amtspflichtwidrig sein. In den Weisungsfällen treffe daher die Verantwortlichkeit die Körperschaft des angewiesenen Beamten, da dieser extern amtspflichtwidrig gehandelt habe.<sup>2003</sup> Auf den ersten Blick besticht diese Argumentation, wirft allerdings bei näherer Betrachtung die Frage auf, ob es einer solchen Konstruktion bedarf. Denn die fraglichen Grenzfälle, an denen sich die Begriffe der Amtspflichtwidrigkeit und der Rechtswidrigkeit nicht in Übereinstimmung bringen lassen, lassen sich m. E. über-

---

<sup>2001</sup> Dagtoglou in: Bonner Kommentar zum GG, Art. 34 Rdziff. 145 m.w.N.

<sup>2002</sup> BGH VersR 1985, 588 (588) = NVwZ 1985, 682 (683)

<sup>2003</sup> Ossenbühl/Cornils S. 59; Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften S. 490 (Fn. 29); Ossenbühl in: Isensee/Kirchhof, HdbStR, § 104 Rdziff. 36, 37

zeugend dadurch lösen, dass die Amtspflicht zu rechtmäßigem Handeln nicht nur auf den anweisenden Beamten, sondern auch auf den angewiesenen Beamten erstreckt wird. Eine weitere Lösungsmöglichkeit hat der BGH mit der Verschiebung der Passivlegitimation vorgestellt.

## B. Verschuldensmaßstab

Ein Rückgriffsanspruch gegen den handelnden Beamten setzt stets voraus, dass dieser den Schaden, der bei seinem Dienstherrn bzw. bei einer Anstellungskörperschaft eingetreten ist, vorsätzlich oder grob fahrlässig herbeigeführt hat. Um es an dieser Stelle zu verdeutlichen:

Bei lediglich einfacher Fahrlässigkeit kann zwar ein Amtshaftungsanspruch gem. § 839 Abs. 1 S. 1 i. V. m. Art. 34 S. 1 GG gegen die insoweit passiv legitimierte Körperschaft bestehen; bei nur einfacher Fahrlässigkeit des den Schaden verursachenden Beamten ist hingegen ein Rückgriffsanspruch wegen der Haftungslimitierung in Art. 34 S. 2 GG ausgeschlossen. Insoweit bleibt der Rückgriffsanspruch verschuldens- und daher tatbestandsmäßig hinter dem (auch die einfache Fahrlässigkeit erfassenden) Amtshaftungsanspruch zurück.

Ausgangspunkt für die Frage nach einer vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Begehungsweise ist lediglich die Pflichtverletzung selbst, d.h. in subjektiver Hinsicht müssen der Schaden bzw. Schadenseintritt und die Kausalität für den Beamten nicht vorhersehbar gewesen sein.<sup>2004</sup>

### *I. Vorsatz*

Der für den Rückgriffsanspruch alternativ vorausgesetzte Vorsatz ist identisch mit dem in anderen gesetzlichen Vorschriften verwendeten Begriff. Vorsatz ist das Wissen und Wollen des pflichtwidrigen Erfolgs.<sup>2005</sup> I. d. R. wird der Vorwurf vorsätzlichen Verhaltens auch bei einem Rückgriffsanspruch keine besondere praktische Bedeutsamkeit erlangen.

### *II. Grobe Fahrlässigkeit*

Auch bei dem Begriff der groben Fahrlässigkeit ist der aus § 276 BGB abzuleitende Maßstab relevant. Von grober Fahrlässigkeit ist auszugehen, wenn die im Verkehr erforderliche Sorgfalt nach den Umständen des Einzelfalles in besonders schwerem Maße nicht beachtet ist und dasjenige außer Acht gelassen worden ist, was im gegebenen Fall jedem hätte einleuchten müssen.<sup>2006</sup> Dies ist in Person

<sup>2004</sup> Tremml/Karger/Luber Rdziff. 1411

<sup>2005</sup> Palandt/Grüneberg, BGB, § 276 Rdziff. 10

<sup>2006</sup> BGHZ 135, 341 (349) = NJW 1998, 298 (300); BGH NJW-RR 1989, 339 (340); BGH NJW 1988, 1265 (1266); BGH NJW 1984, 789 (791); OLG Dresden, NVwZ 2010, 471 (471); BayVGH ZBR 1992, 189 (190); BVerwGE 19, 243 (248); OVG Lüneburg, Beschl. v. 27.05.2013 – 5 LB 96/13, juris Rdziff. 30; OVG Lüneburg, Beschl. v. 10.03.2005 – 5 LA 327/04, juris

desjenigen erfüllt, der die einfachsten, vollkommen nahe liegenden Überlegungen nicht anstellt und ihm – aus diesem Grund – ein Versehen unterläuft, welches selbst einem weniger vorsichtigen Menschen normalerweise nicht hätte zustoßen dürfen.<sup>2007</sup> So handelt z. B. ein Polizeibeamter, der im Dienstraum einen Pistolenschuss auslöst, ohne zuvor die Ladecke aufzusuchen oder die Waffe zumindest auf den Boden zu richten, grob fahrlässig.<sup>2008</sup>

Mitunter bezieht die Rechtsprechung die sog. Weisungsfälle auch auf die Ebene des Verschuldens. Nach Auffassung des BayObLG schließe das Handeln eines Beamten auf Weisung nicht von vornherein die Annahme eines groben Verschuldens aus. Auch wenn ein Beamter sich nicht bewusst über eine klare Weisung hinweggesetzt habe, eine Genehmigung (z. B. Zusage einer Baugenehmigung) nicht zu erteilen, er aber bei der Beurteilung der rechtlichen Voraussetzungen für die Zusage der Genehmigung die Äußerungen der Fachbehörden und die ihm erteilte Weisung unbeachtet gelassen habe, könne sein Verschulden grob fahrlässig sein. Dies ist jedoch im Wesentlichen eine Tatfrage; ein Beamter trägt die Verantwortung grundsätzlich auch für diejenigen dienstlichen Handlungen, die er auf Anordnung/Weisung seines Vorgesetzten vornimmt. Freilich kann das Verschulden eines auf Weisung handelnden Beamten gemindert sein.<sup>2009</sup>

Einen Fall der groben Fahrlässigkeit hat die Rechtsprechung angenommen, wenn eine Lehrkraft einen Schulgeneralschlüssel während des Sportunterrichts auf einer Bank ablegt und ihn dann vergisst<sup>2010</sup> oder eine Beamtin eine für Fotokopiergeräte ungeeignete Handfolie verwendet und dadurch einen Schaden am Geräte verursacht.<sup>2011</sup> Der Vorwurf grober Fahrlässigkeit lässt sich indes nicht mehr begründen, wenn eine Lehrerin ihren Rucksack mit den Schulschlüsseln im Fahrzeug liegen lässt, als sie dieses an ihren Ehemann übergeben hat.<sup>2012</sup>

Grobe Fahrlässigkeit hat die Rechtsprechung weiterhin in einem Fall angenommen, in welchem ein Richter eine Verfahrensakte sechs Monate lang trotz Verkündungstermins unbearbeitet (unter anderen Unterlagen) hat liegen lassen, ohne dass er sie bearbeitet bzw. überhaupt gesichtet hatte.<sup>2013</sup> Es darf in Zweifel gezogen werden, ob die Annahme grob fahrlässigen Verhaltens aus dieser schlichten Begründung geschlussfolgert werden kann. Denn dazu hätte es auch gehört, dass das Gericht die konstant hohe Belastung amtsrichterlicher Dezernate (sog. Pensum) hätte berücksichtigen müssen. Zu Recht wird darauf hingewiesen, dass

---

Rdziff. 15; VG Trier, NJW 2012, 1464 (1466); VG Neustadt (Weinstraße), Beschl. v. 09.10.2012 – 1 K 344/12 NW, juris Rdziff. 7; VG Augsburg, Urt. v. 30.08.2012 – Au 2 K 11.1231, juris Rdziff. 21

<sup>2007</sup> Tremml/Karger/Luber Rdziff. 1412; Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 389

<sup>2008</sup> BGH VersR 1983, 87 (87)

<sup>2009</sup> BayObLG MDR 1987, 231

<sup>2010</sup> VG Augsburg, Urt. v. 30.08.2012 – Au 2 K 11.1231 – juris

<sup>2011</sup> VG Neustadt (Weinstraße), Beschl. v. 09.10.2012 – 1 K 344/12.NW-juris

<sup>2012</sup> VG Trier, NJW 2012, 1464 (1466)

<sup>2013</sup> OLG Dresden NVwZ 2010, 471

im Fall richterlicher Tätigkeit die Grenze zur groben Fahrlässigkeit allenfalls dann als überschritten angesehen werden könnte, wenn ein Richter zwar die Versäumung eines Verkündungstermins erkennt, es gleichwohl unterlässt, entsprechende prozessuale Maßnahmen zu treffen. Dabei hätte das diese Entscheidung treffende OLG Dresden die insoweit einschlägige Rechtsprechung des BGH zur richterlichen Handlungs- und Entscheidungsfreiheit in den Blick nehmen müssen. Nach Auffassung des Gerichts sei die Entscheidung eines Richters darüber, wie häufig, in welchen Abständen und zu welchen Überprüfungen er sich im Einzelfall eine Streitakte wieder vorlegen lasse, als zum Raum der eigentlichen Rechtsfindung zugehörig anzusehen, welche der Dienstaufsicht vollständig entzogen sei. Mithin sei eine Maßnahme unzulässig, wenn sie in diesem Bereich irgendwie auf eine Weisung hinauslaufe, wie der Richter verfahren solle. Insoweit müsse sich jede mit der Dienstaufsicht betraute Stelle auch jeder mental-psychischen Einflussnahme enthalten. Deshalb sei eine kritische Bewertung des Richters durch die Dienstaufsicht unzulässig, wenn er dadurch veranlasst würde, u. a. eine Verfahrensentscheidung künftig in einem anderen Sinn als ohne diese Kritik zu treffen. Dies schließe es ein, dass die Dienstaufsicht auch nicht versuchen dürfe, die Entscheidungsfreiheit des Richters zu dem Zweck zu beeinträchtigen, ihn auf eine bestimmte Bearbeitungsweise festzulegen.<sup>2014</sup>

Im Rahmen eines Berufungszulassungsbeschlusses vertrat das OVG Lüneburg bei einem Eigenhaftungsverfahren die Ansicht, die im Verkehr erforderliche Sorgfalt setze nicht voraus, dass ein Beamter jede Teilaufgabe eines ihm neu zugewiesenen Dienstpostens oder Sachgebietes von Anfang an und ausnahmslos bis ins Detail beherrsche und sämtliche seinen Zuständigkeitsbereich betreffenden Erlasse kenne; die verkehrübliche Sorgfalt gebiete es aber, dass sich ein gewissenhafter Beamter vor einer Entscheidung auf einem für ihn neuen Sachgebiet über die konkret geltende Erlasslage informiere und bei „Hindernissen“, d. h. Rechtsanwendungsschwierigkeiten, an kundige Kollegen oder Vorgesetzte wende, um eine fehlerfreie Entscheidung zu treffen. Unterlasse er dies, könne daher der Vorwurf grob fahrlässigen Handelns begründet sein.<sup>2015</sup>

### *III. Mitverschulden*

Für den Fall, dass der in Rede stehende Schaden nicht nur durch einen handelnden Amtswalter/Beamten verursacht und verschuldet sein sollte, sondern durch mehrere Personen, insbesondere auch Vorgesetzte, wird der in § 254 BGB verankerte Gedanke des Mitverschuldens zu prüfen sein. Greift ein Mitverschulden ein, hängt die Verpflichtung des anderen Teils (hier: der in Regress genommene Amtswalter) zum Schadensersatz sowie der Umfang dieses Schadensersatzes von

<sup>2014</sup> BGH DRiZ 1995, 352 (353); BGH NJW 1988, 419 (420); Scheffer, NVwZ 2010, 425 (427); Simianer ZBR 1993, 33 (40 ff)

<sup>2015</sup> OVG Lüneburg, IÖD 2012, 221 (222) = RiA 2012, 222 (224) = juris Rdziff. 11

der Frage ab, inwieweit dieser Schaden ganz oder zum Teil von anderen Personen als dem in Regress genommenen Beamten verursacht wurde. Zwar ist es dem im Regresswege auf Schadensersatz in Anspruch genommenen Beamten grundsätzlich verwehrt, sich auf den in § 254 BGB enthaltenen allgemeinen Rechtsgedanken des mitwirkenden Verschuldens des Geschädigten mit der Begründung zu berufen, bei der Entstehung des Schadens habe ein Mitverschulden anderer Beamter mitgewirkt; gleichwohl kommt aber eine Schadensminderung wegen mitwirkenden Verschuldens zumindest dann in Betracht, wenn andere Beamte den Schaden ebenso dadurch schuldhaft mitverursacht haben, dass sie ihrerseits eine Dienstpflicht vernachlässigt haben, zu deren Erfüllung sie namens des Dienstherrn gerade gegenüber dem in erster Linie schadensverursachenden Beamten verpflichtet sind.<sup>2016</sup> Eine solche Haftungsminde rung wegen Mitverschuldens kommt insbesondere dann zum Tragen, wenn es um eine Verletzung des Organisationsverschuldens geht.<sup>2017</sup>

### C. Schaden

Wie bereits dargestellt, umfassen die Anspruchsgrundlagen für Rückgriffsansprüche neben dem Eigen- auch den Fremdschaden, wobei zu den letztgenannten Schadensfällen auch der Regressschaden zählt. Wichtigster Fall des Regressschadens ist die erfolgreich aus Amtshaftung in Anspruch genommene Anstellungskörperschaft gem. § 839 Abs. 1 S. 1 i. V. m. Art. 34 S. 1 GG.<sup>2018</sup> Im Übrigen darf aber auf die ansonsten allgemeinen Ausführungen zum Schaden in Zusammenhang mit der Amtshaftung verwiesen werden.<sup>2019</sup>

### D. Kausalität

Auch im Hinblick auf die Kausalität gelten keine Besonderheiten, sodass insoweit auf die allgemeinen und auch für die Amtshaftung geltenden Regelungen und Prinzipien verwiesen werden darf.<sup>2020</sup>

### E. Beteiligung des Personalrats

Mitunter ist nach näherer Maßgabe des zuständigen Landesrechts zu prüfen, ob der Personalrat bei der Geltendmachung von Ersatzansprüchen gegenüber Beschäftigten durch die Dienststelle zu beteiligen ist. So ist z. B. in § 72 Abs. 4 S. 1 Ziff. 11, S. 2 LPVG NRW vorgesehen, dass der Personalrat bei der Geltendma-

---

<sup>2016</sup> BVerwG ZBR 1978, 236; BVerwGE 50, 102 (110 f.) = MDR 1976, 784 (785); Hess. VGH, Urt. v. 02.11.1988 – 1 OE 31/83, juris Rdziff. 102

<sup>2017</sup> Simianer ZBR 1993, 33 (47)

<sup>2018</sup> Scheffer, NVwZ 2010, 425 (426)

<sup>2019</sup> Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 236 ff.; Ossenbühl/Cornils S. 111 ff.; Stein/Itzel/Schwall Rdziff. 168 ff.; Tremml/Karger/Luber Rdziff. 256 ff

<sup>2020</sup> Deziiert dazu Simianer ZBR 1993, 33 (43 ff)

chung von Ersatzansprüchen mitzubestimmen hat, wenn der/die Beschäftigte dies beantragt. Unterbleibt dies, so ist ggf. die Heranziehung zum Schadensersatz mangels Beteiligung des Personalrats rechtswidrig. Nach Auffassung des VG Gelsenkirchen muss der frühere Stellvertreter eines Polizeipräsidenten den vom Land Nordrhein-Westfalen für die höhere Bezahlung von Angestellten des Polizeipräsidioms geltend gemachten Schadensersatz zunächst nicht leisten. Das Rechnungsprüfungsamt hatte in der von den Beklagten mit verursachten tariflichen Höhergruppierung von Angestellten einen Verstoß gegen das Haushaltsrecht gesehen und einen Schaden des Landes Nordrhein-Westfalen angenommen. Da der Personalrat indessen vor der Inanspruchnahme des Klägers nicht beteiligt worden war, wurde festgestellt, dass die Heranziehung des Klägers zum Schadensersatz rechtswidrig war.<sup>2021</sup> Sofern es mithin – wie in Nordrhein-Westfalen – eine entsprechende personalvertretungsrechtliche Grundlage gibt, ist der Personalrat für die Geltendmachung von Ersatzansprüchen zu beteiligen, wobei unter „Ersatzansprüche“ sicherlich nicht nur solche der Eigenhaftung, sondern auch solche des Innenregresses zu verstehen sind, mithin amtshaftungsbezogene Rückgriffsansprüche. Das wiederum leitet zu der Überlegung über, dass natürlich auch Zivilgerichte insoweit die entsprechenden Vorgaben des im Einzelfall ggf. einschlägigen Personalvertretungsrechts zu berücksichtigen und in ihre Wertung einzubeziehen haben.

---

<sup>2021</sup> VG Gelsenkirchen, Urt. v. 27.06.2012 – 1 K 1500/12



### 43. Kapitel: Rechtsfolgen des Rückgriffs

Zunächst einmal ist festzustellen, dass der Beamte – bei Vorliegen der zuvor beschriebenen Voraussetzungen – verpflichtet ist, seinem Dienstherrn den eingetretenen Schaden zu ersetzen. Der Frage, ob der Umfang des zu ersetzenden Schadens evtl. durch den Grundsatz der beamtenrechtlichen Fürsorgepflicht beschränkt sein kann, wird an anderer Stelle nachgegangen.<sup>2022</sup> Der Inhalt des – auf Ersatz des Fremdschadens gerichtete – Rückgriffsanspruchs richtet sich grundsätzlich nach §§ 249 ff BGB, wobei eine Naturalrestitution nur ausnahmsweise in Betracht kommt, im Übrigen ist im Grundsatz Geldersatz zu leisten (§ 251 Abs. 1 BGB). Dieser Grundsatz zur Leistung von Geldersatz ist durch zwei Begleitkomponenten zu modifizieren.

#### A. Verpflichtung des in Regress genommenen Beamten zur Freistellung des Dienstherrn

Ein Dienstherr kann im Wege des Rückgriffsanspruchs gegen einen Beamten nur denjenigen Schaden geltend machen, der ihm gerade infolge der von dem Beamten begangenen Dienstpflichtverletzung entstanden ist. Ein auf dem Schadenersatzanspruch eines Dritten gegen den Dienstherrn beruhender mittelbarer Schaden (Fremdschaden, Amtshaftungsschaden) rechtfertigt deshalb die Inanspruchnahme eines Beamten nur, wenn und soweit eine Leistung des Dienstherrn an den Dritten zumindest auch durch die Dienstpflichtverletzung des Beamten in adäquater Weise verursacht worden ist. Dabei ist es (regelmäßig) unerheblich, ob der Beamte an dem vorhergehenden Rechtsstreit zwischen dem Dritten und dem Dienstherrn bzw. an einem zwischen diesen abgeschlossenen gerichtlichen Vergleich beteiligt ist oder war.<sup>2023</sup> Das bedeutet:

Der Abschluss eines Vergleichs im Rechtsstreit zwischen dem Dienstherrn und dem geschädigten Dritten hindert selbstverständlich nicht die Annahme, dass im Rechtsverhältnis zwischen Dienstherrn und handelnden Beamten ein im Regresswege ersatzfähiger Schaden des Dienstherrn (in Gestalt der Vergleichssumme) vorliegt.<sup>2024</sup> Andererseits ersetzt aber auch der Abschluss eines (gerichtlichen oder außergerichtlichen) Vergleichs nicht den Nachweis des einem Rückgriffsanspruchs zugrunde liegenden Schadens auf Seiten des Dienstherrn.<sup>2025</sup>

Eine daran anknüpfende Ansicht findet sich auch in der Rechtsprechung des BGH. Der III. Zivilsenat anerkennt auch im Rückgriffsprozess die Verpflichtung des Amtswalters (dort: Verwaltungshelfer) auf Freistellung von Amtshaftungsfor-

---

<sup>2022</sup> s. u. S. 572 ff.

<sup>2023</sup> BVerwG, Beschl. v. 13.01.1987 – 2 B 119/86, juris Rdziff. 3, 4

<sup>2024</sup> BVerwG, Beschl. v. 13.01.1987 – 2 B 119/86, juris Rdziff. 6

<sup>2025</sup> BVerwG, Beschl. v. 13.01.1987 – 2 B 119/86, juris Rdziff. 6

derungen Dritter.<sup>2026</sup> Konstruktiv baut dieser Freistellungsanspruch auf § 257 BGB auf. Nach dieser Regelung kann Befreiung von einer Verbindlichkeit verlangen, wer berechtigt ist, Ersatz für Aufwendungen zu verlangen, die er für einen bestimmten Zweck macht, dies selbst dann, wenn er für diesen Zweck eine Verbindlichkeit eingeht. Ein solcher Befreiungsanspruch kann sich auch aus einer Schadensersatzverpflichtung heraus ergeben. Denn die – etwaige – Belastung mit einer Verbindlichkeit ist ein zu ersetzender Schaden.<sup>2027</sup> Ein derartiger Befreiungsanspruch wird sofort fällig, auch wenn die Forderung, von der zu befreien ist (Drittforderung), ihrerseits noch nicht fällig ist.<sup>2028</sup>

Der im Rückgriffsprozess gegen den Beamten geltend gemachte Freistellungsanspruch ist nicht zu verwechseln mit demjenigen Freistellungsanspruch, der häufig aus der beamtenrechtlichen Fürsorgepflicht abgeleitet und von dem Beamten gegen seinen Dienstherrn geltend gemacht wird. Prinzipiell ist zu berücksichtigen, dass die – nunmehr in § 45 BeamStG bzw. in den landesbeamtenrechtlichen Regelungen (z. B. §§ 80 ff NBG) normierte – beamtenrechtliche Fürsorgepflicht keinen grundsätzlichen Haftungsfreistellungsanspruch im Voraus gewährt<sup>2029</sup>, vielmehr bedarf es einer sorgfältigen Einzelfallüberprüfung im Antragsverfahren auf Gewährung einer entsprechenden fürsorgerischen Leistung. Im Rahmen eines derartigen Verfahrens wird zu berücksichtigen sein, dass es sich bei dem gesetzlich verankerten Fürsorgegedanken um den Ausdruck eines Rechtsprinzips handelt, aus dem sich zwar konkrete Ansprüche des Beamten ergeben können; dazu gehören auch Schadensabwendungspflichten für Schädigungen eines Beamten, die mit der pflichtgemäßen Aufgabenerfüllung, der „amtlichen Tätigkeit“ oder der „Stellung“ als Beamter i. S. d. § 45 BeamStG zusammenhängen. Falls mithin der Beamte einkommens- und vermögensmindernden Aufwendungen ausgesetzt ist, kann dies Fürsorgemaßnahmen des Dienstherrn mit dem Ziel einer entlastenden Beistandsgewährung auslösen. Eine solche Beistandspflicht des Dienstherrn kann sich auch ergeben, wenn es wegen einer dienstlichen Verrichtung oder eines dienstlichen Verhaltens zu einer zivilgerichtlichen Streitigkeit kommt.<sup>2030</sup> Eine besondere Ausprägung dieses Fürsorgegedankens bzw. dieser Beistandspflicht findet sich z. B. in § 76 Satz 1 NBG, wonach Beamtinnen oder Beamten, die aus einer auf Verlangen, Vorschlag oder Veranlassung der oder des Dienstvorgesetzten ausgeübten Nebentätigkeit in Vorstand, Aufsichtsrat, Verwaltungsrat oder in einem sonstigen Organ einer Gesellschaft, Genossenschaft oder eines in einer anderen Rechtsform betriebenen Unternehmens haftbar gemacht werden, gegen

---

<sup>2026</sup> BGHZ 161, 6 (7, 8) = NJW 2005, 286 (286) = juris Rdziff. 1, 4, 17

<sup>2027</sup> Palandt/Grüneberg, BGB, § 249 Rdziff. 4; § 257 Rdziff. 1

<sup>2028</sup> BGHZ 185, 310 (318) = NJW 2010, 2197 (2198); zur Wirksamkeit und Umfang von (vertraglichen) Freistellungsverpflichtungen vgl. im Übrigen Rohlfing, MDR 2012, 257 ff.

<sup>2029</sup> Simianer, ZBR 1993, 33 (47)

<sup>2030</sup> Schnellenbach § 9 Rdziff. 7, 29, 49, 52; VG München, Urt. v. 17.01.2012 - M 5 K 10.1101, juris

den Dienstherrn Anspruch auf Ersatz des ihnen dadurch entstandenen Schadens haben.

## B. Haftungsfreistellungserklärungen im Innenregress

Die vorstehend beschriebene Verpflichtung des in Regress genommenen Beamten, dessen Dienstherrn von Schadensersatzansprüchen freizustellen, zieht so gleich eine andere Problemstellung mit sich. Denn Haftungsfreistellungen sind letztlich aufgrund einer entsprechenden vertraglichen Verpflichtung möglich.<sup>2031</sup> Denkbar ist aber auch, dass im Rahmen von Beleihungstatbeständen entsprechende Haftungsfreistellungsverpflichtungserklärungen abgefordert werden. Der Gesetzgeber hat die Möglichkeit, bestimmte Tätigkeiten zur öffentlichen Aufgabe zu erklären und kann demgemäß eine hoheitliche Aufgabenwahrnehmung anordnen. Beispielhaft sei das Gesetz zur Durchführung der Rechtsakte der Europäischen Gemeinschaft oder der Europäischen Union auf dem Gebiet des ökologischen Landbaus (Öko-Landbau-Gesetz – ÖLG)<sup>2032</sup> genannt. Der Gesetzgeber kann bestimmten (Kontroll-)Unternehmen hoheitliche Aufgaben übertragen und sie mit öffentlichen-rechtlichen Befugnissen ausstatten. Insofern stehen die Rechtsfigur der sog. Beleihung und – soweit es das ÖLG anbelangt – auch die Rechtsfigur der sog. Mitwirkung zur Verfügung. Nach Maßgabe von § 2 Abs. 3 S. 1 ÖLG werden die Landesregierungen ermächtigt, durch Rechtsverordnung Aufgaben nach § 2 Abs. 1 ÖLG, ausgenommen die Aufgabe i. S. d. § 4 Abs. 5 S. 1 ÖLG, ganz oder teilweise auf zugelassene Kontrollstellen zu übertragen (Beleihung) oder sie daran zu beteiligen (Mitwirkung), und die Voraussetzung und das Verfahren der Beleihung der Mitwirkung zu regeln. Bei der Mitwirkung können also zum Zwecke der Wahrnehmung von bestimmten Aufgaben des ÖLG zugelassene Kontrollstellen eingebunden/beteiligt werden. Näheres kann ggf. durch eine landeseigene MitwirkungsVO geregelt werden.<sup>2033</sup> Ausgehend vom Interesse des jeweiligen Bundeslandes bzw. Körperschaft, nicht mit evtl. Amtshaftungsansprüchen belastet zu werden, erhebt sich mithin die Frage, ob die Einbindung von Beliehenen oder Mitwirkenden durch entsprechenden Zulassungsakt von einer Haftungsfreistellungserklärung (und Nachweis einer Haftpflichtversicherung) des Beliehenen/Mitwirkenden abhängig gemacht werden darf. Dies ist zwar grundsätzlich nicht ausgeschlossen, bedarf indessen einer gesetzlich eindeutig gefassten

---

<sup>2031</sup> s. dazu Rohlfing, MDR 2012, 257 ff.

<sup>2032</sup> BGBl. 2002 I, S. 2558, in der Fassung der Bekanntmachung v. 12.08.2005 - BGBl. I S. 2431, geändert durch Art. 205 Neunte ZuständigkeitsanpassungsVO v. 31.10.2006 (BGBl. I S. 2407) u. Art. 4 d. Gesetzes zur Anpassung von Vorschriften auf dem Gebiet des ökologischen Landbaus an die VO (EG) Nr. 834/2007 v. 07.12.2008 (BGBl. I S. 2358)

<sup>2033</sup> z. B. für das Land Sachsen-Anhalt: Öko-MitwirkungsVO (ÖkoMitwVO) v. 30.06.2009 (GVBl. LSA 2009, 353 ff.); für Nordrhein-Westfalen: VO zur Mitwirkung privater Kontrollstellen bei der Überwachung nach der EG-Öko-VO (Mitwirkungsverordnung - MVO) GV NRW 2005, S. 814 ff.

Legitimierung, insbesondere dann, wenn auch Fälle von einfacher Fahrlässigkeit davon betroffen sein sollen. So sieht etwa § 10 Abs. 4 des Kraftfahrersachverständigen-gesetzes<sup>2034</sup> eine vollständige Haftungsfreistellung des jeweiligen Landes durch die Technische Prüfstelle vor, für die die – persönlich Beliehenen – Sachverständigen tätig werden. Wenn aber eine – von der zu beleihenden Person abzugebenden – Haftungsfreistellungserklärung durch eine VO eingefordert wird, wird eine solche Legitimierung nur dann als ausreichenden angesehen werden können, wenn sich diese VO, wie es Art. 80 Abs. 1 S. 1 GG vorsieht – im Rahmen der jeweiligen Ermächtigungsgrundlage hält, was im Einzelfall näher zu überprüfen ist.<sup>2035</sup>

Im Grundsatz bestehen keine Bedenken gegen gesetzliche Bestimmungen, die Art. 34 S. 1 GG modifizieren. Sowohl Art. 34 S. 1 GG als auch Art. 34 S. 2 GG stehen unter einem Gesetzesvorbehalt. Artikel 34 S. 1 GG legt lediglich Grundsätze fest mit der weiteren Folge, dass sowohl Ausdehnungen als auch Einschränkungen der Haftung prinzipiell möglich ist, was sich aus dem Wortlaut von Art. 34 S. 1 GG („grundsätzlich“) ableiten lässt. Dies entspricht im Übrigen allgemeiner Auffassung.<sup>2036</sup> Obschon Art. 34 S. 1 nicht ausdrücklich regelt, dass entsprechende Abweichungen von dem darin vorgesehenen Grundsatz einer gesetzlichen Regelung bedürfen, wird dies aber aus der Entstehungsgeschichte und der Rückschau auf Art. 131 WRV abgeleitet.<sup>2037</sup>

Daraus folgt:

Haftungsfreistellungserklärungen, die letztlich eine Abweichung von der Systematik des Art. 34 S. 1 GG bedeuten, sind nur dann als wirksam anzusehen, wenn sie auf eine entsprechende gesetzliche Legitimation zurückzuführen sind.

### C. Drittschadensliquidation

Bestimmte Fallkonstellationen sind strukturell (nur) über das Rechtsinstitut der sog. Drittschadensliquidation zu lösen. Dabei handelt es sich typischerweise um solche Fälle mit schulorganisatorischem Hintergrund<sup>2038</sup> oder solche Situationen,

<sup>2034</sup> Gesetz über amtlich anerkannte Sachverständige und amtlich anerkannte Prüfer für den Kraftfahrzeugverkehr Kraftfahrersachverständigen-gesetz (KfSachvG) v. 22.12.1971, BGBl. I S. 2086 ff.

<sup>2035</sup> eine solche, durch eine VO geregelte Verpflichtung zur Abgabe einer Haftungsfreistellungserklärung im Vorfeld der Beleihung/Mitwirkung ist in dem dortigen Fall als unwirksam angesehen worden von OVG Sachsen-Anhalt, Urt. v. 14.03.2013 - 1 L 168/11, juris

<sup>2036</sup> BVerfGE 61, 149 (194, 199); BVerwGE 137, 377 (385)

<sup>2037</sup> BVerfGE 61, 149 (197, 200); BVerwGE 137, 377 (385)

<sup>2038</sup> VG Neustadt (Weinstraße), Beschl. v. 09.10.2012 - 1 K 344/12.NW, juris Rdziff. 3; VG Augsburg, Urt. v. 30.08.2012 – Au 2 K 11.1231, juris; VG Trier, NJW 2012, 1464 sowie VG Schleswig, NVwZ-RR 2009, 188 (dort zum Schadensersatzanspruch wegen Austausch einer Schließanlage bei Dienstschlüsselverlust)

in denen der Beamte einen Schaden bei einem fremden Dienstherrn verschuldet, sodass er diesem nicht unmittelbar haften kann.<sup>2039</sup>

Das sog. „Dogma vom Gläubigerinteresse“ besagt, dass grundsätzlich der Gläubiger einen eigenen Schaden, nicht hingegen den Schaden einer anderen Person liquidieren kann.<sup>2040</sup> Es sind jedoch Fallkonstellationen denkbar, in denen der aus einer Pflichtverletzung resultierende Schaden nicht bei dem Anspruchsgläubiger, sondern bei einer anderen, dritten Person eintritt, die wiederum gegen den Schädiger keinen Anspruch hat. Um bei dieser Ausgangskonstellation unbillige Ergebnisse zu vermeiden, wurde in Rechtsprechung und Literatur das Rechtsinstitut der sog. Drittschadensliquidation entwickelt. Auf diese Weise soll dem geschädigten Dritten ein Ersatz oder Ersatzanspruch zukommen. Fallen also Anspruchsvoraussetzungen und der Schaden (auf verschiedene Personen) auseinander, so wird gleichsam der Schaden zum Anspruchsinhaber gezogen, mit der weiteren Folge, dass der Schadensersatzanspruch ergänzt und es dem Anspruchsinhaber auf diese Weise ermöglicht wird, den bei einer dritten Person entstandenen Schaden liquidieren zu können. Sodann ist der Anspruch (sei es gem. § 285 BGB oder aber gem. § 242 BGB) an die geschädigte Person abzutreten.<sup>2041</sup>

Derlei Drittschadensliquidations-Konstellationen entstehen auch in Fällen des Rückgriffs gegen Beamte. Folglich kann ein Beamter auch für Schäden eines anderen Trägers hoheitlicher Gewalt herangezogen werden, der wiederum nicht als „Dritter“ i. S. d. § 839 Abs. 1 S. 1 i. V. m. Art. 34 S. 1 GG den Dienstherrn des Beamten haftbar machen kann; dies ist insbesondere dann denkbar, wenn der Dienstherr (z. B. Gemeinde) im Rahmen der Auftragsverwaltung für das Land tätig wird und zu diesem Zweck eigene Gemeinde-Beamte einsetzt. Verletzt ein Gemeindebeamter bei der Wahrnehmung einer Auftragsangelegenheit des Landes schuldhaft die ihm gegenüber einem Dritten obliegenden Verpflichtungen, so kann der Dienstherr (die Gemeinde) den Beamten für den dem Land entstehenden Schaden im Wege der Drittschadensliquidation in Anspruch nehmen.<sup>2042</sup>

---

<sup>2039</sup> BVerwGE 120, 370; BVerwG ZBR 1995, 107; OVG Münster, Beschl. v. 20.03.2012 – 6 A 2125/11, juris Rdziff. 17; OVG Koblenz, DöD 2004, 194; siehe im Übrigen zu den Konstellationen weiter: Schröder, VerwArch 2011, 223 ff.

<sup>2040</sup> Medicus/Lorenz, Schuldrecht I, Rdziff. 609; Verweyen, JURA 2006, 571 (571); Goerth, JA 2005, 28 (28); Bamberger/Roth/Schubert, BGB, § 249 Rdziff. 148; Oetker in: MünchKomm BGB, § 249 Rdziff. 277 f.; Neuner JZ 1999, 126 (127); Hagen, Drittschadensliquidation S. 1; von Schroeter, JURA 1997, 343 (343)

<sup>2041</sup> Medicus/Lorenz, Schuldrecht I, Rdziff. 609; Verweyen, JURA 2006, 571 (571); Goerth, JA 2005, 28 (28); Bamberger/Roth/Schubert, BGB, § 249 Rdziff. 148; Oetker in: MünchKomm BGB, § 249 Rdziff. 277 f.; Neuner JZ 1999, 126 (130); PWW/Medicus, BGB, § 249 Rdziff. 97 ff.; Palandt/Grüneberg, BGB, Vorb. § 249 Rdziff. 105 ff.; BGHZ 181, 12 (26); BGH NJW-RR 2008, 786 (787); BGH NJW 1998, 1864 (1865); BAG NJW 2007, 1302 (1303); VG Gelsenkirchen, Urt. v. 22.02.2013 - 12 K 1564/10, juris Rdziff. 134; VG Trier, NJW 2012, 1464 (1465); VG Augsburg, Urt. v. 30.08.2012 - Au 2 K 11.1231, juris

<sup>2042</sup> BVerwG NJW 1995, 978 (978); OLG Brandenburg, Urt. v. 31.07.2008 - 5 U 176/06, juris Rdziff. 42, 43; zur Anwendung der Grundsätze der beamtenrechtlichen Drittschadensliquidation

Denn auch in derlei Fällen greift die Ziel- und Zweckrichtung der Drittschadensliquidation ein. Jenes Rechtsinstitut soll die ungerechtfertigte Entlastung des Schädigers durch eine zufällig eingetretene Schadensverlagerung verhindern und ist insbesondere dann einschlägig, wenn das jeweils geschützte Interesse (auf Grund von besonderen rechtlichen Beziehungen) zwischen dem aus dem Vertrag berechtigten Gläubiger und dem Träger des Interesses dergestalt auf einen Dritten verlagert ist, dass der Schaden aus Sicht des Schädigers zufällig ihn und nicht den Gläubiger trifft.<sup>2043</sup> Das wiederum bedeutet nach näherer Maßgabe der Rechtsprechung des BGH, dass der Schaden zu mindestens auch bei dem Gläubiger entstehen können muss und nicht ausschließlich bei dem Dritten; denn im Verhältnis zwischen Schuldner und Gläubiger sind nur solche Rechtsgüter geschützt, die wenigstens potentiell Letzterem zustehen.<sup>2044</sup>

Trotz der weitestgehenden Gleichheit der Ziel- und Zweckrichtung sei allerdings der Hinweis gestattet, dass mitunter durch die Drittschadensliquidation-Fallkonstellationen der Aspekt des zu beschreitenden bzw. zulässigen Rechtswegs aus dem Blick geraten kann. Dies zeigt ein jüngst entschiedener Fall des VG Trier, in welchem um Schadensersatz für den Austausch einer Schließanlage auf Grund des Verlustes von Dienstschlüsseln gestritten wurde. Der in jenem Verfahren klagende Landkreis war als Gebietskörperschaft für den Sachbedarf der Schule zuständig, das in jenem Verfahren beklagte Land war Dienstherr der (beigeladenen) Lehrerin, die etliche Dienstschlüssel für die Schließanlage der Schule verloren hatte. Obschon die Beigeladene mehrfach auf die hohen finanziellen Risiken eines etwaigen Schlüsselverlustes aufmerksam gemacht worden war, wurden diese Schlüssel aus deren Fahrzeug, welches zuvor von deren Ehemann auf einem Parkplatz abgestellt worden war, aus einem Rücksache entwendet, der im Fußraum vor dem Beifahrersitz deponiert war. Nunmehr erhob der klagende Landkreis Schadensersatzansprüche gegen das beklagte Land in einem Umfang von über 18.000,00 € unter Hinweis darauf, dass die Beigeladene Amtspflichten verletzt hätte. Das Gericht hat ohne nähere dezidierte Prüfung angenommen, es handle sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nicht-verfassungsrechtlicher Art, da zwei Körperschaften des öffentlichen Rechts um einen Sachverhalt streiten würden, der anhand von Normen des öffentlichen Rechts zu beurteilen sei.<sup>2045</sup> Obschon sich anhand der weiteren, vom Gericht gegebenen Begründung diese Argumentation im Ergebnis als zutreffend herausgestellt hat, bedarf es aber einer differenzierenden Betrachtung. Denn wenn die ursprüngliche, von der beigeladenen Lehrerin realisierte Handlung einen Amtshaftungsanspruch (zu Lasten des

---

im Rahmen des § 34 ZDG: BVerwGE 120, 370 = NVwZ 2004, 1372; BVerwG NVwZ 1996, 182 (183); VGH Baden-Württemberg DÖV 2010, 411; VG Braunschweig ZBR 2006, 278 (280) = juris Rdziff. 26; Schröder, VerwArch 2011, 223 (225 f.); Beckmann, ZBR 2004, 109 (115)

<sup>2043</sup> BGHZ 181, 12 (27); BGH NJW-RR 2008, 786 (787); BGHZ 133, 36 (41); Büdenbender S. 74 f.

<sup>2044</sup> BGHZ 181, 12 (27)

<sup>2045</sup> VG Trier, Urt. v. 11.10.2011 - 1 K 842/11, juris Rdziff. 16 (insoweit nicht abgedruckt in NJW 2012, 1464)

klagenden Landkreises) begründet hätte, so wäre in dieser Drittschadensliquidation-Konstellation der auf die Klägerseite „gezogene“ Anspruch letztlich ein gegen die Beigeladene gerichteter Regressanspruch, für den der Zivilrechtsweg gem. Art. 34 S. 3 GG eröffnet gewesen wäre, sodass in einem solchen Fall das Verwaltungsgericht nicht hätte entscheiden dürfen. Da in jenem Fall des VG Trier ein Verschulden und damit einen Amtshaftungsanspruch verneint hatte, war das Gericht letztlich einer Verweisung gem. §§ 17 ff. GVG enthoben.

In materiell-rechtlicher Hinsicht wird bei derlei Fallkonstellationen in Bezug auf die Drittschadensliquidation die Verneinung eines Amtshaftungsanspruchs eine notwendige Vorfrage bei der Prüfung des Anspruchs sein, mit dem der Drittschaden liquidiert werden soll.<sup>2046</sup> Ein Amtshaftungsanspruch wird in Fällen des schulischen Gemeinschaftsverhältnisses (Land - Beamter/Lehrer - Schulträger) bereits deswegen zu verneinen sein, weil das Land (über seinen beamteten Lehrer) dem Schulträger nicht als Außenstehenden und damit nicht als „Dritten“ gegenübertritt.<sup>2047</sup>

---

<sup>2046</sup> Schröder, *VerwArch* 2011, 223 (227)

<sup>2047</sup> VG Augsburg, Urt. v. 30.08.2012 - Au 2 K 11.1231, juris Rdziff. 16; VG Trier, *NJW* 2012, 1464 (1465)

## 44. Kapitel: Ausschluss und Beschränkungen des Rückgriffsanspruchs

Auch der Rückgriffsanspruch unterliegt anerkanntermaßen bestimmten Ausschlussregelungen und Beschränkungen. Obschon die Subsidiaritätsklausel bzw. das Verweisungsprivileg in § 839 Abs. 1 S. 2 BGB als Haftungsbeschränkung im Fall fahrlässiger Begehungsweise im Bereich der Amtshaftung anerkannt ist<sup>2048</sup>, sind die von der Rechtsprechung insoweit entwickelten Grundsätze im Fall des Rückgriffs gegen den Amtswalter/Beamten nicht verwertbar. Denn die in § 839 Abs. 1 S. 2 BGB zum Ausdruck gekommene Subsidiarität der Beamtenhaftung durch Verweisung auf eine anderweitige Ersatzmöglichkeit bei bloß fahrlässiger Amtspflichtverletzung ist (nur) auf die Außenhaftung des Beamten gegenüber einem Dritten und damit auf die Staatshaftung zugeschnitten, kann indessen nicht auf das haftungsrechtliche Innenverhältnis zwischen Dienstherrn und Beamten angewendet werden.<sup>2049</sup>

### A. Haftungsbeschränkung gemäß § 32 Abgabenordnung (AO)

Eine spezielle haftungsbeschränkende Regelung für Beamte der Finanzverwaltung enthält § 32 AO. Wird infolge der Amts- oder Dienstpflichtverletzung eines Amtsträgers

- eine Steuer oder eine steuerliche Nebenleistung nicht, zu niedrig oder zu spät festgesetzt, erhoben oder beigetrieben oder
- eine Steuererstattung oder Steuervergütung zu Unrecht gewährt oder
- eine Besteuerungsgrundlage oder eine Steuerbeteiligung nicht, zu niedrig oder zu spät festgesetzt,

so kann der Finanzbeamte nur in Regress genommen werden, wenn die Amtspflicht- oder Dienstpflichtverletzung mit einer Strafe bedroht ist. Die haftungslimitierende Wirkung dieser Regelung existiert mithin in zweifacher Hinsicht: Zum einen werden die Rückgriffsmöglichkeiten gegen einen Finanzbeamten nur auf die in § 32 Ziff. 1 - 3 AO genannten Fälle eingeschränkt; zum anderen findet eine weitere einschränkende Wirkung dadurch statt, dass eine Haftung überdies nur dann in Betracht kommt, wenn die Amts- oder Dienstpflichtverletzung (unkorrekte Steuerfestsetzung, unkorrekte Festsetzung von Besteuerungsgrundlagen oder eine unkorrekte Steuererstattung) als Verbrechen oder Vergehen (§ 12 StGB) mit

<sup>2048</sup> vgl. zur Darlegungs- und Beweislast bei § 839 Abs. 1 S. 2 BGB: Rohlfig, MDR 2010, 237 ff

<sup>2049</sup> BVerwGE 44, 27 (30); BVerwGE 25, 138 (145, 146); BGHZ 42, 176 (181)



Strafe bedroht ist, auf eine gerichtliche Verurteilung kommt es dabei nicht an.<sup>2050</sup> Als derlei Straftaten kommen insbesondere Vorteilsannahme gem. § 331 StGB, Bestechlichkeit gem. § 332 StGB, Rechtsbeugung gem. § 336 StGB, Falschbeurkundung im Amt gem. § 348 StGB, Abgabenüberhebung gem. § 353 StGB, Verleitung Untergebener zu einer Straftat gem. § 357 StGB, Betrug gem. § 263 StGB, Steuerhinterziehung gem. § 370 StGB und Steuerhehlerei gem. § 374 StGB infrage.

Nach den vorstehenden Ausführungen kommt es im Bereich des Rückgriffs gegen Finanzbeamte darauf an, ob das dienstrechtlich relevante Handeln des Beamten mit Strafe bedroht ist. Wie sich § 15 StGB entnehmen lässt, ist indes nur vorsätzliches Handeln strafbar, wenn nicht das Gesetz fahrlässiges Handeln ausdrücklich „mit Strafe bedroht“. Demgemäß kann eine Haftung für die in § 32 Ziff. 1 bis 3 AO angeführten Kausalitätsfolgen regelmäßig nur bei einer vorsätzlich begangenen Straftat eintreten.<sup>2051</sup>

## B. Regressbeschränkungen bei Verkehrshaftpflicht

Nach Maßgabe des § 1 PflVersG ist u. a. der Halter eines Kraftfahrzeugs verpflichtet, für sich, den Eigentümer und den Fahrer eine Haftpflichtversicherung zur Deckung der durch den Gebrauch des Fahrzeugs verursachten Personenschäden, Sachschäden und sonstigen Vermögensschäden abzuschließen und aufrecht zu erhalten, wenn das Fahrzeug auf öffentlichen Wegen oder Plätzen verwendet wird. Der § 2 PflVersG sieht einen Befreiungstatbestand für mehrere Körperschaften des öffentlichen Rechts vor (sog. Eigenversicherer). Verursacht nun ein Bediensteter einer solchen Körperschaft mit einem Fahrzeug in Ausübung eines öffentlichen Amtes schuldhaft einen Verkehrsunfall, so ist der aufgrund des Unfalls Geschädigte in der Lage, sich sowohl nach Maßgabe des § 2 Abs. 2 S. 1 PflVersG als auch nach § 839 Abs. 1 S. 1 BGB i. V. m. Art. 34 S. 1 GG an den Dienstherrn zu halten; die Haftung des sog. Eigenversicherers steht selbstständig neben der Haftung aus einer Amtspflichtverletzung.<sup>2052</sup> Nach der Rechtsprechung des BGH hat diese Konstellation indessen nicht zur Folge, dass auch im Innenverhältnis zwischen dem Regress nehmenden Dienstherrn und seinem Bediensteten der beamtenrechtliche Regressanspruch von dem versicherungsrechtlichen Regressanspruch gem. § 2 Abs. 2 PflVersG unbeeinflusst bleibt. Mit anderen Worten:

Bei einem normalen Kfz-Haftpflichtversicherungsfall kann im Fall vorsätzlicher Herbeiführung eines Verkehrsunfalls der Haftpflichtversicherer gegen den Versicherten gem. §§ 3 Ziff. 9 PflVersG, 152 VVG Regress nehmen. Nach den

<sup>2050</sup> OVG Sachsen-Anhalt, Beschl. v. 09.10.2007 - 9 L 183/07, juris Rdziff. 4 a. E.

<sup>2051</sup> OVG Sachsen-Anhalt, Beschl. v. 09.10.2007 - 9 L 183/07, juris Rdziff. 4; OVG Sachsen SächsVBl 2001, 246; Rüsken in: Klein, AO, § 32 Rdziff. 2; Tipke/Kruse AO/FGO, § 32 Rdziff. 11; Lammerding/Scheel/Brehm AO/FGO, § 32 Anm. 2.6.2 (S. 50)

<sup>2052</sup> BGHZ 96, 50 (54/55) = NJW 1986, 848 (849)

beamtenrechtlichen Regressregeln ist der Dienstherr bereits bei Vorliegen grober Fahrlässigkeit berechtigt, gegen den handelnden Beamten Regress zu nehmen. Dieses unbefriedigende Ergebnis will § 2 Abs. 2 PflVersG vermeiden, indem er im Ergebnis den Beamten so stellt, als ob der Dienstherr der Versicherungspflicht unterläge.<sup>2053</sup> Der Dienstherr ist also Eigenversicherer, der Beamte dabei als „Versicherter“ (nicht: Versicherungsnehmer) anzusehen. Das wiederum führt dazu, dass nur bei vorsätzlicher Herbeiführung des Verkehrsunfalls eine Regressmöglichkeit gegen den Beamten herbeigeführt wird. Liegt auf Seiten des Beamten bei Verursachung des Verkehrsunfalls in Ausübung eines öffentlichen Amtes grobe Fahrlässigkeit vor und wird daher der Dienstherr nach Amtshaftungsgrundsätzen von dem Geschädigten auf Ersatz in Anspruch genommen, so beschränkt sich der Rückgriffsanspruch des Dienstherrn gegen den Beamten auf den die Mindestversicherungssummen der Anlage gem. § 4 PflVersG übersteigenden Betrag.<sup>2054</sup>

Auch wenn der Dienstherr die vorgenannten Grundsätze beachtet hat, ist er gleichwohl darüber hinaus gehalten zu überprüfen, ob die beamtenrechtliche Fürsorgepflicht einen Regress überhaupt gebietet, bejahendenfalls in welchem Umfang.

### C. Die beamtenrechtliche Fürsorgepflicht des Dienstherrn

Die Fürsorgepflicht des Dienstherrn gehört zu den über Art. 33 Abs. 5 GG gesicherten Strukturprinzipien des Berufsbeamtentums.<sup>2055</sup> Nach Maßgabe des § 45 BeamStG hat der Dienstherr im Rahmen des Dienst- und Treueverhältnisses für das Wohl der Beamtinnen und Beamten und ihrer Familien, auch für die Zeit nach Beendigung des Beamtenverhältnisses Sorge zu tragen. Der Dienstherr schützt die Beamtinnen und Beamten bei ihrer amtlichen Tätigkeit und ihrer Stellung. Wird die beamtenrechtliche Fürsorgepflicht durch den Dienstherrn verletzt, entsteht zu Gunsten des Beamten ein Schadensersatzanspruch.<sup>2056</sup> Ein solcher Schadensersatzanspruch entsteht indes noch nicht dann, wenn der Dienstherr einen Rückgriffsanspruch gegen seinen Beamten verfolgt, dies selbst dann nicht, wenn auf Seiten des Beamten nicht die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit gegeben sein sollte, den an ihn gerichteten Anspruch erfüllen zu können. I. d. R. hat der Beamte die gegen ihn gerichteten Regressansprüche zu erfüllen, dies im Übrigen ohne Rücksicht auf die im Arbeitsrecht entwickelten Gedanken zur abgestuften Haftung des Arbeitnehmers.<sup>2057</sup>

In Ausnahmefällen hat allerdings der Dienstherr zu überprüfen, ob es die beamtenrechtliche Fürsorgepflicht als angebracht erscheinen lässt, den

<sup>2053</sup> BGHZ 96, 50 (55) = NJW 1986, 848 (849)

<sup>2054</sup> BGHZ 96, 50 = NJW 1986, 848

<sup>2055</sup> Reich, BeamStG § 45 Rdziff. 1; BVerfGE 81, 363 (375)

<sup>2056</sup> BVerwG NJW 1998, 3288; BVerwG NJW 1961, 2364; OVG Saarlouis NVwZ-RR 2003, 810

<sup>2057</sup> Staudinger/Wöstmann, BGB, § 839 Rdziff. 395

Rückgriffsanspruch nur in begrenztem Umfang durchzusetzen.<sup>2058</sup> Denn im Einzelfall können besondere Umstände in der Person des Beamten (oder der Hinterbliebenen) oder in dem Maß des im Regresswege geltend zu machenden Schadens dazu führen, dass es unbillig oder unzumutbar wäre, den vollen Schadensersatz zu verlangen. Ein aus der beamtenrechtlichen Fürsorgepflicht entspringender Anspruch des Beamten auf Reduzierung des ihm gegenüber geltend gemachten Schadensumfangs muss auf Sachverhalte beschränkt bleiben, die durch das Vorliegen eines besonders gestalteten Einzelschicksals in seiner Person oder in der Person der Hinterbliebenen geprägt sind, sodass sich eine Inanspruchnahme in vollem Umfang als eine Belastung in ungewöhnlich schwerer Weise darstellen würde.<sup>2059</sup> Die beamtenrechtliche Fürsorgepflicht kann im Einzelfall auch zu dem Ergebnis führen, dass der für eine Überzahlung verantwortliche Beamte im Falle leichter Fahrlässigkeit nicht haftbar gemacht werden kann, wenn der Rückforderungsanspruch gegen den (Über-)Zahlungsempfänger infolge Ablaufs der tarifvertraglich vereinbarten Ausschlussfristen erloschen ist.<sup>2060</sup>

Mitunter kann im Einzelfall dahinstehen bleiben, ob aufgrund der beamtenrechtlichen Fürsorgepflicht eine Beschränkung des Rückgriffs geboten ist. Denn u. U. ist ein sog. verwaltungsrechtliches Schuldverhältnis einschlägig, aus welchem sich ableiten lässt, dass die im Regress klagende Partei die Gegenseite nicht über den Anteil hinaus in Anspruch nehmen kann, der durch das pflichtwidrige Verhalten von dritten Personen zu verantworten ist. In dem konkreten Fall ging es um Vorgesetzte des Trägers einer privatrechtlich organisierten Beschäftigungsstelle. Der BGH hat in dem Fall als maßgebend angesehen, dass die Durchführung des Zivildienstes Sache des Bundes sei und dass der Bund für Maßnahmen der Heilfürsorge und für Versorgungsleistungen aus Anlass von Zivildienstbeschädigungen von Gesetzes wegen zuständig sei. Die Heranziehung privater Beschäftigungsstellen sei für ihn mit erheblichen organisatorischen Vorteilen verbunden, was jedoch an seiner grundsätzlichen Verantwortlichkeit für die Durchführung des Zivildienstes nichts ändere. Das ZDG enthalte keine Bestimmungen, die etwaige Fragen der Haftung und des Regresses behandeln würden, wenn den Vorgesetzten der Beschäftigungsstellen Fehler unterlaufen würden, die finanzielle Verpflichtungen des Bundes auslösten. Unter diesen Umständen erscheine es nach Ansicht des BGH als unbillig, die Träger von Beschäftigungsstellen in einem Umfang haften zu lassen, der einer vollständigen Überwälzung der Versorgungslast gleichkomme.<sup>2061</sup>

---

<sup>2058</sup> BGHZ 124, 15 (25) = NJW 1994, 660 (662); BGHZ 96, 50 (61) = NJW 1986, 848 (850); BVerwG DöD 1981, 159; BVerwG Buchholz § 78 BBG Nr. 5; BVerwGE 44, 27 = ZBR 1973, 345 (347); BVerwGE 19, 243 (252)

<sup>2059</sup> BGHZ 124, 15 (25) = NJW 1994, 660 (662)

<sup>2060</sup> BVerwGE 44, 27 = ZBR 1973, 345 (dort noch zu § 70 Abs. 2 BAT bzw. § 72 MTB)

<sup>2061</sup> BGHZ 135, 341 (353) = NJW 1998, 298 (302)

Bei der beamtenrechtlichen Fürsorgepflicht sind die bereits eingangs erörterten prozessualen Besonderheiten zu berücksichtigen. Ansprüche aus der Verletzung dieser beamtenrechtlichen Fürsorgepflicht, die der Beamte evtl. dem gegen ihn gerichteten Regress entgegenhalten könnte, sind prinzipiell im Verwaltungsrechtsweg zu verfolgen. Sollte der Beamte eine Schadensersatzforderung aus der Verletzung der beamtenrechtlichen Fürsorgepflicht zur Aufrechnung stellen, so wäre ein (über einen Regressanspruch entscheidendes) Zivilgericht mit Rücksicht auf § 322 Abs. 2 ZPO gehalten, die zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung von dem Rechtsstreit abzutrennen und den insoweit abgetrennten Teil an das zuständige Verwaltungsgericht zu verweisen.<sup>2062</sup>

#### D. Das Spruchrichter-/Richterspruchprivileg gem. § 839 Abs. 2 BGB

Grundsätzlich gilt die zuvor erörterte Rückgriffshaftung auch für Richter. Indessen findet durch § 839 Abs. 2 BGB eine Beschränkung der Haftung statt; wegen § 839 Abs. 2 BGB kann bereits im Bereich der Außenhaftung bei dem Dienstherrn kein Schaden eintreten, was wiederum zur Folge hat, dass damit auch zwangsläufig die Innenhaftung entfällt.

Mit Rücksicht auf die Voraussetzungen und Reichweite wurde das Spruchrichter-/Richterspruchprivileg in einem gesonderten Kapitel erörtert.<sup>2063</sup>

---

<sup>2062</sup> vgl. insoweit o. S. 522 ff.

<sup>2063</sup> s. u. S. 408 ff.

## 45. Kapitel: Verjährung und tarifliche Ausschlussfristen

Rückgriffsansprüche unterliegen – wie jeder Anspruch (§ 194 Abs. 1 BGB) – der Verjährung. Aber nicht nur die Einrede der Verjährung kann u. U. den Rückgriffsanspruch des Dienstherrn gegen den Beamten zu Fall bringen; noch eher hat der Dienstherr etwaige, ggf. noch viel kürzere Ausschlussfristen zu beachten.

### A. Verjährung des Rückgriffsanspruchs

Auf der Grundlage des BeamtStG bestimmt sich die Verjährung für die Zeit ab dem 01.04.2009 allein nach landesrechtlichen Vorschriften.<sup>2064</sup> Der § 48 BeamtStG selbst enthält keine Regelung der Verjährung der Schadensersatzforderungen. Nach vereinzelt Stimmen der Literatur sind die §§ 194 ff BGB (über § 48 BeamtStG) nicht unmittelbar anwendbar.<sup>2065</sup> Es mag zwar sein, dass § 48 BeamtStG keine ausdrückliche Regelung enthält; indessen bieten die landesbeamtenrechtlichen Vorschriften (z. B. für Niedersachsen: § 51 NBG) eine entsprechende Grundlage. Danach verjähren Ansprüche des Dienstherrn gegen den Beamten gem. §§ 195, 199 Abs. 1-3 BGB; hat der Dienstherr Dritten Schadensersatz geleistet, so gilt als maßgeblicher Kenntnisnahme-Zeitpunkt i. S. d. Verjährungsvorschriften des BGB derjenige Zeitpunkt, in welchem der Ersatzanspruch gegenüber dem Dritten vom Dienstherrn anerkannt oder dem Dienstherrn gegenüber rechtskräftig festgestellt wird. Diese Regelung (in Niedersachsen: § 51 NBG) baut auf der vorherigen Rechtsprechung der Zivilgerichte auf, wonach Schadensersatzansprüche dann fällig werden, wenn sie in ihrem Bestand feststellbar sind und geltend gemacht werden können. Dies ist der Fall, sobald der Gläubiger in der Lage ist, sich den erforderlichen Überblick ohne schuldhaftes Zögern zu verschaffen und seine Forderungen wenigstens annähernd zu beziffern. Der Gläubiger selbst muss die Voraussetzungen dafür schaffen, dass er alsbald seinen Anspruch zu beziffern in der Lage ist, wobei ihm u. U. der Vorwurf eines schuldhaften Zögerns treffen kann. Dieser Vorwurf gilt nur dann nicht, wenn es aufgrund besonderer Umstände praktisch unmöglich ist, seinen Anspruch geltend zu machen, oder wenn er z. B. den Ausgang eines Strafverfahrens (gegen einen Arbeitnehmer) abwarten darf, weil er sich dadurch weitere Aufklärung über Umfang und Grenzen seines Schadensersatzanspruchs versprechen kann.<sup>2066</sup>

In einer neuerlichen Entscheidung hat der BGH deutlich hervorgehoben, dass für den Beginn der Verjährungsfrist bei deliktsrechtlichen Ansprüchen, die u. a.

---

<sup>2064</sup> Tremml/Karger/Luber Rdziff. 1415

<sup>2065</sup> Reich, BeamtStG, § 48 Rdziff. 6

<sup>2066</sup> OLG Rostock, OLG-Report 2003, 465 (466) unter Hinweis auf die Rechtsprechung des BAG; OLG Jena, Urt. v. 13.07.2005 – 4 U 431/04, juris Rdziff. 39

von Behörden und juristischen Personen des öffentlichen Rechts mit arbeitsteiliger Organisation geltend gemacht werden, hinsichtlich der Beurteilung einer grob fahrlässigen Unkenntnis i. S. d. § 199 Abs. 1 Ziff. 2 BGB (ebenso wie der positiven Kenntnis) auf die Beschäftigten der Regressabteilung und nicht derjenigen Personen der Leistungsabteilung abzustellen sei.<sup>2067</sup> Mit dieser Argumentation schließt sich der BGH konsequent seiner bisherigen Rechtsprechung zu § 852 BGB a. F. an. Bei juristischen Personen des öffentlichen Rechts und Behörden darf diesen nicht die Kenntnis eines jeden Bediensteten zugerechnet werden; vielmehr muss es sich um einen sog. Wissensvertreter handeln. Vor dem Hintergrund des in § 166 BGB wurzelnden Rechtsgedankens handelt es sich um einen Wissensvertreter um einen solchen Bediensteten einer Behörde, der von dem Anspruchsinhaber mit der Erledigung der betreffenden Angelegenheit in eigener Verantwortung betraut worden ist.<sup>2068</sup>

Geht es um die Hemmung der Verjährung, muss der gleiche Maßstab zugrunde gelegt werden. Eine Hemmung i. S. d. § 204 Abs. 1 Ziff. 1 BGB kann mithin nur dann rechtswirksam (vor dem Hintergrund der Zustellung als „demnächst“ gem. § 167 ZPO) herbeigeführt werden, wenn die Klage des Dienstherrn (Anstellungs-Körperschaft) durch eine vertretungsberechtigte Behörde erfolgt.<sup>2069</sup>

## B. Ausschlussfristen

Fristen, innerhalb derer Ansprüche anzumelden bzw. geltend zu machen sind und nach deren Ablauf Ansprüche dauerhaft nicht mehr geltend gemacht werden können (sog. Ausschlussfristen), sind nicht nur im Arbeitsrecht, sondern auch im Beamtenrecht geläufig.<sup>2070</sup> Solche Fristen können u. U. den ursprünglich bestehenden Rückgriffsanspruch bereits lange vor Verjährungseintritt zunichte machen. Dies gilt auch und vor allem im Hinblick auf § 37 TV-L. Wenn also der genaue Zeitpunkt festgestellt werden kann, in welchem Rückgriffsansprüche gegen den Beamten fällig geworden sind, so beginnt auch die in § 37 TV-L vorgese-

<sup>2067</sup> BGH NJW 2012, 447; bestätigt durch BGH, NJW 2012, 2644 (2645) = juris Rdziff. 13 ff.; ebenso BGH NJW 2000, 1411 (1412); OLG Schleswig, NJW-RR 2012, 658 (659) = juris Rdziff. 20 unter Hinweis auf BGHZ 133, 129 (138); OLG Köln, NJW-RR 2002, 1392 (1393); OLG Koblenz, NJW 1999, 224 (225); vgl. auch Wiegand-Schneider, FS OLG Celle S. 396 (401); Stein/Itzel/Schwall Rdziff. 241

<sup>2068</sup> BGH NJW 2012, 1789 (1790); BGH NJW 2011, 1799 (1800); BGH NJW 2007, 834 (835); BGH NJW 2004, 510 (510); BGH NJW 2001, 2535 (2536); BGH NJW 2000, 1411 (1412); BGHZ 134, 343 (346); BGHZ 133, 129 (139); BGH NJW 1994, 1150 (1151); OLG Hamm, Urt. v. 30.11.2010 – 9 U 19710, juris Rdziff. 45

<sup>2069</sup> Die Zustellung an eine nicht zur Vertretung berechtigte Behörde hemmt den Eintritt der Verjährung nicht: BGH NVwZ 2005, 847; PWW/Kessler, BGB, § 204 Rdziff. 5

<sup>2070</sup> zur Ausschlussfrist des § 83 Abs. 3 S. 9 NBG bei beamtenrechtlichen Sachschadensersatz für eine beschädigte Brille: VG Braunschweig, Urt. v. 23.08.2012-7 A 126/12, juris

hene Ausschlussfrist ab diesem Zeitpunkt zu laufen. Rückgriffsansprüche unterfallen dieser Ausschlussfrist.<sup>2071</sup>

Zur Geltendmachung i. S. tariflicher Ausschlussfristen gehört es, dass die andere Seite schriftlich zur Erfüllung des Anspruchs auffordern muss. Dies muss zwar nicht wortwörtlich geschehen, muss aber doch hinreichend klar zum Ausdruck bringen, was der Dienstherr möchte. Der Anspruchsinhaber muss daher unmissverständlich bekunden, dass er Inhaber einer bestimmten Forderung ist und auf deren Erfüllung bestehen wird. Dieser Anspruch muss seinem Grunde nach hinreichend deutlich gekennzeichnet und die Höhe des Anspruchs mit der für den Schuldner notwendigen Deutlichkeit ersichtlich gemacht werden. Einer genauen Bezifferung bedarf es dann nicht, wenn es den Parteien ersichtlich nur darum geht, die Anspruchsvoraussetzungen zu klären, während die Höhe des Anspruchs zunächst nicht von Interesse ist.<sup>2072</sup>

---

<sup>2071</sup> OLG Rostock, OLG-Report 2003, 465 (dort zur Vorgängervorschrift § 70 BAT-O)

<sup>2072</sup> OLG Rostock, OLG-Report 2003, 465 (466)





## Literaturverzeichnis

- Achterberg, Norbert** Allgemeines Verwaltungsrecht  
2. Aufl. Heidelberg 1986
- Althammer, Christoph**  
**Schäuble, Daniel** Effektiver Rechtsschutz bei überlanger Verfahrensdauer  
in: NJW 2012, S. 1 ff.
- Anschütz, Gerhard** Die Verfassung des Deutschen Reichs vom  
11.08.1919  
14. Aufl. Tübingen 1932
- Arndt, Adolf** Zur Frage der Folgen einer bindenden gesetzwidrigen  
Weisung eines Vorgesetzten für die zivilrechtliche  
Haftung des Untergebenen  
in: DVBl. 1959, S. 624 ff.
- Axer, Peter** Primär- und Sekundärrechtsschutz im öffentlichen  
Recht  
in: DVBl. 2001, S. 1322 ff.
- Bachof, Otto** Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme  
einer Amtshandlung  
2. Aufl. Heidelberg 1950
- Bader, Johann**  
**Funke-Kaiser, Michael**  
**Stuhlfauth, Thomas**  
**von Albedyll, Jörg** Verwaltungsgerichtsordnung  
5. Aufl. Heidelberg 2011  
(zitiert: Bearbeiter in: Bader)
- Bamberger, Heinz**  
**Georg**  
**Roth, Herbert** Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2  
(§§ 611 - 1296, AGG, ErbbauRG, WEG)  
3. Aufl. München 2012  
(zitiert: Bamberger/Roth/Bearbeiter)
- Bartlspenger, Richard** Die Folgen von Staatsunrecht als Gegenstand der  
Gesetzgebung  
in: NJW 1968, S. 1697 ff.
- Battis, Ulrich**  
**Krautberger, Michael**  
**Löhr, Rolf-Peter** Baugesetzbuch: BauGB  
12. Aufl. München 2014

- Baumbach, Adolf**  
**Lauterbach, Wolfgang**  
**Albers, Jan**  
**Hartmann, Peter**      Zivilprozessordnung: ZPO mit FamFG, GVG und anderen Nebengesetzen  
Begr. von Adolf Baumbach, fortg. von Wolfgang Lauterbach, Jan Albers, Peter Hartmann  
72. Aufl. München 2014  
(zitiert: BLAH)
- Baumgärtel, Gottfried**  
**Laumen, Hans-Willi**  
**Prütting, Hanns**      Handbuch der Beweislast,  
Bürgerliches Gesetzbuch,  
Schuldrecht Besonderer  
Teil III (§§ 812 - 853)  
3. Aufl. Köln 2010  
(zitiert: Bearbeiter in: Baumgärtel/Laumen/Prütting)
- Beaucamp, Guy**      Überprüfung bestandskräftiger Verwaltungsakte durch die Zivilgerichte  
in: DVBl 2004, S. 352 ff.
- Beckmann, Jörg**      Zum Schadensersatzanspruch des Dienstherrn gegen den Beamten  
in: ZBR 2004, S. 109 ff.
- Bender, Bernd**      Die Rechtsprechung des BGH zum Staatshaftungsrecht 1984/85 - Teil I  
in: JZ 1986, S. 838 ff.
- Bender, Bernd**      Staatshaftungsrecht  
3. Aufl. München 1981
- Bergmann, Karl-Otto**  
**Schumacher, Hermann**      Die Kommunalhaftung  
4. Aufl. Köln 2007
- Berkemann, Jörg**      Professioneller Umgang mit der Fortsetzungsfeststellungsklage - Ein Rechtssprechungsbericht  
in: jM 2014, S. 421 ff.
- Bettermann, Karl August**      Die Beschwer als Rechtsmittelvoraussetzung im deutschen Zivilprozess  
in: ZZP 82 (1969), S. 24 ff.
- Bettermann, Karl August**      Vom Sinn der Amtshaftung  
in: JZ 1961, S. 482 ff.

- Bettermann, Karl**  
August  
Der Schutz der Grundrechte in der ordentlichen Gerichtsbarkeit  
in: Die Grundrechte, Hrsg. von K. A. Bettermann/H. C. Nipperdey/U. Scheuner, Band III/2, S. 779 ff.  
Berlin 1959  
(zitiert: Bettermann, Grundrechte)
- Bettermann, Karl**  
August  
Zur Lehre vom Folgenbeseitigungsanspruch  
in: DÖV 1955, S. 528 ff.
- Bettermann, Karl**  
August  
Verwaltungsakt und Richterspruch, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek  
S. 361 ff.  
München 1955  
(zitiert: Bettermann, Gedächtnisschrift Jellinek)
- Bettermann, Karl**  
August  
Rechtsgrund und Rechtsnatur der Staatshaftungin:  
DÖV 1954, S. 299 ff.
- Bettermann, Karl**  
August  
Über die materielle Rechtskraft vorgerichtlicher Urteile  
in: MDR 1954, S. 7 ff.
- Bettermann, Karl**  
August  
Wesen und Streitgegenstand der verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsklage  
in: DVBl. 1953, S. 163 ff.
- Bettermann, Karl**  
August  
Rechtshängigkeit und Rechtsschutzform. Eine Prozessrechtliche Abhandlung  
Detmold/Frankfurt a. M./Berlin 1949  
(zitiert: Bettermann, Rechtshängigkeit)
- Blankenagel, Alexander**  
Die „Amtspflicht gegenüber einem Dritten“ – Kasuistik ohne Systematik?  
in: DVBl. 1981, S. 15 ff.
- Blomeyer, Arwied**  
Zivilprozessrecht: Erenntnisverfahren Berlin/Göttingen/Heidelberg 1963  
vollständig überarbeitete Auflage  
Berlin 1985

- Blum, Peter u. a.** Kommunalverfassungsrecht Niedersachsen, Kommentar zum NKomVG und NKomZG Loseblattausgabe Stand Juli 2014 (zitiert: Bearbeiter in: KVR Nds)
- BMJ/BMI** Reform des Staatshaftungsrechts Entwürfe eines Staatshaftungsgesetzes und einer Grundgesetzänderung mit Begründungen (Kommissionsbericht) hrsg. v. Bundesministerium der Justiz und Bundesministerium des Inneren Oktober 1973
- Böhmer, Emil** Zur Frage der Amtspflicht gegenüber einem Dritten in: JZ 1965, S. 487 ff.
- Bömer, Guido** Amtshaftung und Vertrauensschutz in: NVwZ 1996, S. 749 ff.
- Bonner Kommentar** Bonner Kommentar zum Grundgesetz Loseblattsammlung Hamburg 1950 ff., jetzt Heidelberg Hrsg. v. Rudolf Dolzer und Klaus Vogel (zitiert: Bearbeiter in: Bonner Kommentar)
- Bötticher, Eduard** Prozessrecht und Materielles Recht in: ZZP 85 (1972), S. 1 ff.
- Bötticher, Eduard** Die Bindung der Gerichte an Entscheidungen anderer Gerichte in: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, FS zum 100-jährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860 – 1960, Band I S. 511 ff. Karlsruhe 1960 (zitiert: Bötticher, FS DJT)
- Bötticher, Eduard** Kritische Beiträge zur Lehre von der materiellen Rechtskraft im Zivilprozess Berlin 1930 (zitiert: Bötticher, Krit. Beiträge)

- Boujong, Karlheinz** Schadensersatz- und Entschädigungsansprüche wegen fehlerhafter Bauleitplanung und rechtswidriger Bauverwaltungsakte nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes  
in: WiVerw 1991, S. 59 ff.
- Boujong, Karlheinz** Staatshaftung für legislatives und normatives Unrecht in der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes  
in: Verantwortlichkeit und Freiheit (FS für Willi Geiger zum 80. Geburtstag) Tübingen 1989, S. 430 ff.  
(zitiert: Boujong, FS Geiger)
- Braun, Johann** Rechtskraft und Rechtskraftbeschränkung im Zivilprozess  
in: JuS 1986, S. 364 ff.
- Bredemeyer, Dierk** Das Prinzip „Drittchadensliquidation“  
in: JA 2012, S. 102 ff.
- Breitkreuz, Tilmann**  
**Fichte, Wolfgang** (Hrsg.) SGG  
Kommentar zum Sozialgerichtsgesetz  
1. Aufl. Berlin 2009 (Ergänzung 2012)  
(zitiert: Bearbeiter in: Breitkreuz/Fichte)
- Brox, Hans** Die objektiven Grenzen der materiellen Rechtskraft im Zivilprozess  
in: JuS 1962, S. 121 ff.
- Brummund, Fabian** Das Gesetz über dem Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren und strafrechtlichen Ermittlungsverfahren  
in: JA 2012, S. 213 ff.
- Brüning, Christoph** Anmerkung zur Entscheidung des BGH v. 04.11.2010 - III ZR 32/10  
in: NJW 2011, 1077 f.
- Brüning, Christoph** Staatshaftung bei überlanger Dauer von Gerichtsverfahren  
in: NJW 2007, S. 1094 ff.

- Büdenbender, Ulrich**      Drittschadensliquidation bei obligatorischer Gefahrenentlastung: eine notwendige oder überflüssige Rechtsfigur?  
in: NJW 2000, S. 986 ff.
- Büdenbender, Ulrich**      Vorteilsausgleichung und Drittschadensliquidation bei obligatorischer Gefahrenentlastung  
Tübingen 1996
- Büdenbender, Ulrich**      Wechselwirkung zwischen Vorteilsausgleichung und Drittschadensliquidation  
in: JZ 1995, S. 920 ff.
- Buschlinger, Gerold**      Das Verhältnis des Amtshaftungsanspruchs zum subjektiv-öffentlichen Recht  
in: DÖV 1964, S. 797 ff.
- Costede, Jürgen**            Studien zum Gerichtsschutz. Grundlagen des Rechtsschutzes in der Streitigen und Freiwilligen deutschen Zivilgerichtsbarkeit  
Bern 1977
- Czybulka, Detlef**  
**Jeand'Heur, Bernd**      Das Amtshaftungsrecht in der Fallbearbeitung  
in: JuS 1992, S. 396 ff.
- Dahs, Hans**                Anmerkung zu BGH, Urt. v. 29.05.1958 - III ZR 38/57, NJW 1959, 35  
in: NJW 1959, S. 35 ff.
- de Witt, Siegfried**  
**Burmeister, Thomas**      Amtshaftung für rechtswidrig erteilte Genehmigungen  
in: NVwZ 1992, S. 1039 ff.
- Defren, Ralf**                Der haftungsrechtliche Beamtenbegriff  
Diss. iur. Heidelberg 2002
- Degenhart, Christoph**      Staatsrecht I Staatsorganisationsrecht  
27. Aufl. Heidelberg 2011

- Deppert, Katharina** Die Rechtsstellung des Dritten im Baugenehmigungsverfahren  
in: Verantwortung und Gestaltung, FS für Karlheinz Boujong zum 65. Geburtstag,  
S. 533 ff.  
München 1996  
(zitiert: Deppert, FS Boujong)
- Detterbeck, Steffen**  
**Windthorst, Kay**  
**Sproll, Hans-Dieter** Staatshaftungsrecht  
1. Aufl. München 2000
- Detterbeck, Steffen** Haftung der Europäischen Gemeinschaft und gemeinschaftsrechtlicher Staatshaftungsanspruch  
in: AöR 125 (2000), S. 202 ff.
- Detterbeck, Steffen** Streitgegenstand und Entscheidungswirkungen im Öffentlichen Recht,  
Grundlagen des Verfahren vor den allgemeinen Verwaltungsgerichten und vor dem Bundesverfassungsgericht  
Heidelberg 1995
- Deutsch, Erwin**  
**Ahrens, Hans-Jürgen** Deliktsrecht  
5. Aufl. Köln/Berlin/Bonn 2009
- Deutsch, Erwin** Allgemeines Haftungsrecht  
2. Aufl. Köln/Berlin/Bonn 1995  
(zitiert: Deutsch, Haftungsrecht)
- Dietzel, Gottfried** T. W. Zur Neuordnung des Amtshaftungsrechts  
in: JZ 1969, S. 48 ff.
- Dippel, Martin** Das gemeindliche Einvernehmen gem. § 36 BauGB in der jüngeren Rechtsprechung - alle Fragen schon geklärt?  
in: NVwZ 2011, S. 769 ff.
- Dolde, Klaus-Peter** Verwerfung nichtiger Bebauungspläne durch die Verwaltung?  
in: BauR 1978, S. 153 ff.



- Dolderer, Michael** Die Neuerung des BauRoG 1998 und die Amtshaftung der Gemeinden  
in: BauR 2000, S. 491 ff.
- Dombert, Matthias** Sicherung von Schadensersatzansprüchen im Verwaltungsprozess  
in: AnwBl 2014, S. 32 ff.
- Dreier, Horst** Grundgesetz, Kommentar  
Band II (Art. 20 - 82)  
2. Aufl. Tübingen 2006  
(zitiert: Bearbeiter in: Dreier, GG)
- Dreier, Horst** Grundgesetz, Kommentar  
Band II (Art. 20 - 82)  
2. Aufl. Tübingen 2008  
(zitiert: Bearbeiter in: Dreier, GG)
- Ebenroth, Carsten** Handelsgesetzbuch: HGB  
Thomas  
Band 1: §§ 1 – 342e  
**Boujong, Karlheinz** 3. Auflage München 2014  
**Joost, Detlev** (zitiert: Bearbeiter in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn)  
**Strohn, Lutz**
- Ehlers, Dirk** Die Aufgaben der Rechtsanwaltskammern  
**Lechleitner, Marc** in: AnwBl. 2006, S 361 ff.
- Engel, Rüdiger** Zur Normverwerfungskompetenz einer Behörde  
in: NVwZ 2000, S. 1258 ff.
- Engelhardt, Hanns** Die neueste Entwicklung der Rechtsprechung zum Staatshaftungsrecht  
in: NVwZ 1985, S. 621 ff.
- Erman, Walter** BGB  
Handkommentar mit AGG, EGBGB, ErbbauRG,  
HausratsVO, LPartG, ProdHaftG, UKlaG, VAHRG  
und WEG Band 2  
14. Aufl. 2014  
(zitiert: Erman/Bearbeiter)

- Ernst, Werner** Baugesetzbuch  
**Zinkahn, Willy** Loseblatt-Kommentar  
**Bielenberg, Walter** München  
**Krautzberger, Michael** Stand: Januar 2012  
(zitiert: Bearbeiter in:  
Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger)
- Eyermann, Erich** Verwaltungsgerichtsordnung: VwGO  
14. Aufl. München 2014  
(zitiert: Eyermann/  
Bearbeiter)
- Fehling, Michael** Verwaltungsrecht (VwVfG, VwGO, Nebengesetze)  
**Kastner, Berthold** 3. Aufl. Baden-Baden 2013  
**Störmer, Rainer** (zitiert: Hk-VerwR/Bearbeiter)
- Fetzer, Rhona** Die Haftung des Staates für legislatives Unrecht  
Berlin 1994
- Feurer, Heiko** Das Beamtenverhältnis als „Vertrag“ mit Schutzwirkung für Dritte  
in: ZGS 2011, S. 497 ff.
- Feurer, Heiko** Amtshaftung und Staatskirchenrecht  
Frankfurt 2010
- Fiebig, Andreas** Haftung der Behörde wegen Warnung vor Verbrauchsgütern  
in: NVwZ 1992, S. 37 f.
- Finkelnburg, Klaus** Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren 6. Aufl.  
**Dombert, Matthias** München 2011  
**Külpmann, Christoph**
- Flume, Werner** Anmerkung zu OLG Bremen, Beschl. v. 13.11.1952 – 1 W 244/52, NJW 1953, S. 585 ff.
- Förster, Christian** Verschuldensvermutung bei der Amtshaftung – Aufsichtspflicht von Kindergartenpersonal  
in: NJW 2013, S. 1201 ff.
- Förster, Christian** Drittwirkung von BSE-Testpflichten  
in: NJW 2013, S. 571 ff.

- 
- Forsthoff, Ernst**            Lehrbuch des Verwaltungsrechts  
10. Aufl. München 1993
- Frings, Arno**                Amtshaftungsansprüche bei „Schein-  
Bebauungsplänen“  
Diss. iur. Bielefeld 1989
- Gaa, Meinhard**            Die Aufrechnung mit einer rechtswegfremden Gegen-  
forderung  
in: NJW 1997, S. 3347 ff.
- Galke, Gregor**             Die Beschränkung der Staatshaftung nach Art. 34 GG  
in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs  
in: DÖV 1992, S. 53 ff.
- Ganter, Hans Gerhard**    Die Beweislast im Notarhaftpflichtprozess  
in: ZNotP 2000, S. 176 ff.
- Gärtner, Wolfram**        Die Haftung von Ratsmitgliedern für die Folgen  
rechtswidriger Ratsbeschlüsse  
in: VR 1992, S. 433 ff.
- Gaul, Hans Friedhelm**    Die Entwicklung der Rechtskraftlehre seit Savigny  
und der heutige Stand Festschrift für Werner Flume,  
Band I S. 443 ff.  
Köln 1978  
(zitiert: Gaul, FS Flume)
- Gehre, Horst**              Die Entwicklung der Amtshaftung in Deutschland seit  
dem 19. Jahrhundert  
Diss. iur. Bonn 1958
- Geigel, Reinhard**        Der Haftpflichtprozess  
26. Aufl. München 2011  
(zitiert: Geigel/Bearbeiter)
- Gierke, Hans-Georg**     Die Behandlung rechtswidriger Bebauungspläne –  
Teil 2  
in: ZfBR 1985, S. 62 ff.
- Goerth, Andreas**         Die Drittschadensliquidation  
in: JA 2005, S. 28 ff.

- Gottwald, Peter** Schadenszurechnung und Schadensschätzung: Zum Ermessen des Richters im Schadensrecht und im Schadensersatzprozess  
München 1979
- Götz, Heinrich** Die innere prozessuale Bindungswirkung von Urteilen im Zivil-, Arbeits- und Verwaltungsprozessrecht  
in: JZ 1959, S. 681 ff.
- Gotzen, Hans-Heiner** Die Drittbezogenheit der Amtspflicht im Rahmen der Amtshaftung - BGH NJW 1993, 933  
in: VR 1993, S. 423 ff.
- Gotzler, Max** Rechtmäßiges Alternativverhalten im haftungsbegründenden Zurechnungszusammenhang  
Diss. iur. München 1977
- Grechenig, Kristoffel  
Stremitzer, Alexander** Der Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens – Rechtsvergleich, ökonomische Analyse und Implikationen für die Proportionalhaftung  
in: RabelsZ 73 (2009), S. 336 ff.
- Grunsky, Wolfgang** Grundlagen des Verfahrensrechts  
2. Aufl. Bielefeld 1974
- Grunsky, Wolfgang** Rechtskraft von Entscheidungsgründen und Beschwer  
in: ZZZ 76 (1963), S. 165 ff.
- Guckelberger, Annette** Der neue staatshaftungsrechtliche Entschädigungsanspruch bei überlangen Verfahren  
in: DÖV 2012, S. 289 ff.
- Haaf, Eberhard** Die Fernwirkung gerichtlicher und behördlicher Entscheidungen Paderborn/München/Wien/Zürich 1984
- Habscheid, Walther  
Jakob** Die materielle Rechtskraft des die negative Feststellungsklage aus Beweislastgründen abweisenden Urteils  
in: NJW 1988, S. 2641 ff.

- Habscheid, Walther Jakob** Das Bundesarbeitsgericht und die Lehre von der materiellen Rechtskraft  
in: FS für Hans Carl Nipperdey,  
Band I, S. 895 ff.  
München/Berlin 1965  
(zitiert: Habscheid FS Nipperdey)
- Habscheid, Walther Jakob** Zur materiellen Rechtskraft des Urteils gegen den siegreichen Kläger im internationalen Prozessrecht  
in: ZZP 75 (1962), S. 164 ff.
- Habscheid, Walther Jakob** Schiedsverfahren und freiwillige Gerichtsbarkeit  
in: ZZP 66 (1953), S. 188 ff.
- Hagen, Horst** Die Drittschadensliquidation im Wandel der Rechtsdogmatik  
Frankfurt 1971
- Hahn, C.** Die gesamten Materialien zur Zivilprozessordnung  
1. Abt. Berlin 1880
- Hanau, Peter** Die Kausalität der Pflichtwidrigkeit:  
Eine Studie zum Problem desplichtmäßigen Alternativverhaltens im Bürgerlichen Recht  
Göttingen 1971
- Hartmann, Klaus** Keine Amtspflichten gegenüber dem am Baugenehmigungsverfahren nicht beteiligten Grundstückseigentümer?  
in: VersR 1994, S. 905 ff.
- Harz, Michael**  
**Dahmen, Hartmut**  
**Bornmann, Martina** Der entgangene Gewinn – Teil 2  
in: ZInsO 2013, S. 1397 ff.
- Hauelsen, Fritz** Die Bedeutung der Rechtskraft verwaltungsgerichtlicher Urteile  
in: NJW 1960, S. 313 ff.
- Hebeler, Timo** Die BGH-Rechtsprechung zur Drittbezogenheit der Amtspflichtverletzung im Baurecht  
in: VerwArch 98 (2007), S. 136 ff.

- Heine, Manfred** Überlange Gerichtsverfahren - Die Entschädigungsklage nach § 198 GVG  
in: MDR 2012, S. 327 ff.
- Heitzen, Markus** Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatlicher Verantwortung  
in: VVDStRL 62 (2003), S. 220 ff.
- Hellwig, Konrad** System des Deutschen Zivilprozessrechts Band I  
Leipzig 1912  
(zitiert: Hellwig, System I)
- Hellwig, Konrad** Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft  
Leipzig 1901  
(zitiert: Hellwig, Rechtskraft)
- Henckel, Wolfram** Prozessrecht und Materielles Recht  
Göttingen 1970  
(zitiert: Henckel, Prozessrecht)
- Henckel, Wolfram** Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozess  
Heidelberg 1961  
(zitiert: Henckel, Parteilehre)
- Henke, Horst-Eberhard** Die sog. Relativität des Schuldverhältnisses  
Berlin 1989
- Hennecke, Hans-Günter** Haftung kommunaler Mandatsträger für rechtswidrige Beschlüsse?  
in: JURA 1992, S. 125 ff.
- Hesse, Konrad** Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland  
20. Aufl. Heidelberg 1999
- Hickl, Manfred** Die Ausweitung der Amtspflicht gegenüber Dritten in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Amtshaftung  
Bamberg 1971
- Hildebrandt, Thomas  
Kaestner, Klara** Richter- und Schiedsrichterhaftung wegen überlanger Verfahrensdauer  
in: BauR 2010, S. 2017 ff.

- 
- Hinke, Horst**                      Zu den Bestimmungen über die Staatshaftung im Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung und Ergänzung schadenersatzrechtlicher Vorschriften  
in: DVBl. 1967, S. 641 ff.
- Hoffmann, Uwe**                    Abtretung der Hauptforderung und Verzugsschaden  
in: WM 1994, S. 1464 ff.
- Hofmann, Kurt**                    Über das Wesen und die subjektiven Grenzen der Rechtskraft  
Leipzig 1929
- Hoppe, René**                      Die Notwendigkeit der Rechtsmittlerschöpfung als Voraussetzung der Amtshaftung  
in: JA 2011, S. 167 ff.
- Hübner, Leonhard**  
**Sagan, Adam**                    Die Abgrenzung von Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter und Drittschadensliquidation  
in: JA 2013, S. 741 ff.
- Hufen, Friedhelm**                Verwaltungsprozessrecht  
2. Aufl. 1996
- Ibler, Martin**                    Rechtspflegender Rechtsschutz im Verwaltungsrecht:  
Zur Kontrolldichte bei wertenden Behördenentscheidungen  
Tübingen 1999
- Ibler, Martin**                    Rechtspflegender Rechtsschutz im Verwaltungsrecht:  
Zur Kontrolldichte bei wertenden Behördenentscheidungen  
Tübingen 1999
- Ibler, Martin**                    Baugrundrisiko und Amtshaftung bei der Überbauung von Altlasten  
in: BauR 1995, S. 595 ff.

- Isensee, Josef**  
**Kirchhof, Paul** (Hrsg.) Handbuch des Staatsrechts  
Band V: Rechtsquellen, Organisation, Finanzen  
3. Aufl. Heidelberg 2007  
Band VIII: Grundrechte, Wirtschaft, Verfahren,  
Gleichheit  
3. Aufl. Heidelberg 2010  
(zitiert: Bearbeiter in: Isensee/Kirchhof)
- Itzel, Peter** Neuere Entwicklungen im Amts- und Staatshaftungs-  
recht – Rechtsprechungsüberblick 201  
in: MDR 2013, S. 197 ff.
- Itzel, Peter** Neuere Entwicklungen im Amts- und Staatshaftungs-  
recht  
in: MDR 2012, S. 564 ff.
- Jacobs, Rainer** Staatshaftungsrecht  
München 1984
- Jaenicke, Günther** Gefährdungshaftung im öffentlichen Recht?  
in: VVDStRL 20 (1963), S. 135 ff.
- Jarass, Hans D.**  
**Pieroth, Bodo** Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland  
12. Aufl. München 2012
- Jauernig, Othmar** Zivilprozessrecht  
21. Aufl. München 1985
- Jellinek, Walter** Schadensersatz aus Amtshaftung und Enteignungsent-  
schädigung  
in: JZ 1955, S. 147 ff.
- Jellinek, Walter** Verwaltungsrecht  
3. Aufl. Offenburg 1948
- Jeromin, Curt M.** Gemeindliches Einvernehmen Planungshoheit, Erset-  
zung und Haftungsfolgen  
in: BauR 2011, S. 456 ff.
- Jung, Doris** Gemeindliche Verwerfungskompetenz bei rechtsver-  
bindlichen Bebauungsplänen außerhalb des Verfah-  
rens nach § 2 VI BBauG  
in: NVwZ 1985, S. 790 ff.



- Kayser, Alfred**  
**Leiß, Ludwig** Die Amtshaftung bei Ausübung öffentlicher Gewalt  
2. Aufl. München 1958
- Kiefer, Günther** Die Beleihung: (K)ein unbekanntes Wesen?  
in: NVwZ 2011, S. 1300 ff.
- Klapdor, Wolfgang** Sind Beschlüsse des Gemeinderates zur Feststellung  
der Nichtigkeit von Bebauungsplänen zulässig oder  
bedarf es eines förmlichen Aufhebungsverfahrens?  
in: BauR 1982, S. 409 ff.
- Klein, Franz** Abgabenordnung: AO  
12. Aufl. München 2014  
(zitiert: Bearbeiter in: Klein)
- Kleinfeller, Georg** Der Gegenstand der Rechtskraft in:  
Festschrift für Adolf Wach S. 373 ff.  
Band II Leipzig 1913  
(zitiert: Kleinfeller, FS Wach)
- Kohler, Josef** Der Prozess als Rechtsverhältnis Prolegomena zu  
einem System des Civilprozesses  
Mannheim 1988
- Kohler, Josef** Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts  
1. Band  
Berlin 1906  
(zitiert: Kohler, Bürgerliches Recht I)
- Kohler, Josef** Das materielle Recht im Urteil  
in: Festschrift für Franz Klein  
S. 1 ff.  
Wien 1914  
(zitiert: Kohler, FS Klein)
- Kollhosser, Helmut** Lohnfortzahlung, Schadensersatz und Regressinteressen  
beim Unfall eines Angestellten  
in: AcP 166 (1966), S. 277 ff.
- Köndgen, Johannes** Ehrverletzung durch Gerichtsentscheid und Spruch-  
richterprivileg  
in: JZ 1979, S. 246 ff.

- Kopp, Ferdinand**  
**Schenke,**  
Wolf-Rüdiger  
Verwaltungsgerichtsordnung: VwGO  
20. Aufl. München 2014
- Kopp, Ferdinand**  
**Ramsauer, Ulrich**  
Verwaltungsverfahrensgesetz: VwVfG  
12. Aufl. München 2011
- Koussoulis, Stelios**  
Beiträge zur modernen Rechtskraftlehre  
Köln/Berlin/Bonn/München 1986
- Kreft, Friedrich**  
Öffentlich-rechtliche Ersatzleistungen  
Berlin/New York 1980
- Kriele, Martin**  
Zur Amtshaftung der Kirchen  
in: Sonderheft zur Vollendung des 65. Lebensjahr von  
Rechtanwalt Prof. Dr. Herman Weber, S. 28 ff.  
(zitiert: Kriele, Sonderheft NJW für Herman Weber)
- Krohn, Günter**  
**de Witt, Siegfried**  
Schadensersatz wegen nicht erteilten Bauvorbescheids  
in: NVwZ 2005, S. 1387 ff.
- Krohn, Günter**  
Haftungsrechtlicher Vertrauensschutz bei rechtswidri-  
gen baurechtlichen Genehmigungen  
in: Verantwortung und Gestaltung, FS für Karlheinz  
Boujong zum 65. Geburtstag, S. 573 ff.  
München 1996  
(zitiert: Krohn, FS Boujong)
- Krohn, Günter**  
Schutzzweck und Drittbezogenheit von Amtspflichten  
im öffentlichen Baurecht  
in: ZfBR 1994, S. 8 ff.
- Küch, Florian**  
Vertrauensschutz durch Staatshaftung  
Baden-Baden 2003
- Kuhla, Wolfgang**  
**Hüttenbrink, Jost**  
Der Verwaltungsprozess  
3. Aufl. München 2002
- Kühn, Wolfgang**  
Die Amtshaftung der Gemeinden wegen der Überpla-  
nung von Altlasten  
Berlin 1997

- Kümper, Boas** Amtshaftungsrechtlicher Vertrauensschutz  
in: VerwArch 104 (2013), S. 104 ff.
- Ladeur, Karl-Heinz** Zur Dogmatik des Amtshaftungsanspruchs bei risiko-  
behafteten Entscheidungen der Verwaltung  
in: ZUR 1995, S. 330 ff.
- Ladeur, Karl-Heinz** Zur Bestimmung des drittschützenden Charakters von  
Ampflichtenim Sinne von § 839 BGB und Art.  
34GG - insbesondere Aufsichtspflichten  
in: DÖV 1994, S. 665 ff.
- Ladeur, Karl-Heinz** Die rechtliche Steuerung von Entwicklungsrisiken  
zwischen zivilrechtlicher Produkthaftung und admini-  
strativer Sicherheitskontrolle  
in: BB 1993, S. 1303 ff.
- Lakkis, Panajotta** § 199 BGB Beginn der regelmäßigen Verjährungsfrist  
und Verjährungshöchstfristen juris-PK 7. Aufl. 2014  
(zitiert: juris PK-BGB/Lakkis)
- Lammerding, Jo  
Scheel, Thomas  
Brehm, Bernhard** Abgabenordnung und FGO  
16. Aufl. Walsrode 2012
- Lange, Hermann  
Schiemann, Gottfried** Schadensersatz  
3. Aufl. Tübingen 2003
- Lansnicker, Frank  
Schwartzek, Thomas** Rechtsverhinderung durch überlange Verfahrensdauer  
in: NJW 2001, S. 1969 ff.
- Lässig, Curt Lutz** Verjährung des Amtshaftungsanspruchs und Möglich-  
keiten der Schadenskompensation  
in: NVwZ 2002, S. 304 ff.
- Leibholz, Gerhard  
Rinck, Hans-Justus  
Hesselberger, Dieter** Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland  
Kommentar (Loseblatt), Köln  
Stand: 2012  
(zitiert: Bearbeiter in: Leibholz/Rinck)
- Leidinger, Tobias** Hoheitliche Warnungen, Empfehlungen und Hinweise  
im Spektrum staatlichen Informationshandelns  
in: DÖV 1993, S. 925 ff.

- Leipold, Dieter** Das Haftungsprivileg des Spruchrichters  
in: JZ 1967, S. 737 ff.
- Lent, Friedrich** Zur Lehre vom Entscheidungsgegenstand  
in: ZZP 72 (1959), S. 63 ff.
- Lenz, Wolfgang** Aufhebung unwirksamer Bebauungspläne  
in: BauR 1982, S. 546 ff.
- Lerche, Peter** Amtshaftung und enteignungsgleicher Eingriff  
in: JuS 1961, S. 237 ff.
- Lindacher, Walter** Divergenzen zwischen Urteilstenor und Entscheidungsgründen  
in: ZZP 88 (1975), S. 64 ff.
- Link, Christian** Das Verschulden in der Amtshaftung  
Diss. iur. Mannheim 2006
- Littbarski, Sigurd** Die Haftung aus culpa in contrahendo im öffentlichen Recht  
in: JuS 1979, S. 537 ff.
- Lochte-Handjery, Karin** Das Verschulden im Rahmen des Amtshaftungsanspruchs – zeitgemäße Haftungsvoraussetzung oder Relikt lang vergangener Tage  
in: JuS 2001, S. 1186 ff.
- Loening, Edgar** Die Haftung des Staats aus rechtswidrigen Handlungen seiner Beamten nach Deutschem Privat- und Staatsrecht  
Keip 1879
- Luhmann, Niklas** Öffentlich-rechtliche Entschädigung, rechtspolitisch betrachtet  
Berlin 1965
- Lüke, Gerhard** Der Streitgegenstand im Verwaltungsprozess  
in: JuS 1967, S. 1 ff.
- Lüke, Gerhard** Zur Rechtskraft verwaltungsgerichtlicher Urteile - BGHZ 20, 379  
in: JuS 1961, S. 188 ff.

- Mader, Oliver** Zur Amtshaftung der Gemeinde für rechtswidrige Beschlüsse des Gemeinderats  
in: BayVBI 1999, S. 168 ff.
- Magnus, Robert** Das neue Gesetz über den Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren und strafrechtlichen Ermittlungsverfahren  
in: ZZP 2012, S. 75 ff.
- Mangoldt, Hermann v.** GG  
**Klein, Friedrich** Kommentar zum Grundgesetz  
**Starck, Christian** 6. Aufl. München 2010  
(zitiert: Bearbeiter in: v. Mangoldt/Klein/Starck)
- Martens, Joachim** Streitgegenstand und Urteilsgegenstand der Anfechtungsklagein: DÖV 1964, S. 365 ff.
- Matthies, Karl-Heinz** Richterliche Mediation im Lichte der Amtshaftung  
in: Medizin und Haftung, Festschrift für Erwin Deutsch S. 869 ff.  
Berlin 2009  
(zitiert: Matthies, FS Deutsch)
- Matusche-Beckmann, Annemarie** Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren – nach langem Weg ins Ziel?  
**Kumpf, Patrizia** in: ZZP 124 (2011), S. 173 ff.
- Maunz, Theodor** Kommentar zum Grundgesetz Band 1, 2  
**Dürig, Günter** (Loseblattsammlung)  
**Herzog, Roman** München, Stand 2014  
**Scholz, Rupert** (zitiert: Bearbeiter in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz)
- Maurer, Hartmut** Allgemeines Verwaltungsrecht  
18. Aufl. München 2011
- Mayer, Otto** Deutsches Verwaltungsrecht  
3. Aufl. Berlin 1924
- Medicus, Dieter** Schuldrecht I (Allgemeiner Teil)  
**Lorenz, Stephan** 20. Aufl. München 2012

- Medicus, Dieter**  
**Petersen, Jens**      Bürgerliches Recht  
23. Aufl. München 2011
- Meister, Gisela**      Drittbezogene Amtspflichten bei der staatlichen Aufsicht über Banken und Versicherungen  
Frankfurt 1982
- Mendelssohn-Bartholdy, Albrecht**      Grenzen der Rechtskraft  
Leipzig 1900
- Menger, Christian-Friedrich**      Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht  
in: VerwArch 57 (1966), S. 64 ff.
- Merten, Detlef**      Zum Spruchrichterprivileg des § 839 Abs. 2 BGB  
in: Multitudo Legum, Festschrift für Wengler Band II S. 519 ff.  
Berlin 1973  
(zitiert: Merten, FS Wengler II)
- Meyer, Susanne**      Richterspruchprivileg auch für Arrestbeschlüsse und einstweilige Verfügungen im Beschlusswege  
in: NJW 2005, S. 864 ff.
- Michaelis, Karl**      Zur Rechtswidrigkeit als Haftungsgrund bei der Amtshaftung und beim sog. enteignungsgleichen Eingriff  
in: Festschrift für Karl Larenz S. 927 ff.  
München 1973  
(zitiert: Michaelis FS Larenz)
- Middendorf, Max**      Amtshaftung und Gemeinschaftsrecht  
Köln/Berlin/Bonn/  
München 2001
- Muckel, Stefan**      Amtshaftungsansprüche nach überlanger Dauer eines Gerichtsverfahrens  
in: JA 2014, S. 398 ff.
- Muckel, Stefan**      Keine Amtshaftung der Gemeinde wegen zu Unrecht verweigerten Einvernehmens  
in: JA 2013, S. 319 f.

- Mugdan, Benno** Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band II  
Berlin 1899
- Müller-Teckhof, Alexander** Rechte und Pflichten des Gerichts beim Prozessvergleich nach § 278 Abs. 6 ZPO  
in: MDR 2014, S. 249 ff.
- Münch, Ingo v. Kunig, Philip** Grundgesetz-Kommentar: GG  
6. Aufl. München 2012  
(zitiert: Bearbeiter in: v. Münch/Kunig)
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch** Band II (Schuldrecht AT §§ 241 - 432)  
6. Aufl. München 2012
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch** Band IV (Schuldrecht BT §§ 611 - 704), EFZG, TzBfG, KSchG  
6. Aufl. München 2012  
Band V (Schuldrecht BT §§ 705 - 853)  
6. Aufl. München 2013  
(zitiert: Bearbeiter in: MünchKomm BGB)
- Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung** Band 1: §§ 1 - 354  
4. Aufl. München 2013  
(zitiert: Bearbeiter in: MünchKomm ZPO)
- Musielak, Hans-Joachim** Kommentar zur Zivilprozessordnung  
9. Aufl. München 2012  
(zitiert: Bearbeiter in: Musielak)
- Nassall, Wendt** Die kenntnisabhängige Verjährung in der Rechtsprechung des BGH  
in: NJW 2014, S. 3681 ff.
- Neuner, Jörg** Der Schutz und die Haftung Dritter nach vertraglichen Grundsätzen  
in: JZ 1999, S. 126 ff.

- Nierhaus, Michael** Die Bindung der Zivilgerichte an bestandskräftige Verwaltungsakte  
in: JZ 1992, S. 209 ff.
- Nierwetberg, Rüdiger** Keine Amtshaftung gegenüber dem Grundeigentümer bei rechtswidrig abgelehntem Bauantrag des Nutzungsberechtigten?  
in: NVwZ 1986, S. 719 ff.
- Niese, Werner** Über den Streitgegenstand der Anfechtungs- und Vornahmeklagen im Verwaltungsprozess  
in: JZ 1952, S. 353 ff.
- Niese, Werner** Doppelfunktionelle Prozesshandlungen  
Göttingen 1950
- Nonnenmacher, Carol**  
**Feickert, Arne** Administrative Normverwerfungskompetenz: Zum Umgang mit ungültigen Rechtsverordnungen und Satzungen  
in: VBIBW 2007, S. 328 ff.
- Nüssgens, Karl** Ausschluss der Staatshaftung kraft Amtshaftung  
in: Festschrift für Konrad Gelzer zum 75. Geburtstag, Hrsg. von Wolfgang Lenz, S. 293 ff.  
Düsseldorf 1991  
(zitiert: Nüssgens, FS Gelzer)
- Oebbecke, Janbernd** Die Auswirkung der Heilung bei Verwaltungsakten im Rahmen eines Amtshaftungsprozesses  
in: JR 1995, S. 500 ff.
- Ossenbühl, Fritz**  
**Cornils, Matthias** Staatshaftungsrecht  
6. Aufl. München 2013
- Ossenbühl, Fritz** Staatshaftung bei überlangen Gerichtsverfahren  
in: DVBl. 2012, S. 857 ff.



- Ossenbühl, Fritz** Autonome Rechtssetzung der Verwaltung  
in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch  
des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland,  
Band V (Rechtsquellen, Organisation, Finanzen),  
§ 104  
3. Aufl. Heidelberg 2007  
(zitiert: Ossenbühl in Isensee/Kirchhof)
- Ossenbühl, Fritz** Staatshaftungsrecht  
in: Canaris u.a. (Hrsg.) 50 Jahre Bundesgerichtshof.  
Festgabe aus der Wissenschaft  
München 2000, Band III, S. 887 ff.  
(zitiert: Ossenbühl Festgabe BGH)
- Ossenbühl, Fritz** Der Anspruch wegen rechtswidriger Eigentumsverlet-  
zung (enteignungsgleichen Eingriffs) – eine Zwi-  
schenbilanz  
in: Verantwortlichkeit und Freiheit (FS für Willi Gei-  
ger zum 80. Geburtstag) Hrsg. von Hans Joachim  
Faller  
Tübingen 1989, S. 475 ff.
- Ossenbühl, Fritz** Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Priva-  
te  
in: VVDStRL 29 (1971), S. 137 ff
- Ossenbühl, Fritz** Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz  
Bad Homburg 1968  
(zitiert: Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften)
- Ossenbühl, Fritz** Autonome Rechtsetzung der Verwaltung  
in: Isensee, Josef, Kirchhof, Paul (Hrsg.),  
Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik  
Deutschland Band V  
3. Aufl. Heidelberg 2007  
(zitiert: Ossenbühl in: Isensee/Kirchhof)
- Ossenbühl, Fritz** Öffentliches Recht in der Rechtsprechung des BGH  
in: NJW 2000, S. 2945 ff.
- Ossenbühl, Fritz** Die Drittbezogenheit von Amtspflichten  
in: JZ 1992, S. 1074 f.

- Ossenbühl, Fritz**      Neuere Entwicklungen im Staatshaftungsrecht  
Berlin 1984  
(zitiert: Ossenbühl, Neuere Entwicklungen)
- Otto, Hansjörg**      Die Präklusion. Ein Beitrag zum Prozessrecht  
Berlin 1970
- Pagenstecher, Max**      Zur Lehre der materiellen Rechtskraft  
Berlin 1905
- Palandt, Otto**      Bürgerliches Gesetzbuch,  
Kommentar, bearbeitet von Peter Bassenge, Gerd  
Brudermüller, Jürgen Ellenberger, Isabell Götz, Chris-  
tian Grüneberg, Hartwig Sprau, Karsten Thorn, Wal-  
ter Weidenkaff, Dietmar Weidlich  
74. Aufl. München 2015  
(zitiert: Palandt/Bearbeiter)
- Papier, Hans-Jürgen**      Staatshaftung  
in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.): Handbuch  
des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland,  
Band VIII (Grundrechte, Wirtschaft, Verfahren,  
Gleichheit), § 180  
3. Aufl. Heidelberg 2010  
(zitiert: Papier in: Isensee/Kirchhof)
- Papier, Hans-Jürgen**      Staatshaftung bei rechtswidriger  
Genehmigungserteilung  
in: DZ WiR 1997, S. 221 ff.
- Papier, Hans-Jürgen**      Staatshaftung kraft „Überlieferung“  
in: JZ 1975, S. 585 ff.
- Papier, Hans-Jürgen**      Die staatshaftungsrechtlichen Folgen des  
Fluglotsenstreiks  
in: Die Verwaltung 1975, S. 23 ff., S. 47 ff.
- Papier, Hans-Jürgen**      Zur Reform des Staatshaftungsrechts  
in: DVBl. 1974, S. 573 ff.
- Papier, Hans-Jürgen**      Die Forderungsverletzung im öffentlichen Recht  
Berlin 1971

- Peetz, Hans Günter** Die materiell-rechtliche Einordnung der Rechtsfolge und die materielle Rechtskraft der Sachentscheidung im Zivilprozess  
Köln 1976
- Peine, Franz-Joseph** Allgemeines Verwaltungsrecht  
10. Aufl. Heidelberg 2011
- Pentz, Adolf** Die neuen Haftungsbestimmungen des Beamtenrechtsrahmengesetzes und des Bundesbeamtengesetzes  
in: DÖV 1958, S. 493 ff.
- Petersen, Niels** Drittbezogenheit der Amtspflicht und Drittschadensliquidation  
in: DÖV 2004, S. 700 ff.
- Petershagen, Jörg** Die Amtshaftung für stürzende Verkehrszeichen  
in: NZV 2011, S. 528 ff.
- Pfab, Susanne** Staatshaftung in Deutschland  
Diss. iur. München 1996
- Pfeiffer, Burkard Wilhelm** Practische Ausführungen aus allen Theilen der Rechtswissenschaft  
Band II Hannover 1828
- Pfeiffer, Herbert** Streitgegenstand bei Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen  
in: DVBl. 1963, S. 653 ff.
- Plagemann, Hermann  
Probst, Ulla** Personenschaden-Anspruch auf Sozialleistungen  
in: DAR 2012, S. 61 ff.
- Planck, Gottlieb** Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band I  
Berlin 1897  
(zitiert: Planck, BGB)
- Pohle, Rudolf** Der Bürger vor der Vielzahl der Gerichte  
in: Staat und Bürger. FS für Willibald Apelt  
München 1958, S. 171 ff.  
(zitiert: Pohle, FS Apelt)

- Pohle, Rudolf** Über die Rechtskraft im Zivil- und Strafprozess  
in: Jur. Bl. 1957, S. 113 ff.
- Posser, Herbert**  
**Wolff, Heinrich** Verwaltungsgerichtsordnung: VwGO  
Amadeus 1. Aufl. München 2008  
(zitiert: Posser/Wolff/Bearbeiter)
- Posser, Herbert**  
**Wolff,**  
Heinrich Amadeus Verwaltungsgerichtsordnung: VwGO  
1. Aufl. München 2008  
(zitiert: Posser/Wolff/Bearbeiter)
- Preuß, Nicola** Zur Haftung des Notars wegen Verletzung  
drittbezogener Amtspflichten  
in: DNotZ 1997, S. 796 ff.
- Prütting, Hanns**  
**Wegen, Gerhard**  
**Weinreich, Gerd** BGB Kommentar  
9. Aufl. Köln 2014  
(zitiert: PWW/Bearbeiter)
- Quantz, Tobias** Die Rückgriffsbeschränkung des Art. 34 S. 2 GG im  
Innenregress gegen Private  
in: VersR 2004, S. 1244 ff.
- Rabe, Klaus** Die Verwerfungskompetenz der  
Widerspruchsbehörde  
in: ZfBR 2003, S. 329 ff.
- Rakete-Dombek,**  
Ingrid Die Angst des Richters vor der Haftung  
in: NJW 2012, S. 1689 ff.
- Randak, Michael** Bindungswirkungen von Verwaltungsakten  
in: Jus 1992, S. 33 ff.
- Redeker, Konrad**  
**v. Oertzen, Hans-**  
Joachim Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar  
16. Aufl. Stuttgart 2014  
(zitiert: Redeker/Bearbeiter)
- Rehbinder, Eckard** Altlasten: Amtshaftung für fehlerhafte Bauleitplanung  
– BGH, NJW 1989, 976  
in: JuS 1989, S. 885 ff.

- Rehbinder, Manfred** Kann bei der Haftung des Staates für Fehlverhalten des öffentlichen Dienstes auf das Verschuldenserfordernis verzichtet werden?  
in: Öffentlicher Dienst - FS für Carl Hermann Ule zum 70. Geburtstag am 26.02.1977, S. 399 ff.  
Köln 1977  
(zitiert: Rehbinder, FS Ule)
- Reich, Andreas** Beamtenstatusgesetz: BeamStG  
2. Aufl. München 2012
- Remus, Dieter** Amtshaftung bei verzögerter Amtstätigkeit des Richters  
in: NJW 2012, S. 1403 ff.
- RGRK-Reichsgerichtsrätekommentar** Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs  
12. Aufl. Berlin/New York 1974 ff.  
(zitiert: RGRK/Bearbeiter)
- Rieck, Swenja** Staatshaftung gem. Art. 34 GG für Ethikkommissionen im Sinne des Arzneimittel- und des Medizinproduktegesetzes  
Berlin 2012
- Ries, Gerhard** Grundprobleme der Drittschadensliquidation und des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte  
in: JA 1982, S. 453 ff.
- Rimmelspacher, Bruno** Zur Prüfung von Amts wegen im Zivilprozess  
Göttingen 1966
- Rinne, Eberhard** Die Nachprüfbarkeit bestandskräftiger Verwaltungsakte  
in: Verantwortung und Gestaltung, FS für Karlheinz Boujong zum 65. Geburtstag, S. 633 ff.  
München 1966  
(zitiert: Rinne, FS Boujong)
- Rohlfing, Bernd** Der Beweiswert amtsärztlicher Atteste für den Nachweis der krankheitsbedingten Prüfungsunfähigkeit  
in: MedR 2013, S. 23 ff.

- Rohlfing, Bernd**      Wirksamkeit und Umfang von Freistellungsverpflichtungen  
in: MDR 2012, S. 257 ff.
- Rohlfing, Bernd**      Amtshaftungsbezogener Gesamtschuldnerausgleich zwischen Ausgangs- und Widerspruchsbehörde  
in: KommJur 2011, S. 326 ff.
- Rohlfing, Bernd**      Die Darlegungs- und Beweislast beim amtshaftungsrechtlichen Verweisungsprivileg (§ 839 I 2 BGB)  
in: MDR 2010, S. 237 ff.
- Rohlfing, Bernd**      Ausschluss des Amtshaftungsanspruchs durch Nichteinlegung von Rechtsmitteln  
in: MDR 2009, S. 1257 ff.
- Rohlfing, Bernd**      Amtshaftung wegen behördlicher Falsch Auskunft  
in: NdsVBl. 2008, S. 57 ff.
- Rohlfing, Bernd**      Amtshaftung bei rechtswidriger Versagung/Verzögerung von Genehmigungen  
in: BauR 2006, S. 947 ff.
- Rohlfing, Bernd**      Amtshaftungsprozess – Die Nachprüfbarkeit verwaltungsgerichtlicher Eilbeschlüsse  
in: MDR 2004, S. 1089 ff.
- Rohlfing, Bernd**      Amtshaftungsrechtlicher Vertrauensschutz bei rechtswidriger Erteilung von Genehmigungen  
in: BauR 2004, S. 1873 ff.
- Rohlfing, Bernd**      Drittbezogenheit und Dritthaftung  
Die Rechtsprechung des BGH im Überblick  
in: MDR 2002, S. 254 ff.
- Rohlfing, Bernd**      Die Nachprüfbarkeit bestandskräftiger Verwaltungsakte im Amtshaftungsprozess  
Göttingen 2000
- Rombach, Wolfgang**      Pflichtverletzung durch Ratsmitglieder und Haftungsfolgen  
in: VR 1989, S. 398 ff.

- 
- Rosenberg, Leo**                      Zivilprozessrecht  
**Schwab, Karl-Heinz**                16. Aufl. München 2004  
**Gottwald, Peter**
- Roth, Andreas**                      Verwaltungshandeln mit Drittbetroffenheit und Gesetzesvorbehalt  
Berlin 1991
- Rupp, Hans-Heinrich**              Zur Aufrechnung mit rechtswegfremden Forderungen im Prozess  
in: NJW 1992, S. 3274 f.
- Rupp, Hans-Heinrich**              Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre: Verwaltungsnorm und Verwaltungsrechtsverhältnis  
2. Aufl. Tübingen 1991
- Sachs, Michael**                      Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Hrsg. v. Michael Sachs  
7. Aufl. München 2014  
(zitiert: Bearbeiter in: Sachs, GG)
- Sauer, Wilhelm**                      Zum Streit um die materielle Rechtskraft. Festgabe für Richard Schmidt, Band 1: Straf- und Prozessrecht  
S. 308 ff.  
Neudruck der Ausgabe Leipzig 1932, Aalen 1979  
(zitiert: Sauer, Festgabe Schmidt)
- Schäfer, Alfred**                      Staatshaftungsgesetz  
**Bonk, Heinz Joachim**                München 1982
- Scheffer, Markus**                    Regressanspruch gegen Richter wegen Amtspflichtverletzung  
in: NVwZ 2010, S. 425 ff.
- Scheffler, Friedrich**                Darf man vom Anwalt mehr verlangen als das Kollegialgericht leistet?  
in: NJW 1960, S. 265 ff.
- Schellhammer, Kurt**                Zivilprozess: Theorie-Praxis-Fälle  
4. Aufl. Heidelberg 1989

- Schenke,**  
Wolf-Rüdiger                      Rechtsschutz bei überlanger Dauer verwaltungsgerechtl. Verfahren  
in: NVwZ 2012, S. 257 ff.
- Schenke,** Wolf-  
Rüdiger                              Rechtsschutz gegen Nebenbestimmungen –  
BVerwGE 60, 269  
in: JuS 1983, S. 182 ff.
- Schenke,** Wolf-  
Rüdiger                              Polizei- und Ordnungsrecht  
7. Aufl. Heidelberg 2011
- Schenke,**  
Wolf-Rüdiger  
**Ruthig,** Josef                      Die Aufrechnung mit rechtswegfremden Forderungen  
im Prozess  
in: NJW 1992, S. 2505 ff.
- Scheuner,** Ulrich                      Probleme der staatlichen Schadenshaftung nach deut-  
schem Recht  
in: DÖV  
1955, S. 545 ff.
- Schlaeger,** Christian                      Amtspflichtverletzung durch richterliche Tätigkeit  
in: NJW 2001, S. 3244
- Schlarmann,** Hans  
**Krappel,** Thomas                      Amtshaftungsansprüche gegen Gemeinden wegen  
rechtswidriger Versagung ihres Einvernehmens nach  
§ 36 I 1 BauGB auch bei Ersetzungsbefugnis der Bau-  
genehmigungsbehörde?  
in: NVwZ 2011, S. 215 ff.
- Schleeh,** Jörg                              Zur Dogmatik der öffentlich-rechtlichen Folgenbesei-  
tigung  
in: AÖR 92 (1967), S. 58 ff.
- Schlichter,** Otto  
**Stich,** Rudolf  
**Driehaus,**  
Hans-Joachim  
**Paetow,** Stefan                      Berliner Kommentar zum Baugesetzbuch (BauGB)  
Loseblattausgabe Stand September 2010  
(zitiert: Bearbeiter in: Schlich-  
ter/Stich/Driehaus/Paetow)
- Schlick,** Wolfgang                      Die Rechtsprechung des BGH zur Amtshaftung  
in: NJW 2014, S. 2915 ff.



- Schlick, Wolfgang** Die Rechtsprechung des BGH zu den öffentlich-rechtlichen Ersatzleistungen – Amtshaftung  
in: NJW 2011, S. 3341 ff.
- Schlick, Wolfgang** Prozessrechtliche Besonderheiten des Amtshaftungsprozesses  
in: DVBl. 2010, S. 1484 ff.
- Schlick, Wolfgang** Rechtsweg in Amtshaftungssachen  
in: FS für Achim Krämer zum 70. Geburtstag am 19.09.2009, hrsg. von Uwe Blaurock, Joachim Bornkamm, Christian Kirchberg  
Berlin 2009, S. 527 ff.  
(zitiert: Schlick, FS Krämer)
- Schlick, Wolfgang**  
**Rinne, Eberhard** Die Rechtsprechung des BGH zu den öffentlich-rechtlichen Ersatzleistungen  
in: NVwZ-Beilage II/2000, S. 1 ff.
- Schlick, Wolfgang**  
**Rinne, Eberhard** Die Rechtsprechung des BGH zum Staatshaftungsrecht (Teil 1)  
in: NVwZ 1997, S. 1065 ff.
- Schlick, Wolfgang**  
**Rinne, Eberhard** Die Rechtsprechung des BGH zum Staatshaftungsrecht (Teil 2)  
in: NVwZ 1997, S. 1171 ff.
- Schlosser, Peter** Zivilprozessrecht I. Erkenntnisverfahren  
München 1983  
(zitiert: Schlosser, ZPR)
- Schmidt, Burkhard** Der Irrtum des Kollegialgerichts als Entschuldigungsgrund?  
in: NJW 1993, S. 1630 f.
- Schmidt, Helmut** Zum Streitgegenstand der verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsklage  
in: DÖV 1962, S. 486 ff.

- Schmidt-Bleibtreu,** GG  
Bruno  
**Hofmann,** Hans  
**Hopfauf,** Axel  
Kommentar zum Grundgesetz  
13. Aufl. Köln 2014  
(zitiert: Bearbeiter in:  
Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf)
- Schmidt-Jortzig,** Effektiver Rechtsschutz als Kernstück des Rechts-  
Edzard staatsprinzips nach dem Grundgesetz  
in: NJW 1994, S. 2569 ff.
- Schmidt-Leichner,** Haftbefehl und Regress  
o. V. in: NJW 1959, S. 841 ff.
- Schmidt-Räntsch,** Deutsches Richterrecht: DRiG  
Günter 6. Aufl. München 2009
- Schneider,** Egon  
Anscheinsbeweis und Amtspflichtverletzung  
in: NJW 1966, S. 1263 f.
- Schnellenbach,** Beamtenrecht in der Praxis  
Helmut 7. Aufl. München 2011
- Schoch,** Friedrich  
**Schneider,** Jens-Peter  
**Bier,** Wolfgang  
Verwaltungsgerichtsordnung  
Kommentar Loseblattsammlung  
München Stand 2014  
(zitiert: Schoch/Bearbeiter)
- Schoch,** Friedrich  
Rechtsprechungsentwicklung – Schutz der gemeindli-  
chen Planungshoheit durch das Einvernehmen nach  
§ 36 BauGB  
in: NVwZ 2012, S. 777 ff.
- Schoch,** Friedrich  
Grundstrukturen der kommunalen Haftung im Öff-  
fentlichen Recht  
in: Kommunale Haftung (Hrsg. v. Mutius)  
Kiel 1989, S. 33 ff.
- Schoch,** Friedrich  
Amtshaftung  
in: JURA 1988, S. 585 ff.
- Schröder,** Ulrich Jan  
Die Drittschadensliquidation im öffentlichen Recht  
in: VerwArch 2011, S. 223 ff.

- Schröder, Wolfgang** Baugesetzbuch: BauGB  
7. Aufl. München 2006
- Schröer,**  
Hans-Hermann  
**Kortmann,**  
Klaus Jürgen  
**Andrae, Claudia** Die Haftung von Stadt- und Gemeinderats- sowie  
Kreistagsmitgliedern bei Amtspflichtverletzungen  
in: NVwZ 1986, S. 449 ff.
- Schröer, Thomas** Normverwerfungskompetenz der Bauaufsicht  
in: NZBau 2007, S. 630 ff.
- Schröer, Thomas**  
**Kullick, Christian** Zur Amtshaftung bei Ersetzung des gemeindlichen  
Einvernehmens  
in: NZBau 2012, S. 31 ff.
- Schroeter,**  
Hans-Ulrich v. Die Haftung für Drittschäden  
in: JURA 1997, S. 343 ff.
- Schunck, Egon**  
**De Clerck, Hans** Verwaltungsgerichtsordnung  
3. Aufl. Siegburg 1977
- Schwab, Karl-Heinz** Gegenwartsprobleme der deutschen Zivilprozess-  
rechtswissenschaft  
in: JuS 1976, S. 69 ff.
- Schwab, Karl-Heinz** Die Bedeutung der Entscheidungsgründe  
in: Festschrift für Eduard Bötticher S. 320 ff.  
Berlin 1969  
(zitiert: Schwab, FS Bötticher)
- Schwab, Karl-Heinz** Rechtskrafterstreckung auf Dritte und Drittwirkung  
der Rechtskraft  
in: ZZP 77 (1964), S. 124 ff.
- Schwager, Gudrun**  
**Krohn, Günter** Die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs  
zum Amtshaftungsrecht  
in: DVBl. 1990, S. 1077 ff.
- Schwenzer, Ingeborg** Zession und sekundäre Gläubigerrechte  
in: AcP 182 (1982), S. 214 ff.

- Seiters, Stephan** Amtshaftungsansprüche in Bauverwaltungsachen - dargestellt anhand der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs  
in: NordÖR 2010, S. 477 ff.
- Seuffert, Lothar** Kommentar zur Zivilprozessordnung  
11. Aufl. München 1911  
(zitiert: Seuffert, ZPO)
- Shirvani, Faroud** Amtshaftung und Wirtschaftsüberwachung durch Private  
in: Die Verwaltung 2014, S. 57 ff.
- Simianer, Robert** Vermögensrechtliche Haftung des Beamten dem Dienstherrn gegenüber  
in: ZBR 1993, S. 33 ff.
- Sodan, Helge**  
**Ziekow, Jan** Verwaltungsgerichtsordnung: VwGO  
3. Aufl. Baden-Baden 2010  
(Hrsg.) (zitiert: Sodan/Bearbeiter, VwGO)
- Soergel, Theodor** Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen: BGB  
Band 12: Schuldrecht 10 §§ 823 – 853 BGB  
13. Aufl. Stuttgart 2005  
(zitiert: Soergel/Bearbeiter)
- Staudinger, Julius von** Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 2 - Recht der Schuldverhältnisse, §§ 249 – 254 (Schadensersatzrecht)  
14. Aufl. Berlin 2005  
(zitiert: Staudinger/Bearbeiter)
- Staudinger, Julius von** Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 2 – Recht der Schuldverhältnisse, §§ 839, 839 a, Neubearbeitung 2013 von Heinz Wöstmann  
(zitiert: Staudinger/Wöstmann)

- Staudinger, Julius von** Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 2 - Recht der Schuldverhältnisse, §§ 249 - 254 (Schadensersatzrecht)  
14. Aufl. Berlin 2005  
(zitiert: Staudinger/Bearbeiter)
- Steffen, Erich** Das Haftungsprivileg des Spruchrichters und seine Geltung im außerdeliktischem Bereich  
in: DRiZ 1968, S. 37 ff.
- Stein, Friedrich**  
**Jonas, Martin** Zivilprozessordnung, Band I  
20. Aufl. Tübingen 1984, Band II  
20. Aufl. Tübingen 1987  
(zitiert: Bearbeiter in: Stein/Jonas)
- Stein, Friedrich** Über die bindende Kraft der richterlichen Entscheidung nach österreichischem Recht  
Wien 1897  
(zitiert: Stein, Bindungskraft)
- Steinbeiß-Winkelmann, Christine** Amtshaftungsansprüche wegen überlanger Verfahrensdauer?  
in: NJW 2014, S. 1276 ff.
- Steinbeiß-Winkelmann, Christine**  
**Ott, Georg** Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren  
in: NJW 2014, S. 177 ff.
- Steinbeiß-Winkelmann, Christine**  
**Ott, Georg** Gesetz über den Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren  
1. Aufl. Köln 2012  
(zitiert: Bearbeiter in: Steinbeiß-Winkelmann/Ott)
- Steinweg, Christian** Zur Bedeutung der Bestandskraft von Verwaltungsakten im Amtshaftungsprozess  
in: NJW 2003, S. 3037 ff.
- Stelkens, Paul**  
**Bonk, Heinz Joachim**  
**Sachs, Michael** Verwaltungsverfahrensgesetz  
8. Aufl. München 2014  
(zitiert: Bearbeiter in: Stelkens/Bonk/Sachs)

- Stelkens, Ulrich**                    Staatshaftungsreform im Mehrebenensystem  
in: DÖV 2006, S. 770 ff.
- Stelkens, Ulrich**                    Amtshaftung und Regress bei Schädigungen durch  
Verwaltungshelfer  
in: JZ 2004, S. 656 ff.
- Stern, Klaus**                        Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland  
Band I: Grundbegriffe und Grundlagen des Staats-  
rechts. Strukturprinzipien der Verfassung  
2. Aufl. München 1984  
(zitiert: Stern, Staatsrecht I)
- Stolleis, Michael**                  Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland  
Band II (1800-1914)  
1. Aufl. München 1992
- Stolleis, Michael**                  Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland  
Band II (1800 - 1914)  
1. Aufl. München 1992
- Stürner, Rolf**                        Grundlagen richterlicher Streitschlichtung  
in: DRiZ 1976, S. 202 ff.
- Stuth, Sabine**                        Staatshaftung oder Entschädigung?  
Baden-Baden 1990
- Stuttman, Martin**                  Zweite Chance beim Zivilrichter – Die amtschaftungs-  
klage gegen bestandskräftige Verwaltungsakte  
in: NJW 2003, S. 1432 ff.
- Terhechte,  
Jörg Philipp**                        Zum Amtshaftungsanspruch bei Organisationsmän-  
geln innerhalb der Dritten Gewalt  
in: DVBl. 2007, S. 1134 ff.
- Terwiesche, Michael**                Der Bauverwaltungsprozess  
München 2012  
(zitiert: Bearbeiter in: Terwiesche)
- Teschner, Armin**                    Die Amtshaftung der Gemeinden nach rechtswidrigen  
Beschlüssen ihrer Kollegialorgane  
Frankfurt 1990

- Theißen, Cornelia**      Neuere Entwicklungen im Bereich des rechtmäßigen  
Alternativverhaltens  
Diss. iur. Köln 2001
- Thomas, Hans**  
**Putzo, Heinz**      Zivilprozessordnung: ZPO FamFG Verfahren in  
Familiensachen, GVG, Einführungsgesetze, EU-  
Zivilverfahrensrecht  
35. Aufl. München 2014  
(zitiert: Bearbeiter in: Thomas/Putzo)
- Tipke, Klaus**  
**Kruse,**  
Heinrich Wilhelm      Abgabenordnung – Finanzgerichtsordnung  
Loseblattausgabe Stand März 2014
- Tönnies, Ralf**      Staatshaftung für Versicherungsaufsicht zugleich ein  
Beitrag zur Klärung des Begriffs der Drittbezogenheit  
im Sinne des § 839 BGB  
Köln 1985
- Traeger, Tessa**      Die Haftung des Staates bei der Einschaltung privater  
Kräfte zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben  
Diss. iur. Regensburg 1998
- Traugott, Rainer**      Risiko und Haftungsgrund bei Drittschäden  
in: ZiP 1997, S. 872 ff.
- Tremml, Bernd**  
**Karger, Michael**  
**Luber, Michael**      Der Amtshaftungsprozess  
4. Aufl. München 2013
- Tremml, Bernd**  
**Luber, Michael**      Amtshaftungsansprüche wegen rechtswidriger Pro-  
duktwarnungen  
in: NJW 2013, S. 262 ff.
- Tremml, Bernd**  
**Luber, Michael**      Amtshaftung und gemeindliches Einvernehmen -  
verbleibende Haftungsrisiken der Gemeinden  
in: UPR 2013, S. 81 ff.
- Ule, Carl Hermann**      Verwaltungsprozessrecht  
9. Aufl. München 1987  
(zitiert: Ule, Prozessrecht)
- Umbach, Dieter**  
**Clemens, Thomas**      Grundgesetz  
1. Aufl. Heidelberg 2002  
(zitiert: Bearbeiter in: Umbach/Clemens)

- Verweyen, Urs** Gegenläufige Tendenzen bei der Drittschaden-liquidation?  
in: JURA 2006, S. 571 ff.
- Vielmeier, Stephan** Rechtswegerschöpfung bei verzögerter Anhörungsrüge  
in: NJW 2013, S. 346 ff.
- Volhard, Rüdiger** Amtspflichten bei nichtigen Bebauungsplänen - Zur „Verwerfungskompetenz“ der Verwaltung  
in: NVwZ 1986, S. 105 ff.
- von Caemmerer, Ernst** Gesammelte Schriften  
Band 1: Rechtsvergleichung und Schuldrecht  
Tübingen 1968
- von Caemmerer, Ernst** Das Problem der überholenden Kausalität im Schadensersatzrecht  
Karlsruhe 1962
- von Gierke, Otto** Die Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtsprechung  
Berlin 1887
- von Münch, Ingo  
Kunig, Philip** Grundgesetz-Kommentar: GG Band 1  
6. Aufl. München 2012  
(zitiert: Bearbeiter in: von Münch/Kunig)
- von Mutius, Albert  
Hill, Hermann** Die Behandlung fehlerhafter Bebauungspläne durch die Gemeinden  
Siegburg 1983
- von Schroeter, Hans-Ulrich** Die Haftung für Drittschäden  
in: JURA 1997, S. 343 ff.
- von und zu Franckenstein, Georg** Die Haftung für baurechtliche Auskünfte  
in: BauR 2003, S. 807 ff.
- von und zu Franckenstein, Georg** Die nichtige Baugenehmigung und ihr Schadensersatz  
in: NWVBl. 2000, S. 85 ff.



- Wach, Adolf**  
**Laband, Paul** Zur Lehre von der Rechtskraft. 3 Rechtsgutachten  
Leipzig 1899  
(zitiert: Wach/Laband, Rechtskraft)
- Wagner, Volker** Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren  
in: FA 2012, S. 70 f.
- Walker, Wolf-Dietrich** Rechtsverhältnisse bei der gewerbsmäßigen Arbeit-  
nehmerüberlassung und Schadensersatzansprüche des  
Entleihers wegen Schlechtleistung  
in: AcP 194 (1994), S. 295 ff.
- Wardenbach, Frank** Verschiebung der Regelverjährungsfrist nach § 199  
Abs. 1 Nr. 2 BGB durch Unzumutbarkeit der Klage-  
erhebung wegen anspruchsförderlicher Recht-  
sprechung?  
in: BB 2015, S. 2 ff.
- Weber, Helmut** Der Kausalitätsbeweis im Zivilprozess  
Tübingen 1997
- Weismann, Jakob** Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechtes, Band I  
Stuttgart 1903
- Weschpfennig,**  
Armin v. Der Regress des Staates beim  
beliehenen Unternehmer  
in: DVBI 2011, S. 1137 ff.
- Wiebauer, Bernd** Staatshaftung für private Wirtschaftsüberwachung am  
Beispiel zugelassener Überwachungsstellen  
in: DVBI 2011, S. 208 ff.
- Wiegand-Schneider,**  
Annette Wen verklagen und wenn wie?  
in: 300 Jahre Oberlandesgericht Celle (Festschrift zum  
300jährigen Jubiläum am 14.10.2011, Hrsg. von Peter  
Götz von Olenhusen), S. 396 ff.  
Göttingen 2011
- Wilhelm, Kerstin** Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Fragen  
der Akkreditierung von Studiengängen  
Berlin 2009

- Wilms, Heinrich** Amtshaftung der Kirchen für Äußerungen ihrer Sektenbeauftragten  
in: NJW 2003, S. 2070 ff.
- Windthorst, Kay** Staatshaftungsrecht  
in: JuS 1995, S. 892 ff.
- Wissmann, Helmut** Die Berufung auf rechtmäßiges Alternativverhalten  
in: NJW 1971, S. 549 ff.
- Wißmann, Hinnerk** Amtshaftung als Superrevision der Verwaltungsgerichtsbarkeit  
in: NJW 2003, S. 3455 ff.
- Wolf, Manfred** Gerichtliches Verfahrensrecht  
Hamburg 1978
- Wolff, Hans-Julius** Verwaltungsrecht Band I  
**Bachof, Otto** 12. Aufl. München 2010  
**Stober, Rolf**  
**Kluth, Winfried**
- Wolke, Frank** Amtshaftungsansprüche im Rahmen von Baugenehmigungsverfahren – unter Berücksichtigung der aktuellen Rechtsprechung  
in: ZfBR 2004, S. 226 ff.
- Wollweber, Harald** Richterliche Amtspflichtverletzung bei der vorläufigen Unterbringung nach § 70 h FGG  
in: DVBl. 2004, S. 511 ff.
- Wroblewski, Bartholomiej P.** Die Staatshaftung für legislatives Unrecht in Deutschland  
Baden-Baden 2005
- Wurm, Michael** Drittgerichtetheit und Schutzzweck der Amtspflicht als Voraussetzungen für die Amtshaftung  
in: JA 1992, S. 1 ff.
- Wurzer, Gustav** Der Einfluss des rechtskräftigen Zivilurteils auf ein Strafverfahren  
Der Gerichtssaal 89 (1924), S. 106 ff.

- Zachariae, Heinrich** Über die Haftungsverbindlichkeit des Staates aus rechtswidrigen Handlungen und Unterlassungen seiner Beamten  
in: ZStaatsW 19 (1863) S. 582 ff.
- Zeiss, Walter** Zivilprozessrecht  
6. Aufl. Tübingen 1985
- Zeuner, Albrecht** Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Rahmen rechtlicher Sinneszusammenhänge  
Tübingen 1959  
(zitiert: Zeuner, Grenzen)
- Zimmerling, Wolfgang** § 839 BGB Haftung bei Amtspflichtverletzung, jurisPK BGB, 7. Aufl. 2014  
(zitiert: jurisPK/Zimmerling)
- Zimmermann, Walter** Richterhaftung bei Verzögerung des Verfahrens und bei Vergleichsprotokollierung  
in: FPR 2012, S. 556 ff.
- Zippelius, Reinhold  
Würtenberger,  
Thomas** Deutsches Staatsrecht  
32. Auflage München 2008
- Zoepfl, Heinrich** Grundsätze des allgemeinen und des constitutionell-monarchischem Staatsrechts  
3. Aufl. Leipzig 1863
- Zöller, Richard** (Begr.) Zivilprozessordnung, Kommentar, bearbeitet von Reinhold Geimer, Reinhold Greger, Kurt Herget, Hans-Joachim Heßler, Clemens Lückemann, Kurt Stüber, Max Vollkommer, Christian Feskorn, Arndt Lorenz  
29. Aufl. 2012  
(zitiert: Zöller/Bearbeiter)
- Zuck, Rüdiger** Die Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes im Zivilprozess  
in: NJW 2013, S. 1132 ff.

- Zuck, Rüdiger**                      Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren vor dem BVerfG  
in: NVwZ 2012, S. 265 ff.
- Zugehör, Horst**                     Zur Anwendung der Grundsätze der Drittschadensliquidation im Bereich der Notarhaftung  
in: WuB VIII A § 19 BNotO 3.08

## Stichwortverzeichnis

Adäquanztheorie 310

Alternativverhalten

- hypothetisches Alternativverhalten 368
- rechtmäßiges Alternativverhalten 303, 321, 368, 372
- rechtswidriges Alternativverhalten 372
- schuldloses Alternativverhalten 368, 391

Amtsbezogenheit des amtswälerischen Handelns 544

Amtshaftung für legislatives Unrecht 226

Amtshaftungsklage 242, 273

- Hauptsacheerledigung 475
- Leistungsklage 475

Amtshaftungsprozess

- Beweiserleichterungen 387
- Beweismaß 386, 480
- Bindung an verwaltungsgerichtliche Urteile 334, 337, 341
- Darlegungs- und Beweislast 386, 481
- Feststellungsklage 475

Amtspflicht

- Allgemeine Amtspflicht 166

- Drittbezogenheit 114
  - Erforschung des Sachverhalts 97
  - Erteilung ordnungsgemäßer Auskünfte 101
  - Fehlerbehebung 107
  - fehlerfreie Ermessensausübung 98
  - Gehorsamspflicht 109
  - Inhalt der Amtspflicht 120
  - konsequentes Verhalten 100
  - Rechtspflicht 81, 89
  - Unterlassen von unerlaubten Handlungen 95
  - Ursprung der Amtspflicht 89
  - zuständigkeits- und verfahrensgemäßes Verhalten 96
- Amtspflicht zur Normprüfung 230
- Amtspflichtwidrigkeit 558
- Amtswalter 212
- Anfechtungslast 44
- Anfechtungspflicht 44
- Anordnung/Weisung 561
- Anscheinsbeweis 257
- Anstellungskörperschaft 259
- Anvertrauenstheorie 534
- Äquivalenztheorie 309
- Aufopferungsentschädigung 39
- Aufrechnung 522
- Aufrechnung mit einer rechtswegfremden Forderung 523
- Auskunft
- Auskunft als Verlässlichkeitsgrundlage 102
  - Beweislast 107
  - Form der Auskunft 106
  - Reaktion auf eine Frage 103
  - ungefragt erteilte Auskunft 104
  - Zusicherung 106
- Ausschluss der Rückgriffsbeschränkung 546
- Ausschlussfristen 577
- Außerachtlassen einschlägiger Rechtsprechung 285
- Aussetzung des Verfahrens 525
- Ausübung eines öffentlichen Amtes 541
- Auxiliargarantie 426
- Baugenehmigung 142, 145, 309
- Bauvoranfrage 143, 305
- Bauvorbescheid 94, 145, 234, 304
- Beamte des Auswärtigen Dienstes 448, 532
- Beamtenhaftung 30

- beamtenrechtliche Konkurrentenverfahren 278  
Bebauungsplan 225, 230, 232, 378  
Beiladung 528  
Beleihung durch öffentlich-rechtlichen Vertrag 549  
Beliehene 545  
Beratungsgeheimnis 422  
Berufsrichter 279, 414  
Beschränkungen des Rückgriffsanspruchs 572  
Bestandsgarantie 44  
Bestandskraft 37, 45  
Beteiligung des Personalrats 564  
Beweislastumkehr 257  
Bewusstsein der Pflichtwidrigkeit 215, 217  
Bezirksschornsteinfeger 545  
Billigungsgründe 286  
Bindung  
- Bindung an Entscheidungsgründe 339  
- der Rechtsprechung an Gesetz und Recht 293  
- Rechtskraft 340, 346  
- Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts 349, 350  
Bindungswirkung verwaltungsgerichtlicher Vorentscheidungen 527  
Darlegungs- und Beweislast 214, 386, 480  
Dienstanweisung 216  
Dienstpflicht und Amtspflicht 557  
Dogma vom Gläubigerinteresse 177, 569  
dolus directus 215  
dolus eventualis 215  
Drittbezogenheit der Amtspflicht  
- Aufspaltung 133, 359  
- Begriff der Drittbezogenheit 357  
- Elemente der Drittbezogenheit 159, 338  
- Funktion 113, 357  
- Grad der Drittbetroffenheit 147  
- historische Entwicklung 83  
- juristische Personen des öffentlichen Rechts 152  
- legislatives Unrecht 171  
- Primär-/Sekundärrechtsschutz 114  
- Rechtsreflex 114  
- Schutzzweck 157, 357  
- Systematik 132  
- Vertrauensschutz 160, 363  
- Verwaltungskooperation 168  
Drittbezogenheit der Norm 226

- Drittschadensliquidation 176, 188, 535, 568
- allgemeine Grundsätze 176
  - Anwendungsvoraussetzungen 179
  - Drittbezogenheit von Amtspflichten 188, 203
  - Fallgruppen 195
  - Notarhaftung 52
  - Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte 185
  - Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben 153
- Durchgangsarztes 542
- Ehrenamtliche Richter 415
- Eigenhaftung 34, 41, 513
- Einvernehmen 150, 303
- Einvernehmensfiktion 310
- Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens
- Beweislast- und -würdigung 388
  - Rechtserheblichkeit 383
  - Rechtsunerheblichkeit 365
  - Sachvortrag, Grenzen des 366
  - schuldloses Alternativverhalten 368, 391
  - Umkehrung einer behördlichen Entscheidung 370
- Einzelrichter 279
- enteignungsgleicher Eingriff 384
- Entschädigungsanspruch gem. § 198 GVG 430
- Ermessensreduzierung „auf Null“ 311
- error in persona 217
- Ersatzschulen 545
- Erzieherin 542
- Extensität beim Beamtenbegriff 538
- Faktische Bindung an die höchst- richterliche Rechtsprechung 228
- faktische Rechtsmittelbeschränkung 295
- Feld- und Forstaufseher 545
- Fischereiaufseher 545
- Flugkapitän 543
- Fortsetzungsfeststellungsklage 352, 354, 379
- Freistellung des Dienstherrn 565
- freiwillige Feuerwehren 545
- Funktionslosigkeit eines Bebauungsplans 225, 234
- Funktionsweise des Haftungsprivilegs 411
- Fürsorge- und Schutzpflicht des Dienstherrn 518
- Gebührenbeamte 447, 530
- Gehorsamspflicht 241
- Geldersatz 41
- Gerichtsvollzieher 448, 531



- Gesetzkompetenz 37  
Gestaltungsurteil 331  
Gewaltenteilung 228, 331  
Gewaltverhältnis, besonderes 136  
Gewinn, entgangener  
- Berechnung 493, 500  
- Darlegungs- und Beweislast 493  
- Feststellung 493  
- Gewinnerwartung 496  
- Spekulationsgeschäft 496  
- Steuervorteile 497  
Gleichheitsgrundsatz 296  
Gleichwertigkeit der Gerichtszweige 325  
Grobe Fahrlässigkeit 237, 245, 246, 561  
Grundrecht 43  
Haftung der Ratsmitglieder 554  
Haftungsausschlüsse 530  
Haftungsbeschränkungen 214, 393, 530  
Haftungsprivilegierung  
- Ausschluss der Haftungsprivilegierung 510  
- Haftungsprivilegierung bei vorsätzlichem Handeln 510  
- Schulbezogenheit 509  
Handeln des Amtswalters auf Weisung/Anordnung 241  
Handelsrichter 415  
Individualverschulden 213  
Indizwirkung einer Einzelrichter-Entscheidung 280  
Innenhaftung 514  
Innenregress 513, 516  
Innerer Zusammenhang 544  
Interventionswirkung 528  
Inzidentverwerfung 231  
juristische Person des Privatrechts 539  
Justizgewährungsanspruch 426  
Kausalität 560  
- adäquate Kausalität 308  
- äquivalente Kausalität 309  
- haftungsausfüllende Kausalität 308, 309, 319, 386, 507  
- haftungsbegründende Kausalität 308, 322  
- hypothetische Kausalität 319, 320, 321  
- überholende Kausalität 320  
Kollegialgericht 278  
Kollegialgerichts-Richtlinie 265, 268, 273, 288, 299  
Kommunalaufsicht 233

- kommunale Vertretungsorgane 553  
Kompensation 39  
Kompetenzgrundlage 37  
Kraftfahrzeugsachverständiger 542  
Legislative 331  
Lehre vom Abweichungsverbot 335  
Lehre vom ne bis in idem 335  
Leistungsbescheid 521  
Mandatskontrakt 31  
Mandatslehre 31  
Manövermunition 216  
Maßnahmen einer zentralen Dienststelle 287  
menschenunwürdige Haftbedingungen 243  
Missbrauchs- bzw. Exzessfällen 544  
Mitarbeiter einer Krankenkasse 542  
Mitglieder kommunaler Selbstverwaltungskörperschaften 238  
Mitverantwortung 247  
Mitverschulden 255, 563  
- bewusste Risikoübernahme 255  
- Drittanfechtung 165, 255  
- Rechtsanwendungsrisiko 253  
- Rechtsbehelf/-mittel, Rücknahme 254  
- Verlässlichkeitsgrundlage 248, 252  
- Wissensvorsprung 256  
Mülledeponie 307  
Nassauskiesungs-Beschluss 44  
Naturalrestitution 41, 470  
Nicht- und Schlechterfüllung 236  
Nichteinlegung eines Rechtsmittels 207, 445  
Nichtigkeit eines Bebauungsplanes 230  
Normeignung 319  
Normprüfungskompetenz 230  
Normverwerfungskompetenz 94, 229  
Notarhaftung 75, 273, 315  
Notararzt 542  
öffentlich-rechtliche Vorfrage 525  
öffentlich-rechtlicher Vertrag 236  
Öko-Kontrollstellen-Entscheidung 547  
Ordnungsschüler 550  
Passivlegitimation 41, 534  
Pensum 562  
Personalrat 564  
personelles Element der Drittbezogenheit 359

- Pflichtverletzung „bei“ dem Urteil 419  
Präjudizialität 274, 335  
preußisches allgemeines Landrecht 29  
Primär-/Sekundärrecht 159  
Primärrechtsschutz 37, 44  
- Deliktshaftung 44  
- verwaltungsgerichtliches Verfahren 324, 485  
- Vorrang 46  
Privatunternehmer 537, 552  
Prozessurteile 331  
Prüfingenieur 543  
ratio des § 839 Abs. 2 S. 1 BGB 411  
ratio des Art. 34 S. 2 GG 546  
rechtliche Würdigung 283  
rechtmäßige Eingriffe 39  
rechtmäßiges Verhalten 94, 286  
Rechts- und Verwaltungskennnisse 219  
Rechtsbehelfsversäumung 45  
Rechtsfolgen des Rückgriffs 565  
Rechtsirrtum 218  
Rechtskraft  
- Entscheidungsgründe 340  
- formelle Rechtskraft 329  
- materielle Rechtskraft 329  
- Rechtskrafttheorie 330, 332  
Rechtsmittel 295  
rechtspflegerische Tätigkeit 238  
Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren 237  
Rechtsstaatsprinzip 292  
Rechtsweggewährleistung 517  
Rechtswegzuweisung 45, 523  
rechtswidrige Eingriffe 39  
Rechtswidrigkeitshaftung 40  
Regressschaden 563  
Reichsbeamtenhaftungsgesetz 35  
Reichsgericht 268  
Remonstrationsrecht 241  
Reserveursachen 321  
Restriktion beim Haftungsprivileg 538  
richterliche Tätigkeit 237  
Rückgriff (Regress) 214  
Rückgriff gegen Mitglieder kommunaler Vertretungsorgane 554  
Rückgriffsgläubiger 534

- Rückgriffspflicht 515
- Rückgriffsvorbehalt 515
- sachliches Element der Drittbezogenheit 361
- Sachverhaltsfeststellung 281
- Satzungsgrundlage 317
- Schaden 469
  - allgemeine Grundsätze 469
  - Aufwendungen für Korrekturmaterial 486
  - Beweiserleichterung 483
  - Beweisführungslast 482
  - Beweismaß 478
  - Differenzhypothese 472
  - Drittschadensliquidation 178, 191
  - Entgangener Gewinn 492
  - Erwerbsschaden 500
  - Geldersatz 470
  - immaterieller Schaden 486
  - Maßstab der Berechnung 470
  - Prozessschaden 156, 486
  - Verdienstaussfall 499
  - Vorteilsausgleichung 475
- Schiedsmänner 448, 531
- Schiedsrichter 415
- Schöffen 415
- Schuldformen 213
- Schuldtheorie 217
- Schuldübernahmekonstruktion 43, 208, 515
- Schuldvermutungen 259
- Schüler 550
- Schülerlotse 550
- Schulgeneralschlüssel 561
- Schutzzweck 155, 306
- Schutzzweck der Norm 313
- sekundäre Darlegungslast 259
- Sekundärrechtsschutz 37
- Selbsttitulierung 521
- Selbstvollstreckung 521
- Sicherheitsbestimmungen 216
- Spruchrichterprivileg 214
- Staatshaftung
  - mittelbare Staatshaftung 36, 208
  - unmittelbare Staatshaftung 34
- Staatshaftungsgesetz 36, 208

- 
- Streitgegenstand 325, 350
  - Streitverkündung 528
  - Subsidiaritätsklausel 393
  - Systematik 383
  - Tatsachenirrtum 218
  - tatsächliches Behördenhandeln 380
  - TÜV-Sachverständiger 543
  - überlange Dauer von Gerichtsverfahren 424
  - Umkehrung der Beweislast 386
  - Unrechtshaftung 40, 209
  - Untätigkeitsbeschwerde 430
  - Unterbrechung des Zurechnungszusammenhangs 313
  - unzureichende Gerichts- bzw. Behördenausstattung 242
  - Urteil in einer Rechtssache 416
  - urteilsvertretende richterliche Erkenntnis 416
  - Veränderungssperre 212, 305, 355, 381
  - Verantwortlichkeit 208
  - Verbotsirrtum 215
  - Verfahrensbeschleunigung und -förderung 427
  - Verfahrensdauer 311
  - Verfahrensgarantien 365
  - Vergleichsprotokollierung 418
  - Verjährung 451
    - Fristbeginn 459
    - Hemmung 452, 460, 461
    - Mahnbescheid 463
    - Primärrechtsschutz 460
    - Verhandlung 465
  - Verkehrshaftpflicht 573
  - Verlässlichkeitsgrundlage 162, 249, 251
  - Vermessungsingenieure 543
  - Versagung eines Bauvorbescheides 212
  - Versäumnis von Informationspflichten 244
  - Verschulden
    - Fahrlässigkeit 213
    - Maßstab 224, 246
    - Mitverschulden 207, 214, 247
    - Organisationsverschulden 242
    - unrichtige Gesetzesauslegung 222
    - unrichtige Rechtsanwendung 220, 237
    - Vermutung 261
    - Vorsatz 213
  - Vertrauensarzt 542

- Vertrauensperson i. S. d. § 3 S. 1 BNDG 543
- Vertrauensschutz
- Drittanfechtung 164
  - Grundlage 162
  - Mitverschulden 164
  - Rechtsstaatsprinzip 161
  - Schutzwürdigkeit 163, 175
  - Vertrauensbestätigung 161, 162
  - Vertrauenstatbestand 162
- Vertretbarkeit behördlichen Handelns 222
- Vertretbarkeit der richterlichen Rechtsansicht 237
- Vertretbarkeit von richterlichen Maßnahmen 428
- Verwahrung 258
- Verwaltungsakt
- Anfechtung 65
  - begünstigender Verwaltungsakt 139
  - belastender Verwaltungsakt 139
  - Versagung/Verzögerung des Verwaltungsakts 137
- verwaltungsbehördliches Handeln 380
- Verwaltungsgericht 516
- Verwaltungshelfer 514, 537, 550
- Verwaltungsvorschrift 225
- Verweisungsprivileg (Subsidiaritätsklausel) 37, 395
- Verwerfungskompetenz 229
- Verzögerungsrüge 432
- Vorbehaltssurteil 524
- Vorsatz 560
- Vorsatztheorie 217
- VV-BauGB 233
- Waffenstörung 216
- Weisung 561
- Weisungsfreiheit des Richters 425
- Werkzeug der öffentlichen Behörde 552
- Wertgarantie 44
- Wissensvorsprung des handelnden Amtswalters 288
- Zivilgericht 516
- Zurechnungselement 309, 313
- Zurechnungsfähigkeit 208, 211
- Zuständigkeit (gerichtliche) 302
- Zweckmäßigkeit der Kollegialgerichts-Richtlinie 297

Verursachen Amtsverwalter in Ausübung ihres Dienstes Schäden für Dritte, geht die Verantwortlichkeit für die Schäden als Amtshaftung in vielen Fällen auf den Staat über. Der Amtshaftungsanspruch gemäß § 839 Abs. 1 S. 1 BGB i. v. m. Art. 34 S. 1 GG ist ein Teil des Staatshaftungsrechts. Das Amtshaftungsrecht hingegen ist eine janusköpfige Rechtsmaterie. Denn systematisch gehört es zum Verwaltungsrecht und damit zum öffentlichen Recht, gleichwohl ist der Amtshaftungsprozess eine Domäne der Zivilgerichte. Der Amtshaftungsanspruch setzt sich aus einer Vielzahl einzelner tatbestandlicher Voraussetzungen zusammen und ist durch eine Jahrzehnte lange Rechtsprechung des III. Zivilsenats des BGH und der Instanzgerichte geprägt. Die vorliegende Untersuchung bearbeitet in ihrem Teil 1 die Grundlagen der Amtshaftung, in Teil 2 die Bezogenheit auf Dritte und im Teil 3 die tatbestandlichen Voraussetzungen der Amtshaftung. Die Untersuchung beleuchtet kritisch eine Vielzahl von amtshaftungsspezifischen Fragestellungen und wendet sich damit nicht nur an Vertreter der Praxis, sondern auch an Studierende.



GEORG-AUGUST-UNIVERSITÄT  
GÖTTINGEN

ISBN: 978-3-86395-218-1

Universitätsdrucke Göttingen