

# Übungsklausur: Ein eisiger Weg zur Universität

Von Wiss. Mitarbeiter **Christian Benz**, Köln\*

*Der Fall wurde als Abschlussklausur zur Vorlesung im allgemeinen Verwaltungsrecht an der Universität zu Köln im Wintersemester 2019/2020 gestellt. Er ist angelehnt an BGH NJW 2014, 3580. Thematisiert wurde eine Reihe klassischer, amtschaftsrechtlicher Problemstellungen. Die Studierenden sollten sich zum einen mit der Frage\* beschäftigen, inwiefern eine Privatperson ein Beamter im haftungsrechtlichen Sinne sein könne. Zum anderen sollte sich mit der Anwendbarkeit der Subsidiaritätsklausel gem. § 839 Abs. 1 S. 2 BGB auseinandergesetzt werden. Die Schreibzeit betrug 120 Minuten.*

## Sachverhalt

Am 31.1.2020 schneit es entgegen dem Trend zu wärmeren Wintermonaten bereits seit einigen Tagen. Dennoch nimmt das tägliche Arbeits- und Studentenleben in der kreisfreien Stadt G, die in NRW liegt, weiterhin seinen Lauf. Auch Jurastudent A lässt sich von dem vielen Schnee nicht beirren, zieht seine Winterschuhe mit Profilsohle an und macht sich gegen 9:30 Uhr auf den Weg zur Universität. Dort möchte er die letzte Vorlesung seines Lieblingsfaches „Allgemeiner Teil des Verwaltungsrechts“ hören.

Nach kurzem Fußweg betritt er die Straßenbahnhaltestelle am Z-Platz, die auch an diesem Tag vollständig mit Schnee bedeckt ist. Er geht in Richtung des vorderen Teils der Haltestelle, als er auf der schneebedeckten Glatteisfläche ausrutscht, stürzt und sich den Unterarm bricht. A entstehen dadurch Heilbehandlungskosten in Höhe von 500 €.

Grund für den Sturz ist, dass bei der Straßenbahnhaltestelle am Z-Platz keine Winterwartung verrichtet worden ist. Verantwortlich für die Winterwartung an der besagten Straßenbahnhaltestelle ist auf Grund einer vertraglichen Vereinbarung mit der Stadt G die U-GmbH, deren Gesellschafter allesamt natürliche Personen sind. Der Mitarbeiter M der U-GmbH hatte während der Verrichtung des Winterdienstes aus Unachtsamkeit nicht an der Bahnhaltestelle gestreut. Hätte M ordnungsgemäß gestreut, wäre A mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nicht ausgerutscht und gefallen.

A ist zwar zutreffend der Ansicht, dass er sich die Heilbehandlungskosten von seiner Unfallversicherung erstatten lassen kann. Er befürchtet allerdings, dass dadurch seine Beiträge steigen könnten. Deshalb würde er gerne die Stadt G in Anspruch nehmen.

## Auszug aus dem Straßenreinigungsgesetz NRW (StrReinG NRW)

### § 1

(1) Die öffentlichen Straßen innerhalb der geschlossenen Ortslagen sind von den Gemeinden zu reinigen, Bundesstraßen, Landesstraßen, Radschnellverbindungen des Landes und Kreisstraßen jedoch nur, soweit es sich um Ortsdurchfahrten handelt. Die Gemeinden können diese Aufgabe einer nach

\* Der Autor ist Wiss. Mitarbeiter am Institut für Medienrecht und Kommunikationsrecht an der Universität zu Köln.

§ 114a der Gemeindeordnung durch sie errichteten Anstalt des öffentlichen Rechts übertragen.

(2) Die Reinigung umfasst als Winterwartung insbesondere:

1. das Schneeräumen auf den Fahrbahnen und Gehwegen,
2. das Bestreuen der Gehwege, Fußgängerüberwege und gefährlichen Stellen auf den Fahrbahnen bei Schnee- und Eisglätte.

(3) [...]

## Fallfrage

Hat A gegen G einen Anspruch auf Schadensersatz?

## Bearbeitungsvermerk

Auf die abgedruckten Normen wird hingewiesen. Gehen Sie davon aus, dass eine Bahnhaltestelle ein Gehweg im Sinne des StrReinG NRW ist. Gehen Sie auf alle im Sachverhalt aufgeworfenen Fragen – ggf. hilfsgutachterlich – ein. Normen des StrWG NRW sind nicht zu prüfen. Der Aufopferungsanspruch ist nicht zu prüfen.

## Lösungsvorschlag

A könnte einen Anspruch auf Schadensersatz i.H.v. 500 € gegen die kreisfreie Stadt G aus dem Amtshaftungsanspruch gem. § 839 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. Art. 34 S. 1 GG haben.

## I. Haftungs begründung

Die Haftung müsste begründet sein. Dazu ist es erforderlich, dass jemand schuldhaft und in Ausübung eines öffentlichen Amtes eine drittgerichtete Amtspflicht verletzt hat.

### 1. Handeln in Ausübung eines öffentlichen Amtes

Es müsste jemand in Ausübung eines öffentlichen Amtes gehandelt haben. Als maßgebliches Verhalten kommt die Winterwartung durch den Mitarbeiter M der U-GmbH an der Straßenbahnhaltestelle am Z-Platz in Betracht.

#### a) Öffentliches Amt

Dieses Verhalten müsste ein „öffentliches Amt“ darstellen, also hoheitlich sein.<sup>1</sup> Entscheidend ist hierfür, dass öffentlich-rechtlich gehandelt wurde.<sup>2</sup> Ob eine Tätigkeit dem öffentlichen Recht zuzuordnen ist, bestimmt sich maßgeblich nach den zu Grunde liegenden Rechtsnormen. Sind diese öffentlich-rechtlich, so ist auch die Tätigkeit als öffentlich-rechtlich

<sup>1</sup> *Papier/Shirvani*, in: Säcker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 7, 8. Aufl. 2020, § 839 Rn. 195; BGH NJW 2014, 3580.

<sup>2</sup> *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 21. Aufl. 2021, Rn. 1056; *Sodan/Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht, 9. Aufl. 2020, § 86 Rn. 4.

zu qualifizieren.<sup>3</sup> Eine Norm ist nach der (modifizierten) Subjektstheorie dann öffentlich-rechtlicher Natur, wenn sie Hoheitsträger berechtigt oder verpflichtet.<sup>4</sup>

Jedem, der eine Gefahrenquelle eröffnet, obliegen Verkehrssicherungspflichten. Dieser dem Deliktsrecht inhärente Grundsatz gilt auch für Hoheitsträger. Indem der Hoheitsträger den Bürgern öffentliche Straßen zur Nutzung zur Verfügung stellt, eröffnet er eine Gefahrenquelle. Das bedeutet, dass den Hoheitsträger diesbezüglich Verkehrssicherungspflichten treffen. Die Verkehrssicherungspflicht stellt allerdings grundsätzlich kein öffentliches Amt dar, sondern ist eine im Ursprung privatrechtliche Pflicht<sup>5</sup> und Teil des Tatbestandes des § 823 Abs. 1 BGB.<sup>6</sup> Die taugliche Anspruchsgrundlage stellt im Allgemeinen deshalb diese Norm dar. Jedoch verpflichtet § 1 Abs. 1 S. 1 StrReinG NRW<sup>7</sup> die Gemeinden ausdrücklich, die öffentlichen Straßen zu reinigen. Darunter fällt gem. § 1 Abs. 2 Nr. 2 StrReinG NRW auch die Winterwartung, insbesondere das Bestreuen der Gehwege. Normadressat und gleichzeitig Verpflichteter ist die Gemeinde, ein Hoheitsträger. Dies macht die Norm öffentlich-rechtlich. Ihre Befolgung, also das Streuen der Straßenbahnhaltestelle am Z-Platz, der Gehweg i.S.v. § 1 Abs. 2 Nr. 2 StrReinG NRW ist, wird dadurch zu einer öffentlich-rechtlichen Tätigkeit. Ein öffentliches Amt liegt demnach vor.<sup>8</sup>

<sup>3</sup> Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Aufl. 2020, § 3 Rn. 16.

<sup>4</sup> Maurer (Fn. 3), § 3 Rn. 13; zu den anderen Abgrenzungstheorien *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, 11. Aufl. 2019, § 11 Rn. 13 ff.; die jeweiligen Ansätze stehen sich nicht konkurrierend gegenüber, was von Kand. – sofern überhaupt angesprochen – erkannt werden sollte, zu diesem Punkt *Sodan*, in: Sodan/Ziekow, Verwaltungsgerichtsordnung, Großkommentar, 5. Aufl. 2018, § 40 Rn. 288.

<sup>5</sup> Rinne, NVwZ 2003, 9 (9).

<sup>6</sup> BGH NJW 1968, 443 (443); Förster, JA 2017, 721 (721).

<sup>7</sup> Auch die anderen Bundesländer haben vergleichbare Normen erlassen, vgl. § 41 BWStrG, Art. 51 BayStrWG, §§ 1, 3 BerStrReinG, § 49a BbgStrG, § 39 BremLStrG, § 28 HmbWgG, § 50 MVStrG, § 45 SchlHStrWG, § 52 NiedStrG, § 10 HessStrG, § 17 RhPfStrG, § 53 SaarStrG, § 51 SächsStrG, § 47 SAStrG, § 49 ThürStrG.

Zu beachten ist aber, dass die meisten Normen die jeweils verpflichteten Gemeinden dazu ermächtigen, durch Satzung einen Teil der Reinigungspflicht per Satzung auf die Anlieger zu übertragen, vgl. etwa § 4 StrReinG NRW. Andere Länder verpflichten die Anlieger bereits gesetzlich, den Winterdienst durchzuführen, siehe etwa § 4 Abs. 3 BerStrReinG oder § 41 BremLStrG.

<sup>8</sup> Die Frage, ob Verkehrssicherungspflichten überhaupt öffentliche Amtspflichten darstellen oder rein privatrechtlich über § 823 BGB zu lösen sind, wie dies etwa bei BGH NJW 1968, 443 der Fall war, braucht hier nicht beantwortet zu werden. Zum einen hat der nordrhein-westfälische Landesgesetzgeber die allgemeine Verkehrssicherungspflicht für Straßen hoheitlich ausgestaltet, § 9a Abs. 1 StrWG NRW. Zum anderen geht es hier vorrangig um die konkrete Pflicht zur Winterwartung, die in § 1 StrReinG NRW ebenfalls öffentlich-rechtlich

#### b) Jemand

Es müsste „jemand“ im Sinne des Amtshaftungsrechts gehandelt haben. Dieser muss kein Beamter im statusrechtlichen Sinne sein.<sup>9</sup> Jemand kann auch ein Angestellter oder Beauftragter des Staates sein (sog. Beamter im haftungsrechtlichen Sinn).<sup>10</sup> Hier handelte der Mitarbeiter M der U-GmbH, einem privatrechtlichen Unternehmen. Die U-GmbH übernahm den Winterdienst aufgrund einer vertraglichen Vereinbarung zwischen ihr und der Gemeinde G. Insofern ist fraglich, ob M als Beamter im haftungsrechtlichen Sinne zu qualifizieren ist.

Dies bestimmt sich danach, ob die eigentliche Zielsetzung der Tätigkeit als hoheitlich anzusehen ist.<sup>11</sup> Amtsträger im haftungsrechtlichen Sinne können auch Mitarbeiter eines privaten Unternehmens sein. Dies kommt neben den Fällen der Beleihung eines Privatunternehmens mit hoheitlichen Aufgaben dann in Betracht, wenn Private als Verwaltungshelfer bei der Erledigung hoheitlicher Aufgaben tätig werden.<sup>12</sup> Für die Qualifizierung als Beamter im haftungsrechtlichen Sinne bestehen zwei verschiedene Ansätze<sup>13</sup>:

Nach der sog. gelockerten Werkzeugtheorie ist der Private dann als Beamter im haftungsrechtlichen Sinn zu qualifizieren, je stärker der hoheitliche Charakter der Aufgabe in den Vordergrund tritt, je enger die Verbindung zwischen der übertragenen Tätigkeit und der von der öffentlichen Hand zu erfüllenden hoheitlichen Aufgabe und je begrenzter der Entscheidungsspielraum des Privaten ist.<sup>14</sup> Anknüpfungspunkt ist danach vor allem die Natur der verrichteten Aufgabe. Wer eine öffentlich-rechtliche Aufgabe wahrnimmt, der sei Beamter im haftungsrechtlichen Sinn und damit „jemand“ im Sinne der Amtshaftungsanspruchs. Nach diesen Grundsätzen ist M als Beamter im haftungsrechtlichen Sinn zu qualifizieren. Die Verrichtung des Winterdienstes ist Aufgabe der Gemeinde. Weiterhin besteht eine enge Verbindung, ja geradezu eine Identität zwischen der hoheitlichen Aufgabe des Winterdienstes und der aufgetragenen Tätigkeit der U, verrichtet durch M. Ferner stehen M keine Entscheidungsspielräume zu, er ist genauso an die gesetzlichen Vorgaben des § 1 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 2 StrReinG NRW gebunden wie die Gemeinde G, wenn sie ihrer Pflicht selbst nachkommen würde.

Nach der strengen Werkzeugtheorie, die vom Bundesgerichtshof früher vertreten worden ist<sup>15</sup>, ist ein Privater als

geregelt ist, vgl. auch BGH NJW 1991, 33. Abgesehen davon haben außer Hessen alle Länder die Verkehrssicherungspflicht für Straßen gesetzlich als hoheitliche Aufgabe geregelt und damit als öffentliches Amt ausgestaltet, hierzu *Dörr*, in: Gsell u.a. (Hrsg.), Beck'scher Online-Großkommentar zum BGB, Stand. 1.5.2021, § 839 Rn. 120 f.

<sup>9</sup> Reinert, in: Hau/Poseck (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, 58. Ed.; Stand: 1.5.2021, § 839 Rn. 3 f.

<sup>10</sup> Detterbeck (Fn. 2) Rn. 1055.

<sup>11</sup> BGH NJW 2014, 3580 (3581).

<sup>12</sup> BGH NJW 2014, 3580 (3581) mit zahlreichen Nachweisen.

<sup>13</sup> Zur Entwicklung in der Rechtsprechung *Müller*, VersR 2006, S. 326 ff.

<sup>14</sup> BGH NJW 2014, 3580 (3581) mit zahlreichen Nachweisen.

<sup>15</sup> BGH NJW 1967, 1857 (1858).

Beamter im haftungsrechtlichen Sinn zu qualifizieren, wenn die öffentliche Hand in so weitgehendem Maße auf die Durchführung der Arbeiten Einfluss nimmt, dass der Private gleichsam als bloßes „Werkzeug“ oder „Erfüllungsgehilfe“ des Hoheitsträgers handelt und dieser die Tätigkeit des Privaten deshalb wie eine eigene gegen sich gelten lassen muss.<sup>16</sup> Der Anknüpfungspunkt ist demnach nicht die Natur der Aufgabe, sondern der Grad der Bindung zwischen dem Staat und dem Privaten. Mangels eigenem relevanten Entscheidungsspielraum hinsichtlich des „Ob“ und des „Wie“ des Winterdienstes, ist M auch als Werkzeug im Sinne dieser strengen Werkzeugtheorie anzusehen.

Ein Streitentscheid zwischen den beiden Theorien ist demnach nicht erforderlich. M ist als Beamter im haftungsrechtlichen Sinn zu qualifizieren.

#### c) In Ausübung des öffentlichen Amtes

Das schädigende Verhalten müsste in Ausübung des öffentlichen Amtes erfolgt sein. Dafür ist erforderlich, dass es in einem engen äußeren und inneren Zusammenhang zu dem öffentlichen Amt steht<sup>17</sup>, wobei der Begriff der Ausübung nicht zu eng ausgelegt werden darf.<sup>18</sup>

Ein äußerer Zusammenhang besteht dann, wenn das schädigende Verhalten räumlich-zeitlich in den hoheitlichen Tätigkeitsbereich eingebettet ist.<sup>19</sup> Als M es unterließ, die Bahnhofstabelle am Z-Platz zu streuen, befand er sich im Dienst und kam der Aufgabe nach, den Winterdienst zu verrichten. Ein räumlich-zeitlicher, und damit äußerer Zusammenhang ist folglich anzunehmen.

Ein innerer Zusammenhang ist dann gegeben, wenn die Schädigung und die hoheitliche Aufgabenerfüllung als einheitlicher Lebenssachverhalt erscheinen.<sup>20</sup> Die unterbliebene Streuung an der Straßenbahnhaltstelle stellte gerade den Inhalt der übernommenen Verpflichtung dar. Dadurch kann auch ein innerer Zusammenhang angenommen werden. Damit erfolgte das schädigende Verhalten in Ausübung des öffentlichen Amtes.

*Anmerkung:* Die Feststellung, ob das schädigende Verhalten im inneren Zusammenhang zu der hoheitlichen Tätigkeit erfolgte, ist in Anbetracht der Unterlassung nicht ganz einfach. Deshalb sollten nicht zu hohe Maßstäbe an die Bewertung angelegt werden.

#### d) Zwischenergebnis

Die Winterwartung durch M stellt damit die Ausübung eines ihm anvertrauten öffentlichen Amtes dar.

### 2. Verletzung einer drittgerichteten Amtspflicht

M müsste eine drittgerichtete Amtspflicht verletzt haben.

#### a) Amtspflicht

Zunächst müsste eine Amtspflicht vorliegen. Gem. Art. 20 Abs. 3 GG ist u.a. die vollziehende Gewalt an Gesetz und Recht gebunden. Daraus folgt der Grundsatz der Rechtmäßigkeit der Verwaltung<sup>21</sup>, der sie bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben verpflichtet, rechtmäßig zu handeln. Konkret trifft M als haftungsrechtlicher Beamter die Amtspflicht, gem. § 1 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 2 StrReinG NRW die Winterwartung auf Gehwegen durchzuführen.<sup>22</sup> Zu den Gehwegen im Sinne der Norm zählen ausweislich des Bearbeitervermerks auch die Straßenbahnhaltstellen.

#### b) Drittrichtung

Die Amtspflicht müsste drittgerichtet sein. Erforderlich ist, dass die Amtspflicht generell Drittrichtung hat (aa), der Geschädigte zum geschützten Personenkreis gehört (bb) und dass das beeinträchtigte Interesse oder Rechtsgut des Geschädigten von der Drittrichtung der verletzten Amtspflicht erfasst wird (cc).<sup>23</sup>

##### aa) Generelle Drittrichtung

Zunächst müsste die Amtspflicht generell Drittrichtung aufweisen. Dies ist der Fall, wenn die Amtspflicht jedenfalls auch den Schutz des Individuums bezweckt.<sup>24</sup> § 1 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 2 StrReinG NRW bezweckt (zumindest auch) den Schutz der körperlichen Unversehrtheit der Bürger, die sich auch im Winter im öffentlichen Straßenraum bewegen. Deshalb bezweckt die Norm zumindest auch den Schutz der Individuen. Sie ist daher generell drittgerichtet.<sup>25</sup>

##### bb) Persönlicher Schutz

A als Geschädigter müsste zum geschützten Personenkreis gehören. § 1 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 2 StrReinG NRW schützt all jene Personen, die sich im öffentlichen Straßenraum bewegen. A hat sich im Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses

<sup>21</sup> Siehe nur *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, Kommentar zum Grundgesetz, 94. Aufl. 2021, Art. 20 VI Rn. 73.

<sup>22</sup> Diese Pflicht stellt nicht bloß einen Unterfall der privatrechtlichen allgemeinen Verkehrssicherungspflicht, sondern wegen der positiven Normierung durch die Landesgesetzgeber eine Amtspflicht dar, siehe Fn. 7 und 8.

<sup>23</sup> *Detterbeck* (Fn. 2), Rn. 1068, *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 60.

<sup>24</sup> Es besteht insofern eine große Nähe zu der Frage, ob eine Norm ein subjektives öffentliches Recht begründet. Lässt sich ein solches aus der die Amtspflicht begründenden Norm herleiten, besteht grundsätzlich auch eine drittgerichtete Amtspflicht, vgl. *Maurer* (Fn. 3), § 26 Rn. 19; *Sodan/Ziekow* (Fn. 2), § 86 Rn.13.

<sup>25</sup> BGH NJW 1991, 33 (34); BGH NZV 1989, 17. Auch die untergerichtlichen Entscheidungen weisen darauf hin, dass die Drittrichtung der Norm angenommen werden kann, wird sie in der Regel doch gar nicht problematisiert. Exemplarisch LG Düsseldorf (2b. Zivilkammer), Urt. v. 8.5.2015 – 2b O 283/13 = BeckRS 2015, 123509, Rn. 19.

<sup>16</sup> BGH NJW 1971, 2220 (2221); BGH NJW 2014, 3580 (3581).

<sup>17</sup> *Dörr* (Fn. 8), § 839 Rn. 133.

<sup>18</sup> BGH NJW 2002, 3172 (3173).

<sup>19</sup> *Detterbeck* (Fn. 2), Rn. 1059.

<sup>20</sup> *Detterbeck* (Fn. 2), Rn. 1060.

im Straßenverkehr bewegt. Damit gehört er zum geschützten Personenkreis.

#### cc) Sachlicher Schutz

Das beeinträchtigte Interesse oder Rechtsgut des Geschädigten müsste von der Drittrichtung der verletzten Amtspflicht erfasst sein. Bei der Verletzung von Straßenverkehrssicherungspflichten sind nur die Rechtsgüter Leben, Gesundheit, Freiheit, Eigentum oder ein sonstiges absolutes Recht geschützt. Reine Vermögensschäden und bloße Vermögensseinbußen durch Vertragsverletzungen gehören nicht dazu.<sup>26</sup> A hat sich den Arm gebrochen, sodass das Rechtsgut der körperlichen Unversehrtheit beeinträchtigt ist. § 1 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 2 StrReinG NRW soll gerade vor solchen und schlimmeren Beeinträchtigungen schützen. Das beeinträchtigte Rechtsgut ist daher von der Drittrichtung der verletzten Amtspflicht erfasst.

#### dd) Zwischenergebnis

Eine Amtspflicht mit Drittrichtung liegt vor.

#### c) Verletzung

M müsste die Amtspflicht verletzt haben. Eine Amtspflicht kann sowohl durch aktives Tun als auch durch Unterlassen verletzt werden, soweit eine Pflicht zum Handeln bestand. In Betracht kommt eine Verletzung durch Unterlassen trotz bestehender Handlungspflicht. M hatte gem. § 1 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 2 StrReinG NRW die Pflicht, sämtliche Gehwege zu streuen. Zu den Gehwegen zählen auch die Straßenbahnhaltestellen. Indem es M unterließ, die Straßenbahnhaltestelle am Z-Platz zu streuen, hat er gegen diese Handlungspflicht verstoßen. Damit liegt eine Amtspflichtverletzung vor.

#### d) Zwischenergebnis

M hat somit eine drittgerichtete Amtspflicht verletzt.

#### 3. Verschulden

M müsste die Amtspflichtverletzung schuldhaft verletzt haben. Dies wäre gem. § 839 Abs. 1 S. 1 BGB der Fall, wenn er die Amtspflichtverletzung vorsätzlich oder fahrlässig begangen hätte.<sup>27</sup> Vorsätzliches Handeln kann M nicht vorgewor-

<sup>26</sup> BGH NJW 1973, 463 (464).

<sup>27</sup> Häufig wird an dieser Stelle von Studierenden der Fehler gemacht, dass sich angeblich das Verschulden oder der Verschuldensmaßstab nach § 276 Abs. 1 BGB richte. Dies ist aber nicht der Fall. Erstens regelt § 276 BGB die Verantwortlichkeit des Schuldners, was ein bestehendes Schuldverhältnis voraussetzt. Dieses entsteht im Falle der deliktischen Schadensersatzanspruchs allerdings erst im Zeitpunkt der Vornahme der schädigenden Handlung. Zu dieser Zeit ist der Schädiger allerdings noch kein Schuldner. Zweitens richtet sich das Verschulden direkt nach § 839 Abs. 1 S. 1 BGB. Schadensersatzpflichtig ist ausweislich des Wortlauts der Norm nur, wer vorsätzlich oder fahrlässig die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht verletzt. Die Fahr-

fen werden. In Betracht kommt allerdings der Vorwurf der Fahrlässigkeit. Gem. § 276 Abs. 2 BGB handelt fahrlässig, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt. Es gilt dabei ein objektiver Sorgfaltsmaßstab. Es kommt deshalb nicht auf den konkret tätig werdenden Amtswalter, sondern auf einen „pflichtgetreuen Durchschnittsbeamten“<sup>28</sup> an. M hat die Straßenbahnhaltestelle am Z-Platz aus Unachtsamkeit nicht gestreut. Ein „pflichtgetreuer Durchschnittsbeamte“ hätte sich indes nicht unachtsam verhalten, sondern an der Straßenbahnhaltestelle ordnungsgemäß gestreut. M hat damit die gebotene Sorgfalt eines „pflichtgetreuen Durchschnittsbeamten“ außer Acht gelassen und handelte somit fahrlässig.

## II. Haftungsumfang

Fraglich ist, in welcher Höhe ein ersatzfähiger Schaden entstanden ist.

#### 1. Schaden

A ist ein Schaden i.H.v. 500 € entstanden.

#### 2. Kausalität

Die Amtspflichtverletzung müsste kausal für den Schaden sein. Im Falle des Unterlassens ist eine Amtspflichtverletzung äquivalent kausal für den Schaden, wenn die unterlassene Amtshandlung nicht hinzugedacht werden kann, ohne dass der Schaden mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit entfällt. Daneben muss die Amtspflichtverletzung auch adäquat kausal für den Schaden sein.

Hätte M ordnungsgemäß gestreut, wäre A laut Sachverhalt mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nicht gefallen. Außerdem liegt ein schneebedingter Sturz auf einem nicht gestreuten Gehweg nicht außerhalb aller Lebenswahrscheinlichkeit, sodass die Amtspflichtverletzung auch adäquat kausal für den Schaden war.

Kausalität liegt demnach vor.

#### 3. Kein Ausschluss

Die Haftung dürfte nicht ausgeschlossen sein.

#### a) Subsidiaritätsklausel gem. § 839 Abs. 1 S. 2 BGB

Die Haftung dürfte nicht gem. § 839 Abs. 1 S. 2 BGB ausgeschlossen sein. Dies wäre der Fall, wenn dem Beamten nur Fahrlässigkeit zur Last fällt und es der Verletzte vermag, auf andere Weise Ersatz zu erlangen.

#### aa) Anwendbarkeit

M kann hier tatsächlich nur Fahrlässigkeit vorgeworfen werden. Darüber hinaus hat A einen Ersatzanspruch gegen seine Unfallversicherung. Für den Haftungsausschluss ist es indes erforderlich, dass die Subsidiaritätsklausel gem. § 839 Abs. 1

lässigkeit freilich wird durch § 276 Abs. 2 BGB legaldefiniert und ist auch in der Bearbeitung heranzuziehen.

<sup>28</sup> Maurer (Fn. 3), § 26 Rn. 24.

S. 2 BGB auch in der vorliegenden Fallkonstellation anwendbar ist. Dies ist hier fraglich.

Ursprünglich hatte die nur subsidiäre Haftung des Beamten den Sinn, den Beamten zu schützen und dessen Entscheidungsfreiheit zu fördern.<sup>29</sup> Seit die Möglichkeit der Haftungsübernahme durch den Staat besteht, der ebenfalls von der Haftungsprivilegierung des § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB profitiert, ist die ursprüngliche Rechtfertigung der Norm entfallen und wurde schon früh vom Bundesgerichtshof als „antiquiert“<sup>30</sup> bezeichnet. Gleichwohl wird die Norm bis heute angewandt, allerdings zunehmend restriktiv.<sup>31</sup> So ist das Verweisungsprivileg u.a.<sup>32</sup> immer dann nicht anwendbar, wenn ein Amtsträger bei der dienstlichen Teilnahme am allgemeinen Straßenverkehr schuldhaft einen Verkehrsunfall verursacht, soweit er nicht Sonderrechte nach § 35 StVO in Anspruch nimmt.<sup>33</sup> Dies wird aus dem Grundsatz der haftungsrechtlichen Gleichbehandlung aller Verkehrsteilnehmer gefolgert<sup>34</sup>, der Vorrang gegenüber dem Verweisungsprivileg genießen müsse.<sup>35</sup> Auf die vorliegende Konstellation, bei der es um die Erfüllung öffentlicher Straßenverkehrssicherungspflichten geht, sind die o.g. Grundsätze nicht ohne weiteres übertragbar. Allerdings stehe nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs die Pflicht zur Sorge für die Sicherheit einer öffentlichen Straße in einem engen Zusammenhang mit den Pflichten, die einem Amtsträger als Teilnehmer am allgemeinen Straßenverkehr obliegen.<sup>36</sup> Darüber hinaus sei die Straßenverkehrssicherungspflicht nur ein Unterfall der allgemeinen Verkehrssicherungspflicht, die für jedermann gelte, sofern er eine Gefahrenquelle eröffne.<sup>37</sup> Deshalb sei es auch in diesen Fällen gerechtfertigt, das Verweisungsprivileg gem. § 839 Abs. 1 S. 2 BGB nicht anzuwenden.<sup>38</sup>

Die Straßenreinigung gem. § 1 Abs. 1 StrReinG NRW, auch in ihrer Ausprägung des Winterdienstes, der gem. § 1

Abs. 2 Nr. 2 StrReinG NRW das Streuen von Gehwegen umfasst, stellt eine dem Staat obliegende (Straßen-)Verkehrssicherungspflicht dar.<sup>39</sup> Diese Pflicht hat M verletzt, indem er es unterließ, an der Bahnhaltestelle des Z-Platzes den Winterdienst zu verrichten. Damit hat ein Amtsträger durch eine Verletzung der ihm als hoheitliche Aufgabe obliegenden Straßenverkehrssicherungspflicht einen Schaden verursacht. Das Verweisungsprivileg gem. § 839 Abs. 1 S. 2 BGB ist demnach nicht anwendbar.

*Anmerkung:* Ein anderes Ergebnis hinsichtlich der Anwendbarkeit von § 839 Abs. 1 S. 2 BGB ist vertretbar, soweit es ihrerseits gut begründet ist. Dann müssten die Kandidaten allerdings erkennen, dass das Verweisungsprivileg in Fällen, in denen der Geschädigte nur einen Anspruch gegen seine Versicherung hat, ebenfalls nicht anwendbar ist, vgl. *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 84 ff.

*bb) Zwischenergebnis*

Die Haftung ist mangels Anwendbarkeit nicht gem. § 839 Abs. 1 S. 2 BGB ausgeschlossen.

*b) Richterspruchprivileg gem. § 839 Abs. 2 BGB*

Das Richterspruchprivileg gem. § 839 Abs. 2 BGB ist nicht einschlägig.

*c) Nichtergreifen von Rechtsmitteln gem. § 839 Abs. 3 BGB*

Die Ersatzpflicht ist gem. § 839 Abs. 3 BGB ferner ausgeschlossen, wenn es der Verletzte vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden. Als vorrangiges Rechtsmittel hätte die allgemeine Leistungsklage vor dem Verwaltungsgericht in Betracht kommen können, um die Gemeinde G zur Streuung zu zwingen. Allerdings hatte A keine Kenntnis davon, dass an der Straßenbahnhaltestelle nicht gestreut wurde. Schuldhaftes Unkenntnis kann ihm ebenfalls nicht vorgeworfen werden. Die Nichteinlegung eines Rechtsmittels kann ihm deshalb nicht vorgeworfen werden.

*d) Mitverschulden gem. § 254 BGB*

Hinweise auf ein mögliches Mitverschulden finden sich nicht. Insbesondere trug A – wettergerecht – Winterschuhe mit Profilsohle.

*e) Zwischenergebnis*

Die Haftung ist nach alledem nicht ausgeschlossen.

*4. Art und Umfang des Schadensersatzes*

Nach § 249 Abs. 1 BGB ist Schadensersatz grundsätzlich im Wege der Naturalrestitution zu leisten. Allerdings ist der Amtshaftungsanspruch auf die Zahlung von Geld begrenzt, soweit sich die Naturalrestitution auf hoheitliche Akte be-

<sup>29</sup> *Ossenbühl/Cornils* (Fn. 23), S. 81.

<sup>30</sup> BGHZ 42, 176 = BGH NJW 1964, 1895 (1897).

<sup>31</sup> Vgl. *Maurer* (Fn. 3), § 26 Rn. 31 mit zahlreichen Beispielen aus der Rechtsprechung; *Ossenbühl/Cornils* (Fn. 23), S. 82.

<sup>32</sup> Zu den übrigen Fällen *Detterbeck* (Fn. 2), Rn. 1087; *Ossenbühl/Cornils* (Fn. 23), S. 83 ff.

<sup>33</sup> BGH NJW 1977, 1238.

<sup>34</sup> BGH NJW 1977, 1238.

<sup>35</sup> BGH NJW 1977, 1238 (1239).

<sup>36</sup> BGH NJW 1979, 2043 (2045); BGH NJW 1981, 682; BGH NJW 1992, 2476; BGH NJW 1993, 2612 (2613).

<sup>37</sup> BGH NJW 1993, 2612 (2613); BGH NJW 1979, 2043 (2045); BGH NJW 1981, 682 und BGH NJW 1992, 2476 sprechen von einer inhaltlichen Übereinstimmung.

<sup>38</sup> Vgl. BGH NJW 1977, 1238 f. zur straßenrechtlichen Gleichbehandlung aller Verkehrsteilnehmer; darauffolgend BGH NJW 1979, 2043 ff. zu Straßenverkehrssicherungspflichten und BGH NJW 1981, 682 zu Streupflichten als konkrete Verkehrssicherungspflicht. Die Begründung des BGH ist in der Literatur vielfach kritisiert worden. Im Ergebnis jedoch erfährt die Rechtsprechung des BGH Zustimmung, vgl. *Niüßgens*, in: Faller (Hrsg.), Festschrift für Willi Geiger zum 80. Geburtstag, 1989, S. 456 (465 ff.); *Ossenbühl/Cornils* (Fn. 23), S. 84.

<sup>39</sup> BGH NJW 1981, 682; BGH NJW 1992, 2476 (2477).

zieht.<sup>40</sup> Grund hierfür ist, dass der privatrechtlich haftende Amtswalter nicht öffentlich-rechtlich handeln kann. Er könnte also etwa nicht im Wege der Naturalrestitution einen Verwaltungsakt erlassen oder sonst hoheitlich handeln. Im vorliegenden Fall geht es gleichwohl nicht um eine öffentlich-rechtliche Tätigkeit, sondern um die Heilung eines gebrochenen Arms. Eine Naturalrestitution ist in solchen Fällen nicht ausgeschlossen, da auch der privat haftende Amtswalter die Heilbehandlung grundsätzlich selbst vollziehen (lassen) könnte.<sup>41</sup> Nichts anderes gilt für den Staat, auf den die Haftung des Amtswalters gem. Art. 34 S. 1 GG übergeht. A kann folglich zwischen der Naturalrestitution und einer Entschädigung in Geld i.H.v. 500 € gem. § 249 Abs. 2 BGB wählen.

*Anmerkung:* Auf diese Differenzierung muss nicht zwangsläufig eingegangen werden.

### 5. Passivlegitimation

Schließlich muss der richtige Hoheitsträger in Anspruch genommen werden. Dies ist gem. Art. 34 S. 1 GG die Körperschaft, in deren Dienst der haftungsrechtliche Beamte steht. Fraglich ist, wie dies zu bestimmen ist.

Nach der früher vertretenen Anstellungstheorie haftet die Körperschaft, die den Amtswalter angestellt hat. Die U-GmbH steht zur Stadt G in keinem Anstellungsverhältnis, sondern wurde auf Basis eines privatrechtlichen Vertrages für die Gemeinde G tätig. Nach dieser Ansicht würde die Gemeinde G demnach nicht als haftende Körperschaft in Betracht kommen.

Nach der ebenfalls früher vertretenen Funktionstheorie haftet immer die Körperschaft, deren Aufgaben der Amtswalter wahrgenommen hat. M hat die Aufgaben der G wahrgenommen, vgl. § 1 Abs. 1 S. 1 StrReinG NRW, sodass auch nach dieser Ansicht G die haftende Körperschaft darstellt.<sup>42</sup> Nach der Anvertrauensstheorie haftet derjenige Hoheitsträger, der dem Amtswalter das Amt anvertraut hat.<sup>43</sup> Auch dies ist die Stadt G.

Damit kommt die erste Ansicht zu einem anderen Ergebnis. Gegen die Anstellungstheorie spricht, dass sie sehr eng gefasst ist und zu dem Ergebnis führt, dass sich der Staat einer Haftung entziehen könnte, wenn er Private mit der Aufgabenerfüllung betraute. Entscheidend muss aber sein, wessen Aufgaben der Amtsträger im Einzelnen wahrgenommen hat.<sup>44</sup> Die U-GmbH, für die M arbeitet, wurde von der Stadt G beauftragt und nahm mit der Durchführung des

Winterdienstes deren Aufgaben wahr. G ist gem. § 1 Abs. 2 GO NRW<sup>45</sup> eine Gebietskörperschaft, sodass sie passiv legitimiert ist.

*Anmerkung:* Die Kenntnis von § 1 Abs. 2 GO NRW wird nicht erwartet.

### III. Ergebnis

A hat gegen die Gemeinde G einen Anspruch auf Schadensersatz i.H.v. 500 € gem. § 839 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. Art. 34 S. 1 GG.

<sup>40</sup> *Ossenbühl/Cornils* (Fn. 23), S. 111; OLG Frankfurt am Main, Beschl. v. 30.11.2011 – 1 W 54/11, Rn. 12 (juris), das davon spricht, dass Naturalrestitution ausgeschlossen ist, wenn die Naturalrestitution nur durch hoheitliches Handeln bewirkt werden kann. Dies ist hier aber gerade nicht der Fall. Siehe auch OLG Hamm, Urt. v. 3.9.2014 – I-11 U 123/13, Rn. 35 (juris).

<sup>41</sup> Vgl. *Flume*, in: *Hau/Poseck* (Fn. 9), § 249 Rn. 56.

<sup>42</sup> Zu den beiden genannten Theorien *Detterbeck* (Fn. 2), Rn. 1096.

<sup>43</sup> BGH NJW 1987, 2737 f.

<sup>44</sup> BGH NJW 1970, 750.

<sup>45</sup> Entsprechendes gilt für die Gemeinden in anderen Bundesländern. Siehe etwa § 1 Abs. 1 HessGO; § 1 Abs. 2 GO SH; Art. 1 S. 1 BayGO; § 1 Abs. 3 SächsGO; § 1 Abs. 4 GO BW. Die Bundesländer Hamburg und Berlin haben indes keine Gemeindeordnung erlassen. In diesen Ländern wäre das Land selbst der Vertragspartner der U-GmbH. Die Länder ihrerseits sind als Staaten ebenfalls Gebietskörperschaften und folglich die haftende Körperschaft.