

**Bericht des Unterausschusses „Kommunalverfassungsrecht
und kommunale Personalangelegenheiten“ des AK III der IMK zur
Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 12. Dezember 2002
zur Amtshaftung der Rechtsaufsichtsbehörde
gegenüber der durch sie beaufsichtigten Körperschaft
(„Oderwitz“ – Sachsen)**

Vom 12. September 2003

Gliederung

- 1 Sachverhalt
- 2 Darstellung der Urteile
 - 2.1 Urteil des Oberlandesgerichts Dresden
 - 2.2 Urteil des Bundesgerichtshofs
- 3 Zusammenfassende Bewertung der Entscheidungen
 - 3.1 Inhalt der Rechtsaufsicht
 - 3.1.1 Verfassungsrechtlicher Rahmen
 - 3.1.2 Die Rechtsaufsichtsbehörden und ihre Befugnisse
 - 3.2 Drittgerichtetheit der Amtspflichten bei der Handhabung der Kommunalaufsicht
 - 3.3 Mitverschulden der Gemeinde
 - 3.4 Anforderungen an das Verhalten der Rechtsaufsichtsbehörde
- 4 Amtshaftung
 - 4.1 Umfang und Reichweite
 - 4.2 Persönliche Haftung der Bediensteten
- 5 Auswirkung der Entscheidungen auf die Verwaltungspraxis
 - 5.1 Für die Vergangenheit
 - 5.2 Für die Zukunft
 - 5.3 Übertragbarkeit auf andere Genehmigungsverfahren und die Fachaufsicht
- 6 Erforderlichkeit gesetzlicher Änderungen?
 - 6.1 Reduzierung von Genehmigungserfordernissen
 - 6.2 Regelungen in den Gemeindeordnungen zum Drittschutz
 - 6.3 Reformüberlegungen zur Staatshaftung
- 7 Untergesetzliche Handlungsfelder
 - 7.1 Maßnahmen der Rechtsaufsicht
 - 7.2 Umgang mit dem Haftungsrisiko
 - 7.3 Besondere Aufgaben der obersten Landesbehörden
- 8 Ergebnis

1 Sachverhalt

Den Entscheidungen des Bundesgerichtshofs und der Vorinstanz (OLG Dresden) liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Die Gemeinde Niederoderwitz (mit ca. 3.500 Einwohnern) im Freistaat Sachsen plante bereits seit 1992 den Bau einer neuen Sporthalle. Auf Grund knapper Eigenmittel entschied sie sich 1996, die Sporthalle durch einen Investor errichten zu lassen. Vertragliche Grundlagen dieses Investorenvorhabens waren im Wesentlichen ein Vertrag über den Verkauf eines Erbbaurechts an den Investor sowie ein langfristiger Mietvertrag (verdeckter Leasingvertrag) zwischen Gemeinde und Investor.

Beide Verträge waren genehmigungspflichtig, der Erbbaurechtsvertrag als Vermögensveräußerung (§ 90 Abs. 3 Nr. 1 SächsGemO), der langfristige Mietvertrag als kreditähnliches Rechtsgeschäft (§ 82 Abs. 5 SächsGemO). Der Landkreis erteilte als zuständige Rechtsaufsichtsbehörde im April 1997 die Genehmigungen für beide Rechtsgeschäfte – ohne dass dem eine sachgerechte Prüfung vorausgegangen wäre. Feststellungen des Sächsischen Rechnungshofs zufolge wäre eine Finanzierung der Turnhalle über einen Kommunalkredit für die Gemeinde günstiger gewesen; die Wirtschaftlichkeitsberechnung weist einen Endwertvorteil in Höhe von 637 TDM aus.

Mit Wirkung zum 1. Januar 1999 vereinigten sich im Rahmen der Gemeindegebietsreform im Freistaat Sachsen die beiden Gemeinden Niederoderwitz und Oberoderwitz zur neuen Gemeinde Oderwitz. In der Folge wurde den Organen der neuen Gemeinde die angespannte Finanzsituation bewusst, die aus der bisherigen Haushaltsführung der Gemeinde Niederoderwitz resultierte. Im Hinblick auf die – aus ihrer Sicht – drohende Verjährung möglicher Amtshaftungsansprüche gegen die Rechtsaufsichtsbehörde entschloss sich die Gemeinde im Frühjahr 2000 aufgrund der „Vollkommunalisierung“ des Landratsamtes im Freistaat Sachsen zur Erhebung einer Feststellungsklage gegen den Landkreis, um dessen Verpflichtung dem Grunde nach zu erreichen. Eine konkrete Bezifferung des Schadens war zum damaligen Zeitpunkt (und ist auch heute noch nicht) möglich, da der Schaden - bedingt durch das konkrete Leasing-Geschäft - von der künftigen Zinsentwicklung bis zum Ende des Vertragszeitraums abhängt. Die Feststellungsklage wurde mit Urteil des LG Görlitz vom 22.12.2000 abgewiesen, wobei das Landgericht ausdrücklich die Drittbezogenheit einer Amtspflicht der Rechtsaufsichtsbehörde ablehnte. Aufgrund der daraufhin von der Gemeinde Oderwitz eingele-

ten Berufung ergingen die nachfolgend dargestellten Entscheidungen, die Ausgangspunkt dieses Berichtes sind.

2 Darstellung der Urteile

2.1 Urteil des Oberlandesgerichts Dresden vom 11. Juni 2001, Az.: 6 U 254/01

Das Oberlandesgericht sprach der Gemeinde Oderwitz einen Anspruch nach § 1 Abs. 1 des Staatshaftungsgesetzes (StHG) der DDR in der Fassung des Einigungsvertrages (Anlage II Kapitel III Sachgebiet B Abschnitt III, BGBl. 1990 II S. 885, 1168) zu. Das StHG ist zwar mittlerweile im Freistaat Sachsen durch Gesetz vom 17. April 1998 (SächsGVBl. S. 151) aufgehoben worden, hat aber auf den zugrunde liegenden Streitfall noch Anwendung gefunden. In der Urteilsbegründung führte das OLG aus – wobei dies im Ergebnis aber offen gelassen werden konnte –, dass wegen des schuldhaften Handelns des Bediensteten auch ein Amtshaftungsanspruch vorliege.

Im Wesentlichen wurde folgendermaßen argumentiert: Die Genehmigung durch die Rechtsaufsichtsbehörde sei rechtswidrig erteilt worden, da die Genehmigungsvoraussetzungen gemäß § 82 Abs. 2 und 5, § 90 Abs. 3 Nrn. 1 und 2 SächsGemO¹ nicht erfüllt gewesen seien. Es liege ein ver-

¹

§ 82 Kreditaufnahmen

(1) Kredite (§ 73 Abs. 4) dürfen nur im Vermögenshaushalt und nur für Investitionen, Investitionsförderungsmaßnahmen und zur Umschuldung aufgenommen werden.

(2) Der Gesamtbetrag der vorgesehenen Kreditaufnahmen für Investitionen und Investitionsförderungsmaßnahmen bedarf im Rahmen der Haushaltssatzung der Genehmigung der Rechtsaufsichtsbehörde (Gesamtgenehmigung). Die Genehmigung soll unter dem Gesichtspunkt einer geordneten Haushaltswirtschaft erteilt oder versagt werden; sie kann unter Bedingungen erteilt oder mit Auflagen verbunden werden. Sie ist in der Regel zu versagen, wenn die Kreditverpflichtungen die dauernde Leistungsfähigkeit der Gemeinde gefährden.

...

(5) Die Begründung einer Zahlungsverpflichtung, die wirtschaftlich einer Kreditaufnahme gleichkommt, bedarf der Genehmigung der Rechtsaufsichtsbehörde. Absatz 2 Satz 2 und 3 gilt entsprechend. Eine Genehmigung ist nicht erforderlich für die Begründung von Zahlungsverpflichtungen im Rahmen der laufenden Verwaltung.

...

§ 90 Veräußerung von Vermögen

(1) Die Gemeinde darf Vermögensgegenstände veräußern, wenn sie zur Erfüllung ihrer Aufgaben nicht braucht und Gründe des Wohls der Allgemeinheit nicht entgegenstehen. Vermögensgegenstände dürfen in der Regel nur zu ihrem vollen Wert veräußert werden. Zur Förderung der Bildung privaten Eigentums unter sozialen Gesichtspunkten kann die Gemeinde bei der Veräußerung von Eigentumswohnungen und Grundstücken angemessene Nachlässe gewähren.

(2) Für die Überlassung der Nutzung von Vermögensgegenständen gilt Absatz 1 entsprechend.

(3) Der Genehmigung der Rechtsaufsichtsbehörde bedürfen Rechtsgeschäfte, in denen sich die Gemeinde verpflichtet,

1. Grundstücke oder grundstücksgleiche Rechte zu veräußern,

deckter Leasingvertrag und damit ein kreditähnliches Rechtsgeschäft vor. Die Genehmigung hätte unterbleiben müssen, weil die Kreditverpflichtung die dauernde Leistungsfähigkeit der Gemeinde gefährdet habe. Außerdem sei die für die Beurteilung derartiger Rechtsgeschäfte maßgebliche Verwaltungsvorschrift, die die Prüfungspflichten konkretisiere und die unbestimmten Rechtsbegriffe der §§ 82 und 90 SächsGemO konkretisiere, nicht beachtet worden.

Die Rechtswidrigkeit der kommunalaufsichtlichen Genehmigung sei nicht dadurch ausgeschlossen, dass die Genehmigung von der Gemeinde selbst beantragt wurde. Eine Einwilligung in ein etwaiges rechtswidriges Verhalten sei unbeachtlich, sofern damit gleichzeitig gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen werde.

Die im Zuge der Erteilung von Genehmigungen nach §§ 82, 90 SächsGemO zu beachtenden Amtspflichten bestünden auch gegenüber der Gemeinde; sie sei vom Schutzzweck der Amtspflicht erfasst. Soweit Gemeinden im Rahmen der staatlichen Rechtsaufsicht in Selbstverwaltungsangelegenheiten betroffen seien, müsse man sie grundsätzlich als Drittbegünstigte ansehen. Die für den Fall maßgeblichen haushaltswirtschaftlichen Genehmigungserfordernisse als Maßnahmen präventiver Rechtsaufsicht begründeten in der konkreten landesrechtlichen Ausgestaltung Amtspflichten, die auch dem Schutz der Gemeinde dienen. Dies sei aus dem Zweck der Genehmigungserfordernisse sowie aus der Beratungs- und Fürsorgepflicht der Rechtsaufsichtsbehörden gegenüber den Gemeinden zu folgen.

Eine Minderung des Anspruchs der Gemeinde gemäß § 2 StHG – einer speziellen Regelung zum Mitverschulden (§ 254 BGB) – komme nicht in Betracht. Zwar falle dem Bürgermeister Fahrlässigkeit zur Last, weil insbesondere die Ausschreibung des Finanzierungsgeschäfts unterblieben, der Gemeinderat nicht rechtzeitig unterrichtet worden und auch eine Überprüfung des geplanten Geschäfts unter dem Blickwinkel eigener dauernder Leistungsfähigkeit und den Grundsätzen einer ordnungsgemäßen Haushaltswirtschaft nicht oder fehlerhaft erfolgt sei. Die Gemeinde habe sich jedoch unter Berücksichtigung ihrer Größe und der damit einhergehenden unzureichenden Leistungsfähigkeit ihrer Verwaltung auf die zutreffende Würdigung des Sachverhalts durch die Rechtsaufsichtsbehörde

-
2. andere Vermögensgegenstände unentgeltlich oder unter ihrem vollen Wert zu veräußern sofern sie nicht geringwertig sind,
 3. Vermögensgegenstände mit besonderem wissenschaftlichen, geschichtlichen, künstlerischen oder denkmalpflegerischen Wert zu veräußern.

verlassen dürfen. Hierzu könne auf die Zivilrechtsprechung, wonach auf ein Mitverschulden des Beratenen bei Verletzung einer Beratungspflicht nicht zurückgegriffen werden könne, verwiesen werden. In der Urteilsbegründung wird erörtert und im Ergebnis offen gelassen, ob der Schutzzweck des Genehmigungsvorbehalts die Berücksichtigung eines Mitverschuldens der Gemeinde generell ausschließt, weil nach Auffassung des Gerichts – in Anlehnung an die Rechtsprechung zur Stiftungsaufsicht – die Aufsicht die Gemeinde gerade vor Fehlverhalten des Vertretungsorgans schützen soll. Andernfalls drohe der Gemeinde (teilweise) Schutzlosigkeit gerade in besonders krassen Fällen, weil die Gemeindeorgane stets am Zustandekommen beteiligt seien.

Das Oberlandesgericht befasste sich zwar mit Staatshaftungsansprüchen, das Staatshaftungsgesetz ist jedoch für nach dem 18. April 1998 entstandene Ansprüche nicht mehr anwendbar. Allerdings unterliegen Amtshaftungsansprüche in der hier vor allem entscheidenden Frage, ob bei rechtsaufsichtlichen Maßnahmen zu beachtende Amtspflichten drittschützenden Charakter haben, den selben Voraussetzungen.

2.2 Urteil des Bundesgerichtshofs vom 12. Dezember 2002, Az.: III ZR 201/01

Der Bundesgerichtshof wies die Revision des Landkreises Löbau-Zittau zurück und bejahte einen Amtshaftungsanspruch der Gemeinde (§ 839 BGB i.V.m. Artikel 34 GG). Das Urteil lässt erkennen, dass der BGH selbst sich wohl unproblematisch in der Kontinuität seiner Amtshaftungsrechtsprechung sieht. In einer dementsprechend kurz gefassten, sich mit cursorischen Verweisungen auf z.T. ältere Rechtsprechung begnügenden Entscheidung hat der BGH im Wesentlichen Folgendes ausgeführt:

Die bei Genehmigungen nach § 82 Abs. 5 und § 90 Abs. 3 Nr. 1 SächsGemO zu beachtenden Amtspflichten seien drittschützend auch für die zu beaufsichtigende Gemeinde; ebenso falle der entstandene Schaden in den sachlichen Schutzbereich der verletzten Pflichten. Es sei in der Rechtsprechung des BGH anerkannt, dass „Dritter“ im Sinne von § 839 Abs. 1 Satz 1 BGB auch eine juristische Person des öffentlichen Rechts sein könne. Dies gelte jedoch nur dann, wenn der handelnde Beamte gegenüber der geschädigten Körperschaft in einer Weise gegenübergetreten sei, wie dies für das Verhältnis Staat – Bürger charakteristisch sei. Hingegen fehle es an der Drittgerichtetheit, wenn die beide Seiten gleichsinnig an der ihnen gemeinsam übertragenen Aufgabe zusammenwirken und

nicht in Vertretung einander widerstreitender Interessen gegenüberstehen. Die Drittgerichtetheit sei hier zu bejahen. Das Landratsamt sei als Rechtsaufsichtsbehörde tätig geworden. Im Rahmen der Genehmigung sei zu prüfen gewesen, ob die übernommenen Verpflichtungen mit der dauernden Leistungsfähigkeit der Gemeinde im Einklang stehen, das Investorenvorhaben dem Grundsatz einer sparsamen und wirtschaftlichen Haushaltsführung entsprach und die Aufgabenerfüllung durch die Gemeinde weiterhin gesichert war. Mit dieser Zielrichtung sei der Rechtsaufsichtsbehörde eine Schutzfunktion auch (konkret) zugunsten der beaufsichtigten Gemeinde auferlegt. Der BGH verweist hierzu auf eine allgemeine Aussage des Reichsgerichts (RGZ 118, 94, 99), wonach die mit der Rechtsaufsicht betrauten Beamten nicht allein Sorge zu tragen haben, dass die Verwaltung gesetzesgemäß und in geordnetem Gange bleibt, sondern dass diese bei der Ausübung der Kommunalaufsicht auch auf die Belange der Gemeinde die gebührende Rücksicht zu nehmen und sie vor Schädigungen zu bewahren haben; sie verletzen, wenn sie es nicht tun, die ihnen den Gemeinden gegenüber obliegende Amtspflicht. Dies gelte für jede Art der Betätigung, auch bei der Erteilung eines Rates. Solche Schutzpflichten kämen nicht nur bei belastenden Maßnahmen, sondern auch bei Maßnahmen in Betracht, die für die Gemeinde begünstigend oder von ihr selbst angestrebt seien. Der durch die Genehmigungen verursachte Schaden unterfalle dem Schutzbereich der wahrzunehmenden Amtspflichten, obwohl das genehmigte Handeln der Gemeinde dem Bereich der kommunalen Selbstverwaltung zuzuordnen sei, denn die Gemeinde sei auch in diesem Bereich an die Rechts- und Verwaltungsgrundsätze einer sparsamen und wirtschaftlichen Haushaltsführung gebunden.

3 Zusammenfassende Bewertung der Entscheidungen

Mit der Revision wurde das Urteil des Oberlandesgerichts zur Überprüfung gestellt. Das Revisionsvorbringen beschränkte sich aber im Wesentlichen auf die Frage, inwieweit das rechtsaufsichtliche Handeln drittschützend gewesen sein kann. Andere Fragen, insbesondere ob ein Mitverschulden der Gemeinde in Betracht kommt, wurden in der Revisionsbegründung nicht mehr dezidiert aufgegriffen. Das mag erklären, dass diese Fragen vom BGH nur sehr cursorisch und mit knappem Verweis auf die oberlandesgerichtliche Entscheidung behandelt werden. Auch die für die Praxis wichtige Frage, welche Anforderungen an die Rechtsaufsicht hinsichtlich der zu obwaltenden Sorgfalt oder der Prüfungstiefe zu stellen sind, hat angesichts des Sachverhalts (auch im Vorbringen der Parteien) keine Rolle gespielt. Gleichwohl stellt das Urteil des Bundesgerichtshofes eine für die Praxis außerordent-

lich wichtige Entscheidung dar, da der Bundesgerichtshof erstmals ausdrücklich entschieden hat, dass Amtshaftungsansprüche auch im Verhältnis zwischen Rechtsaufsichtsbehörde und beaufsichtigter Kommune in Frage kommen. Zudem bietet das Urteil „Interpretationsspielräume“, die auszuloten einzelne Gemeinden angekündigt haben.

Im Mittelpunkt der Diskussion stehen dabei folgende Aspekte:

- a) die Drittgerichtetheit der Amtspflichten bei der Handhabung der Kommunalaufsicht (3.2);
- b) die Bewertung eines eventuellen gemeindlichen Mitverschuldens (3.3);
- c) die Anforderungen an das Handeln der Rechtsaufsichtsbehörde (3.4).

Sie betreffen die Systematik der Kommunalaufsicht (Rechtsaufsicht); auf diese wird daher nachstehend zunächst eingegangen.

3.1 Inhalt der Rechtsaufsicht

3.1.1 Verfassungsrechtlicher Rahmen

Artikel 28 Abs. 2 GG gewährleistet den Gemeinden das Recht, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln. Eine (bundes-)verfassungsrechtliche Pflicht zur staatlichen Aufsicht über die Kommunen enthält Artikel 28 Abs. 2 GG jedoch nicht (vgl. Maunz-Dürig, Kommentar zum GG, 3. Bd., 41. EL, Rdn. 67 zu Artikel 28). Aufgrund des Gesetzesvorbehalts des Artikel 28 GG steht es den Ländern jedoch frei, Regelungen zur Kommunalaufsicht zu schaffen.

Davon haben alle 13 Flächenländer Gebrauch gemacht und in ihren Landesverfassungen Vorschriften über die Rechtsaufsicht über Kommunen erlassen:

Land	Landesverfassung
Baden- Württemberg	<p>Art. 75 Abs. 1 Verf BaWü</p> <p>Das Land überwacht die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung der Gemeinden und Gemeindeverbände. Durch Gesetz kann bestimmt werden, dass die Übernahme von Schuldverpflichtungen und Gewährschaften sowie die Veräußerung von Vermögen von der Zustimmung der mit der Überwachung betrauten Staatsbehörde abhängig gemacht werden, und dass diese Zustimmung unter dem Gesichtspunkt einer geordneten Wirtschaftsführung erteilt oder versagt werden kann.</p>
Bayern	<p>Art. 83 Abs. 4 BayVerf</p> <p>Die Gemeinden unterstehen der Aufsicht der Staatsbehörden. In den Angelegenheiten des eigenen Wirkungskreises der Gemeinden wacht der Staat nur über die Erfüllung der gesetzlichen Pflichten und die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften durch die Gemeinden. In den Angelegenheiten des übertragenen Wirkungskreises sind die Gemeinden überdies an die Weisungen der übergeordneten Staatsbehörden gebunden. Der Staat schützt die Gemeinden bei Durchführung ihrer Aufgaben.</p> <p>Art. 83 Abs. 6 BayVerf</p> <p>Die Bestimmungen der Abs. 2 mit 5 gelten auch für Gemeindeverbände.</p>
Brandenburg	<p>Art. 97 Abs. 1 Satz 2 BbgVerf</p> <p>Dem Land steht nur die Rechtsaufsicht gegenüber Gemeinden und Gemeindeverbänden zu.</p>
Hessen	<p>Art. 137 Abs. 3 HV</p> <p>Das Recht der Selbstverwaltung ihrer Angelegenheiten wird den Gemeinden und Gemeindeverbänden vom Staat gewährleistet. Die Aufsicht des Staates beschränkt sich darauf, dass ihre Verwaltung im Einklang mit den Gesetzen geführt wird.</p>
Mecklenburg-Vorpommern	<p>Art. 72 Abs. 4 Verf M-V</p> <p>Die Aufsicht des Landes stellt sicher, dass die Gesetze beachtet und die übertragenen Angelegenheiten weisungsgemäß ausgeführt werden.</p>
Niedersachsen	<p>Art. 57 Abs. 5 Nds. Verf</p> <p>Das Land stellt durch seine Aufsicht sicher, dass die Gesetze beachtet und die Auftragsangelegenheiten weisungsgemäß erfüllt werden.</p>

Land	Landesverfassung
Nordrhein-Westfalen	Art. 78 Abs. 4 Verf NRW Das Land überwacht die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung der Gemeinden und Gemeindeverbände. Das Land kann sich bei Pflichtaufgaben ein Weisungs- und Aufsichtsrecht nach näherer gesetzlicher Vorschrift vorbehalten.
Rheinland-Pfalz	Art. 49 Abs. 3 Verf RP Das Recht der Selbstverwaltung ihrer Angelegenheiten ist den Gemeinden und Gemeindeverbänden gewährleistet. Die Aufsicht des Staates beschränkt sich darauf, dass ihre Verwaltung im Einklang mit den Gesetzen geführt wird.
Saarland	Art. 122 SVerf Die Gemeinden und Gemeindeverbände unterstehen der Aufsicht des Staates. In Selbstverwaltungsangelegenheiten beschränkt sich die Aufsicht darauf, die Rechtmäßigkeit sicherzustellen.
Sachsen	Art. 89 SächsVerf (1) Der Freistaat überwacht die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung der Gemeinden, der Landkreise und der anderen Gemeindeverbände. (2) Durch Gesetz kann bestimmt werden, dass die Übernahme von Schuldverpflichtungen und Gewährschaften sowie die Veräußerung von Vermögen von der Zustimmung der mit der Überwachung betrauten Behörde abhängig gemacht und dass diese Zustimmung unter dem Gesichtspunkt einer geordneten Wirtschaftsführung erteilt oder versagt werden kann.
Sachsen-Anhalt	Art. 87 Abs. 4 VerflSA Das Land sichert durch seine Aufsicht, dass die Gesetze beachtet und die nach Abs. 3 übertragenen Aufgaben weisungsgemäß ausgeführt werden.
Schleswig-Holstein	Art. 46 Abs. 3 Verf SH Das Land sichert durch seine Aufsicht die Durchführung der Gesetze. Das Nähere regelt ein Gesetz.
Thüringen	Art. 94 VerfThür Die Gemeinden und Gemeindeverbände unterstehen der Aufsicht des Landes. In Selbstverwaltungsangelegenheiten ist die Aufsicht auf die Gewährleistung der Gesetzmäßigkeit beschränkt.

Zusammenfassend ist dabei festzuhalten, dass alle Länder vergleichbare Regelungen zur allgemeinen Ausgestaltung der Rechtsaufsicht haben. Nur das Land Baden-Württemberg und der Freistaat Sachsen haben darüber hinaus eine spezielle Ermächtigung zur Kontrolle der kommunalen Finanzen.

Anknüpfend an diesen verfassungsrechtlichen Rahmen wird in den Kommunalverfassungen die Systematik des rechtsaufsichtlichen Instrumentariums entwickelt.

3.1.2 Die Rechtsaufsichtsbehörden und ihre Befugnisse

Die allgemeinen Befugnisse der Rechtsaufsicht umfassen in einer regelmäßig auch zu beachtenden Rangfolge nach der Bedeutung des Eingriffs:

- Informationsrecht
- Beanstandungsrecht bei begangenen Rechtsverletzungen
- Anordnungsrecht, wenn die Erfüllung bestehender Pflichten unterlassen wird
- Ersatzvornahme unmittelbar auf Kosten und im Namen der beaufsichtigten Körperschaft
- Bestellung eines Beauftragten (des sog. Kommissars), wenn die vorgenannten Maßnahmen nicht mehr ausreichen
- äußerstenfalls, soweit das Landesrecht dies vorsieht, die vorzeitige Beendigung der Amtszeit des Bürgermeisters (Landrats) und die Auflösung des Gemeinderats (Kreistags).

Die Handhabung der einzelnen Aufsichtsmittel ist in das pflichtgemäße Ermessen der Aufsichtsbehörde gestellt (Opportunitätsprinzip). Lediglich im Freistaat Thüringen gilt das Legalitätsprinzip in der Rechtsaufsicht.

Land	Rechtsgrundlage	
Baden-Württemberg	§ 118 BW GemO	Opportunitätsprinzip
Bayern	Art. 112 BayGO	Opportunitätsprinzip
Brandenburg	§§ 123 bis 128 GO	Opportunitätsprinzip
Hessen	§§ 135 S. 2, 137-141, 141 a Abs. 2 HGO	Opportunitätsprinzip
Mecklenburg-Vorpommern	§ 78 KV M-V	Opportunitätsprinzip
Niedersachsen	§§ 129 – 132 NGO / §§ 71 – 74 NLO	Opportunitätsprinzip

Nordrhein-Westfalen	§ 119 GO NRW	Opportunitätsprinzip
Rheinland-Pfalz	§ 117 GemO RhPf.	Opportunitätsprinzip
Saarland	§§ 127, 130 KSVG	Opportunitätsprinzip
Sachsen	§ 114 Abs. 1 SächsGemO	Opportunitätsprinzip
Sachsen-Anhalt	Ausnahme: § 126 Absatz 2 Satz 3 GO LSA, Pflicht nach Beanstandung durch Landesrechnungshof und die staatlichen Rechnungsprüfungsämter.	Opportunitätsprinzip
Schleswig-Holstein	§§ 123 - 127 GOSH	Opportunitätsprinzip
Thüringen	§§120 und 121 ThürKO	Legalitätsprinzip

Das Opportunitätsprinzip erlaubt es der Rechtsaufsichtsbehörde, z.B. bei Organstreitigkeiten, geringfügigen Rechtsverletzungen oder bei nicht hinreichend sicher geklärt Rechtslage Zurückhaltung zu wahren oder bei Individualrechtsstreitigkeiten, insbesondere solchen, die sich nach bürgerlichem Recht beurteilen, den Beschwerdeführer auf den Klageweg zu verweisen. Ein subjektives Recht des Einzelnen auf Einschreiten besteht nicht. Je schwerer jedoch die Rechtsverletzung und je deutlicher das öffentliche Interesse ist, desto mehr verdichtet sich indes das Ermessen der Rechtsaufsichtsbehörde zu einer objektivrechtlichen Pflicht zum Einschreiten (wie sie z. B. in § 126 Abs. 2 Satz 3 GO LSA gesetzlich konkretisiert ist). Dabei sind stets der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit der Mittel sowie das Gebot, die zu beaufsichtigten Kommunen nicht zu gängeln, sondern ihre Entschlusskraft und Verantwortungsbereitschaft zu fördern (§ 111 Abs. 3 SächsGemO) zu beachten. Verfügungen auf dem Gebiet der Rechtsaufsicht sind Verwaltungsakte, die mit Widerspruch und Anfechtungsklage angegriffen werden können.

c) Neben diesen allgemeinen Befugnissen wird Rechtsaufsicht in erheblichem Umfang im Rahmen formalisierter Genehmigungs- und Vorlageverfahren durchgeführt, insbesondere im kommunalen Haushalts- und Wirtschaftsrecht. Weitere Genehmigungsvorbehalte existieren z. B. im Recht der kommunalen Zusammenarbeit.

3.2 Drittgerichtetheit der Amtspflichten bei der Handhabung der Kommunalaufsicht

3.2.1 Die Grundannahme, dass Amtspflichten im Zusammenhang mit rechtsaufsichtlicher Tätigkeit Drittschutz entfalten können, steht nicht im Widerspruch zu der bisherigen Rechtsprechung des BGH. Nach ständiger Rechtsprechung kann „Dritter“ im Sinne von § 839 Abs. 1 BGB auch eine juristische Person des öffentlichen Rechts sein, sofern sich die beteiligten Behörden gleichsam als „Gegner“ gegenüberstehen, so dass die Behörden bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben nicht als Teil eines einheitlichen Ganzen erscheinen (vgl. BGHZ 148, 139, 147; Urteil vom 21. Juni 2001, Az.: III ZR 34/00 m.w.N.). Der BGH macht in seinem Urteil vom 12.12.2002 und, soweit ersichtlich, auch in früheren Entscheidungen keine Ausführungen, inwieweit dies für das Verhältnis zwischen der Rechtsaufsichtsbehörde und der beaufsichtigten Gemeinde zutrifft. Der BGH argumentiert ausschließlich auf der Grundlage der konkreten landesrechtlich ausgestalteten Amtspflicht und ihrer Zielrichtung und beurteilt danach die Schutzwirkungen zu Gunsten der Gemeinde.

3.2.2 Gegen die Annahme, die Gemeinde sei generell im Verhältnis zur Rechtsaufsichtsbehörde „Dritter“ im Sinne des Haftungsrechts, ließe sich zwar einwenden, dass hinsichtlich der Aufgabe, die Gesetzmäßigkeit der Kommunalverwaltung zu wahren bzw. wiederherzustellen zwischen der Kommune und der Rechtsaufsichtsbehörde gerade keine widerstreitenden Interessen bestehen. Die Aufgabe der Rechtsaufsichtsbehörden, die Gesetzmäßigkeit der Kommunalverwaltung in Selbstverwaltungsangelegenheiten zu gewährleisten, befreit die Kommunen nicht davon, selbst Verantwortung für die Rechtmäßigkeit ihres Handelns wahrzunehmen. Insoweit wirken Kommune und Rechtsaufsichtsbehörde bei der ihnen gemeinsam obliegenden Aufgabe, die Rechtmäßigkeit der Verwaltung zu wahren, zusammen. So hat auch das OVG Rheinland-Pfalz zur Kommunalaufsicht nach § 117 ff. RhPfGemO (Beschluss vom 29. Mai 1985, Az. 7 B 11/85, AS 19, 353) die Auffassung vertreten, die Kommunalaufsicht vertrete ausschließlich staatliche Interessen. Die Entscheidung befasste sich allerdings mit einem etwas anders gelagerten Sachverhalt und erging in einem Organstreitverfahren zwischen Gemeindeorganen. Dem lässt sich entgegenhalten, dass die Aufsicht neben den allgemeinen Funktionen der Rechtswahrung und der Koordination der Verwaltungsträger einen konkreten Schutzcharakter hat. Es geht eben auch um die Abwehr von Gefahren, nicht zuletzt auch um den Schutz vor anderen Gemeinden und vor den Folgen eigener Fehlentscheidungen (Oebbecke, DÖV 2001, 406, 408; er bezeichnet diese Schutzfunktion als „allgemein anerkannt“). Überwiegend wird in der Literatur – z. T. recht pauschal – vertreten, dass bei einer nicht rechtmäßig gehandhabten Auf-

sicht Amtspflichten gegenüber der Gemeinde verletzt werden (Gern, SächsKomR, 2. Aufl., Rdn. 947; Oebbecke, DÖV 2001, 406, 408; Hölzl/Hien, Erl. 3 a.E. zu Artikel 108 BayGO). Dies spricht dafür, den Gedanken eines möglichen Drittschutzes nicht a limine auszuschließen.

3.2.3 Selbst wenn man den Gedanken eines möglichen Drittschutzes bejaht, sind keine Aussagen über seine konkrete Reichweite getroffen. Das Urteil des BGH trifft hier letztlich keine klare Festlegung. Allerdings eröffnet es vor allem durch seine kursorische, gleichsam beiläufige Feststellung und den Verweis auf eine allgemein gehaltene Feststellung des Reichsgerichts Zweifelsfragen und Interpretationsspielräume.

3.2.4 Fraglich ist, ob das Urteil so zu verstehen ist, dass der BGH Amtspflichten im Zusammenhang mit rechtsaufsichtlichen Genehmigungen pauschal als drittschützend einstuft.

Im Urteil wird einerseits angeführt, die Rechtsaufsicht entfalte "mit dieser Zielrichtung" Schutzfunktion auch zu Gunsten der zu beaufsichtigenden Gemeinde, nachdem zuvor der zu berücksichtigende Prüfungsmaßstab, die konkreten landesrechtlichen Genehmigungstatbestände, skizziert wurde.

Zwar zitiert der BGH ein Urteil des Reichsgerichts aus dem Jahre 1927 mit Folgendem:

„Eine bloße Raterteilung an eine Gemeinde, eine ihr erteilte Genehmigung, Maßnahmen, die auf die Entschließung der Gemeinden von erheblichem Einfluss zu sein pflegen, können schon eine Amtspflichtverletzung ihnen gegenüber enthalten.“

Dabei ist allerdings auf das Wort „können“ hinzuweisen. Im Zusammenhang des Urteils gelesen, könnte man daher die Auffassung vertreten, es diene mehr der Bekräftigung der Rechtsauffassung des BGH und dass nicht bezweckt war, schon jede fehlerhafte Raterteilung für Haftungsansprüche zu öffnen; insofern komme es auf die Beurteilung des Einzelfalls an. Dies zeigt auch die hier zitierte Entscheidung des Reichsgerichts (RGZ 118, 94, 99): Dort hatte ein Regierungsvizepräsident schriftlich sein ausdrückliches „Einverständnis“ mit der (rechtswidrigen) Auszahlung von finanziellen Einmalzuwendungen an Erwerbslose durch die Gemeinde erteilt, ohne dass die Gemeinde einen entsprechenden Antrag gestellt hatte. Er sah sich „unter dem Druck einer Zusammenrottung von Arbeitslosen“ veranlasst, ein Schreiben an die Gemeinde zu verfassen, in dem er sich mit der Auszahlung einer bestimmten Summe an Erwerbslose und andere Bevölkerungsgruppen einverstanden erklärte. Die Gemeinde tätigte die Auszahlungen (die den eigenen Wirkungskreis der Gemeinde betrafen und für die es keine Rechtsgrundlage gab) erst, nachdem sie einige Zeit auf einen Widerruf dieses Schreibens gewartet hatte. Dieser Sachverhalt ist zudem nicht mit der Situation

gewartet hatte. Dieser Sachverhalt ist zudem nicht mit der Situation vergleichbar, dass eine Gemeinde veranlassend tätig wird und eine Genehmigung bei der Rechtsaufsichtsbehörde beantragt.

Andererseits stellte das Reichsgericht damals fest, dass die Beaufsichtigung der Selbstverwaltungskörperschaft durch staatliche Behörden sicherstellen solle, dass die Verwaltung der Gemeindeangelegenheiten den Vorschriften der Gesetze gemäß geführt wird und stets in geordnetem Gang bleibt. Trotz dieses Zweckes der Kommunalaufsicht hätten die mit ihr betrauten Beamten bei ihrer Ausübung auch auf die Belange der Gemeinde die gebührende Rücksicht zu nehmen und sie vor Schädigungen zu bewahren. Sie verletzen, wenn sie es nicht tun, die ihnen den Gemeinden gegenüber obliegende Amtspflicht. Das gelte nicht bloß für Zwangsmaßnahmen im Aufsichtswege, sondern für jede Art der Betätigung der Kommunalaufsicht (RGZ 118, 94,99). Für die Frage der Haftung komme es danach nicht auf die Frage an, ob es sich um einen bloßen Rat oder eine verbindliche Anordnung handelte.

3.2.5 Im Falle einer haushaltsrechtlichen Genehmigung sieht der BGH den drittschützenden Charakter als gegeben an. Eine Haftung kommt nach dem Urteil vom 12.12.2002 in Betracht, wenn die Amtspflicht nicht nur den Zweck hat, allgemein öffentliche Interessen zu verfolgen, sondern auch, die Interessen gerade des anspruchstellenden Dritten wahrzunehmen (BGHZ 35, 44; Urteil vom 24. April 1961, Az. III ZR 40/60 m .w .N.). Dieser Zweck ergibt sich aus den Bestimmungen, die die Amtspflicht begründen und umreißen, sowie aus der besonderen Natur des Amtsgeschäftes. Dabei genügt es, dass die Amtspflicht neben der Erfüllung allgemeiner Interessen und der Verfolgung öffentlicher Zwecke auch den Zweck verfolgt, die Interessen des Einzelnen wahrzunehmen, selbst wenn dieser keinen Rechtsanspruch auf Vornahme der Amtshandlung hat (vgl. BGHZ 68, 142, 145; 35, 44, 47). Dieser grundsätzliche Ansatz ist unstrittig. Dass die Drittgerichtetheit für das vorliegende Genehmigungserfordernis zu bejahen ist, folgert der Bundesgerichtshof aus dem Prüfungsmaßstab bei Genehmigungen nach §§ 82 und 90 SächsGemO in Verbindung mit der KommInvestVwV. Demnach durfte die Genehmigung nur erteilt werden, wenn der Vertragsschluss den Grundsätzen einer geordneten Haushaltswirtschaft entsprach, die übernommenen Verpflichtungen mit der dauernden Leistungsfähigkeit des kommunalen Aufgabenträgers in Einklang standen und das Investorenvorhaben den Grundsatz der sparsamen und wirtschaftlichen Haushaltsführung entsprach. Die KommInvestVwV verfolgt als konkretes Ziel die Aufrechterhaltung der Leistungsfähigkeit der beaufsichtigten Kommune und nicht bloß normative Ziele, wie die Einhaltung des Haushaltsrechts als solches. Bei

diesen Prüfungserfordernissen ist ein Drittschutz nahe liegend, da sie erkennbar darauf abzielen, nicht nur übergeordnete öffentliche Interessen zu wahren, sondern auch die genehmigungsersuchende Gemeinde vor finanziell nachteiligen Folgen zu schützen. Dass rechtsaufsichtliche Genehmigungserfordernisse den Zweck verfolgen (können), kommunale Gebietskörperschaften vor weitreichenden, die Leistungsfähigkeit übersteigenden Geschäften zu schützen, hat der Bundesgerichtshof auch schon in früheren Entscheidungen ausgeführt (BGHZ 142, 51, 54ff) und wird auch in der Literatur befürwortet (Hölzl/Hien, Erl. 3 zu Artikel 108 BayGO, wonach in Ausnahmefällen sogar Ansprüche auf ein Einschreiten zum Schutz der Gemeinde bestünden). Auch das OLG Brandenburg misst in seinem Urteil vom 6. November 2001 (LKV 2002, 389 ff.) vergleichbaren Bestimmungen der brandenburgischen Gemeindeordnung drittschützende Wirkung bei.

3.2.6 Hinsichtlich der Frage, ob die Gemeinde im Verhältnis zur Rechtsaufsichtsbehörde tatsächlich Dritter ist, unterscheiden v. Mutius/Groth (NJW 2003, 1278 ff.), ob die Kommunalaufsicht repressiv oder präventiv ausgeübt wird. Bei der repressiven Kommunalaufsicht kann man insbesondere im Hinblick darauf, dass ein starker Eingriff in das kommunale Selbstverwaltungsrecht gegeben sein kann, zu dem Ergebnis kommen, dass Rechtsaufsicht und Gemeinde sich insoweit wie Staat und Bürger gegenüberstehen. Es könne insofern auch von einer Rechtsbeziehung ausgegangen werden, die einem Verhältnis der Über- und Unterordnung vergleichbar ist. Im Bereich der präventiven Kommunalaufsicht kann dies jedoch zweifelhaft sein. So könnte man hier auch von einem „gleichsinnigen Zusammenwirken“ zwischen Gemeinde und Rechtsaufsichtsbehörde ausgehen (v. Mutius/Groth a. a. O. S. 1280, 1281) und somit die Auffassung vertreten, die Gemeinde sei eben nicht „Dritter“ im Sinne des Amtshaftungsrechtes, zumal sie selbst die Genehmigung bei der Rechtsaufsichtsbehörde beantragt hat (hierauf weist auch Meyer, NVwZ 2003, 818, 820 hin: es sei „sonderbar, die auf Antrag der Gemeinde erteilte Genehmigung gleichsam als ‚Eingriff‘ in die Rechtssphäre der Gemeinde zu werten“). Freilich darf der Gedanke, die Gemeinde habe die Genehmigung selbst beantragt, nicht überspannt werden. Die Vorstellung, Gemeinde und Aufsichtsbehörde arbeiteten hier mit gleicher Zielrichtung, weil es beiden Seiten nur darum gehe, die Einhaltung des Haushaltsrechts zu verwirklichen, dürfte nicht im Vordergrund stehen. Der Gemeinde geht es um die Verwirklichung eines konkreten kommunalen Sachvorhabens, vor dessen Verwirklichung das gesetzlich angeordnete Genehmigungsverfahren durchlaufen werden muss.

3.2.7 Die Argumentation des BGH steht nicht im Widerspruch zu sächsischem Verfassungsrecht (Artikel 89 SächsVerf). Zwar hat sich der Bundesgerichtshof nicht ausdrücklich mit dieser Verfassungsbestimmung auseinandergesetzt. Jedoch wäre er unter deren Berücksichtigung kaum zu einem anderen Ergebnis gelangt. Nach Artikel 89 SächsVerf ist es Aufgabe des Freistaates, die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung in den Gemeinden zu überwachen. Damit wird aber lediglich die Staatsaufsicht über die Gemeinden als Korrelat der kommunalen Selbstverwaltung beschrieben (Müller, Kommentar zur Verfassung des Freistaates Sachsen, 1. Auflage 1993, Anmerkung zu Artikel 89). Es lässt sich nicht ableiten, dass die Kommunalaufsicht ausschließlich staatliche Interessen verfolgen soll, allerdings lässt sich Artikel 89 Abs. 1 SächsVerf auch umgekehrt kein allgemeiner Drittschutz zu Gunsten der Kommunen entnehmen. Allerdings spricht Artikel 89 Abs. 2 SächsVerf für die Annahme eines Drittschutzes. Hiernach kann durch Gesetz bestimmt werden, dass bestimmte finanziell und wirtschaftlich bedeutsame Bereiche, obgleich es sich um Selbstverwaltungsangelegenheiten handelt, einem Genehmigungserfordernis unterworfen werden können, in dem auch Gesichtspunkte der geordneten Wirtschaftsführung geprüft werden können. Die Prüfung der geordneten Wirtschaftsführung dürfte stets auch im Interesse der beaufsichtigten Gemeinden liegen.

3.3 Mitverschulden der Gemeinde

3.3.1 Das OLG hat ein Mitverschulden der Gemeinde im Ergebnis verneint. Dem hat sich der BGH angeschlossen. Das OLG habe eine vom Ansatz her in Betracht zu ziehende Anspruchskürzung „nach den Besonderheiten des Falles“ rechtsfehlerfrei verneint.

In den Urteilsgründen des OLG wurde festgestellt, dass der Bürgermeister der Gemeinde zwar (zumindest) fahrlässig gehandelt habe, weil

- die Ausschreibung des Finanzierungsgeschäfts unterlassen wurde,
- der Gemeinderat nicht möglichst frühzeitig über die Absichten und Vorstellungen der Gemeindeverwaltung informiert wurde,
- die Bildung eines beratenden Ausschusses zur Vorbereitung des für die Gemeinde bedeutsamen Vertrages unterblieben ist und
- sämtliche Gesichtspunkte zur Vereinbarkeit des kreditähnlichen Rechtsgeschäftes mit der dauernden Leistungsfähigkeit der Gemeinde und den Grundsätzen ordnungsgemäßer Haus-

haltungswirtschaft ungeprüft geblieben bzw. fehlerhaft beurteilt worden sind (vgl. S. 44 ff. des Umdrucks).

3.3.2 Dennoch überlagere das rechtswidrige und schuldhafte Verhalten des Bediensteten des Beklagten im Zuge der Genehmigungserteilung ein solches der Klägerin zuzurechnendes Verschulden des ehemaligen Bürgermeisters der Gemeinde. Dies ist aus folgenden Gründen bedenklich:

a) Das OLG spricht im Zusammenhang mit einer Gemeinde von ca. 3.500 Einwohnern von einer kleinen Gemeinde, bei der von einer entsprechend geringen Verwaltungskraft und Fachkompetenz ausgegangen werden kann. Außerdem sei zur Qualifikation des Bürgermeisters nichts vorgetragen. Dem ist entgegenzuhalten, dass auch einer Gemeinde dieser Größe Eigenständigkeit zugebilligt und damit die Fähigkeit zuerkannt ist, die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft in eigener Verantwortung zu regeln. Daher spricht nichts für die apodiktische (in der Revision freilich auch nicht angegriffene) Feststellung, die Gemeinde sei verwaltungsschwach. Das Recht der Selbstverwaltung bringt für die Gemeinde auch die Obliegenheit mit sich, sich in den Stand zu versetzen, die damit einhergehenden Angelegenheiten (und nicht nur die Geschäfte der laufenden Verwaltung) unter Anspannung der eigenen Möglichkeiten, gegebenenfalls bei Bedarf auch unter Einbeziehung externen Sachverständigen, zu erfüllen. Dies ist auch Ausdruck der Bindung der Gemeinde an Recht und Gesetz nach Artikel 20 Abs. 3 GG. Hiermit ist es nicht vereinbar, wenn eine Gemeinde ihre Verwaltungsaufgaben durch Vorlage an die Rechtsaufsichtsbehörde gewissermaßen von dort aus erledigen lässt. Schließlich hat der BGH, allerdings im Zusammenhang mit der Versagung des Einvernehmens nach § 36 BauGB, die Eigenverantwortung der Gemeinde betont und ausgeführt, die Planungshoheit habe auch einen haftungsrechtlichen Preis; die Gemeinde habe daher nicht der Rechtsauffassung des Landratsamtes unbesehen vertrauen dürfen (BGH DÖV 2003, 295, 296).

Daher greift das OLG-Urteil bei weitem zu kurz, wenn es (S. 47 des Umdrucks) als Bereich der gemeindlichen Eigenverantwortung ausreichen lässt, im Rahmen des Genehmigungsverfahrens wahrheitsgemäße und vollständige Angaben zu machen. Auch der Hinweis auf die Qualifikation des Bürgermeisters ist sehr bedenklich. Denn es liegt gerade im Wesen unmittelbarer Volkswahl, dass das leitende Amt allein auf dem politischen Mandat und Vertrauen der Bürgerschaft beruht und nicht an eine verwaltungsfachliche Vorbildung gebunden ist.

b) Die Urteile fußen mit auf der Überlegung, dass die Grundsätze der Rechtsprechung zu Beraterverträgen herangezogen werden könnten, wonach denjenigen, der sich auf die Beratung durch einen Fachmann verlässt, auch dann kein Mitverschulden treffe, wenn er die Unzulänglichkeit dieser Beratung bei gehöriger Sorgfalt selbst erkennen konnte (S. 46 des Umdrucks). Dieser Vergleich ist verfehlt. Die Haftung des Beraters für falsche Beratung ist Ausdruck eines schuldrechtlichen Vertragsverhältnisses, bei dem der Berater eine ordnungsgemäße Beratungsleistung schuldet und dafür das Beratungshonorar erhält. Für den Berater ist die Erbringung der Beratungsleistung Hauptpflicht. Für die Rechtsaufsichtsbehörde geht es (abgesehen von der Tatsache, dass es bereits an einer vertraglichen Beziehung fehlt) um die Wahrnehmung einer gesetzlich zugewiesenen Aufgabe, und zwar letztlich unabhängig davon, ob die Gemeinde eine Beaufsichtigung „wünscht“. Zudem wäre dies mit dem Verständnis einer eigenverantwortlichen Aufgabenerfüllung durch die Gemeinde nicht zu vereinbaren. Schließlich wird übersehen, dass – anders als bei einem Beratervertrag – nicht der Laie sich an einen Fachmann wendet, auf dessen Rat er dann ohne weiteres vertrauen darf. Auch daher ist es problematisch, auf ein „Kompetenzungleichgewicht“ zwischen Gemeinde und Rechtsaufsichtsbehörde abzustellen.

c) Im obigen Sinne noch weitergehend vergleicht das Oberlandesgericht die Aufsichtsbehörde mit einem Sachwalter der Interessen der beaufsichtigten Körperschaft auch und gerade gegen deren eigene Organe. Es wirft dabei die Frage auf, ob dieser Schutzzweck nicht gegen eine Berücksichtigung einer durch die Organe verursachten Mitverantwortung überhaupt spricht, lässt diese Frage aber im Ergebnis unbeantwortet. Beide Gedanken werden wird im Wesentlichen mit einer Rechtsprechung begründet, die sich auf die Aufsicht über Stiftungen bezieht. Die dort angestellten Überlegungen lassen sich aber gerade nicht auf das Kommunalverfassungsrecht übertragen. Denn die staatliche Stiftungsaufsicht besteht als Amtspflicht gegenüber der Stiftung deshalb, weil die Stiftung die Besonderheit aufweist, juristische Person ohne Mitglieder zu sein. Daher ist dort regelmäßig niemand vorhanden, der die Stiftungsorgane zu überwachen vermag. In diese Lücke tritt gerade die staatliche Stiftungsaufsicht ein, die deshalb auch bezweckt, die Stiftung vor ihren eigenen Organen zu schützen (BGH NJW 1977, 1148, 1149). Ein derartiges Ergebnis, das zu einer völligen Risikoverlagerung für rechtswidriges Verhalten der Kommunen auf die Kommunalaufsicht führte, wäre auch mit dem Gedanken der kommunalen Selbstverwaltung, der auch die Selbstverantwortung für eigenes Fehlverhalten einschließt, nicht vereinbar.

d) Letztendlich kann hier nicht abgeschätzt werden, inwieweit in anders gelagerten Fällen ein Mitverschulden der Gemeinde angenommen werden kann. Dies ist eine Frage des konkret zu beurteilenden Einzelfalls.

3.4 Anforderungen an das Verhalten der Rechtsaufsichtsbehörde

Die Entscheidungen nehmen zur Frage des Verschuldens des Beamten der Rechtsaufsichtsbehörde nicht Stellung, weil es unter der Geltung des Staatshaftungsgesetzes auf ein Verschulden nicht ankommt. Für die Beurteilung eventueller Amtshaftungsansprüche ist diese Frage von ebenso großer Bedeutung wie die richtige Einordnung des Mitverschuldens. Der Entscheidung lassen sich hier keine Hinweise entnehmen. Allerdings muss „mit gleicher Elle gemessen“ werden. Auch eine Rechtsaufsichtsbehörde kann eine aufsichtliche Überprüfung oder Beratung nur im Rahmen ihrer personellen und organisatorischen Möglichkeiten leisten. Problematisch sind dabei die Fälle, die an Komplexität oder rechtlicher Schwierigkeit die Möglichkeiten sowohl der Gemeinde als auch der Rechtsaufsichtsbehörde übersteigen (z.B. cross-border-Leasingverträge).

4 Amtshaftung

4.1 Umfang und Reichweite

Nach § 839 Abs. 1 Satz 1 BGB besteht ein Amtshaftungsanspruch, wenn ein Beamter vorsätzlich oder fahrlässig die ihm einen Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht verletzt. Im Rahmen hoheitlicher Aufgabenerfüllung gilt der haftungsrechtliche Beamtenbegriff, d. h. Beamter ist jeder, der öffentliche Gewalt ausübt (BGHZ 2, 350, 353). Daher handelt jeder, der im Rahmen der Rechtsaufsicht tätig wird, haftungsrechtlich als Beamter.

Anstelle eines Beamten haftet nach Artikel 34 GG grundsätzlich die jeweilige Anstellungskörperschaft. Bei einer Doppelstellung der Behörde, zum Beispiel wenn das Landratsamt nach dem jeweiligen Landesrecht als staatliche und kommunale Behörde tätig wird, haftet die Körperschaft, also das Land oder der Landkreis, deren Aufgabe der Beamte im Einzelfall wahrgenommen hat, wobei hier die kommunalrechtlichen Vorschriften der Länder unterschiedliche Regelungen vorsehen (vgl. Über-

sicht unter Nr. 7.2.2). Aufgrund der rein kommunalen Ausgestaltung der Kreisebene im Freistaat Sachsen haftet für alle Amtspflichtverletzungen von Kreisbediensteten der Landkreis.

Erteilt eine übergeordnete Behörde eine bindende Weisung, so haftet diese, da sie mit der Weisung die Verantwortlichkeit für die Gesetzmäßigkeit des Verwaltungshandelns übernommen hat (vgl. auch § 123 Abs. 4 SächsGemO). Die Anstellungskörperschaft des angewiesenen Beamten haftet hingegen nicht, da dieser seine Amtspflicht nicht verletzt hat, es sei denn, sein Handeln war strafbar.

Auch eine öffentlich-rechtliche Körperschaft kann in den Schutzbereich einer Amtspflicht einbezogen und damit Dritter im Sinne des § 839 BGB sein, wenn der für die haftende Körperschaft tätig gewordene Beamte bei der Erledigung seiner Dienstgeschäfte ihr in einer Weise gegenübergetreten ist, wie sie für das Verhältnis zwischen einem Staat und seinem Staatsbürger charakteristisch ist, nicht jedoch bei der Erfüllung einer den beiden Körperschaften gemeinsam übertragenen Aufgabe (vereinzelt wird in der Literatur verneint, dass juristische Personen des öffentlichen Rechts überhaupt aus Amtshaftungsansprüchen nach § 839 Abs. 1 Satz 1 BGB i. V. m. Art. 34 Satz 1 GG Berechtigte sein können, siehe Stelkens in DVBl. 2003, S. 22 ff, „Zum Erfordernis einer Staatshaftung gegenüber juristischen Personen des öffentlichen Rechts“).

Während ein Rückgriffsanspruch gegen einen Beamten nach Artikel 34 Satz 2 GG nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit gegeben sein kann, kommt ein Anspruch gegen die Anstellungskörperschaft bei jedem Verschuldensgrad, also auch bei leichter Fahrlässigkeit, in Betracht. Fällt dem Beamten - lediglich - Fahrlässigkeit zur Last, kann die Anstellungskörperschaft nach § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB nur hilfsweise in Anspruch genommen werden, wenn der Verletzte nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag. Dies hat Bedeutung, wenn kommunale Organe oder Bedienstete vorsätzlich oder grob fahrlässig gehandelt haben und deshalb nach kommunalrechtlichen, beamten- bzw. arbeitsrechtlichen Bestimmungen zum Schadensersatz herangezogen werden könnten. Die Rechtsaufsicht darf sich dann haftungsbefreiend darauf berufen, dass die Gemeinde ihre Schadensersatzansprüche vorrangig gegenüber ihren Organen/Mitarbeitern geltend zu machen hat.

4.2 Persönliche Haftung der Bediensteten

Nach Artikel 34 Satz 2 GG bleibt der Rückgriff gegen einen Handelnden bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit vorbehalten; bei leichter Fahrlässigkeit ist ein Rückgriff hingegen ausgeschlossen. Artikel 34 GG ordnet den Rückgriff nicht an, beschränkt ihn vielmehr auf einen bestimmten Verschuldensmaßstab.

Soweit ein Beamter gehandelt hat, kommt § 97 Abs. 1 Satz SächsBG als Anspruchsgrundlage für einen Rückgriff in Betracht. Danach haftet ein Beamter dem Dienstherrn, dessen Aufgaben er wahrgenommen hat, für den daraus entstandenen Schaden, wenn er die ihm obliegenden Pflichten vorsätzlich oder grob fahrlässig verletzt hat. Angestellte haften entsprechend nach § 14 Bundes-Angestelltentarifvertrag, wonach für die Schadenshaftung des Angestellten die für die Beamten des Arbeitgebers jeweils geltenden Vorschriften entsprechend Anwendung finden.

Für den Regress bei Haftung nach dem Staatshaftungsgesetz gilt § 9 StHG. Danach gelten für den Ersatzanspruch der staatlichen oder kommunalen Organe gegen Mitarbeiter wegen der von ihnen rechtswidrig und schuldhaft verursachten Schäden die Rechtsvorschriften über die Haftung der Arbeitnehmer. Diese wiederum sind über den handelnden Personenkreis zu ermitteln; für Landesbeamte gelten die Regelungen des Landesbeamtengesetzes, für Angestellte im öffentlichen Dienst die tarifvertraglichen Bestimmungen.

Zuständig zur Geltendmachung von Regressansprüchen ist der Dienstherr. Regressansprüche gegen den Landrat sind in Sachsen durch das Regierungspräsidium geltend zu machen, in den anderen Ländern durch die jeweils zuständigen Kreisorgane/Landesbehörden.

In den meisten Ländern dürften die Landräte für die Personal- und Sachausstattung der Rechtsaufsicht verantwortlich sein, so dass sie nicht nur für fehlerhafte Einzelentscheidungen, sondern auch unter dem Gesichtspunkt eines Organisationsverschuldens ein potenzielles Haftungsrisiko tragen.

Unberührt bleibt die Möglichkeit disziplinarrechtlicher oder arbeitsrechtlicher Konsequenzen, die bereits unterhalb der Haftungsschwelle – also schon bei „einfacher“ Fahrlässigkeit – in Betracht kommen können.

5 Auswirkung der Entscheidungen auf die Verwaltungspraxis

5.1 Für die Vergangenheit

5.1.1 Nachdem - wie oben dargestellt - obergerichtliche Entscheidungen zur Amtshaftung von Rechtsaufsichtsbehörden selten sind, hat die Entscheidung des BGH vom 12. Dezember 2002 Aufsehen erregt. Im Hinblick auf bereits abgeschlossene Sachverhalte stellt sich dabei insbesondere für Gemeinden die Frage, ob sich aus rechtsaufsichtlichem Handeln bzw. Unterlassen Schadensersatzansprüche gegen ihre Rechtsaufsichtsbehörden erfolgversprechend geltend machen lassen.

5.1.2 Für die Verjährung von Amtshaftungsansprüchen galt bis zum 31. Dezember 2001 § 852 BGB a.F. Danach verjährten Amtshaftungsansprüche in drei Jahren von dem Zeitpunkt an, in welchem der Verletzte vom Schaden und der Person des Ersatzpflichtigen Kenntnis erlangt hat, ohne Rücksicht auf diese Kenntnis in 30 Jahren von der Begehung der Amtspflichtverletzung an.

Mit In-Kraft-Treten der Neuregelungen des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts zum 1. Januar 2002 hat sich keine grundlegende Änderung ergeben. Amtshaftungsansprüche unterliegen nach wie vor einer dreijährigen Verjährungsfrist (§ 195 BGB n.F.). Die Frist beginnt mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Geschädigte von den anspruchsbegründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt hat oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätte erlangen müssen (§ 199 Abs. 1 BGB n.F.). Gleichzeitig gilt eine absolute Verjährungsfrist von 30 Jahren von der Begehung der Handlung an für Amtshaftungsansprüche, die auf der Verletzung des Lebens, des Körpers, der Gesundheit oder Freiheit beruhen (§ 199 Abs. 2 BGB). Ansonsten gilt eine Maximalfrist von 10 Jahren, ohne Rücksicht auf die Kenntnis oder grobfahrlässige Unkenntnis von ihrer Entstehung, oder von 30 Jahren von der Begehung der Handlung, der Pflichtverletzung oder dem sonstigen Schaden auslösenden Ereignis an (§ 199 Abs. 3 BGB).

5.1.3 Zusammenfassend lässt sich daher das Haftungsrisiko - insbesondere im Rahmen kommunal-haushaltsrechtlicher Genehmigungsverfahren - nicht abschließend beurteilen. Auch im Hinblick auf die Verjährungsfristen sind Ansprüche nicht mit Sicherheit auszuschließen, da die Frist erst mit dem Bekanntwerden des Schadens beginnt und die Rechtsprechung bei verwickelter Rechtslage und erheb-

licher Rechtsunsicherheit die für den Verjährungsbeginn erforderliche Kenntnis verneint. Dieser kann, z. B. bei begebenen Bürgschaften auch erst mit jahrelanger Verzögerung offenbar werden.

5.2 Für die Zukunft

5.2.1 Ausübung der Rechtsaufsicht

Das Urteil wird dazu führen, dass alle mit der Ausübung der Rechtsaufsicht beschäftigten Bediensteten sich ihrer Amtspflichten noch stärker bewusst werden und die Aufsicht noch gewissenhafter und konsequenter als bisher wahrnehmen. Dies ist ohne Einschränkung zu begrüßen, insbesondere wenn die Ausübung des Opportunitätsprinzips tatsächlich auf rechtsaufsichtliche Erwägungen beschränkt wird und politische Aspekte bei der Führung der Rechtsaufsicht zurückgedrängt werden. Das Urteil kann daher - insbesondere auf der Ebene der Landratsämter - die Bedeutung der Rechtsaufsicht stärken.

Allerdings besteht die Gefahr, dass die Kommunen versuchen könnten, ihre Verantwortung für die Gesetzmäßigkeit ihres Verwaltungshandelns auf die Rechtsaufsichtsbehörden abzuwälzen. Selbstverwaltung bedeutet auch Selbstverantwortung. Das BGH-Urteil könnte daher auch Anlass dafür sein, in den Bundesländern zu prüfen, inwieweit Maßnahmen zur Stärkung der Selbstverwaltung und Qualität des Verwaltungshandelns erforderlich sind.

Jedenfalls würde der Gedanke der kommunalen Selbstverwaltung erheblichen Schaden leiden, wenn Gerichte dazu übergehen, die Verantwortung für das gemeindliche Handeln auf die Aufsichtsbehörde zu verlagern, indem zum einen der Mitverantwortungs- und Mitverschuldensaspekt zurückgedrängt wird und gleichzeitig durch überspannte Anforderungen an die Rechtsaufsichtsbehörden diese gewissermaßen einer „Garantiehafung“ ausgesetzt werden.

5.2.2 Neue Aufgaben der Rechtsaufsicht

Weitere Fehlerquellen könnten entstehen, wenn auf die Rechtsaufsicht neue – gesetzliche oder reale - Aufgaben zukommen, auf die die Behörden u. U. personell und organisatorisch nicht vorbereitet sind. Beispiele hierfür sind

- der Umbau von Kommunen in Konzerne,
- die Inanspruchnahme hochkomplexer - grenzüberschreitender – Finanzierungsinstrumente, wie z. B. Cross-Border-Leasing Transaktionen und
- die Erweiterung kommunaler Handlungsspielräume durch den Gesetzgeber.

Hier sei beispielhaft auf die Änderung des Wasserrechtes verwiesen, nach der die Aufgaben Wasserversorgung und Abwasserentsorgung nach näherer Ausgestaltung des Landesrechts vollständig an Private übertragen werden können. Die hiermit einhergehenden Anforderungen an die Kommunen im Rahmen des Abschlusses der entsprechenden „Pflichtenübertragungsverträge“ sind erheblich. Soweit dies geschehen ist, stehen den Kommunen – unabhängig von ihrer Leistungsfähigkeit – international tätige Großkonzerne mit hochspezialisierten Anwälten gegenüber.

5.3 Übertragbarkeit auf andere Genehmigungsverfahren und die Fachaufsicht

Das Urteil ist nicht ohne weiteres auf die Haftung anderer Aufsichtsbehörden im Rahmen anderer Genehmigungsverfahren (z. B. im Bauplanungsrecht) übertragbar. Die Grundsätze beziehen sich auf Rechtsbeziehungen zwischen Kommune und Rechtsaufsichtsbehörde. Die Fachaufsicht unterscheidet sich von der Rechtsaufsicht systematisch dadurch, dass sie neben der Prüfung der Rechtmäßigkeit auch die Überprüfung der Zweckmäßigkeit kommunaler Entscheidungen durch die Aufsichtsbehörde erfasst. Für die Fachaufsicht sehen einzelne Länder besondere kommunalrechtliche Haftungsvorschriften vor:

Land	Haftung für fachaufsichtliche Weisungen	Andere Haftungsregelungen
Baden-Württemberg	§ 129 Abs. 5 BW GemO: Kosten, die den Gemeinden bei der Wahrnehmung von Weisungsaufgaben infolge fehlerhafter Weisungen des Landes entstehen, werden vom Land erstattet.	nein
Bayern	nein	nein
Brandenburg	nein	nein
Hessen	nein	nein
Mecklenburg-	nein	nein

Land	Haftung für fachaufsichtliche Weisungen	Andere Haftungsregelungen
Vorpommern		
Niedersachsen	§ 5 Abs. 5 GO-Nds: Hat die Gemeinde bei der Erfüllung von Aufgaben des übertragenen Wirkungskreises eine Maßnahme auf Grund einer Weisung der Fachaufsichtsbehörde getroffen und wird die Maßnahme aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen aufgehoben, so erstattet das Land der Gemeinde alle notwendigen Kosten, die durch die Ausführung der Weisung entstanden sind.	nein
Nordrhein-Westfalen	nein	nein
Rheinland-Pfalz	§ 3 Abs. 2 GemO RhPf. Ist die Gemeinde bei der Erfüllung einer ihr nach § 2 Abs. 2 übertragenen Aufgabe an die Entscheidung, Zustimmung oder Weisung einer anderen Behörde gebunden und wird die von ihr getroffene Maßnahme durch unanfechtbare Entscheidung aufgehoben, so erstattet der Träger der anderen Behörde der Gemeinde alle notwendigen Kosten, die ihr durch diese Bindung entstanden sind. Gleiches gilt, wenn die Gemeinde auf Weisung der zuständigen Behörde gegen eine gerichtliche Entscheidung Rechtsmittel oder Rechtsbehelfe eingelegt hat und damit unterliegt.	nein
Saarland	nein	nein
Sachsen	§ 123 Abs. 4 SächsGemO: Kosten, die den Gemeinden bei der Wahrnehmung von Weisungsaufgaben infolge fehlerhafter Weisungen einer Fachaufsichtsbehörde entstehen, werden vom Freistaat Sachsen erstattet.	nein
Sachsen-Anhalt	Landesrechtlich normierte spezielle Haftungsvorschriften der Aufsichtsbehörden existieren nicht. Das Entschädigungsgesetz des Landes Sachsen-Anhalt sieht einen Haftungstatbestand gegenüber juristischen Personen des öffentlichen Rechts ebenfalls nicht vor.	
Schleswig-Holstein	nein	nein
Thüringen	§ 3 Abs. 3 ThürKO Kosten die den Gemeinden im Rahmen des übertragenen Wirkungskreises durch fehlerhafte Weisungen der Fachaufsicht entstehen werden vom Freistaat Thüringen	Nein

Land	Haftung für fachaufsichtliche Weisungen	Andere Haftungsregelungen
	getragen.	

6 Erforderlichkeit gesetzlicher Änderungen?

Es käme in Betracht, landesrechtliche Änderungen vorzunehmen, um die Amtspflichten der Rechtsaufsichtsbehörden – und damit das Haftungsrisiko – zu reduzieren.

6.1 Reduzierung von Genehmigungserfordernissen

Der Bundesgerichtshof entnimmt die Haftungspflicht der Rechtsaufsichtsbehörde dem Prüfungsmaßstab kommunalwirtschaftlicher Genehmigungstatbestände. Demnach durfte die Genehmigung nur erteilt werden, wenn der Vertragsschluss den Grundsätzen einer geordneten Haushaltswirtschaft entsprach, die übernommenen Verpflichtungen mit der dauernden Leistungsfähigkeit des kommunalen Aufgabenträgers in Einklang standen und das Investorenvorhaben dem Grundsatz der sparsamen und wirtschaftlichen Haushaltsführung entsprach. Bei landesrechtlich derart konkretisierten Prüfungserfordernissen ist ein Drittschutz nahe liegend.

Es könnte erwogen werden, die kommunalwirtschaftlichen Genehmigungserfordernisse zu reduzieren, um das Haftungsrisiko der Rechtsaufsichtsbehörden zu vermindern. Vorbilder hierzu gibt es: So verzichtet z. B. das Land Nordrhein-Westfalen auf die Genehmigungspflicht bei der Aufnahme von Krediten (mit Ausnahme des Falles des § 19 des Stabilitätsgesetzes) und sieht für kreditähnliche Rechtsgeschäfte lediglich eine Anzeigepflicht vor (§ 85 GO NW). Auch die Veräußerung von Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten ist nicht genehmigungspflichtig (§ 90 GO NW). Ziel dieses Abbaus von Genehmigungsvorbehalten in Nordrhein-Westfalen war nicht die Reduzierung eventueller Haftungsrisiken. Dieser Verzicht auf Genehmigungserfordernisse betont vielmehr den Stellenwert der kommunalen Selbstverwaltung und damit der kommunalen Selbstverantwortung.

Auch bei Anzeigepflichten hat die Kommunalaufsicht die Möglichkeit, bei Rechtsverstößen einzuschreiten. Was die Einwirkungsmöglichkeiten auf die Konsolidierung der Kommunalfinanzen angeht, gibt es in Nordrhein-Westfalen - seit der Abschaffung der Genehmigungspflicht für die Aufnahme

von Krediten – eine Genehmigungspflicht für Haushaltssicherungskonzepte. Gegenüber den Kommunen, die ihren Haushalt nicht ausgleichen können, verfügt die Rechtsaufsicht daher über weitgehende Handlungsmöglichkeiten. Den Abbau von Genehmigungserfordernissen ausschließlich aus dem Blickwinkel der „Oderwitz-Entscheidung“ zu betrachten, wäre daher zu einseitig. Derartige Vorschriften können im Einzelfall in engem Zusammenhang mit der kommunalen Leistungsfähigkeit stehen; mit dem Wegfall der Genehmigungstatbestände kann sich der Landesgesetzgeber die Möglichkeit nehmen, steuernd auf die Konsolidierung der Kommunalfinanzen einzuwirken.

Auch führt der Wegfall der Genehmigungserfordernisse dazu, dass Schutzvorschriften zugunsten der Kommunen entfallen (schwebende Unwirksamkeit von Rechtsgeschäften vor Genehmigung).

6.2 Regelungen in den Gemeindeordnungen zum Drittschutz

6.2.1 Thüringen hat bislang als einziges Land in seine Kommunalordnung eine ausdrückliche Regelung zur Frage des Drittschutzes von Amtspflichten der Rechtsaufsicht aufgenommen. Durch Gesetz zur Änderung der Thüringer Kommunalordnung (ThürKO) und anderer Gesetze vom 18. Dezember 2002 (GVBl S. 467) wurde § 117 Abs. 1 ThürKO um die Worte „im staatlichen Interesse“ ergänzt. Nach der Änderung hat § 117 Abs. 1 ThürKO folgenden Wortlaut:

„In den Angelegenheiten des eigenen Wirkungskreises (§§ 2, 87) beschränkt sich die staatliche Aufsicht darauf, die Erfüllung der gesetzlich festgelegten und übernommenen öffentlich-rechtlichen Aufgaben und Verpflichtungen und die Gesetzmäßigkeit der Verwaltungstätigkeit im staatlichen Interesse zu überwachen (Rechtsaufsicht).“

Die Regelung enthält somit zur Rechtsaufsicht zwei Aussagen :

1. In Selbstverwaltungsangelegenheiten findet nur eine Rechtskontrolle und keine Zweckmäßigkeitprüfung statt.
2. Die Rechtsaufsicht wird ausschließlich im staatlichen Interesse tätig.

In der amtlichen Begründung des Regierungsentwurfs zur Änderung des § 117 ThürKO wird entsprechend ausgeführt:

„Durch die Ergänzung wird klargestellt, dass die Rechtsaufsicht keine Schutzwirkung zugunsten der Kommunen im Sinne des Haftungsrechts entfaltet.“

6.2.2 In Thüringen gilt als einzigem Land das Legalitätsprinzip, d.h. die Rechtsaufsichtsbehörden sind bei Rechtsverstößen der Kommunen grundsätzlich verpflichtet, die Rechtmäßigkeit wiederherzustellen. Auf diese Weise wird sichergestellt, dass die Gesetzmäßigkeit der Kommunalverwaltung durch die Rechtsaufsichtsbehörde auch bei Verstößen gegen Bestimmungen gewährleistet ist, die sonst mangels eines Klägers schutzlos wären. Durch die Änderung des § 117 ThürKO wird nunmehr klargestellt, dass die Kommunalaufsicht nur im staatlichen Interesse tätig wird und damit insbesondere ein Unterlassen der Rechtsaufsichtsbehörde keinen Amtshaftungsanspruch der Kommune begründen kann.

6.2.3 Die Thüringer Regelung wirft die Frage auf, inwieweit der Landesgesetzgeber Regelungen zur Drittwirkung von Amtspflichten treffen kann. Dies ist zu bejahen. Einschränkungen könnten sich nur aus höherrangigem Recht ergeben:

Die organisatorische Ausgestaltung der Staatsaufsicht über die Kommunen ist Sache der staatlichen Binnenorganisation und damit grundsätzlich der Länderkompetenz zugeordnet (vgl. BVerfGE 78, S.331, 341). Artikel 94 der Thüringer Verfassung beschränkt die Funktion der kommunalen Rechtsaufsicht auf die Gewährleistung der Gesetzmäßigkeit. Die Thüringer Verfassung enthält, anders als die Landesverfassungen von Sachsen und Baden-Württemberg, keine spezielle Bestimmung über die Aufsicht der kommunalen Wirtschaftsführung.

Zwar hat das OLG Brandenburg in seinem Urteil vom 06.11.2001 – 2 O 2/01 (LKV 2002, S. 389, 391) die Auffassung vertreten, dass die Kommunalaufsichtsbehörde bei der Ausübung der Aufsicht auch die Belange der Gemeinde berücksichtigen und deren Interesse wahren muss und diese Annahme auch auf das verfassungsrechtlich in Artikel 28 Abs. 2 GG gewährleistete Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden gestützt. Allerdings lässt sich u. E. aus Artikel 28 Abs. 2 GG – wie bereits oben dargestellt – eine Pflicht zur Kommunalaufsicht nicht entnehmen; die Bestimmung ermächtigt lediglich dazu, derartige Regelungen zu schaffen.

Artikel 34 GG (Haftung bei Amtspflichtverletzung) konstituiert nicht selbst den Drittbezug einer Amtspflicht, sondern setzt dessen anderweitige Begründung voraus. Er dürfte daher einem Haftungsausschluss oder einer Haftungsbeschränkung durch den einfachen Gesetzgeber nicht generell entgegen stehen (so auch Maunz-Dürig, Kommentar zum GG, 3. Bd, 41. EL, zu Artikel 34 Rdnr. 190). Ebenso hat der Bundesgesetzgeber im Bereich der Bankenaufsicht in einer Form, die mit der Thüringer Regelung zur Kommunalaufsicht annähernd vergleichbar ist, durch § 4 Abs. 4 des Gesetzes über die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz – FinDAG, BGBl. 2002 I. S. 1310, 1311) klargestellt, dass sämtliche der Bundesanstalt zugewiesenen Aufgaben und Befugnisse nur im öffentlichen Interesse wahrgenommen werden. Eine entsprechende Regelung enthält für den Bereich der Versicherungsaufsicht § 81 Abs. 1 Satz 3 VAG. Der Haftungsausschluss ist durch Gesetzesänderung bereits in die vormals bestehende Fassung des Kreditwesengesetzes aufgenommen worden, weil der BGH zuvor abweichend von seiner bisherigen Rechtsprechung „mangels einer einschränkenden Zielsetzung des Gesetzes“ eine drittschützende Wirkung der Bankenaufsicht angenommen hatte (vgl. BGH NJW 2002, S. 2464, 2466).

Zwar unterscheidet sich die Regelung zur Drittbezogenheit von Amtspflichten in den Bereichen der Banken- und Versicherungsaufsicht von der Thüringer Bestimmung zur Kommunalaufsicht dadurch, dass die Kunden der Banken und Versicherungen von der Banken- bzw. Versicherungsaufsicht nur mittelbar betroffen sind. Allerdings lässt sich der zu den Parallelbeispielen ergangenen Rechtsprechung doch entnehmen, dass eine Regelung der Drittbezogenheit von Amtspflichten einer Aufsicht durch einfachgesetzliche Bestimmung mit Blick auf Artikel 34 GG unter gewissen Voraussetzungen für zulässig erachtet wird. Daher ist die von Mutius/Groth (aaO. S. 1285) in den Raum gestellte Frage, ob dem Landesgesetzgeber angesichts der durch Artikel 74 Nr. 1 GG gedeckten Regelung des § 839 BGB die Befugnis zukomme, eine etwaige drittschützende Wirkung der die Aufsicht regelnden Normen durch authentische Interpretation auszuschließen, differenziert zu betrachten. Da § 117 ThürKO die **bestehende** Ausgestaltung rechtsaufsichtlicher Amtspflichten klarstellt, geht die Annahme, es würde eine bestehende drittschützende Wirkung nachträglich ausgeschlossen, fehl, zumal die Ausgestaltung der Amtspflichten der Rechtsaufsicht im Zusammenhang mit dem (nur noch) dort geltenden Legalitätsprinzip zu sehen ist.

Auf Grund der Selbstverwaltungsgarantie und der damit einhergehenden Abwehrrechte gegenüber staatlichen Maßnahmen könnte die Auffassung vertreten werden, dass ein Drittschutz besteht, soweit

durch belastende Maßnahmen der Rechtsaufsicht in das kommunale Selbstverwaltungsrecht eingegriffen wird. Eine Haftungsbeschränkung durch einfaches Gesetz dürfte aber verfassungsrechtlich zulässig sein.

Im Hinblick auf die Zuordnung des Amtshaftungsrechts zum bürgerlichen Recht und damit zur Zivilgerichtsbarkeit ist allerdings ungewiss, ob die Rechtsprechung die Regelung der Thüringer Kommunalordnung dahingehend auslegen wird, dass die Drittbezogenheit der Amtspflicht generell ausgeschlossen ist. Dies lässt sich auf Grund der Vielgestaltigkeit der kommunalaufsichtlichen Funktionen nicht allgemein vorhersagen.

6.3 Reformüberlegungen zur Staatshaftung

Wenn das Vorhaben eines bundeseinheitlichen Staatshaftungsrechts wieder aufgegriffen wird, sollten in diesem Rahmen die haftungsbegründenden Voraussetzungen und die Rechtswegzuweisung zu den ordentlichen Gerichten überprüft werden:

Nach geltendem Recht ist die Frage, welche Amtspflichten Drittwirkung haben mit Unsicherheiten behaftet. Die hierzu ergangene Rechtsprechung der ordentlichen Gerichte verwendet dabei andere Kriterien als die Verwaltungsgerichtsbarkeit zur Drittwirkung von Rechtsvorschriften und Verwaltungsmaßnahmen. Im Rahmen eines bundeseinheitlichen Staatshaftungsrechts könnte der Umfang dieser Drittwirkung eindeutig geregelt werden. Auf diese Weise würde eine Harmonisierung mit den verwaltungsrechtlichen Grundsätzen und damit eine klarere Bestimmung von Staatshaftungsansprüchen erreicht.

Weiterhin wäre zu erwägen, die Rechtswegzuständigkeit für Staats- und Amtshaftungsansprüche sowie für den Rückgriff von den ordentlichen Gerichten auf die Verwaltungsgerichte zu verlagern. Die historisch ausschlaggebenden Gründe für die Rechtswegzuweisung in Artikel 34 Satz 3 GG sind nicht mehr gegeben, nachdem die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Gegensatz zu den Verhältnissen bei der Schaffung des Grundgesetzes längst zu einem voll ausgebildeten Rechtsweg mit richterlicher Unabhängigkeit ausgestaltet worden ist. Zudem führt die Rechtswegzuweisung zu den ordentlichen Gerichten für den Bürger zu unnötigen Belastungen, der bei sachlich zusammenhängenden Streitfragen zwei verschiedenen Rechtswege beschreiten muss.

7 Untergesetzliche Handlungsfelder

7.1 Maßnahmen der Rechtsaufsicht

Maßnahmen der Rechtsaufsicht, zum Beispiel zu Themen wie

- Personelle Ausstattung der Rechtsaufsicht
- Aktenführung und Beweissicherung oder
- Vollständigkeit von Antragsunterlagen

können nur nach konkreter Beurteilung der Sachlage in den einzelnen Ländern, insbesondere der dortigen Verwaltungspraxis, vorgeschlagen werden und entziehen sich daher bundeseinheitlichen Empfehlungen durch diesen Bericht.

7.2 Umgang mit dem Haftungsrisiko

7.2.1 Verantwortlichkeit der Kommunen

Durch pflichtgemäße Wahrnehmung der Rechtsaufsicht kann in der Zukunft ein Haftungsrisiko wirksam begrenzt werden, rückwirkend können bereits entstandene Ansprüche nicht mehr beseitigt werden. Allerdings muss sichergestellt werden, dass die Kommunen die Verantwortung für ihr Verwaltungshandeln tragen. Sich selbst vor Schäden durch eine qualifizierte Verwaltungsarbeit zu schützen, sollte für die Kommunalverwaltung die zentrale Zielsetzung sein.

Durch die dadurch zu erreichende Verbesserung gemeindlicher Antragstellung und tieferer Sach- und Rechtsbefassung mit einzelnen Vorgängen, würde die (Mit-)Verantwortung der Gemeinde im Rahmen des Genehmigungsverfahrens gestärkt. Dies führt im Umkehrschluss im denkbaren Haftungsfall zu einem entsprechenden (Mit-)Verschuldensanteil der Gemeinde.

7.2.2 Haftung bei Amtspflichtverletzungen der Landratsämter

Die Rechtslage zur Bestimmung des Antragsgegners bei Amtspflichtverletzungen der Landkreise/Landratsämter im Rahmen der Rechtsaufsicht unterscheidet sich in den Ländern erheblich, wobei

dies zum einen von der konkreten Ausprägung der Rechtsnatur der Landratsämter, als auch von ggf. vorliegenden Sonderregelungen abhängt:

Land	Anspruchsgegner	Rechtsgrundlage
Baden-Württemberg	Land	§ 1 Abs. 3 BW LKrO: „Die Behörde des Landkreises ist das Landratsamt; es ist zugleich untere Verwaltungsbehörde: Als untere Verwaltungsbehörde ist das Landratsamt Staatsbehörde“. § 53 Abs. 2 BW LKrO: „Verletzt der Landrat in Ausübung seiner Tätigkeit als Leiter der unteren Verwaltungsbehörde die ihm einem Dritten gegenüber abliegende Amtspflicht, haftet das Land.“ § 1 Abs. 3 BW LKrO: „Die Behörde des Landkreises und des Landratsamts; es ist zugleich untere Verwaltungsbehörde. Als untere Verwaltungsbehörde ist das Landratsamt Staatsbehörde“.
Bayern	Land	Art. 35 Abs. 3 BayLKrO: „Verletzt der Landrat in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt schuldhaft die ihm einem anderen gegenüber obliegende Amtspflicht, so haftet für die Folgen der Staat, wenn es sich um reine Staatsangelegenheiten handelt. Im Übrigen haftet der Landkreis.“ Art. 37 Abs. 5 BayLKrO: „Für die Haftung der Staats- und Kreisbediensteten gegenüber Dritten gilt Art. 35 Abs. 3 entsprechend.“ Art. 37 Abs. 6 BayLKrO: „Im Vollzug der Staatsaufgaben wird der Landrat als Organ des Staates tätig und untersteht lediglich den Weisungen seiner vorgesetzten Dienststellen.“
Brandenburg	Landkreis	keine Abweichungen von der Anstellungstheorie Urteil des OLG Brandenburg vom 6.11.2001 – 2 U 2/01 – (LKV 2002, S. 389, Heft)
Hessen	Land	Anstellungstheorie, d. h. grs. das Land, weil grs. Landesbedienstete (§ 56 Abs. 1 S. 1 HKO); Ausnahmsweise der Kreis, wenn Kreisbedienstete, dann aber gesetzl Haftungsfreistellung (§ 56 Abs. 2 HKO)
Mecklenburg - Vorpommern	Landkreis	keine spezialgesetzliche Regelung vorhanden Somit haftet nach der Amtsanvertrauungstheorie nach Auffassung des Landes der Landkreis für Amtspflichtverletzungen des Landrates als untere staatliche Rechtsaufsichtsbehörde -
Niedersachsen	Landkreis	Als zuständige Kommunalaufsichtsbehörde; eine besondere Haftungsregelung gibt es nicht.
Nordrhein-Westfalen	Landkreis	Anstellungstheorie
Rheinland-Pfalz	Land	§ 55 Abs. 6 Satz 2 LKO RhPf „Verletzt ein Bediensteter (erg.: der Kreisverwaltung) in Ausübung seiner Tätigkeit die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, haftet bei der Erfüllung von Aufgaben der Kreisverwaltung als untere Behörde der allgemeinen Landesverwaltung das Land, im übrigen der Landkreis.“ Zu den Aufgaben der allgemeinen Landesverwaltung gehört nach § 55 Abs. 2 LKO RhPf auch die Kommunalaufsicht
Saarland	Land, Landkreis, Stadtverband Saarbrücken	Anstellungskörperschaft; Art. 34 GG, § 839 BGB
Sachsen	Landkreis	„vollkommunalisiertes Landratsamt“

Land	Anspruchsgegner	Rechtsgrundlage
Sachsen-Anhalt	Land	Die Aufgabe der Kommunalaufsicht nehmen die Landkreise im übertragenen Wirkungskreis wahr. Sie werden insofern als staatliche Behörden tätig. In Sachsen-Anhalt gilt das Behördenprinzip. Nach dem Vertretungserlass des Landes (Erl. des MP, Beschl. der LReg., Gem. RdErl. der StK und der Min. vom 17.05.1994, Min.Bl. 1994, 1289ff.) wird das Land Sachsen-Anhalt in allen Angelegenheiten außerhalb gerichtlicher Verfahren jeweils durch die Behörde vertreten, in deren Zuständigkeit die Angelegenheit fällt.
Schleswig-Holstein	Land	§ 6 Gesetz über die Errichtung allgemeiner unterer Landesbehörden: "Verletzt die Landrätin oder der Landrat oder eine andere Bedienstete oder ein anderer Bediensteter des Kreises in Angelegenheiten der allgemeinen unteren Landesbehörde die ihr oder ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so haftet das Land."
Thüringen	Land	§ 111 Abs. 4 Satz 4 und 5 ThürKO Bei der Ausübung der Aufgaben der unteren staatlichen Verwaltungsbehörde trägt das Land das Haftungsrisiko. In Streitverfahren, in denen das Landratsamt als untere staatliche Verwaltungsbehörde handelt, trägt das Land im Falle des Unterliegens die Prozesskosten.

Somit haften zumindest auch in Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen und Nordrhein-Westfalen die Landkreise für Amtspflichtverletzungen, die sie als Rechtsaufsichtsbehörde begehen. Sollte sich in diesen Ländern zukünftig ein einzelner Haftungsfall als eine unbillige und unangemessene Härte für einen Landkreis erweisen, kann eine angemessene Einzelfallregelung vorgenommen werden. Einer grundlegenden Neuausgestaltung der Vorschriften bedarf es dagegen nicht.

7.3 Besondere Aufgaben der obersten Landesbehörden

Den Innenministerien als oberste Rechtsaufsichtsbehörden kommt neben den unmittelbar folgenden Aufsichtsfunktionen die Aufgabe zu, allen Fachressorts gegenüber die Interessen der Kommunen (und der Rechtsaufsichtsbehörden) zu wahren. Die Innenministerien sind damit gehalten, künftig noch stärker als bisher die Kommunen sowie die Rechtsaufsichtsbehörden vor Überforderungen zu schützen. Dies gilt gleichermaßen für die Finanzministerien, soweit sie für den kommunalen Finanzausgleich zuständig sind. Dies gilt insbesondere im Rahmen der Vergrößerung kommunaler Handlungsspielräume durch den Bundes- oder Landesgesetzgeber (vgl. Nr. 6.2.2), die jeweils erweiterte rechtsaufsichtliche Prüfungspflichten auslösen können.

8 Ergebnis

8.1 Das Urteil ist grundsätzlich bedeutsam, da der Bundesgerichtshof erstmals ausdrücklich entschieden hat, dass Amtshaftungsansprüche auch im Verhältnis zwischen Rechtsaufsichtsbehörde und beaufsichtigter Kommune in Frage kommen. Das Urteil ist allerdings kein „Freibrief“ der Gemeinden, der von jedweder Verantwortung entbindet. Der Einbindung der Kommunen in das Gefüge der kommunalen Selbstverwaltung würde es nämlich widersprechen, die Verantwortung für etwaige Fehleinschätzungen im Rahmen kommunalen Handelns vollständig auf die Rechtsaufsichtsbehörden abzuwälzen. In diesem Zusammenhang ist kritisch anzumerken, dass der BGH die für Praxis wichtige Frage nach den Maßstäben eines gemeindlichen Mitverschuldens nicht hinreichend beleuchtet hat, sondern sich – wenn auch unter ausdrücklichem Verweis auf die Besonderheiten des Einzelfalles – mit einem Verweis auf die in mehrfacher Hinsicht bedenklichen Darlegungen des OLG begnügt.

8.2 Die Entscheidung des BGH ist aber auch für die Rechtsaufsichtsbehörden wichtig, da mithin die Bedeutung ihrer verantwortlichen und gewissenhaften Aufsichtstätigkeit in Anbetracht des Opportunitätsprinzips - das mit Ausnahme Thüringens in allen Ländern gilt - unterstrichen wird. Inwieweit letztendlich mit dieser Entscheidung die Position der Rechtsaufsichtsbehörden auch geschwächt wird, da diese möglicherweise damit rechnen müssen, dass sie auch für ein Unterlassen, eine Verzögerung oder eine Ablehnung einer Genehmigung amtshaftungsrechtlicher Ansprüche ausgesetzt sein könnten, kann gegenwärtig nicht abgeschätzt werden.

8.3 Die Rechtsaufsichtsbehörden – insbesondere die Landratsämter – werden nachhaltig auf die mit der Aufsicht verbundenen Amtspflichten hingewiesen. Ein hoher qualitativer Leistungsstand ist nicht nur Dienstleistung gegenüber der beaufsichtigten Körperschaft, sondern steht im eigenen Interesse der aufsichtsführenden Stelle. Daher sollte das Urteil Anlass sein, die Qualität der Rechtsaufsicht weiter zu verbessern und die kommunale Selbstverwaltung, die gleichzeitig Eigenverantwortung bedeutet, zu stärken. Die Innenministerien der Länder können - je nach der Bedeutung des Urteils für die eigenen Rechtsaufsichtsbehörden – insbesondere durch weitere Hinweise bzw. Verwaltungsvorschriften – die Landratsämter bei der Erfüllung ihrer Aufgaben unterstützen.

8.4 Einheitliche Handlungsempfehlungen an die Länder sind jedoch aufgrund der unterschiedlichen Sach- und Rechtslage in den Ländern nicht angezeigt. Insoweit sind die tatsächlichen Auswirkungen des Urteils - gerade im Hinblick auf eine Weiterentwicklung der obergerichtlichen Rechtsprechung –

abzuwarten. Die im Freistaat Sachsen befürchtete Klageflut als Folge dieser Entscheidung des BGH ist bislang allerdings nicht eingetreten.