

Straßenkunst (Lösungsvorschlag)

© Klaus Grupp (Universität des Saarlandes) und Ulrich Stelkens (Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer)

Bearbeitung für Hauptstadtfälle: Georg Hellmich, Jannik Bach
Stand der Bearbeitung: Oktober 2016

A. Bestehen eines Schadensersatzanspruches des Landes Berlin gegenüber *Mütlich* auf Ersatz der an *Robertsy* gezahlten 60,- Euro

Fraglich ist zunächst, ob das Land Berlin gegen *Mütlich* einen Anspruch auf Ersatz der an *Robertsy* gezahlten 60,- Euro hat. Selbst wenn das Land Berlin insoweit gegenüber *Robertsy* nach § 839 BGB i. V. m. Art. 34 S. 1 GG zum Schadensersatz verpflichtet gewesen wäre, ergibt sich ein solcher Anspruch gegen *Mütlich* jedenfalls weder aus § 839 BGB¹ noch aus Art. 34 S. 2 GG². Während die erste Vorschrift die Haftung nach außen, gegenüber dem Dritten regelt, bildet letztere nicht selbst eine Anspruchsgrundlage für den Regress, sondern lässt einen solchen (bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit) nach Maßgabe des einfachen Rechts nur zu.

Anmerkung: Siehe hierzu auch den [„Wildwechsel“-Fall](#).

Ein Schadensersatzanspruch des Landes Berlin könnte sich jedoch aus § 48 S. 1 BeamtStG ergeben. *Mütlich* ist als Landesbeamter passivlegitimiert. Das Land Berlin ist sein Dienstherr (§ 2 Abs. 1, 2 LBG). Da das schadensersatzauslösende Verhalten *Mütlichs* darin bestehen soll, dass er zu Unrecht *Robertsy* keine Sondernutzungserlaubnis nach § 11 Abs. 1 BerlStrG für den Alexanderplatz erteilt hat und das Bezirksamt Mitte für die Erteilung von Sondernutzungserlaubnissen auf diesen Straßen auch zuständig war (§ 26 Abs. 2 BerlStrG i. V. m. § 4 AZG i. V. m. § 2 ASOG, Nr. 15 Abs. 2 ZustKat Ord), hat *Mütlich* auch Aufgaben des Landes Berlin mit dieser Entscheidung wahrgenommen. Damit wäre das Land grundsätzlich aus einem Schadensersatzanspruch aus § 48 S. 1 BeamtStG auch aktivlegitimiert, wenn *Mütlich* durch die Nichterteilung der Sondernutzungserlaubnis an *Robertsy* eine ihm als Beamten obliegende Pflicht verletzt hat (I), dem Land Berlin hierdurch ein Schaden in Höhe von 60,- Euro entstanden ist (II) und die zum Schaden führende Pflichtverletzung auf Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit beruht (III).

Anmerkung: Der Schadensersatzanspruch gegen Landesbeamte war vor der Föderalismusreform in den Landesbeamtengesetzen geregelt, in Berlin in § 41 LBG a.F. Mit der Föderalismusreform wurde dem Bund die konkurrierende Gesetzgebungs-

¹ So bereits RGZ 164, 1, 3 f.

² *Maurer*, Allg. Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 26 Rn. 10; *Papier* in: Maunz/Dürig [2009] Art. 34 Rn. 298; für die ähnlich lautende Vorschrift des Art. 131 WRV bereits RGZ 165, 323, 333.

kompetenz übertragen, die Statusrechte der Landes- und Gemeindebeamten mit Ausnahme der Laufbahnen, Besoldung und Versorgung zu regeln (Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 GG). Zu diesen Statusrechten gehören auch Haftungsfragen, welche nun in § 48 Abs. 1 S. 1 BeamStG geregelt sind.

I. Vorliegen einer Pflichtverletzung

Fraglich ist zunächst, ob *Mütlich* mit der Nichterteilung der Sondernutzungserlaubnis an *Robertskey* eine ihm als Beamten obliegende Pflicht verletzt hat. Von jedem Beamten zu beachtende Dienstpflcht ist wegen der Bindung der Verwaltung an Gesetz und Recht nach Art. 20 Abs. 3 GG die Einhaltung der einschlägigen Gesetze, was vor allem § 36 Abs. 1 BeamStG verdeutlicht, nach dem der Beamte für die Rechtmäßigkeit seiner Handlungen verantwortlich ist.³ Damit stellt sich die Frage, ob die Nichterteilung der Sondernutzungserlaubnis an *Robertskey* rechtswidrig war. Dies ist nur dann der Fall, wenn das Vorhaben *Robertskeys* überhaupt eine Sondernutzung nach § 11 Abs. 1 BerlStrG darstellt und die Verweigerung der Erteilung der Sondernutzungserlaubnis rechtswidrig war.

1. Vorliegen einer Sondernutzung

Sondernutzung ist nach § 11 Abs. 1 BerlStrG i. V. m. § 10 Abs. 2 S. 1 BerlStrG die Nutzung der Straßen über den Gemeingebrauch i. S. d. § 10 Abs. 1 S. 1 BerlStrG hinaus, welche den Gemeingebrauch anderer beeinträchtigt. Keine Sondernutzung liegt damit vor, wenn es sich bei dem Vorhaben *Robertskeys* noch um Gemeingebrauch der Straße nach § 10 Abs. 2 S. 1 BerlStrG handelt. Gemeingebrauch ist nach § 10 Abs. 2 S. 1 BerlStrG der Gebrauch der Straße im Rahmen der Widmung und der Straßenverkehrsvorschriften innerhalb der verkehrsüblichen Grenzen. Der Inhalt der straßenrechtlichen Widmung wird in § 2 Abs. 1 BerlStrG näher festgelegt, nämlich dahingehend, dass die Straße dem öffentlichen Verkehr gewidmet ist.⁴ Unabhängig von der Frage, ob die übrigen Tatbestandsvoraussetzungen des „Gemeingebrauchsbegriffs“ des § 10 Abs. 2 S. 1 BerlStrG wirklich „echte“ Tatbestandsmerkmale der Gemeingebrauchsdefinition sind oder ob sie nicht nur die Schranken des Gemeingebrauchs umschreiben,⁵ liegt jedenfalls dann kein Gemeingebrauch, sondern erlaubnispflichtige Sondernutzung vor, wenn die Ausübung der Performance-Kunst sich nicht mehr als „Verkehr“ darstellt.⁶

a) Traditioneller Verkehrsbegriff

Nach dem traditionellen oder engen Verkehrsbegriff ist „Verkehr“ jede auf Ortsveränderung gerichtete Tätigkeit. Hierzu zählt die Tätigkeit als Performance-Künstler auf der Straße ersichtlich nicht. Folgt man daher dem traditionellen Verkehrsbegriff⁷ wäre

³ Plog/Wiedow/Beck, Kommentar zum Bundesbeamtengesetz, Loseblatt, § 78 Rn. 18.

⁴ Siehe zum Folgenden ausführlich auch Seidel/Reimer/Möstl, Besonderes Verwaltungsrecht, 2003, S. 308 ff. sowie Schoch, Jura 2013, 991 ff.

⁵ Laubinger, VerwArch 81 (1990), S. 583, 606 ff.; a.A. Mager/Sokol, Jura 2012, 913, 915.

⁶ Siehe nur: Schoch, Jura 2013, 911 f.

⁷ So Dietz, AöR 133 (2008), S. 556, 560 ff.

schon deshalb die Performance-Collage als „Sondernutzung“ anzusehen.⁸

b) Verfassungskonforme Erweiterung des Verkehrsbegriffs?

In der Rechtsprechung wird jedoch weitgehend ein weiterer Verkehrsbegriff vertreten, welcher insbesondere auch den sog. „kommunikativen Verkehr“ umfassen soll. Darunter wird eine Nutzung verstanden, die den öffentlichen Straßenraum auch als Stätte kommunikativer Begegnung, der Pflege menschlicher Kontakte und des Informations- und Meinungsaustausches begreift. Dies gelte insbesondere für Straßen in Fußgängerbereichen (Fußgängerzonen), weil diese weitgehend auch durch ihre Aufenthalts- und Erschließungsfunktion gekennzeichnet seien.⁹ Entwickelt wurde dieser weitere Verkehrsbegriff insbesondere im Hinblick auf Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG, weil nur so ein vom Vorliegen sonstiger, insbesondere finanzieller Voraussetzungen unabhängiger Kommunikationsprozess gewährleistet sei.¹⁰

Teilweise wird dieser Gedanke auch auf die Straßenkunst übertragen¹¹; Straßenkunst sei öffentlichkeitsbezogen und daher auf die öffentliche Wahrnehmung angewiesen. Art. 5 Abs. 3 GG verlange daher nicht weniger als Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG, dass das Straßenrecht dem dadurch Rechnung trage, dass die Ausübung der Straßenkunst für den Regelfall nicht von einer Sondernutzungserlaubnis abhängig gemacht werden dürfe. Eine Sondernutzung könne bei Ausübung von Straßenkunst dementsprechend nur dann vorliegen, wenn durch die Ausübung der Straßenkunst grundrechtlich geschützte Positionen Dritter (etwa die Rechte der Anlieger aus Art. 14 Abs. 1 GG, die Rechte der Passanten aus Art. 2 Abs. 1 GG, die Rechte der Gewerbetreibenden aus Art. 12 Abs. 1 GG, die Kunstfreiheit anderer Straßenkünstler aus Art. 5 Abs. 3 GG) im Einzelfall erheblich beeinträchtigt würden, so dass das Erlaubnisverfahren nach § 11 BerlStrG ein geeignetes, erforderliches und im Hinblick auf die Bedeutung der Kunstfreiheit auch angemessenes Mittel sei, um die widerstreitenden Interessen der Beteiligten auszugleichen. Der Begriff des Gemeingebrauchs sei daher in verfassungskonformer Weise so auszulegen, dass auch die Ausübung von Straßenkunst (jedenfalls in Fußgängerzonen und Einkaufsstraßen) zum „Verkehr“ zähle und zu gestatten sei, soweit nicht im Einzelfall Rechte Dritter in nicht völlig unerheblicher Weise hierdurch beeinträchtigt würden.¹²

c) Auffassung des BVerwG

Demgegenüber neigt das BVerwG dazu, in der Ausübung von Straßenkunst auch in Fußgängerzonen eine Sondernutzung zu sehen, da seiner Ansicht nach Art. 5 Abs. 3 GG es nicht gebiete, die Ausübung von Straßenkunst schlechthin erlaubnisfrei zu stellen, so dass auch keine verfassungskonforme Auslegung des § 10 Abs. 2 BerlStrG notwendig sei. Straßenkunst führe – anders als der „rein“ kommunikative

⁸ *Laubinger*, VerwArch 81 (1990), S. 583, 616 f.

⁹ *Grupp*, in: Marschall, Bundesfernstraßengesetz [FStrG], 6. Aufl. 2012, § 7 Rn. 11.

¹⁰ *Grupp*, in: Marschall, Bundesfernstraßengesetz [FStrG], 6. Aufl. 2012, § 7 Rn. 12.

¹¹ Ausführlich zu Rechtsprechung und Literatur in diesem Zusammenhang: *Füßer/Drömann*, Sächs-VBl. 2015, 153, 157 ff.

¹² So VGH Mannheim NJW 1989, 1299, 1300 ff.; *Hufen*, DÖV 1983, 353, 255 ff.; *Würkner*, NJW 1987, 1793, 1798 f, für das FStrG: *Grupp*, in: Marschall, Bundesfernstraßengesetz [FStrG], 6. Aufl. 2012, § 8 Rn. 14.

Verkehr – regelmäßig zu Konflikten mit den grundrechtlich geschützten Positionen anderer Straßennutzer und Anlieger, zu deren Lösung die Rechtsordnung keine abstrakt-generellen Regeln bereithalte und angesichts der Vielgestaltigkeit der Straßenkunst auch nicht bereithalten könne. Daher sei einerseits eine ortsbezogene „Steuerung“ der Straßenkunst durch das Erlaubnisverfahren (in Berlin nach § 11 BerlStrG) notwendig, andererseits gewähre gerade dies auch dem Künstler Rechtssicherheit und diene daher auch seinem Schutz. Folglich könne nicht von einem nicht zu rechtfertigenden Eingriff in Art. 5 Abs. 3 GG gesprochen werden, wenn die Ausübung der Straßenkunst unter Erlaubnisvorbehalt gestellt werde. Der Bedeutung der Kunstfreiheit könne (und müsse) vielmehr bei der Entscheidung über die Erlaubniserteilung (nach § 11 Abs. 2 BerlStrG) Rechnung getragen werden.¹³

Anmerkung: Siehe zur verfassungskonformen Auslegung und ihren Grenzen auch die zusammenfassende Darstellung bei [BVerwG, 4 C 11/13 v. 20.3.2014, Abs. 21](#) = BVerwGE 149, 211, Abs. 21.

Diese Auffassung trägt dem Umstand Rechnung, dass im Wirkungsbereich künstlerischen Schaffens die Möglichkeit der Nutzung öffentlicher Straßen, anders als bei der Ausübung der Grundrechte aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 und Art. 8 Abs. 1 GG, nicht zwingend erforderlich ist – es gibt keine eigene Straßenmalerei, -musik o.ä., sondern nur Malerei, Musik usw., die auf der Straße ausgeübt wird.

Anmerkung: Siehe zu ähnlichen Überlegungen auch den [„Hundeschwindel“-Fall](#) und den [„Neue-Mensch“-Fall](#).

d) Bedeutung für die Falllösung und Ergebnis zu 1.

Auch nach der Auffassung, welche grundsätzlich die Ausübung von Straßenkunst in Fußgängerzonen dem Gemeingebrauch zurechnet, ist somit die von *Robertsky* beabsichtigte Ausübung großflächiger Performance-Collagen, die in erheblicher Weise Verkehrsflächen in Anspruch nimmt und den Fußgängerverkehr auf diesen Flächen faktisch sperrt (und damit die Grundrechtsausübung Dritter auf diesen Flächen hindert), nicht mehr zum erlaubnisfreien Gemeingebrauch zu zählen. Vielmehr ist auch nach dieser Ansicht zur Koordination der widerstreitenden Interessen die Durchführung eines Erlaubnisverfahrens nach § 11 BerlStrG mit der hiermit verbundenen Möglichkeit einzelfallbezogener Entscheidung notwendig und mit Art. 5 Abs. 3 GG vereinbar.¹⁴

Welcher Auffassung zu folgen ist, kann im vorliegenden Zusammenhang demnach dahinstehen.

Damit war *Robertskys* Vorhaben als Sondernutzung anzusehen und folglich nach § 11 Abs. 1 BerlStrG erlaubnispflichtig.¹⁵

¹³ BVerwGE 84, 71, 75 ff.

¹⁴ Deutlich *Dietz*, AöR 133 (2008), S. 556, 598 ff.; *Sauthoff*, Öffentliche Straßen, 2. Aufl. 2010, Rn. 314 f.; *Schoch*, Jura 2013, 911, 914.

¹⁵ Zur Erlaubnispflicht der sog. „Grillwalker“: [OVG Berlin, Urt. v. 17.9.2003, 1 B 15.03.](#)

2. Rechtswidrigkeit der Verweigerung der Sondernutzungserlaubnis

War somit das Vorhaben *RobertsKys* als Sondernutzung nach § 11 Abs. 1 BerlStrG erlaubnispflichtig, stellt sich die Frage, ob die Verweigerung der Erteilung der Sondernutzungserlaubnis durch *Mütlich* rechtswidrig war. Dem Wortlaut des § 11 Abs. 1 BerlStrG lässt sich nicht ohne weiteres entnehmen, ob die Erteilung der Sondernutzungserlaubnis ein Fall der gebundenen Entscheidung oder der Ermessensverwaltung ist. Jedoch ergibt sich aus den Absätzen 2 bis 4 des § 11 BerlStrG letztlich eindeutig, dass die Erteilung der Sondernutzungserlaubnis im Ermessen der Behörde steht. Da jede Sondernutzung den nach § 11 Abs. 1 BerlStrG gewährleisteten Gemeingebrauch beeinträchtigt, kann es letztlich nur sinnvoll einer Einzelfallentscheidung der Behörde überlassen bleiben, ob und inwieweit sie Sondernutzungen zulässt und die widerstreitenden Interessen der Betroffenen insoweit zum Ausgleich bringt.¹⁶ Die Sondernutzungserlaubnis nach § 11 Abs. 1 BerlStrG ist als Verwaltungsakt i. S. d. § 35 VwVfG i. V. m. § 1 VwVfG Bln¹⁷ anzusehen. Die Verweigerung der Sondernutzungserlaubnis war somit nach § 40 VwVfG dann rechtswidrig, wenn *Mütlich* gar kein Ermessen ausgeübt hat, oder aber bei der Ausübung des Ermessens den Zweck der Ermessensermächtigung nach § 11 Abs. 2 S. 1 BerlStrG nicht berücksichtigt oder die gesetzlichen Grenzen des Ermessens missachtet hat.

a) Nichtausübung des Ermessens (§ 40 Var. 1 VwVfG)

Bereits daran, dass *Mütlich* Erwägungen anstellt und Argumente anführt, erkennt man, dass er von einer Abwägungs-, bzw. Ermessensentscheidung ausgeht. Er sieht sich also nicht von vornherein gebunden und hat demnach ein Ermessen ausgeübt.

b) Missachtung des Zwecks der Ermächtigung (§ 40 Var. 2 VwVfG)

Es ist aber zweifelhaft, ob *Mütlich* das Ermessen entsprechend dem Zweck der Ermächtigung des § 11 Abs. 2 bis 4 BerlStrG ausgeübt hat (§ 40 Var. 2 VwVfG). Aus § 11 Abs. 2 S. 1 BerlStrG ergeben sich allgemeine Ermessenskriterien. Danach soll die Sondernutzungserlaubnis erteilt werden, wenn überwiegende öffentliche Interessen nicht entgegenstehen oder ihnen mit Nebenbestimmungen entsprochen werden kann. Im Unterschied zu anderen Bundesländern¹⁸ ist demnach sogar im Regelfall eine Sondernutzungserlaubnis zu erteilen. Für die Versagung derselben reicht demnach nicht mehr jedes, sondern nur noch ein überwiegendes öffentliches Interesse.¹⁹ Öffentliche Interessen sind primär wegerechtliche Belange, so dass in die Abwägung vor allem Gesichtspunkte der Erhaltung der Straßensubstanz, des Ausmaßes der Beeinträchtigung des Gemeingebrauchs durch die beabsichtigte Sondernutzung und die Erfordernisse der Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs eingestellt werden können. Darüber hinaus sind auch die Interessen der Anlieger und anderer Sondernutzungsberechtigter zu berücksichtigen; denn das Erlaubnisverfahren nach § 11 BerlStrG dient dem Zweck, die unterschiedlichen und teilweise gegenläufigen Nut-

¹⁶ So zu § 8 FStrG *Grupp*, in: Marschall, Bundesfernstraßengesetz [FStrG], 6. Aufl. 2012, § 8 Rn. 8.

¹⁷ Auf den Verweis ins Berliner Landesrecht bzgl. des VwVfG wird nachfolgend verzichtet.

¹⁸ Siehe die Falllösung in [Saarheim](#).

¹⁹ [VG Berlin, 1 A 417.08 v. 14.5.2009](#), Rn. 13

zungsabsichten der Straßenbenutzer auszugleichen.²⁰ Hieraus ergibt sich, dass es dem Zweck der Ermächtigung des § 11 Abs. 2 S. 1 BerlStrG nicht entspricht, eine Sondernutzungserlaubnis für das Betreiben von Performance-Collagen nur deshalb abzulehnen, weil die zu erwartenden Collagen (nach Ansicht des zuständigen Behördenbediensteten) ästhetisch minderwertig seien. Als für die Erteilung von Sondernutzungserlaubnissen zuständige Straßenbaubehörde hat der Bezirk keinen wie auch immer gearteten „Kulturauftrag“, welcher ihn dazu berechtigte, ein gewisses Niveau der dargebotenen Straßenkunst sicherzustellen.²¹

c) Missachtung der gesetzlichen Grenzen des Ermessens (§ 40 Var. 3 VwVfG)

Derselbe Gesichtspunkt könnte dazu führen, dass die Ermessensentscheidung *Mütlichs* auch die gesetzlichen Grenzen des ihm durch § 11 Abs. 2 S. 1 BerlStrG eingeräumten Ermessens überschritten (§ 40 Var. 3 VwVfG) hat.²² Als gesetzliche Ermessensgrenzen waren insoweit auch die Grundrechte des Antragstellers zu beachten.

aa) Missachtung des Gleichheitssatzes

Hierzu gehört zunächst sein Recht auf Gleichbehandlung aus Art. 3 Abs. 1 GG.²³ Hier hatte sich der Bezirk durch seine ständige Verwaltungspraxis für die Erteilung von Sondernutzungserlaubnissen an Straßenkünstler dahingehend selbst gebunden, dass er den Alexanderplatz in verschiedene Standplätze unterteilt und diese Standplätze grundsätzlich nach dem Windhundprinzip vergeben hat. Voraussetzung für die Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis ist somit nach dieser Verwaltungspraxis allein, dass der Betroffene „Straßenkunst“ ausübt (und insbesondere nicht nur rein gewerblich tätig ist) und für die jeweilige Kunstausbübung geeignete Standplätze in der fraglichen Woche frei sind. Nach dieser Verwaltungspraxis hätte *Robertsky* eine Sondernutzungserlaubnis erhalten müssen, da das Kontingent noch nicht erschöpft war und er durch Ausübung der Performance-Kunst auch straßenkünstlerisch tätig werden wollte.

Möglicherweise könnten jedoch besondere Gründe eine Versagung der Erteilung einer Sondergenehmigung rechtfertigen. So mag es möglich sein, dass im Einzelfall die Art der ausgeübten Straßenkunst (etwa wenn ein Pflastermaler sich auf pornographische Darstellungen spezialisiert oder ein „Straßenmusikant“ einen für die Anlieger und Passanten schlicht unzumutbaren Lärm macht) oder in der Person des Straßenkünstlers liegende Gründe (etwa sein Verhalten gegenüber nicht zahlenden Passanten) eine Abweichung von dieser Verwaltungspraxis rechtfertigen können. Solche Gründe sind jedoch weder in der Person *Robertskys* noch in seinen Performance-Kunstwerken zu erkennen. Die bestrittene Qualität seiner Werke vermag jedenfalls die Nichterteilung einer Sondernutzungserlaubnis nicht zu rechtfertigen. Gründe, die es im Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 GG gerechtfertigt hätten, gegenüber

²⁰ *Dietz*, AöR 133 [2008], S. 556, 575 ff.; *Sauthoff*, Öffentliche Straßen, 2. Aufl. 2010, Rn. 361 ff.; *Schoch*, Jura 2013, 911, 918 ff.

²¹ *Hufen*, DÖV 1983, 353; *Würkner*, NJW 1987, 1793, 1795.

²² Vgl. *Sachs*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, § 40 Rn. 85 ff.

²³ Vgl. *Mußnug*, Die öffentlichen Straßen als Mehrzweckinstitut, in: *Bartlspenger/Blümel/Schroeter* [Hrsg.], Ein Vierteljahrhundert Straßengesetzgebung, 1980, S. 81, 91.

Robertsy von der ständigen (und auch nicht aufgehobenen) Verwaltungspraxis abzuweichen, sind demnach nicht erkennbar, weshalb sein Recht aus Art. 3 Abs. 1 GG verletzt ist.

bb) Missachtung der Kunstfreiheit

Darüber hinaus könnte die Ablehnung der Sondernutzungserlaubnis durch *Mütlich* gegen die durch Art. 5 Abs. 3 GG geschützte Kunstfreiheit *Robertsy*s verstoßen und auch insoweit die gesetzlichen Grenzen des Ermessens überschritten haben. Zwar ist sehr zweifelhaft, ob es vom Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 GG überhaupt umfasst ist, sich gerade im öffentlichen Straßenraum künstlerisch zu betätigen.²⁴ Wenn sich die öffentliche Hand jedoch zur Kunstförderung im weitesten Sinne entschließt, muss sie hierbei die Art. 5 Abs. 3 GG zugrunde liegende Wertentscheidung zugunsten der Staatsferne der Kunst berücksichtigen und darf die Förderung jedenfalls nicht von rein ästhetischen oder geschmacklichen Kriterien abhängig machen.²⁵ Gerade dies hat *Mütlich* jedoch getan, als er die Entscheidung über die Erteilung der Sondernutzungserlaubnis davon abhängig machte, ob man in den Performance-Collagen „etwas erkennen“ könne. Dafür müsste *Robertsy*s Schaffen Kunst i. S. d. Art. 5 Abs. 3 GG darstellen. Die „Collagen“ können wohl schon bestimmten Werktypen zugeordnet werden (Collagen als Form der Bildenden Kunst und Schauspiel als Kategorie der Darstellenden Kunst) und erfüllen somit den sog. formalen Kunstbegriff. Da seine Darstellung des Krieges wegen der Mannigfaltigkeit ihres Aussagegehalts fortgesetzter Interpretation zugänglich ist, erfüllt *Robertsy*s Performance-Collage jedenfalls den sog. offenen Kunstbegriff.²⁶ Damit ist grundsätzlich zu bejahen, dass die Performance *Robertsy*s „Kunst“ im Sinne des Art. 5 Abs. 3 GG ist.

Darüber hinaus begnügt sich *Robertsy* auch erkennbar nicht mit der bloßen Reproduktion fremder Kunstwerke, sondern aktualisiert und verfremdet diese, weshalb sein Schaffen aufgrund dessen Einzigartigkeit auch kein reines Kunstgewerbe darstellt.²⁷ Es kann ebenfalls davon ausgegangen werden, dass *Robertsy* selbst ein Kunstwerk schaffen wollte und versuchte, seine individuellen Erfahrungen und Erkenntnisse mit dem Ausdrucksmittel Performance-Collage umzusetzen.²⁸ Damit stellt sich im vorliegenden Fall nicht die Frage, ob „Straßenkunst“ in all ihren Ausprägungen dem Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 GG unterfällt.²⁹

Das begehrte Handeln des *Robertsy* unterfällt der Kunstfreiheit, in die durch die Untersagung ungerechtfertigt eingegriffen wurde.

²⁴ Verneinend *Bismark*, NJW 1985, 246, 250; *Laubinger*, VerwArch 81 (1990), S. 583, 620 f.; a. A. wohl VGH Mannheim NJW 1989, 1299, 1300 ff.; *Hufen*, DÖV 1983, 353, 255 ff.; *Würkner*, NJW 1987, 1793, 1798 f.

²⁵ deutlich *Lenski*, in: Franzius u. a. [Hrsg], *Beharren - Bewegen - Festsschrift für Michael Klöpfer*, 2013, S. 104, 112 ff., 115 ff.).

²⁶ [BVerfGE 67, 213, 226f.](#)

²⁷ Vgl. [BVerfGE 30, 173, 189](#); [BVerfG 1 BvR 1783/05 v. 16.6.2006](#) = NJW 2008, 39.

²⁸ Zu den einzelnen Kunstbegriffen etwa *Pieroth/Schlink*, Rn. 611 ff.

²⁹ Siehe hierzu auch *BVerwGE 84, 71, 73*; *Hufen*, DÖV 1983, 353 f.; *Würkner*, NJW 1987, 1793, 1795.

d) Ergebnis zu 2.

Die Ablehnung der Erteilung der nach § 11 Abs. 2 S. 1 BerlStrG für das Vorhaben *Robertskys* notwendigen Sondernutzungserlaubnis war damit in mehrfacher Hinsicht i. S. d. § 40 VwVfG ermessensfehlerhaft.

3. Ergebnis zu I.

Die Entscheidung *Mütlichs*, *Robertsky* die Sondernutzungserlaubnis nicht zu erteilen, war rechtswidrig. Also hat *Mütlich* gegen seine ihm als Beamten obliegende Pflicht verstoßen, (nur) rechtmäßige Entscheidungen zu treffen.

II. Schädigung des Landes Berlin

Durch die Pflichtverletzung *Mütlichs* müsste dem Land Berlin ein Schaden i. S. d. § 48 S. 1 BeamStG entstanden sein. Darunter fallen auch die sogenannten mittelbaren Schäden, die dem Dienstherrn dadurch erwachsen, dass er aufgrund des Verhaltens des Beamten einem Dritten Schadensersatz leisten muss bzw. geleistet hat. Unerheblich für das Vorliegen eines Schadens ist insoweit, ob der Dienstherr – wie hier – freiwillig, auf außergerichtlichen oder gerichtlichen Vergleich hin oder mit Rücksicht auf ein Gerichtsurteil gezahlt hat. Leistet der Dienstherr freiwillig, ist insoweit jedoch Voraussetzung für das Vorliegen eines Schadens, dass die Pflichtverletzung des Beamten den Dienstherrn nach Maßgabe des materiellen Rechts tatsächlich zum Schadensersatz gegenüber dem Dritten verpflichtet hat.³⁰

Da die Erteilung von Sondernutzungserlaubnissen hoheitlich und damit „in Ausübung eines öffentlichen Amtes“ erfolgt, hätte sich eine solche Verpflichtung nur aus § 839 BGB i. V. m. Art. 34 S. 1 GG ergeben können. Insoweit ist unproblematisch, dass *Mütlich* als Beamter im staatsrechtlichen Sinne auch Beamter im haftungsrechtlichen Sinne, nämlich „jemand“ i. S. d. Art. 34 S. 1 GG ist. Unproblematisch ist auch, dass das Land Berlin als Anstellungskörperschaft die „Körperschaft“ i. S. d. Art. 34 S. 1 GG ist, „in deren Dienst“ *Mütlich* stand. Geklärt ist bereits, dass *Mütlich* mit der Nichterteilung der Sondernutzungserlaubnis auch eine ihm obliegende Amtspflicht i. S. d. § 839 Abs. 1 BGB, Art. 34 S. 1 GG, nämlich die Amtspflicht zur Beachtung der einschlägigen Gesetze und zur Beachtung der Ermessensgrenzen,³¹ verletzt hat (s. o. A.I.2.).

1. Drittschützende Wirkung der verletzten Pflicht

Fraglich ist allerdings, ob *Mütlich* diese Amtspflicht auch *Robertsky* gegenüber als „Drittem“ i. S. d. § 839 Abs. 1 S. 1 BGB, Art. 34 S. 1 GG oblag. Dies ist dann der Fall, wenn *Robertsky* einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über seinen Antrag auf Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis nach § 11 Abs. 2 S. 1 BerlStrG hatte. Ermessensnormen räumen dann ein subjektives Recht auf ermessensfehler-

³⁰ *Beckmann*, ZBR 2004, 109, 112 f.; *Schnellenbach*, *Beamtenrecht in der Praxis*, 5. Aufl. 2001, Rn. 324; weitergehend *Plog/Wiedow/Beck*, *Kommentar zum Bundesbeamtenengesetz*, Loseblatt, § 78 Rn. 45.

³¹ *Windthorst*, in: *Detterbeck/Windthorst/Sproll*, § 9 Rn. 65 ff.

freie Entscheidung ein, wenn sie zumindest auch den Zweck haben, den Betroffenen zu begünstigen.³² Die Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis liegt allein im Interesse des Antragstellers, der hierdurch begünstigt werden soll. Damit gewährt § 11 Abs. 2 S. 1 BerlStrG ein subjektiv-öffentliches Recht, einen Anspruch, auf ermessensfehlerfreie Entscheidung³³ und besitzt insoweit drittschützende Funktion, so dass *Mütlich* mit seiner ermessensfehlerhaften Ablehnung des Antrags auch eine *Robertsy* gegenüber bestehende Amtspflicht verletzt hat.

2. Verschulden

Mütlich müsste nach § 839 Abs. 1 S. 1 BGB die Amtspflicht auch vorsätzlich oder fahrlässig verletzt haben. Da *Mütlich* der Überzeugung war, rechtmäßig zu handeln, scheidet Vorsatz insoweit aus. Denkbar wäre jedoch fahrlässiges Handeln. Gemäß der Legaldefinition des § 276 Abs. 2 BGB müsste *Mütlich* bei seiner Entscheidung die im Verkehr erforderliche Sorgfalt verletzt haben. Amtsträger haben die für ihr Amt erforderlichen Rechts- und Verwaltungskennntnisse zu besitzen und sich andernfalls zu verschaffen.³⁴ Daraus kann man schließen, dass jeder, der zur ordnungsgemäßen Rechtsanwendung verpflichtet ist, fahrlässig handelt, wenn er die einschlägigen Gesetze – auch solche aus neuester Zeit – nicht kennt, sich nicht in den Fachzeitschriften laufend über den Stand der Rechtsprechung informiert, bei seiner Entscheidung gegen den klaren und unzweideutigen Wortlaut eines Gesetzes oder einer Weisung verstößt oder höchstrichterliche Rechtsprechung – selbst wenn es nur eine einzige einschlägige Entscheidung gibt – nicht beachtet.³⁵ Dagegen fehlt es am Verschulden in der Regel (nur dann), wenn die objektiv unrichtige Rechtsanwendung eine Vorschrift betrifft, deren Inhalt – bezogen auf den zur Entscheidung stehenden Einzelfall – zweifelhaft sein kann und noch nicht durch eine höchstrichterliche Rechtsprechung klargestellt ist und die Auslegung dieser Vorschrift noch vertretbar erscheint.³⁶

Mütlich muss als für Ermessensentscheidungen nach § 11 Abs. 2 S. 1 BerlStrG zuständiger Beamter die maßgeblichen Ermessenskriterien kennen und die allgemeinen Grundsätze der Ermessensschränken beherrschen. Notfalls hätte er sich in die in seinen Zuständigkeitsbereich fallenden Rechtsfragen einarbeiten müssen. Indem er dies nicht tat, hat er die im Verkehr erforderliche Sorgfalt nicht beachtet. Nach den vorgenannten Kriterien hat *Mütlich* somit fahrlässig gehandelt.

3. Schadenskausalität der Pflichtverletzung

Schließlich müsste *Robertsy* durch die Amtspflichtverletzung auch ein Schaden entstanden sein. *Robertsy* machte insoweit entgangenen Gewinn in Höhe von 60,- Euro nach § 252 S. 1 BGB geltend, der nach dem Sachverhalt auch zutreffend nach Maßgabe des § 252 S. 2 BGB berechnet wurde. Allerdings kann dieser Schaden nur dann als durch die Amtspflichtverletzung verursacht angesehen werden, wenn die

³² *Sachs*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, § 40 Rn. 133.

³³ So zu § 8 FStrG *Grupp*, in: *Marschall*, Bundesfernstraßengesetz [FStrG], 6. Aufl. 2012, § 8 Rn. 8.

³⁴ St. Rspr., vgl. (m.w.N.) BGHZ 117,240, 249 = NJW 1992, 3229, BGHZ 106, 323, 329 f. = NJW 1989, 976.

³⁵ *U. Stelkens, LKV 1999, 161, 163*; *Maurer*, Allg. Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 26 Rn. 25.

³⁶ Vgl. z. B. *BGH, III ZR 86/88 v. 24.11.1988, Abs.6* = NVwZ 1989, 287.

Amtspflichtverletzung ursächlich für den Schaden war; es ist also die hypothetische Entwicklung bei pflichtgemäßem Handeln zu prüfen.³⁷ Der Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung nach § 11 Abs. 2 S.1 BerlStrG war hier durch die aufgrund der Verwaltungspraxis eingetretenen Ermessensreduzierung auf Null zu einem Anspruch auf Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis erstarkt. Dies wäre angesichts der klaren Sach- und Rechtslage und der entsprechend organisierten Verwaltungspraxis bereits am Tag der Antragstellung, also am Montag, geboten gewesen.³⁸ Wäre diese Erteilung erfolgt, hätte *Robertsy* zusätzliche 20,- Euro täglich eingenommen. Da *Robertsy* die Sondernutzungserlaubnis nicht bereits pflichtgemäß am Montag erteilt worden ist, ist ihm dementsprechend ein Verdienstausfall in Höhe von 60,- Euro entstanden.

4. Anspruchsausschlüsse

Anderweitige Ersatzmöglichkeiten für diesen Schaden sind nicht erkennbar, so dass der Schadensersatzanspruch nach § 839 Abs. 1 S. 2 BGB nicht ausgeschlossen ist. Auch ein Ausschluss des Schadensersatzanspruchs nach § 839 Abs. 3 BGB kommt nicht in Betracht, da innerhalb dreier Tage der Schaden durch andere Rechtsbehelfe als die durchgeführte formlose Beschwerde zum Bezirksbürgermeister als Dienstvorgesetzten *Mütlichs* (§ 4 Abs. 3 LBG) nicht hätte abgewendet werden können. Der Schadensersatzanspruch *Robertsy*s könnte aber nach § 254 Abs. 2 S. 1 BGB zu kürzen sein, wenn *Robertsy* es in vorwerfbarer Weise unterlassen hätte, den Schaden zu mindern. Insoweit gibt der Sachverhalt jedoch keine Anhaltspunkte dafür, dass es *Robertsy* ohne weiteres möglich gewesen wäre, innerhalb dreier Tage in einem anderen Bezirk eine Sondernutzungserlaubnis für seine Performance-Collagen zu erhalten. Auch war es ihm nicht zuzumuten, seiner Tätigkeit auf einem freien Standplatz ohne entsprechende Sondernutzungserlaubnis nachzugehen, weil er sich hiermit der Gefahr ausgesetzt hätte, wegen einer Ordnungswidrigkeit nach § 28 Abs. 1 Nr. 2 BerlStrG belangt zu werden.

5. Ergebnis zu II.

Folglich stand *Robertsy* wegen der Dienstpflichtverletzung *Mütlichs* gegenüber dem Land Berlin ein Schadensersatzanspruch in Höhe vom 60,- Euro aus § 839 Abs. 1 S. 1 BGB i. V. m. Art. 34 S. 1 GG zu. Hierdurch ist dem Land Berlin seinerseits ein (mittelbarer) Schaden in Höhe von 60,- Euro entstanden, der zu einer Ersatzverpflichtung *Mütlichs* nach § 48 S. 1 BeamStG führen kann.

III. Vorsätzliches oder grob fahrlässiges Verhalten

Die zum Schaden des Landes Berlin führende Pflichtverletzung müsste schließlich auf vorsätzlichem oder grob fahrlässigem Verhalten *Mütlichs* beruhen. Insoweit ist bereits festgestellt worden, dass *Mütlich* nicht vorsätzlich, sondern nur fahrlässig gehandelt hat (s. o. A.II.2.). Grobe Fahrlässigkeit liegt nach den gängigen Umschreibungen vor, wenn die im Verkehr erforderliche Sorgfalt in besonders schwerem Ma-

³⁷ Maurer, Allg. Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 26 Rn. 26.

³⁸ Vgl. das Zügigkeitsgebot des § 10 S. 2 VwVfG.

ße verletzt wird; wenn dasjenige nicht beachtet wird, was im gegebenen Falle wirklich jedem einleuchten musste; wenn schon die einfachsten, ganz naheliegenden Überlegungen nicht angestellt oder bedacht worden sind; wenn also besonders krass in schlechthin unentschuldbarer Weise gegen Dienstpflichten verstoßen wurde. Grobe Fahrlässigkeit ist damit immer – aber auch nur dann – gegeben, wenn das Versehen selbst einem minder vorsichtigen Menschen normalerweise nicht unterlaufen wäre.³⁹

Bei der Beurteilung der Frage, ob *Mütlich* ein solcher Vorwurf gemacht werden kann, ist auch hier zu berücksichtigen, dass ihm ein Rechtsanwendungsfehler unterlaufen ist. Insoweit geht die Rechtsprechung davon aus, dass Rechtsanwendungsfehler grobe Fahrlässigkeit im Regelfall nicht indizieren, da sich eine Entscheidung im Ergebnis als falsch herausstellen kann und trotzdem eine nicht zu beanstandende Pflichterfüllung des Beamten darstellt.⁴⁰ Maßgebend für die Beurteilung ist vor allem die Klarheit der Rechtslage. Wo der Gesetzeswortlaut klar und eindeutig ist, also dem Rechtsanwender kein Einschätzungsspielraum zusteht, wird bei Rechtsanwendungsfehlern im Regelfall grobe Fahrlässigkeit vermutet. Jedoch ist die Nichtbeachtung auch solcher Vorschriften nicht grob fahrlässig, wenn ihre Kenntnis nicht zum Standardwissen des mit einer bestimmten Aufgabe betrauten Beamten gehören muss. Wo das Gesetz dem Beamten demgegenüber einen gewissen Einschätzungsspielraum einräumt, sind nach bestem Wissen und Gewissen getroffene Entscheidungen nicht grob fahrlässig. Bestes Wissen bedeutet hier, dass man sich generell bemüht, den Anforderungen gerecht zu werden, welche die Aufgabe, mit der man betraut ist, an einen stellt, etwa in der Weise, dass man sich einerseits allgemein in sein Aufgabengebiet einarbeitet und sich mit den dazu ergangenen Verwaltungsvorschriften und Grundsatzurteilen der höchstrichterlichen Rechtsprechung vertraut macht und sich andererseits in der Folgezeit bemüht, sein Wissen auf dem neuesten Stand zu halten. Bestes Gewissen bedeutet dann die Frage, ob man bei einer konkret zu treffenden Entscheidung wirklich alle einschlägigen und verfügbaren Informationen verwertet hat, wobei auch der Faktor Zeit und der Umfang des Arbeitsanfalls eine Rolle spielen.

Die Kriterien, die bei einer Ermessensentscheidung nach § 11 Abs. 2 S. 1 BerlStrG zu beachten sind, müssen zum Standardwissen eines mit der Erteilung von Sondernutzungserlaubnissen betrauten Beamten gehören. Ebenso muss jeder Beamte, welcher Ermessensentscheidungen zu treffen hat, die Bedeutung der Grundsätze über die „Selbstbindung der Verwaltung“ durch ständige Verwaltungspraxis und die Bedeutung der Grundrechte bei Ermessensentscheidungen beherrschen. Schließlich muss auch jeder Beamte, der mit einer gewissen Regelmäßigkeit mit Problemen der Straßenkunst konfrontiert wird, die Bedeutung des Art. 5 Abs. 3 GG in diesem Zusammenhang kennen. Indem *Mütlich* diese Probleme offensichtlich auch nicht ansatzweise berücksichtigt hat, hat er somit ganz naheliegenden Überlegungen nicht angestellt und bedacht und folglich grob fahrlässig gehandelt.

³⁹ Vgl. BVerwGE 19, 243, 248; Köpfer, DVBl. 1995, 449, 451; Schupp, Die Personalvertretung 1994, 66, 71 f.; Simianer, ZBR 1993, 33, 43; [U. Stelkens, LKV 1999, 161, 166.](#)

⁴⁰ Köpfer, DVBl. 1995, 449, 451; Simianer, ZBR 1993, 33, 46; [U. Stelkens, LKV 1999, 161, 166.](#)

IV. Ergebnis zu A.

Dem Land Berlin steht somit gegenüber *Mütlich* ein Anspruch auf Schadensersatz in Höhe von 60,- Euro aus § 48 S. 1 BeamStG zu.

B. Möglichkeiten der Anspruchsdurchsetzung

Aus der Pflicht, Ansprüche im Regelfall einzuziehen (§ 34 Abs. 1, § 59 Abs. 1 LHO) und der Pflicht zur vorbeugenden – gegebenenfalls erzieherischen – Wirkung auf die Beamtenschaft sowie schließlich aus dem Wortlaut des § 48 1 S. 1 BeamStG („haben [...] zu ersetzen“) ergibt sich, dass der Dienstherr verpflichtet ist, bestehende Schadensersatzansprüche auch durchzusetzen, ihm insoweit also **kein Ermessen** eingeräumt ist.⁴¹ Nach § 59 Abs. 1 LHO dürfen demgemäß Ansprüche (jeder Art, also auch solche aus dem Beamtenverhältnis) nur unter besonderen Voraussetzungen gestundet, niedergeschlagen oder erlassen werden, die hier ersichtlich nicht vorliegen. Auf welche Weise das Land Berlin den bestehenden Schadensersatzanspruch gegenüber *Mütlich* durchsetzen kann, hängt davon ab, welche Handlungsformen dem Dienstherrn insoweit zur Verfügung stehen. Ungeachtet der Wahl der Handlungsform ist aber in jedem Fall darauf zu achten, *Mütlich* von der beabsichtigten Durchsetzung des Anspruchs (noch einmal) förmlich zu unterrichten, damit er insoweit die Einschaltung des Personalrats nach § 86 Abs. 1 Nr. 3 des Berliner Personalvertretungsgesetzes beantragen kann.⁴² Zuständig für die Anspruchsdurchsetzung nach § 48 S. 1 BeamStG ist das Bezirksamt Mitte als für beamtenrechtliche Entscheidungen zuständige Dienstbehörde nach § 4 Abs. 1, 3 LBG oder ein durch diese nach § 5 Abs. 1 Nr. 5 LBG bestimmter Dienstvorgesetzter.

I. Anspruchsdurchsetzung durch Leistungsklage

Zunächst kommt die Durchsetzung des Schadensersatzanspruchs im Wege der Leistungsklage in Betracht. Obwohl es sich bei diesem Anspruch um einen „Anspruch aus dem Beamtenverhältnis“ i. S. d. § 54 Abs. 1 BeamStG bzw. § 126 Abs. 1 BRRG handelt, sind für dessen Geltendmachung aufgrund der abdrängenden Sonderzuweisung des Art. 34 S. 3 GG nicht die Verwaltungsgerichte, sondern die ordentlichen Gerichte zuständig.

Anmerkung: Zum Verhältnis von § 54 Abs. 1 BeamStG und § 126 Abs. 1 BRRG zueinander siehe z. B. *Terhechte* (NVwZ 2010, 996 ff.), der davon ausgeht, dass beide Vorschriften nach wie vor nebeneinander bestehen (ebenso *Ehlers/Schneider*, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO § 40 Rn. 40). Nach anderer Ansicht wird § 126 Abs. 1 BRRG durch § 54 Abs. 1 BeamStG i. S. der Lex-Posterior-Regel und Lex-Specialis-Regel verdrängt (so *Auerbach*, ZBR 2009, 217, 222). Die Bundeskompetenz für die Rechtswegzuweisung ergibt sich jedenfalls nach wie vor aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG.

⁴¹ BVerwGE 44, 27, 31; *Beckmann*, ZBR 2004, 109, 114; Günther, RiA 2012, 247, 248; krit. hierzu insoweit allerdings Zetzsche, ZBR 2004, 130.

⁴² *Schnellenbach*, Beamtenrecht in der Praxis, 5. Aufl. 2001, Rn. 341.

Anmerkung: Es ist strittig, ob Art. 34 S. 3 GG selbst eine Sonderzuweisung an die ordentlichen Gerichte darstellt⁴³ oder ob diese Vorschrift eine solche einfachgesetzliche Rechtswegzuweisung nur voraussetzt und sie verfassungsrechtlich garantiert⁴⁴. Letztere Ansicht hat die – von den jeweiligen Autoren wohl übersehene – Folge, dass § 40 Abs. 1 VwGO und § 54 Abs. 1 BeamStG insoweit verfassungswidrig wären, als sie auch Streitigkeiten über Regressansprüche aus Beamten- und sonstigen öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnissen den Verwaltungsgerichten zuweisen, weil § 40 Abs. 2 S. 1 VwGO nach ganz herrschender Auffassung nur Ansprüche des Bürgers gegenüber dem Staat, nicht aber Ansprüche des Staates gegenüber dem Bürger umfasst.⁴⁵

Sachlich zuständig wäre nach § 1 ZPO i. V. m. § 71 Abs. 2 Nr. 2 GVG das Landgericht. Die örtliche Zuständigkeit ergibt sich aus §§ 12, 13 ZPO: Zuständig ist das Gericht, in dessen Bezirk der Beklagte seinen Wohnsitz hat. Geht man davon aus, dass *Mütlich* in Berlin wohnt, ist dies das Landgericht Berlin. Zu beachten ist schließlich, dass das Land Berlin bzw. sein Vertreter nicht selbst vor dem Landgericht Verfahrenshandlungen vornehmen und Anträge stellen können. Das Land Berlin muss sich insoweit nach § 78 Abs. 1 ZPO von einem beim Landgericht Berlin zugelassenen Rechtsanwalt vertreten lassen.

II. Festsetzung durch Verwaltungsakt

Als demgegenüber für den Dienstherrn einfachere Variante käme eine Festsetzung des Schadensersatzanspruches aus § 48 S. 1 BeamStG durch Verwaltungsakt nach § 35 VwVfG in Betracht. Dies ermöglicht ihm, sich ohne gerichtliche Hilfe einen Vollstreckungstitel nach § 3 Abs. 2 lit. a VwVG i. V. m. § 5a S. 1 VwVfG Bln⁴⁶ zu beschaffen, und zwingt den Adressaten, wenn er mit der Festsetzung nicht einverstanden ist, in die Rolle des Klägers, der den Verwaltungsakt anfechten muss, soll er nicht bestandskräftig werden. Ein durch Verwaltungsakt regelbarer Sachverhalt läge insoweit vor; insbesondere wäre nicht nur ein bloßes Verwaltungsinternum, sondern eine Regelung mit Außenwirkung gegeben, da eine Verpflichtung zur Zahlung von Geld aus dem eigenen Vermögen die persönliche Rechtsstellung des Beamten berührt.⁴⁷ Gerade wegen der hiermit verbundenen Auferlegung der Anfechtungslast ist nach der – jedenfalls in der Literatur – herrschenden Meinung jedoch für die Verwendung der Handlungsform Verwaltungsakt eine Ermächtigungsgrundlage erforderlich, sofern eine belastende Maßnahme getroffen werden soll, da in dem Gebrauch der „Handlungsform Verwaltungsakt“ eine (zusätzliche) Belastung zu sehen sei.⁴⁸

Anmerkung: Siehe zum hiermit angesprochenen Problem der „Verwaltungsaktbefugnis“ allgemein [diesen Hinweis](#), zum Problem der „Verwaltungsaktbefugnis“ im Beam-

⁴³ So BGHZ 43, 34, 39; BVerwGE 37, 231 237.

⁴⁴ So Dagtoglou, in: Bonner Kommentar, Art. 34 Rn. 357 [Bearbeitung 1977]; Ehlers, in: Schoch/Schneider/Bier, § 40 Rn. 517; Papier, in: Maunz/Dürig, Art. 34 Rn. 305 [Bearbeitung 1998].

⁴⁵ Ehlers, in: Schoch/Schneider/Bier, § 40 Rn. 520, 537 m.w.N.

⁴⁶ Auf den Verweis in das Berliner Landesrecht bzgl. des VwVG wird nachfolgend verzichtet.

⁴⁷ U. Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwGO § 35 Rn. 200.

⁴⁸ Vgl. z. B. Schoch, Jura 2010, 670, 672 f.

tenrecht zudem auch die Fälle „[Rathausbrand](#)“, „[Ungesund](#)“ und „[Verrechnet](#)“.

Fraglich ist damit nach dieser Auffassung, ob eine Ermächtigungsgrundlage für eine Festsetzung des Schadensersatzanspruchs aus § 48 S. 1 BeamtStG durch Verwaltungsakt existiert. Die Rechtsprechung bejaht dies nahezu einhellig mit der Begründung, dass das Beamtenverhältnis seiner ganzen Struktur nach subordinationsrechtlich ausgestaltet sei, so dass sich eine Ermächtigungsgrundlage für die Handlungsförmige Verwaltungsakt auch für die Festsetzung von Schadensersatzansprüchen nach § 48 S. 1 BeamtStG insoweit implizit aus dem Regelungszusammenhang der Vorschrift ergebe.⁴⁹ Teile der Literatur legen demgegenüber strengere Maßstäbe an und verneinen das Vorliegen der sog. „Verwaltungsaktbefugnis“ für die Festsetzung der beamtenrechtlichen Schadensersatzansprüche.⁵⁰

Allgemeiner Ansicht nach ist aber jedenfalls im Falle eines Regresses wegen mittelbarer Schädigung durch Amtspflichtverletzung gegenüber einem Dritten wegen Art. 34 S. 3 GG eine Festsetzung des Regressanspruches durch Leistungsbescheid ausgeschlossen, da dies mit der verfassungsrechtlich vorgesehenen Zuweisung solcher Regressstreitigkeiten zu den ordentlichen Gerichten nicht vereinbar sei.⁵¹ Insoweit wird auch darauf hingewiesen, dass die Zulassung der Verwaltungsvollstreckung in einem solchen Fall eine von Art. 34 S. 1 GG nicht beabsichtigte Schlechterstellung des Beamten beim Innenregress gegenüber der unmittelbaren Inanspruchnahme durch den Geschädigten bewirkt.⁵² Ungeachtet der Frage, in welcher Form Rechtsschutz gewährt werden kann und muss, wenn der Dienstherr dies übersieht und dennoch einen Verwaltungsakt erlässt, steht damit fest, dass dem Dienstherrn die Festsetzung von Regressansprüchen im Anwendungsbereich des Art. 34 S. 2 GG durch Verwaltungsakt rechtlich verboten ist. Aufgrund der Gesetzesbindung der Verwaltung kommt somit eine Anspruchsfestsetzung durch Verwaltungsakt vorliegend nicht in Betracht.

III. Durchsetzung durch Aufrechnung

Möglicherweise könnte der Schadensersatzanspruch jedoch durch Aufrechnung mit dem pfändbaren Teil der *Mütlich* zustehenden Dienstbezüge durchgesetzt werden, was angesichts der geringen Höhe der Schadensersatzforderung als möglich erscheint. Die Möglichkeit einer solchen Aufrechnung ergibt sich mittelbar aus § 11 Abs. 2 S. 1 BBesG i. V. m. § 75 Abs. 2 LBG. Sie erfolgt durch einseitige „Erklärung“ gegenüber dem Aufrechnungsgegner entsprechend § 382 S. 1 BGB. Allerdings ist fraglich, ob Art. 34 S. 3 GG nicht auch einer solchen Aufrechnung entgegensteht. Dies müsste man nach den oben dargestellten Grundsätzen (s. o. B.II.) wohl dann bejahen, wenn es sich bei der Aufrechnungserklärung durch die Behörde ihrerseits um einen Verwaltungsakt i. S. d. § 35 VwVfG handelt. Dies wird vom Bundesverwaltungsgericht und der ganz herrschenden Literatur verneint, da die Aufrechnungser-

⁴⁹ Vgl. grundlegend BVerwGE 19, 243, 245 ff.; ferner z. B. OVG Greifswald, 2 M 31/11 v. 21. 7. 2011, Abs. 6 = NVwZ-RR 2011, 989.

⁵⁰ Schenke, Fälle zum Beamtenrecht, 2. Aufl. 1990, S. 107 f.

⁵¹ BVerwGE 18, 283, 288; Beckmann, ZBR 2004, 109, 117 f.; Schnellenbach, Beamtenrecht in der Praxis, 5. Aufl. 2001, Rn. 340.

⁵² Ossenbühl/Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 121.

klärung als solche (anders als u. U. hiermit verbundene sonstige Regelungen) keine „Regelung“ i. S. d. § 35 VwVfG enthalte, da die Behörde nur von einem ihr (wie auch dem Aufrechnungsgegner) zustehenden Gestaltungsrecht Gebrauch mache.⁵³ Grundsätzlich wird daher die Geltendmachung des beamtenrechtlichen Schadensersatzanspruchs im Wege der Aufrechnung auch im Anwendungsbereich des Art. 34 S. 2 GG für möglich gehalten.⁵⁴

Jedoch darf nicht verkannt werden, dass die Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs im Wege der Aufrechnung in der vorliegenden Konstellation, in der der Beamte sich uneinsichtig zeigt und deutlich macht, dass er sich mit allen ihm zur Verfügung stehenden Mitteln gegen eine haftungsrechtliche Inanspruchnahme wehren wird, zu prozessualen Problemen führen kann, welche es angezeigt erscheinen lassen, auf eine Anspruchsdurchsetzung im Wege der Aufrechnung zu verzichten und den Anspruch (vor den ordentlichen Gerichten) sogleich klageweise durchzusetzen. Wenn *Mütlich* den Schadensersatzanspruch und damit die Aufrechnung mit diesem Schadensersatzanspruch nicht anerkennt, wird er auf Zahlung der aufrechnungshalber nicht gezahlten Bezüge klagen, da bei Nichtbestehen des Schadensersatzanspruchs eine Aufrechnungslage nicht bestände und deshalb der Besoldungsanspruch *Mütlichs* nicht entsprechend § 389 BGB erloschen wäre. Der Anspruch auf Zahlung der Dienstbezüge wäre nach § 54 Abs. 1 BeamStG (nach Durchführung eines Vorverfahrens nach § 54 Abs. 2 S. 1 BeamStG) vor den Verwaltungsgerichten geltend zu machen. Soweit der Dienstherr einredeweise die erklärte Aufrechnung geltend macht, dürfte jedoch das Verwaltungsgericht wegen Art. 34 S. 3 GG i. V. m. § 173 VwGO, § 17 Abs. 2 S. 2 GVG über die zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung nicht entscheiden.

In einer solchen Situation verlangt das BVerwG, dass das Gericht das Verfahren analog § 94 VwGO auszusetzen habe, bis über das Bestehen der rechtswegfremden Forderung im richtigen Rechtsweg entschieden worden ist.⁵⁵ Damit dies nicht zu einer dauernden Rechtsverweigerung gegenüber dem Inhaber der klageweise geltend gemachten Forderung führt, wird darüber hinaus angenommen, dass das Gericht in der Aussetzungsentscheidung entsprechend § 94 VwGO eine angemessene Frist zu bestimmen habe, innerhalb derjenige der Beteiligten, der sich auf die Aufrechnung beruft, das Verfahren vor dem zuständigen Gericht anhängig zu machen habe.⁵⁶

Bei Bestreiten des Schadensersatzanspruchs durch den Beamten im Anwendungsbereich des Art. 34 S. 3 GG wird der Dienstherr daher im Ergebnis nicht darum herumkommen, diesen Anspruch selbst klageweise vor den ordentlichen Gerichten geltend zu machen.

IV. Ergebnis zu B.

Daher erscheint in der vorliegenden Konstellation eine Aufrechnung durch den Dienstherrn wenig sinnvoll, weil er so Gefahr läuft, zwei Prozesse anstatt nur einen führen zu müssen. Insoweit bietet sich an, sogleich Leistungsklage vor den Zivilgerichten zu erheben. In jedem Fall ist die Verjährungsregelung des § 72 Abs. 1 S. 1

⁵³ BVerwGE 66, 218, 220.

⁵⁴ *Schnellenbach*, Beamtenrecht in der Praxis, 7. Aufl. 2011, § 8 Rn. 60.

⁵⁵ BVerwG NJW 1999, 160, 161.

⁵⁶ BVerwGE 77, 19, 26 f.



LBG, wonach Ansprüche nach § 48 BeamtStG in drei Jahren von dem Zeitpunkt an, in dem der Dienstherr von dem Schaden und der Person des Ersatzpflichtigen Kenntnis erlangt hat, oder, erlangt er keine Kenntnis, in zehn Jahren von der Begehung der Handlung an, verjährt.

Zur Vertiefung:

- zur **straßenrechtlichen Komponente** des Falles: [BVerwG, 7 C 81.88 v. 9.11.1989](#) = BVerwGE 84, 71 ff.; [VGH Mannheim, 14 S 689/87 v. 17.8.1988](#) = NJW 1989, 1299 ff.; Bismark, NJW 1985, 246 ff.; Dietz, AöR 133 (2008), S. 556 ff.; Füßer/Drömann, SächsVBl. 2015, 153 ff., Hufen, DÖV 1983, 353 ff.; Laubinger, VerwArch 81 (1990), S. 583 ff.; Würkner, NJW 1987, 1793 ff.
- Allgemein zum Nutzungsregime des Straßenrechts aus neuerer Zeit: Mager/Sokol, Jura 2012, 913 ff.; Schoch, Jura 2013, 911 ff.
- zur **beamtenrechtlichen Komponente** des Falles: [BVerwG, I C 26.63 v. 17.9.1964](#) = BVerwGE 19, 243 ff.; Beckmann, ZBR 2004, 109 ff.; Köpfer, DVBl. 1995, 449 ff.; Schupp, Die Personalvertretung 1994, 66 ff.; Simianer, ZBR 1993, 33 ff.; [U. Stelkens, LKV 1999, 161 ff.](#)