

## Übungsfall Staatshaftungsrecht

Nachdem sich im Sommer 2019 die Meldungen über lebensbedrohliches Spielzeug aus China gehäuft haben, veröffentlichte der auf Grund eines viermonatigen Aushilfsvertrags beschäftigte Sachbearbeiter A. im November 2019 im Namen des zuständigen Ministeriums für Verbraucherschutz des Landes Nordrhein-Westfalen eine „Schwarze Liste mit gefährlichem Spielzeug aus China“, auf der sich Produkte befinden, die schadhaft oder gefährlich sein könnten. Er übernahm dabei die Angaben einer Liste der Stadt Peking über schadhafte Kinderprodukte, die dem Land Nordrhein-Westfalen auf diplomatischen Wegen zur Verfügung gestellt worden war.

Aufgrund eines im Ministerium verursachten Übersetzungsfehlers – dessen Verursacher nicht geklärt werden kann – findet sich dabei auch die – völlig ungefährliche – Spielzeugautorennbahn „Speedy X“ des Herstellers B, der daher im Weihnachtsgeschäft 2019 Verluste in Höhe von 500.000 Euro erleidet.

B. war bereits im November der Auffassung, er hätte vor dem Erlass der Presseerklärung zumindest nach § 28 VwVfG angehört werden müssen. Erst im Juli 2020 beauftragt er schließlich angesichts der weiterhin reduzierten Umsatzzahlen Rechtsanwältin R., in einem Rechtsgutachten folgende Fragen zu klären:

### **Fragestellung**

- 1. War die Warnung des Ministeriums rechtmäßig?**
- 2. Hat B. gegenüber dem Ministerium einen Anspruch auf Widerruf der Presseerklärung?**
- 3. Hat B. Anspruch auf Schadensersatz einschließlich des entgangenen Gewinns?**

### **Gesetz über die Bereitstellung von Produkten auf dem Markt (Produktsicherheitsgesetz, ProdSG, § 31 Abs. 2) – Veröffentlichung von Informationen (Ausschnitt)**

(2) <sup>1</sup>Die Marktüberwachungsbehörden und die Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin haben die Öffentlichkeit, vorzugsweise auf elektronischem Weg, über sonstige ihnen zur Verfügung stehende Erkenntnisse zu Produkten, die mit Risiken für die Sicherheit und Gesundheit von Personen verbunden sind, zu informieren. <sup>2</sup>Dies betrifft insbesondere Informationen zur Identifizierung der Produkte, über die Art der Risiken und die getroffenen Maßnahmen.

## Lösungshinweise

**Vorbemerkung:** Eine Lösung in dieser Ausführlichkeit wäre in einer Klausur von den Bearbeitern nicht zu erwarten.

Die Frage der Rechtmäßigkeit der Warnung wird im Folgenden vorab geprüft. In einer Klausurlösung wäre sie in den FBA – rechtswidrige Folgen – zu integrieren.

### Frage 1: Rechtmäßigkeit der Warnung

#### a) Abgrenzung von Real- und Verwaltungsakt

Der Schwerpunkt der Problematik liegt in der Abgrenzung des **Realaktes**, als eine Form des schlicht-hoheitliches Verwaltungshandelns, vom **Verwaltungsakt**.

Der Bearbeiter sollte daher zunächst darauf eingehen, ob die konkrete Betätigung der Behörde gegenüber dem Bürger **Verwaltungsaktqualität** besitzt oder nicht. Insoweit steht das bekannte „Prüfungsprogramm“ des § 35 Satz 1 VwVfG NW zur Verfügung. Vorliegend ist die Verwaltungsaktqualität der behördlichen Maßnahme insbesondere wegen der **fehlenden Regelungswirkung** zu verneinen. Eine Regelung liegt vor, wenn die Maßnahme der Behörde darauf gerichtet ist, eine verbindliche Rechtsfolge zu setzen, d.h. wenn Rechte des Betroffenen unmittelbar begründet, geändert, aufgehoben, mit bindender Wirkung festgestellt oder verneint werden. Die öffentliche Information des Verbraucherschutzministeriums zielt gerade nicht auf einen bestimmten Rechtserfolg, sondern vielmehr auf einen tatsächlichen Erfolg ab<sup>1</sup>. Es handelt sich daher um **schlicht hoheitliches Verwaltungshandeln** in Form eines **Realaktes**.

Die sonstigen Tatbestandsmerkmale des § 35 Satz 1 VwVfG NW, insbesondere die Außenwirkung und der Einzelfall, liegen regelmäßig aber auch bei einem Realakt vor.

Als eine Sonderform des Realaktes kann man die sog. **behördlichen Warnungen/Äußerungen/Informationen** bezeichnen. Darunter versteht man an die Bevölkerung gerichtete behördliche Mitteilung, mit der z.B. vor gesundheitsschädlichen Produkten, insbesondere aus Gründen der Gefahrenabwehr, gewarnt wird. Wie die Fälle „Osho“ und „Glykolwein“ verdeutlicht haben, kann dies für die Betroffenen zum Teil erhebliche Nachteile, wie z.B. Umsatzeinbußen oder einen schweren Imageverlust, nach sich ziehen.

#### b) Rechtliche Anforderungen an Realakte:

Da der Realakt keine Rechtswirkungen, also keine Regelung, herbeiführt, stellt sich bei ihm nicht die Frage nach der Rechtswidrigkeit oder sogar Nichtigkeit. Die

<sup>1</sup> Vgl. *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl. 2017, § 15 Rn. 1 und 3.

entsprechenden Festlegungen finden sich im VwVfG NW, das jedoch im Zusammenhang mit dem Realakt nicht anwendbar ist (siehe § 9 VwVfG NW).

**Anmerkung:** Dies sollte von den Bearbeitern auf jeden Fall erkannt werden.

Trotzdem ist die Grundaussage des Art. 20 Abs. 3 GG (Bindung der Verwaltung an Gesetz und Recht) auch für den behördlichen Realakt bedeutsam, d.h. **auch Realakte müssen rechtmäßig sein**. So muss auch eine behördliche Auskunft durch die zuständige Stelle erfolgen und hat zudem „richtig, klar, unmissverständlich, eindeutig und vollständig zu sein“<sup>2</sup>. Handelt es sich um eine behördliche Warnung, so muss diese aufgrund einer dem Vorbehalt des Gesetzes genügenden Eingriffsermächtigung erfolgen.

## 1. Formelle Rechtmäßigkeit

### a) zuständige Behörde

Von der Zuständigkeit ist im Zweifel auszugehen.

### b) Anhörung analog § 28 VwVfG NW?

In der Literatur<sup>3</sup> wird bei öffentlichen Warnungen, die die Grundrechtssphäre des Bürgers berühren, eine **analoge Anwendung des § 28 VwVfG NW** gefordert (aA: Rspr.) § 28 I VwVfG NW schreibt eine solche Anhörung nur vor, wenn das Verfahren auf den Erlass eines belastenden VA gerichtet ist. Dies ist hier nicht der Fall. Jedoch wird man den Rechtsgedanken des Art. 28 I VwVfG NW, der verfassungsrechtlich im Rechtsstaatsprinzip und der Bindungswirkung der Grundrechte wurzelt, auch auf das schlicht-hoheitliche Verwaltungshandeln übertragen könnten. Vorliegend wurden die betroffenen Hersteller vor der Veröffentlichung der Presseerklärung nicht angehört.

Aufgrund der zu befürchtenden Gesundheitsschädigung schien jedoch eine sofortige Entscheidung geboten, so dass eine Anhörung gemäß § 28 II Nr. 1 VwVfG NW im vorliegenden Fall entbehrlich war.

Die Veröffentlichung der „Schwarzen Liste“ ist daher formell rechtmäßig.

## 2. Materielle Rechtmäßigkeit

### a) Rechtsgrundlage (Gesetzesvorbehalt, Art. 20 Abs. 3 GG)

Fraglich ist, ob für die Veröffentlichung der Liste eine ausreichende Ermächtigungsgrundlage vorhanden ist. Es ist umstritten, welche Voraussetzungen nach dem Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes bei schlichtem Verwaltungshandeln vorliegen müssen. Jedenfalls bei Realakten, die eine „Eingriffsqualität“ im Hinblick auf Grundrechte aufweisen ist eine Ermächtigungsgrundlage zu verlangen.

<sup>2</sup> Vgl. *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 49 f.

<sup>3</sup> Vgl. *Hochhuth*, NVwZ 2003, 30 ff.; *Kallerhoff/Mayen*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 28 Rn. 25.

- hier wird durch § 31 II ProdSG die zuständige Stelle zu entsprechenden Maßnahmen ermächtigt

**b)** Prüfungsmaßstab sind die Grundrechte und hierbei insbesondere der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit:

- hinreichender Anlass für Äußerung gegeben?
- inhaltliche Richtigkeit?
- Bewertungen unterliegen dem Gebot der Sachlichkeit
- Der in § 24 VwVfG NW normierte Untersuchungsgrundsatz, der in diesem Zusammenhang analoge Anwendung findet, muss gewahrt sein. Hoheitlich handelnde Stellen sind verpflichtet, einen Sachverhalt umfassend aufzuklären und die Öffentlichkeit der Wahrheit gemäß zu unterrichten. Vorliegend kam durch die Veröffentlichung der „Schwarzen Liste“ jedoch eine unwahre Tatsachenbehauptung, die Gesundheitsschädlichkeit der Spielzeugautorennbahn „Speedy X“ des Herstellers B betreffend, in die Öffentlichkeit.

### 3. Ergebnis

Die Pressemitteilung vom November 2020 ist materiell rechtswidrig. Sie beruht auf einer unzureichenden Tatsachenermittlung.

### Frage 2: Anspruch auf Widerruf der Presseerklärung

Ein Widerrufsanspruch des B könnte sich mangels spezialgesetzlicher Anspruchsgrundlage aus dem allgemeinen **öffentlich-rechtlichen Folgenbeseitigungsanspruch** ergeben. Dieser gesetzlich nicht ausdrücklich geregelte Anspruch wird aus dem Rechtsstaatsprinzip, der Abwehrfunktion der Grundrechte und aus dem Rechtsgedanken des § 1004 BGB hergeleitet<sup>4</sup>. Die genaue Herleitung kann jedoch offenbleiben, da der Folgenbeseitigungsanspruch inzwischen gewohnheitsrechtlich anerkannt ist. Er ist gerichtet auf die Rückgängigmachung eines rechtswidrigen, noch andauernden und nicht zu duldenden Zustandes<sup>5</sup>. Ein Folgenbeseitigungsanspruch des B wäre daher gegeben, wenn die Presseinformation des Verbraucherschutzministeriums den B in einem subjektiv-öffentlichen Recht verletzen würde und er nicht zur Duldung dieser Beeinträchtigung verpflichtet wäre

**Anmerkung:** Ein Amtshaftungsanspruch oder ein Aufopferungsanspruch kommen vorliegend nicht in Betracht, da deren Rechtsfolge eine Geldzahlungspflicht und nicht das tatsächliche Verhalten eines Hoheitsträgers darstellen würde.

(1) Zunächst müsste ein **hoheitlicher Eingriff in ein subjektiv-öffentliches Recht** gegeben sein. Hier kommt das Grundrecht des A auf Berufsfreiheit aus Art. 12 GG in Betracht.

<sup>4</sup> Vgl. *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl. 2017, § 30 Rn. 5.

<sup>5</sup> BVerwGE 82, 76, 95.

### a) Schutzbereich des Grundrechts

Der Schutzgehalt des Art. 12 I GG umfasst neben den klassischen Elementen der „Berufsfreiheit“ auch das Recht des Herstellers, seine Produkte frei und ohne staatliche Behinderungen auf den Markt zu bringen<sup>6</sup>. Zudem unterfällt auch die Wettbewerbsfreiheit dem grundrechtlichen Schutz, soweit das Verhalten des Unternehmers im Wettbewerb Bestandteil seiner Berufsausübung ist<sup>7</sup>. Die Erwerbszwecken dienende Herstellung und der Verkauf von Spielzeugautorennbahnen des Herstellers B fällt daher, unabhängig davon, ob diese möglicherweise gesundheitsschädlich sind, in den Schutzbereich des Art. 12 I GG.

**Anmerkung:** AA ist das BVerfG im sog. „Glykolwein-Fall“<sup>8</sup>. Das Gericht stellt sich auf den Standpunkt, „dass das Grundrecht der Berufsfreiheit nicht vor der Verbreitung zutreffender und sachlich richtiger Informationen am Markt schütze, die für das wettbewerbliche Verhalten der Marktteilnehmer von Bedeutung sein können, selbst wenn die Inhalte sich auf einzelne Wettbewerbspositionen nachteilig auswirkten“. Da sich der Name des Herstellers B im vorliegenden Fall jedoch gerade fälschlicherweise auf der „Schwarzen Liste“ befindet, handelt es sich hier eben nicht um die Verbreitung zutreffender, wahrer Tatsachen. Die Rechtsprechung des BVerfG steht daher der Schutzbereichseröffnung des Art. 12 I GG im vorliegenden Fall nicht entgegen.

### b) Eingriff in den Schutzbereich

Unter Eingriff versteht man jede staatliche Maßnahme, die dem Einzelnen ein Verhalten, das in den Schutzbereich des Grundrechts fällt, erschwert oder gar unmöglich macht. Fraglich ist, ob die Veröffentlichung der „Schwarzen Liste“ einen solchen Eingriff darstellt.

Wie oben bereits dargestellt, handelt es sich bei der Veröffentlichung der Liste um eine Maßnahme des schlichten Verwaltungshandels (Realakt), da sie nicht auf die Bewirkung von Rechtsfolgen gerichtet ist, sondern vielmehr rein tatsächliche Veränderungen herbeiführt.

Die Veröffentlichung der Liste stellt keinen **klassischen Eingriff** in das Grundrecht aus Art. 12 I GG dar. Die Information des Verbraucherschutzministeriums richtete sich allgemein an die Bevölkerung. Die nachteiligen Auswirkungen traten nicht unmittelbar durch die Veröffentlichung bei B ein, sondern wurden erst durch die daraufhin getroffenen freien Kaufentscheidungen der Konsumenten hervorgerufen.

Es könnte daher ein **mittelbarer Eingriff** in Art. 12 I GG gegeben sein. Ein Grundrechtseingriff setzt nicht zwangsläufig eine finale, unmittelbare oder rechtliche Einwirkung auf den grundrechtlichen Schutzbereich voraus, sondern kann vielmehr auch bei mittelbarer oder nur faktischer Einwirkung vorliegen<sup>9</sup>. Bei mittelbaren Beeinträchtigungen ist ein Eingriff zu bejahen, wenn die Maßnahme besonders intensive Auswirkungen auf die Grundrechtsausübung des betroffenen Grundrechtsträgers hat. Eine solche schwerwiegende Beeinträchtigung kann vorliegend vor allem deshalb bejaht werden, weil die Liste die angeblich betroffenen Spielzeugautorennbahn „Speedy X“ derart konkret benennt, dass die Verbraucher daraus auf den Hersteller B schließen könne, dieser daher ohne weiteres

<sup>6</sup> Pinger, JuS 1988, 53, 54; Di Fabio, JZ 1993, 689, 694.

<sup>7</sup> BVerwGE 87, 37, 39.

<sup>8</sup> BVerfGE 105, 252; vgl. dazu auch Murswiek NVwZ 2003, 1 ff.

<sup>9</sup> BVerwGE 82, 76, 79.

individualisierbar wird. Für einen Eingriff spricht zudem die Zielrichtung, die **Finalität** der Warnung, die gerade den eingetretenen Effekt auch beabsichtige.

**Anmerkung:** Auch wenn der Bearbeiter im Rahmen der Handlungsformen öffentlichen Warnungen, Empfehlungen und allgemeinen Informationen ein Stufenverhältnis hinsichtlich der Intensität der jeweiligen Einflussnahme, wie es in der Literatur<sup>10</sup> teilweise der Fall ist, vornimmt, wird er im Ergebnis zur Bejahung eines Eingriffs kommen müssen, da sich die Information vorliegend auf ganz konkrete Produkte und individuelle Personen bzw. Hersteller bezieht. Nach diesem Ansatz würde die Presseinformation nur dann keinen Eingriff in Art. 12 I GG darstellen, wenn diese ganz allgemein gehalten und vor einer ganzen Produktpalette warnen würde. Dies beeinflusst dann lediglich die Rahmenbedingungen des Marktes und treffen alle Wettbewerber gleichermaßen.

Im vorliegenden Fall führt zudem ein Blick auf den Schutzzweck des Art. 12 I GG im Ergebnis ebenfalls zur Bejahung eines Eingriffs: dieser besteht u.a. in der Erhaltung eines funktionsfähigen Wettbewerbs, der nicht zuletzt durch die Transparenz des Marktes garantiert wird. Zu einer solchen Transparenz tragen jedoch nur zutreffende Informationen bei. Warnungen, die unzutreffende Tatsachenbehauptungen verbreiten, stellen daher auf jeden Fall einen Eingriff in Art. 12 I GG dar<sup>11</sup>.

Der Eingriff stellt auch eine Folge hoheitlichen Handelns dar, da die öffentliche Warnung auf der Inanspruchnahme staatlicher Autorität beruht.

**Anmerkung:** Ein Eingriff in Art. 14 GG kommt vorliegend nicht in Betracht, da das Grundrecht zwar das Erworben, nicht jedoch bloße Erwerbchancen schützt. Die Bejahung des Schutzbereichs des Art. 14 GG ist daher eher fernliegend.

## **(2) Dadurch Schaffung eines rechtswidrigen Zustandes der noch andauert**

Eine Duldungspflicht des B, und damit die Zulässigkeit der Presseerklärung, könnte sich aber aus den Schranken des betroffenen Grundrechts ergeben. Das einheitliche Grundrecht des Art. 12 I GG kann aufgrund eines Gesetzes beschränkt werden (einfacher Gesetzesvorbehalt). Besteht daher eine gesetzlich begründete Kompetenz des Verbraucherschutzministeriums für solche „Informationen“ der Öffentlichkeit, wäre eine verhältnismäßige Beeinträchtigung des Grundrechts zulässig.

Die materielle Rechtswidrigkeit der Information wurde oben festgestellt. Da behördlicherseits zwischenzeitlich keinerlei Richtigstellung erfolgt ist, dauert diese unwahre Tatsachenbehauptung auch noch an.

Die

## **(3) Unmittelbarkeit**

ist wertend zu bejahen.

## **(4) Möglichkeit und Zumutbarkeit der Wiederherstellung des status quo ante**

Die Wiederherstellung des status quo ante muss rechtlich und tatsächlich möglich sein. Die Äußerung kann zwar nicht ungeschehen gemacht werden, aber sie kann durch Widerruf zumindest teilweise in ihren Wirkungen rückgängig gemacht werden. Ob Gegenstand des Widerrufs nur Tatsachenbehauptungen sein können oder auch Werturteile, kann vorliegend dahinstehen, weil es sich bei der Pressemitteilung um

<sup>10</sup> Vgl. Haussühl, VBIBW 1998, 90 ff.

<sup>11</sup> Vgl. OVG Münster NJW 1996, 1629 f.; LG Stuttgart NJW 1989, 2257, 2261.

eine Tatsachenbehauptung handelt. Die gemachten Behauptungen sind alle dem Beweis zugänglich und verifizierbar.

## (5) Ergebnis

B hat einen Anspruch auf Widerruf.

### Frage 3: Anspruch auf Schadensersatz

#### Amtshaftungsanspruch, § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG

##### 1. Amtsträger

§ 839 BGB setzt voraus, dass ein „Beamter“ einen Pflichtverstoß begangen hat. Art. 34 GG begnügt sich demgegenüber mit Schädigungen durch Personen, denen ein funktionell öffentliches Amt anvertraut worden ist. Daher wird im Bereich der auf den Staat übergeleiteten Haftung der Beamtenbegriff des § 839 durch Art. 34 GG überlagert und erweitert. „Beamter im haftungsrechtlichen Sinne“ ist jeder, dem ein funktionell öffentliches Amt anvertraut wurde. Dies sind auch Personen wie A., die in einem privatrechtlichen Dienstverhältnis zum Staat stehen sowie selbständige Private, die hoheitliche Funktionen wahrnehmen.

##### 2. Handeln in Ausübung eines öffentlichen Amtes

Das in Art. 34 Satz 1 GG normierte Tatbestandsmerkmal eines „Handelns in Ausübung eines anvertrauten öffentlichen Amtes“ begrenzt den Anwendungsbereich der Verantwortlichkeit des Staates auf die Ausübung öffentlicher Gewalt. Dabei kommt es nicht auf die Ziele oder den Inhalt der wahrgenommenen Aufgaben, sondern auf den Einsatz öffentlich-rechtlicher Handlungsformen an, der allein eine besondere Schutzbedürftigkeit des Bürgers und damit die haftungsrechtliche Sonderstellung des Staates rechtfertigt. Die maßgeblichen Abgrenzungstheorien sind dieselben, die auch für die Frage herangezogen werden, ob eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit im Sinne des § 40 I VwGO vorliegt. Die h.L. stellt dabei nach der Sonderrechtstheorie darauf ab, ob ein Verwaltungsträger auf Grundlage allein an Verwaltungsträger gerichteter Normen tätig wurde wie hier nach § 31 II ProdSG.

3. Als auf den Staat übergeleitete Beamtenhaftung knüpft die Amtshaftung an die Verletzung persönlicher Verhaltenspflichten des Beamten an. Die wichtigste dieser Amtspflichten ist die *Pflicht zu gesetzmäßigem Verhalten*, die den Beamten verpflichtet, seine Aufgaben und Befugnisse dem objektiven Recht entsprechend auszuüben. Dabei gebietet der Grundsatz der Amtsermittlung (§ 24 VwVfG), vor einer hoheitlichen Maßnahme den Sachverhalt so zu erforschen, dass die Entscheidungsgrundlage nicht zum Nachteil des Betroffenen unvollständig bleibt.<sup>12</sup>

4. § 839 BGB setzt die **Verletzung einer Amtspflicht** voraus, die dem Beamten gerade auch gegenüber dem Geschädigten obliegt. Dies erfordert eine besondere

<sup>12</sup> Vgl. dazu LG Stuttgart, NJW 1989, 2257 (2258 f.); OLG Stuttgart, NJW 1990, 2690 (2691 f.), („Birkel-Nudeln“) sowie allgemeiner BGH, NJW 1989, 99; NJW 1994, 3162 (3164).

Beziehung zwischen der Pflicht und dem Geschädigten, die vor allem im Fall einer Verletzung seiner subjektiven Rechte gegeben ist. Die Kriterien für die „Drittbezogenheit“ der Amtspflicht entsprechen dabei jenen, die auch für die Ermittlung einer „Drittschutznorm“ im Rahmen des § 42 II VwGO herangezogen werden. Nach diesem Maßstab schützt der restriktive Eingriffstatbestand des § 31 II ProdSG auch die Personen, auf die sich die Warnung bezieht.

5. Die Amtspflichtverletzung muss dem Dritten, gegenüber dem sie besteht, einen Vermögensschaden verursachen. Dies erfordert einen spezifischen Rechtswidrigkeitszusammenhang, also dass der Schaden bei pflichtgemäßem Handeln nicht eingetreten wäre

6. Nach § 839 BGB muss der Beamte, um haftbar zu werden, seine Amtspflicht vorsätzlich oder fahrlässig verletzen. Dieses Verschuldenserfordernis gilt auch im Anwendungsbereich des Art. 34 GG, wurde allerdings insoweit durch die Rechtsprechung erheblich relativiert. Zum einen hat der BGH für die umgeleitete Haftung des Staates den Fahrlässigkeitsbegriff objektiviert und verzichtet auf eine konkrete Ermittlung eines schuldhaften Amtsträgers, wenn das Gesamtverhalten der Verwaltung amtpflichtwidrig ist (vgl. etwa *BGH*, NJW 1995, 2344 (2345)). In diesem Fall kann die Fahrlässigkeit zudem auch über die Figur des „Organisationsverschuldens“ begründet werden, das in dem Verstoß gegen die Pflicht gesehen wird, die Behörde sachlich und personell so auszustatten und zu führen, dass sie ihren Amtspflichten nachkommen kann.

7. Fällt dem Beamten Fahrlässigkeit zur Last, kann er gemäß § 839 I 2 BGB nur in Anspruch genommen werden, wenn der Verletzte nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag. Dies ist vorliegend nicht ersichtlich.

8. Nach § 839 III BGB tritt die Ersatzpflicht nicht ein, „wenn der Verletzte vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden“. Rechtsmittel in diesem Sinne sind alle Rechtsbehelfe, die sich gegen die Amtspflichtverletzung richten oder die Abwendung des Schadens zum Ziel haben (*BGH*, BayVBl. 2002, 124). Das Versäumnis muss dem Geschädigten vorwerfbar und für den Schadenseintritt ursächlich sein, was nur bei Rechtsbehelfen mit Erfolgsaussicht der Fall ist. Dann aber tritt der Haftungsausschluss ein, ohne dass es auf den Verschuldensbeitrag des Beamten ankäme. § 839 III 1 BGB greift auch im vorliegenden Fall, da B. nicht gegen die Warnung vorgegangen ist.

9. B hat demnach keinen Anspruch auf Schadensersatz einschließlich des entgangenen Gewinns aus § 839 BGB iVm Art. 34 GG.

**Anmerkung:** Eine Haftung aus **enteignungsgleichem Eingriff** kommt vorliegend nicht in Betracht. Ein auf diese Haftungsinstitut gestützter Anspruch setzt voraus, dass eine konkrete, in den Schutzbereich von Art. 14 I GG fallende Rechtsposition beeinträchtigt wird; ein Eingriff in das Vermögen reicht nicht aus (BVerfG, DVBl 1997, 548 (550 m.w. N.)). Zudem würde der Anspruch aus den gleichen Gründen wie § 839 i.V.m. Art. 34 GG an § 839 II BGB an § 254 III BGB scheitern.