

III ZR 119/60

Verkündet
am 18. September 1961
Scheibl
Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

des Landgerichtsdirektors z.Wv. Rechtsanwalt Dr. Friedrich
B. in H., B.straße

Klägers, Berufungsklägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

g e g e n

das Land Nordrhein-Westfalen, vertreten durch den Justiz-
minister in D.,

Beklagten, Berufungsbeklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

hat der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 18. September 1961 unter Mit-
wirkung des Senatspräsidenten Prof. Dr. Geiger sowie der
Bundesrichter Dr. Arndt, Dr. Hußla, Gähtgens und Keßler

für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des
1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Düsseldorf
vom 21. April 1960 wird zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten des Revisionsrechts-
zuges zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger verlangt Schadensersatz vom beklagten Land, weil er meint, die Justizverwaltung habe sich bei der Behandlung seines Gesuches um Wiedereinstellung als Richter verschiedener Amtspflichtverletzungen schuldig gemacht.

Der im Jahre 1905 geborene Kläger war seit 1. Januar 1937 Landgerichtsrat beim Landgericht in B[REDACTED]. Im Herbst 1939 wurde er zur Dienstleistung bei deutschen Gerichten im Protektorat Böhmen-Mähren abgeordnet, zum 1. Januar 1940 als Landgerichtsrat an das deutsche Landgericht in Prag versetzt und dort mit Wirkung vom 1. Januar 1942 zum Landgerichtsdirektor ernannt. Hier war er überwiegend mit Justizverwaltungsgeschäften betraut, daneben auch in der Strafrechtspflege tätig und insbesondere seit Ende 1944 zum Vorsitzenden einer Strafkammer bestellt, die zugleich Kammer eines Sondergerichts war. Seit Juli 1933 hatte er der SA angehört, seit Mai 1939 war er Mitglied der NSDAP.

Nach dem Zusammenbruch kehrte der Kläger in seine Heimatstadt C[REDACTED] zurück und bemühte sich um eine Einstellung in den Justizdienst des beklagten Landes als Richter.

In seine Personalakten gelangte ein handschriftlicher Bleistiftvermerk ohne Unterschrift und Datum folgenden Inhalts:

"Anfang November 1944 bis März 1945 als Vorsitzender eines Sondergerichts in Prag (etwa 40 Todesurteile)".

Dieser Vermerk stammt anscheinend aus dem Jahre 1945 und von der Hand des verstorbenen Oberlandesgerichtspräsidenten H[REDACTED] in H[REDACTED]. Der Kläger bezeichnete diesen Vermerk, sobald er davon Kenntnis erlangte, als falsch und Folge eines groben Mißverständnisses. Am 7. Februar 1946 wurde der Kläger durch die Besatzungsmacht interniert; der Haftfortdauer und einem Auslieferungersuchen der tschechoslowakischen Regierung entzog er sich im November 1946 durch Flucht.

- 3 -

Im Frühjahr 1951 meldete sich der Kläger auf Grund des Regelungsgesetzes zu Art. 131 GG bei dem Oberlandesgericht in Hamm; unter dem 17. Juni 1951 reichte er ein förmliches Gesuch um Wiederverwendung als Richter ein. Der Oberlandesgerichtspräsident in Hamm reichte das Gesuch befürwortend an das Justizministerium weiter. Hier wurde die Entscheidung des Ministers im schriftlichen Verfahren auf Grund folgender Unterlagen erwirkt: Der Referent der zuständigen Abteilung I, Dr. J. [REDACTED], legte einen eingehenden Bericht nieder, in dem er sich mit der politischen Haltung des Klägers, seiner richterlichen Tätigkeit und seinem Verhalten nach 1945 befaßte. Zur richterlichen Tätigkeit heißt es abschließend:

"Ich gehe danach davon aus, daß B. in dem zunächst von ihm geschilderten Umfange Vorsitzender einer Strafkammer war, die gleichzeitig als Sondergericht mit nicht-hochpolitischen Sachen befaßt war. Da weiter nicht festzustellen ist, daß B. dort besonders hart und ungerichtet geurteilt hätte, kann m.E. aus der Sondergerichtstätigkeit nichts Erhebliches gegen B. hergeleitet werden. Ansatzpunkte für eine weitere Aufklärung sind auch nicht ersichtlich."

Zu dem handschriftlichen Vermerk in den Oberlandesgerichtsakten über die 40 Todesurteile heißt es:

"Diesem ist nachgegangen worden. Insoweit verweise ich auf Bl. 28, 28 R. Danach beruht er wohl auf einem Mißverständnis und bezieht sich nicht auf Besselmann."

Bei dem Auslieferungersuchen wird gesagt:

"Man muß daher die Darstellung B's, er habe sich nichts zu schulden kommen lassen, als unwiderlegt ansehen".

Der Abschnitt über die politische Einstellung bezeichnet die Mitgliedschaft in den verschiedenen Organisationen als "nur formale Belastung", geht dann aber näher auf einen Aufsatz des Klägers ein, den dieser im Jahre 1942 in der



Zeitschrift "Deutsches Recht" unter der Überschrift "Die politische Aufgabe des Deutschen Richters" veröffentlicht hatte. Der Berichterstatter meinte, der Aufsatz erwecke den Eindruck, daß sich der Kläger für eine Anerkennung einer Lenkung der Justiz einsetze, führte dann jedoch verschiedene Stellen aus den Personalakten des Reichsjustizministeriums an, die dieser Auffassung entgegenständen, und kam abschließend zu dem Ergebnis:

"Ich meine, der Aufsatz ist dann die typische Form der Abwehr einer für falsch erkannten Entwicklung in einem totalitären Staat. Das Prinzip wird zugegeben, aber seine Auswirkungen werden eingeengt. Ich gehe demnach davon aus, daß B. auch politisch tragbar ist, und befürworte die Erteilung eines Beschäftigungsauftrages des ausgezeichnet qualifizierten Richters."

Der zuständige Ministerialdirigent legte die Akten dem Staatssekretär mit folgender Stellungnahme vor:

"Trotz gewisser Bedenken möchte ich mich nicht gegen die Erteilung eines Beschäftigungsauftrages und für eine Eingangsstelle aussprechen."

Der Staatssekretär ließ zunächst den Aufsatz von 1942 beifügen und legte dann die Akten mit folgender schriftlicher Stellungnahme dem Minister vor:

"Entgegen dem Vorschlag von Abteilung I erscheint es nicht vertretbar, Dr. B. zu beschäftigen, solange noch geringer belastete Bewerber zur Verfügung stehen. Auf den vorstehenden Bericht sowie auf den beigegeführten Aufsatz B's in der Nazi-Zeitschrift "Deutsches Recht" Seite 1762 ff darf ich verweisen. Ich vermag in dem Aufsatz nicht wie Abteilung I eine Art Widerstandshandlung gegen den Nationalsozialismus zu erblicken. Er wäre sonst auch sicherlich nicht gleich hinter dem üblichen Vorwort der Schriftleitung des sogenannten "Deutschen Rechts" Seite 1761 veröffentlicht worden. Wenn man ferner Blatt 59 der Personalakten des RJM liest, gewinnt man m.E. nicht den Eindruck, daß er aus innerer Ablehnung gegen die rechtszerstörende Wirkung des Hitler-Regimes aus der Justiz fortstrebte. Denn sonst würde er sich nicht noch im Oktober 1943 (!) um Übernahme in die von Himmler beherrschte innere Verwaltung bemüht haben."

Der Justizminister setzte hinzu:

"Das ist auch meine Meinung. Bei dem Artikel in DR habe ich den Eindruck, daß Dr.B. durch seine Ausführungen sein eigenes Gewissen beruhigen wollte. Amelunxen".

Der Oberlandesgerichtspräsident in Hamm erteilte dem Kläger darauf unter dem 23. Februar 1952 den Bescheid, daß der Justizminister sich nach eingehender Prüfung nicht in der Lage sehe, "seinen Einsatz als Richter" zu genehmigen. Auf die Bitte um nähere Begründung erhielt der Kläger einen Bescheid des Justizministers vom 9. Mai 1952 dahin, daß seine Wiederverwendung "mangels einer befriedigenden Einsatzmöglichkeit" nicht erfolgen könne.

Im März 1952 wurde der Kläger als Rechtsanwalt am Oberlandesgericht in Hamm zugelassen. Im Jahre 1958 wurde er auf seinen Antrag von der Verpflichtung zur Teilnahme an der Unterbringung nach dem Regelungsgesetz zu Art. 131 GG befreit.

Der Kläger hat mit Klage vom 4. September 1957 das Land auf Schadensersatz in Anspruch genommen und zur Begründung insbesondere vorgetragen:

Der Aktenvermerk von 1945 über die 40 Todesurteile sei unrichtig und trotz seiner wiederholten Vorstellungen nicht berichtigt worden. Er habe an keinem Todesurteil mitgewirkt, sondern sei nur ganz kurze Zeit als Strafrichter tätig gewesen; die ihm übertragene Kammer des Sondergerichts sei für hochpolitische Sachen nicht zuständig gewesen. Der Oberlandesgerichtspräsident in Hamm habe diese falsche Angabe weiterhin der britischen Besatzungsmacht zugänglich gemacht und dadurch seine Internierung verschuldet. Die Entscheidungen des Staatssekretärs und des Ministers im Jahre 1952 seien fehlerhaft und pflichtwidrig.

Sie hätten eine ausreichende Sachaufklärung unterlassen und insbesondere hinsichtlich des Aufsatzes im "Deutschen Recht" ihre Pflicht zum rechtlichen Gehör verletzt. Trotz mehrerer Rücksprachen im Ministerium sei ihm dieser Aufsatz nie vorgehalten worden. Der Aufsatz sei falsch bewertet und seine sonstige Haltung dabei nicht berücksichtigt. Er sei kein Fremdbewerber sondern heimatberechtigt gewesen, zumal da die Behörde ihn selbst zur Vorlage eines Einstellungsgesuches veranlaßt und sich mit ihm in Verhandlungen eingelassen habe. Staatssekretär und Minister hätten damit ihre dem Kläger gegenüber bestehende Fürsorgepflicht und die Unterbringungspflicht nach dem Regelungsgesetz zu Art. 131 GG verletzt. Dieses Gesetz verbiete eine erneute politische Überprüfung, und das Verfahren sei ein verspätetes, verbotenes Entnazifizierungsverfahren gewesen. Die angestellten Erwägungen seien unsachlich, sachfremd und willkürlich. Form und Inhalt der Bescheide und Vermerke ergäben eine politische Voreingenommenheit. Die Vorenthaltung einer richtigen Begründung verletze die Wahrheitspflicht. In Wirklichkeit habe man ihn wegen des unrichtigen Vermerks von 1945 abgelehnt. Durch diesen Aktenvermerk sei ihm jede weitere Bewerbung unmöglich gemacht. Der Grundsatz der Gleichbehandlung sei verletzt, denn das Land habe damals keine geringer belasteten Fremdbewerber zur Verfügung gehabt, sondern im Gegenteil Fremdbewerber mit erheblich stärkerer Belastung eingestellt, insbesondere fast alle früher im Protektorat tätig gewesenene Richter und Staatsanwälte. Viele Richter und Beamte, die heute hohe Stellen bekleideten, hätten vor 1945 ganz andere und schwerwiegendere Beiträge veröffentlicht. Aus allen diesen Gründen sei das Vorgehen der Justizverwaltung pflichtwidrig. Mindestens ständen ihm Ansprüche aus Enteignung und Aufopferung zu.

Der Kläger hat zuletzt seinen Klagantrag nur noch dahin aufrechterhalten,

festzustellen, daß das beklagte Land verpflichtet sei, den Schaden zu ersetzen, der ihm bzw. bei seinem Tode seiner Frau und seinen Kindern dadurch entstehe, daß er nicht die Versorgungsbezüge eines seit 1. Juli 1942 wieder im Dienste des Landes verwendeten Landgerichtsdirektors beziehe.

Das Land hat Abweisung der Klage beantragt und insbesondere ausgeführt:

Soweit der Kläger Ansprüche aus dem Verhalten des Oberlandesgerichtspräsidenten in Hamm herleite, sei das angerufene Gericht nicht zuständig und der Minister zur Vertretung des Landes weder befugt noch gewillt. Diese Ansprüche seien verjährt. Das Oberlandesgericht habe im übrigen die Internierung des Klägers nicht verursacht. Der Vermerk über die Todesurteile sei alsbald als Mißverständnis erkannt und nie zum Nachteil des Klägers verwertet worden.

Das beklagte Land sei nie Dienstherr des Klägers geworden und habe ihm gegenüber keine Fürsorgepflicht gehabt. Die Pflichten zur Unterbringung nach dem Regelungsgesetz zu Art. 131 GG beständen nicht den Bewerbern gegenüber. Das Land habe sich nicht an Verhandlungen mit dem Kläger eingelassen, sondern nur sein Gesuch sachlich darauf überprüft, ob er für das angestrebte Amt geeignet sei. Dem Lande sei dabei nicht verwehrt, die fachliche und persönliche Eignung eines Bewerbers zu überprüfen und zu beurteilen sowie die Frage der Belastung verschiedener Bewerber selbständig abzuwägen. Entscheidend sei für das Land die Veröffentlichung des Klägers aus dem Jahre 1942 gewesen. Die ungünstige Bewertung sei im Interesse des Richterstandes und des Staates vertretbar gewesen und keine Pflichtverletzung. Die allein maßgeblichen schriftlichen Vortragsvermerke zeigten, daß die beteiligten Bediensteten aus sachlichen Gründen eine wohl abgewogene Ermessensentscheidung getroffen hätten. Weitere

Rückfragen wären zwecklos gewesen, zumal die Personalakten schon mehrere Äußerungen des Klägers zu dem Aufsatz enthielten. Der Kläger hätte den Bescheid anfechten müssen, hätte sich in anderen Ländern bewerben können, habe keinen Schaden erlitten und müsse sich seine jetzigen höheren Einkünfte als Vorteilsausgleichung anrechnen lassen. Die für den Kläger schonende Begründung der Ablehnung habe keinen Schaden verursacht. .

Die Klage ist in den beiden ersten Rechtszügen erfolglos geblieben. Mit der Revision verfolgt der Kläger seinen Anspruch weiter. Das Land beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung mit folgenden Erwägungen begründet:

Haftungsgrundlage bildete nur die Bestimmung über die Haftung aus Amtspflichtverletzungen. Dabei müßten die Vorwürfe gegen die Angehörigen des Oberlandesgerichts Hamm ausscheiden, weil das angerufene Gericht dafür nicht zuständig sei (§ 18 ZPO). Den Bediensteten des Landes habe gegenüber dem zum Personenkreis der verdrängten Beamten gehörigen Kläger nur die Pflicht obgelegen, über sein Einstellungsgesuch nach Prüfung seiner persönlichen und charakterlichen Eignung nach pflichtgemäßem Ermessen zu befinden. Diese Pflicht hätten sie nicht verletzt.

Insbesondere sei es keine schuldhafte Pflichtverletzung, daß der Staatssekretär und der Minister den Kläger aufgrund seines Aufsatzes aus dem Jahre 1942 abgelehnt hätten, weil

sie diesen unnötigen Aufsatz dahin ausgelegt hätten, daß er mindestens den Verdacht erwecke, der Kläger habe das Prinzip einer autoritär gelenkten Justiz gefördert und unterstützt. Die Bediensteten hätten auch ohne Verschulden von einem vorherigen Hinweis auf diese Bedenken absehen dürfen, weil der Eindruck nicht mehr abzuändern gewesen sei.

Der Kläger könne sich nicht darauf berufen, daß in Wirklichkeit nicht dieser Aufsatz, sondern der Aktenvermerk von 1945 zur Ablehnung geführt habe. Die Landesbediensteten hätten beim Kläger die nicht mehr zuverlässig überprüfbare Möglichkeit einer Mitwirkung an ungerechten Todesurteilen ernsthaft in Erwägung ziehen dürfen; sie hätten dann das in der Anstellung eines solchen Richters liegende Risiko vermeiden dürfen.

Für die Behauptung, die Landesbediensteten hätten schwerer belastete Fremdbewerber eingestellt, seien keine ausreichenden Tatsachen vorgetragen; der Kläger könne sich dabei nicht auf etwaige Fehler bei anderen Einstellungen zu seinen Gunsten berufen.

Die Begründung der Ablehnung habe den Kläger erkennbar schonen wollen und sei für den Schaden nicht ursächlich geworden.

II.

Die dagegen von der Revision erhobenen Bedenken sind im Ergebnis unbegründet.

1.) Der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts ist richtig: Der Kläger kann Ansprüche nur nach Maßgabe des § 839 BGB und Art. 34 GG geltend machen, wenn Bedienstete des beklagten Landes in Ausübung des ihnen übertragenen öffentlichen

Amtes die ihnen dem Kläger gegenüber obliegenden Amtspflichten schuldhaft verletzt haben.

Ansprüche aus Enteignung bestehen nicht, weil durch die Ablehnung einer Bewerbung, wie das Oberlandesgericht zutreffend bemerkt hat, der beamtenrechtliche Status des Klägers nicht verändert worden ist; der Kläger behielt alle Rechte nach dem Regelungsgesetz zu Art. 131 GG und konnte sich jederzeit erneut bei dem beklagten Land oder anderen Dienstherrn bewerben, falls er sich davon Erfolg versprach. Eine Enteignung liegt nur vor, wenn der hoheitliche Eingriff bereits vorhandene Vermögenswerte beeinträchtigt; die Untätigkeit einer Behörde stellt regelmäßig ebensowenig einen Eingriff dar wie die Vereitelung künftiger Erwerbsmöglichkeiten oder Gewinnchancen. Ein Aufopferungsanspruch ist ebenfalls nicht gegeben, weil dieser nur aus Eingriffen in nichtvermögensrechtliche Güter hergeleitet werden kann; um einen solchen Fall handelt es sich hier nicht.

Bedenklich ist allerdings die vom beklagten Land im Rechtsstreit geäußerte Auffassung, die auch im angefochtenen Urteil gelegentlich anklingt, der Kläger sei ein Fremdbewerber gewesen, der in keinerlei näheren Beziehungen zum beklagten Land gestanden habe. Denn der Kläger war als verdrängter Reichsjustizbeamter damals Beamter zur Wiederverwendung und nahm an der Unterbringung nach dem Regelungsgesetz teil. Er befand sich damit in einem besonderen beamtenrechtlichen Status, der dem eines Wartestandsbeamten ähnelte. Das Beamtenverhältnis bestand fort, wenn es auch umgeformt war; der Kläger unterstand sogar nach § 9 des Regelungsgesetzes in diesem Rechtsstand einer Dienststrafgewalt. Nach § 10 des Regelungsgesetzes galten für ihn die meisten beamtenrechtlichen Vorschriften weiter,

er hatte Anspruch auf Übergangsgehalt und ihm oblagen Melde- und Berichtspflichten. Zwar fehlte ein Dienstherr, der mit ihm das aktive Beamtenverhältnis fortsetzte; er hatte auch keine Planstelle; aber das beklagte Land hatte ihm gegenüber die Obliegenheiten eines Dienstherrn wahrzunehmen (§ 61 des Regelungsgesetzes). Diese Auffassung entspricht der herrschenden Auffassung in Rechtsprechung und Schrifttum (Anders, Gesetz zu Art. 131 GG, 4. Aufl. § 5 Anm. 2; BVerwG 4, 229; BDH 1, 55; 3, 1).

Das ändert aber nichts daran, daß der Kläger keinen Anspruch auf Wiedereinstellung gegenüber dem beklagten Lande hatte. Denn auch diejenigen verdrängten oder aus dem Amt entfernten Beamten, die an der Unterbringung nach dem Regelungsgesetz zu Art. 131 GG teilnehmen, haben nach der eindeutigen Fassung des Gesetzes (und seiner Entstehungsgeschichte) keinen Rechtsanspruch auf Unterbringung gegen einen Dienstherrn, auch nicht aus dem Gedanken einer Fürsorgepflicht. Denn die Unterbringung ist nur eine im allgemeinen öffentlichen Interesse geschaffene Obliegenheit bestimmter juristischer Personen des öffentlichen Rechts, wobei nur deren Reflexwirkung den zur Teilnahme an der Unterbringung Berechtigten zu Gute kommt (Anders, Gesetz zu Art. 131 GG, 4. Aufl. § 11 Anm. 3; BGHZ 3, 1; 15, 84; 22, 258; BVerwG 4, 229; BDH 1, 55; 3, 21; OVG Münster DVBl 1955, 437).

Das beklagte Land hatte deshalb nur die allgemeine, aus jedem Beamtenverhältnis folgende Pflicht gegenüber dem Kläger zu beachten, sein Gesuch sachgemäß zu behandeln, ihn dabei richtig und gerecht zu beurteilen sowie sein Fortkommen nicht pflichtwidrig zu hindern (BGHZ 21, 256). Das hat das Berufungsgericht richtig erkannt, weil es bemerkt, daß die Bediensteten des Landes die Pflicht gehabt hätten, über das Einstellungsgesuch nach pflichtgemäßem Ermessen zu befinden, und seine weiteren Erörterungen zeigen, daß es dabei den richtigen Maßstab für diese Pflichten angewandt hat.

Ohne Bedeutung ist es dafür, ob das Land seine Unterbringungsspflicht damals erfüllt und die vorgeschriebene Stellenzahl mit Unterbringungsberechtigten besetzt hatte, weil diese Unterbringungsspflicht dem Kläger keine weitergehenden Rechte gegenüber dem Land gewährte und dem Land keine besonderen Pflichten gegenüber dem Kläger auferlegte. Die insoweit erhobene Rüge der Revision ist daher ungegründet.

2.) Fehlt auch die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe zu Unrecht die örtliche Zuständigkeit für die Ansprüche des Klägers verneint, die er auf Pflichtverletzungen der Bediensteten des Oberlandesgerichts Hamm gestützt hat.

Nach § 18 ZPO bestimmt sich der allgemeine Gerichtsstand des Fiskus nach dem Sitz der Behörde, die berufen ist, den Fiskus im Rechtsstreit zu vertreten. Welche Behörde den Fiskus zu vertreten hat, richtet sich nach allgemeinem Verwaltungsrecht. Nach Ziff. I A 1 der Allgemeinverfügung des früheren Reichsministers der Justiz vom 9. März 1937 (DJ 431) hatte der Generalstaatsanwalt bei dem Oberlandesgericht in Hamm den Justizfiskus in allen Angelegenheiten zu vertreten, die sich auf Maßnahmen von Bediensteten des Oberlandesgerichts Hamm bezogen. Die Landesregierung hatte die Fortgeltung dieser Bestimmung bestätigt. Demgegenüber ist der Hinweis der Revision abwegig, daß an einer anderen Stelle dieser Verfügung der Reichsanwalt beim Volksgerichtshof erwähnt werde. Dieser Teil der Verfügung ist ~~aber~~ selbstverständlich heute gegenstandslos; aber die Erledigung oder Nichtigkeit eines Teils einer hoheitlichen Anordnung läßt die Gültigkeit der übrigen, trennbaren Bestimmungen unberührt.

Der Minister, der zur Vertretung des Landes nach dieser Verfügung befugt war, soweit Maßnahmen seiner eigenen Dienststelle beanstandet wurden, hatte von der Übernahme der

Vertretung ausdrücklich die Ansprüche aus den Vorgängen in Hamm ausgenommen; das war zulässig. Der Kläger hat auch nicht darlegen können, daß bei dem ursprünglich angerufenen Landgericht Düsseldorf etwa ein besonderer Gerichtsstand wegen des Verhaltens der Bediensteten des Oberlandesgerichts Hamm gegeben sei. Er hat auch nicht von der Möglichkeit des § 36 ZPO Gebrauch gemacht, das Landgericht Düsseldorf für diese Ansprüche für zuständig erklären zu lassen. Er kann dann im Revisionsverfahren diese Ansprüche nicht verfolgen.

3.) Der Revision ist dagegen zuzugeben, daß die Gründe des angefochtenen Urteils, soweit sie versuchen, die Erwägungen des Ministeriums zu würdigen, nicht in allen Einzelheiten voll überzeugen. So läßt das Urteil bei der Würdigung des Aufsatzes aus dem Jahre 1942 eine sorgfältige Abwägung der beanstandeten Teile mit dem übrigen Inhalt vermissen und übersieht, daß diese ohne jede Wirkung auf die Öffentlichkeit gebliebene Veröffentlichung möglicherweise durch das spätere Verhalten des Klägers ausgeglichen war, der nach dem Inhalt seiner Personalakten später gegenüber hohen Beamten des Reichsjustizministeriums mit anerkennenswertem Mut gewisse Eingriffe der Staatsführung in die Rechtspflege beanstandet hatte. - Zwar verneint das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler eine schuldhafte Pflichtverletzung bei der Frage, ob dem Kläger insoweit das rechtliche Gehör ausreichend gewährt war; doch ist nicht zu verkennen, daß gerade bei der Entscheidung eines so auf der Grenze liegenden Falles es vielleicht angemessener gewesen wäre, den Kläger, für den die Entscheidung von erheblicher Bedeutung war, nochmals persönlich zu hören. - Die Erwägung des Oberlandesgerichts, daß das Ministerium zur Vermeidung künftiger Angriffe davon habe absehen dürfen, ein Risiko einzugehen, ließ eine Abwägung zu der Pflicht des Dienstherrn vermissen, sich immer schützend vor seine Beamten und seine Richter zu

stellen, wenn diese angegriffen werden. Gerade ein Justizminister hat die Pflicht, Vorwürfe gegen Richter nachhaltig abzuwehren, insbesondere wenn sie etwa lediglich aus politischen Gründen in übertriebener Form aus dem Ausland kommen oder ohne genügende tatsächliche Grundlagen erhoben oder in Verkennung der Rechtslage vorgetragen werden. Andererseits kann im vorliegenden Fall nicht übersehen werden, daß der Kläger noch nicht im Dienste des beklagten Landes stand und es sich zunächst darum handelte, ob das Land einen früheren Richter neu einstellen wollte; dabei war das Ministerium freier gestellt und durfte zusätzliche Erwägungen anstellen sowie berücksichtigen, daß es unter Umständen dem Staatsinteresse schon abträglich ist, wenn überhaupt Vorwürfe gegen Richter in der Öffentlichkeit erhoben werden, die die Justizverwaltung widerlegen soll. Diese Erwägung war nicht sachwidrig. Das Oberlandesgericht hat auch nicht erörtert, daß die Bemerkung des Staatssekretärs in der Vorlage an den Minister, Himmler habe 1943 die innere Verwaltung beherrscht, ungenau war, und hat nicht gewürdigt, daß auch die Justiz damals einem Minister unterstand, der ein willfähriger Anhänger der Staatsführung war.

Trotz solcher Bedenken muß jedoch das Urteil bestätigt werden, weil es bei der Feststellung der Tatsachen keine Verfahrensfehler enthält und die Entscheidung des Ministers eine Ermessensentscheidung war, die er aufgrund sorgfältiger Verwertung des gesamten Akteninhalts getroffen hatte und bei der sich alle Bearbeiter erkennbar bemüht hatten, eine nach ihrer Überzeugung gerechte Abwägung aller Umstände vorzunehmen. Selbst wenn in der einen oder anderen Richtung eine andere Bewertung möglich war, scheitert die Revision daran, daß damit allein eine Amtspflichtverletzung nicht begründet werden kann. Denn bei Ermessensentscheidungen liegt nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung eine

Pflichtverletzung erst dann vor, wenn der Beamte in so hohem Maße fehlsam gehandelt hat, daß seine Entscheidung mit den an eine ordnungsmäßige Verwaltung zu stellenden Anforderungen schlechterdings - d.h. jedem sachlich Beurteilenden ohne weiteres einleuchtend - unvereinbar ist (BGHZ 22, 258/263). Das kann hier keinesfalls festgestellt werden.

Im einzelnen gilt zu den Revisionsrügen folgendes:

a) Zum Aufsatz des Klägers im "Deutschen Recht" aus dem Jahre 1942 hat das Berufungsgericht ausgeführt, es sei den Landesbediensteten nicht als Verschulden anzurechnen, wenn sie dem Aufsatz die Auslegung gegeben haben, daß der Kläger darin das Prinzip einer autoritär gelenkten Justiz nicht nur theoretisch bejaht, sondern auch praktisch gefordert und damit unterstützt habe.

Die Revision rügt es insoweit als Verfahrensverstoß, daß das Berufungsgericht dem Antrag auf Vernehmung des damaligen Schriftleiters der Zeitschrift "Deutsches Recht" nicht stattgegeben habe; dieser würde bekundet haben, daß die Schriftleitung dem Kläger die Möglichkeit der Veröffentlichung deswegen gewährt habe, weil sie darin einen Beitrag für die Verteidigung der vom Kläger vertretenen rechtlichen Grundsätze erblickt habe; das Vorwort habe nur den Zweck gehabt, den Kläger und die Schriftleitung abzuschirmen. Das Berufungsgericht hat diesen Beweisantrag nicht erörtert. Auf diesem Verfahrensverstoß kann das Urteil jedoch nicht beruhen, weil der Beweisantrag eine rechtlich unerhebliche Tatsache betraf. Das Berufungsgericht hat das Verhalten der Landesbediensteten deshalb gebilligt, weil sie dem Aufsatz heute ohne Verschulden einen bestimmten Verdacht entnehmen könnten. Dafür war es ohne Bedeutung, ob der Kläger damals eine andere Absicht mit dem Aufsatz verfolgt und ob der Schriftleiter nach seinen Besprechungen mit dem Kläger damals einen anderen Eindruck von dem Aufsatz erwartet hatte.

Die Revision verweist darauf, daß es im Aufsatz zunächst eindeutig heiße, daß ein Richter nicht an Weisungen gebunden sein könne; er habe sich damit grundsätzlich gegen bindende Weisungen ausgesprochen und sich anschließend nur der nationalsozialistischen Phraseologie angepaßt. Es ist jedoch bei dem Gesamtinhalt des Aufsatzes nicht als Verschulden zu werten, wenn der Minister einen anderen Eindruck gewann. Denn der Aufsatz enthält gerade am Schluß im Teil IV so eindeutige Bemerkungen zu Gunsten einer Einwirkungsmöglichkeit der staatlichen Führung auch auf die Rechtsprechung, daß die vom Tatrichter gebilligte Auslegung des Ministers ohne Verletzung von Amtspflichten möglich war. Hinzu kommt, daß der Kläger unstreitig noch im Jahre 1944 in einem in den Personalakten befindlichen Brief den Aufsatz selbst dahin erläutert hat, er habe den durchaus sinnvollen Gedanken einer Steuerung der Justiz vertreten.

Die Revision meint weiter, das Land habe ihm insoweit das rechtliche Gehör versagt. Bei keiner der vorangegangenen vielen Besprechungen sei ihm dieser Aufsatz vorgehalten worden. Er hätte dann auf andere wesentliche Tatsachen hingewiesen, die einen anderen Eindruck von seiner Einstellung ergeben hätten, insbesondere auf den Aktenvermerk des Ministerialdirektors L. vom 16. Mai 1944. Das Berufungsgericht hat dazu bemerkt, daß ein Hinweis nicht nötig gewesen sei und weitere Erklärungen des Klägers die Entscheidung des Ministers nicht hätten ändern können, zumal schon der Referent und der Abteilungsleiter den Aufsatz nicht als schwerwiegend bewertet hatten; diese Beurteilung hätte ein stärkeres Gewicht für den Minister als eigene Erklärungen des Klägers gehabt. Es kann hier dahingestellt bleiben, wieweit der Anspruch auf rechtliches Gehör, den Art. 103 GG nur für gerichtliche Verfahren ausspricht, in Verfahren vor Verwaltungsbehörden gilt. Der Senat hat den Grundsatz im

Beamtenrecht für das Verhältnis zwischen dem Vorgesetzten und dem Beamten anerkannt (BGHZ 22, 258). Hier entfällt jedoch ein Schadensersatzanspruch schon deshalb, weil den Landesbediensteten nicht der Vorwurf einer Pflichtverletzung gemacht werden kann, also nicht festgestellt werden kann, daß sie vorwerfbar pflichtwidrig dem Kläger keine weitere Gelegenheit zur Äußerung gegeben hätten. Denn der Kläger wußte, daß die Entscheidung über sein Einstellungsgesuch unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts seiner Personalakten erfolgen würde. Unstreitig hatte der Kläger den Aufsatz in zwei in den Personalakten befindlichen Fragebogen aus der Zeit nach 1945 ausdrücklich erörtert und bereits dabei seine Auffassung von der Harmlosigkeit dieses Aufsatzes dargelegt. Dann war es nicht pflichtwidrig, wenn der Staatssekretär und der Minister glaubten, ohne nochmalige Anhörung des Klägers gerade zu diesen in den Akten bereits behandelten Punkten entscheiden zu können, zumal sie wußten, daß der Kläger jederzeit die Möglichkeit hatte, sein Gesuch mit anderer Begründung zu wiederholen und dabei angebliche Irrtümer der Behörde richtigzustellen. Den Aktenvermerk des Ministerialdirektors L. hatte andererseits schon der Referent Dr. J. in seinem Bericht erwähnt und verwertet.

b) Die Revision wendet sich weiter gegen die Bewertung der richterlichen Tätigkeit des Klägers in Prag durch das Berufungsgericht.

Im Urteil heißt es hierzu folgendermaßen: Der Kläger könne sich nicht darauf berufen, daß in Wirklichkeit nicht der Aufsatz, sondern der Aktenvermerk aus dem Jahre 1945 zur Ablehnung des Einstellungsgesuchs geführt habe. Selbst wenn man - entgegen dem Bestreiten des Landes - davon ausgehe, daß der Aktenvermerk doch berücksichtigt worden sei, sei keine schadensursächliche schuldhaft Pflichtenverletzung gegeben. Denn nicht der Aktenvermerk, sondern die richterliche Tätigkeit in Prag selbst habe den Kläger untragbar erscheinen lassen. Eine Klarstellung über die Mitwirkung

des Klägers an Todesurteilen sei nicht erfolgt. Ein Verdacht sei schon wegen des Auslieferungsantrags geblieben, auch wenn bisher nichts Nachteiliges festgestellt worden sei. Jedenfalls hätten die Beamten ernsthaft befürchten dürfen, daß wegen der Schwierigkeit einer Aufklärung mangels zuverlässiger Unterlagen eine Ungewißheit nicht ausgeräumt werden könne, die möglicherweise später einmal eine Belastung der Justiz ergeben könnte. Es sei nicht vorwerfbar, wenn die Landesbediensteten ein solches Risiko, das sie vielleicht bei anderen Richtern und Staatsanwälten zu übernehmen bereit gewesen seien, bei dem Kläger gescheut hätten.

Die Revision meint zunächst, da das Land selbst vorge-
tragen habe, daß der Aktenvermerk für die Bewertung und
Entscheidung ohne Bedeutung gewesen sei, sei das Beru-
fungsgericht nach § 128 ZPO gehindert gewesen, die Zuge-
hörigkeit des Klägers zu einem Sondergericht in Prag zu
seinen Ungunsten heranzuziehen. Das ist unrichtig. Denn
der Vermerk enthielt mehr als nur die Tatsache der Zuge-
hörigkeit zu einem Sondergericht in Prag. Die Tatsache,
daß der Kläger als Vorsitzender einer Strafkammer in einem
Sondergericht in Prag tätig gewesen war, war unstreitig,
vom Kläger sogar zugestanden. Das Land hatte nur vorgetra-
gen, daß die Tatsache des Aktenvermerkes für die Entschei-
dung ohne Bedeutung gewesen sei; damit hatte es nicht als
unstreitig hingenommen, daß der Kläger am Erlaß von Todes-
urteilen überhaupt nicht mitgewirkt habe. Es hatte sich
insoweit einer Stellungnahme enthalten und nur erklärt, daß
bei der Entscheidung durch den Minister im Jahre 1952 der
Vermerk nicht berücksichtigt worden sei. Mit diesem Vortrag
hat sich das Berufungsgericht nicht in Widerspruch gesetzt,
denn es geht in erster Linie davon aus, daß die ablehnende
Entscheidung durch den Aktenvermerk nicht beeinflusst worden
sei. Es hat nur vorsorglich und hilfsweise ausgeführt, daß

auch dann, wenn die Kollegen des Klägers seine Angaben bestätigt hätten, aktenmäßige Unterlagen nicht mehr erreichbar seien, so daß damit ein Risiko für das Land bleibe, wenn später etwas anderes behauptet würde. Dieser letzte Gesichtspunkt braucht nicht näher erörtert zu werden, weil er nur eine Hilferwägung ist und das Berufungsgericht gerade nicht festgestellt hat, daß die ablehnende Entscheidung durch den Vermerk beeinflusst war.

Diese Würdigung stand auch dem Parteivortrag des Klägers aus dem ersten Rechtszug nicht entgegen, wie die Revision meint. Der Kläger hatte dort unter Beweis gestellt, daß er beim Landgericht Prag als Strafrichter überhaupt nicht hervorgetreten und nicht bei den angegebenen Todesurteilen tätig geworden sei. Mit dieser Behauptung setzt sich die Begründung des Berufungsgerichts nicht in Widerspruch. Denn es geht davon aus, daß die Landesbediensteten eine Belastung, wie sie sich aus dem Aktenvermerk ergeben konnte, gerade nicht bei ihrer Entscheidung gegen den Kläger berücksichtigt haben.

c) Die Revision meint ferner, das Berufungsgericht habe den folgenden Vortrag des Klägers nicht richtig gewürdigt, mit dem er eine ungleiche Behandlung gerügt hatte: Er habe eine lange Liste von Richtern vorgelegt, die trotz stärkerer politischer Belastung eingestellt worden seien, darunter viele andere damals in Prag tätig gewesene Richter; drei Bewerber seien nicht nur eingestellt, sondern befördert worden; das Land hätte sich nicht darauf beschränken dürfen, diese Behauptung nur zu bestreiten, sondern insoweit an Hand der Personalakten Aufklärung geben müssen.

Das Berufungsurteil enthält dazu folgende Erwägungen: Der Kläger habe nicht ausreichend vorgetragen, daß andere Fremdbewerber eingestellt worden seien, bei denen eine schwerere Belastung gegeben gewesen sei. Der Hinweis auf die Tätigkeit dieser Kollegen bei Sondergerichten oder beim

Volksgerichtshof genüge nicht, weil nicht ersichtlich sei, inwieweit die Entscheidung im Einzelfalle fehlsam gewesen sei. Es bestehe kein Anlaß, dem Sachvortrag des Klägers durch Beweiserhebung ausforschend nachzugehen, da selbst fehlsame Einstellungen nicht dazu führen könnten, das Nichtabsehen von Bedenken bei der Einstellung des Klägers als schuldhaftes Pflichtverletzung zu bewerten.

Das zeigt im Ergebnis jedenfalls wiederum keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Klägers, selbst wenn man die verfahrensmäßige Behandlung des Beweisantrags mißbilligt, weil der Vortrag des Klägers genügende tatsächliche Behauptungen enthielt. Denn sachlichrechtlich liegt eine Verletzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung nur vor, wenn Gleiches ungleich, nicht aber wenn Ungleiches nach seiner Eigenart behandelt wird. Ein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz ist es deshalb nur, wenn sich ein vernünftiger, aus der Natur der Sache folgender oder sonstwie sachlich einleuchtender Grund für die Differenzierung nicht finden läßt, wenn also die Differenzierung als willkürlich bezeichnet werden muß.

Es ist nicht willkürlich, sondern sachgemäß, wenn eine Justizverwaltung von der Einstellung eines früheren Richters absieht, der durch seine Tätigkeit vor 1945 belastet ist, insbesondere wenn er der Gewaltherrschaft des Nationalsozialismus Vorschub geleistet hat oder als Richter gegen die Grundsätze der Menschlichkeit und Gerechtigkeit verstoßen hat. Eine Differenzierung nach der Belastung enthielt also keinen Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung. Die Ermessensverletzung konnte demnach nicht in der Beachtung einer Belastung, sondern nur darin liegen, daß die Behörde die Frage nach der Belastung bei der Entscheidung über die Einstellung angeblich falsch beantwortet hat. Dabei war diese etwaige Belastung nur eine der vielen Erwägungen, die das Ministerium anzustellen hatte. Denn der Kläger und die übrigen verdrängten Beamten hatten keinen Rechtsanspruch auf Wiedereinstellung. Dann stand es als Folge der Ämterhoheit

und Personalhoheit weiter im Ermessen der Behörde, welchen Bewerber sie einstellen oder ablehnen wollte. Dabei genügt es für eine Ernennung zum Richter nicht, daß der Bewerber die formalen gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt, sondern der Dienstherr darf ohne Pflichtverletzung bei der Ernennung weitere Umstände berücksichtigen, sogar solche, die rational nicht faßbar sind. Der Dienstherr darf beispielsweise auch den Gesamteindruck einer Persönlichkeit oder die Aussichten auf eine spätere Bewährung und die Einschätzung einer weiteren Entwicklung des Bewerbers berücksichtigen. Die Behörde entscheidet gerade über die Einstellung eines Bewerbers nach ihrem eigenen pflichtmäßigen Ermessen; die Gerichte können diese Entscheidung weder auf ihre Zweckmäßigkeit nachprüfen noch ihr Ermessen an die Stelle des Ermessens der Verwaltungsbehörde setzen. Ein als Amtspflichtverletzung zu wertender Ermessensfehler würde z.B. erst dann vorgelegen haben, wenn auch die Anstellungsbehörde die Belastung des Klägers tatsächlich geringer bewertet hätte als die anderer Bewerber und trotzdem den Kläger abgelehnt und andere Bewerber eingestellt hätte. Denn das würde den Schluß zugelassen haben, daß für die Ablehnung des Klägers keine sachlichen Gründe vorgelegen hatten. Eine solche Behauptung hat der Kläger jedoch nicht unter Beweis gestellt. Daß der Minister und sein Staatssekretär im Rahmen der Gesetze ihre eigene höchstpersönliche Auffassung darüber zur Geltung brachten, wen sie für würdig hielten, als Richter des beklagten Landes angestellt zu werden, enthält keine Benachteiligung aus politischen Gründen, wie der Kläger meint, sondern hält sich durchaus im Rahmen der Ausübung pflichtgemäßen Ermessens.

Die Revision muß daher, da das Urteil auch sonst keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Klägers erkennen läßt, mit der Kostenfolge des § 97 ZPO zurückgewiesen werden.

Dr. Geiger

Dr. Arndt

Dr. Hußla

Gähtgens

Keßler