

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

GG Art. 34; BGB § 839 Ca; NRW LandesbeamtenG § 85,
§ 8 Abs. 4, § 7 Abs. 1; BBG § 8 Abs. 1 Satz 2

- a) Ist über die Beförderung eines Beamten sachlich entschieden, so gebietet es die Fürsorgepflicht des Dienstherrn, die erforderlichen Vorkehrungen dafür zu treffen, daß die Ernennungsurkunde unverzüglich ausgehändigt werden kann.
- b) Entstehen zwischen der Entscheidung über die Beförderung und der Übergabe der Ernennungsurkunde Zweifel, ob der Beamte zur Wahrnehmung des neuen Amtes gesundheitlich geeignet ist, so ist die Übergabe bis zur Ausräumung dieser Zweifel zurückzustellen.

BGH, Urt. v. 7. Juli 1983 - III ZR 182/82 - OLG Hamm

LG Detmold

4

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

III ZR 182/82

URTEIL

Verkündet am: 7. Juli 1983
Richter,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Land Nordrhein - Westfalen,
vertreten durch den Minister für Wissenschaft und
Forschung, Düsseldorf,

Beklagter und Revisionskläger,
- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED] und
Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die Witwe Maria G [REDACTED],
E [REDACTED] weg 26, H [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 7. Juli 1983 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Krohn und die Richter Dr. Tidow, Kröner, Dr. Engelhardt und Dr. Werp für Recht erkannt:

Auf die Revision des beklagten Landes wird das Urteil des 11. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 7. Juli 1982 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsrechtszuges, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerin begehrt die Feststellung der Ersatzpflicht des beklagten Landes wegen nicht rechtzeitiger Aushändigung einer Ernennungsurkunde. Sie ist die Witwe und befreite Vorerbin des verstorbenen Dipl.-Ing. Karl-Heinz G., der als Fachhochschullehrer an der Fachhochschule Lippe in Lemgo Lebenszeitbeamter im Dienst des beklagten Landes gewesen war. Gemäß § 79 Abs. 2 des nordrhein-westfälischen Fachhochschulgesetzes (FHG NW) vom 20. November 1979 (GV. NW. S. 964) hatte er mit seinem Einverständnis als Professor im Beamtenverhältnis auf Lebenszeit übernommen und rückwirkend zum 1. Januar 1980 von der bisherigen Besoldungsgruppe H 3 in die Besoldungsgruppe C 3 eingewiesen werden sol-



len. Die entsprechende Ernennungsurkunde nebst Einweisungserlaß vom 1. Juli 1980 traf zusammen mit 39 weiteren Ernennungsurkunden am Freitag, dem 4. Juli 1980, bei der Fachhochschule Lippe ein.

Zu diesem Zeitpunkt befand sich der Ehemann der Klägerin, der seit mehr als drei Monaten arbeitsunfähig erkrankt war, wegen Herzbeschwerden in stationärer Behandlung des Kreiskrankenhauses H[REDACTED]. Die Einweisung dorthin war der Fachhochschule Lippe durch ärztliche Bescheinigung vom 13. Juni 1980 mitgeteilt worden.

Am Nachmittag des 7. Juli 1980 begab sich der Ehemann der Klägerin zur stationären Weiterbehandlung in die Medizinische Hochschule H[REDACTED]. Die Klägerin begleitete ihn und kehrte in der darauffolgenden Woche nur noch zwei- oder dreimal in die Ehemannswohnung zurück.

Seit dem 7. Juli 1980 hatten der Rektor und andere von ihm beauftragte Mitarbeiter der Fachhochschule wiederholt vergeblich versucht, die Klägerin oder ihren Ehemann telefonisch in deren Wohnung zu erreichen, um einen Termin für die Übergabe der Urkunde zu verabreden. Zweimal meldete sich der Untermieter der Eheleute G., der mitteilte, Herr G. sei in "ein" Krankenhaus in H[REDACTED] verlegt worden. Ein Rückruf der Klägerin bei der Fachhochschule erfolgte nicht.

Unter dem Datum des 16. Juli 1980 schrieb der Fachhochschulrektor an die Klägerin und bat sie um Bekanntgabe einer Anschrift, unter der die Urkunde postalisch zugestellt werden könne. Bevor der Klägerin dieser Brief zuging, war ihr Ehemann nach einer Herz-Katheter-Untersuchung am Nachmittag des 16. Juli 1980 unerwartet im Alter von 63 Jahren verstorben.

Mindestens bis zum 15. Juli 1980 einschließlich war er geschäfts- und unterschriftsfähig geblieben.

Die Klägerin hat die Ansicht vertreten, die Bediensteten der Fachhochschule Lippe hätten die ihnen ihrem verstorbenen Ehemann und ihr selbst gegenüber obliegende Amtspflicht zu schnellstmöglicher Aushändigung der Ernennungsurkunde schuldhaft verletzt; ohne diese Pflichtverletzung - so hat sie behauptet - wäre ihr Ehemann noch vor seinem Tode ernannt worden.

Die Klägerin hat beantragt, festzustellen, daß das beklagte Land verpflichtet sei,

- 1) an sie nach § 20 Beamtenversorgungsgesetz ein monatliches Witwengeld in Höhe von jeweils 60 v.H. des Ruhegehaltes zu zahlen, das ihrem am 16. Juli 1980 verstorbenen Ehemann, Prof. Karl-Heinz G., an seinem Todestage nach der Besoldungsgruppe C 3 unter Berücksichtigung der für ihn geltenden Dienstaltersstufe zugestanden hätte;
- 2) ihr als Sterbegeld nach ihrem verstorbenen Ehemanne den zweifachen Unterschiedsbetrag zwischen den monatlichen Dienstbezügen des Fachhochschullehrers der Besoldungsgruppe H 3 und einem Professor der Besoldungsgruppe C 3 unter Berücksichtigung der für ihren Ehemann in Betracht kommenden Dienstaltersstufe zu zahlen;
- 3) ihr für die Zeit vom 1. Januar 1980 bis 31. Juli 1980 den Unterschiedsbetrag zwischen dem Gehalte eines Fachhochschul-

lehrers der Besoldungsgruppe H 3 und eines Professors der Besoldungsgruppe C 3 nach der für ihren verstorbenen Ehemann zutreffenden Dienstaltersgruppe nachzuzahlen.

Das beklagte Land hat die Abweisung der Klage beantragt.

Es hat dem Klagebegehren entgegengesetzt, daß ein Schadensersatzanspruch schon deswegen zu verneinen sei, weil der Beamte keinen Rechtsanspruch auf Beförderung bzw. auf Beförderung zu einem bestimmten Zeitpunkt habe. Nichts anderes gelte vorliegend, selbst wenn durch die in vergleichbaren Fällen geübte Übernahmepraxis eine Selbstbindung der Verwaltung eingetreten sei, weil der verstorbene Herr G. mangels gesundheitlicher Eignung in dem Zeitpunkt, in dem die Aushändigung der Urkunde frühestens möglich gewesen sei, die Übernahmeveraussetzungen in seiner Person nicht mehr erfüllt habe.

Das beklagte Land hat darüber hinaus die Ansicht vertreten, die Bediensteten der Fachhochschule Lippe hätten sich im Zusammenhang mit der vorgesehenen Aushändigung der Urkunde amtspflichtgemäß verhalten. Selbst wenn eine schriftliche Benachrichtigung frühzeitiger abgesandt worden wäre, hätte das den Schadenseintritt nicht verhindert. Im übrigen müsse sich die Klägerin eigenes Mitverschulden bzw. eine Mitschuld ihres verstorbenen Ehemannes anrechnen lassen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Oberlandesgericht hat ihr in vollem Umfang stattgegeben.

Mit seiner vom Berufungsgericht zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, erstrebt das beklagte Land die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe

Die Revision führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverweisung der Sache.

I.

Die Zulässigkeit der Feststellungsklage ist vom Berufungsgericht zutreffend bejaht worden. Das dafür gemäß § 256 ZPO notwendige Feststellungsinteresse der Klägerin liegt vor.

Trotz der Möglichkeit, unmittelbar auf Leistung zu klagen, ist ein rechtliches Interesse an alsbaldiger Feststellung im Sinne des § 256 ZPO anzuerkennen, wenn zu erwarten ist, daß der Prozeßgegner - namentlich, wenn es sich bei ihm um eine Behörde handelt - den gerichtlich festgestellten Anspruch auch ohne vollstreckungsfähiges Leistungsurteil befriedigen wird (RGZ 129, 31, 34; 146, 290, 295; BGHZ 28, 123, 126).

II.

In der Sache hat das Berufungsgericht entsprechend den Anträgen der Klägerin festgestellt, daß ihr Amtshaftungsansprüche gegen das beklagte Land zustehen.

1. Zur Begründung einer Amtspflichtverletzung hat das Berufungsgericht im wesentlichen ausgeführt, die für den Abschluß des Übernahmeverfahrens verantwortlichen Beamten der Fachhochschule Lippe, für die das beklagte Land als Dienstherr einzustehen habe, hätten ihre gegenüber dem verstorbenen Ehemann der Klägerin und gegenüber der Klägerin selbst bestehende Amtspflicht zur unverzüglichen Aushändigung oder Zustellung der Ernennungsurkunde fahrlässig verletzt, weil sie nicht spätestens am 9. Juli 1980 beim Ehemann der Klägerin unter der ihnen bekannten Wohnanschrift schriftlich angefragt hätten, wie und wo die Ernennungsurkunde übergeben werden könne.

Die dagegen gerichteten Angriffe der Revision bleiben im Ergebnis ohne Erfolg.

a) Der Ehemann der Klägerin stand schon vor der hier streitigen Übernahme als Beamter auf Lebenszeit im Dienst des beklagten Landes und hatte diesem gegenüber einen Anspruch auf Erfüllung der vom Dienstherrn nach § 85 des nordrhein-westfälischen Landesbeamtengesetzes (LBG) jedem seiner Beamten gegenüber geschuldeten Fürsorgepflicht. Diese Fürsorgepflicht stellt zugleich eine dem Beamten gegenüber obliegende Amtspflicht im Sinne des § 839 BGB dar (vgl. BGHZ 15, 185, 187; 29, 310, 313; BVerwGE 13, 17, 25; Kreft in RGRK 12. Aufl., § 839 BGB Rdn. 244).

Diese Amtspflicht besteht auch gegenüber den nach den Beamtengesetzen versorgungsberechtigten Angehörigen eines Beamten, soweit sie durch die Verletzung der Fürsorgepflicht in ihrer Rechtsstellung unmittelbar berührt werden können (RGZ 146, 35, 39, 40; Senatsurteil vom 11. Mai 1953 - III ZR 283/51 = ZBR 1953, 92, 93).

b) Das Berufungsgericht hat eine Verletzung dieser Fürsorgepflicht im Ergebnis zutreffend bejaht.

aa) Zuzugeben ist der Revision, daß sich ein Rechtsanspruch des Ehemannes der Klägerin auf Übernahme als Professor aus der Fürsorgepflicht nicht ergab. Das hat das Berufungsgericht nicht verkannt.

Es ist zutreffend davon ausgegangen, daß die beabsichtigte Übernahme als Professor im Beamtenverhältnis auf Lebenszeit mit der besoldungsrechtlichen Einordnung von H 3 nach C 3 als Ernennung im Sinne des § 8 Abs. 1 Nr. 4 LBG (iVm § 35 Abs. 1 FHG) zu werten ist, weil es sich um die Verleihung eines anderen Amtes mit höherem Endgrundgehalt und anderer Amtsbezeichnung durch einen Einzelakt handelt.

Ein aus der Fürsorgepflicht abzuleitender Anspruch auf eine solche Beförderung besteht im Regelfall nicht, mag der Bewerber auch die notwendigen sachlichen Voraussetzungen für das höhere Amt erfüllen (RGZ 159, 247, 250; BGHZ 21, 256, 257; 23, 36, 42 f.; BVerwGE 15, 3, 7; ZBR 1965, 48; zu teilw. abweich. Ansichten in der Literatur vgl. Schnellenbach ZBR 1981, 301, 305 f.).

bb) Die Verneinung eines Anspruchs auf Ernennung schließt aber nicht aus, daß im Rahmen der mit einer Beförderung zusammenhängenden Maßnahmen die damit befaßten Beamten Pflichtverletzungen begehen können, die sich als Verletzung auch der einem einzelnen Beamten gegenüber bestehenden Amtspflichten, insbesondere der Fürsorgepflicht, darstellen (BGHZ 21, 256, 259). Schon in der reichsgerichtlichen Rechtsprechung war anerkannt, daß im Zusammenhang mit der Vorbereitung und Durch-

führung einer Stellenbesetzung im öffentlichen Dienst dem Dienstherrn und den von ihm damit betrauten Beamten Fürsorgepflichten gegenüber dem einzelnen Bewerber obliegen, deren schuldhaftige Verletzung einen Anspruch auf Ersatz des durch die Nichtbeförderung entstandenen Schadens auslösen kann (vgl. RGZ 105, 196, 197; 145, 137, 140; 159, 247, 252). Dem sind der Bundesgerichtshof und auch das Bundesverwaltungsgericht gefolgt (vgl. etwa BGH ZBR 1953, 92, 93; BGHZ 15, 185, 189; 21, 256, 260; NJW 1979, 2041, 2042 f.; BVerwGE 15, 3, 7; ZBR 1965, 48).

Eine solche Fürsorgepflichtverletzung, die Schadensersatzansprüche nach Amtshaftungsgrundsätzen auszulösen vermag, ist auch dann anzunehmen, wenn sich die unterbliebene Ernennung als Folge einer "sachwidrigen, möglicherweise auf einem Organisationsmangel beruhenden verzögerlichen Behandlung der Aushändigung der Ernennungsurkunde" darstellt (BVerwG, Beschl. vom 22. Dezember 1976 - II B 32.76 - nicht veröffentlicht; Fürst, Gesamtkommentar Öffentliches Dienstrecht [GKÖD] Bd. 1, K § 10 Rdn. 12; Scheerbarth/Höffken, Beamtenrecht, 4. Aufl. § 12 I 2 d bb).

Der entgegenstehenden Rechtsansicht der Revision, mangels eines Rechtsanspruches auf Ernennung ließen sich auch im Zusammenhang mit der Aushändigung der Ernennungsurkunde keine Ansprüche, insbesondere kein Anspruch auf unverzügliche Übergabe, aus der Fürsorgepflicht herleiten, vermag der Senat nicht zu folgen. Die im Interesse der Funktionsfähigkeit der öffentlichen Verwaltung erforderliche Entschließungsfreiheit des Dienstherrn bei Ernennungen wird durch die Bejahung einer Pflicht zum unverzüglichen Vollzug einer beschlossenen Ernennung nicht beeinträchtigt.

Zu Unrecht beruft sich die Revision in diesem Zusammenhang auf Wiedow (in Plog/Wiedow/Beck, Bundesbeamtengesetz, § 10 Rdn. 17). Eine Gegenüberstellung der Kommentierung zu § 6 Rdn. 26 und § 10 Rdn. 17 einerseits, § 6 Rdn. 29 andererseits erweist, daß sich die Ablehnung einer Anspruchsberechtigung nur auf den dem Ermessen des Dienstherrn vorbehaltenen Entschließungsbereich beziehen kann, einen bestimmten Beamten zu einem bestimmten Zeitpunkt zu befördern. Hingegen wird die Möglichkeit einer haftungsbegründenden Fürsorgepflichtverletzung im Rahmen der Umsetzung des betätigten Willens - z.B. durch Aushändigung einer formfehlerhaften Ernennungsurkunde, die ein Wirksamwerden der beschlossenen Ernennung hindert - auch von Wiedow durchaus bejaht (vgl. § 6 Rdn. 29).

Fischbach (BBeamtenG, 3. Aufl. 1964 § 10 Anm. VII 2) will allerdings "Schadensersatzansprüche aus allgemeinen Rechtsgründen" nur zulassen, wenn die Behörde oder der von ihr mit der Aushändigung beauftragte Beamte "rein willkürlich" die Urkunde nicht aushändigt oder "die Aushändigung in der Absicht, dem Anzustellenden zu schaden", verschleppt. Eine solche Beschränkung der Fürsorgepflicht des Dienstherrn darauf, den Beamten vor absichtlicher, mindestens aber vorsätzlicher Schadenszufügung zu bewahren, läßt sich jedoch weder aus dem Wortlaut noch dem Sinngehalt der einschlägigen Vorschriften (§ 79 BBG, § 85 LBG) herleiten.

Es ist vielmehr der sowohl vom Bundesverwaltungsgericht als auch der in der Literatur vertretenen Ansicht zu folgen, daß eine sachwidrig verzögerte Aushändigung der Ernennungsurkunde eine Pflichtverletzung gegenüber den zu ernennenden Beamten bzw. seinen versorgungsberechtigten Angehörigen darstellen kann. Ob

sie es unter den jeweils obwaltenden Umständen ist, muß von Fall zu Fall entschieden werden (so auch BVerwG, Beschl. vom 22. Dezember 1976 - II B 32.76 -).

cc) Im Falle des Ehemannes der Klägerin hat das Berufungsgericht eine pflichtwidrige Verzögerung der Urkundenübergabe im Ergebnis zu Recht bejaht.

aaa) Dem steht nicht entgegen, daß die fehlende Kenntnis des Rektors der Fachhochschule Lippe und der von ihm herangezogenen Mitarbeiter vom konkreten Aufenthaltsort des Ehemannes der Klägerin seit dem Nachmittag des 7. Juli 1980 eine Aushändigung der Urkunde hinderte. Schadensersatzbegründend wirkt sich auch die Unterlassung solcher Maßnahmen aus, deren Vornahme dem Rektor bei pflichtgemäßer Amtsausübung oblag und durch die er sich die fehlende Kenntnis rechtzeitig hätte verschafft haben müssen.

Ob der Rektor verpflichtet war, eigenständig Nachforschungen nach dem Verbleib des zu ernennenden Beamten anzustellen, hat das Berufungsgericht nicht geprüft; diese Frage kann auch offenbleiben.

Unausgesprochen hat das Berufungsgericht hingegen eine Amtspflicht zur unverzüglichen Benachrichtigung desjenigen, für den die Ernennungsurkunde bestimmt ist, bejaht. Das ist im Ergebnis nicht zu beanstanden.

Im Regelfall wird eine Ernennungsurkunde durch persönliche Übergabe "von Hand zu Hand" ausgehändigt, weil dadurch der Formstrenge des Gesetzes am ehesten genügt wird (Fürst GKÖD K § 6 Rdn. 41; Scheerbarth/Höffken aaO § 12 I 2 d). Dies erfordert die persönliche

Anwesenheit des zu ernennenden Beamten. Er muß deshalb vom Vorliegen der Urkunde benachrichtigt und zu ihrer Entgegennahme aufgefordert werden. Dies gehört zu der dem Dienstherrn obliegenden (Fürsorge-)Pflicht zur unverzüglichen Aushändigung der Urkunde. Er hat die Vorkehrungen zu treffen, deren es nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge bedarf, um eine verzögerungsfreie Übergabe zu gewährleisten.

Gebietet es die Fürsorgepflicht, die Aushändigung der Ernennungsurkunde, mit der die Ernennung erst wirksam wird (§ 8 Abs. 2 Satz 1, § 10 Abs. 3 LBG), unverzüglich zu bewirken, d.h. "sobald als möglich, ohne eine nicht durch die Sachlage begründete Verzögerung" (BGH NJW 1968, 710, 711), dann muß erst recht die den Übergabeakt lediglich vorbereitende Benachrichtigung unverzüglich dem Adressaten zugeleitet werden.

Nichts anderes folgt daraus, daß der zu ernennende Beamte aufgrund seiner Treuepflicht gehalten ist, selbst alles zu tun, um seine eigenen Belange zu fördern (vgl. dazu RGZ 141, 385, 390). Läßt er es an einer von ihm zu fordernden Mitwirkung fehlen, mag das im Einzelfall seine Mitschuld am Eintritt des Schadens begründen, der Umfang der vom Dienstherrn zu erfüllenden Fürsorgepflicht bleibt deswegen aber unberührt.

bbb) Unter diesen Umständen war der Rektor verpflichtet, am Vormittag des 7. Juli 1980 im Kreiskrankenhaus H. anzurufen, wo Herr G. sich nach dem der Fachhochschule durch die ärztliche Bescheinigung vom 13. Juni 1980 vermittelten Wissensstand aufhalten mußte und wo er sich zu diesem Zeitpunkt auch noch aufgehalten hat. Hätte der Rektor dies getan, so hätte er entweder Herrn G. im Kreiskrankenhaus erreicht und vom

Eintreffen der Ernennungsurkunde benachrichtigen können, oder er hätte erfahren, daß Herr G. sich zu einer Spezialuntersuchung nach Hannover begeben hatte.

Die insoweit noch fehlenden Feststellungen wird das Berufungsgericht, an das der Rechtsstreit ohnehin aus den unter II 2 dargelegten Gründen zurückzuverweisen ist, nachzuholen haben.

In rechtlicher Hinsicht wird dabei zu bedenken sein, daß von einer unverzüglichen Nachrichtenübermittlung in der Regel nur wird gesprochen werden können, wenn sie dem Empfänger an dessen letzte bekannte Anschrift, in Zweifelsfällen an jede seiner verschiedenen bekannten Anschriften zugeleitet wird. Das hätte vorliegend - sofern nicht nachträglich noch besondere Umstände bekannt werden - zumindest am Vormittag des 7. Juli 1980 geschehen müssen, nachdem die Ernennungsurkunden sich bereits seit Freitag, dem 4. Juli 1980, in der Fachhochschule befanden.

Rechtlich bedeutungslos ist es, ob der Untermieter der Eheleute G. schon am Vormittag des 7. Juli 1980 einen Telefonanruf entgegengenommen und die Übermittlung einer Bitte um Rückruf zugesagt hatte. Die Beantwortung eines Telefongesprächs durch einen unbekannten, nicht offenkundig zur Entgegennahme von Erklärungen bevollmächtigten Dritten minderte nicht den Umfang der vom Rektor pflichtgemäß zu erledigenden Aufgaben.

c) Da die Amtspflichtverletzung des Rektors der Fachhochschule ausschließlich im Bereich des Vollzuges der getroffenen Ernennungsentscheidung liegt, ist in diesem Zusammenhang der Einwand der Revision unbeachtlich, der Ehemann der Klägerin habe zumindest mangels

gesundheitlicher Eignung keinen Rechtsanspruch auf Übernahme und deshalb auch keinen Anspruch auf Aushändigung der Ernennungsurkunde gehabt. Dieser Einwand berührt ausschließlich den Prozeß der Willensentschließung des Dienstherrn. Der Gesundheitszustand des Ehemannes der Klägerin hätte allenfalls eine bewußte Zurückhaltung der Ernennungsurkunde mit dem Ziel der Überprüfung rechtfertigen können, ob die Voraussetzungen der Ernennung noch vorlagen. Die Frage, ob der Rektor bei voller Kenntnis der tatsächlichen Umstände die Urkunde an den erkrankten Ehemann der Klägerin gar nicht hätte aushändigen dürfen, kann daher nur im Rahmen der Kausalitätsprüfung (nachfolgend II 2) Bedeutung gewinnen.

2. a) Die angefochtene Entscheidung hat einen adäquaten Kausalzusammenhang zwischen der festgestellten Pflichtverletzung und dem geltend gemachten Schaden mit der Begründung bejaht, daß durch die rechtzeitige schriftliche Benachrichtigung der Schadenseintritt mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit vermieden worden wäre; die Klägerin hätte ihrem Ehemann die schriftliche Nachricht am 12. Juli 1980 überbringen können, zweifellos hätte ein Termin für die Aushändigung vereinbart und die Urkunde am 14. oder 15. Juli 1980 von ihrem Ehemann, der dazu unstreitig noch in der Lage gewesen sei, entgegengenommen werden können.

Dies hält den Rügen der Revision nicht stand.

b) Ursächlich für die als Schaden geltend gemachten Nachteile ist eine festgestellte Pflichtverletzung nur dann, wenn diese Nachteile bei pflichtgemäßer Handhabung nicht entstanden wären, wenn also die Vermögens-

lage des Geschädigten bei pflichtgemäßem Verhalten des Beamten günstiger wäre, als sie es tatsächlich ist (BGH LM § 839 BGB [D] Nr. 2 und Nr. 5).

Besteht die Amtspflichtverletzung in einem Unterlassen - wie hier in der unterbliebenen frühzeitigeren telefonischen oder schriftlichen Benachrichtigung -, kann der Kausalzusammenhang nur angenommen werden, wenn das gebotene pflichtgerechte Handeln nicht nur möglicherweise, sondern mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit den Eintritt des Schadens verhindert hätte (BGH NJW 1974, 453, 455; Kreft aaO § 839 Rdn. 555 m.w.Nachw.). Ob das der Fall gewesen wäre, ist vom Tatrichter nach Maßgabe des § 287 ZPO zu beurteilen (BGH LM § 839 BGB [Fd] Nr. 19; BGH NJW 1978, 1522, 1523; Kreft aaO § 839 Rdn. 302 m.w.Nachw.).

Das Berufungsgericht war daher gehalten, nach Maßgabe des § 287 ZPO zu beurteilen, welchen Verlauf das Übergabeverfahren ohne die festgestellte Amtspflichtverletzung voraussichtlich genommen hätte. Für seine Überzeugungsbildung waren gewisse gesicherte Grundlagen notwendig (BGH NJW 1976, 1145, 1146; LM § 839 BGB [Fd] Nr. 19, jew. m.w.Nachw.). Die revisionsrechtliche Nachprüfung der im Bereich des § 287 ZPO liegenden tatrichterlichen Würdigung hat sich darauf zu beschränken, ob die Bewertung auf grundsätzlich falschen und offenbar unsachlichen Erwägungen beruht und ob wesentliche die Entscheidung bedingende Tatsachen außer acht gelassen worden sind (BGHZ 39, 198, 219; BGH NJW 1976, 1145, 1146; LM § 839 BGB [Fd] Nr. 19).

c) Dieser revisionsrechtlichen Nachprüfung hält die angefochtene Entscheidung nicht stand.

aa) Sie geht von unzutreffenden rechtlichen Voraussetzungen aus.

Das Berufungsgericht hat allein darauf abgestellt, daß bei rechtzeitiger Benachrichtigung die Ernennungs-urkunde noch hätte ausgehändigt werden können. Dem Umstand, daß der zu ernennende Beamte seinerzeit schwer krank war, hat es in diesem Zusammenhang keine Bedeutung beigemessen. Dazu hat es lediglich an anderer Stelle ausgeführt, auf die Frage, ob das Übernahmeverfahren wegen des gesundheitlichen Zustandes des Ehemannes der Klägerin habe angehalten werden dürfen, komme es nicht an, weil das beklagte Land die Urkunde nicht habe zurückhalten wollen.

Diese Ausführungen sind nicht frei von Rechtsirrtum.

Hängt ein Schadensersatzanspruch davon ab, wie eine behördliche Entscheidung ausgefallen wäre, so ist, sofern es sich nicht um eine Ermessensentscheidung handelt, nicht darauf abzustellen, wie die Behörde tatsächlich entschieden hätte, sondern wie sie nach Auffassung des über den Ersatzanspruch urteilenden Gerichtes richtigerweise hätte entscheiden müssen (Senatsurteile vom 6. November 1961 - III ZR 143/60 = BGHZ 36, 144, 154 und vom 27. November 1980 - III ZR 95/79 = VersR 1981, 256, 257; Kreft aaO § 839 Rdn. 306). Das Berufungsgericht hätte daher bei seiner Prognose des Kausalverlaufs darauf abstellen müssen, ob unter Zugrundelegung seiner Rechtsansicht der Rektor der Fachhochschule bei pflichtgemäßer Amtsausübung die Urkunde an den Ehemann der Klägerin überhaupt noch hätte aushändigen dürfen.

Dabei ist in rechtlicher Hinsicht folgendes zu beachten:

Die Ernennung ist erst mit Aushändigung der Urkunde vollzogen. Bis zu diesem Zeitpunkt ist die getroffene Entscheidung vom Dienstherrn abänderbar, unabhängig davon, ob die Ernennungsurkunde bereits ausgefertigt ist oder nicht. Die noch nicht an den Adressaten gelangte Ernennungsurkunde stellt ein bloßes Internum der Behörde ohne Außenwirkung dar (so auch OVG Lüneburg DVBl. 1967, 665, 666). Sie ist nicht einmal als verbindliche Zusicherung einer Ernennung zu qualifizieren, weil es ihr eben an der dafür nötigen Außenwirkung - Zugang an den Adressaten - mangelt (OVG Lüneburg aaO; Fürst GKÖD K § 5 Rdn. 19).

Selbst eine verbindliche Zusicherung aber, die dem Empfänger eine in gewissem Umfange gefestigte Rechtsposition verleiht, steht unter dem Vorbehalt des Nichteintritts wesentlicher Änderungen; treten beachtliche Änderungen in der Sach- oder Rechtslage ein, bleibt die Behörde an eine gegebene Zusicherung nicht mehr gebunden (§ 38 Abs. 3 VwVfG).

Kann sich die Behörde unter bestimmten Voraussetzungen sogar von einer nach außen gelangten Willensäußerung lossagen, dann darf ihr das erst recht nicht verwehrt sein, wenn nachträglich hervortretende Umstände die Richtigkeit einer intern getroffenen, aber noch nicht bekanntgemachten Entscheidung in Frage stellen.

Zu solchen tatsächlich bedeutsamen Umständen gehört im Rahmen eines Ernennungsverfahrens die gesundheitliche Eignung eines Bewerbers; ihr Fehlen steht

einer Ernennung entgegen (§ 8 Abs. 1 Satz 2 BBG; § 8 Abs. 4 in Verb. mit § 7 Abs. 1 LBG). Die Beförderung eines Beamten, der den Anforderungen des neuen Amtes in gesundheitlicher Hinsicht nicht entspricht, verstößt gegen beamtenrechtliche Grundsätze (OVG Münster NDBZ 1958, 134). In bezug auf die Beurteilung der Eignung steht dem Dienstherrn ein gerichtlich nur beschränkt nachprüfbarer Beurteilungsspielraum zu (Fürst aaO K § 8 Rdn. 31; Ambrosius/Schütz/Ulland, Beamtengesetz für das Land Nordrhein-Westfalen, 4. Aufl., § 7 Rdn. 4). Treten Zweifel an der gesundheitlichen Eignung eines Beamten hervor, kann es geboten sein, eine ärztliche Untersuchung zu veranlassen (Fürst aaO K § 8 Rdn. 15).

Werden dem mit der Aushändigung der ausgefertigten Urkunde betrauten Beamten vor Übergabe der Urkunde Umstände bekannt, von denen er annehmen muß, daß die Ernennungsbehörde sie bei Ausfertigung der Urkunde nicht kannte, und die von solcher Tragweite sind, daß ein pflichtgetreuer Beamte es für notwendig erachten muß, die Entscheidung des Dienstherrn darüber herbeizuführen, ob er in Kenntnis dieser Umstände an der getroffenen, aber noch nicht vollzogenen Ernennungsentcheidung festhalten wolle, dann hat er die Urkunde bis zum Eintreffen weiterer Weisungen des Dienstherrn zurückzuhalten (in diesem Sinne auch Fürst aaO K § 10 Rdn. 12).

Dementsprechend wird das Berufungsgericht Feststellungen zur Schwere und zum Verlauf der Erkrankung des Ehemannes der Klägerin zu treffen und auf dieser Grundlage zu beurteilen haben, ob der Rektor, wenn er sich pflichtgemäß darüber informiert hätte, dessen un-

geachtet die Urkunde hätte weitergeben dürfen. Erforderlichenfalls wird das Berufungsgericht darüber hinaus prüfen müssen, ob die Ernennungsbehörde, wäre sie durch den Rektor über den Gesundheitszustand des Herrn G. zutreffend unterrichtet worden, pflichtgemäß handelnd an der einmal getroffenen Übernahmeentscheidung festgehalten hätte, ohne eine ärztliche Begutachtung anzuordnen oder etwa das Ergebnis der vorgesehenen Herz-Katheter-Untersuchung abzuwarten.

bb) Das angefochtene Urteil mußte auch deshalb aufgehoben werden, weil es an der Darlegung der notwendigen gesicherten Grundlage fehlt, auf die sich die Überzeugungsbildung des Tatrichters stützen ließe.

Die einzigen gesicherten Grundlagen, die das Berufungsgericht seiner Überzeugungsbildung hinsichtlich der Kausalität des Verhaltens der Bediensteten des beklagten Landes zugrunde gelegt hat, sind die unstreitigen Tatsachen, daß die Klägerin eine am 12. Juli 1980 in der Ehewohnung eingegangene Briefsendung ihrem Ehemann hätte überbringen können und daß dieser am 14. oder 15. Juli 1980 noch in der Lage gewesen wäre, die Ernennungsurkunde entgegenzunehmen. Im übrigen beschränkt sich die angefochtene Entscheidung auf Überlegungen, daß ein Übergabetermin hätte vereinbart und die Aushändigung hätte vollzogen werden können.

Die bloße Möglichkeit, daß bei pflichtgemäßem Handeln der Schaden nicht eingetreten wäre, reicht - wie dargelegt - für die Annahme der Ursächlichkeit pflichtwidrigen Unterlassens nicht aus. Feststellungen, die die Überzeugung zu tragen geeignet wären, daß der Ehemann der Klägerin bei rechtzeitiger Benachrichtigung noch vor seinem Tode ernannt worden wäre, hat das Berufungsgericht nicht getroffen.

3. Inwieweit es für die Entscheidung auf den vom beklagten Land erhobenen Mitschuldeinwand ankommt, wird das Berufungsgericht auf der Grundlage der von ihm ergänzend zu treffenden Feststellungen zu prüfen haben.

Da nicht auszuschließen ist, daß das Berufungsgericht bei erneuter tatrichterlicher Würdigung unter den aufgezeigten rechtlichen Gesichtspunkten zu einem anderen Ergebnis gelangt, ist die angefochtene Entscheidung aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zurückzuverweisen.

Krohn

Richter Dr. Tidow
hat Urlaub und
kann daher nicht
unterschreiben.

Kröner

Krohn

Engelhardt

Werp