

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

ZPO § 116; BGB § 839 Fi; GG Art. 34

Die Partei, der nach Bewilligung des Armenrechts zur Wahrnehmung ihrer Rechte ein Referendar beigeordnet wird, kann Schadensersatz wegen eines Fehlers des Referendars nur aufgrund eines mit diesem geschlossenen Vertrages beanspruchen; die Tätigkeit des Referendars bei Betreuung der armen Partei ist nicht Ausübung öffentlicher Gewalt, so daß der Staat dafür nicht nach Amtshaftungsrecht einzustehen hat.

BGH, Urt. v. 1. März 1973 - III ZR 188/71 - OLG Braunschweig
LG Braunschweig

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

III ZR 188/71

URTEIL

Verkündet am
1. März 1973
Schorm,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Frau Martha G [REDACTED], De [REDACTED], Gl [REDACTED] Straße [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte [REDACTED] und [REDACTED] -

gegen

den Rechtsanwalt Horst T [REDACTED], Br [REDACTED],
D [REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED] und
Dr. [REDACTED] -

21

- 2 -

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 1. März 1973 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Hubert Meyer sowie der Richter Dr. Arndt, Dr. Beyer, Gähtgens und Keßler

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Braunschweig vom 22. Juli 1971 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin verlangt Schadensersatz von dem Beklagten, weil er während seiner Ausbildungszeit als Gerichtsreferendar als ihr beigeordneter Armenvertreter ohne ihre Zustimmung einen Vergleich abgeschlossen hat, der für sie ungünstig gewesen sei.



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



Die Klägerin, die seit 1947 wegen überwiegenden Verschuldens ihres Ehemannes geschieden war, erbat im Jahre 1948 vor dem Amtsgericht Bad H[REDACTED] das Armenrecht für eine Unterhaltsklage gegen ihren Ehemann in Höhe von monatlich 75 DM. Die Klägerin, die in De[REDACTED] wohnte, bat gleichzeitig um die Beordnung eines Vertreters, dem sie sogleich Prozeßvollmacht erteilte. Ihr Mann war vertriebener Justizbeamter und damals als Arbeiter beschäftigt, weil er noch nicht wieder in den Justizdienst übernommen war. Das Amtsgericht Bad H[REDACTED] bewilligte am 9. August 1948 das Armenrecht und ordnete der Klägerin den Beklagten als Vertreter bei (§ 116 Abs. 2 ZPO), der damals als Gerichtsreferendar beim Amtsgericht tätig war.

Im Termin am 17. August 1948 schlossen der jetzige Beklagte und der Ehemann der Klägerin - ohne Vorbehalt des Widerrufs - einen Vergleich, worin sich der Ehemann der Klägerin u.a. verpflichtete, nach seiner Wiedereinstellung in den Justizdienst als Unterhalt 1/3 des 215 DM übersteigenden monatlichen Nettogehalts zu zahlen, mindestens 50 DM und höchstens 75 DM. Die Klägerin erreichte zwar später durch Abänderungsklagen wiederholt eine Erhöhung des Unterhalts, doch begrenzte das Landgericht Ha[REDACTED] als Berufungsgericht diese Möglichkeiten, indem es in einem Urteil vom 25. Juli 1967 folgendes ausführte: Der Vergleich lasse durch die Einsetzung des Höchstbetrages von 75 DM erkennen,

daß die Klägerin immer nur einen bescheidenen Unterhaltsbeitrag habe erhalten sollen, der etwa dem Betrag von 14 % der Nettobezüge eines Justizoberinspektors entspreche; nur im Rahmen dieser unabänderlichen Begrenzung könne der Höchstbetrag von 75 DM den veränderten Verhältnissen angepaßt werden. Die Klägerin erhielt aufgrund dieses Urteils von ihrem Ehemann, der vorübergehend 288,10 DM monatlich geleistet hatte, ab 1. August 1967 nur noch 158 DM monatlich Unterhalt.

Die Klägerin verlangt zunächst monatlich 130,10 DM von dem Beklagten als Schadensersatz, weil er im Jahre 1948 ohne ihre Zustimmung einen zu ungünstigen Vergleich unwiderruflich geschlossen habe. Der Beklagte habe sich mit ihr vorher nicht in Verbindung gesetzt und hätte den Vergleich nicht ohne Widerrufsvorbehalt vereinbaren dürfen. Der Vergleich sei viel zu ungünstig, da sie jetzt nur 14 % des Nettogehaltes bekomme, während sie nach der üblichen Gerichtspraxis 33 % erhalten würde.

Die Klägerin hat beantragt, den Beklagten zur Zahlung von 1.301 DM für die Zeit bis 30. Juni 1968 und für die Zeit nach dem 1. Juli 1968 zu einer monatlichen Leistung von 130,10 DM zu verurteilen sowie festzustellen, daß er auch zur Erstattung allen weiteren aus der Begrenzung des Vergleichs entstandenen Schadens verpflichtet sei.

Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen, und insbesondere ausgeführt: Er sei zur Ersatzleistung schon deshalb nicht verpflichtet, weil der im Armenrechtsverfahren beigeordnete Referendar im Rahmen seiner Amtspflichten bei staatlicher Fürsorge handle, so daß nur das Land hafte. Ein Verschulden liege nicht vor, weil der Vergleich unter den damaligen Verhältnissen für die Klägerin günstig gewesen sei, der Beklagte erst kurze Zeit praktisch tätig gewesen sei und weder erkannt habe noch vom Richter darüber belehrt worden sei, daß es geboten sei, den Vergleich zur Anhörung der Klägerin unter Widerrufsvorbehalt zu schließen. Die Ansprüche seien auch verwirkt.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen und als Begründung insbesondere ausgeführt: Der Klägerin ständen wegen etwaiger Versehen des Beklagten nur Ansprüche gegen den Staat aus Amtspflichtverletzung und nicht gegen den Beklagten selbst zu. Denn die Armenrechtsbewilligung und die Beiordnung eines Justizbeamten nach § 116 Abs. 2 ZPO seien öffentlich-rechtliche Akte der Armenfürsorge. Hier liege es anders als bei der Beiordnung eines Rechtsanwaltes, der allerdings einen privaten Geschäftsbesorgungsvertrag schließen müsse, wenn er auch vorher vom Augenblick der Beiordnung an gewisse Fürsorge-, Belehrungs- und Betreuungspflichten habe. Die Beiordnung eines Referendars

geschehe im Interesse seiner Ausbildung und zur Kostenersparnis durch den Staat. Der Referendar sei dienstlich verpflichtet, den Auftrag zu erfüllen, und erhalte keine Entschädigung. Die Partei müsse zwar dem Vertreter einen Auftrag und eine Vollmacht erteilen, doch beseitige das nicht die hoheitliche Natur des Geschäfts. Selbst wenn man - ähnlich wie bei einer Einweisung eines mittellosen Kranken in eine Krankenanstalt - die nach der Beiordnung ausgeübte Tätigkeit als privatrechtliche Beziehung werten wolle, müsse der Staat für ein Versehen des Beiordneten die Verantwortung übernehmen und selbst haften.

Gegen dieses Urteil richtet sich die vom Oberlandesgericht zugelassene Revision, mit der die Klägerin ihre Ansprüche weiter verfolgt. Der Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Der Revision ist der Erfolg nicht zu versagen, weil die Bestimmungen über die Staatshaftung bei Amtspflichtverletzungen als Klaggrundlage nicht in Betracht kommen.

Nach § 839 BGB und Art. 131 der damals noch geltenden Weimarer Verfassung (jetzt Art. 34 GG)

haftet der Staat für Amtspflichtverletzungen nur dann, wenn ein Amtsträger in Ausübung eines anvertrauten öffentlichen Amtes die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht schuldhaft verletzt. Ausübung eines öffentlichen Amtes in diesem Sinne, also Ausübung öffentlicher Gewalt liegt allerdings nicht nur bei Vornahme obrigkeitlichen Zwanges vor, sondern umfaßt auch die Betätigung öffentlichen Schutzes und öffentlicher Fürsorge. Jedoch muß es sich immer um die dienstliche Betätigung eines Beamten handeln, die sich nicht als Wahrnehmung fiskalischer oder privater Belange darstellt. Hier ist die Rechtslage folgende:

Im Zivilprozeßverfahren kann einer Partei unter gewissen Voraussetzungen das Armenrecht bewilligt werden (§ 114 ZPO). Durch die Bewilligung erlangt die Partei nach § 115 ZPO das Recht, daß ihr, soweit eine Vertretung durch Anwälte geboten ist, zur vorläufig unentgeltlichen Wahrnehmung dieser Rechte ein Rechtsanwalt beigeordnet wird. Soweit eine Vertretung durch Anwälte weder geboten ist noch sonst erforderlich erscheint, hat das Prozeßgericht der Partei nach § 116 Abs. 2 ZPO auf Antrag zur unentgeltlichen Wahrnehmung ihrer Rechte einen Referendar oder einen anderen Justizbeamten beizuordnen. Dieser hat - anders als Rechtsanwälte - keinen Anspruch auf Gebühren; seine baren Auslagen werden ihm von der Staatskasse ersetzt, die sie als Gerichtskosten in Ansatz bringt.

Richtig ist, daß es sich bei dieser Maßnahme um einen Akt öffentlich-rechtlicher Fürsorge handelt. Die Entscheidung über die Armenrechtsbewilligung und über die Beiordnung eines Justizbeamten, insbesondere eines Referendars ist Ausübung öffentlicher Gewalt im Sinne der Amtshaftungsbestimmungen. Der Referendar ist Landesjustizbeamter im Vorbereitungsdienst und aufgrund dieses Beamtenverhältnisses zur Befolgung des Beiordnungsbeschlusses verpflichtet. Allerdings sehen die Beamtengesetze die Pflicht eines Beamten zur Übernahme einer Nebentätigkeit grundsätzlich nur vor, soweit es sich um die Übertragung eines Nebenamtes oder einer Nebenbeschäftigung im öffentlichen Dienst handelt. Das folgt in Niedersachsen jetzt aus § 70 des Niedersächsischen Beamtengesetzes vom 20. Oktober 1970 (GVBl 393). Dasselbe bestimmte § 10 des Deutschen Beamtengesetzes vom 26. Januar 1937 (RGBl I 39), das zur Zeit der hier maßgebenden Vorgänge im Jahre 1948 in Niedersachsen noch (als Landesrecht) galt. Die Pflicht zur Befolgung der Beiordnung ergab sich aber aus den Verfahrens- und Ausbildungsbestimmungen. § 116 ZPO und ebenso § 142 StPO sehen ausdrücklich die Beiordnung eines Referendars vor; die Justizausbildungsordnungen beziehen sich darauf (z.B. § 37 Abs. 2 der damals für Braunschweig geltenden Justizausbildungsordnung von 1946). Für den Referendar ist das ein Teil seiner Ausbildung. Das Zusammenwirken und der Sinn dieser Bestimmungen ergeben die Pflicht eines Referendars, einer solchen Beiordnung Folge zu leisten.

Die Frage, in welchem Verhältnis der beigeordnete Referendar zu der armen Partei steht, ist im Gesetz nicht näher geregelt. Da es sich um die Beiordnung eines Prozeßvertreters für eine bedürftige Partei handelt, liegt es nahe, die Grundsätze zur Verwertung heranzuziehen, wenn nicht gar rechtsähnlich anzuwenden, die die Rechtsprechung für den Armenanwalt entwickelt hat. Es ist heute anerkannt, daß der als Armenanwalt beigeordnete Rechtsanwalt kraft seiner Berufsordnung verpflichtet ist, sich entsprechend der Beiordnung der Partei zur Verfügung zu stellen. Er darf diesen Auftrag nicht ablehnen oder niederlegen, sondern kann höchstens um Aufhebung des Beiordnungsbeschlusses bitten. Die Beiordnung selbst begründet allerdings noch nicht einen Vertrag oder ein Rechtsverhältnis zwischen dem Rechtsanwalt und der Partei, die vielmehr nach der Beiordnung selbst entscheiden darf und zu entscheiden hat, ob sie den beigeordneten Rechtsanwalt als Vertreter erhalten und behalten will. Es darf einer armen Partei kein Anwalt aufgezwungen werden, zu dem ein Vertrauensverhältnis nicht entstehen kann oder gegen den sonst sachliche Bedenken bestehen. Die Partei muß also den beigeordneten Anwalt mit ihrer Vertretung noch beauftragen und ihm für sein Auftreten eine Vollmacht erteilen. Erst dann entsteht ein Vertragsverhältnis zwischen Partei und Rechtsanwalt. Allerdings hat der beigeordnete Rechtsanwalt schon vor Erteilung dieses privatrechtlichen Auftrages gewisse Fürsorge-, Beleh-

rungs- und Betreuungspflichten, die jedoch nicht auf Vertrag beruhen (RGZ 115, 60; BGHZ 2, 227; 27, 163; 30, 226).

Nach Auffassung des Senats gilt dasselbe für den nach § 116 Abs. 2 ZPO beigeordneten Gerichtsreferendar. Die Beiordnung zwingt der Partei noch nicht abschließend den Referendar auf. Der Beiordnungsbeschluß stellt der Partei nur einen zur Übernahme der Vertretung verpflichteten und bereiten Rechtskundigen zur Verfügung. Der Referendar muß sich für den Abschluß eines Vertrages mit der armen Partei bereithalten (vgl. RGSt 39, 119). Er tritt der Partei in diesem Augenblick oder später nicht kraft eines Amtes gegenüber und leistet ihr gegenüber keine hoheitliche Fürsorgetätigkeit, sondern wird nach der Beiordnung mit Einwilligung der Partei, auf deren Wunsch und nach ihren Weisungen gemäß den Regeln eines Auftrags tätig. Mit der "Beiordnung", also der Benennung eines zur Übernahme verpflichteten Beamten ist die Fürsorgetätigkeit des Landes beendet. Der Dienstvorgesetzte des Referendars kann auch diesem nach der Beiordnung für die Art der Ausführung des Auftrags keine Weisungen erteilen; er darf ihm also nicht vorschreiben, welche Prozeßhandlungen er vornehmen oder unterlassen soll. Das ist Sache der Partei. Daraus hat beispielsweise das Reichsarbeitsgericht gefolgert, daß das Rechtsverhältnis zwischen Referendar und Partei nicht endet, wenn das Beschäftigungs-

verhältnis des Referendars bei dem bestellenden Gericht beendet oder der Referendar an der Ausübung seiner Dienstgeschäfte sonst verhindert ist oder sogar aus dem Beamtenverhältnis ausscheidet (RAG 11, 114). Aus der Pflicht des Referendars, dem Beiordnungsbeschluß Folge zu leisten, ergibt sich weiter, daß er auch später nicht die Betreuung der armen Partei einfach niederlegen, sondern höchstens die Aufhebung des Beiordnungsbeschlusses beantragen und nach dessen Aufhebung den Vertrag mit der Partei kündigen kann. Selbst wenn damit noch nach der Beiordnung gewisse Amtspflichten des Referendars gegenüber seinem Dienstherrn bestehen, begründet das keine Haftung des Dienstherrn für Fehler des Referendars bei der Vertragserfüllung, weil der Referendar jedenfalls der Partei gegenüber keine öffentliche Gewalt im Sinne der Amtshaftungsbestimmungen ausübt.

Gewiß erhält der Referendar von der Partei keine Vergütung, aber das entspricht der gesetzlichen Regelung des Auftrags (§ 662 BGB); für ihn ist diese Tätigkeit ein Teil seiner Ausbildung.

Aus den Bestimmungen des Strafgesetzbuchs kann nichts zugunsten einer Staatshaftung hergeleitet werden. Richtig ist, daß der Referendar wegen Parteiverrats nach § 356 StGB bestraft werden kann, wenn er pflichtwidrig beiden Parteien dient. Diese Strafvorschrift steht auch in dem

Abschnitt des Strafgesetzbuches, der die Überschrift trägt "Verbrechen und Vergehen im Amt". Dieser Abschnitt behandelt aber nicht nur Straftaten von Beamten, sondern auch solche Delikte, die im Zusammenhang mit einer Amtsführung stehen, z.B. die aktive Bestechung (§§ 333, 334 Abs. 2 StGB), Pflichtverletzungen eines Schiedsrichters (§ 335 StGB), Verletzung von amtlichen Geheimhaltungsvorschriften (§ 353 c StGB). § 356 StGB spricht zwar von Anwälten oder anderen Rechtsbeiständen, denen vermöge ihrer "amtlichen Eigenschaft" Angelegenheiten anvertraut sind; das ist aber ein Sprachgebrauch, der noch aus der Zeit der Vorarbeiten für das Strafgesetzbuch stammt, nämlich aus der Mitte des 19. Jahrhunderts, und damit aus einer Zeit, als in einigen Teilen Deutschlands Anwälte noch staatliche Beamte waren (vgl. Schönke/Schröder StGB 16. Aufl. § 356 Anm. 3). Rechtsanwälte und Rechtsbeistände sind schon seit Jahrzehnten nicht mehr Beamte; sie haben zwar Berufspflichten, aber keine Amtspflichten.

Der Hinweis des Berufungsgerichts auf die Rechtsstellung der Gerichtsvollzieher liegt neben der Sache, weil der Gerichtsvollzieher eindeutig öffentliche Gewalt bei der Vollstreckung anwendet. Fehl geht auch der Vergleich mit dem Kranken, der aufgrund öffentlich-rechtlichen Verhältnisses in ein Krankenhaus eingewiesen wird und Ansprüche wegen Fehler des Arztes gegen das Krankenhaus als dessen Dienstherrn hat; denn

diese Ansprüche beruhen auf einem Vertrag, der mit dem Träger des Krankenhauses geschlossen ist (vgl. BGHZ 4, 138); im vorliegenden Fall ist der Vertrag gerade mit dem Beigeordneten, nicht mit seinem Dienstherrn geschlossen.

Diese hier entwickelte Auffassung, daß zwischen dem nach § 116 ZPO beigeordneten Referendar und seinem Auftraggeber nur ein privatrechtliches Auftragsverhältnis besteht, hat auch das Reichsarbeitsgericht gebilligt. Daraus folgt, daß der Referendar persönlich für einen durch schlechte Erfüllung des Auftrags entstandenen Schaden haftet. Dieser Standpunkt wird auch durchweg im Schrifttum vertreten (Rosenberg, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, 10. Aufl. § 90 III; Soergel, BGB, 10. Aufl. § 839 RdNr. 119; Stein/Jonas/Pohle, ZPO, 19. Aufl. § 116 IV 5; Thomas/Putzo, ZPO, 6. Aufl. § 116; Wedewer, Der Deutsche Rechtspfleger 1934, 259; 1951, 233; JVB1 1961, 69; Wieczorek, ZPO, § 116 A II a; Zöllner, ZPO, 10. Aufl. § 116 2). Die entgegenstehende Auffassung ist vereinzelt geblieben (OLG Koblenz NJW 1951, 409; auch Hiendl, NJW 1960, 1749; Weimar, JVB1 1960, 49).

Zuzustimmen ist allerdings der Meinung des Oberlandesgerichts, daß grundsätzlich der Dienstherr des Referendars diesen von der Haftung befreien muß. Die Grundsätze, die im Arbeitsrecht und im Dienstvertragsrecht für die Befreiung des

Arbeitnehmers von der Haftung für Schäden aus gefahrgeneigter Arbeit entwickelt sind, werden hier rechtsähnlich verwertet werden können (vgl. BGHZ 16, 111; 22, 109, 122; 41, 203; näher bei Palandt, BGB, 32. Aufl. § 611, 14 b). Das Beamtenrecht kennt ähnliche Bestimmungen, deren ausdehnende Anwendung auf diesen Fall noch näher liegt: Ein Beamter, der aus einer auf Verlangen seines Dienstherrn übernommenen Tätigkeit in einem Organ einer privaten Gesellschaft haftbar gemacht wird, hat gegen den Dienstherrn Anspruch auf Ersatz des ihm daraus entstehenden Schadens (§ 12 des damals geltenden deutschen Beamtengesetzes vom 26. Januar 1937 - RGBl I 39; jetzt § 76 des niedersächsischen Beamtengesetzes vom 20. Oktober 1970 - GBl 393). Das bedarf hier nicht der näheren Ausführung, da es sich im jetzigen Verfahrensabschnitt nur um das Verhältnis des Beklagten zu seinem Auftraggeber handelt; die Haftung des Beklagten nach außen bleibt auch bei Anwendung dieser Befreiungsvorschriften unberührt (vgl. BGHZ 41, 203).

Auf die Revision muß daher das Urteil aufgehoben werden, damit das Berufungsgericht prüft, ob eine schuldhafte Pflichtverletzung des Beklagten vorliegt und der Klägerin dadurch ein Schaden entstanden ist, für den der Beklagte noch einzustehen hat.

Meyer

Dr. Arndt

Dr. Beyer ist beurlaubt
und ortsabwesend; er kann
deshalb nicht unterschreiben

Gähtgens

Keßler

Meyer