

# BUNDESGERICHTSHOF

III ZR 13/88

## BESCHLUSS

in dem Rechtsstreit

des Oberarztes Anwar Al S. [REDACTED],  
I [REDACTED] 11 a, B [REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

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

g e g e n

1. den Kreis W [REDACTED],  
vertreten durch den Oberkreisdirektor,  
W [REDACTED] Straße 2, W [REDACTED]

2. den Kreisdirektor Dr. Friedrich T [REDACTED],  
V [REDACTED]-K [REDACTED]-Straße 71, W [REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat  
durch den Vorsitzenden Richter Dr. Krohn und die Richter  
Kröner, Dr. Engelhardt, Dr. Rinne und Dr. Wurm  
am 21. September 1989  
gemäß § 554 b Abs. 1 ZPO in der Auslegung durch das  
Bundesverfassungsgericht (Beschuß vom 11. Juni 1980  
- 1 PBvU 1/79 - NJW 1981, 39)

beschlossen:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil  
des 11. Zivilsenats des Oberlandesgerichts  
Hamm vom 23. Oktober 1987 - 11 U 92/87 -  
wird nicht angenommen.

Der Kläger trägt die Kosten des Revisions-  
verfahrens (§ 97 Abs. 1 ZPO).

### G r ü n d e :

Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung (§ 554 b ZPO). Die Revision hat im Ergebnis auch keine Aussicht auf Erfolg (BVerfGE 54, 277).

1. Die Vorinstanzen haben den Amtshaftungsanspruch gegen den erstbeklagten Kreis (§ 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG) unter Bezugnahme auf § 7 PrStHG abgewiesen. Dies steht im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Senats. Danach haben die vorkonstitutionellen - reichs- und landesrechtlichen - Rechtsvorschriften, die die unmittelbare Staatshaftung gegenüber Ausländern einschränken, auch nach Inkrafttreten des Art. 34 GG ihre Geltung behalten (Senatsurteile BGHZ 76, 375, 376; 99, 62, 64 f.; Senatsurteil vom 5. Juli 1984 - III ZR 94/83 = NJW 1985, 1257; BVerfG NJW 1983, 1259 [L]). Die Aufhebung des § 7 PrStHG im Land Nordrhein-Westfalen durch Landesgesetz vom 10. März 1987 (GV. NW 136) hat keine Rückwirkung auf den hier in Rede stehenden Haftungszeitraum; für den Streitfall gilt die Beschränkung daher fort. Nach § 7 PrStHG tritt die unmittelbare Haftung des Staates oder sonstiger öffentlich-rechtlicher Körperschaften gegenüber Ausländern nur ein, wenn durch die Gesetzgebung des ausländischen Staates oder durch Staatsvertrag die Gegenseitigkeit verbürgt ist und die Verbürgung amtlich bekanntgemacht worden ist. Im Verhältnis zum Irak besteht diese Verbürgung nicht; daher ist die Amtshaftung ausgeschlossen.

2. Dementsprechend verbleibt als Anspruchsgrundlage gegen den Beklagten zu 1 allein § 39 OBG NW. Insoweit besteht eine



Haftungsbeschränkung gegenüber Ausländern nicht. Der in § 39 OBG normierte Ersatzanspruch ist eine spezialgesetzliche Konkretisierung der allgemeinen Grundsätze über den enteignungsgleichen Eingriff (vgl. Senatsurteil BGHZ 72, 273, 276). Für diesen Entschädigungsanspruch gilt der Rechtsgedanke, der den Einschränkungen der unmittelbaren Staatshaftung gegenüber Ausländern zugrundeliegt, auch nicht sinngemäß (vgl. Senatsurteil BGHZ 76, 375, 387).

3. Als rechtswidrige Maßnahmen i.S. des § 39 Abs. 2 Buchst. b OBG, die den Beklagten zu 1 zur Entschädigung verpflichten könnten, hat das Berufungsgericht in Erwägung gezogen: (a) das Unterlassen eines Hinweises darauf, daß durch die Erlangung einer besonderen Arbeitserlaubnis nach § 3 der Verordnung über die Arbeitserlaubnis für nicht deutsche Arbeitnehmer i.d.F. der Bekanntmachung vom 12. Oktober 1980 (BGBl. I S. 1754 - AEVO) ein Anspruch des Klägers auf unbefristete Arbeitserlaubnis begründet worden wäre; (b) die vom Kläger behauptete Mitteilung des Beklagten zu 1 an die Bezirksregierung Braunschweig, daß die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nicht in Betracht komme; (c) die Ablehnung des Antrags auf Aufenthaltserlaubnis durch die Ordnungsverfügung vom 23. Mai 1983. - Es hat eine Haftung des Beklagten zu 1 unter allen drei Gesichtspunkten zu Recht verneint.

a) Zutreffend hat das Berufungsgericht angenommen, daß das Unterlassen eines Hinweises auf die besondere Arbeitserlaubnis keine "Maßnahme" i.S. des § 39 OBG darstellte. Zwar ist der Begriff der "Maßnahme" vom Gesetz bewußt weit gefaßt worden (vgl. die Beispielsfälle im Senatsurteil BGHZ 99, 249, 291 f.; s. auch Senatsbeschluß vom

29. Juni 1989 - III ZR 274/88, für BGHR vorgesehen). Er setzt jedoch voraus, daß durch eine Handlung der Behörde unmittelbar in schutzwürdige Positionen des Bürgers eingegriffen wird. Dies braucht nicht durch einen förmlichen Verwaltungsakt zu geschehen; vielmehr kann beispielsweise auch die Erteilung einer unrichtigen Auskunft eine Maßnahme sein, wenn und solange der auskunftsuchende Bürger auf ihre Richtigkeit vertrauen darf (Senatsurteil vom 28. Februar 1978 - III ZR 97/76 = NJW 1978, 1522, 1523). In dem bloßen Unterlassen eines Hinweises darauf, wie der Bürger seine Rechtsverfolgung zweckmäßigerweise zu gestalten habe, kann ein solcher Eingriff nicht gesehen werden (vgl. dazu Senatsurteil BGHZ 56, 40, 42). Ein reines Unterlassen erfüllt grundsätzlich nicht die Merkmale eines Eingriffs, selbst wenn dem betroffenen Bürger ein Anspruch auf behördliches Handeln zusteht. Beim "schlichten" Unterlassen wird dem Bürger nichts genommen, nur etwas vorenthalten (Nüßgens/Boujong, Eigentum, Sozialbindung, Enteignung, 1987, Rn. 420). Nur ausnahmsweise kann ein Unterlassen als ein in den Rechtskreis des Betroffenen eingreifendes Handeln zu qualifizieren sein (Senatsurteil BGHZ 56, 40, 42; Nüßgens/Boujong aaO Rn. 421-423). Ein solches "qualifiziertes" Unterlassen setzt jedoch voraus, daß unmittelbar auf eine geschützte Rechtsposition eingewirkt wird, wie es etwa bei einer förmlichen, dem geltenden Recht widersprechenden Ablehnung einer Bauerlaubnis der Fall sein kann (Nüßgens/Boujong aaO Rn. 421). Damit ist der unterlassene Hinweis auf eine zweckmäßige Antragstellung nicht zu vergleichen; ihm fehlen die Tatbestandsmerkmale des "Eingriffs" und auch der "Unmittelbarkeit" im vorbezeichneten Sinn. Vielmehr wirkt sich dieses Unterlassen allenfalls

mittelbar auf die Versagung der Aufenthaltserlaubnis aus, ohne einen selbständigen Haftungstatbestand zu bilden.

b) Ob die vom Kläger behauptete Mitteilung des Beklagten zu 1 vom Dezember 1981 an die Bezirksregierung Braunschweig, eine Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis komme nicht in Betracht, eine rechtswidrige "Maßnahme" i.S. des § 39 OBG gewesen sein kann, kann dahinstehen: Ein Entschädigungsanspruch des Klägers scheitert jedenfalls daran, daß es an einem adäquaten Ursachenzusammenhang zwischen dieser Mitteilung und dem geltend gemachten Schaden fehlt.

aa) Für den Antritt der ihm angebotenen Oberarztstelle im Stadtkrankenhaus W [REDACTED] bedurfte der Kläger, solange er nicht im Besitz der Approbation war, einer Erlaubnis zur vorübergehenden Ausübung des ärztlichen Berufes nach § 10 BÄO in der hier maßgeblichen Fassung der Bekanntmachung vom 14. Oktober 1977 (BGBl. I S. 1885). Das Berufungsgericht hat zu Recht darauf hingewiesen, daß im Rahmen der Prüfung, wie die Dinge bei verfahrensmäßig pflichtgemäßem Verhalten verlaufen wären (hier: wenn der Beklagte zu 1 den - unterstellt - pflichtwidrigen Hinweis unterlassen hätte), nicht darauf abzustellen ist, ob der Kläger die Erlaubnis tatsächlich erhalten hätte, sondern darauf, ob er die Erlaubnis richtigerweise hätte erhalten müssen (vgl. Senatsurteil BGHZ 36, 144, 154). Diese Frage ist - in Übereinstimmung mit der Berufungsgericht - zu verneinen.

bb) Von den verschiedenen in § 10 BÄO a.F. aufgeführten Erlaubnistatbeständen kam hier - wie unter den Parteien außer Streit steht - nur Absatz 3, 1. Alternative, in Be-

tracht. Danach durfte die Erlaubnis ausnahmsweise erteilt werden, wenn das im Interesse der ärztlichen Versorgung der Bevölkerung lag. Die den Gesundheitsbehörden durch diese Vorschrift eingeräumte Ermessensentscheidung ist nur dann eröffnet, wenn im konkreten Einzelfall der unbestimmte Gesetzesbegriff des "Interesses der ärztlichen Versorgung der Bevölkerung" erfüllt ist. Ist dies nicht der Fall, so kann eine Ausnahmeerlaubnis von Rechts wegen nicht ergehen (BVerwG DVBl. 1982, 642). Die persönlichen Verhältnisse des Klägers, zu denen auch das Bestehen einer Aufenthaltserlaubnis zählte, konnten erst im Rahmen der Ermessensentscheidung berücksichtigt werden, also erst dann, wenn zuvor die logisch vorrangige Prüfung ergeben hatte, daß ein Interesse der ärztlichen Versorgung der Bevölkerung bestand.

cc) Die Erteilung der Ausnahmeerlaubnis nach § 10 Abs. 3 BÄO a.F. liegt im Interesse der ärztlichen Versorgung der Bevölkerung, wenn sie erforderlich ist, um eine ärztliche Unterversorgung der Bevölkerung zu vermeiden (BVerwG aaO). Das Berufungsgericht ist hierzu - unter Beachtung der vom Bundesverwaltungsgericht (aaO) aufgestellten Prüfungsmaßstäbe - in rechtsfehlerfreier tatrichterlicher Würdigung zu dem Ergebnis gelangt, daß eine ärztliche Unterversorgung nicht festgestellt werden konnte. Dabei ist es unerheblich, daß der Kläger vorgetragen hatte, die Bezirksregierung B [REDACTED] habe dem Chefarzt des Stadtkrankenhauses W [REDACTED] zugesagt, ihm, dem Kläger, die Erlaubnis zu erteilen, falls er über die Aufenthaltserlaubnis des Beklagten zu 1 verfüge. Wie dargelegt (aa), kommt es nicht darauf an, ob die Erlaubnis tatsächlich erteilt worden wäre, sondern darauf, ob sie rechtmäßigerweise hätte erteilt werden dürfen.

Der bloße Hinweis auf Erklärungen der Bezirksregierung gegenüber Dritten enthob den Kläger daher umso weniger eines konkreten Tatsachenvortrages über eine ärztliche Unterversorgung im Einzugsbereich der von ihm angestrebten Oberarztstelle, als die Bezirksregierung nachträglich, mit Schreiben vom 6. Januar 1982, gegenüber der Stadt Wolfsburg das Bestehen eines Engpasses auf dem Gebiet der inneren Medizin in Abrede gestellt und angeboten hatte, bei der anderweiten Besetzung der Stelle behilflich zu sein.

dd) Erst recht liegen keinerlei Anhaltspunkte dafür vor, daß - wie die Revision geltend macht - dem Kläger bereits damals (um die Jahreswende 1981/82) die Approbation nach § 3 Abs. 3 BÄO a.F. hätte erteilt werden müssen. Das Bundesverwaltungsgericht hat entschieden (BVerwGE 58, 290), daß beispielsweise ein Studium in der Bundesrepublik, eine hier abgelegte Universitätsabschlußprüfung, anschließende praktische Betätigung und Promotion sowie mehrjährige Arbeit an deutschen Krankenhäusern, Erlangung der Facharzteigenschaft, unbefristete Aufenthaltserlaubnis, selbst Einbürgerungszusicherung noch nicht genügen, um einen "besonderen Einzelfall" i.S. des § 3 Abs. 3 BÄO a.F. anzunehmen. Das Bundesverwaltungsgericht geht davon aus, daß zumindest eine dreijährige Tätigkeit als Facharzt an deutschen Krankenhäusern gefordert werden müsse; diese Voraussetzung war zum maßgeblichen Zeitraum beim Kläger noch nicht erfüllt.

c) Auch die Versagung der Aufenthaltserlaubnis durch die Ordnungsverfügung des Beklagten zu 1 vom 25. Mai 1983 vermag Entschädigungsansprüche des Klägers nicht zu begründen. Es läßt sich nicht feststellen, daß jene Verfügung

rechtswidrig gewesen ist. Der Beklagte zu 1 hat sich bei der Ausübung des ihm für die Entscheidung über die Aufenthaltserlaubnis eingeräumten Ermessens (§ 7 AuslG) an die vom Bundesminister des Inneren erlassene allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Ausführung des Ausländergesetzes vom 7. Juli 1967 (GMBI. S. 231; zuletzt geändert am 7. Juli 1978 GMBI. 368, in Kraft seit dem 1. Januar 1978 - AuslVwV) i.V.m. mit der Ausführungsanweisung des nordrhein-westfälischen Innenministers in der damals gültigen Fassung vom 27. Juli 1977 (SMBI. NW Nr. 26 - AuslVwV/AA NW -) gehalten.

aa) Die Voraussetzungen für die Erteilung einer unbefristeten Aufenthaltserlaubnis nach Nr. 4 (1) AuslVwV zu § 7 AuslG waren in der Person des Klägers erfüllt.

bb) Diese bundesrechtlichen Regelungen sind jedoch durch die AuslVwV/AA NW dahin modifiziert worden, daß in der Bundesrepublik ausgebildeten ausländischen Ärzten, soweit sie die erforderliche besondere Berufsausübungserlaubnis (hier: nach § 10 BÄO, s.o. 3. b) nicht besitzen, die unbefristete Aufenthaltserlaubnis nur dann zu erteilen ist, wenn sie nach Beendigung der ärztlichen und gegebenenfalls fachärztlichen Ausbildung bereits fünf Jahre als Arbeitnehmer tätig waren. Dies war beim Kläger nicht der Fall. Denn die Fünfjahresfrist begann mit dem Ende der fachärztlichen, nicht bereits mit dem der einfachen ärztlichen Ausbildung. Anderenfalls wäre nämlich die Bezugnahme auf eine etwaige fachärztliche Ausbildung im Text der Vorschrift gegenstandslos. Das Berufungsgericht hat ferner zu Recht darauf hingewiesen, daß kein sachgerechter Grund dafür besteht, einem

Ausländer, der sich in der Bundesrepublik zum Facharzt ausbilden läßt, allein aufgrund der Länge seiner Ausbildungszeit einen besseren Aufenthaltsstatus zuzuerkennen, als einem Ausländer, der sich mit der Ausbildung zum "praktischen Arzt" begnügt.

cc) Die landesrechtliche Ausführungsanweisung steht auch nicht im Widerspruch zu den bundesrechtlichen Verwaltungsvorschriften. Die Länder führen das Ausländergesetz als eigene Angelegenheit aus (Art. 83 GG). Für das Verhältnis zwischen den von der Bundesregierung erlassenen allgemeinen Verwaltungsvorschriften (Art. 84 Abs. 2 GG, § 51 AuslG) und den landesrechtlichen Ausführungsanweisungen gilt Art. 31 GG entsprechend (Lerche in Maunz/Dürig, GG Loseblattausgabe, Stand 1989, Art. 84 Rn. 86). Nach Art. 31 GG geht Bundesrecht dem Landesrecht nur insoweit vor, als beide den gleichen Gegenstand behandeln. Das muß bei speziellem Landesrecht im Verhältnis zu generellem Bundesrecht nicht notwendig der Fall sein (Maunz in Maunz/Dürig aaO Art. 31 Rn. 13). Die AuslVwV/AA NW behandelt hier den Sonderfall, daß der Ausländer zur Ausübung seines Berufs neben der Arbeitserlaubnis noch einer besonderen Berufsausübungserlaubnis bedarf. Für diese Personen enthalten die allgemeinen Verwaltungsvorschriften des Bundes keine Regelung. Andererseits ist es sachgerecht, bei diesen Personen nicht allein auf die besondere Arbeitserlaubnis abzustellen. Denn diese hat, wie das Berufungsgericht zutreffend hervorhebt, für denjenigen Ausländer, der einer Berufsausübungserlaubnis bedarf, diese aber nicht erhält, praktisch keinen Wert. Deshalb ist das Vorliegen der Berufsausübungserlaubnis auch für die

Ermessensausübung der Ausländerbehörde von wesentlicher Bedeutung. Daher ist davon auszugehen, daß die AuslVwV in diesem Bereich einen Spielraum für ergänzende Regelungen des Landes läßt. Dadurch werden die betroffenen ausländischen Ärzte auch nicht in willkürlicher Weise gegenüber anderen ausländischen Arbeitnehmern benachteiligt. Denn es besteht - zumindest - ein entwicklungshilfepolitisches Interesse daran, daß Ärzte alsbald nach dem Abschluß ihrer Ausbildung in ihr Heimatland zurückkehren, um die erworbenen Kenntnisse in den Dienst der dortigen Bevölkerung zu stellen.

4. Der Anspruch gegen den Beklagten zu 2 ist ebenfalls nicht begründet. Zwar kommt hier grundsätzlich eine persönliche Haftung des zuständigen Beamten nach § 839 BGB in Betracht, da die übergeleitete Amtshaftung des Beklagten zu 1 als der Anstellungskörperschaft nach § 7 PrStHG nicht eintritt (s.o. 1.).

a) Soweit es um den unterlassenen Hinweis auf die besondere Arbeitserlaubnis nach der AEVO geht, ist ein Verhalten des Beklagten zu 2 für den Schaden nicht ursächlich geworden, da dem Kläger die Aufenthaltserlaubnis auch dann nicht zu erteilen gewesen wäre, wenn er diese Arbeitserlaubnis besessen hätte (s.o. 3. c).

b) Entsprechendes gilt für die Mitteilung an die Bezirksregierung Braunschweig. Es läßt sich nicht feststellen, daß die Berufsausübungserlaubnis dem Kläger rechtmäßigerweise zu erteilen gewesen wäre, wenn diese Mitteilung unterblieben wäre (s.o. 3. b).

c) Die Versagung der Aufenthaltserlaubnis war nicht rechtswidrig und stellte deshalb schon den Tatbestand einer Amtspflichtverletzung nicht dar (s.o. 3. c).

Krohn

Kröner

Engelhardt

Rinne

Wurm