

Grund und Grenzen der Haftung wegen Bescheidverletzung

Alexander Wilfinger

Der Beitrag untersucht, unter welchen Voraussetzungen die Verletzung von per Bescheid angeordneten Pflichten haftbar macht, und geht dazu der Frage nach, ob sich eine verwaltungsrechtliche Fehlerhaftigkeit des Bescheids schadensersatzrechtlich auswirkt.¹⁾

Stichwörter: Bescheid, Verwaltungsakt, Schutzgesetz, Sorgfaltspflichten, Rechtswidrigkeit, Schutzzweck, Konkretisierungsthese, Rechtskraft, Tatbestandswirkung.

JEL-Classification: K 10, K 13, K 23.

<https://doi.org/10.47782/oeba202011080001>

This paper examines whether the violation of individual administrative acts can give rise to liability and particularly analyses the effects of administrative errors on liability for damages.

1. Einleitung

1.1. Sorgfaltspflichten und Schutzgesetzverletzung

Wer rechtswidrig und schuldhaft einen Schaden verursacht, wird bekanntlich nach § 1295 Abs 1 ABGB ersatzpflichtig. Da das Gesetz dabei offen lässt, woraus sich die Rechtswidrigkeit ergibt, ist „durch Rekurs auf die Wertungen der gesamten übrigen Rechtsordnung“ zu bestimmen, zu welchem Verhalten der Schädiger im jeweiligen Fall verpflichtet ist.²⁾ Im Grundsatz fällt das mitunter leicht, jeder muss etwa auf die körperliche Unversehrtheit, das Eigentum und sonstige absolut geschützte Rechtsgüter anderer Rücksicht nehmen. Wie viel Sorgfalt im Einzelnen geschuldet ist oder ob etwa auch Schutzpflichten zugunsten des bloßen Vermögens bestehen, lässt sich demgegenüber oft schwerer beantworten.

Besonders hilfreich ist es daher, wenn „eine ausdrückliche Verhaltensnorm vorhanden ist, die eine Gefährdung von Rechten oder Interessen durch ein genau umschriebenes Verhalten verbietet“³⁾ weil die Pflichtenlage des Schädigers dann feststeht. Entsprechend unkompliziert begründet die Verletzung einer solchen Pflicht die Rechtswidrigkeit der schädi-

genden Handlung, was § 823 Abs 2 BGB für die deutsche Rechtslage ausdrücklich normiert. Danach haftet nämlich, wer „gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt“.

Auch das ABGB bezieht sich auf solche Schutzgesetze, wenn es in § 1311 Satz 2 Fall 2 die Haftung desjenigen anordnet, der „ein Gesetz, das den zufälligen Schädigungen vorzubeugen sucht, übertreten“ hat. Die Bestimmung unterscheidet sich damit zwar von ihrem deutschen Pendant, weil sie eine *Casus-mixtus*-Haftung bei Übertretung sogenannter abstrakter Gefährdungsverbote vorsieht. Das Verschulden muss sich in derartigen Fällen nur auf den Verbotsverstoß (etwa die Überschreitung einer Geschwindigkeitsbegrenzung), nicht auf den konkreten Schadenseintritt (Unfall) beziehen.⁴⁾ Darüber hinaus – und im Ergebnis unschädlich⁵⁾ – dient § 1311 ABGB aber vielfach als allgemeine Grundlage für die Ableitung von Sorgfaltspflichten aus speziellen Ge- und Verboten. Ein Verstoß gegen die StVO kann vor diesem Hintergrund etwa genauso zur Haftung wegen Schutzgesetzverletzung gegenüber dem Unfallgegner führen,⁶⁾ wie die Erfüllung eines StGB-Kridadelikts⁷⁾ gegenüber den benachteiligten Gläubigern oder das Unterlassen einer börsenrechtlich gebotenen *Ad-hoc*-Mitteilung gegenüber dem Anlegerpublikum haftbar macht.⁸⁾ In allen Fällen ergibt sich die Rechtswidrigkeit nämlich aus der ausdrücklichen dritt-schützenden Verhaltensnorm.

1.2. Gesetzesbegriff und Bescheid

Die Form der Verhaltensnorm ist dabei irrelevant, weil es für den Adressaten



Photo: Daniela Gruber

Univ.-Ass. Dr. Alexander Wilfinger,
Institut für Zivil- und Zivilverfahrensrecht, WU Wien; e-mail:
alexander.wilfinger@wu.ac.at

keine Rolle spielt, ob ein Gesetz im formellen Sinn, eine verwaltungsbehördliche Verordnung oder EU-Recht die jeweilige Pflicht anordnet.⁹⁾ Dementsprechend betonte der OGH bereits im Jahr 1905, dass „unter dem Ausdruck ‚Gesetz‘ im § 1311 jede zu Recht bestehende obrigkeitliche Vorschrift verstanden werden“ müsse.¹⁰⁾ Die anhaltende Aktualität dieses Diktums belegt der Rechtssatz, wonach „nicht nur ein Gesetz im formellen Sinn, sondern jede Rechtsvorschrift, die inhaltlich einen Schutzzweck verfolgt“, ein Schutzgesetz im Sinne des § 1311 ABGB ist.¹¹⁾

Von diesem weiten Verständnis sind zwanglos auch Bescheide – bzw die nunmehr im Rechtsmittelweg an deren Stelle tretenden Erkenntnisse des Verwal-

1) Der Beitrag entstand im Rahmen des von der B&C Privatstiftung geförderten Forschungsprojekts „Wirtschaftslenkung durch Aufsichtsbehörden“.
2) *Karollus*, Schutzgesetzverletzung 36.
3) *Koziol*, Grundfragen Rn 6/16; vgl auch *dens*, Haftpflichtrecht I⁴ Rn C/1/25.
4) *Welser*, ZVR 1976, 1 (2 ff); *Karollus*, Schutzgesetzverletzung 84 ff, 263 ff; *Reischauer* in Rummel, ABGB³ § 1311 Rn 4a; *Koziol*, Haftpflichtrecht II³ Rn A/3/1.
5) Die Maßgeblichkeit spezieller Anordnungen ergibt sich nämlich bereits aus der Generalklausel des § 1295 Abs 1 ABGB;

vgl *Koziol*, Haftpflichtrecht II³ Rn A/3/1. Vgl den umfassenden Überblick bei *Koziol*, Haftpflichtrecht II³ Rn A/3/56.
7) OGH 26.2.2003, 3 Ob 278/02g ÖBA 2004/1212 (*Karollus*); 21.4.2015, 3 Ob 29/15h.
8) RIS-Justiz RS0127724; *Rüffler*, GES 2010, 113; *Schopper*, ÖBA 2014, 495.
9) Vgl *Lukas* in van Boom/Lukas/Kissling, Tort and Regulatory Law 33 (36 f).
10) OGH GIUNF 3037; vgl auch OGH GIUNF 3517.
11) RIS-Justiz RS0027415 im Anschluss an *Wolff* in Klang² VI 82.

tungsgerichts¹²⁾ – umfasst,¹³⁾ weshalb die Rechtsprechung regelmäßig an Bescheide anknüpft:¹⁴⁾ Die im Rahmen einer Baubewilligung erteilte Auflage, zwischen den Mauern benachbarter Gebäude eine schalldämmende Fuge vorzusehen,¹⁵⁾ wurde etwa genauso als „Schutzgesetz“ qualifiziert wie ein Bescheid über die eingeschränkte Zulassung eines Autokranwagens¹⁶⁾ oder die Auflage, Baustellen durch Sicherheitsvorkehrungen gegenüber dem Straßenverkehr abzusichern.¹⁷⁾ Ob gesetzliche Vorgaben durch behördliche Verordnung oder durch Bescheid ausgefüllt werden, ist haftungsrechtlich daher belanglos, weil dem Adressaten in beiden Fällen konkrete drittschützende Pflichten auferlegt werden.

1.3. Einschränkung auf fehlerfreie Bescheide durch die Lehre

So sehr dieser pragmatische Zugang der Rechtsprechung zunächst einleuchtet, so skeptisch zeigt sich traditionell die Lehre. Zwar sei die Anknüpfung an konkrete, von einer sachkundigen Behörde aufgestellte Pflichten grundsätzlich der Alternative „freier richterlicher Eigenwertung“¹⁸⁾ vorzuziehen und kämen Bescheide daher durchaus als „Schutzgesetze“ in Betracht. Nicht gerechtfertigt wäre es aber, wenn auch von der Ermächtigungsgrundlage abweichende, also verwaltungsrechtlich fehlerhafte Bescheide haftungsbegründend wirkten, weil sich daraus eine unerfreuliche Bindung des Zivilrichters an unrechtmäßige Verwaltungsakte ergäbe.¹⁹⁾ Der Geschädigte käme dann in einen Genuss, den ihm die Rechtsordnung gar nicht zubillige.²⁰⁾ Gerichte hätten Bescheide im Haftungsprozess deshalb nachzuprüfen; nur fehlerfreie Bescheide seien schadenersatzrechtlich beachtlich.²¹⁾

Parallel zur Rechtsprechung – und von dieser soweit ersichtlich völlig unbeach-

tet – hat sich im Schrifttum damit eine Ansicht etabliert, die unwillkürlich an die Grundsatzdiskussion um die Bindung von Zivilgerichten an Bescheide erinnert. Spätestens seit den prominenten Dispensen von Ebehindernissen, die der Landeshauptmann Sever rechtswidrig zum Zweck der Ermöglichung neuer Ehen erteilt hatte, war diese Bindung bekanntlich ganz allgemein umstritten. Gerichte sollten sogar über bereits behördlich geklärte verwaltungsrechtliche Vorfragen selbst entscheiden, um Fehler der Verwaltung nicht hinnehmen zu müssen.²²⁾ Der Streit ist mittlerweile freilich beigelegt, die Bindung des Zivilgerichts an rechtskräftige Bescheide über verwaltungsrechtliche Vorfragen ist grundsätzlich anerkannt.²³⁾ Insofern wirkt die zu § 1311 ABGB befürwortete Nachprüfungsmöglichkeit wie das versprengte Relikt aus einer schon geschlagenen Schlacht. Im Schadenersatzrecht macht es den Eindruck, als würde das anderswo längst aufgegebene Supremat des Privatrechts nach wie vor hochgehalten. Die Einschränkung der haftungsrechtlichen Anknüpfung auf fehlerfreie Bescheide entpuppt sich mithin als ein Strukturproblem an der Schnittstelle von Verwaltungs- und Zivilrecht.

2. Einfluss der Konkretisierungsthese

2.1. Österreichischer Status quo

Damit gewinnt die dogmatische Grundlage dieser Einschränkung an Bedeutung, der sich in Österreich vor allem Karollus gewidmet hat. Um einerseits nicht auf in Bescheiden angeordnete Schutzpflichten verzichten zu müssen, andererseits aber auch der Problematik des fehlerhaften Bescheids Herr zu werden, sei die auf *K. Schmidt* zurückgehende „Konkretisierungsthese“ heranzuziehen:

Das eigentliche Schutzgesetz sei danach die Norm, auf der der Bescheid beruht. Diese Norm werde durch den Bescheid konkretisiert. Bewege sich der Bescheid außerhalb des der Verwaltungsbehörde vom Gesetz eingeräumten Spielraums, liege keine Konkretisierung mehr vor, weshalb der Bescheid dann haftungsrechtlich unbeachtlich sei. Folglich setze die schadenersatzrechtliche Berücksichtigung von Bescheiden deren Nachprüfung durch das Zivilgericht voraus.²⁴⁾

2.2. Deutsche Entwicklung

2.2.1. Gesetz, Rechtsnorm, Verwaltungsakt

Dieses Ergebnis baut maßgebend auf der deutschen Lehre auf, die indes mit einer unterschiedlichen Ausgangslage konfrontiert ist: Nach § 823 Abs 2 BGB macht der Verstoß gegen ein drittschützendes Gesetz haftbar, wobei unter „Gesetz“ nach Art 2 EGBGB „jede Rechtsnorm“ zu verstehen ist. Dieser explizit großzügige Gesetzesbegriff deckt sich allerdings nur auf den ersten Blick mit dem österreichischen,²⁵⁾ weil nach deutschem Verständnis nur generell-abstrakte Regelungen Rechtsnormen sind.²⁶⁾ Der Verwaltungsakt (§ 35 VwVfG) als das deutsche Pendant zum österreichischen Bescheid ist demnach nicht erfasst, weil er bloß darauf gerichtet ist, „eine verbindliche Rechtsfolge für den bzw. im Einzelfall zu setzen. Er grenzt sich anhand des Merkmals Einzelfall von Rechtsnormen ab, die durch die Verwaltung erlassen werden können“.²⁷⁾ Die Hürde für eine Anknüpfung an Verwaltungsakte ist im Rahmen von § 823 Abs 2 BGB daher höher als in Österreich,²⁸⁾ wo „jede Rechtsvorschrift, die inhaltlich einen Schutzzweck verfolgt“²⁹⁾ und damit auch der Be-

12) Vgl *Trenker*, JBl 2016, 488 (492) mwN. In der Folge werden Erkenntnisse nicht eigens erwähnt, weil sich die Ausführungen zu Bescheiden übertragen lassen.

13) Vgl *Öhlinger*, VVDStRL 50, 278 (282 f); *B. Raschauer*, Verwaltungsrecht⁵ Rn 860.

14) Nachweise bei *Reischauer* in Rummel, ABGB³ § 1311 Rn 4.

15) OGH 26.11.2003, 3 Ob 70/03w.

16) OGH 27.9.1978, 8 Ob 133/78 ZVR 1979/283.

17) OGH 18.5.2004, 10 Ob 237/02d; 29.10.2009, 2 Ob 157/09s.

18) *Karollus*, Schutzgesetzverletzung 108.

19) *Karollus*, Schutzgesetzverletzung 109. Im Unterschied zu Verordnungen und Gesetzen (Art 89, 139 Abs 1 Z 1, 140 Abs 1 Z 1 lit a B-VG) kann das Zivilgericht den Bescheid nämlich nicht überprüfen lassen.

20) *Reischauer* in Rummel, ABGB³ § 1311 Rn 4; *Lukas* in van Boom/Lukas/Kissling, Tort and Regulatory Law 33 (37).

21) *Karollus*, Schutzgesetzverletzung 111 ff; *Reischauer* in Rummel, ABGB³ § 1311 Rn 4; *Kerschner*, JBl 1999, 689 (697); *E. Wagner* in Schwimann/Kodek, ABGB⁴ § 1311 Rn 9; *Lukas* in van Boom/Lukas/Kissling, Tort and Regulatory Law 33 (37); *Karner* in KBB⁶ § 1311 Rn 4; *Koziol*, Haftpflichtrecht II³ Rn A/3/3; gegen jede Bindung, aber für eine „Berücksichtigung“ des Bescheids aufgrund der Sachkunde und Erfahrung der Behörde *E. Wagner*, Unterlassungsansprüche 343 f.

22) Vgl den historischen Überblick bei *Kunesch*, JBl 2017, 560 (561 f) mwN.

23) Näher unten, 3.1.

24) *Karollus*, Schutzgesetzverletzung 111 ff; siehe auch *Reischauer* in Rummel, ABGB³ § 1311 Rn 4; im Anschluss daran *Kerschner*, JBl 1999, 689 (697); *E. Wagner* in Schwimann/Kodek, ABGB⁴ § 1311 Rn 9; *Lukas* in van Boom/Lukas/Kissling, Tort and Regulatory Law 33

(37); *Karner* in KBB⁶ § 1311 Rn 4; *Koziol*, Haftpflichtrecht II³ Rn A/3/3. Vgl bereits die Ansätze bei *Pichler*, ZVR 1969, 59 (65 f) und *Wesler* in Sprung/König, Schi Recht 385 (423). Anders *E. Wagner*, Unterlassungsansprüche 340 ff, 343 f, die das rechtliche Gehör als Voraussetzung jeder Bindung betont.

25) Näher *Wilfinger*, AcP 220.

26) *Hartmann* in Soergel, BGB¹² Art 2 EGBGB Rn 2; *Merten* in Staudinger, BGB (2018) Art 2 EGBGB Rn 5 ff; *Bork*, Allgemeiner Teil⁴ Rn 10; *Maurer/Waldhoff*, Verwaltungsrecht¹⁹ § 4 Rn 4.

27) *Erbguth/Guckelberger*, Verwaltungsrecht¹⁰ § 12 Rn 18; vgl auch *Stelkens* in Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG⁹ § 35 Rn 208.

28) Symptomatisch *Schmiedel*, Deliktsoptionen I 47 ff.

29) RIS-Justiz RS0027415.

scheid zur Haftung nach § 1311 ABGB führen soll.³⁰⁾

Dementsprechend war die deutsche Auseinandersetzung mit „Schutzverwaltungsakten“ zunächst vom Versuch der Überwindung dieser Hürde gekennzeichnet. In einigen frühen Entscheidungen geschah dies entweder ohne Begründung oder mit fragwürdigen Argumenten: So bejahte das Reichsgericht im Jahr 1909 die Haftung einer Ammoniakfabrikbetreiberin, weil diese „wesentliche Bedingungen, unter welchen die Genehmigung zu ihrer Fabrikanlage erteilt war, nicht innehielt“.³¹⁾ Während hier also noch kein Problembewusstsein bemerkbar ist, bediente sich das Gericht nur kurze Zeit später eines Kunstgriffs. Dämpfe eines Hüttenwerks hatten Bienenvölker des Klägers beschädigt, wobei die Haftung wegen der Verletzung einer Auflage auch auf § 823 Abs 2 BGB gestützt wurde: „Wenn § 823 Abs. 2 BGB von Gesetzen spricht, so sind darunter jegliche Rechtsnormen zu verstehen (EGBGB Art. 2). Eine von der zuständigen Verwaltungsbehörde innerhalb der Grenzen ihrer Zuständigkeit ordnungsgemäß erteilte Genehmigung zu einem Gewerbebetrieb ist aber eine solche Rechtsverordnung“.³²⁾ Durch diese „auch für das juristische Bewußtsein zur Zeit der Urteilsfindung gänzlich haltlos[e]“³³⁾ Einordnung der Auflage als Rechtsverordnung statt als Verwaltungsakt, die weitgehend der österreichischen Verordnung entspricht und damit auch in Deutschland Normcharakter hat,³⁴⁾ umging das Reichsgericht das Problem.³⁵⁾ Insgesamt zeigt sich, dass die Rechtsprechung dem offensichtlichen Bedürfnis, Verwaltungsakte haftungsrechtlich zu berücksichtigen, notfalls auf Biegen und Brechen nachkam.³⁶⁾ Eine nähere Begründung blieb sie dabei aber schuldig.

Erst *K. Schmidt* bemühte sich aus Anlass einer kartellrechtlichen Bestimmung, die Schadenersatzpflichten bei Verstößen gegen kartellbehördliche Verfügungen anordnete,³⁷⁾ um eine dogmatische Fun-

dierung und entwickelte dabei die Lehre von der „Rechtsfolgenanordnung kraft Verfahrens“.³⁸⁾ Danach verbiete sich die gedankliche Trennung von ermächtigendem Gesetz und konkretisierendem Verwaltungsakt: „Das durch einen Verwaltungsakt ausgesprochene Ge- oder Verbot wird nicht als ausschließlich ‚behördliches‘, die ihm zugrundeliegende Rechtsnorm nicht ausschließlich als Ermächtigung angesehen. Auch Tatbestände der ‚Verbotbarkeit‘ sind gesetzliche Verbote, nur eben ‚kraft Verfahrens‘ geltende Verbote“.³⁹⁾ Die ermächtigende Norm sei daher ein „gesetzlich ‚gestreckter Verbotstatbestand““.⁴⁰⁾

Dieser Grundgedanke setzte sich in der Folge *grosso modo* durch.⁴¹⁾ Heute würde man also nicht die Auflage an das Hüttenwerk, sondern die dadurch konkretisierte Ermächtigungsnorm als Schutzgesetz betrachten. Im Ergebnis führt die Verletzung des Verwaltungsakts dabei aber zur Haftung nach § 823 Abs 2 BGB, womit die „rechtstechnische Hürde“⁴²⁾ des engen Rechtsnormbegriffs überwunden und die pragmatische Anknüpfung an jenen Akt, der die Verhaltenspflicht letztlich aufstellt, ermöglicht ist.

2.2.2. Fehlerhafter Verwaltungsakt

Erst an diesem Punkt kommen die fehlerhaften Verwaltungsakte ins Spiel, zu denen der BGH bereits Stellung nahm:⁴³⁾ Einer Ballettschule waren in der Baugenehmigung Auflagen erteilt worden, wonach die Fenster während der Übungsstunden geschlossen werden mussten und bestimmte Emissionswerte nicht überschritten werden durften. Ein Nachbar klagte auf Einhaltung dieser Auflagen, wobei der BGH in Übereinstimmung mit dem Berufungsgericht zunächst festhielt, dass die durch Verwaltungsakt angeordnete Auflage die ihr zugrundeliegende Ermächtigungsnorm als Schutzgesetz konkretisiere. Das Berufungsgericht hatte die Auflagen allerdings für zu streng gehalten und die Ballettschule daher nur

dazu verurteilt, die Fenster ab 19 Uhr zu schließen, was der BGH korrigierte: „Die Auflagen in den Genehmigungsbescheiden wirken rechtsgestaltend, indem sie durch Konkretisierung entsprechender Normen gegenüber der Bekl. ein Gebot aussprechen. Abgesehen vom Fall der Nichtigkeit eines solchen Verwaltungsakts [...] können Zivilgerichte daher nicht in Frage stellen, daß [...] eine entsprechende Verhaltensanordnung besteht, die die Bekl. auch befolgen muß.“

In der Lehre wurde diese Ansicht im Ergebnis bestätigt. Nach *Spickhoff* liege es nämlich „auf der Hand, dass sich etwa der herannahende Verkehrsteilnehmer auch dann an ein Verkehrszeichen“ – bei dem es sich in Deutschland um einen Verwaltungsakt handelt⁴⁴⁾ – „halten muss, wenn dieses rechtswidrig aufgestellt worden ist“.⁴⁵⁾ Schließlich ordne das Verwaltungsverfahren (§§ 43 ff VwVfG) an, dass auch rechtswidrige Verwaltungsakte wirksam sind. In solchen Fällen konkretisiere der Verwaltungsakt nicht seine Ermächtigungsgrundlage, sondern diese Verfahrensvorschriften, weshalb die Konkretisierungsthese auch bei rechtswidrigen Verwaltungsakten zur Haftung führe. Ähnlich weist *K. Schmidt* darauf hin, dass ein Gesetzgeber, der die Sanktionsfähigkeit eines Verbotstatbestands an den vorherigen Erlass eines Verwaltungsakts knüpft, auch die materielle Prüfung des Verbotstatbestands im Zweifel bei der Behörde monopolisieren wolle, deren Tun oder Unterlassen dem verwaltungsrechtlichen Rechtsschutz unterworfen sei. „Die ‚Bindung‘ des Zivilrichters ist mithin zwar nicht selbst verfahrensrechtlicher Art, ist aber durch Verfahrensrecht legitimiert.“⁴⁶⁾ Schließlich bejaht *G. Wagner* das Bestehen einer Bindung, wenn „die Behörde vage gesetzliche Standards aufgrund einer entsprechenden Ermächtigung konkretisiert. In diesen Fällen wird erst durch den Verwaltungsakt das konkrete Ge- oder Verbot geschaffen, an dessen Verletzung die Haftung aus § 823 Abs. 2 geknüpft ist.“⁴⁷⁾

30) Vgl allerdings *Karollus*, Schutzgesetzverletzung 103, wonach man diesen Unterschied für die konkrete Frage nicht überbewerten solle.

31) RG JW 1909, 493 (494).

32) RG JW 1916, 38 (38).

33) *Schmiedel*, Deliktsobligationen I 49.

34) Vgl *Maurer/Waldhoff*, Verwaltungsrecht¹⁹ § 13 Rn 1.

35) Vgl *Schmiedel*, Deliktsobligationen I 49 f; *K. Schmidt*, Kartellverfahrensrecht 366 f; *Bistrizki*, Voraussetzungen 11 ff.

36) Vgl aber BGH 22.4.1974, III ZR 21/72 NJW 1974, 1240; dazu noch unten, 4.2. Einen umfassenden Überblick über die einschlägige Judikatur bis 1993 bietet *K. Schmidt* in FS Zeuner 259 (261 ff).

37) § 35 GWB idF dBGB I 1974/38.

38) *K. Schmidt*, Kartellverfahrensrecht 145 ff, 365 ff.

39) *K. Schmidt*, Kartellverfahrensrecht 367.

40) *K. Schmidt*, Kartellverfahrensrecht 368, der sich dabei der Formulierung *Hefermehls* in Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht⁸ § 1 GWB Rn 59 bedient; aus öffentlich-rechtlicher Sicht *Manssen*, Privatrechtsgestaltung 278 ff.

41) BGH 26.2.1993, V ZR 74/92 NJW 1993, 1580; *Marburger*, Regeln der Technik 475; *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2¹³ 433; *Zeuner* in Soergel, BGB¹² § 823 Rn 286; *Hager* in Staudinger, BGB (2009) § 823 Rn G 10; *Spickhoff*, Gesetzesverstoß 78 ff; *ders* in Soergel, BGB¹³ § 823 Rn 188 f; *Brüggemeier*, Haftungsrecht 536; *G. Wagner* in MüKoBGB⁸ § 823 Rn 557 ff; *Spindler* in BeckOGK BGB § 823 Rn 261 f.

42) *K. Schmidt* in FS Zeuner 259 (265).

43) BGH 26.2.1993, V ZR 74/92 NJW 1993, 1580.

44) *Hühnermann* in Burmann/Heß/Hühnermann/Jahnke, StVR²⁶ § 39 StVO Rn 24 ff.

45) *Spickhoff* in Soergel, BGB¹³ § 823 Rn 189; vgl auch *dens*, Gesetzesverstoß 84 f.

46) *K. Schmidt* in FS Zeuner 259 (274); vgl auch *dens*, Kartellverfahrensrecht 199 ff.

47) *G. Wagner* in MüKoBGB⁸ § 823 Rn 560. Anders sei die Lage aber bei „*ipso iure* geltenden Verhaltensnormen“, weil dabei eine Konkretisierung durch die Behörde gerade nicht notwendig sei. Da es sich beim im Ballettschul-Fall entscheidenden § 22 Abs 1 BImSchG um eine solche Norm handle, sei die konkrete Entscheidung verfehlt. Siehe auch *Spindler* in BeckOGK BGB § 823 Rn 262.

Rechtsprechung und Lehre gehen in Deutschland damit von einer haftungsbegründenden Wirkung fehlerhafter Verwaltungsakte aus, wenn die gesetzliche Grundlage zu unbestimmt für eine unmittelbare Anwendung ist. Trotz der Hürde des engen Rechtsnormbegriffs spielen Verwaltungsakte damit eine erhebliche Rolle für die Bestimmung der Sorgfaltspflichten.

2.3. Rückbindung an die österreichische Diskussion

Vor diesem Hintergrund erscheint der österreichische *Status quo* in einem anderen Licht. Insbesondere wird deutlich, dass die Konkretisierungsthese eine Nachprüfungsmöglichkeit des Zivilgerichts nicht begründen kann, soll sie in Deutschland doch gerade zum gegenteiligen Ergebnis führen. *Karollus'* grundlegende, die österreichische Lehre in der Folge prägende Arbeit ist der deutschen Diskussion insofern zuvorgekommen, als die Konkretisierungsthese dort nicht mit Blick auf fehlerhafte Verfügungen, sondern unter dem Eindruck des engen Rechtsnormbegriffs entwickelt wurde. Erst später stellte man im Gefolge der Ballettschul-Entscheidung des BGH gleichsam klar, dass daraus keine Nachprüfungsmöglichkeit folgt. Diesen Schritt hat die österreichische Lehre – wohl auch mangels eines entsprechenden Anlassfalls – nie nachgeholt.

Der Konkretisierungsgedanke erweist sich damit als zivilrechtliches Mittel zum Zweck der Überwindung einer ganz speziellen Unwegsamkeit des deutschen Verwaltungsrechts. Im österreichischen Recht gibt es aber keine vergleichbare Hürde, weil Bescheide unkompliziert unter den anerkannt weiten Schutzgesetzbegriff fallen, weshalb nichts übrigbleibt, wofür die Konkretisierungsthese dienen könnte. Über die Schutzgesetzzeigenschaft fehlerhafter Bescheide sagt sie nämlich nichts aus.

3. Einordnung der Sachfrage

3.1. Rechtskraft und Tatbestandswirkung

Diese Erkenntnis ermöglicht einen unverstellten Blick auf die Sachfrage, der zunächst ein Spannungsverhältnis offenlegt. Die Nachprüfung durch Zivilgerichte könnte nämlich mit der materiellen Rechtskraft kollidieren, in die Bescheide unbestritten erwachsen.⁴⁸⁾ Nach *Walter* erzeugen sie damit „*der Partei gegenüber Recht [...] und es wäre ein Eingriff in deren – durch Rechtskraft unabänderliche – Rechtssphäre, wenn sich ein anderes Organ darüber hinwegsetzen könnte*“.⁴⁹⁾ Dementsprechend ist mittlerweile ja auch anerkannt, dass Bescheide im Zivilprozess Bindungswirkung entfalten.⁵⁰⁾ Verwaltungsrechtliche Fragen, über die eine Verwaltungsbehörde rechtskräftig entschieden hat, dürfen vom Gericht nicht selbständig beurteilt werden.

Innerhalb der Grenze der absoluten Nichtigkeit⁵¹⁾ ist es dabei unerheblich, ob der Bescheid verwaltungsrechtlich fehlerfrei zustande gekommen ist.⁵²⁾ Als Ausfluss des Fehlerkalküls heilt die Rechtskraft vielmehr allfällige Mängel. In den Worten *Kraliks* ist die Bindung insofern „*ein Element der Ordnung, nicht des Rechtes*“.⁵³⁾ Übereinstimmend spricht *Stein* von einer „*harte[n] Staatsnotwendigkeit, der auch einmal Opfer gebracht werden müssen, indem auch das falsche Urteil respektiert wird*“.⁵⁴⁾ Wer die Bindung nur hinsichtlich fehlerfreier Akte bejaht, könnte sie schließlich genauso gut insgesamt verneinen, weil bereits Entschiedenenes dann immer erneut angegriffen werden könnte und geklärt werden müsste. Die erwünschte Bestandskraft tritt nur ein, wenn sich die Frage nach Fehlerfreiheit oder Fehlerhaftigkeit gar nicht stellt.

Angesichts dieser Verbindlichkeit⁵⁵⁾ rechtskräftiger Bescheide ist die schadenersatzrechtliche Nachprüfungsmöglichkeit durch das Zivilgericht rechtfertigungsbedürftig, wobei konkret freilich nicht die Bindungswirkung, sondern eine spezifische Tatbestandswirkung von Bescheiden zur Diskussion steht.⁵⁶⁾ Die haftungsrechtliche Maßgeblichkeit ergibt sich nämlich nicht aus dem Bescheid selbst, sondern aus dem materiellen Schadenersatzrecht (§§ 1294 f, 1311 ABGB), wonach Bescheide die Sorgfaltspflichten des Adressaten gestalten können; nicht die verwaltungsrechtliche Pflicht ist umstritten, sondern ihre haftungsrechtliche Folge. Damit ist fraglich, welche Wirkung das Schadenersatzrecht Bescheiden im Einzelnen verleiht und ob es dafür eine Rolle spielt, ob der Bescheid fehlerfrei oder fehlerhaft ist.

denersatzrechtliche Nachprüfungsmöglichkeit durch das Zivilgericht rechtfertigungsbedürftig, wobei konkret freilich nicht die Bindungswirkung, sondern eine spezifische Tatbestandswirkung von Bescheiden zur Diskussion steht.⁵⁶⁾ Die haftungsrechtliche Maßgeblichkeit ergibt sich nämlich nicht aus dem Bescheid selbst, sondern aus dem materiellen Schadenersatzrecht (§§ 1294 f, 1311 ABGB), wonach Bescheide die Sorgfaltspflichten des Adressaten gestalten können; nicht die verwaltungsrechtliche Pflicht ist umstritten, sondern ihre haftungsrechtliche Folge. Damit ist fraglich, welche Wirkung das Schadenersatzrecht Bescheiden im Einzelnen verleiht und ob es dafür eine Rolle spielt, ob der Bescheid fehlerfrei oder fehlerhaft ist.

3.2. Schadenersatzrecht als Maßstab

Mithin wandert der Blick vom Bescheid zum Tatbestand, anhand dessen die Tatbestandswirkung auszumessen ist.⁵⁷⁾ Hier setzt *Karollus* an. Schadenersatzrechtlich bestünden nämlich „*[d]urchgreifende Bedenken gegen die Anknüpfung an ‚fehlerhafte‘, den vom Gesetz eingeräumten Wertungsspielraum überschreitende Bescheide*“.⁵⁸⁾ Betätige sich eine Behörde „*in Überschreitung ihrer Kompetenz als ‚Ersatzgesetzgeber‘*“, wäre es wenig erfreulich, wenn der Zivilrichter das zu akzeptieren hätte.⁵⁹⁾ Auch der Einwand, „*daß es der Bescheidadressat ja in der Hand gehabt hätte, sich im Verwaltungsweg gegen den rechtswidrigen Bescheid zu wehren*“, ändere daran nichts. Schließlich könne „*auch der Geschädigte von einem rechtswidrigen Bescheid nachteilig betroffen sein [...] (wenn zu geringe Pflichten vorgeschrieben wurden und dadurch das für den Geschädigten günstigere Gesetz verdrängt wird)*“.⁶⁰⁾

Karollus geht in seiner richtungsweisenden Arbeit also davon aus, dass

48) *Winkler*, Bescheid 26 ff; *Walter*, ÖJZ 1996, 601 (601 f); *Leeb*, Bescheidwirkungen 9 ff; *Hengstschläger/Leeb*, AVG § 68 Rn 12 ff; *Schulev-Steindl*, Verwaltungsverfahrenrecht⁶ Rn 266.
49) *Walter*, Verfassung und Gerichtsbarkeit 149; siehe auch *Kolonovits/Muzak/Stöger*, Verwaltungsverfahrenrecht¹¹ Rn 465 ff.
50) *Walter*, ÖJZ 1996, 601 (601 ff); *Spitzer*, ÖJZ 2003, 48 (51); *Trenker*, JBl 2016, 488 (489 ff) auch zu verwaltungsgerichtlichen Erkenntnissen; *B. Raschauer*, ZfV 2019, 284 (284 ff); RIS-Justiz RS0036880; RS0036981; RS0036864; zu Unrecht differenzierend *Kunesch*, JBl 2017, 560 (565 ff); anders insbesondere *Fasching*, Lehrbuch² Rn 96. Für Deutschland BGH 26.2.1993, V ZR 74/92 NJW 1993, 1580 mwN; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht¹⁸ § 14 Rn 38.

51) Dazu noch unten, 4.1.
52) Grundlegend *Jellinek*, Staatsakt 44 ff; außerdem *Spitzer*, ÖJZ 2003, 48 (57 f); *B. Raschauer*, ZfV 2019, 284 (288 f); *Hengstschläger/Leeb*, AVG § 68 Rn 14; OGH 29.5.2017, 6 Ob 124/16b.
53) *Kralik*, JBl 1975, 309 (310). Diese Grundsatzentscheidung wird im Anwendungsbereich des Unionsrechts besonders deutlich. Während nationales Recht, das dem Unionsrecht widerspricht, grundsätzlich ohne weiteres verdrängt wird (EuGH 15.7.1964, Rs 6/64, *Costa/ENEL*), bleiben rechtskräftige individuelle Rechtsakte nämlich selbst bei Unionsrechtswidrigkeit aufrecht; vgl EuGH 13.1.2004, Rs C-453/00, *Kühne* Rn 24; dazu etwa *Öhlinger/Potacs*, EU-Recht⁶ 94 f.
54) *Stein*, Justiz und Verwaltung 91.
55) Zum Begriff eingehend *Eberhard/Lach-*

mayer in *Holoubek/Lang*, Rechtskraft 79; vgl auch *Trenker*, JBl 2016, 488 (489 f).
56) Vgl *K. Schmidt* in *FS Zeuner* 259 (270); *Karollus*, Schutzgesetzverletzung 109 Fn 63, der im Ergebnis freilich nicht an den Bescheid selbst anknüpft; im Detail anders *E. Wagner*, Unterlassungsansprüche 341. Allgemein zur Tatbestandswirkung *Stein*, Justiz und Verwaltung 95 ff; *Bötticher* in *FS 100 Jahre DJT I* 511 (521 ff); *Nicklisch*, Bindung 137 ff; *Walter*, ÖJZ 1996, 601 (610); *Spitzer*, ÖJZ 2003, 48 (49); vgl auch RIS-Justiz RS0114910.
57) *Karollus*, Schutzgesetzverletzung 112 Fn 70; *Öhlinger*, VVDStRL 50, 278 (282).
58) *Karollus*, Schutzgesetzverletzung 109.
59) *Karollus*, Schutzgesetzverletzung 109.
60) *Karollus*, Schutzgesetzverletzung 110.

das Schadenersatzrecht (§§ 1294 f, 1311 ABGB) nur dann an Bescheide anknüpfen will, wenn diese inhaltlich fehlerfrei sind. Demnach muss das Zivilgericht Bescheide im Haftungsprozess nachprüfen und folglich etwa beurteilen, ob die Geräuschemissionsauflage an eine Tanzschule vom jeweiligen Tanzschulgesetz⁶¹⁾ oder ob die Vorschreibung einer schalldämmenden Fuge zwischen Grenzmauern von der jeweiligen Bauordnung gedeckt ist,⁶²⁾ ob die behördliche Absicherung einer Baustelle gegenüber dem Straßenverkehr mit der StVO übereinstimmt,⁶³⁾ ob die Jagdbehörde eine Abschusszahl zum Schutz landwirtschaftlicher Kulturen entsprechend dem Jagdgesetz festgelegt hat⁶⁴⁾ oder ob das anlegerschützende Verbot eines Finanzprodukts nach europäischem Finanzmarktrecht zulässig ist.⁶⁵⁾ Ist das der Fall, fällt die haftungsrechtliche Beurteilung leicht: Der Schädiger hat gegen einen an ihn adressierten Bescheid verstoßen und damit rechtswidrig gegenüber dem Geschädigten gehandelt. Der Jäger haftet daher etwa dem vom Wild geschädigten Bauern,⁶⁶⁾ die Bank haftet dem Anleger, dem sie das verbotene Produkt verkauft hat.⁶⁷⁾ Ist der Bescheid fehlerhaft, soll er im Verfahren demgegenüber keine Rolle spielen. Die Rechtswidrigkeit sei dann nach allgemeinen Grundsätzen in „freier richterlicher Eigenwertung“⁶⁸⁾ zu bestimmen.

4. Unproblematische Fälle

4.1. Absolute Nichtigkeit

Bevor dieses Ergebnis hinterfragt wird, können zunächst zwei unproblematische Fälle abgeschichtet werden. Besonders krasse und daher außerhalb des Fehlerkalküls liegende Mängel machen Bescheide nicht nur anfechtbar, sondern führen zur absoluten Nichtigkeit.⁶⁹⁾ Da es sich dann nicht um Rechtsakte handelt,

ist klar, dass Zivilgerichte derartige Fehler berücksichtigen müssen. Der absolut nichtige Bescheid ist nämlich gar kein Bescheid.⁷⁰⁾ In diesem Fall gibt es schlicht keine spezielle Verhaltensanordnung.

Dabei geht es freilich primär um außerordentlich schwere Verfahrensmängel, die kaum je vorliegen. Dass der im Lehrbuchfall vom Ministeriumsportier erlassene Bescheid absolut nichtig und damit gerade kein Bescheid ist,⁷¹⁾ ist schließlich so wenig überraschend wie praxisrelevant. Noch zurückhaltender wird absolute Nichtigkeit wegen materieller Mängel angenommen;⁷²⁾ abgesehen von der finanzamtlich verhängten Todesstrafe als „Schreckgespenst juristischer Fabel“⁷³⁾ finden sich dafür in der verwaltungsrechtlichen Literatur keine Beispiele.⁷⁴⁾

Demgegenüber waren Zivilgerichte bei der Annahme von absoluter Nichtigkeit lange Zeit großzügiger.⁷⁵⁾ So wurde etwa einer Räumungsklage stattgegeben, obwohl die Wohnung dem Beklagten durch eine Verfügung der – dazu konkret nicht berechtigten – Gemeinde zugewiesen worden war. Werde nämlich „ein Verwaltungsakt gesetzt, der offenkundig und zweifellos unzulässig“ ist, seien die Gerichte aufgrund absoluter Nichtigkeit nicht daran gebunden.⁷⁶⁾ Offenbar federte dieses Korrektiv die grundsätzlich angenommene Bindungswirkung ab, wenn sich Gerichte der Fehlerhaftigkeit des Bescheids sicher waren. Mittlerweile dürfte sich die bereits von Fasching geforderte Einschränkung der „vom OGH. als absolut nichtig bezeichneten Fälle“⁷⁷⁾ allerdings vollzogen haben.⁷⁸⁾ Folgt die Bindungswirkung nämlich aus der Rechtskraft, gebietet ihre Einschränkung bei absoluter Nichtigkeit „schon die Logik, sofern sie im Verwaltungsrecht ansetzt, weil der absolut nichtige Verwaltungsakt nur aus dem Verwaltungsrecht begriffen werden kann“.⁷⁹⁾ Ist das Verwaltungsrecht restriktiv, müssen dementsprechend auch

die Zivilgerichte restriktiv sein, weshalb Bescheide nur äußerst selten absolut nichtig sind.

4.2. Unbestimmte Anordnung

Genauso unproblematisch ist die Schadenersatzrechtliche Beurteilung, wenn der Bescheid zu unbestimmt ist. Im vom BGH entschiedenen Wildtauben-Fall hatte der relevante Verwaltungsakt die von einem geschädigten Gemüsebauern geklagten Jäger etwa dazu verpflichtet, „den Wildtaubenbestand so zu reduzieren, daß größere Wildschäden nicht mehr zu erwarten“ sind.⁸⁰⁾ Während Spickhoff von dieser „unklare[n] Verhaltensanweisung“ auf die absolute Nichtigkeit des Akts schließt,⁸¹⁾ ist die Unbestimmtheit für Karollus „der Grund für die Annahme von Verwaltungswidrigkeit der Verfügung, aus der ganz im Sinne der ‚Konkretisierungsthese‘ die Irrelevanz der Verfügung abgeleitet wird“.⁸²⁾

Vor dem Hintergrund des engen österreichischen Verständnisses von absoluter Nichtigkeit ist indes der Lösung des BGH zuzustimmen: Zwar könnten aus dem Verwaltungsakt unmittelbar Schutzpflichten folgen; um den Jägern deren Verletzung auch unmittelbar vorwerfen zu können, hätte die Jagdbehörde allerdings eine „konkrete rechtliche Verpflichtung“ auferlegen und dazu angeben müssen, „was im einzelnen zur Verminderung des Wildtaubenbestandes [...] erforderlich war; sie hätte den Beklagten beispielsweise den Abschuss einer bestimmten Anzahl von Wildtauben oder das Bejagen während bestimmter Zeiträume aufgeben müssen“. Da das nicht erfolgt war, die Beklagten aber tatsächlich Wildtauben gejagt und es immerhin auf die beträchtliche Abschusszahl von 439 Tauben gebracht hatten, konnte man ihnen keinen Vorwurf machen. Sie waren nämlich „rechtlich nicht verpflichtet, die Wildtauben in einem stärkeren Ausmaß zu bejagen, als es [...] tatsächlich geschehen ist“.⁸³⁾

61) BGH 26.2.1993, V ZR 74/92 NJW 1993, 1580 (BImSchG als Grundlage); vgl für Österreich etwa §§ 14, 15 Wiener Tanzschulgesetz 1996.

62) OGH 26.11.2003, 3 Ob 70/03w.

63) OGH 18.5.2004, 10 Ob 237/02d; 29.10.2009, 2 Ob 157/09s.

64) BGH 22.4.1974, III ZR 21/72 NJW 1974, 1240 (BJagdG als Grundlage); vgl für Österreich etwa § 100 NÖ Jagdgesetz 1974.

65) Art 42 MiFIR (VO [EU] Nr. 648/2012); § 90 Abs 3 Z 15 WAG 2018; dazu N. Raschauer, ZFR 2020, 56; Wolfbauer in Brandl/Saria, WAG 2018² § 90 Rn 148 ff.

66) Vgl unten, 4.2.

67) Vgl Wilfinger, Verbraucherschutz 59 ff; ablehnend aber Gerding, BKR 2017, 441 (444 f); Gläßner, Beschränkung 350 f.

68) Karollus, Schutzgesetzverletzung 108.

69) Kolonovits/Muzak/Stöger, Verwaltungsverfahrenrecht¹¹ Rn 436 ff; grundlegend Winkler, Nichtigkeit.

70) Vgl Karollus, Schutzgesetzverletzung 110; B. Raschauer, ZfV 2019, 284 (289).

71) Kolonovits/Muzak/Stöger, Verwaltungsverfahrenrecht¹¹ Rn 441; außerdem etwa VwGH 29.1.1988, 87/17/0245.

72) Winkler, Bescheid 123 weist dabei darauf hin, dass die notwendige Evidenz bei materiellen Mängeln nicht vorliege; siehe außerdem Kolonovits/Muzak/Stöger, Verwaltungsverfahrenrecht¹¹ Rn 439.

73) Winkler, Bescheid 133.

74) Vgl Winkler, Bescheid 133; Funkl/Berchtold-Ostermann in FS Antonioli 189 (194); Funkl in Heyen, Verwaltung 105 (125); außerdem Zierl, ÖVA 1981, 61 (63 ff); Morscher in FS Winkler 645 (667); B. Raschauer, ZfV 2019, 284 (289); Kodek/Mayr, Zivilprozessrecht⁴

Rn 935.

75) Vgl Fasching, JBl 1963, 173 (177); jüngst B. Raschauer, ZfV 2019, 284 (289).

76) OGH 7.12.1946, 1 Ob 322/46 JBl 1947, 111; siehe außerdem etwa OGH 16.2.1972, 1 Ob 320/71 SZ 45/17; Spitzer, ÖJZ 2003, 48 (57); Trenker, JBl 2016, 488 (493); jeweils mwN.

77) Fasching, JBl 1963, 173 (178).

78) Vgl aber OGH 17.3.2009, 10 Ob 15/08s und dazu B. Raschauer, ZfV 2019, 284 (289).

79) Spitzer, ÖJZ 2003, 48 (57); diesem folgend Höllwerth in Fasching/Konecny, ZPG³ § 190 ZPO Rn 39.

80) BGH 22.4.1974, III ZR 21/72 NJW 1974, 1240.

81) Spickhoff, Gesetzesverstoß 84.

82) Karollus, Schutzgesetzverletzung 114.

83) BGH 22.4.1974, III ZR 21/72 NJW 1974, 1240.

Ist die Anordnung zu unbestimmt, ist also gerade keine ausdrückliche Norm vorhanden, aus der sich konkrete Verhaltenspflichten ergeben. Damit ist der Bescheid für die Beurteilung der Pflichtenlage weitgehend nutzlos – was sich auch an der bei Unbestimmtheit fehlenden Vollstreckbarkeit zeigt⁸⁴⁾ –, weshalb die allgemeinen Regeln herangezogen werden müssen. Der Bescheid kann dabei zwar eine Rolle spielen, indem er eine bestimmte Richtung vorgibt. So musste den Jägern etwa klar sein, dass sie grundsätzlich bei Jagung von Wildtauben verpflichtet sind, weshalb die völlige Unterlassung rechtswidrig gewesen wäre. Wie weit diese Pflicht genau reicht, ob sie also bei 100 oder bei 1.000 Tauben endet, ergibt sich aus dem Verwaltungsakt aber nicht.

Auch diese Form der Fehlerhaftigkeit fügt sich damit in die allgemeinen Regeln ein. Lässt sich die Pflichtenlage anhand des zu unbestimmten Bescheids nicht abschließend beurteilen, sind bei der Haftungsbegründung nämlich jedenfalls zusätzliche Gesichtspunkte zu berücksichtigen.

5. Materielle Mängel

Weder absolute Nichtigkeit noch zu unbestimmte Anordnungen bilden freilich den Regelfall fehlerhafter Bescheide. Die Lehre hat vielmehr vor allem (andere) materielle Mängel vor Augen, aufgrund derer dem Schädiger – gemessen an der verwaltungsgesetzlichen Grundlage – entweder zu weitgehende oder zu geringe Schutzpflichten zugunsten des Geschädigten auferlegt wurden.

5.1. Anordnung zu strenger Pflichten

Ordnet der Bescheid zu strenge Pflichten an, ergeben sich daraus nach der Lehre wie gesagt Bedenken gegen eine schadenersatzrechtliche Anknüpfung. Der Zivilrichter solle nicht akzeptieren müssen, wenn sich die Behörde als „Ersatzgesetzgeber“ betätige, weil der Geschädigte sonst in einen Genuss käme, den ihm die Rechtsordnung gar nicht zubillige.⁸⁵⁾ Demnach wäre es etwa

unerwünscht, wenn im Haftungsprozess gegen den Baustellenverantwortlichen an eine zu strenge Auflage zur Absicherung der Baustelle gegenüber dem Straßenverkehr angeknüpft werden müsste; im Prozess des vom Wild geschädigten Bauern gegen die Jäger spielte die von der Behörde zu hoch festgelegte Abschusszahl keine Rolle; das behördliche Verbot eines verkauften Finanzprodukts wäre im Anlegerprozess unbeachtlich, wenn etwa auch ein gelinderes Mittel zur Gefahrenabwehr ausgereicht hätte und das Verbot daher europäischem Finanzmarktrecht widerspricht. Aus Furcht vor verwaltungsrechtlichen Übergriffen in das Schadenersatzrecht verlagerte sich die schadenersatzrechtliche Prüfung damit gerade in das Verwaltungsrecht, weil es mitunter von Detailfragen des jeweiligen Materiengesetzes abhinge, ob sich die Rechtswidrigkeit aus der Bescheidverletzung ergibt.

Weder zur Furcht vor dem noch zum Ausweichen in das Verwaltungsrecht besteht indes ein Anlass, ist die öffentlich-rechtliche Pflichtenlage des Schädigers doch eindeutig: Da die Rechtskraft allfällige Mängel heilt, muss der Adressat den rechtskräftigen Bescheid unbestritten selbst dann befolgen, wenn der Bescheid eigentlich rechtswidrig ist.⁸⁶⁾

Insofern stellt sich die Frage der Fehlerfreiheit oder Fehlerhaftigkeit nicht, weil es nur einen verbindlichen Bescheid oder gar keinen Bescheid gibt.⁸⁷⁾ Für den Adressaten ist es dementsprechend auch gleichgültig, ob ein bestimmtes Verhalten durch Gesetz, Verordnung oder Bescheid vorgeschrieben wird. Ihm gegenüber wird die Rechtslage nämlich unabhängig von der Form des normativen Akts gestaltet. Dass „die Rechtsordnung“ dem Geschädigten den Genuss nicht zubilligt, kann man so also kaum sagen.⁸⁸⁾

Das berücksichtigt natürlich auch *Karollus*, der allerdings dazu mahnt, sich bei der Auslegung der schadenersatzrechtlichen Haftungsgrundlagen „nicht auf eine derart formale Position“ zurückzuziehen und dabei „die entscheidenden Wertungsfragen“ zu übergehen.⁸⁹⁾ Freilich beginnt die Grenze zwischen formaler Rechtskraft und haftungsrechtlicher Wertung zu

verschwimmen, wenn der Grund für die Anknüpfung an Schutzgesetze im Allgemeinen und an Bescheide im Besonderen in der erleichterten Bestimmung der Verhaltenspflichten mithilfe ausdrücklicher, auf den jeweiligen Fall zugeschnittener, drittbeschützender Anordnungen liegt.⁹⁰⁾ Die Verbindlichkeit der Anordnung ergibt sich nämlich gerade aus der Rechtskraft und bewirkt, dass das grundsätzlich schutzwürdige und daher gegen Sorgfaltspflichten zugunsten Dritter sprechende „Interesse an größtmöglicher Freiheit“⁹¹⁾ des Schädigers durch die Anknüpfung an den Bescheid nicht beeinträchtigt wird. Der Bescheid beschneidet diese Freiheit schließlich jedenfalls, der Schädiger hat keinesfalls eine (legale) Handlungsalternative. Der Baustellenverantwortliche darf sich daher etwa auch dann nicht für eine andere, weniger zuverlässige Absicherung als die (zutreffend oder fehlerhaft) vorgeschriebene entscheiden, wenn er den sonst üblichen Standards damit gerecht würde.⁹²⁾

Dieser Befund bestätigt sich aus einer ökonomischen Perspektive, die zur Beurteilung der Reichweite von Sorgfaltspflichten zu einer Kosten-Nutzen-Rechnung greift: „Gesellschaftlich erwünscht (effizient) sind [...] zusätzliche Sorgfaltsvorkehrungen, solange sie mehr nützen, als sie kosten.“⁹³⁾ Stark vereinfacht bestehen nach diesem Modell also Schutzpflichten, wenn der dafür notwendige Aufwand und die Höhe des dadurch abgewendeten Schadens in einer vernünftigen Relation zueinander stehen. Dabei entfernt der Bescheid aber eine Variable. Indem und soweit er zu einem bestimmten Verhalten zwingt, setzt er dessen Kosten gegenüber dem Geschädigten schließlich auf null, weil der Schädiger die auferlegte Pflicht schon aufgrund des Bescheids einhalten muss. Die Schadensabwendung verursacht neben den verwaltungsrechtlichen Sowiesokosten daher gar keine zusätzlichen Kosten, weshalb sie jedenfalls ökonomisch ist. Dieser Gedanke lässt sich nicht nur im Verhältnis zur Höhe des drohenden Schadens, sondern auch im Verhältnis zu den Kosten anführen, die der Geschädigte zur Schadensabwehr aufwenden müsste. Unabhängig von seiner Fehlerfreiheit oder Fehlerhaftigkeit macht

84) *Hengstschläger/Leeb*, AVG § 59 Rn 91 mwN auch zur Einzelfallabhängigkeit der an die Bestimmtheit zu stellenden Anforderungen; zum Zivilverfahren *Jakusch* in *Angst/Oberhammer*, EO³ § 7 Rn 56 ff.

85) Statt aller *Karollus*, Schutzgesetzverletzung 113; *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ § 1311 Rn 4.

86) Siehe schon oben, 3.1. Zur Frage, wann der Bescheid verbindlich wird, vgl. *B. Raschauer*, Verwaltungsrecht⁵ Rn 916; OGH 24.11.2015, 1 Ob 127/15f; *Trenker*, JBl 2016, 564; jeweils mwN.

87) Vgl. *B. Raschauer*, ZfV 2019, 284 (288).

88) Vgl. zur Bindungswirkung *B. Raschauer*, ZfV 2019, 284 (285): „Es geht um die Pflicht zur Beachtung der Rechtsordnung, die eben auch individuell-konkrete Normen umfasst.“

89) *Karollus*, Schutzgesetzverletzung 110; zur dabei angeführten Anordnung zu geringer Pflichten unten, 5.2.

90) Oben, 1.

91) *Koziol*, Grundfragen Rn 6/14; vgl. auch *dens*, Haftpflichtrecht I⁴ Rn C/1/40.

92) Insofern wird dem Schädiger die Mög-

lichkeit einer „*decision for accidents*“ genommen, weil er sich nicht für ein billigeres, dadurch aber schadensgeneigteres Verhalten entscheiden darf; vgl. *Calabresi*, 78 Harv L Rev 713 (716 ff); *Taupitz*, AcP 196, 114 (146 f); kritisch *Koziol*, Grundfragen Rn 3/22.

93) *Eidenmüller*, Effizienz⁴ 401; siehe auch *Posner*, Economic Analysis⁹ 191 ff; *Brüggemeier*, ZHR 152, 511 (514 f); *Taupitz*, AcP 196, 114 (139 f, 146 f); *Schäfer/Ott*, Lehrbuch⁵ 557 ff.

der rechtskräftige Bescheid den Adressaten mithin zum *cheapest cost avoider*.⁹⁴⁾

Aus Sicht des Schädigers ist das zwar unerfreulich, aber trotzdem unproblematisch. Er hatte im zum Bescheid führenden Verwaltungsverfahren schließlich Parteistellung (§ 8 AVG),⁹⁵⁾ konnte dort alle Bedenken vorbringen und sich anschließend im Rechtsmittelweg vor unabhängigen Verwaltungsgerichten gegen das Ergebnis wehren. Sein rechtliches Gehör ist damit gewahrt, weshalb er den rechtskräftigen Bescheid gegen sich wirken lassen muss: Der Baustellenverantwortliche muss die zu strenge Auflage einhalten, der Jäger die zu hohe Abschusszahl erfüllen, die Bank darf das zu Unrecht verbotene Produkt nicht vertreiben. Dass der Geschädigte regelmäßig keine Parteistellung im Verwaltungsverfahren hatte, ist dabei irrelevant, weil sich die Fehlerhaftigkeit in Form der Anordnung zu strenger Pflichten ausschließlich zu seinen Gunsten auswirkt. Im Verhältnis zwischen Schädiger (der den Bescheid bekämpfen konnte) und Geschädigtem (der begünstigt wird) ist die Anknüpfung an den zu strengen Bescheid folglich gerechtfertigt. Verstöße sind nicht nur „halb“ rechtswidrig, nämlich im Verwaltungsrecht, sondern „ganz“, also auch im Zivilrecht.

5.2. Anordnung zu geringer Pflichten

Davon ausgehend drängt sich der Einwand auf, dass die Schutzgesetzzeigenschaft des Bescheids dort nicht gerechtfertigt ist, wo der Geschädigte – der regelmäßig keine Parteistellung im Verwaltungsverfahren hatte – negativ von der Fehlerhaftigkeit betroffen sein könnte.⁹⁶⁾ Bei der Anordnung zu geringer Pflichten liegt ja die Befürchtung nahe, der Schädiger könnte einen Sorgfaltsverstoß mit dem

Argument bestreiten, sich bloß an einen Bescheid gehalten zu haben.

Dieser Sorge um den Geschädigten lässt sich zunächst mithilfe allgemeiner Grundsätze begegnen, worauf auch *Karollus* hinweist.⁹⁷⁾ Anerkanntermaßen können zivilrechtlich nämlich strengere als die per Bescheid auferlegten Pflichten bestehen, weil es sich bei behördlichen Anordnungen „grundsätzlich nur um Mindest- und nicht zugleich um Höchstanforderungen“ handelt.⁹⁸⁾ Der Bescheid schränkt den allgemeinen Güterschutz also nicht ein, weshalb es zum Schutz absoluter Güter gegenüber jedermann erforderlich sein kann, über die durch den Bescheid auferlegten Pflichten hinauszugehen.⁹⁹⁾ Muss der Inhaber einer Betriebsanlage etwa erkennen, dass die Anlage die Gesundheit der Nachbarn gefährdet, hat er unabhängig von der Betriebsgenehmigung zu reagieren.¹⁰⁰⁾ Gegenüber einem Vertragspartner kommen ohnehin weiterreichende Pflichten etwa zum Schutz des reinen Vermögens in Betracht.¹⁰¹⁾ Insofern belastet ein zu „milder“ Bescheid den Geschädigten nicht, weil er in diesem Fall so steht, wie er nach allgemeinen Regeln stünde. Wo und soweit das Gesetz demgegenüber eine Verdrängung dieser allgemeinen Regeln anordnet – etwa in § 364a ABGB, wonach Nachbarn zur Duldung behördlich genehmigter Anlagen verpflichtet sind –,¹⁰²⁾ wird das rechtliche Gehör durch das Erfordernis der Parteistellung im Genehmigungsverfahren abgesichert¹⁰³⁾ und der Nachbar außerdem durch Ausgleichsansprüche entschädigt.¹⁰⁴⁾

Nicht immer wird der Schädiger freiwillig erkennen, dass er zum Schutz Dritter über die durch den Bescheid auferlegten Pflichten hinausgehen müsste. Erlaubt die Behörde ein bestimmtes Verhalten, kann davon schließlich auch ein Anschein

der Gefahrlosigkeit dieses Verhaltens ausgehen. Mit *Karollus* ist daher „im Einzelfall genau zu prüfen, inwieweit dem Handelnden vorgeworfen werden kann, daß er sich ‚nur‘ an den gesetzlich positivierten Pflichtenstandard gehalten und die weitergehenden Schutzpflichten nicht als solche erkannt hat“.¹⁰⁵⁾ Ist die „bloße“ Befolgung des Bescheids demnach nicht vorwerfbar, ist der Geschädigte im Vergleich zum hypothetischen Alternativszenario ohne Bescheid tatsächlich schlechter gestellt, weil sein Ersatzanspruch dann an der Berücksichtigung des vom Bescheid ausgehenden Anscheins der Gefahrlosigkeit scheitert. Für die Frage der Schutzgesetzzeigenschaft fehlerhafter Bescheide lässt sich daraus aber nichts gewinnen, weil dieser Anschein nicht von der Fehlerhaftigkeit, sondern von der Existenz des Bescheids und der darin zum Ausdruck kommenden Einschätzung der Behörde ausgeht. Das Problem stellt sich schließlich gleichermaßen bei fehlerfreien Bescheiden, deren mangelnde Eignung zur Abwehr der konkreten Gefahr die Behörde – etwa aufgrund von Umstandsänderungen, neuen wissenschaftlichen Erkenntnissen oder wegen der Unvorhersehbarkeit aller potenziellen Schadensfolgen¹⁰⁶⁾ – (noch) nicht berücksichtigen konnte. Solche fehlerfreien Bescheide können ein Vertrauen des Adressaten auf die Angemessenheit der darin angeordneten Pflichten mindestens ebenso gut rechtfertigen wie Bescheide, die fehlerhafterweise zu geringe Schutzpflichten normieren. Nicht die Schutzgesetzzeigenschaft des Bescheids stellte den Geschädigten also schlechter, sondern der Bescheid als Faktum.¹⁰⁷⁾

Im Übrigen führt eine nachbarrechtliche Rechtsprechungslinie mitunter gerade umgekehrt zu einer Besserstellung des Geschädigten im Vergleich zu den

94) Grundlegend *Calabresi*, Costs of Accidents; außerdem *Schäfer/Ott*, Lehrbuch⁵ 252 ff.

95) Etwa *Hengstschläger/Leeb*, AVG § 8 Rn 9; *Schulev-Steindl*, Verwaltungsverfahrensrecht⁶ Rn 89 ff.

96) *Karollus*, Schutzgesetzverletzung 110; vgl auch *Kerschner*, JBl 1999, 689 (697) und *E. Wagner*, Unterlassungsansprüche 334, die darauf hinweisen, dass der Geschädigte nicht von der Rechtskraft des Bescheids erfasst wird.

97) *Karollus*, Schutzgesetzverletzung 110 Fn 67.

98) *Canaris* in FS Larenz 27 (54); vgl außerdem *Welser* in Sprung/König, Schirecht 385 (424); *G. Wagner*, Genehmigung 111 ff; *Karollus*, Schutzgesetzverletzung 136 ff; *Wilhelmi*, Risikoschutz 37 f; *Burtscher/Spitzer*, ÖJZ 2017, 945 (949); *Kozioł*, Haftpflichtrecht II³ Rn A/3/7.

99) Der von *Karollus*, Schutzgesetzverletzung 110 Fn 67 genannte Fall, dass der Spruch eines Genehmigungsbescheids

ausdrücklich eine Überschreitung der darin festgelegten Emissionsgrenzwerte in einem bestimmten Ausmaß zulässt, wäre mE ebenso zu beurteilen. Zwar erlaubt der Bescheid damit bestimmte Überschreitungen; sind diese Überschreitungen aber erkennbar gesundheitsschädlich, können sie gegenüber Nachbarn rechtswidrig sein.

100) *Karollus*, Schutzgesetzverletzung 141.

101) Das wäre in den Produktverbotsfällen einschlägig, wobei hier ohnehin selbstverständlich ist, dass sich die Rechtswidrigkeit vor allem aus mangelhafter Beratung ergeben kann, wenn das konkrete Produkt nicht verboten ist.

102) Eingehend *G. Wagner*, Genehmigung 101 ff. Die Abwehr von Gesundheitsschäden wird auch dadurch freilich nicht ausgeschlossen; vgl *Kerschner/E. Wagner* in Klang³ § 364a Rn 10.

103) *Canaris* in FS Larenz 27 (56); *Musger*, JBl 1991, 499 (504 ff); *Kerschner/E. Wagner* in Klang³ § 364a Rn 47 ff; *Angyan*, ZfV

2017, 43 (48 ff); *Oberhammer/Scholz-Berger* in Schwimann/Kodek, ABGB⁵ § 364a Rn 3; RIS-Justiz RS0010682. Vgl aber OGH 28.1.2016, 1 Ob 47/15s, wonach es bei „gemeinwichtigen“ Anlagen (konkret: Straßenbahn) genüge, dass die Behörde im Genehmigungsverfahren auf die Interessen der betroffenen Nachbarn Rücksicht nimmt.

104) Zum Kompensationserfordernis *G. Wagner*, Genehmigung 104 f.

105) *Karollus*, Schutzgesetzverletzung 141. Vgl auch *Canaris* in FS Larenz 27 (57), wonach im Einzelfall das Verschulden zu verneinen sein möge; es wird sich freilich auch hierbei um eine Frage der objektiven Sorgfaltswidrigkeit handeln.

106) Vgl *Burtscher/Spitzer*, ÖJZ 2017, 945 (949).

107) Dementsprechend könnte der behördlich erweckte Gefahrlosigkeitsanschein zur Amtshaftung führen.

allgemeinen Regeln, wofür nicht der vom Bescheid ausgehende Eindruck auf den Schädiger, sondern der Eindruck auf den Geschädigten maßgebend ist. Die Erteilung einer Baubewilligung sei nach dem OGH nämlich dazu geeignet, aus der Perspektive des Nachbarn den Anschein der Gefahrlosigkeit der bewilligten Maßnahme hervorzurufen, was die Abwehr einer davon tatsächlich ausgehenden Gefahr rechtlich zwar nicht ausschließe, aber faktisch derart erschwere, dass der Nachbar die Maßnahme praktisch hinnehmen müsse. Trotz der anscheinend verlässlichen behördlichen Vorsorge bestehende Gefahren würden daher regelmäßig erst erkennbar, wenn der Schaden bereits eingetreten sei. Diese Interessenlage rechtfertige eine Analogie zu § 364a ABGB, wonach der Nachbar zur Duldung behördlich genehmigter Anlagen verpflichtet ist, im Gegenzug aber einen verschuldensunabhängigen Ausgleichsanspruch hat. Ihm stehe daher verschuldensunabhängiger Ersatz zu.¹⁰⁸⁾

In der Lehre wird die Analogie zwar zutreffend abgelehnt, weil die faktische Unmöglichkeit der Geltendmachung von Abwehrrechten nicht mit der Duldungspflicht nach § 364a ABGB gleichgesetzt werden dürfe. *Koziol* weist dabei darauf hin, dass auch der von einem Radfahrer niedergestoßene Fußgänger keine Unterlassungsansprüche mehr durchsetzen kann, der Radfahrer aber trotzdem nur aus der Verschuldenshaftung haftet.¹⁰⁹⁾ Nach allgemeinen Regeln stehe dem nicht zur Duldung verpflichteten Nachbarn daher verschuldensabhängiger Ersatz zu.¹¹⁰⁾ Jedenfalls ist die Haftung trotz Befolgung eines zu „milden“ Bescheids damit aber völlig anerkannt. Der Geschädigte kann mindestens (nach allgemeinen Regeln) verschuldensabhängig, maximal sogar (analog § 364a ABGB) verschuldensunabhängig Ersatz fordern. Aus der Berücksichtigung seiner Position ergeben sich dementsprechend ebenfalls keine Bedenken gegen die Anknüpfung an fehlerhafte Bescheide.

5.3. Ergebnis: Bescheid als Schutzgesetz

Muss der im Verwaltungsverfahren gehörte Schädiger die durch den Bescheid aufgestellte Schutzpflicht befolgen und wird der Geschädigte dadurch nur begünstigt, liegt in der Verbindlichkeit des Bescheids aber nicht nur eine formale Rechtfertigung der Schutzgesetzeigen-

schaft, sondern ein vernünftiger Grund. Da sich die Frage der Fehlerfreiheit oder Fehlerhaftigkeit nämlich weder dem Schädiger noch dem Geschädigten stellt, muss auch das Zivilgericht sie nicht aufwerfen. *K. Schmidt* bemerkt dazu treffend: „Die ‚Bindung‘ des Zivilrichters ist mithin zwar nicht selbst verfahrensrechtlicher Art, ist aber durch Verfahrensrecht legitimiert.“¹¹¹⁾ Die Verletzung eines rechtskräftigen Bescheids unterscheidet sich insofern nicht von Verstößen gegen Verordnungen oder Gesetze, bei denen die Gesetz- bzw. Verfassungsmäßigkeit ebenfalls irrelevant ist.

Dieses Ergebnis dürfte mit dem Verständnis der Rechtsprechung übereinstimmen, die regelmäßig an Bescheide anknüpft,¹¹²⁾ dabei aber noch nie auf die Diskussion um die Folgen der Fehlerhaftigkeit einging. Zwar ließe sich dieses Schweigen natürlich auch mit der Rechtmäßigkeit der jeweils relevanten Anordnungen oder mit dem Fehlen entsprechenden Vorbringens der Parteien erklären; es ist aber doch nicht unwahrscheinlich, dass zumindest einzelne Anordnungen verwaltungsrechtlich angreifbar gewesen wären und sich die Gerichte trotzdem nicht zur Nachprüfung veranlasst sahen. Das ist nicht nur materiellrechtlich begrüßenswert, sondern auch prozessual sinnvoll, erspart die haftungsrechtliche „Bindung“ an den Bescheid doch eine potenziell aufwändige Nachkontrolle, zu der dem Zivilgericht – neben der verwaltungsrechtlichen Expertise – sowohl die Sachkunde als auch die verfahrensrechtlichen Möglichkeiten weitgehend fehlten. Wie groß der Wildbestand ist und um welche Höhe er zum Schutz der Landwirtschaft reduziert werden sollte (§ 100 NÖ Jagdgesetz 1974) oder welche Gestaltungsformen welcher Derivate wegen in der Praxis festzumachender Vertriebsmissstände Anlegerschutzbedenken aufwerfen und wie dieser Gefahr begegnet werden könnte (Art 42 MiFIR), sind schließlich nicht nur Rechts-, sondern vor allem auch Tatfragen, für deren Beantwortung die Jagd- bzw. die Finanzmarktaufsichtsbehörde gerüstet ist. Im Zivilprozess machte die Ermittlung solcher „Normtatsachen“ bei der Prüfung der Verwaltungsrechtslage demgegenüber regelmäßig einen (teuren) Sachverständigenbeweis notwendig,¹¹³⁾ der letztlich ebenso wenig eine absolute Richtigkeitsgewähr bieten könnte wie die behördliche Entscheidung. Das gilt umso mehr, als die Sach- und Pflichtenlage

im Zivilprozess – im Unterschied zum Verwaltungsverfahren – *ex post* geprüft würde, obwohl sie schadenersatzrechtlich aus einer *Ex-ante*-Perspektive zu beurteilen ist. Auch insofern erweist sich die Beurteilung der Rechtswidrigkeit anhand des verbindlichen Bescheids als stimmig.

5.4. Begrenzung durch den Schutzzweck

Wie Gesetze und Verordnungen können Bescheide also „Schutzgesetze“ sein. Wie bei Verstößen gegen Gesetze und Verordnungen führt die Verletzung des Bescheids aber natürlich nicht zwangsläufig zur Haftung, weil die (übrigen) allgemeinen Haftungsvoraussetzungen stets zu prüfen sind. Die vorwerfbare Bescheidverletzung muss also kausal für einen Schaden sein, der im Rechtswidrigkeitszusammenhang liegt.

Besonders relevant ist dabei der Rechtswidrigkeitszusammenhang, weil im Rahmen der Haftung wegen Schutzgesetzverletzung nur solche Schäden ersatzfähig sind, die innerhalb des Schutzbereichs der übertretenen Norm liegen.¹¹⁴⁾ Die übertretene Norm ist im vorliegenden Zusammenhang der Bescheid, dessen Zweckrichtung sich spätestens in Zusammenschau mit dem zugrundeliegenden Gesetz ermitteln lässt, das – mehr oder weniger detailliert – vorgibt, aus welchen Gründen die Behörde tätig wird.¹¹⁵⁾ Nach dem OGH dient eine in der Baugenehmigung eines Zinshauses vorgeschriebene Schallschutzfuge etwa nicht nur zum Schutz der Bewohner vor Lärm des benachbarten Druckereibetriebs, sondern auch zur Aufrechterhaltung des Druckereibetriebs. Der Druckerei stehe daher Ersatz zu, wenn sie den Betrieb mit Rücksicht auf die Nachbarn beschränken muss, weil die Fuge nicht ordnungsgemäß ausgeführt wurde.¹¹⁶⁾ Demgegenüber liegt kein „unfallkausaler Verstoß gegen den Schutzzweck“ einer Bescheidaufgabe vor, wonach Transporte mit einem Kranwagen nur tagsüber durchgeführt werden dürfen, wenn der Kranwagen während einer verbotenen nächtlichen Fahrt ordnungsgemäß vor einer Tankstelle geparkt wird und ein anderer Verkehrsteilnehmer darauf auffährt.¹¹⁷⁾

Eine davon im Ansatz abweichende Ansicht vertritt *Spickhoff* hinsichtlich fehlerhafter Verwaltungsakte, die er – auf der Grundlage der für Österreich bereits abgelehnten Konkretisierungsthese – als Konkretisierung des verwaltungsverfah-

108) RIS-Justiz RS0010668.

109) *Koziol*, RdW 2013, 3 (5).

110) *Rummel*, JBl 1967, 120 (123 ff); *Koziol*, RdW 2013, 3 (4 f); *ders/Apathy/Koch*, Haftpflichtrecht III Rn C/2/3 ff mwN.

111) *K. Schmidt* in FS Zeuner 259 (274).

112) Oben, 1.2.

113) Vgl *Konzen* in FS Gaul 335 (353); *Spitzer*, ZJP 131, 25 (30).

114) *Karner* in KBB⁶ § 1311 Rn 5 mwN.

115) *K. Schmidt* in FS Zeuner 259 (268 f); *Spickhoff* in Soergel, BGB¹³ § 823

Rn 189; andeutungsweise *Schmiedel*, Deliktsobligationen I 50 f.

116) OGH 26.11.2003, 3 Ob 70/03w.

117) OGH 27.9.1978, 8 Ob 133/78 ZVR 1979/283.

rensrechtlichen Fehlerkalküls für beachtlich hält.¹¹⁸⁾ Da das konkretisierte Verwaltungsverfahren den „Schutz des Vertrauens auf die Wirksamkeit eines (nicht nichtigen) Verwaltungsaktes“ bezwecke, seien bloß die Schäden zu ersetzen, „die gerade darauf beruhen, daß der Geschädigte auf die Bestandskraft des Verwaltungsaktes vertraut hat“.¹¹⁹⁾ Spickhoff entnimmt den Schutzzweck also nicht dem materiellen Verbot, sondern dessen Bestandskraft, was sich mitunter erheblich auswirkt. Wäre die im erwähnten Wildtauben-Fall vorgeschriebene Abschusszahl zu hoch, käme es für den geschädigten Gemüsebauern nämlich darauf an, ob er „sein Gemüse vor den Wildtauben gerade im Vertrauen auf die Bestandskraft des Bescheides [...] angebaut bzw. – falls möglich – nicht weiter [...] geschützt hatte; anderenfalls läge der Schaden nicht im Schutzbereich“.¹²⁰⁾

Haftungsgrund sei also das schutzwürdige Vertrauen des Geschädigten auf die Verbindlichkeit des Verwaltungsaktes. Richtigerweise ist allerdings nicht das Vertrauen des Geschädigten auf die Verbindlichkeit maßgebend, sondern umgekehrt die Verbindlichkeit für den Schädiger.¹²¹⁾ Das Vertrauen könnte sich ja ohnehin bloß auf einen Zustand richten, der tatsächlich besteht. Der Gemüsebauer vertraut nicht nur darauf, dass die Jäger die behördlich vorgeschriebene Abschusszahl einhalten müssen, sondern die Jäger sind tatsächlich dazu verpflichtet. Insofern wird nicht das Vertrauens-, sondern das Erfüllungsinteresse geschuldet. Im Übrigen ist das Abstellen auf ein Vertrauen des Geschädigten schon deshalb wenig ergiebig, weil dieser den Verwaltungsakt regelmäßig nicht kennt.¹²²⁾ Bescheide werden schließlich grundsätzlich nicht allgemein kundgemacht, sondern nur den Parteien des Verwaltungsverfahrens zugestellt (§ 62 AVG).

Auch hinsichtlich der Bestimmung des Schutzzwecks sprechen also die besseren Gründe gegen eine Differenzierung zwischen fehlerhaften und fehlerfreien Bescheiden.¹²³⁾ Vielmehr bezweckt die

zu weit reichende Bauauflage genauso den Nachbarschutz, wie die zu hohe Abschusszahl dem Schutz der Landwirtschaft und das zu strenge Produktverbot dem Anlegerschutz dient; jeweils wird nur übertrieben. Hat der Bescheid im Einzelfall doch eine bestimmte Erwartungshaltung des Geschädigten begründet, weil der Nachbar etwa mit einer besonders sicheren Bauweise oder der Bauer mit einer besonders intensiven Bejagung von Wildtauben rechnen durfte, kann dieser Umstand freilich trotzdem in die schadenersatzrechtliche Beurteilung miteinfließen. Einerseits lässt er sich nämlich ergänzend für die Schutzgesetzeigenschaft des zu strengen Bescheids anführen, weil die mit dieser Erwartungshaltung einhergehende Öffnung der Sphäre des Geschädigten das Verhalten des Schädigers umso gefährlicher macht und die korrespondierenden Schutzpflichten daher umso mehr rechtfertigt.¹²⁴⁾ Andererseits kann das berechnete Vertrauen den an den Geschädigten in eigenen Angelegenheiten anzulegenden Sorgfaltsmaßstab herabsetzen und sich entsprechend auf die Berücksichtigung von Mitverschulden auswirken (§ 1304 ABGB).¹²⁵⁾ Eine Unterscheidung zwischen fehlerhaften und fehlerfreien Bescheiden wäre aber auch dabei nicht überzeugend, weil alleine die davon unabhängige Verbindlichkeit des Bescheids den Anschein erweckte.

6. Verfahrensmängel

Die verbleibenden verfahrensrechtlichen Fehler geben offenbar weniger Anlass zu zivilrechtlichem Argwohn. Lediglich Karollus bemerkt, dass zumindest „gravierende Zuständigkeitsmängel [...] wohl dieselbe Rechtsfolge nach sich ziehen“ wie materielle Mängel – nämlich die schadenersatzrechtliche Unbeachtlichkeit des Bescheids –, „während sonstige bloße Verfahrensfehler den Zivilrichter nichts angehen sollten“.¹²⁶⁾ Liegt der Haftungsgrund in der Verbindlichkeit der durch den Bescheid angeordneten Pflichten, interessieren Verfahrensmängel tatsächlich nur unter zwei Gesichtspunkten: Sie können

sich einerseits auf den Inhalt der Pflichten und andererseits auf die Verbindlichkeit auswirken.

Führt der Verfahrensfehler zu einer fehlerhaften Sachentscheidung, weil die Behörde etwa bei gebotener Einholung eines Sachverständigengutachtens oder unter Berücksichtigung der Einwände, die eine zu Unrecht verweigerte Akteneinsicht ermöglicht hätte, andere Pflichten angeordnet hätte, stellen sich keine neuen Probleme. Schadenersatzrechtlich ist dann die getroffene Anordnung maßgebend, deren Schutzgesetzeigenschaft auch bei materieller Fehlerhaftigkeit bereits bejaht wurde. Dass der materielle Mangel aus einem Verfahrensfehler resultiert, ist dabei belanglos.

Dieses Ergebnis rechtfertigt sich aus der Verbindlichkeit des Bescheids für den Schädiger. Soweit das Fehlerkalkül reicht, heilt die Rechtskraft nämlich auch Verfahrensmängel. Wurde der Schädiger von der Behörde übergangen oder war die Zustellung fehlerhaft, ergibt sich freilich schon aus dem Verwaltungsrecht, dass der Bescheid gegenüber dem Schädiger nicht in Rechtskraft erwachsen ist.¹²⁷⁾ Mangels Verbindlichkeit der angeordneten Pflicht scheidet die schadenersatzrechtliche Anknüpfung dann aus.

Davon abgesehen bestehen gegen die Ableitung von Sorgfaltspflichten aus verfahrensrechtlich mangelhaften Bescheiden keine Bedenken. Insbesondere sind auch die von Karollus betonten gravierenden Zuständigkeitsmängel nicht geeignet, solche Bedenken zu begründen. Wiederum ist der rechtskräftige Bescheid nämlich unabhängig davon verbindlich, ob die erlassende Behörde zuständig war oder nicht, was die Möglichkeit der amtswegigen Nichtigerklärung wegen Unzuständigkeit nach § 68 Abs 4 Z 1 AVG belegt. Nachvollziehbar ist die Erwähnung dieser Fallgruppe indes vor dem Hintergrund der älteren Judikatur, wonach ein absolut nichtiger, die Gerichte nicht bindender Verwaltungsakt unter anderem vorliege, „wenn die Verwaltungsbehörde bei ihrer Entscheidung offenkundig unzuständig war“.¹²⁸⁾ Dass

118) Oben, 2.2.2.

119) Spickhoff, Gesetzesverstoß 86; außerdem ders in Soergel, BGB¹³ § 823 Rn 189.

120) Spickhoff, Gesetzesverstoß 86.

121) Oben, 5.1.

122) Vgl Karollus, Schutzgesetzverletzung 110 Fn 68.

123) Vgl K. Schmidt in FS Zeuner 259 (274).

124) Zur Öffnung der Sphären als Rechtfertigung der strengen Haftung bei rechtsgeschäftlichem Kontakt Koziol, JBI 1994, 209 (213); zur Gefährlichkeit als Faktor bei der Bestimmung von Sorgfaltspflichten ders, Grundfragen 6/17; ders, Haftpflichtrecht I⁴ Rn C/1/38.

125) Vgl OGH 11.4.1989 5 Ob 530/89 und

dazu Koziol, Haftpflichtrecht I⁴ Rn C/9/46: Der Klient darf auf die sorgfältige Arbeit des Anwalts vertrauen und muss sich deshalb kein Mitverschulden wegen unzureichender Kontrolle des Anwalts anrechnen lassen; zum herabgesetzten Sorgfaltsmaßstab des Werkbestellers, der der Berücksichtigung von Mitverschulden bei Warnpflichtverletzungen des Werkunternehmers (§ 1168a ABGB) weitgehend entgegensteht, Iro, ÖJZ 1983, 505 (509 ff); Kletečka, Mitverschulden 70 ff; ders in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1168a Rn 61.

126) Karollus, Schutzgesetzverletzung 113.

127) Vgl etwa Kolonovits/Muzak/Stöger, Ver-

waltungsverfahrensrecht¹¹ Rn 426 ff, 431 f; Schulev-Steindl, Verwaltungsverfahrensrecht⁹ Rn 268; Hengstschläger/Leeb, AVG § 21 Rn 1; VwGH 20.3.2001, 2000/11/0336. Der Rechtsatz, wonach das Gericht an eine behördliche Vollstreckbarkeitsbestätigung gebunden ist (RIS-Justiz RS0008852; Höllwerth in Fasching/Konecny, ZPG³ § 190 ZPO Rn 41), sollte insofern nicht auf das vorliegende Problem übertragen werden.

128) OGH 17.3.2009, 10 Ob 15/08s; vgl auch RIS-Justiz RS0037078; Trenker, JBI 2016, 488 (493) mwN.

dieses Verständnis nicht mit dem für die Bestimmung der absoluten Nichtigkeit allein maßgebenden Verwaltungsrecht vereinbar ist, wurde bereits erwähnt;¹²⁹⁾ nach *B. Raschauer* umschreibe der OGH die absolute Nichtigkeit damit vielmehr „höchst eigenwillig“.¹³⁰⁾

7. Ergebnisse

1. Nach der zutreffenden herrschenden Ansicht können Bescheide die Sorgfaltspflichten des Adressaten gestalten und insofern als „Schutzgesetze“ in Betracht kommen. Die von der Lehre befürwortete Einschränkung auf fehlerfreie Bescheide, die eine Nachprüfung des Bescheids durch Zivilgerichte notwendig machte, ist allerdings abzulehnen.
2. Die Unbeachtlichkeit fehlerhafter Bescheide folgt nicht aus der Konkretisierungsthese, auf deren Grundlage in Deutschland gerade von der „Bindung“ an fehlerhafte Verwaltungsakte ausgegangen wird. Sie müsste sich vielmehr aus dem Schadenersatzrecht ergeben, das die Reichweite der spezifischen Tatbestandswirkung des Bescheids bestimmt.
3. Ist der Bescheid absolut nichtig oder sind die darin normierten Pflichten unbestimmt, scheidet eine schadenersatzrechtliche Anknüpfung unproblematisch aus. Bei absoluter Nichtigkeit existiert nämlich gerade kein Bescheid, bei unbestimmten Anordnungen ergibt sich die Pflichtenlage nicht mit hinreichender Deutlichkeit aus dem Bescheid.
4. Auch Bescheide, die gemessen an der verwaltungsgesetzlichen Grundlage zu strenge oder zu geringe Pflichten anordnen, sind Schutzgesetze. Der Schädiger muss den rechtskräftigen Bescheid und die darin normierte Pflicht nämlich unabhängig von der Fehlerfreiheit oder Fehlerhaftigkeit befolgen; der Geschädigte wird dadurch nicht benachteiligt, weil er mindestens so steht, wie er nach allgemeinen Regeln stünde. Stets sind freilich die allgemeinen Haftungsvoraussetzungen zu prüfen, wobei sich der Schutzzweck nach dem Bescheid und dessen Grundlage richtet. Es sind daher nicht nur solche Schäden ersatzfähig, die im Vertrauen des Geschädigten auf die Verbindlichkeit eingetreten sind.
5. Verfahrensmängel sind nur dann relevant, wenn sie sich auf die Ver-

bindlichkeit auswirken. Soweit die Rechtskraft den Verfahrensmangel heilt, kann der Bescheid ein Schutzgesetz sein. ♦

Literaturverzeichnis

Angst / Oberhammer, Kommentar zur Exekutionsordnung³ (2015).

Angyan, Verfassungsrechtliche Aspekte der Parteistellung im zivilen Nachbarrecht, ZfV 2017, 43.

Baumbach / Hefermehl, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht⁸ (1960).

Bistritzki, Voraussetzungen für die Qualifikation einer Norm als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB (1981).

Bork, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs⁴ (2016).

Böttcher, Die Bindung der Gerichte an Entscheidungen anderer Gerichte, in FS 100 Jahre DJT I (1960) 511.

Brandl / Saria, WAG 2018² (31. Lfg. 2020).

Brüggemeier, Produkthaftung und Produktsicherheit, ZHR 152 (1988) 511.

Brüggemeier, Haftungsrecht: Struktur, Prinzipien und Schutzbereich (2006).

Burmann / Heß / Hühnermann / Jahnke, Straßenverkehrsrecht²⁶ (2020).

Burtscher / Spitzer, Haftung für Klimaschäden, ÖJZ 2017, 945.

Calabresi, The Costs of Accidents (1970).

Calabresi, The Decision for Accidents, 78 Harv L Rev (1975) 713.

Canaris, Schutzgesetze – Verkehrspflichten – Schutzpflichten, in FS Larenz (1983) 27.

Eberhard / Lachmayer, „Bindungswirkung“ und „Verbindlichkeit“ als Rechtskraftwirkung, in Holoubek / Lang, Rechtskraft im Verwaltungs- und Abgabenverfahren (2008) 79.

Eidenmüller, Effizienz als Rechtsprinzip⁴ (2015).

Erbguth / Guckelberger, Allgemeines Verwaltungsrecht¹⁰ (2020).

Fasching, Zivilgerichte und Verwaltungsbehörden, Vorfragebeurteilung und Bindung, JBl 1963, 173.

Fasching, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozeßrechts² (1990).

Fasching / Konecny, Zivilprozessgesetze II/3³ (2015).

Fenyves / Kerschner / Vonkilch, Klang-Kommentar zum ABGB³ (2011).

Funk, Der Einfluß der „Wiener Schule des Rechtspositivismus“ auf die österreichische Verwaltungsrechtswissenschaft, in Heyen, Wissenschaft und Recht

der Verwaltung seit dem Ancien Régime (1984) 105.

Funk / Berchtold-Ostermann, Der individuelle Verwaltungsakt, in FS Antonioli (1979) 189.

Gerding, Die Ungleichbehandlung der betroffenen Anleger als Folge einer Produktintervention nach Art. 42 MiFIR, BKR 2017, 441.

Gläßner, Die Beschränkung des Vertriebs von Finanzprodukten (2017).

Gsell / Krüger / Lorenz / Reymann, beck-online Großkommentar zum BGB (Stand 1.8.2020).

Hengstschläger/Leeb, Kommentar zum Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetz (2018).

Iro, Die Warnpflicht des Werkunternehmers, ÖJZ 1983, 505.

Jellinek, Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen (1908).

Karollus, Funktion und Dogmatik der Haftung aus Schutzgesetzverletzung (1992).

Kerschner, Art 6 MRK und Zivilrecht, JBl 1999, 689.

Klang / Gschnitzer, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch VI² (1951).

Kletečka, Mitverschulden durch Gehilfenverhalten (1991).

Kletečka / Schauer, ABGB-ON – Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch^{1.03} (Stand 2018).

Kodek / Mayr, Zivilprozessrecht⁴ (2018).

Kolonovits / Muzak / Stöger, Verwaltungsverfahrenrecht¹¹ (2019).

Konzen, Normtatsachen und Erfahrungssätze bei der Rechtsanwendung im Zivilprozess, in FS Gaul (1997) 335.

Koziol, Delikt, Verletzung von Schuldverhältnissen und Zwischenbereich, JBl 1994, 209.

Koziol, Grundfragen des Schadenersatzrechts (2010).

Koziol, Eingriffs- und Gefährdungshaftung im Nachbarrecht, RdW 2013, 3.

Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht I⁴ (2020); II³ (2018).

Koziol / Apathy / Koch, Österreichisches Haftpflichtrecht III (2014).

Koziol / Bydliński / Bollenberger, Kurzkommentar zum ABGB⁶ (2020).

Kralik, Vortragsbericht, JBl 1975, 309.

Kunesch, Wenn die Verfassung schweigt: zur Bindung ordentlicher Richter an verwaltungsbehördliche und verwaltungsgerichtliche Entscheidungen, JBl 2017, 560.

Larenz / Canaris, Schuldrecht II/2¹³ (1994).

129) Oben, 4.1.

130) *B. Raschauer*, ZfV 2019, 284 (289).

Leeb, Bescheidwirkungen und ihre subjektiven Grenzen nach dem AVG (2010).

Lukas, Delikts- und Verwaltungsrecht in Österreich, in van Boom/Lukas/Kissling, Tort and Regulatory Law (2007) 33.

Manssen, Privatrechtsgestaltung durch Hoheitsakt (1994).

Marburger, Die Regeln der Technik im Recht (1979).

Maurer / Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht¹⁹ (2017).

Morscher, Absolute Nichtigkeit von Staatsakten, in FS Winkler (1997) 645.

Musger, Verfahrensrechtliche Bindungswirkungen und Art 6 MRK (2. Teil), JBl 1991, 499.

Nicklisch, Die Bindung der Gerichte an gestaltende Gerichtsentscheidungen und Verwaltungsakte (1965).

Öhlinger, Verwaltungsrecht als Vorgabe für Zivil- und Strafrecht. Aussprache zum Bericht von *Jarass*, VVDStRL 50 (1991) 278,

Öhlinger / Potacs, EU-Recht und staatliches Recht⁶ (2017).

Pichler, Zur Haftung bei Skiliftunfällen, ZVR 1969, 59.

Posner, Economic Analysis of Law⁹ (2014).

Raschauer B., Allgemeines Verwaltungsrecht⁵ (2017).

Raschauer B., Die Bindung der Gerichte an Bescheide, ZfV 2019, 284.

Raschauer N., Produktintervention durch die FMA – *terra incognita*, ZFR 2020, 56.

Rosenberg / Schwab / Gottwald, Zivilprozessrecht¹⁸ (2018).

Rüffler, Kapitalmarktrechtliche Informations- und Verhaltenspflichten als Schutzgesetze? GES 2010, 113.

Rummel, Erfolgshaftung im Nachbarrecht? JBl 1967, 120.

Rummel, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch II/1³ (2002).

Säcker / Rixecker / Oetker / Limperg, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch VII⁸ (2020).

Schäfer / Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts⁵ (2012).

Schmidt K., Kartellverfahrensrecht – Kartellverwaltungsrecht – Bürgerliches Recht (1977).

Schmidt K., Deliktsschutz durch Verwaltungshandeln, in FS Zeuner (1994) 259.

Schmiedel, Deliktobligationen nach deutschem Kartellrecht I (1974).

Schopper, Ad-hoc-Meldepflicht als Schutzgesetz, ÖBA 2014, 495.

Schulev-Steindl, Verwaltungsverfahrensrecht⁶ (2018).

Schwimmann / Kodek, ABGB Praxis-kommentar III⁵ (2020); VI⁴ (2016).

Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen IV/2¹² (1998); XII³ (2005).

Spickhoff, Gesetzesverstoß und Haftung (1998).

Spitzer, Die Bindungswirkung von Verwaltungsakten im Zivilprozess, ÖJZ 2003, 48.

Spitzer, Der Sachverständigenbeweis im österreichischen Zivilprozess, ZZP 131 (2018) 25.

Staudinger, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (2009, 2018).

Stein, Grenzen und Beziehungen zwischen Justiz und Verwaltung (1912).

Stelkens / Bonk / Sachs, Verwaltungs-verfahrensgesetz⁹ (2018).

Taupitz, Ökonomische Analyse und Haftungsrecht – Eine Zwischenbilanz, AcP 196 (1996) 114.

Trenker, Bindung des Zivilgerichts an verwaltungsbehördliche/-gerichtliche Entscheidungen, JBl 2016, 488 und 564.

Wagner E., Gesetzliche Unterlassungsansprüche im Zivilrecht (2006).

Wagner G., Öffentlich-rechtliche Genehmigung und zivilrechtliche Rechtswidrigkeit (1989).

Walter, Verfassung und Gerichtsbarkeit (1960).

Walter, Die Bindung der Zivilgerichte an rechtskräftige präjudizielle Bescheide nach AVG im Rahmen der Zivilprozeßordnung im Vorfragenbereich, ÖJZ 1996, 601.

Welser, Schutzgesetzverletzung, Verschulden und Beweislast, ZVR 1976, 1.

Welser, Haftungsprobleme der Wintersportausübung, in Sprung/König, Das österreichische Schirecht (1977) 385.

Wilfinger, Verbraucherschutz durch Kapitalmarktaufsicht (2020).

Wilfinger, Verwaltungsakt als gesetzliches Verbot (§ 134 BGB), AcP 220 (2020, in Druck).

Wilhelmi, Risikoschutz durch Privatrecht (2009).

Winkler, Der Bescheid (1956).

Winkler, Die absolute Nichtigkeit von Verwaltungsakten (1960).

Zierl, Zur Frage der Nichtigkeit bei materieller Rechtswidrigkeit von Bescheiden, ÖVA 1981, 61.