



München, 1. Dezember 2020

## Kurzugutachten

in Sachen

**Grundwassereinbruch an der  
Genter Straße / Südliche Osterwaldstraße**

### Haftung, Folgenbeseitigung und Zuwendungen

für die

**Landeshauptstadt München**  
- Auftraggeberin (AG) -

von

- Auftragnehmer (AN) -

Ansprechpartner:

E-Mail:

Sekretariat:

Aktenzeichen:  
415/20 KR

TACKE KRAFFT  
Rechtsanwälte in  
Partnerschaft mbB

Rindermarkt 3 und 4  
D-80331 München  
Tel. +49 (0)89 18 94 43 - 0  
Fax.+49 (0)89 18 94 43 - 33

[www.tacke-krafft.de](http://www.tacke-krafft.de)

Stadtsparkasse München  
Konto: 87 163 754  
BLZ: 701 500 00  
IBAN: DE18 70150000  
0087163754  
SWIFT-BIC: SSKMDEMM

USt-ID: DE 814 151 157  
AG München PR 536

**I. Ergebnisse**

- 1 Gutachterlich zu prüfen war, ob und wie die AG die Betroffenen unter Beachtung von Recht und Gesetz sowie haushalterischer Vorgaben im Zusammenhang mit der Beseitigung des Grundwassereinstaus und seiner Folgen unterstützen muss/kann.
- 2 Konkret geht es damit um Maßnahmen, die dazu führen, dass die Beeinträchtigungen (auch für die Zukunft) beseitigt, kompensiert oder sonst in ihren Folgen wirtschaftlich oder tatsächlich (z.B. durch „Abpumpen“) zumindest abgemildert (z.B. in Form eines Gebührenverzichts) werden.
- 3 Die rechtlichen Grundlagen für die vorstehend skizzierten Maßnahmen sind die Rechtsfolgen etwaiger
  - Schadenersatz- und/oder Entschädigungsansprüche gegen die AG (Haftung),
  - Folgenbeseitigungsansprüche gegen die AG sowie
  - gesetzlicher und/oder haushalterischer Tatbestände für Zuwendungen und/oder Entlastungen.
- 4 Der besseren Übersicht halber werden die Ergebnisse des Gutachtens wie folgt vorangestellt:
- 5 **Amtshaftungsansprüche und/oder Entschädigungsansprüche** der Betroffenen sind **nicht** gegeben, sofern die in Rede stehenden Gebäude nicht ordnungsgemäß gegen drückendes Wasser abgedichtet sind. Ob die AG einen rechtswidrigen haftungsrelevanten Verursachungsbeitrag für den Einstau gesetzt hat, ist unter dieser Prämisse ohne Belang.
- 6 **Folgenbeseitigungsansprüche**, gerichtet auf temporär und/oder final wirkende Maßnahmen zur Beseitigung des Grundwassereinstaus, bestehen **nicht**, sofern die in Rede stehenden Gebäude nicht ordnungsgemäß gegen drückendes Wasser abgedichtet sind. Ob die AG einen rechtswidrigen haftungsrelevanten Verursachungsbeitrag für den Einstau gesetzt hat, ist unter dieser Prämisse ebenfalls ohne Belang.

- 7 **Existiert eine Rechtsgrundlage** für eine Zuwendung, **die als Anspruch ausgestaltet ist, sind Zuwendungen zu gewähren**, soweit die Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sind.
- 8 **Existiert eine Rechtsgrundlage** für eine Zuwendung, **die nicht als Anspruch ausgestaltet** ist, steht die Vergabe von Zuwendungen im Ermessen der AG. **Gewährt sie den hier Betroffenen Zuwendungen, entsteht voraussichtlich ein Zuwendungsanspruch auch für andere Betroffene in allen zukünftigen und vergleichbaren Fällen im gesamten Stadtgebiet.**
- 9 **Existiert keine Rechtsgrundlage** für eine Zuwendung, wird sie aber gleichwohl gewährt, besteht das greifbare Risiko, dass damit der **Straftatbestand der sogenannten „Haushaltsuntreue“** gemäß § 266 StGB verwirklicht wird.
- 10 Vorstehendes gilt auch dann, wenn den Betroffenen **durch einen Vertrag** Leistungen gewährt werden, auf die sie – dem Vertrag hinweggedacht – keinen Anspruch hätten oder **auf Gebühren verzichtet** wird, ohne dass ein Verzichts- oder „Niederschlagungsstatbestand“ vorhanden oder anwendbar wäre.

## II. **Vorbemerkung**

### 1. **Auftrag**

- 11 Der AN wurde von der AG am 27.11.2020 beauftragt, im Rahmen eines Kurzgutachtens zur Rechtslage im Zusammenhang mit dem Grundwassereinstau in Keller in der „Genter Straße / Südliche Osterwaldstraße“ Stellung zu nehmen.
- 12 Die von „drückendem Wasser“ betroffenen Mieter und Eigentümer machen hierfür den Regenauslasskanal unter dem Karl-Arnold-Weg (in der Folge: RAK) verantwortlich. Sie fordern deshalb kurzfristig Abhilfemaßnahmen sowie nicht näher spezifizierte finanzielle Unterstützungsleistungen der AG.
- 13 Rechtsgutachterlich zu prüfen ist daher, ob und wie den Betroffenen unter Beachtung von Recht und Gesetz und/oder haushalterischer Vorgaben seitens der AG (ggf. im Wege einer Vorleistung) geholfen werden kann.

## 2. Expertise des AN

14 Auf Wunsch der AG sei die Expertise des AN im Zusammenhang mit der Beurteilung der gutachterlich zu prüfenden Fragen kurz wie folgt beschrieben:

- Seit ca. 20 Jahren Vertretung bayerischer Kommunen vor Gericht im Zusammenhang mit Ansprüchen wegen Amtshaftung und Entschädigungsansprüchen,
- Dozent an der Deutschen Richterakademie (DRA) für Amts- und Staatshaftung,
- Herausgeber und Autor von Rotermund/Krafft, Kommunales Haftungsrecht, ESV-Verlag, 5. Auflage 2013 und Rotermund/Krafft, Kommunales Haftungsrecht in der Praxis - Verkehrssicherungspflichten, 6. Auflage 2016.

## 3. Sachverhalt

15 Der vom AN zu Grunde gelegte Sachverhalt basiert auf den vorgelegten Unterlagen, insbesondere der/dem/den

- beschränkten wasserrechtlichen Erlaubnis vom 17.01.1986,
- Petition nebst Anlagen (inkl. Gutachten IB Heimbucher),
- Schreiben des Herrn RA [REDACTED] vom 30.10.2020,
- Genehmigungs- und Entwässerungsplänen der betroffenen Gebäude,
- Stellungnahme des WWA an die Regierung von Oberbayern vom 02.11.2020.

16 Auf Grundlage der eingesehenen Genehmigungs- und Entwässerungspläne der betroffenen Gebäude ist davon auszugehen, dass sämtliche der in Rede stehenden Keller „ins Grundwasser gebaut“ worden sind. Dies bedeutet, dass die Kellersohlen unter dem Niveau des sogenannten HW 1940 (Grundwasserhöchststand des Jahres 1940) ausgeführt wurden. Das Areal, auf dem sich

die betroffenen Gebäude befinden, ist durch sehr hohe natürliche Grundwasserstände gekennzeichnet.

17 Ob angesichts dessen die gebotene und den Regeln der Technik entsprechende Bauwerksabdichtung ausgeführt worden ist, ist dem AN nicht bekannt, aufgrund des stattgefundenen Grundwassereinstaus aber eher unwahrscheinlich.

18 Der wasserrechtliche Bescheid vom 07.01.1986 ist bestandskräftig. Darin wird der Aufstau von Grundwasser durch den RAK erlaubt, Ziffer I. 1. lit.) c) des Bescheids. Die AG ist in rechtlicher Hinsicht daran gebunden.

#### 4. Vorbehalte

19 Vom AN weder zugrunde gelegt noch bewertet werden die bisherigen sachverständigen Feststellungen zu den möglichen Primärursachen des Grundwassereinstaus. Als Primärursachen kommen neben dem RAK (allein bzw. kumulativ) u.a. in Betracht: die Entschlammung und Wiederbefüllung des Kleinhesselohes Sees, die Sanierung privater Hausanschlüsse und öffentlicher Kanäle, die allgemeine hydrogeologische Situation, die nahen Oberflächengewässer, die im Stadtgebiet stetig ansteigenden Grundwasserstände, eindringendes Oberflächenwasser etc.

20 Sofern erforderlich, werden die für die gutachterliche Beurteilung notwendigen Prämissen unterstellt.

21 Entsprechendes gilt für die Frage, ob (ggf. haushalterische) Rechtsgrundlagen für etwaige Hilfen/Zuwendungen zugunsten der Betroffenen existieren bzw. geschaffen werden können bzw. als Anspruch ausgestaltet sind.

22 Ein von den folgenden gutachtlichen Befunden abweichendes Ergebnis ist denkbar, sofern sich die tatsächlichen Prämissen aufgrund weiterer Erkenntnisse ändern.

### III. Gutachten

- 23 Wie eingangs ausgeführt, ist zu prüfen, ob und wie die AG die Betroffenen unter Beachtung von Recht und Gesetz sowie haushalterischer Vorgaben im Zusammenhang mit der Beseitigung des Grundwassereinstaus und seiner Folgen unterstützen muss/kann. Konkret geht es damit um Maßnahmen, die dazu führen, dass die Beeinträchtigungen (auch für die Zukunft) beseitigt, kompensiert oder sonst in ihren Folgen wirtschaftlich oder tatsächlich (z.B. durch „Abpumpen“) zumindest abgemildert (z.B. in Form eines Gebührenverzichts) werden.
- 24 Die rechtlichen Grundlagen für die oben skizzierten Maßnahmen sind die Rechtsfolgen etwaiger
- Schadenersatz- und/oder Entschädigungsansprüche gegen die AG (Haftung, Rz. 26 - 44),
  - Folgenbeseitigungsansprüche gegen die AG (Rz. 45-49) sowie
  - gesetzlicher und/oder haushalterischer Tatbestände für Zuwendungen und/oder Entlastungen (Rz. 50 - 76).
- 25 Dazu wie folgt:
- 1. Haftung der AG (Schadenersatz- und/oder Entschädigungsansprüche)**
- 26 Aufgrund seiner Bedeutung werden vorab die zivilrechtlichen Grundsätze im Zusammenhang mit dem sogenannten „Baugrundrisiko“ dargestellt:
- 1.1 Baugrundrisiko**
- 27 Bei den durch Grundwasser hervorgerufenen Einwirkungen handelt es sich um ein flächenhaftes, weit verbreitetes, ohne weiteres vom Bauwilligen erkennbares und beherrschbares Problem.

- 28 Der Bauherr muss insbesondere dann, wenn sich – wie hier – der Grundwasserspiegel in der Nähe der Erdoberfläche befindet, die Baugrundverhältnisse und den Grundwasserstand eigenverantwortlich prüfen oder – sofern ihm die Fachkunde fehlt – hierfür Hilfspersonen (Architekt oder Tragwerksplaner) einschalten. Eine dabei getroffene Fehleinschätzung oder „Nichtprüfung“ fällt in den Risikobereich des Grundstückseigentümers.

*OLG Brandenburg, Urt. v. 08.11.2011 – 2 U 53/10 = BeckRS 2011, 26246; OLG Düsseldorf aaO.*

- 29 Die Prüfung der Grundwasserverhältnisse im Zusammenhang mit der Errichtung von Gebäuden ist eine „Standardpflicht“.

*OLG Brandenburg, aaO., OLG Düsseldorf, aaO.*

- 30 Nach der Rechtsprechung des BGH gehört der Schutz gegen drückendes Grundwasser zur funktionstauglichen Planung des **Architekten**.

*BGH, Urt. v. 14.02.2001 – VII ZR 176/99 = NJW 2001, 1276; Koeble in Kiniffka/Koeble/Jurgeleit/Sacher, Privates Baurecht und Bauprozess, 5. Auflage 2020, 11. Teil, Rz. 788 ff. m.w.N.*

- 31 Kommt es zu Schäden durch drückendes Grundwasser versagt die Rechtsprechung dem Geschädigten Ansprüche auf Kompensation immer dann, wenn der Schaden ohne den mangelhaften Zustand des Gebäudes nicht entstanden wäre (sogenannte Schadensgeneigntheit).

*st. Rspr., so schon BGH, Urt. v. 22.02.1971 – III ZR 221/67 = NJW 1971, 750, 751*

- 32 Ein solcher schadenanfälliger Zustand eines Gebäudes liegt bei fehlender Bauwerksabdichtung vor.

*BGH, Urt. v. 23.04.2015 – III ZR 397/13 = NVwZ 2015, 1317, 1320, Rz. 35*

- 33 Dass der Geschädigte möglicherweise nicht der Bauherr ist, ist insoweit unerheblich.

34 Nach ständiger Rechtsprechung trifft also den Eigentümer/Besitzer das Risiko eines nicht gegen Grundwasser abgedichteten Gebäudes. Oder anders gewendet: Mit dem Gedanken einer angemessenen Risikoverteilung wäre nicht vereinbar, der öffentlichen Hand Kosten dafür aufzuerlegen, die dadurch entstehen, dass Gebäude, behaftet mit dem Defizit einer fehlenden Abdichtung gegen „drückendes Wasser“, errichtet worden sind.

35 Daran gemessen, ergibt sich für die Frage der Haftung der AG folgendes:

## 1.2 Haftung der AG für rechtswidriges Handeln/Unterlassen

36 Soweit sich der Grundwassereinstau als rechtswidrige Folge eines Handelns bzw. Unterlassens der AG darstellen würde, kommt eine Haftung der AG nach Amtshaftungsgrundsätzen bzw. dem Rechtsinstitut des enteignungsgleichen Eingriffs in Betracht.

37 Ob dies überhaupt der Fall sein könnte, kann derzeit nicht gesagt werden, da die Klärung der Primärursachen (s.o. Rz. 19 f.) noch aussteht.

38 Letztlich kann jedoch dahingestellt bleiben, ob die AG einen haftungsrelevanten Ursachenbeitrag für den Grundwassereinstau gesetzt hat. Denn im haftungsrechtlichen Kontext würden etwaige Ansprüche spätestens auf der Ebene des Schadens bzw. der Eigentumsbeeinträchtigung entfallen. Wie schon ausgeführt, sind Schäden, die auf die Schadensgeneigtheit eines Gebäudes zurückzuführen sind, schon grundsätzlich nicht kompensationspflichtig (s.o. Rz. 27-34).

39 Dies dürfte nach den bisherigen Erkenntnissen hier der Fall sein. Die betroffenen Keller sind ganz offensichtlich nicht ordnungsgemäß gegen eindringendes Wasser abgedichtet.

40 Der Vollständigkeit halber sei aber noch auf zwei weitere Umstände hingewiesen:

41 Eine etwaige Haftung der AG auf Schadenersatz würde sich nach Amtshaftungsgrundsätzen bemessen. Hierfür gilt der sogenannte **Subsidiaritätsgrundsatz** des § 839 Abs. 1 S. 2 BGB. Dieser besagt, dass die öffentliche Hand dann nicht einstandspflichtig ist, wenn der Betroffene eine anderweitige

Ersatzmöglichkeit hat. Wie oben schon ausgeführt (vgl. Rz. 29 ff.) ist der Architekt dafür verantwortlich, wenn ein Gebäude nicht ordnungsgemäß abgedichtet ist, obwohl eine Absicherung gegen drückendes Wasser – wie hier – geboten gewesen wäre. Aus dieser Verantwortlichkeit wiederum resultiert eine eigene Schadenersatzverpflichtung des Architekten, die einem etwaigen Amtshaftungsanspruch vorgeht. **Insoweit müssen sich die Betroffenen schon deshalb an den Architekten halten, der das Gebäude offensichtlich defizitär geplant hat und nicht an die AG.**

- 42 Hinzu kommt Folgendes: Unter der demnach eher unwahrscheinlichen Prämisse einer Haftung der AG liegt die alleinige Entscheidungsbefugnis über eine Kompensation zudem allein bei der Haftpflichtversicherung der AG. Nach den Allgemeinen Versicherungsbedingungen sowie dem Versicherungsvertragsgesetz steht die Regulierungsvollmacht ausschließlich dem Versicherer zu.

### 1.3 Entschädigungsverpflichtung der AG für rechtmäßiges Handeln

- 43 Soweit sich der Grundwassereinstau als rechtmäßige Folge eines Handelns bzw. Unterlassens der AG darstellt, kommt eine Entschädigung nach den Grundsätzen des enteignenden Eingriffs in Betracht.

- 44 Allerdings geht nach der Rechtsprechung eine Entschädigung nur so weit, als das Eigentum als schutzwürdig anzuerkennen ist. Oder anders gewendet: Ist das Eigentum – wie offensichtlich hier – dergestalt vorbelastet, dass die betroffenen Keller nicht ordnungsgemäß gegen eindringendes Wasser abgedichtet sind, entfällt wegen der Schadensgeneigtheit des Gebäudes (s.o. Rz. 27-34) von vornherein ein an das Eigentum anknüpfender Entschädigungstatbestand für einen rechtmäßigen hoheitlichen Eingriff.

## 2. Folgenbeseitigungsansprüche

- 45 Folgenbeseitigungsansprüche sind regelmäßig darauf gerichtet, einen rechtswidrigen und beeinträchtigenden Zustand zu beseitigen. Darunter können auch temporäre Maßnahmen (wie z.B. Abpumpmaßnahmen) fallen, bis die Folgen der rechtswidrigen Beeinträchtigung endgültig beseitigt sind.

46 Folgenbeseitigungsansprüche sind vor den Verwaltungsgerichten geltend zu machen. Allerdings folgen die Verwaltungsgerichte derselben Argumentation wie die ordentlichen Gerichte im Zusammenhang mit dem Einstau von (Grund-) Wasser ( s.o. Rz. 27-34):

47 So hat schon das Bundesverwaltungsgericht im Jahre 1969 entschieden, dass das Eigentum geprägt ist durch die „Situation“, in die es „hineingestellt“ ist.

*BVerwG, Urt. v. 13.06.1969 – IV C 234/65 - juris, Rz. 18*

48 Nicht zuletzt deshalb haben auch die Unter- und Obergerichte Folgenbeseitigungsansprüchen (selbst bei rechtswidrigen behördlichen Maßnahmen) durchgängig die Anerkennung **versagt**, wenn das Eindringen von Wasser auf die fehlende Bauwerksabdichtung und/oder auf die problematischen Grundwasserverhältnisse in der Umgebung des Bauwerks zurückzuführen war.

*OVG Rheinland-Pfalz v. 02.04.2002 - 1 A 10201/02.OVG -, n.v.; OVG Niedersachsen, Urt. v. 31.03.2004 – 13 LB 11/03 –, juris, Rz. 36; VG Regensburg, Urt. v. 29.03.2010 – RN 8 K 08.1018 –, juris, Rz. 43; VG Magdeburg, Urt. v. 13.05.2014 – 9 A 134/13 –, juris, Rz. 41; VG Trier, Urt. v. 04.12.2019 – 9 K 3336/19.TR –, juris, Rz. 47*

49 Gemessen an den Vorgaben der vorzitierten Rechtsprechung besteht **kein Anspruch** der Betroffenen auf Beseitigung der durch den Grundwassereinstau entstandenen Beeinträchtigungen, sei es temporär (z.B. durch Abpumpen von Grundwasser) oder auf Dauer.

### 3. Hilfen und/oder Zuwendungen der AG

#### 3.1 Vorbemerkung

50 Ob ein rechtlicher Hilfe-, Zuwendungs-, oder Fördertatbestand aufgrund von landesrechtlichen Bestimmungen oder auf kommunaler Ebene existiert, der den vom Grundwassereinstau Betroffenen eine finanzielle Unterstützung oder Entlastung (z.B. durch Verzicht auf Abgaben) gewähren könnte, ist dem AN nicht bekannt.

- 51 Hinzuweisen ist aber darauf, dass Zuwendungen etc. auch auf haushalterischer Grundlage als sogenannte „Etatzuwendungen“ vergeben werden können. Ob eine solche Möglichkeit im Haushalt der AG gegeben ist oder noch geschaffen werden kann, ist dem AN ebenfalls nicht bekannt.

Höchstvorsorglich wird deshalb die Rechtslage „alternativ“ dargestellt:

### 3.2 Alternative 1: Rechtsgrundlage gegeben

- 52 Einmal unterstellt, dass Zuwendungen an die Betroffenen rechtlich möglich wären, ist wiederum zu unterscheiden, ob ein Anspruch auf Zuwendungen besteht oder nicht.

#### 3.2.1 Alternative 1a: Eine etwaig bestehende Rechtsgrundlage ist als Anspruch ausgestaltet

- 53 Ist ein Anspruch gegeben, bestehen gegen Zuwendungen selbstverständlich keine rechtlichen Bedenken, sofern die tatbestandsmäßigen Voraussetzungen erfüllt sind. Soweit der Tatbestand des Anspruchs aufgrund der Dringlichkeit eine Vorleistung zulässt, muss eine solche natürlich gewährt werden.

#### 3.2.2 Alternative 1b: Eine etwaig bestehende Rechtsgrundlage ist nicht als Anspruch ausgestaltet

- 54 Besteht kein Anspruch, wie meist bei Hilfen der öffentlichen Hand im Zusammenhang mit Schäden durch Wasser, werden Zuwendungen nach pflichtgemäßem Ermessen im Rahmen der zur Verfügung stehenden Haushaltsmittel vergeben. Dabei obliegt es grundsätzlich dem Zuwendungsgeber, das „ob“ und „wie“ der Förderung frei zu bestimmen. Hierbei ist er nur durch den allgemeinen Gleichheitsgrundsatz bzw. das Willkürverbot (Art. 3 GG) und das Rechtsstaatsprinzip sowie den **Grundsatz der Selbstbindung der Verwaltung** eingeschränkt.

*st. Rspr, vgl. nur VG Regensburg, Urt. v. 24.01.2019 - RN 5 K  
17.2203 - juris, Rz. 26*

- 55 Normative Grundlage der Rechtsfigur der Selbstbindung der Verwaltung ist der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG. Mit ihr wird ein auf Leistungsgewährung gerichteter Rechtsanspruch eines einzelnen Bürgers bejaht.
- 56 Die Selbstbindung und ihr Inhalt ergeben sich aus einer bestehenden Verwaltungspraxis. Sie knüpft nur an ein faktisches Verhalten an, ohne dass es auf den Willen der Verwaltung ankommen würde, eine bestimmte Verwaltungspraxis zu etablieren. Daher kann sogar eine „Selbstbindung wider Willen“ eintreten. Indem die Verwaltung mehreren Fällen in gleicher Weise verfährt, kommt es also zu einer Bindung an diese Praxis; **in gleich gelagerten Fällen darf sie zukünftig nur noch bei Vorliegen eines zureichenden sachlichen Grundes von ihrer bestehenden Praxis abweichen.**

*Desens, Bindung d. Finanzverwaltung an die Rspr., 2011, 383; BVerwG, Urt. v. 21.08.2003 - 3 C 49/02 = NVwZ 2004, 350; So-  
dan/Ziekow, GK ÖffR, 8. Aufl. 2018, § 64 Rn. 6, § 69 Rn. 8.*

- 57 Dies vorausgeschickt und unterstellt, dass die AG Zuwendungen an die Betroffenen vergibt, wird voraussichtlich ein Zuwendungsanspruch für (zukünftige und) gleich gelagerte Fälle entstehen.
- 58 Dies bedeutet zunächst, dass eine Zuwendung an nur einen der hiesigen Betroffenen einen inhaltlich gleichen Zuwendungsanspruch der anderen aktuell Betroffenen auslöst.
- 59 Abgesehen von dem hier im Rede stehenden Grundwassereinstau wäre die AG ferner verpflichtet, anderen, in der Zukunft aber auch in der Vergangenheit durch Grundwasser vergleichbar Betroffenen (z.B. durch den Bau von U-Bahn- oder Straßentunneln) finanzielle Unterstützung zur Herstellung trockener Keller, Tiefgaragen etc. im gesamten Stadtgebiet zu gewähren, obwohl auch deren Bauwerke in einem grundwassergefährdeten Gebiet errichtet und nicht nach den Regeln der Technik abgedichtet wurden.
- 60 Gemessen an der verfassungsrechtlichen Herleitung der Selbstbindung ist schließlich nicht ausgeschlossen, dass sich der oben skizzierte Zuwendungsanspruch dann z.B. auch auf Fälle erstreckt, in denen Oberflächenwasser aufgrund von Starkregenereignissen in nicht ordnungsgemäß abgedichtete Lichtschächte etc. in Keller eindringt.

61 Die Wirkungen einer Selbstbindung beziehen sich nach der Rechtsprechung (s.o. Rz. 54) auch auf das „wie“ der der Zuwendung. Werden demnach Zuwendungen im Einklang mit haushalterischen Vorgaben (auch) als Vorleistung gewährt, ist daran in der Zukunft ebenfalls festzuhalten.

62 Ob eine Selbstbindung der Verwaltung im oben beschriebenen Umfang, die Existenz einer rechtlichen Zuwendungsgrundlage einmal unterstellt, gewünscht bzw. mit der Haushaltslage der AG zu vereinbaren ist, ist die Entscheidung der AG und gegebenenfalls des Stadtrats.

### 3.3 Alternative 2: keine Rechtsgrundlage

63 Existiert keine rechtliche Zuwendungsgrundlage, ist die Gewährung einer Zuwendung rechtswidrig (Legalitätsprinzip, Art. 20 Abs. 3 GG) und eine entsprechende Selbstbindung der Verwaltung zu **verneinen** (keine „Gleichheit im Unrecht“, kein „Fehlerwiederholungsanspruch“).

64 Bei weitem problematischer für die Entscheidungsträger der AG ist jedoch im Falle der Gewährung einer Zuwendung ohne rechtliche Grundlage der strafrechtliche Tatbestand der „Untreue“ gemäß **§ 266 StGB**.

65 Nach der Rechtsprechung des BGH kann der Tatbestand der Untreue, i.S.d. § 266 StGB auch bei Verstößen gegen haushaltsrechtliche Vorgaben oder Prinzipien verwirklicht sein („Haushaltsuntreue“). Dies ist immer dann der Fall, wenn in Fällen pflichtwidriger (rechtsgrundloser) Verfügungen über Haushaltsmittel das Vermögen des Berechtigten (AG) vermindert wird.

*BGH, Beschl. v. 13.04.2011 - 1 StR 592/10 = NStZ 2011, 520*

66 Es ist insbesondere auch anerkannt, dass ein Verstoß gegen das haushaltsrechtliche Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit eine untreuerelevante Pflichtwidrigkeit darstellen kann.

*BGH, Beschl. v. 08.01.2020 - 5 StR 366/19 = NStZ 2020, 422, Rz. 16*

- 67 Als „Täter“ für die „Haushaltsuntreue“ kommen alle kommunalen Repräsentanten in Betracht, deren Amtsstellung vermögensrechtliche Aufgaben umfassen und die der Gebietskörperschaft gegenüber vermögensbetreuungspflichtig sind (z.B. Oberbürgermeister und Kämmerer).

*BGH, Beschl. v. 13.04.2011 - 1 StR 592/10 = NStZ 2011, 520*

- 68 Aber auch eine persönliche strafrechtliche Verantwortlichkeit von Stadträten/innen für die Verwirklichung des Untreuetatbestands ist möglich, und zwar dann, wenn die pflichtwidrige Zuwendung auf ein bestimmtes Abstimmungsverhalten in einem kommunalen Kollegialorgan (Stadtrat) zurückgeht bzw. nicht verhindert wird (sogenannte „Gremienkausalität“).

*BGH, Urt. v. 06.11.2002 - 5 StR 281/01 = NStZ 2003, 141, (143), Rz. 19 m.w.N.*

- 69 Gemessen daran besteht im konkreten Fall das naheliegende Risiko der Verwirklichung des Straftatbestands der „Haushaltsuntreue“ gemäß § 266 StGB, sollten die kommunalen Entscheidungsträger der AG Zuwendungen an die Betroffenen gewähren, obwohl hierfür keine rechtliche Grundlage existiert.

### 3.4 **Alternative 3: Schaffung einer Rechtsgrundlage**

- 70 Denkbar ist natürlich auch, dass eine **öffentlich-rechtliche Grundlage** (z.B. im Haushaltsplan) für Zuwendungen der hiesigen Betroffenen (dann allerdings mit Rückwirkung) von der AG **noch geschaffen wird**.

- 71 Dann müssen allerdings die gesetzlichen und verwaltungsverfahrensrechtlichen Vorgaben für die dafür erforderlichen „Rechtsetzungsakte“ eingehalten werden.

*zu diesen vergleiche VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 10.04.2001 - 1 S 245/00, Rz. 16 - juris; BVerwG, Urt. v. 21.08.2003 - 3 C 49/02 = NVwZ 2004, 350 ff.*

- 72 Ob das gewünscht bzw. mit der Haushaltslage der AG zu vereinbaren ist, ist die Entscheidung der AG und gegebenenfalls des Stadtrats.

- 73 Die Regelung von Hilfen und Zuwendungen allein durch einen **privatrechtlichen Vertrag** erscheint äußerst problematisch, **wenn** es für die Gewährung der vertraglich zugestandenen Leistungen – den Vertrag hinweggedacht – **keine rechtliche Grundlage** geben sollte. Letzteres ist nach dem oben Gesagten (vergleiche Rz. 26 ff.) nicht gerade fernlegend.
- 74 Denn schließt die AG gleichwohl einen Vertrag kann (auch) dadurch der Tatbestand der „Haushaltsuntreue“ gemäß § 266 StGB erfüllt sein. Entscheidend ist in diesem Zusammenhang, ob **durch den Vertragsschluss** ein Vermögensnachteil eingetreten ist. Dies ist nach der Rechtsprechung des BGH durch einen Vergleich des gesamten Vermögens vor und nach dem beanstandeten Rechtsgeschäft nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu prüfen. An einem Vermögensnachteil würde es dann fehlen, wenn der Abfluss aus dem betreuten Vermögen durch einen gleichzeitig eintretenden Vermögenszuwachs ausgeglichen wird; dabei muss die Untreuehandlung selbst beides hervorbringen.
- BGH, Urt. v. 27.07.2017 – 3 StR 490/16 = NStZ 2018, 105*
- 75 Wird demnach eine (finanzielle oder tatsächliche) Zuwendung als einseitiger „rechtsgrundloser“ Vermögensvorteil zu Gunsten der Betroffenen gewährt bzw. wird die Zuwendung nicht durch einen einigermaßen gleichwertigen vertragsbedingten Vermögenszuwachs zu Gunsten der AG kompensiert, kann ein durch den Vertragsabschluss entstandener strafrechtlich relevanter Vermögensnachteil zum Nachteil der AG vorliegen.
- 76 Entsprechendes gilt für den Verzicht der AG, z.B. auf entstandene Gebühren, ohne dass hierfür ein Rechtsgrund bestünde.
- 77 Möchte die AG, zur Vermeidung eines möglicherweise strafrechtlich relevanten Vermögensnachteils, **Gegenleistungen** für ihre Zuwendungen mit den Betroffenen vertraglich **vereinbaren**, sind insbesondere die Beschränkungen des sogenannten „**Koppelungsverbots**“ zu beachten, Art. 56 BayVwVfG.

*näher zum „Koppelungsverbot“ vergleiche z.B. BVerwG, Urt. v. 16.05.2000 - 4 C 4.99 = DNotZ 2000, 760 ff.*

#### IV. Ergebnisse

- 78 **Amtshaftungsansprüche und/oder Entschädigungsansprüche** der Betroffenen sind **nicht** gegeben, sofern die in Rede stehenden Gebäude nicht ordnungsgemäß gegen drückendes Wasser abgedichtet sind. Ob die AG einen rechtswidrigen haftungsrelevanten Verursachungsbeitrag für den Einstau gesetzt hat, ist unter dieser Prämisse ohne Belang.
- 79 **Folgenbeseitigungsansprüche**, gerichtet auf temporär und/oder final wirkende Maßnahmen zur Beseitigung des Grundwassereinstaus, bestehen **nicht**, sofern die in Rede stehenden Gebäude nicht ordnungsgemäß gegen drückendes Wasser abgedichtet sind. Ob die AG einen rechtswidrigen haftungsrelevanten Verursachungsbeitrag für den Einstau gesetzt hat, ist unter dieser Prämisse ebenfalls ohne Belang.
- 80 **Existiert eine Rechtsgrundlage** für eine Zuwendung, **die als Anspruch ausgestaltet ist, sind Zuwendungen zu gewähren**, soweit die Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sind.
- 81 **Existiert eine Rechtsgrundlage** für eine Zuwendung, **die nicht als Anspruch ausgestaltet** ist, steht die Vergabe von Zuwendungen im Ermessen der AG. **Gewährt sie den hier Betroffenen Zuwendungen, entsteht voraussichtlich ein Zuwendungsanspruch auch für andere Betroffene in allen zukünftigen und vergleichbaren Fällen im gesamten Stadtgebiet.**
- 82 **Existiert keine Rechtsgrundlage** für eine Zuwendung, wird sie aber gleichwohl gewährt, besteht das greifbare Risiko, dass damit der **Straftatbestand der sogenannten „Haushaltsuntreue“** gemäß § 266 StGB verwirklicht wird.
- 83 Vorstehendes gilt auch dann, wenn den Betroffenen **durch einen Vertrag** Leistungen gewährt werden, auf die sie – dem Vertrag hinweggedacht – keinen Anspruch hätten oder **auf Gebühren verzichtet** wird, ohne dass ein Verzichts- oder „Niederschlagungstatbestand“ vorhanden oder anwendbar wäre.

## **V. Bearbeitervermerke und Hinweise**

### **1. Bearbeitungsstand**

1. Das Gutachten berücksichtigt den Stand der Rechtsprechung und der vom Gutachter verwendeten Literatur bis Ende November 2020.

### **2. Urheberrechtliche Hinweise**

- 2 Gutachten genießen den Schutz des Urheberrechtsgesetzes.

Auf die Vorschriften der §§ 97 und 106 UrhG wird der guten Ordnung halber hingewiesen.

12.2020