

14

Nachschlagewerk: ja
BGHZ :nein

GG Art. 14 Cc, Cf; GewO § 33 d

Die rechtswidrige Versagung der Aufstellerlaubnis für einen Spielautomaten (§ 33 d GewO) stellt einen enteignungsgleichen Eingriff in den Gewerbebetrieb dar, der diesen Standplatz schon Jahre hindurch zur Gewinnerzielung mit Spielautomaten genutzt hat und durch die Versagung der Erlaubnis gehindert wird, das bisher dort angebrachte Gerät, dessen technische Zulassung abläuft, durch ein neues zu ersetzen.

GG Art. 14 Ea; GewO § 33 d

Die Entschädigung bemißt sich, wenn infolge der Versagung der Aufstellerlaubnis für einen Spielautomaten das Gerät und der Aufstellplatz für den Betrieb wertlos werden, nach dem Teil des Erlöses, der bei einer Veräußerung des Gesamtbetriebes auf das Spielgerät unter Berücksichtigung der mit dem bisherigen Aufstellplatz verbundenen Gewinnerwartungen entfallen wäre.

BGH, Urt. v. 29. Mai 1972 - III ZR 119/70 - OLG München
LG München I

14

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

III ZR 119/70

URTEIL

Verkündet am
29. Mai 1972
Groß,
Justizangestellte

in dem Rechtsstreit

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

1. der Ursula B [REDACTED], W [REDACTED]
Post [REDACTED] B [REDACTED],
2. des Fritz B [REDACTED], L [REDACTED], I [REDACTED]straße [REDACTED],
3. des Hans-Joachim B [REDACTED], F [REDACTED],
R [REDACTED] [REDACTED],

Kläger, Revisionskläger
und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof.Dr.h.c. [REDACTED] -

g e g e n

die L a n d e s h a u p t s t a d t M ü n c h e n ,
vertreten durch den Oberbürgermeister,

Beklagte, Revisionsbeklagte
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Frhr.v. [REDACTED] -

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 29. Mai 1972 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Hubert Meyer sowie der Bundesrichter Dr. Hußla, Gähtgens, Keßler und Dr. Krohn

für Recht erkannt:

Auf die Revisionen beider Parteien wird das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 14. Mai 1970 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der im Laufe des Rechtsstreits verstorbene Kläger Reinhold B. war von Beruf Spielgeräteaufsteller. Seine Erben - die jetzigen Kläger - verlangen von der Beklagten Ersatz von Verdienstentgang, der dadurch entstanden sein soll, daß die Beklagte befristete gewerberechtliche Genehmigungen für den Betrieb zweier Spielautomaten nach Ablauf der Geltungsfrist nicht erneuert hat.



Seit dem Jahre 1954 hatte der Kläger mit jährlich erneuerter Genehmigung der Beklagten im Untergeschoß des "R██████████-Hotel" in M██████████ zwei Spielautomaten aufgestellt, zuletzt den Automaten "Rotamint Bingo Royal" im Gang neben der zur Bar führenden Treppe und den Automaten "Rotomat Joker" am Eingang der Herrentoilette.

Letztmalig wurden die Genehmigungen für den Automaten "Rotomat Joker" am 13. April 1965 bis 27. April 1966 und für den Automaten "Rotamint Bingo Royal" am 30. Juli 1965 bis 31. Juli 1966 erteilt. Das erste Gerät war bis 27. April 1966 und das zweite bis 31. Juli 1968 technisch zugelassen. Diese Zulassung wird jeweils für drei Jahre erteilt.

Am 6. Dezember 1965 suchte der Kläger um die Aufstellgenehmigung für einen neuen Automaten "Rotomat Dualo" nach, der den "Rotomat Joker" ersetzen sollte. Die Beklagte teilte ihm am 8. Dezember 1965 mit, daß die vorhandenen Geräte noch bis zum Ablauf der Genehmigungszeit aufgestellt bleiben könnten, eine neue Genehmigung jedoch nicht mehr erteilt werde, da die Aufstellplätze im Hinblick auf den Schutz der Jugend ungeeignet seien.

Der Kläger entfernte das Gerät "Rotomat Joker" alsbald nach dem 27. April 1966.

Mit Schreiben vom 12. Juli 1966 bat der Kläger um die Erteilung eines mit Gründen und Rechtsbehelfsbelehrung versehenen Bescheides mit der Er-

klärung, er könne sich mit der Mitteilung vom 8. Dezember 1965 nicht zufrieden geben und beabsichtige, das Verwaltungsstreitverfahren durchzuführen. Zugleich bat er, den Betrieb des noch bis 31. Juli 1966 zugelassenen Gerätes "Bingo Royal" bis zur endgültigen Entscheidung weiter zu genehmigen.

Die Beklagte forderte mit Schreiben vom 15. Juli 1966 für die erbetenen Entscheidungen einen Kostenvorschuß an und fügte hinzu: "Dem Betrieb des Spielgerätes Bingo Royal ... über den 31.7.1966 kann nicht zugestimmt werden. Wir bitten, das Gerät rechtzeitig vom bisherigen Aufstellplatz zu entfernen." Dem Schreiben war eine Rechtsbehelfsbelehrung beigelegt.

Mit Antwortschreiben vom 25. Juli 1966 teilte der Kläger der Beklagten die Einzahlung des Kostenvorschusses mit und führte aus: Soweit dem Betrieb des Automaten "Bingo Royal" im Schreiben vom 15. Juli 1966 nicht mehr zugestimmt worden sei, lege er "Widerspruch" ein mit dem Antrag, die Aufstellerlaubnis zu erteilen. Nach nochmaligem Schriftwechsel lehnte die Beklagte mit Bescheid vom 8. September 1966 den Antrag vom 25. Juli 1966 auf Genehmigung der Aufstellung "eines mechanisch betriebenen Spielgerätes mit Gewinnmöglichkeit im Untergeschoß des Hotels R [REDACTED] neben der Herrentoilette" ab.

Den Widerspruch des Klägers wies die Regierung von Oberbayern zurück.

Auf seine Anfechtungsklage hob das Verwaltungsgericht mit Urteil vom 3. April 1967 den Bescheid der Beklagten vom 8. September 1966 und den Widerspruchsbescheid auf. Die Berufung der Beklagten blieb ohne Erfolg. Auf Anschlußberufung des Klägers verpflichtete der Bayerische Verwaltungsgerichtshof mit Urteil vom 19. Dezember 1967 die Beklagte, dem Kläger "die Erlaubnis für die Aufstellung eines zugelassenen Geldspielgeräts an dem dafür vorgesehenen Aufstellplatz im R[REDACTED]-Hotel zu erteilen."

Am 9. Februar 1968 beantragte der Kläger die Genehmigung zur Aufstellung eines Automaten "Rotomat Krone" für die Zeit vom 12. Februar 1968 bis 11. Februar 1969 im Souterrain des R[REDACTED]-Hotels. Dieser Antrag wurde am 12. Februar 1968 genehmigt. Zur tatsächlichen Aufstellung des Automaten kam es nicht mehr, weil die Hotelleitung nach Abschluß des Verwaltungsrechtsstreits den Kläger mit ihrer Zustimmung zur Aufstellung zunächst hinhielt und ihm schließlich zu erkennen gab, daß sie daran nicht mehr interessiert sei.

Mit der vorliegenden Klage verlangen die Erben des Klägers aus den Gesichtspunkten der Amtspflichtverletzung und des enteignungsgleichen Eingriffs Ersatz des durch die erzwungene Abräumung der beiden Automaten entstandenen Verdienstentganges, den sie mit 5 581,10 DM beziffern.

Das Landgericht hat der Klage nur in Höhe von 1 081,83 DM stattgegeben und den weitergehenden An-

spruch abgewiesen. Gegen das Urteil haben beide Parteien Berufung eingelegt. Das Oberlandesgericht hat beide Rechtsmittel mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß die Beklagte zusätzlich 4 % Zinsen aus 1 081,83 DM seit dem Zeitpunkt der Klagezustellung zu zahlen hat. Gegen dieses Urteil richten sich die zugelassenen Revisionen beider Parteien. Die Kläger beantragen, dem Klagebegehren voll zu entsprechen, während die Beklagte beantragt, die Klage in vollem Umfang abzuweisen. Beide bitten, das Rechtsmittel des Gegners zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

I.

Das Berufungsgericht hat dem Kläger 1 081,83 DM Entschädigung (nebst Zinsen) aus dem Gesichtspunkt des enteignungsgleichen Eingriffs zuerkannt und Ansprüche aus Amtspflichtverletzung verneint. Hierzu hat es im wesentlichen ausgeführt:

1. Nach dem Ausgang des zwischen dem Kläger und der Beklagten geführten Verwaltungsrechtsstreits stehe bindend fest, daß der Kläger einen Rechtsanspruch auf Erteilung der am 25. Juli 1966 beantragten Genehmigung gehabt habe. Die Beamten der Beklagten hätten jedoch nicht schuldhaft gehandelt, als sie die Genehmigung verweigerten, da ihre Rechtsauffassung nach der damaligen Sach- und Rechtslage vertretbar gewesen sei.

2. Dagegen sei der Kläger nach den für enteignungsgleiche Eingriffe in einen eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb bestehenden Grundsätzen zu entschädigen, soweit ihm die Genehmigung zum Betrieb des Automaten "Bingo Royal" über den 31. Juli 1966 hinaus vorenthalten worden sei. Es sei davon auszugehen, daß der Kläger diesen Automaten nicht an anderer Stelle hätte aufstellen können. Da der Kläger an diesem Aufstellplatz seit vielen Jahren - mit der erforderlichen gewerberechtlichen Genehmigung - Automaten habe arbeiten lassen, habe eine tatsächliche Zusammenfassung sachlicher und organisatorischer Mittel von der Art, die den Begriff des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs ausmache, vorgelegen. In diesen geschützten Bereich habe die Beklagte durch ihre Weigerung, die Genehmigung zu erneuern, eingegriffen. Der Höhe nach berechne sich die Entschädigung nach dem Verdienstentgang, den der Kläger durch die rechtswidrige Vorenthaltung der Aufstellgenehmigung erlitten habe, jedoch mit Ausnahme des in der Zeit vom 1. August bis 8. September 1966 eingetretenen Schadens, für den der Kläger wegen überwiegenden mitwirkenden Verschuldens eine Entschädigung nicht beanspruchen könne. Ihm sei anzulasten, seinen Anspruch auf Genehmigung im förmlichen Verfahren nicht unverzüglich geltend gemacht zu haben.

Dagegen habe hinsichtlich des zweiten Automaten, den den "Rotomat Joker" habe ersetzen sollen, noch keine Maßnahme der Beklagten vorgelegen, die als hoheitlicher "Eingriff" in den Gewerbebetrieb

gewertet werden könne. Der Kläger habe eine entsprechende Genehmigung nicht beantragt und die Beklagte insoweit auch keinen ablehnenden Bescheid erteilt. Die Eröffnung der Beklagten vom 8. Dezember 1965 sei vom Kläger nicht als verbindliche Entscheidung dahin, eine neue Genehmigung werde nicht mehr erteilt werden, aufgefaßt worden, was sich aus seiner damaligen Bitte ergebe, man möge ihm einen endgültigen Bescheid geben.

II.

Die Revision der Kläger.

1. Ansprüche aus Amtspflichtverletzung.

Die Auffassung des Berufungsgerichts, die Beamten hätten bei der Versagung der Aufstellgenehmigung nicht schuldhaft gehandelt, wird von den Klägern ohne Erfolg beanstandet.

Allerdings können die Verschuldensgrundsätze, die der erkennende Senat in ständiger Rechtsprechung für ein Fehlgreifen des Beamten bei der Gesetzesauslegung entwickelt und angewendet hat (vgl. Urteil vom 8. Juli 1968 - III ZR 56/66 = NJW 1968, 2144, 2145), vorliegend keine Anwendung finden. Die Beklagte hat ihren ablehnenden Bescheid vom 8. September 1966 ausschließlich damit begründet, daß der für den Spielautomaten vorgesehene Aufstellplatz im Vorplatz zu den Toilettenräumen des Hotels "den nach der Entschlie-ßung des Bayerischen Staatsministeriums für

Wirtschaft und Verkehr vom 12. Dezember 1963 im Vollzug des Jugendschutzes zu stellenden Anforderungen nicht entsprochen" habe. Diese Entschlie-
ßung führte - im Hinblick auf die Regelung in § 7 des Gesetzes zum Schutze der Jugend in der Öffent-
lichkeit (JSchÖG) - u.a. aus, daß "Toilettenräume,
Gassenschänken und Hausflure grundsätzlich als
Aufstellplätze für Spielautomaten auszuschneiden"
hätten. Wie bereits der Bayerische Verwaltungsge-
richtshof in seinem Urteil vom 19. Dezember 1967
hervorgehoben hat, enthob die in der genannten Ent-
schlie-ßung gemachte generalisierende Benennung von
bestimmten, für die Aufstellung von Spielgeräten
"grundsätzlich" als ungeeignet anzusehenden Ört-
lichkeiten die Genehmigungsbehörde nicht der Ver-
pflichtung, nunmehr im Einzelfall nachzuprüfen, ob
die am konkreten Aufstellplatz vorauszusetzenden
örtlichen Verhältnisse den Verdacht rechtfertigten,
eine derartige Genehmigung werde dem in § 7 JSchÖG
enthaltenen Spielverbot für Kinder und Jugendliche
zuwiderlaufen. Dabei mußte der Gedanke im Vorder-
grund stehen, ob und inwieweit Jugendliche als Teil
der Öffentlichkeit überhaupt Zutritt zu dem in Aus-
sicht genommenen Raum im Souterrain eines Hotels von
internationalem Rang haben konnten. Wenn die Beamten
der Beklagten diese maßgeblich auf die Würdigung des
konkreten Sachverhalts ausgerichtete Prüfung gewis-
senhaft und sorgfältig vorgenommen haben, kann ihnen
ihre Auffassung, daß der in Aussicht genommene Auf-
stellplatz das nach § 7 JSchÖG nicht gestattete
Glücksspiel durch Jugendliche begünstigen würde, auch
dann nicht zum Verschulden gereichen, wenn im Verwal-

tungsstreitverfahren die Gerichte später diesen Sachverhalt in seiner Bedeutung für das Anliegen des Jugendschutzes anders beurteilt haben. Wie die sehr ausführliche Berufungsbegründung der Beklagten im Verwaltungsgerichtsprozeß erkennen läßt, vermochte die Beklagte darauf hinzuweisen, daß das Hotel laufend für Tanztees an Wochentagen annoncierte, die besonders gern von Jugendlichen besucht wurden. Des weiteren fanden in den Räumen des Hotels häufig Veranstaltungen von Tanzschulen statt, an denen Jugendliche in erheblicher Anzahl teilnahmen. Dieser Sachverhalt ist von dem als Zeuge vernommenen Hoteldirektor Westendorf (vgl. VGH-Urteil S. 13/14), jedenfalls soweit es die laufenden Tanzveranstaltungen zweier Tanzschulen betrifft, bestätigt und vom Bayerischen Verwaltungsgerichtshof seiner Entscheidung zugrunde gelegt worden. Die von dem Zeugen geäußerte Auffassung, für die Tanzveranstaltungen habe sich ergeben, daß "die Jugendlichen andere Dinge im Kopf hätten als zu spielen", schloß die begründete Möglichkeit nicht aus, daß die Jugendlichen nicht doch durch die Wahl des Aufstellplatzes zu einem nach § 7 JSchÖG nicht gestatteten Verhalten angereizt werden würden. Sein weiterer Hinweis, das "Renommé" des Hauses "erfordere" die nötige Wachsamkeit, es "könne unter diesem Gesichtspunkt gar nicht in Betracht kommen, daß Jugendliche an dem aufgestellten Apparat spielen dürften", mußte nicht zwingend so aufgefaßt werden, daß die danach notwendigen Überwachungsmaßnahmen tatsächlich durchgeführt worden waren und auch in Zukunft würden getroffen werden. Insgesamt ergab sich danach ein Sachverhalt, der nach beiden Richtun-

gen hin einen gewissen Beurteilungsspielraum offenließ und die Würdigung, die ihm schließlich durch den Bayerischen Verwaltungsgerichtshof zuteil wurde, nicht als die einzig mögliche anbot. Unter diesen Umständen ist die abweichende Beurteilung, die die Beamten der Beklagten - übrigens unter späterer Billigung durch die Staatsanwaltschaft beim Bayerischen Verwaltungsgerichtshof - ihrem Bescheid zugrunde legten, nicht geeignet, den Vorwurf der Fahrlässigkeit zu rechtfertigen.

2. Ansprüche aus enteignungsgleichem Eingriff .

a) Die Kläger erblicken einen zur Entschädigung verpflichtenden Eingriff in den Gewerbebetrieb ihres Rechtsvorgängers darin, daß die beabsichtigte Aufstellung eines Automaten des Typs "Rotomat Dualo" (anstelle des "Rotomat Joker") an dem ablehnenden Verhalten der Beklagten, wie es vor allem ihrer Erklärung vom 8. Dezember 1965 zu entnehmen gewesen sei, gescheitert sei. Die Auffassung des Berufungsgerichts, insoweit hätten sich die Maßnahmen der Beklagten "noch nicht zu einem Eingriff verdichtet", wird von den Klägern zu Recht beanstandet.

Die Annahme eines enteignungsgleichen "Eingriffs" beschränkt sich nicht auf die Fälle, in denen die Behörde eine erbetene Erlaubnis förmlich verweigert. Ein dem gleichstehender "faktischer Eingriff" von hoher Hand liegt vor, wenn der Betroffene wie hier mit Rücksicht auf Erklärungen der zuständigen Behörde in verständiger Weise davon absieht, ein formelles Gesuch um Erteilung der Aufstellerlaubnis einzureichen. Vor-

ausgesetzt wird hierbei ein eindeutiges Verhalten der in Frage stehenden Behörde, das als Ausdruck einer endgültigen Haltung aufgefaßt werden muß (vgl. Urteile des Senats vom 10. Januar 1972 - III ZR 61/68 und vom 10. Februar 1972 - III ZR 188/69 = NJW 1972, 727 = WM 1972, 421; weitere Nachweise in der Festschrift für Riese, S. 329, 338). In dieser Weise hat sich hier das Amt für öffentliche Ordnung der Beklagten verhalten. In Kenntnis der Tatsache, daß der Kläger sich (zumindest) mit der Absicht trug, den in seinem Betrieb nicht mehr verwertbaren "Rotomat Joker" vom 28. April 1966 an durch ein neues Gerät zu ersetzen und hierfür um eine Aufstellerlaubnis nachzusuchen, hat sie ihm in einem über mehrere Monate geführten Schriftwechsel unmißverständlich eröffnet, daß sie eine neue Aufstellerlaubnis für die bisherigen Standplätze nicht mehr erteilen werde.

Dieses Verhalten der Beklagten hat auch insoweit die Bedeutung eines enteignungsgleichen Eingriffs in den Gewerbebetrieb des Klägers, als es diesen daran gehindert hat, den Automaten "Rotomat Dualo" anstelle des "Rotomat Joker" dem Unternehmen nutzbar zu machen. Nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats stellt allerdings die hoheitliche Einwirkung auf eine gewerblich nutzbare Sache erst dann eine Einwirkung auf den Gewerbebetrieb dar, wenn diese Sache im Betrieb schon eine "produktive Aufgabe" hat, wenn die hoheitliche Maßnahme also einen "im Betrieb bereits wirkenden Wert" nachteilig beeinflußt (Urteile des Senats vom 10. Januar 1972 - III ZR 139/70 = WM 1972, 371 und vom 31. Januar 1972 - III ZR

133/69 = NJW 1972, 758, jeweils mit weiteren Nachweisen). Ein Eingriff in das geschützte Recht auf Fortsetzung des Betriebes auf Grund der schon getroffenen betrieblichen Veranstaltung (vgl. BGHZ 34, 188, 190) ist andererseits vom Senat bejaht worden, wenn der Betriebsinhaber durch hoheitliche Einwirkung gehindert wurde, notwendige Erneuerungsmaßnahmen durchzuführen, um das Gewerbe in dem bisherigen Umfang fortzuführen (BGHZ aaO; BGH WM 1972, 371).

Hier hat die faktische Verweigerung der Aufstell-erlaubnis den Kläger daran gehindert, das wegen Ablaufs der technischen Zulassung aus dem Betrieb ausscheidende Gerät "Rotomat Joker" durch ein Neugerät zu ersetzen, das lediglich dazu bestimmt war, die bisherige betriebliche Aufgabe des Altgeräts fortzusetzen. Soweit als Folge des Eingriffs die Produktivmittel des Betriebes beeinträchtigt worden sind, liegt es nahe, von einem gegen die Substanz des Gewerbebetriebs gerichteten hoheitlichen Verhalten zu sprechen. Die Besonderheit des Falles besteht aber darin, daß der Kläger für den Einsatz des Neugerätes, also für die Aufrechterhaltung des Betriebes im bisherigen Umfang, eine besondere gewerberechtliche Erlaubnis (§ 33 d GewO) benötigte. Insoweit ist auch der vom Senat entwickelte Grundsatz zu beachten, daß die rechtswidrige Vorenthaltung einer für die gewerbliche Betätigung erforderlichen behördlichen Zulassung für sich allein keinen zur Entschädigung verpflichtenden Eingriff in den Gewerbebetrieb darstellt, und dies selbst dann, wenn auf die Erteilung der Zulassung ein Rechtsanspruch besteht (BGH NJW 1962, 2347, 2348 = LM Art. 14 GG (Bb)

14

Nr. 30; Urteil des Senats vom 10. Mai 1971 - III ZR 205/69). Diese Beschränkung entspricht dem Wirkungsbereich der Eigentumsgarantie: Der durch Art. 14 Abs. 1 GG vermittelte Schutz erstreckt sich nur auf Rechtspositionen, die einem Rechtssubjekt bereits zustehen, während Chancen und Verdienstmöglichkeiten, die erst das Ergebnis nachfolgenden Erwerbs und künftiger Betätigung sein können, nicht unter dem Gesichtspunkt des Eingriffs in einen bestehenden Gewerbebetrieb zur Entschädigung verpflichten (BVerfG Beschluß vom 16. März 1971 = NJW 1971, 1255, 1260; Wittig, Bundesverfassungsgericht und Grundrechtssystematik, Festschrift für Gebhard Müller, 1970 S. 575, 590). Danach können die Kläger aus dem Gesichtspunkt des enteignungsgleichen Eingriffs jedenfalls eine unmittelbar auf Ersatz des bei Erteilung der Aufstellerlaubnis mit dem Austauschgerät einspielbaren Gewinns gerichtete Entschädigung nicht beanspruchen; denn diese würde über den Schutz des Erworbenen, des Ergebnisses der bisherigen gewerblichen Betätigung (BVerfG aaO) hinausführen. Dieses Verständnis des Art. 14 Abs. 1 GG verbietet es andererseits aber nicht, dem Eigentümer eine Entschädigung für den Verlust zu gewähren, der darin besteht, daß der Gewerbebetrieb infolge der Versagung der gewerberechtlichen Erlaubnis für die Fortführung einer bereits eingeleiteten und durch entsprechendes Anlagevermögen ermöglichten betrieblichen Veranstaltung eine Substanzminderung erleidet. Wie das Berufungsgericht in tatsächlicher Hinsicht feststellt, hatte der Kläger schon seit vielen Jahren Automaten an dem hier in Rede stehenden Aufstellplatz in Betrieb. Bei diesem Sachverhalt kann das für den Stand-

platz des "Rotomat Joker" bestimmte Gerät mit seinem betriebsbezogenen Wert, der sich auch aus der erworbenen Berechtigung ergab, es an dieser Stelle betriebliche Aufgaben versehen zu lassen, unbedenklich in den von Art. 14 Abs. 1 GG geschützten Bestand der sachlichen und organisatorischen Mittel des Unternehmens einbezogen werden. Im Ergebnis hat das ablehende Verhalten der Beklagten dahin geführt, daß der Aufstellplatz dem Unternehmen verlorenging, womit die unabdingbare Voraussetzung für eine betriebliche Nutzung dieses Automaten, wie das Berufungsgericht feststellt, entfiel.

Entsprechend dem Grundsatz, daß eine Entschädigung nur für die dem Gewerbebetrieb entzogene Vermögenssubstanz zu gewähren ist (vgl. dazu neuerdings das Senatsurteil vom 20. Dezember 1971 - III ZR 79/69 = NJW 1972, 243, 246), gebührt den Klägern hiernach eine Entschädigung in Höhe des Teilwertes, der bei einer angenommenen Veräußerung des gesamten Unternehmens anteilig für den "Rotomat Dualo" unter Berücksichtigung der mit dem konkreten Aufstellplatz verbundenen Gewinnerwartung Erlöst worden wäre. Hierbei ist darauf abzustellen, wie im Zeitpunkt des Ablaufs der Aufstell-erlaubnis für den "Rotomat Joker" ein verständiger Kaufmann die Wahrscheinlichkeit, die Erlaubnis wie in den 12 vorangehenden Jahren auch für das Austauschgerät zu erhalten, bei seinem Preisangebot für den Gewerbebetrieb eingeschätzt haben würde. Der danach zu bestimmende Entschädigungsbetrag bedarf noch der Festsetzung durch den Tatrichter.

Bei dem hier gegebenen Sachverhalt läßt sich ein Mitverschulden des Betroffenen (vgl. BGHZ 56, 57, 64 f) nicht begründen. Der Vorwurf, die Fortdauer des beeinträchtigenden Verhaltens der Beklagten durch eigene Untätigkeit mitverursacht zu haben, kann dem Rechtsvorgänger der Kläger schon deshalb nicht gemacht werden, weil er davon ausgehen durfte, die Beklagte werde die in dem wegen der Versagung der Erlaubnis für den anderen Automaten geführten Verwaltungsstreitverfahren von ihm gemachten Ausführungen als berechtigt anerkennen und ihren Widerstand auch gegen die Aufstellerlaubnis für den Automaten "Rotomat Dualo" aufgeben. Im übrigen ist nicht ersichtlich, daß eine verwaltungsgerichtliche Klärung dieses Streitfalles schon vor der Entscheidung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs in dem Verfahren über die Erlaubnis für den "Rotamint Bingo Royal" herbeigeführt worden wäre, wenn der Kläger noch vor dem 28. April 1966 um eine Aufstellerlaubnis förmlich nachgesucht und gegen den ablehnenden Bescheid den Rechtsweg beschritten hätte.

Auf die Frage, ob bei der Berechnung der Entschädigung die 33 1/3 %ige Beteiligung des Hoteliers an den Einspielergebnissen hier zu Lasten der Kläger zu berücksichtigen ist, kommt es hingegen nicht an, da die Entschädigung, wie dargelegt, nicht nach dem entgangenen Gewinn, sondern nach dem Substanzverlust zu bemessen ist, den der Gewerbebetrieb durch die vorzeitige Entwertung einer bis dahin wirksamen Einnahmequelle hat hinnehmen müssen.

b) Hinsichtlich des Automaten "Rotamint Bingo Royal" beanstanden die Kläger, daß das Berufungsgericht ihrem Rechtsvorgänger ein mitwirkendes Verschulden angelastet und den $33 \frac{1}{3}$ %igen Anteil des Hoteliers an den Einspielergebnissen als Unkostenbeitrag vom Entschädigungsanspruch abgesetzt hat. Diese Rügen sind berechtigt.

Das mitwirkende Verschulden wird vom Berufungsgericht darin gesehen, daß der Rechtsvorgänger in der Zeit vom 1. August bis 8. September 1966 keine geeigneten Schritte "zur Durchsetzung seiner Ansprüche im förmlichen Verfahren" unternommen habe. Mit dieser Begründung läßt sich eine Anspruchsminderung nicht rechtfertigen, da die Entschädigung, wie oben dargelegt, nicht nach dem in einem bestimmten Zeitraum entgangenen Gewinn, sondern nach den Grundsätzen der Substanzentschädigung zu berechnen ist. Für deren Umfang ist es ohne Bedeutung, daß der Betriebsinhaber den förmlichen Versagungsbescheid möglicherweise einige Wochen früher hätte erlangen können. Ebenso verhält es sich mit der erwähnten Beteiligung des Hoteliers an den Einspielergebnissen, die in der vom Berufungsgericht vorgenommenen Weise nur dann Bedeutung erlangen kann, wenn die Entschädigung - was hier ausscheidet - nach dem entgangenen Gewinn zu bemessen ist.

III.

Die Revision der Beklagten.

Die Beklagte ist nur insoweit beschwert, als das Berufungsgericht sie verpflichtet hat, wegen der rechts-

widrigen Versagung der Aufstellerlaubnis für das Gerät "Rotamint Bingo Royal" den Klägern nach den Grundsätzen des enteignungsgleichen Eingriffs Entschädigung zu leisten.

Soweit die Beklagte ihre Verpflichtung dem Grunde nach bezweifelt, dringt ihre Rüge nicht durch. Wegen der Einzelheiten wird auf die Ausführungen unter II 2 a und b verwiesen.

Dagegen beanstandet die Beklagte zu Recht, daß das Berufungsgericht die Entschädigung nach dem entgangenen Gewinn bemessen hat (s. dazu oben II 2 a).

IV.

Nach den bisher getroffenen tatsächlichen Feststellungen ist nicht auszuschließen, daß die den Klägern für die Vorenthaltung der Aufstellerlaubnisse hinsichtlich beider Automaten gebührende Substanzentschädigung den vom Berufungsgericht zuerkannten Betrag übersteigt und den vollen Betrag der Klageforderung erreicht. Ebenso ist es möglich, daß die festzusetzende Entschädigung den zugesprochenen Betrag unterschreie-

tet. Da der erkennende Senat nicht in der Lage ist, diese Entschädigung wenigstens in gewissen Grenzen näher zu bestimmen, ist das Berufungsurteil auf die Revisionen beider Parteien in vollem Umfang aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen.

Meyer

Dr. Hußla

Gähtgens

Keßler

Dr. Krohn