

Verkündet laut Protokoll  
am 13. Juli 1954  
[REDACTED] Justizobersekretär,  
als Urkundsbeamter der  
Geschäftsstelle.

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

der Stadtgemeinde M [REDACTED] / R [REDACTED], vertreten durch ihren Rat,

Beklagten, Berufungsbeklagten, Anschluss-  
berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

g e g e n

die Geschäftsinhaberin Ehefrau Mia P [REDACTED] in M [REDACTED] / R [REDACTED],  
I [REDACTED]

Klägerin, Berufungsklägerin, Anschluss-  
berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

hat der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-  
liche Verhandlung vom 13. Juli 1954 unter Mitwirkung des  
Senatspräsidenten Prof.Dr. Geiger und der Bundesrichter  
Rietschel, Dr.Weber, Dr.Wolany und Dr.Beyer

für Recht erkannt:

Auf die Revision der beklagten Stadt wird das Urteil  
des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Düssel-  
dorf vom 16. April 1953 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Ent-  
scheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.  
Dieses hat auch über die Kosten des Revisionsver-  
fahrens zu entscheiden.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin war vom 23. Juli bis 30. September 1949 als stille Gesellschafterin an dem Wein- und Spirituosen-geschäft des Kaufmanns Stefan B. in M.-R., V. platz, beteiligt. Die gemietete Verkaufsstelle befand sich in einer längere Zeit zuvor ohne baupolizeiliche Genehmigung hergerichteten Baracke und war von B. - wiederum ohne baupolizeiliche Genehmigung - mit einer neuen Tür und einem Fenster versehen worden.

Nachdem die Klägerin sich mit B. über die Lösung des Gesellschaftsverhältnisses zum 30. September 1949 verständigt hatte, suchte sie für die bisherige Verkaufsstelle in der Baracke am V. platz durch Rechtsanwalt Dr. N. mit Eingabe vom 20. August 1949 an den Gewerbeausschuss der Stadtverwaltung M.-R. - zu Händen von Direktor He. - sowie mit Eingabe vom 30. August 1949 an das Rechtsamt der Stadtverwaltung "um die Erteilung einer Konzession zur Führung eines Einzelhandelsgeschäfts zum Vertrieb von Spirituosen und Weinen" nach, ferner mit Eingabe vom 28. sowie 30. September 1949 an das Ordnungsamt der Stadtverwaltung um "die Genehmigung zum Verkauf von Wein- und Feinkostartikeln". Den Antrag auf Genehmigung für den Feinkosteinzelhandel nahm sie kurz danach zurück.

Mit Bescheid vom 29. Oktober 1949 hat das Ordnungsamt die Genehmigung für den Einzelhandel mit Wein versagt, weil die bauaufsichtliche Genehmigung vor Ausführung der Änderungsarbeiten nicht nachgesucht worden sei und eine nachträgliche Genehmigung nicht erteilt werden könne. Auf Beschwerde hin hat der Regierungspräsident in Düsseldorf mit Bescheid vom 12. Dezember 1949 das Ordnungsamt angewiesen, unbeschadet der Bestimmungen der Bauordnung sowie des § 11 des Bauflucht-

- 3 -

liniengesetzes die Genehmigung zu erteilen. Das Ordnungsamt hat daraufhin mit Bescheid vom 23. Dezember 1949, zugestellt am 2. Januar 1950, die Genehmigung für den Einzelhandel mit Wein ausgesprochen. Begonnen hat die Klägerin mit dem Weinverkauf bereits am 22. Dezember 1949.

Mit Beschluss vom 10. Februar 1950 hat schliesslich der Beschlussausschuss der Stadt M[REDACTED] auch die Erlaubnis für den Kleinhandel mit Trinkbranntwein und Likören in Verbindung mit dem Weinhandel erteilt. Den Spirituosenverkauf hat die Klägerin am 15. Februar 1950 aufgenommen.

Die Klägerin hat geltend gemacht, der wirkliche Grund dafür, dass das Ordnungsamt die Genehmigung für den Einzelhandel mit Wein versagt habe, seien zivilrechtliche Differenzen der Stadt mit dem Eigentümer der Baracke - We[REDACTED] und der Erwerberin des Grundstücks am V[REDACTED]platz, der Firma Ov[REDACTED] und W[REDACTED], gewesen. In anderen Genehmigungsfällen sei die Behörde grosszügig gewesen. Die Beamten hätten die Sache auch in die Länge gezogen, um sie, die Klägerin, müde zu machen. Jedenfalls sei die Versagung der Genehmigung rechtlich unzulässig gewesen. Durch die Art, wie man die Angelegenheit behandelt habe, sei ihr ein Schaden in Höhe von 4 368,50 DM entstanden (1 669,50 DM Gewinnverlust Oktober bis Dezember 1949 + 1000 DM Gewinnverlust aus Weihnachts- und Karnevalgeschäft + 450 DM Miete + 45 DM Putzhilfe + 9 DM Fensterputzer je für Oktober bis Dezember 1949 + 20 DM Heizungskosten + 800 DM Verlust durch Preissenkung von Spirituosen + 175 DM Telefongebühren und Fahrtkosten + 200 DM Zinsleistung für aufgenommenes Darlehen = 4 368,50 DM).

Das Landgericht hat die beklagte Stadt zur Zahlung von 250 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 15. Dezember 1950 verurteilt und im übrigen die Klage abgewiesen. Es sieht eine schuldhaft



amtspflichtwidrige Verzögerung der Einzelhandelsgenehmigung als erwiesen an. Bei ordnungsmässiger Sachbehandlung hätte diese am 15. Oktober 1949 erteilt sein müssen. Da die Klägerin am 22. Dezember 1949 mit ihrem Gewerbetrieb begonnen habe, komme ein Verdienstausschlag für rund 2 1/2 Monate in Frage. Aus ihrer Umsatzmeldung an das Finanzamt für das 1. Halbjahr 1950 ergebe sich ein Durchschnittsumsatz von 900 DM monatlich. Das entspreche einem monatlichen Reinverdienst von schätzungsweise 100 DM. Der Verdienstausschlag belaufe sich also auf 250 DM. Mehr könne die Klägerin nicht verlangen.

Im Berufungsverfahren hat die Klägerin ihre Forderung erweitert. Ihr entgangener Gewinn belaufe sich auf mindestens 7 500 DM. Hinzu kämen ein Schaden von 800 DM infolge Preissenkung schon eingekaufter Spirituosen, Auslagen für Rechtsberater im Betrag von 500 DM und für eigene der Rechtsverfolgung dienende Reisen nach Düsseldorf im Betrag von mindestens 200 DM. Insgesamt sei ihr ein Schaden von mindestens 9 000 DM entstanden. Die Klägerin hat beantragt, die Beklagte zur Zahlung einer vom Gericht nach § 287 ZPO festzusetzenden Entschädigung, mindestens eines Betrags von 7 500 DM nebst 10 % Zinsen von 4 368,50 DM seit Klagzustellung (15. Dezember 1950), im übrigen seit dem 1. März 1951 zu verurteilen.

Die beklagte Stadt, die sich der Berufung der Klägerin angeschlossen hat, hat volle Klagabweisung beantragt.

Das Berufungsgericht hat die Anschlussberufung der beklagten Stadt zurückgewiesen und den weitergehenden, mit der Berufung verfolgten Klaganspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Dagegen richtet sich die Revision der beklagten Stadt, die weiterhin volle Klagabweisung anstrebt.

Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Die Revision rügt in erster Linie Verletzung des § 304 ZPO, weil die Tragweite des angefochtenen Zwischenurteils über den Grund des Anspruchs nicht zu erkennen sei. Diese Rüge ist unbegründet.

Die Klägerin behauptet in der Berufungsbegründung, sie habe einen Schaden von mindestens 9 000 DM erlitten. Davon sind 800 + 500 + 200 DM fest beziffert, während der Verdienstausfall mit 7 500 DM als Mindestbetrag angegeben ist. Wenn die Klägerin beantragt hat, unter teilweiser Abänderung des landgerichtlichen Urteils die Beklagte zu verurteilen, eine vom Gericht gemäss § 287 ZPO festzusetzende Entschädigung, mindestens aber einen Betrag von 7 500 DM zu zahlen, so hat sie damit nicht, wie die Revision meint, ihre Forderung auf einen Teilbetrag des behaupteten Gesamtschadens beschränkt. Sie wollte mit dieser Fassung ihres Antrags ersichtlich nur dem Rechnung tragen, dass die Ermittlung des Verdienstauffalls schwierig ist, dass es dabei auf Schätzungen ankommt und dass das Gericht, von der Möglichkeit freier Schadensfeststellung nach § 287 ZPO Gebrauch machend, auf eine geringere Schadenssumme kommen könnte. Die Einzelposten der Berufungsbegründung stehen aber nicht, wie die Revision annimmt, in einem Eventualverhältnis zueinander, jeder Posten ist einzeln der gerichtlichen Nachprüfung unterstellt. Jeder ist im Bettragsverfahren der Höhe nach festzustellen.

Die Ausführungen auf S 4 der Berufungsbegründung der Klägerin sind, entgegen der Auffassung der Revision, nicht dahin zu verstehen, dass in erster Linie ein Rohgewinn in Höhe von 30 v.H. der Minderumsätze, in zweiter Linie entgangener Reingewinn für die Zeit bis zum 21. Dezember 1949 zuzüglich bis dahin nutzlos aufgewendeter Geschäftskosten verlangt werde. Evident will die Klägerin mit ihren Ausführungen nur darlegen, auf welcher Grundlage die beantragte freie Schadensfeststellung nach § 287 ZPO erfolgen könne und wie sie dazu komme, den Verdienstentgang auf mindestens 7 500 DM zu bemessen. Ein Eventualverhältnis zweier Anträge liegt auch hier nicht vor.

Bei dieser Sachlage ist das angefochtene Zwischenurteil zwanglos dahin zu verstehen, dass alle in der Berufungsbegründung angeführten Einzelposten dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt worden sind. Dabei ergeben die Gründe, dass der Verdienstaussfall im Weinhandel in der Zeit vom 11. Oktober bis 21. Dezember 1949 und im Branntweinhandel in der Zeit vom 11. Dezember 1949 bis 14. Februar 1950 entstanden ist.

Auch hinsichtlich der Zinsen besteht keine Unklarheit. Sie sind bis zur Höhe von 10 % dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt und zwar auch - über 4 % hinaus - für die schon vom Landgericht zugesprochenen 250 DM. Auch hinsichtlich des Beginns des Zinsenlaufs bestehen keine Zweifel. Die im Betragsverfahren zuzusprechende Summe soll bis zum Betrag von 4 368,50 DM vom Tage der Klagzustellung ab verzinst werden. Eine darüber hinausgehende Summe erst vom 1. März 1951 ab.

Wenn nach Vorstehendem die Tragweite des angefochtenen Urteils auch aus den Entscheidungsgründen ermittelt werden kann, so ist es doch ratsam, dass das Berufungsgericht, wenn es auf Grund der Zurückverweisung der Sache wieder zu einem Zwischenurteil nach § 304 ZPO kommt, schon im Urteilsspruch klar zum Ausdruck bringt, welche Einzelansprüche dem Grunde nach für gerechtfertigt gehalten werden unter Hervorhebung der Zeitspanne, für die gegebenenfalls Verdienstentgang zu ersetzen ist.

## II.

Das Berufungsgerichts sieht das Hauptverschulden darin, dass das Ordnungsamt der beklagten Stadt die nach Art I § 2 Abs 1 des Einzelhandelsschutzgesetzes vom 12. Mai 1933 (RGBl 1933, I 262) erforderliche Ausnahmegenehmigung für die Übernahme des Einzelhandelsgeschäftes mit Wein durch den Bescheid vom 29. Oktober 1949 deshalb versagte, weil die bauaufsichtliche Genehmigung vor Ausführung der Änderungsarbeiten nicht nachgesucht worden sei und eine nachträgliche Genehmigung nicht erteilt werden könne. Dieser Umstand habe das Ordnungsamt nicht berechtigt, die Genehmigung zu versagen, denn die Frage nach der Verkaufsstelle habe nur Bedeutung gehabt, solange die Genehmigung für die Errichtung eines Einzelhandelsgeschäftes wegen Übersetzung des betreffenden Handelszweiges versagt werden konnte. Das sei zur Zeit der Antragstellung der Klägerin nicht mehr der Fall gewesen.

Der Versagungsgrund der Übersetzung - wenn er bei der Übernahme bestehender Verkaufsstellen überhaupt gegeben war - bestand, wie das Berufungsgericht richtig erkannt hat, zur hier in Rede stehenden Zeit nicht mehr. Denn das Landesgesetz über die vorläufige Regelung gewerberechtlicher Geneh-

migungen und Schliessungen vom 7. Dezember 1948 (GVBl NRhWf 1948, 302) bestimmte in § 2, dass die nach dem Einzelhandelschutzgesetz erforderliche Genehmigung - mit Ausnahme der Betriebe der Ernährungswirtschaft - nicht wegen Fehlens eines Bedürfnisses oder wegen Übersetzung abgelehnt werden dürfe. Das zweite Landesgesetz gleichen Titels vom 7. Juni 1949 (GVBl NRhWf 1949, 116) beseitigte in § 1 die für Betriebe der Ernährungswirtschaft noch bestehende Ausnahme, es trat am 30. Juni 1949 in Kraft und erstreckte die Wirksamkeit des ersten Gesetzes bis zum 30. Juni 1950. War es vor dieser Regelung nötig zu wissen, ob und wo eine Verkaufsstelle vorhanden war, weil nur dann entschieden werden konnte, ob in der in Aussicht genommenen Gegend eine Übersetzung eintreten werde, so brauchte diese Frage also nunmehr vor Erteilung der Ausnahmegenehmigung nicht mehr geprüft zu werden.

Zu prüfen blieb aber die erforderliche Sachkunde und die persönliche Zuverlässigkeit in Bezug auf die Ausübung des Gewerbes (DVO vom 10. Februar 1949, GVBl NRhWf 1949 S 41). Ein Mangel an solcher Zuverlässigkeit konnte angenommen werden, wenn Tatsachen vorlagen, aus denen sich ergab, dass die Klägerin sich nicht im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften halten wollte. Das war hier der Fall. Die Klägerin war davon unterrichtet, dass die baupolizeiliche Genehmigung für die Errichtung der Baracke und deren Veränderung fehlte. Ihr war nahegelegt worden, ihr Geschäft an anderer Stelle zu eröffnen, und die Genehmigung war dafür in Aussicht gestellt worden. Trotzdem beharrte sie darauf, die Verkaufsstelle dort zu belassen, wo B. sie betrieben hatte. Das ergeben die Akten des Ordnungsamtes, die Verhandlungsgegenstand waren. Solches Verhalten der Klägerin rechtfertigte Zweifel an ihrer Zuverlässigkeit im Bezug auf die Ausübung des Gewerbes. Unter diesem Gesichtspunkt betrachtet stellte sich die Versagung

der Genehmigung durch das Ordnungsamt auch dann nicht als schuldhafte Amtspflichtverletzung dar, wenn der Sachbearbeiter des Ordnungsamtes, Tr[REDACTED], noch davon ausging, das Einzelhandelsschutzgesetz sei in seiner ursprünglichen Form anzuwenden, die Frage der Übersetzung sei zu prüfen, und deshalb habe er sich auch mit der Verkaufsstelle als solcher zu befassen.

Dass die Versagung der Genehmigung durch das Ordnungsamt auf sachfremden Beweggründen beruht hätte, ist nicht ersichtlich. Die Klägerin hat zwar wiederholt angedeutet, ihr sei die Genehmigung versagt worden, weil ein Verwandter des Beigeordneten Br[REDACTED], des Vorgesetzten Tr[REDACTED]s, in der Nähe ihrer Verkaufsstelle einen gleichartigen Handel betrieben habe. Dass Rücksichten auf diesen Verwandten die Bearbeitung und Entscheidung der Sache beeinflusst hätten, ist indessen, wie das Berufungsgericht ausdrücklich feststellt, nicht nachgewiesen.

Da somit unter dem bisher behandelten Gesichtspunkt Umstände, die es rechtfertigen könnten, das Verhalten des Ordnungsamts als schuldhaft amtspflichtwidrig im Sinn des § 839 BGB zu kennzeichnen, nicht vorliegen, ist der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts verfehlt. Aus der Verzögerung, die die Eröffnung des Einzelhandels mit Wein dadurch erlitt, dass der ablehnende Bescheid vom 29. Oktober 1949 ein Beschwerdeverfahren notwendig machte, kann die Klägerin Schadensersatzansprüche unter dem Gesichtspunkt der Amtshaftung demnach nicht herleiten. Insoweit trägt die Begründung das angefochtene Urteil nicht.

### III.

Schadensersatzansprüche der Klägerin können jedoch begründet sein, wenn die Bearbeitung ihrer Anträge schuldhaft

amtspflichtwidrig verzögert worden ist. Das Berufungsgericht sieht unrichtige Sachbehandlung in drei Richtungen als erwiesen an und kommt zu dem Ergebnis, dass die Entscheidung über die Einzelhandelsgenehmigung schon am 10. Oktober 1949 hätte fallen müssen. Hierzu ist folgendes zu bemerken:

1. Der an den Gewerbeausschuss zu Händen des Direktors He [REDACTED] gerichtete Antrag der Klägerin vom 20. August 1949, den He [REDACTED] am 26. August an das Rechtsamt der Beklagten weiterleitete, und der an das Rechtsamt unmittelbar gerichtete Antrag vom 30. August 1949, gingen auf Erteilung einer Konzession zur Führung eines Einzelhandelsgeschäfts zum Vertrieb von Spirituosen und Wein.

Eine Entschliessung war erforderlich, einmal hinsichtlich des Handels mit Spirituosen nach § 1 Abs 1 des Gaststättengesetzes vom 28. April 1930 (R3Bl 30, 106), wonach der Erlaubnis bedarf, wer den Kleinhandel mit Branntwein betreiben will, zum anderen hinsichtlich der Übernahme der Verkaufsstelle des Basten nach dem Einzelhandelsschutzgesetz. Über die Erlaubnis zum Handel mit Branntwein hatte der Städtebeschlussausschuss zu entscheiden, dessen Bürogeschäfte das Stadtrechtsamt erledigte, über die Genehmigung der Übernahme der Verkaufsstelle aber das Ordnungsamt. Das Rechtsamt behandelte die Anträge vom 20. und 30. August aber lediglich unter dem Gesichtspunkt der Erlaubnis zum Kleinhandel mit Branntwein. Es sandte eine Antragsausfertigung am 12./15. September an das Ordnungsamt mit der Bitte, dazu Stellung zu nehmen, ob ein Bedürfnis für diese Erlaubniserteilung vorliege und ob die Antragstellerin die erforderliche Zuverlässigkeit besitze.

Das Berufungsgericht meint, das Rechtsamt hätte die Ausfertigung des Antrags dem Ordnungsamt nicht nur zur Stellung-

nahme hinsichtlich des Bedürfnisses und der Zuverlässigkeit für den Branntweinhandel zusenden dürfen, sondern auch zur zuständigen Teilerledigung, soweit der Antrag auch auf die nach dem Einzelhandelsschutzgesetz erforderliche Genehmigung gerichtet gewesen sei. Denn dafür sei das Ordnungsamt zuständig gewesen. Mindestens hätte Rechtsanwalt Dr. N. der die Anträge für die Klägerin eingereicht hatte, alsbald veranlasst werden müssen, wegen der Genehmigung des Einzelhandels mit Wein unmittelbar das Ordnungsamt anzugehen. Geschehen sei nichts dergleichen. Darin liege die fahrlässige Verletzung der der Klägerin gegenüber bestehenden Amtspflicht zur sorgfältigen Behandlung ihrer Anträge.

a) Grundsätzlich ist es zwar Pflicht einer Behörde, an die zwei Anträge gerichtet werden, den Antrag, zu dessen Bescheidung sie selbst nicht zuständig ist, an die dafür zuständige Stelle unverzüglich weiterzuleiten oder doch den Antragsteller dahin zu belehren, dass er sich unmittelbar an die andere Stelle wenden solle. Unterlässt das die zunächst angegangene Behörde, so kann darin eine schuldhafte Amtspflichtverletzung dem Antragsteller gegenüber liegen. Ob hier aber das Rechtsamt den Anträgen vom 20. und 30. August 1949 tatsächlich entnehmen musste, dass sie sowohl auf die Erlaubnis zum Branntweinhandel als auf die Genehmigung zur Übernahme des Einzelhandelsgeschäftes abzielte, kann zweifelhaft sein. Die Fassung der Anträge war nicht eindeutig:

Erbeten wurde eine "Konzession". Dieser Ausdruck wird üblicherweise - wenn auch ungenau - gebraucht, falls es sich um eine Erlaubnis nach dem Gaststättengesetz handelt (Michel, Gaststättengesetz 4. Aufl 1952 § 1 VIII S 59). Die Zulassung einer Ausnahme nach dem Einzelhandelsschutzgesetz hingegen wird meist als Genehmigung bezeichnet.

In den Anträgen war die Klägerin auch nicht als stille Gesellschafterin Bastens bezeichnet, sondern als Teilhaberin des Einzelhandelsgeschäfts. Es konnte also der Eindruck entstehen, dass eine offene Handelsgesellschaft vorliege, aus der B. ausscheiden wollte. Schied aber ein Gesellschafter aus der offenen Handelsgesellschaft aus und wollte der andere das Einzelhandelsgeschäft als Einzelunternehmen weiterführen, so lag darin keine genehmigungspflichtige Übernahme, wie sie dann in Frage stand, wenn ein stiller Gesellschafter das Geschäft übernehmen wollte (Heinig, Einzelhandelsschutzgesetz 2. Aufl 1938 2. Teil A III 3 e S 55).

Der Antrag kam schliesslich von einem Rechtsanwalt, von dem das Rechtsamt unter Umständen annehmen durfte, er sei davon unterrichtet, dass für die Genehmigung nach dem Einzelhandelsschutzgesetz das Ordnungsamt, für die Erlaubnis zum Branntweinverkauf aber der Beschlussausschuss zuständig sei.

Möglicherweise ging das Rechtsamt bei der Behandlung der Anträge aber auch davon aus, dass das Ordnungsamt zur Teilerledigung zuständig, die Prüfung des Bedürfnisses für den Branntweinhandel aber vordringlich sei. Eine solche Sachbehandlung war vielleicht unzweckmässig, aber nicht notwendig schuldhaft amtspflichtwidrig.

Solange nicht in tatsächlicher Beziehung festgestellt ist, wie die Anträge vom 20. und 30. August 1949 gemeint waren und wie das Rechtsamt sie auffasste und nach den tatsächlichen Gegebenheiten auffassen durfte, lässt sich nicht sagen, dass die vom Berufungsgericht gerügte Sachbehandlung unrichtig gewesen sei und eine schuldhafte Amtspflichtverletzung der Klägerin gegenüber darstelle. Insoweit bedarf es weiterer Aufklärung.

b) Das Berufungsgericht lässt sich aber auch nicht darüber aus, wann eine Ausfertigung des Antrags vom 20. oder 30. August vom Rechtsamt an das Ordnungsamt zur Entschliessung nach dem Einzelhandelschutzgesetz hätte gegeben werden müssen bzw. wann der Vertreter der Klägerin auf die Notwendigkeit, das Ordnungsamt anzugehen, hätte hingewiesen werden sollen und um welche Zeitspanne die endliche Erteilung der erbetenen Genehmigung durch diese Unterlassung des Rechtsamts verzögert worden ist.

2. Das Berufungsgericht führt weiter aus, die durch die Unterlassung des Rechtsamts verursachte Verzögerung sei noch dadurch verschlimmert worden, dass die Gesuche vom 20. und 31. (gemeint ist 30.) August 1949 nicht mehr aufzufinden gewesen seien, wie die Klägerin unwidersprochen vorgetragen habe. Diese Ausführungen entbehren der erforderlichen Bestimmtheit. Die Klägerin hatte in der Berufungsbegründung vorgetragen, der Antrag vom 30. August sei am 27. September vom Rechtsamt an das Liegenschaftsamt übersandt worden. Weil er nicht aufzufinden gewesen sei, sei am 28. und 30. September 1949 ein neuer Antrag gestellt worden. Bei welcher Stelle und wann der Antrag vom August nicht auffindbar war, sagt die Berufungsbegründung nicht. Dass - was die Klägerin hervorhebt - eine Ausfertigung des Antrags vom 30. August am 27. September an das Liegenschaftsamt zur Kenntnis geschickt worden war, besagt für die Unauffindbarkeit des Antrags noch nichts, denn der Antrag vom 30. August war bei dem Rechtsamt in mehreren Stücken eingegangen, überdies hatte dieses auch den an Direktor He [REDACTED] gerichteten Antrag vom 20. August am 27. August erhalten.

Die Berufungsbegründung lässt also nicht erkennen, was es mit der Unauffindbarkeit für eine Bewandnis hatte. Es ist

aber auch nicht ersichtlich, inwiefern das Berufungsgericht zu der Annahme kommt, die Behauptung sei von der Klägerin unwidersprochen vorgetragen worden. Aus dem Schriftsatz der beklagten Stadt vom 7. Mai 1952, auf den im Tatbestand des angefochtenen Urteils ausdrücklich Bezug genommen ist, ergibt sich, dass die Beklagte die Behauptung der Klägerin über die Unauffindbarkeit der Anträge bestritten hat. Das Berufungsgericht stellt ferner nicht fest, dass die "Unauffindbarkeit" auf einer schuldhaften Amtspflichtverletzung beruhe. Da es aber darin eine Verschlimmerung der Sache sieht, bedarf es der Klarstellung dieses Vorgangs. Denn wenn keine schuldhafte Amtspflichtverletzung für die Unauffindbarkeit ursächlich war, muss die dadurch eingetretene Verzögerung bei der - entscheidenden - Frage ausser Betracht bleiben, wann die Klägerin ohne schuldhafte Verzögerung die erbetene Genehmigung erhalten hätte.

3. Schliesslich sieht das Berufungsgericht eine die Erledigung der Sache hinauszögernde fahrlässige Amtspflichtverletzung darin, dass der an das Ordnungsamt gerichtete Antrag vom 28. September am 1. Oktober 1949 mit der Mitteilung beantwortet worden sei, es könne zur Zeit nicht entschieden werden, da zunächst die Verhältnisse an dem Grundstück noch einer Klärung bedürften. Auf die rechtlichen Verhältnisse, die gemeint gewesen seien, sei es bei der nachgesuchten Genehmigung nicht angekommen.

Bei diesen "rechtlichen Verhältnissen" handelt es sich um folgendes: Die Firma Oy [REDACTED] und W [REDACTED], die das Grundstück von der beklagten Stadt erworben hatte, war in Streitigkeiten mit dem Inhaber der Baracke geraten, deren einen Teil die Klägerin als Verkaufsstelle gemietet hatte. Der Inhaber der Baracke behauptete nämlich, er habe hinsichtlich des Teils des Grundstücks der Firma Oy [REDACTED] und W [REDACTED], auf dem seine Baracke stehe, ein Miet- und Pachtrecht auf Grund früherer Vereinbarungen mit der beklagten Stadt.

Ob eine Zurückstellung der Entscheidung über die Einzelhandelsgenehmigung bis zur Klärung dieser Rechtsverhältnisse sachlich zu rechtfertigen gewesen wäre, oder ob hier etwa fiskalische Interessen mitspielten, deren Berücksichtigung einen solchen Aufschub als schuldhafte Amtspflichtverletzung kennzeichnen könnten, kann dahingestellt bleiben. Denn aus den - nach dem Tatbestand des angefochtenen Urteils zum Verhandlungsgegenstand gemachten - Akten des Ordnungsamts ergibt sich, dass der Antrag vom 30. September 1949 - in dem es übrigens am Schluss heisst, "obiger" Antrag sei versehentlich bei einer unzuständigen städtischen Dienststelle abgegeben worden - bereits am 3. Oktober (der 2. Oktober war ein Sonntag) vom Ordnungsamt der Industrie- und Handelskammer zur Stellungnahme übersandt worden ist. Das Ordnungsamt hat also die Klärung der Rechtsverhältnisse am Grundstück nicht abgewartet, die das Rechtsamt - von dem die Mitteilung vom 1. Oktober 1949 stammt - für nötig gehalten hatte. Das hat das Berufungsgericht offenbar nicht berücksichtigt. Dass der am 29. September bei der Beklagten eingegangene Antrag vom 28. September, wenn er nicht vom Rechtsamt zum Anlass seiner Mitteilung vom 1. Oktober genommen, vielmehr sogleich dem Ordnungsamt vorgelegt worden wäre, früher an die Industrie- und Handelskammer gesandt worden wäre als der gleichlautende Antrag vom 30. September, ist vom Berufungsgericht nicht festgestellt. Nur wenn das der Fall wäre, würde das Verhalten des Rechtsamts zu einer Verzögerung geführt haben, die für den Schaden der Klägerin hätte ursächlich sein können.

4. Fehlt es nach den Darlegungen unter Ziff 1 - 3 an hinreichenden Feststellungen zur Beurteilung der Frage, ob in diesen drei Richtungen schuldhafte Amtspflichtverletzungen vorgekommen sind, und in welchem Masse sie die Entscheidung des Ordnungsamts über die Einzelhandelsgenehmigung verzögert haben, so lässt sich die Annahme des Berufungsgerichts nicht

halten, bei richtiger Sachbehandlung würde über die Genehmigung am 10. Oktober 1949 entschieden worden sein. Denn offenbar ist das Berufungsgericht zu dieser Zeitangabe gelangt, indem es alle drei von ihm als verzögerlich betrachteten Sachverhalte berücksichtigt hat. Fällt davon einer oder der andere aus, weil nicht schuldhaft oder weil nicht ursächlich, so verschiebt sich naturgemäss der Tag, von dem ab mit einer durch schuldhaft verzögerte Verursachung des Schadenseintritts zu rechnen ist. Also ist das angefochtene Urteil auch in dieser Beziehung nicht zu halten.

#### IV.

Für die Frage, ob auch die Erlaubnis für den Kleinhandel mit Branntwein durch Verschulden der beklagten Stadt verzögert worden ist, kommt es wiederum darauf an, wann die Genehmigung für den Einzelhandel mit Wein bei sachgemässer Behandlung der diesbezüglichen Anträge erteilt worden wäre, wobei die Verzögerung, die durch den ablehnenden Bescheid vom 29. Oktober und das anschliessende Beschwerdeverfahren eingetreten ist, auch hier auszuscheiden hat, da insoweit, wie in Abschnitt II dargelegt, eine schuldhaftes Amtspflichtverletzung nicht vorliegt.

Die Erteilung der erbetenen Erlaubnis für den Kleinhandel mit Branntwein war nämlich nach der damaligen Praxis davon abhängig, dass die Klägerin die Genehmigung für den Einzelhandel mit Wein hatte. Ohne solche Genehmigung hätte die Erlaubnis zum Branntweinhandel nicht erteilt werden können, weil das Bedürfnis dafür vom Ordnungsamt verneint worden war.

Daraus, dass die Erteilung der Einzelhandelsgenehmigung abgewartet und nicht ganz unabhängig von der Frage des Bedürfnisses die Genehmigung zum Branntweinhandel herbeigeführt wurde, lässt sich ein Schuldvorwurf gegen die beteiligten Beamten der beklagten Stadt nicht herleiten. Die Bestimmungen über die Bedürfnisprüfung im Gaststättengesetz waren nicht aufgehoben. Die Verordnung über die Erlaubnis für den Kleinhandel mit Branntwein vom 19. Juli 1948 (GVBl NRhWf 1948 S 242) bestimmte noch ausdrücklich, dass die Genehmigung nur zulässig sei, wenn der Antragsteller die Erlaubnis für ein Kleinhandelsfachgeschäft in Wein, Feinkost usw. erbitte. Die Frage, ob die Beschränkung der Gewerbe-freiheit durch diese Bestimmungen noch mit Art 12 Abs 1 des Grundgesetzes vereinbar sei, war zu der in Rede stehenden Zeit - alsbald nach Erlass des Grundgesetzes - durchaus noch nicht geklärt. Sie ist erst vom Bundesverwaltungsgericht in seinen Urteilen vom 15. und 17. Dezember 1953 (DVBl 1954, 258, 360) - verneinend - entschieden worden.

Da es - wie unter III, 4 dargelegt - an hinreichendem Anhalt zur Festlegung des Tages noch fehlt, an dem die Entscheidung des Ordnungsamts über die Einzelhandelsgenehmigung hätte fallen müssen, und demgemäss auch nicht errechnet werden kann, wann demnach das Beschwerdeverfahren, das zur Erteilung der Einzelhandelsgenehmigung führte, zum Abschluss gekommen wäre, lässt sich auch die Annahme des Berufungsgerichts nicht halten, dass die Klägerin bei ordnungsmässiger Sachbehandlung am 11. Dezember 1949 mit dem Verkauf von Spirituosen hätte beginnen können.

#### V.

1. Soweit das angefochtene Urteil auf der Annahme beruht, die Versagung der Einzelhandelsgenehmigung durch den

Bescheid vom 29. Oktober 1949 sei eine schuldhafte Amtspflichtverletzung gewesen, kann es, wie in II dargelegt ist, nicht gehalten werden. Es fehlt aber, wie in Abschnitt III und IV dargelegt, auch an hinreichenden Feststellungen, um schon jetzt eine zur Schädigung der Klägerin führende schuldhafte, amtspflichtwidrige Verzögerung in der Bearbeitung ihrer Anträge als erwiesen anzusehen. Deshalb ist das angefochtene Urteil in vollem Umfang aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung über die Berufung der Klägerin und die Anschlussberufung der beklagten Stadt an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§§ 564, 565 ZPO), dem auch die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens zu überlassen ist.

2. Was die Forderung der Klägerin auf Verzinsung zu 10 v.H. anlangt, so ist nicht ersichtlich, mit welchem Recht für den Betrag, der über die schon im ersten Rechtszug beziffrerte Forderung von 4 368,50 DM hinausgeht, Zinsen ab 1. März 1951 gefordert werden. Die Erhöhung der Klagforderung über 4 368,50 DM hinaus ist in der Berufungsbegründung erfolgt. Dass die beklagte Stadt sich hinsichtlich dieser Mehrforderung seit dem 1. März 1951 im Verzug befunden habe, ist in der Berufungsbegründung nicht dargetan. Das Berufungsgericht hat die Zinsen nach §§ 291, 288 BGB, also als Prozesszinsen, zugebilligt. Prozesszinsen können aber erst von der Rechtshängigkeit an verlangt werden (§ 291 BGB). Rechtshängig ist die Mehrforderung nach § 281 ZPO erst mit der Zustellung der Berufungsbegründung geworden, die nach dem Vermerk auf der Berufungsbegründung am 1. März 1952 erfolgt ist. Es liegt nahe, anzunehmen, dass die Angabe im Antrag der Berufungsbegründung "1. März 1951" auf einem Schreibfehler beruht und in Wahrheit "1. März 1952" gemeint ist. Deshalb ist es angebracht, von

einer Klagabweisung hinsichtlich der Zinsforderung für die Zeit vom 1. März 1951 bis 29. Februar 1952 abzusehen, damit in der neuen Verhandlung vor dem Berufungsgericht gegebenen falls dieser Antrag klargestellt werden kann.

Dr.Geiger

Rietschel

Dr.Weber

Wolany

Dr.Beyer