

Verkündet
am 28. November 1963
Scheibl, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

des Apothekers Georg N o [REDACTED] in K [REDACTED], B [REDACTED] platz [REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

das L [REDACTED] N [REDACTED] - W [REDACTED], v [REDACTED]
d [REDACTED] d [REDACTED] I [REDACTED] u [REDACTED] d [REDACTED] R [REDACTED] in
D [REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 28. November 1963 unter Mitwirkung des
Senatspräsidenten Dr. Pagendarm sowie der Bundesrichter
Dr. Kreft, Dr. Beyer, Dr. Hußla und Dr. Reinhardt
für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des
1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom
7. Juni 1962 wird zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten des Revisionsver-
fahrens zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger erbat beim R [REDACTED] in D [REDACTED] mit Schreiben vom 29. Dezember 1956, eingegangen am 2. Januar 1957, die Erlaubnis zum Betrieb einer neu zu errichtenden Apotheke in Mieträumen des Anwesens B [REDACTED] platz [REDACTED] in K [REDACTED], nachdem unter dem 19./21. Dezember 1956 die Apothekerin P [REDACTED] ein gleiches Gesuch für eine Apotheke in dem etwa 50 m entfernt gelegenen, wieder wiederaufzubauenden Anwesen V [REDACTED] straße-Ecke B [REDACTED] platz gestellt hatte. Der R [REDACTED] teilte dem Kläger unter dem 8. Mai 1957 mit, über seinen Antrag werde entschieden werden, wenn das im Entwurf dem Landtag zugeleitete - sodann am 4. Juni 1957 angenommene und zum 15. Juni 1957 (§ 8 des Gesetzes) in Kraft getretene-Gesetz über die vorläufige Regelung der Betriebserlaubnis für Apotheken (vApG) erlassen sei. Der Kläger wandte sich sodann, als er erfuhr, daß er wegen des früher gestellten Antrages der Apothekerin P [REDACTED] nicht mit einer Erlaubnis rechnen könne, in einer Eingabe vom 1. Juni 1957 mit der Bitte um wohlwollende Prüfung seines Konzessionsantrages an den I [REDACTED].

Nachdem im Gegensatz zu ihm die Apothekerin P [REDACTED], die zwar am 17. Oktober 1957, die Betriebserlaubnis erhalten hatte, reichte der Kläger am 31. Oktober 1957 beim Landesverwaltungsgericht in Düsseldorf Klage auf Verurteilung des R [REDACTED] zur Erteilung der Betriebserlaubnis ein. Das Gericht entschied am 12. Februar 1958 zugunsten des Klägers; der R [REDACTED] legte am 1. April 1958 Berufung zum Oberverwaltungsgericht Münster ein. Dieses lehnte zunächst am 24. September 1958 den Antrag ab, das Urteil des Landesverwaltungsgerichts für vorläufig vollstreckbar zu erklären, gab aber am 18. Februar 1959 dem wiederholten Antrag statt und beschloß gleichzeitig, das Verfahren auszusetzen, um eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts darüber einzuholen, ob § 3 Abs. 1 Nr. 2 vApG mit dem Grundgesetz vereinbar sei. Diese Bestimmung, auf die sich die Verwaltung gegenüber dem Kläger berief, schrieb die Versa-

gung der Erlaubnis zum Betrieb einer Apotheke vor, wenn der Betrieb der Apotheke an dem beantragten Ort oder auf dem beantragten Betriebsgrundstück mit einer gleichmäßigen Arzneimittellversorgung der Bevölkerung im Widerspruch stehen würde. Nunmehr erteilte der R [REDACTED] am 4. April 1959 dem Kläger, der daraufhin am 30. Juni 1959 seine Apotheke eröffnete, eine vorläufige und am 15. Juli 1959 die endgültige Betriebserlaubnis. R [REDACTED] und Kläger erklärten danach das Verwaltungsstreitverfahren in der Hauptsache für erledigt.

Der Kläger ist der Meinung, die Betriebserlaubnis hätte ihm bereits Anfang April 1957 erteilt werden müssen, sei ihm aber rund zwei Jahre deswegen vorenthalten worden, weil die Beamten des Beklagten in Bezug auf die Behandlung seiner Konzessionsangelegenheit sich in mehrfacher Beziehung eine Verletzung ihrer ihm gegenüber bestehenden Amtspflichten hätten zuschulden kommen lassen. Er verlangt von dem beklagten L [REDACTED], das dafür einzustehen habe, aus dem Gesichtspunkt der Amtshaftung nach § 839 BGB, Art. 34 GG, wie dem des enteignungsgleichen Eingriffs, aufgliedert nach den einzelnen Jahren, teilweisen Ersatz ihm durch die Vorenthaltung der Erlaubnis in den Jahren 1957 bis 1959 entstandener Schäden.

Mit seiner auf Verurteilung des beklagten L [REDACTED] zur Zahlung von 43 450 DM nebst Zinsen gerichteten Klage ist er in den Vorinstanzen unterlegen. Mit der Revision verfährt er seinen Klageantrag weiter. Das beklagte L [REDACTED] bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

1.) Der zeitlich weitest zurückgreifende Vorwurf, den der Kläger mit der Klage und auch mit der Revision zur Grundlage seines Amtshaftungsanspruchs gemacht hat, hat zum Inhalt: Beamte des beklagten L [REDACTED] hätten dem Konzessionsgesuch schon Anfang April 1957 und damit vor dem Inkrafttreten des vorläufigen Apothekengesetzes stattgeben sollen; sie hätten, zumal angesichts des die Rechtslage klärenden Urteils des Bundesverwaltungsgerichts



vom 22. November 1956 (BVerwGE 4, 167 = NJW 1957, 356), erkennen müssen, daß die damals in N[REDACTED]-W[REDACTED] geltende und noch nicht ausdrücklich aufgehobene Regelung, wonach Apotheker grundsätzlich einer mit einer Bedürfnisprüfung verbundenen staatlichen Konzession bedurften, mit Art. 12 GG unvereinbar sei; sie hätten insbesondere nicht auf den Erlass des vorläufigen Apothekengesetzes warten dürfen.

Zu dem damit aufgeworfenen Problem hat der Senat in einem ähnlich gelagerten Fall im Urteil vom 29. April 1963 III ZR 6/62 = NJW 1963, 1453; MDR 1963, 660, WM 1963, 809; DVBl 1963, 601; ÖV 1963, 615 dargelegt: Die Frage, wie weit die dem Gesetzgeber in Art. 12 GG vorbehaltene Regelungsbefugnis hinsichtlich der Aufnahme des Apotheker-Berufes gehe, habe im Frühjahr 1957 besondere Schwierigkeiten bereitet, namentlich in der Beziehung, welche Voraussetzungen an eine - mit der Grundrechtsbestimmung an sich vereinbare - Zulassung gerade im Hinblick auf eine etwa bei dem Wegfall von Niederlassungsbeschränkungen im Apothekenrecht zu befürchtende Gefährdung einer geordneten Versorgung der Bevölkerung mit Arzneien zu stellen seien. Der Senat hatte weiter ausgeführt, daß es sich hierbei um eine schwierig zu beurteilende Rechtslage handle und daß - wie dies der ständigen Rechtsprechung des Senats entspricht, auch seinem Urteil vom 18. September 1959 III ZR 73/58 = MDR 1960, 116; ÖV 1960, 836, wenn man die von der Revisionsbegründung nicht wiedergegebenen Stellen der Begründung mit berücksichtigt - ein Fehlgreifen in einer schwierigen, zu Zweifeln Anlaß gebenden Rechtslage einem Beamten, auch auf Ministerialebene, grundsätzlich nicht als Verschulden angerechnet werden könne, so lange die Frage nicht höchstrichterlich geklärt sei; zwar könne bereits eine einzige Entscheidung eines oberen Bundesgerichts eine solche Klärung herbeiführen und den Vorwurf des Verschuldens gegen den Beamten begründen, der von dem in der Entscheidung eingenommenen Standpunkt abweiche. Der Senat hat es aber in seinem Urteil

vom 29. April 1963 für vertretbar gehalten, daß ein Ministerium trotz der genannten Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts und trotz Vorliegens eines von seinen Justitiaren im gleichen Sinne erstatteten Gutachtens zunächst noch eine Bedürfnisprüfung für statthaft und geboten erachtete und das Ergebnis seine Normenkontrollklage zum Bundesverfassungs^{gericht} abwartete. Er hat auf die in Betracht zu ziehende Befürchtung hingewiesen, daß eine "zu große Konkurrenz der treuen Ausübung der Kunst schädlich" sein könnte und der Schluß naheliege, mit Rücksicht auf sie im Interesse der Volksgesundheit und der Arzneimittelversorgung eine Begrenzung der Zahl der Apotheken für zulässig zu erachten, ferner darauf, daß angesichts der tiefgreifenden Auswirkungen des Fragenkomplexes seine Klärung auf breiter Ebene, wie sie einem oberen Bundesgericht bei einem Tätigwerden als Revisionsgericht nicht in der Weise wie dem Bundesverfassungsgericht möglich sei, angezeigt erscheinen konnte.

Ausgehend hiervon kann es den Beamten, die das Gesuch des Klägers u.a. in Bezug auf Staatsangehörigkeit, Zuverlässigkeit des Gesuchstellers und auf Beschaffenheit der Betriebsräume vorbehandelten und die sich mit dem Inhalt der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts und ihrer Tragweite vertraut machen mußten, nicht als ein Verschulden im Sinne von § 276 BGB angelastet werden, wenn sie dem Kläger im April 1957 eine Betriebserlaubnis noch nicht erteilten und, wie sie ihm unter dem 8. Mai 1957 mitteilten, die Entscheidung über das Gesuch nach Abschluß der Vorbehandlung mit Rücksicht auf die bevorstehende - und dann auch in Bälde ergangene - landesgesetzliche Regelung zurückstellten. Dabei haben sie ebensowenig wie - entgegen der Annahme der Revision - das Berufungsgericht (vgl. Abs. 1 a.E. auf Bl.8 des Urteils) darauf abgestellt, daß das Bundesverwaltungsgericht nur über den Fall der Weiterführung einer schon bestehenden Apotheke befunden habe. Die Sache war die: Die Rechtslage war schwierig und konnte als noch klärungsbedürftig angesehen werden. Das Bundesverwaltungsgericht hatte es in seiner Entscheidung als zwar nicht vom Schutz der Volks-

gesundheit gefordert erklärt, die Niederlassung im Apothekergewerbe im Interesse der bestehenden Apotheken davon abhängig zu machen, daß für sie ein Bedürfnis bestehe; es hat aber eine Beschränkung der Zahl der Apotheken im Wege staatlicher Lenkung nicht für schlechthin unzulässig und es als denkbar bezeichnet, daß eine weitere Errichtung von Apotheken in Gebieten oder Gebietsteilen, in denen sich Apotheken in hinreichender Zahl befänden, versagt werde, um die Apotheker zu veranlassen, sich anderen mit Apotheken nicht genügend versorgten Gebieten zuzuwenden.

Unter all' diesen Umständen gereicht es daher den Beamten nicht zur Fahrlässigkeit, wenn sie die Entscheidung über das Gesuch des Klägers mit Rücksicht auf eine bevorstehende klärende Regelung durch den Landesgesetzgeber zurückstellten, der dazu berufen erschien, im Besitz umfassender, der Lösung des Fragenkomplexes auf breiter Ebene dienlicher Unterlagen die aufgekommene Rechtsunsicherheit zu beheben.

2.) Mit dem Gesagten ist im wesentlichen zugleich der weitere Vorwurf entkräftet, den die Revision dem Berufungsgericht in der Richtung macht, die Beamten des beklagten Landes hätten sich nach dem Inkrafttreten des vorläufigen Apothekengesetzes nach diesem gerichtet, obwohl es ersichtlich mit dem Grundgesetz nicht zu vereinbaren gewesen sei, und hätten dadurch verschuldet, daß dem Kläger die nachgesuchte Erlaubnis nicht mindestens zum 1. September 1957, sondern erst am 4. Juni 1959 erteilt worden sei. Ergänzend ist der Revision hier noch entgegenzuhalten:

Zu der umstrittenen Frage, wie sich die Verwaltung zu verhalten hat, wenn ein einschlägiges förmliches Gesetz, das nach dem Inkrafttreten des Grundgesetzes ergangen ist, mit einer Grundrechtsbestimmung nicht übereinstimmt, bedarf es keiner näheren Stellungnahme. Denn selbst wenn man der Verwaltung in dieser Beziehung weitgehende Befugnisse und Pflichten beimessen wollte, so läßt sich doch der Vorwurf eines fahrlässigen Fehlverhaltens gegen die mit dem Fall des Klägers

befassten Beamten des beklagten L. aus dem dem Revisionsgericht vorliegenden Tatbestand nicht ableiten.

Wie bereits dargelegt, durften sie die Rechtslage auch nach der Veröffentlichung des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts vom 22. November 1956 als noch weiter klärungsbedürftig betrachten. Das vorläufige Apothekengesetz wollte, ausgehend von diesem Urteil, insofern eine Klärung bringen, als es mit seiner Bestimmung in § 3 Abs. 1 Nr. 2 der Verwaltung unter Wegfall der Bedürfnisprüfung staatliche Lenkungsmaßnahmen im Interesse der gleichmäßigen Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln weiterhin möglich machen wollte (vgl. dazu auch die Verwaltungsvorschriften zu dem Gesetz vom 14. Juni 1957 - MinBl NRW S. 1430 zu § 3 (1) -). Ohne daß ferner entschieden werden mußte, ob es eine Vermutung für eine ursprüngliche Verfassungskonformität eines nachkonstitutionellen Gesetzes gibt, ist unter den damals obwaltenden Verhältnissen den Beamten des beklagten L. zugute zu halten, daß sie dem Gesetzgeber genügend Rechtskenntnisse und genügend guten Willen zur Verfassungskonformität zutrauen und dementsprechend ihr Verhalten einstellen durften. Nicht unerwähnt mag bleiben, daß in dem vom Kläger angestregten Verwaltungsgerichtsverfahren noch das Landesverwaltungsgericht in seinem Urteil vom 21. Februar 1958, wenn auch in einer engeren Auslegung, den § 3 Abs. 1 Nr. 2 vApG als im Einklang mit dem Grundgesetz angesprochen hat.

Die Revision beanstandet nun, der Berufungsrichter hätte sich nicht mit der allgemeinen Erwägung begnügen dürfen, daß die Verfassungswidrigkeit der in Rede stehenden landesrechtlichen Vorschrift nicht klar genug ersichtlich gewesen sei, sondern hätte untersuchen müssen, ob die von den hierfür verantwortlichen Beamten vorgenommene Anwendung des § 3 Abs. 1 Nr. 2 vApG unter den im Fall des Klägers gegebenen Umständen sie nicht die Verfassungswidrigkeit ihres Vorgehens hätte erkennen lassen müssen. Die Revision verweist hierbei auf die

Begründung, die vom R. [REDACTED] zu der Anwendung der Bestimmung zu Ungunsten des Klägers gegeben worden sei und aufzeige, daß die Beamten schuldhaft das Grundrecht der freien Berufsausübung nicht beachtet hätten. Indessen hat der Kläger gerade das Vorliegen solcher Umstände nicht in das Berufungsverfahren zur Rechtfertigung seines Klagebegehrens eingeführt. Die insofern maßgebende Berufungsbegründung befaßt sich in ihrem angeblichen Amtspflichtverletzungen in der Zeit nach dem Inkrafttreten des vorläufigen Apothekengesetzes betreffenden Abschnitt II, mit folgendem:

Der Regierungspräsident habe (1.) eine auf § 6 vApG beruhende Priorität des Klägers vor der Apothekerin P. [REDACTED] verkannt, habe (2.) keine zureichenden Gründe gehabt, um die erbetene Erlaubnis über den 1. September 1957 hinaus zurückzustellen - hierzu hat die Berufungsbegründung in der hier interessierenden Beziehung nur ausgeführt, es sei nicht zweifelhaft, daß der Betrieb einer Apotheke am Bismarckplatz offensichtlich mit einer gleichmäßigen Arzneimittelversorgung der Bevölkerung nicht in Widerspruch stehe -; hätte (3.) den Antrag der Apothekerin P. [REDACTED] ablehnen müssen und den Kläger zumindest so stellen müssen, als wenn nicht rechtswidrig der Apothekerin P. [REDACTED] die Betriebserlaubnis erteilt worden wäre, hätte im übrigen (4.) trotz der Erteilung einer Betriebserlaubnis an die Apothekerin P. [REDACTED] dem Kläger die von ihm nachgesuchte Erlaubnis erteilen müssen, denn a) § 3 Abs. 1 Nr. 2 vApG sei wegen Verstoßes gegen Art. 12 GG nichtig, b) die Beamten hätten die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 22. November 1956 als für sie verbindlich erachten müssen, c) die Nichtigkeit von § 3 aaO sei insbesondere nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 11. Juni 1958 erkennbar gewesen, d) zwar habe das Landesverwaltungsgericht die Bestimmung noch für grundgesetzmäßig gehalten, seine Auslegung habe aber der des R. [REDACTED] und des Oberverwaltungsgerichts, wonach unter Bevölkerung die Gesamtbevöl-

kerung in N- W- zu verstehen sei, nicht entsprochen-; der R- habe (5.) den Kläger offensichtlich ungünstiger als andere Gesuchsteller behandelt.

Demgegenüber kann die Revision die von ihr den Verwaltungsakten entnommenen Umstände nicht nachträglich in der Revisionsinstanz zum Gegenstand der Klagevorwürfe machen.

Vom Kläger angenommene Verstöße, die sich Beamte des beklagten L- gegen Bestimmungen des Apothekengesetzes selbst angeblich haben zuschulden kommen lassen, sind in der Revisionsinstanz nicht mehr Gegenstand des Streites der Parteien.

3.) Das Berufungsgericht hat schließlich eine Schuld von Beamten des beklagten L- verneint, soweit es darum geht, daß sie nicht alsbald, nachdem das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 11. Juni 1958 (BVerfGE 7,377 = NJW 1958, 1035) ergangen war, dem Kläger die erbetene Betriebserlaubnis erteilt hätten. Das Bundesverfassungsgericht habe zwar, so heißt es in dem angefochtenen Urteil, ausgesprochen, der Gesetzgeber dürfe die Betriebserlaubnis an einen Apotheker nicht von objektiven, dem Einfluß des Wettbewerbers entzogenen Zulassungsvoraussetzungen abhängig machen, auf dem Gebiet des Apothekenrechts entspreche gegenwärtig allein die Niederlassungsfreiheit der Verfassungslage; es habe aber unter ausdrücklicher Hervorhebung dieses Umstandes in den Urteilsgründen nur darüber befunden, ob das Bayerische Apothekengesetz vom 16. Juni 1952 idF vom 10. Dezember 1955 mit dem Grundgesetz vereinbar sei, ein Apothekengesetz, das die Niederlassungsfreiheit in weit stärkerem Maße als das vorläufige N- W- Apothekengesetz eingeengt habe, und es habe in seiner Entscheidung auch auf das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 22. November 1956 verwiesen, woraus die Beamten auf eine gewisse Gleichstellung der Auffassungen der beiden Gerichte

und auf die Zulässigkeit gewisser staatlicher Lenkungsmaßnahmen hätten schließen dürfen. Auf derselben Linie liegt es, wenn das Landgericht angenommen hat, die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts habe die Verfassungswidrigkeit von § 3 Abs. 1 Nr. 2 vApG nicht so klargestellt, daß die Beamten eine unvertretbare Rechtsansicht gehabt hätten, die Entscheidung spreche ausdrücklich aus, daß eine geordnete Arzneimittelversorgung zum Schutze der Volksgesundheit notwendig sei und daß der Schutz eines derart wichtigen Gemeinschaftsgutes Einschränkungen der Freiheit des Einzelnen zu rechtfertigen vermöge. Das angefochtene Urteil führt weiter aus, die Beamten hätten zunächst, da mit der streitigen Frage bereits das Oberverwaltungsgericht Münster auf die vom Kläger anhängig gemachte Klage befaßt war, abwarten können, wie sich dieses Gericht zu der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts stellen werde; es verweist auch darauf, daß das Oberverwaltungsgericht noch am 24. September 1958 es als mit dem öffentlichen Interesse unverträglich abgelehnt hatte, das Urteil des Landesverwaltungsgerichts für vorläufig vollstreckbar zu erklären, und hierbei erwogen hatte, eine im Falle einer vorläufigen Vollstreckbarkeitserklärung immerhin mögliche demnächstige Schließung einer erst jetzt zu eröffnenden Apotheke werde das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Arbeit der Gesundheitsbehörde schwer erschüttern.

Was die Revision demgegenüber vorbringt, kann nicht überzeugen. Sie weist als vom Berufungsgericht unter Verstoß gegen § 286 ZPO übergangen auf den Vortrag des beklagten L. hin, es habe in anderen Fällen die Erlaubnis zum Betrieb einer Apotheke schon unmittelbar nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts erteilt, der Behörde müsse es aber gestattet sein, in einem besonders gelagerten Fall wie dem des Klägers die Erlaubnis zunächst nicht zu erteilen, sondern eine obergerichtliche Klärung der Rechtslage herbeizuführen. Wenn die Revision daraus auf die Unrichtigkeit der Auffassung schließt, die Beklagte habe die Verfassungswidrig-

keit der landesgesetzlichen Regelung nicht erkannt, so ist dies nicht zwingend. Die Beamten konnten sehr wohl die streitige Frage als in hohem Maße zweifelhaft geworden ansehen, eine solche Frage aber in einem ihnen geeignet erscheinenden Fall - warum die anderen Fälle in gleichem Maße geeignet gewesen wären, ist dem Revisionsvortrag nicht zu entnehmen - der Entscheidung des bereits mit der Streitsache befaßten oberen Verwaltungsgerichts überlassen. Daß die Rechtslage für das L. N. - W. so eindeutig geworden wäre, daß die Beamten nicht eine solche Entscheidung hätten abwarten dürfen, kann bei Beachtung der wiedergegebenen einschlägigen Ausführungen der Vorinstanzen nicht gesagt werden, wobei allerdings weniger Gewicht darauf zu legen ist, daß die von dem Bundesverfassungsgericht erwähnte Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts einen Fall betrifft, in dem es um die (Weiter-)Führung einer bereits bestehenden Apotheke ging. Wenn die Beamten dem Kläger auch eine einstweilige, bis zur Beendigung des Verwaltungsrechtsstreits befristete Erlaubnis zunächst nicht, wie dies die Revision für angezeigt erachtet, erteilten, sondern erst eine vorläufige Betriebserlaubnis aussprachen, nachdem das Oberverwaltungsgericht am 18. Februar 1959 das verwaltungsgerichtliche Verfahren gemäß Art. 100 GG aussetzte, so kann in der Unterlassung angesichts des Beschlusses des Oberverwaltungsgerichts vom 24. September 1958 eine Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt und damit eine Fahrlässigkeit seitens der Beamten nicht gefunden werden. Zwar meint die Revision, der Beschluß sei ohne Rücksicht auf die Erfolgsaussichten des Rechtsmittels ergangen, er habe nach den einleitenden Sätzen seiner Begründung nur auf das Interesse des Klägers an der alsbaldigen Durchsetzung seines Klagebegehrens gegenüber dem an der Aufrechterhaltung des bisherigen Zustandes bis zur rechtskräftigen Entscheidung abgehoben. In diese Interessenabwägung hat indessen das Oberverwaltungsgericht entgegen der Annahme der Revision die Auswirkungen auf die Allgemeinheit einbezogen, die eine einstweilige Regelung zugunsten des Klägers und deren Rückgängigmachung bei einem

etwaigen endgültigen Unterliegen des Klägers im Rechtsstreit haben könne. Es ist nicht zu ersehen, daß das Oberverwaltungsgericht eine solche Rückgängigmachung nicht oder doch nicht auch im Blick auf eine Verfassungsmaßigkeit des § 3 Abs. 1 Nr. 2 vApG befürchtet haben sollte. Jedenfalls hatten beide Verfahrensbeteiligte damals erklärt, der Streit ginge nur um die Anwendbarkeit dieser Bestimmung, und diese hatte der Kläger unter besonderem Hinweis auf das Urteil des Bundesverfassungsgerichts als nichtig bezeichnet.

Daß die Beamten des beklagten I., wenn überhaupt, dem Kläger die Betriebserlaubnis auf das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 11. Juni 1958 hin bereits Mitte Juni 1958 hätten erteilen müssen, trifft entgegen der Ansicht der Revision nicht zu. Die Beamten mußten und durften sich erst mit den Gründen der Entscheidung vertraut machen und die von ihnen zu ergreifenden Schritte bedenken.

Aus dem Gesagten folgt, daß den Beamten ein Verschulden nicht zur Last gelegt werden kann. Dann aber fehlt es an einer der Voraussetzungen, an die das Gesetz in § 839 Abs. 1 Satz 1 BGB eine Schadensersatzpflicht aus Amtshaftung knüpft. Die Revision, die eine solche Amtshaftung zur revisionsgerichtlichen Entscheidung gestellt hat, erweist sich infolgedessen als unbegründet und ist mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Dr. Pagendarm

Dr. Kreft

Dr. Beyer

Dr. Hußla

Dr. Reinhardt