

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

III ZR 201/63

URTEIL

Verkündet am

5. April 1965
Scheibl,
Just.Obersekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Apothekers Karl Heinz R [REDACTED], T [REDACTED], W [REDACTED]
[REDACTED] str. [REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den F r e i s t a a t B a y e r n, vertreten durch die
Bezirksfinanzdirektion in München,

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 5. April 1965 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Pagendarm sowie der Bundesrichter Dr. Arndt, Dr. Hußla, Gätgens und Dr. Reinhardt

für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 6. Juni 1963 wird zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten des Revisionsverfahrens zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger beantragte am 21. Juli 1956 die Betriebserlaubnis für eine neue Apotheke in Traunreut und am 24. November 1956 eine solche Erlaubnis für eine neue Apotheke in Traunstein. Mit einem Antrag vom 4. Februar 1957 bewarb sich auch der Apotheker Karl P. aus Traunstein um die Betriebserlaubnis für eine neue Apotheke in Traunstein. Die Regierung von Oberbayern, die dabei die Bestimmungen des Bayerischen Apothekengesetzes vom 16. Juni 1952 idF vom 10. Dezember 1955 anwandte, lehnte den ersten Antrag des Klägers mit Bescheid vom 29. November 1956 und Einspruchsbescheid vom 12. Juni 1957, den zweiten Antrag in einem Bescheid vom 19. September 1957 ab, mit dem sie gleichzeitig Karl Pauer die von diesem erbetene Betriebserlaubnis erteilte. Den Einspruch des Klägers wies die Regierung von Oberbayern am 7. November 1957 zurück.

Auf eine Verfassungsbeschwerde des Klägers hob das Bundesverfassungsgericht mit seiner Entscheidung vom 11. Juni 1958 (BVerfGE 7, 377) die die Apotheke in Traunreut betreffende Bescheide der Regierung auf und erklärte Artikel 3 Abs. 1 des genannten Landesgesetzes für nichtig. Die Regierung hob daraufhin am 15. September 1958 ihren Bescheid vom 19. Juli 1957 insoweit, als in ihm der Antrag des Klägers auf Erteilung der Betriebserlaubnis für eine neue Apotheke in Traunstein abgewiesen war, sowie den Einspruchsbescheid vom 7. November 1957 auf. Die vom Kläger in beiden Erlaubnisfällen anhängig gemachten verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsklagen wurde für erledigt erklärt. In der Folge wurde dem Kläger weder für Traunreut noch für Traunstein eine Betriebserlaubnis erteilt, weil er keine Betriebsräume mehr hatte.

Der Kläger will durch die Versagung der Betriebserlaubnisse erhebliche Schäden erlitten haben; einmal habe er insbesondere durch Anmietung von Betriebsräumen Aufwendungen für die Errichtung der Apotheken gemacht, die sich als nutzlos erwiesen hätten, zum anderen würde er aus dem Betrieb einer eigenen Apotheke ein höheres als das von ihm in unselbständiger Tätigkeit erzielte Einkommen gehabt haben. Der Kläger ist der Ansicht, der Beklagte müsse ihn sowohl aus dem Gesichtspunkt der Amtshaftung wie dem der Enteignung oder Aufopferung schadlos halten, und hat beantragt,

die Pflicht des Beklagten festzustellen, ihm allen Schaden zu ersetzen, der auf schuldhafte oder schuldlose Fehlbehandlung seiner Anträge zurückzuführen sei,

hilfsweise den Beklagten zu verurteilen, an ihn als Schadensersatz, als Entschädigung für Aufopferung oder enteignungsgleichen Eingriff als Folge der Fehl-



behandlung seiner Anträge einen der Höhe nach in das Ermessen des Gerichts gestellten Betrag zu zahlen.

Diesen Antrag verfolgt er mit der Revision weiter, nachdem er vor dem Landgericht und in der Berufungsinanz vor dem Oberlandesgericht unterlegen ist. Der Beklagte, der mit dem Antrag auf Klagabweisung dem Vorbringen des Klägers in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht entgegengetreten ist, vorsorglich die Einrede der Verjährung des Schadensersatzanspruchs erhoben und sich auf das Erlöschen eines Entschädigungsanspruchs wegen Ablaufs der dreijährigen Ausschußfrist des Art. 125 Bayer.AGBGB berufen hat, bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

1.) Wie das Berufungsgericht zutreffend annimmt, gereicht es den mit den Anträgen des Klägers befaßten Beamten der Regierung von Oberbayern nicht zum Verschulden, wenn sie auf die Anträge den später vom Bundesverfassungsgericht wegen Verstoßes gegen Art. 12 GG für grundgesetzwidrig erklärten Art. 3 Abs. 1 Bayer.ApothekenG anwandten, nach dessen Fassung vom 10. Februar 1950 für eine neu zu errichtende Apotheke die Betriebserlaubnis nur erteilt werden durfte, wenn die Errichtung der Apotheke zur Sicherung der Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln im öffentlichen Interesse lag und wenn anzunehmen war, daß die wirtschaftliche Grundlage der Apotheke gesichert war und daß durch sie die wirtschaftliche Grundlage der benachbarten Apotheken nicht soweit beeinträchtigt werde, daß die Voraussetzungen für einen ordnungsmäßigen Apothekenbetrieb nicht mehr gewährleistet wären.

Wie der Senat in seinem Urteil vom 29. April 1963
III ZR 6/62 = NJW 1963, 1453 = WM 1963, 809 für einen ähnlich

liegenden Fall ausgeführt hat, standen die Beamten der Regierung vor der rechtlich besondere Schwierigkeiten aufwerfenden Frage, ob und wie im einzelnen sich Art. 12 GG, allenfalls in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 GG, auf das Apothekenrecht, insbesondere auf die Konzessionierung der Apotheken und auf eine ihr vorhergehende Prüfung ausgewirkt hat. Auch hier gilt, was der Senat in seinem eben erwähnten Urteil dargelegt hat.

Die Unterfrage, ob Art. 12 GG überhaupt auf den Apothekerberuf anzuwenden ist, wird allerdings als bereits im März 1957 zweifelsfrei geklärt beurteilt werden können (vgl. Bundesverfassungsgericht Urteil vom 30. Mai 1956 = NJW 1956, 1025, sowie das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 22. November 1956 = BVerwGE 4, 167). Die nicht minder bedeutsame zweite Unterfrage nach dem "Wie" der hieraus zu folgernden Auswirkungen, die Frage, wie weit die dem Gesetzgeber in Art. 12 der Grundrechtsbestimmung vorbehaltene Regelungsbefugnis hinsichtlich der Aufnahme des Apothekerberufs geht, bot dagegen im Jahre 1957 noch besondere Schwierigkeiten und war unterschiedlich beantwortet worden. Es geht hierbei um eine Güterabwägung zwischen einerseits der Freiheit des Berufs und andererseits dem Gemeinschaftsgut der Volksgesundheit, die eine geordnete Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln erfordert, und bei der Abgrenzung des sich dabei ergebenden Spannungsfeldes um die nur schwierig zu beantwortende Frage, welche Voraussetzungen an eine - mit Art. 12 GG an sich vereinbare (BVerfG Urt. v. 11. Juni 1958 und BVerwG Urt. v. 22. November 1956) - Zulassung gestellt werden können, ob sie insbesondere um des Schutzes des Gemeinschaftswertes der Volksgesundheit willen, nicht nur der Hintanhaltung der Konkurrenz und finanziellen Erwägungen zuliebe, eine Bedürfnisprüfung einschließen darf. Wie schwierig die Frage zu beantworten ist, zeigt, daß noch das Bundesverfassungsgericht hierzu eingehende Erörterungen anstellte und daß es nahezu die Hälfte seines Urteils Aus-

führungen darüber widmete, ob bei einem Wegfall von Niederlassungsbeschränkungen im Apothekenrecht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit eine geordnete Arzneimittelversorgung gefährdet und damit eine Gefahr für die Volksgesundheit heraufbeschworen werde.

Freilich hatte das Bundesverwaltungsgericht in dieser Frage in seinem Urteil vom 22. November 1956 mit eingehender Begründung insoweit eine dem Kläger günstige Stellungnahme bezogen. Eine zweite Entscheidung dieses Gerichts vom 1. Februar 1957, die eine Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision betraf, beschränkte sich ~~dagegen~~ auf die Ausführung, daß die Begründung des damaligen Berufungsurteils von dem Urteil vom 22. November 1956 abweiche. Immerhin lag die Befürchtung nicht fern, daß eine "zu große Konkurrenz der treuen Ausübung der Kunst schädlich" und mit Rücksicht hierauf im Interesse der Volksgesundheit und der Arzneimittelversorgung die Zahl der Apotheken zu begrenzen sei. Auch der von der Bundesregierung vorgelegte Entwurf eines Gesetzes über das Apothekenwesen (Bundestagsdrucksachen 2. Wahlperiode 1953 Nr. 1233) sah die Errichtung neuer Apotheken nur auf Grund einer Personalkonzession vor, die im Wege der Ausschreibung erteilt und wobei grundsätzlich das Betriebsberechtigungsalter berücksichtigt werden sollte. Das Bundesgesetz über die vorläufige Regelung der Errichtung neuer Apotheken vom 13. Januar 1953 idF der Gesetze vom 4. Juli 1953 und 10. August 1954 und das zweite Bundesgesetz über die vorläufige Regelung der Errichtung neuer Apotheken vom 23. Dezember 1955 besagten, daß die Erlaubnis oder die Berechtigung zur Errichtung einer Apotheke nur auf Grund der Bestimmungen erteilt werden dürfe, die am 1. Oktober 1945 in den einzelnen Ländern des Bundesgebietes galten, gingen damit also auch auf Bestimmungen zurück, die eine Bedürfnisprüfung vorsahen. Der Bundesgerichtshof (vgl. BGHZ 22, 167, 175 mit Angabe von Belegstellen) hatte die Beschränkbarkeit

des Grundrechtes des Art. 12 GG nicht übereinstimmend mit dem Bundesverwaltungsgericht beurteilt.

Diese besonders schwierige Rechtslage war geeignet, die Ansicht, Art. 3 ApothekenG sei mit dem Grundgesetz vereinbar und geltendes Recht, und die von den Beamten der Regierung vertretene Rechtsauffassung, wie sie namentlich in ihrem sich auf die Apotheke in Traunreut beziehenden Einspruchsbescheid vom 12. Juni 1957 zum Ausdruck kam, als eine schuldlos irrige Beurteilung der wahren Rechtslage zu kennzeichnen. Denn nach der sich dem Reichsgericht anschließenden Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann einem Beamten auch auf höchster Ebene ein Fehlgreifen in einer schwierigen, zu Zweifeln Anlaß gebenden Rechtslage, solange diese nicht höchstrichterlich geklärt ist, grundsätzlich nicht als Verschulden angelastet werden. Kann die nach sorgfältiger Prüfung gewonne Überzeugung des Beamten als rechtlich vertretbar angesehen werden und hält er an ihr bis zur Klärung der Rechtslage durch die dazu berufenen Gerichte fest, so kann ihm nicht rückschauend der Umstand als Verschulden angerechnet werden, daß seine Auffassung nachträglich von den Gerichten nicht gebilligt wird. Die genannte Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 22. November 1956 hatte eine derartige Klärung der Rechtslage, daß die von dem Beamten der Regierung vertretene Rechtsansicht als nicht mehr haltbar angesprochen werden konnte, noch nicht gebracht. Das Bundesverwaltungsgericht hat in seiner Entscheidung eine Beschränkung der Zahl der Apotheken nicht schlechthin als unzulässig erklärt 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.

Bei der Schwierigkeit der Rechtslage sind die Beamten der Regierung entschuldigt, auch wenn sie, was die Revision beanstandet, bezüglich des Apothekengesetzes keine Normenkontrollklage zum Bundesverfassungsgericht veranlaßten, dies umso mehr, als der Kläger, wie er selbst vor Abschluß der Antragsverfahren mitgeteilt hatte, unter dem 10. November 1956 Verfassungsbeschwerde gegen Art. 3 des Gesetzes zum Bundesverfassungsgericht erhoben und das Bundesverfassungsgericht in Anwendung von § 90 Abs. 2 Satz 2 BVerfGG beschlossen hatte, die Verfassungsbeschwerde vor Erschöpfung des Rechtsweges zu behandeln. Überdies hatte der Kläger in seinem Schriftsatz vom 16. Oktober 1962 S. 9 sich dagegen verwahrt, er habe behauptet, der Beklagte und seine Organe wären zur Erhebung der Normenkontrollklage verpflichtet gewesen. Soweit es im übrigen darum geht, daß das zuständige Ministerium eine Normenkontrollklage hätte erheben sollen, scheitert ein darauf gestütztes Klagebegehren daran, daß ihm gegenüber zur Vertretung des Beklagten nach der Bayerischen Vertretungsverordnung vom 18. Februar 1959 nicht die Bezirksfinanzdirektion, sondern das Staatsministerium der Finanzen berufen wäre.

Unter den gegebenen Umständen fehlt es mithin in dem bisher behandelten Rahmen an einer Fahrlässigkeit eines Beamten und damit an einer der Voraussetzungen, an die das Gesetz in § 839 BGB, Art. 34 GG eine Schadensersatzpflicht des Dienstherrn knüpft. Eine Erörterung der umstrittenen Frage, wie sich die Verwaltung zu verhalten hat, wenn ein einschlägiges förmliches Gesetz, das nach Erlaß des Grundgesetzes ergangen ist, mit einer Grundrechtsbestimmung nicht übereinzustimmen scheint, ist nicht nötig, ebensowenig eine Entscheidung darüber, ob es eine Vermutung für die ursprüngliche Verfassungskonformität eines nachkonstitutionellen Gesetzes gibt.

Soweit die Revision den gesetzgebenden Organen des Beklagten den nur in Form einer Fahrlässigkeit in Betracht zu ziehenden Vorwurf schuldhaften Verhaltens machen will, sie hätten die bayerischen Apothekengesetze vorbereitet und erlassen, ohne deren Verfassungswidrigkeit zu erkennen, scheitert sie wiederum daran, daß für die Abwehr eines derart begründeten Klagebegehrens die Bezirksfinanzdirektion (Finanzmittelstelle), die vom Kläger als gesetzlicher Vertreter des Beklagten bezeichnet worden und als solcher aufgetreten ist, nach der genannten Vertretungsverordnung nicht der richtige gesetzliche Vertreter ist. Es bedarf daher nicht mehr eines Eingehens auf die Frage, inwiefern hier die Organe überhaupt im Verhältnis zum Kläger eine ihnen gegenüber einem Dritten obliegende Amtspflicht (§ 839 BGB) verletzt haben könnten und ob sich eine Fahrlässigkeit angesichts des Ausgeführten annehmen ließe.

2.) Auch mit dem wieder aufgegriffenen Vorwurf, die Beamten der Regierung hätten die Anträge des Klägers verzögerlich behandelt, kann die Revision nicht durchdringen. Die Revision verweist hier auf den Schriftsatz des Klägers vom 20. März 1964 S. 4 f, in dem der Kläger eine Reihe angeblicher Säumnisse der Beamten dem Berufungsgericht vorgetragen hatte; sie greift aber lediglich - und nur insoweit liegt hier eine dem § 554 ZPO genügende Revisionsbegründung vor - heraus, das Berufungsgericht habe der Behörde zu Unrecht eine gewisse Zeit zur Bearbeitung zugebilligt, wenn die Behörde zunächst nichts weiter getan habe als Fristen zur Wiedervorlage der Akten zu verfügen, das Berufungsgericht habe auch nicht dargelegt, weshalb der Regierungsmedizinalausschuß erst so spät mit der Sache befaßt worden sei. Wenn indessen die Regierung auf den am 26. November 1956 erfolgten Eingang des Antrages des Klägers auf Erteilung einer Betriebserlaubnis für eine Apotheke in Traunstein bis zum 18. Januar 1957 zunächst keine weiteren Schritte unter-

nahm, sondern die Begründung des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts abwarten wollte, und sodann, wie die Verwaltungsakten ausweisen, gemäß einer Anordnung des Staatsministeriums des Inneren, Anträge auf Neuerrichtung von Apotheken trotz des in seinen Gründen noch nicht vorliegenden Urteils des Bundesverwaltungsgerichts noch nach dem Bayerischen Apothekengesetz zu behandeln, am 18. Januar 1957 die Stadt Traunstein mit der Vorbehandlung des Antrages des Klägers betraute, so ist das sehr wohl verständlich und keine schuldhafte Säumnis. Nach Abschluß der Vorbehandlung durch die Stadt Traunstein suchte, was nicht zu beanstanden ist, die Regierung unter Überlassung ihrer Akten um eine Äußerung des Regierungspharmazierats nach, die am 18. Juni 1957 einging. Wenn sodann die Regierung mit Rücksicht darauf, daß die ihr zur Verfügung stehenden Unterlagen infolge der durch die Verfassungsbeschwerde des Klägers veranlaßten Abgabe von Akten der Regierung an das Bundesverfassungsgericht unvollständig geworden waren, unter dem 25. Juni 1957 vom Kläger neue Unterlagen erbat, und wenn sodann am 10. Juli 1957 der Regierungsmedizinalausschuß zur Beratung über die Neuerrichtung einer Apotheke in Traunstein zusammentrat, so läßt sich daraus ein Vorwurf einer schuldhaft verspäteten Berufung des Ausschusses nicht ableiten.

3.) Ebenfalls ohne Erfolg greift die Revision den Vorwurf des Klägers auf, die Regierung sei bei der Versagung der erbetenen Erlaubnis zur Errichtung einer Apotheke in Traunreut davon ausgegangen, daß die Zahl von 7 - 8000 Einwohnern je Apotheke die Mindestgrenze darstelle, bei der die Leistungsfähigkeit einer Apotheke gesichert sei (im Bescheid vom 12. Juni 1957 hält die Regierung für einen Ort von der Größe und Lage Traunreuts einen Jahresumsatz von 70 000 DM für erforderlich), auf der anderen Seite habe das Staatsministerium des Innern unter dem 23. Oktober 1957 den Kläger auf die Möglichkeit der Fortführung einer kleinen

Apotheke in Untersteinbach (327 Einwohner mit einem von der Behörde für steigerungsfähig angesehenen Jahresumsatz von 55 000 DM) hingewiesen; auch habe sich eine später in Traunreut errichtete zweite Apotheke neben der ersten als lebensfähig erwiesen. Wie bereits das Berufungsgericht zutreffend ausführt, handelt es sich bei der Zahl von 7 - 8000 Einwohnern (gemeint im Einzugsgebiet einer Apotheke) um eine Größe, die in der Vollzugsbekanntmachung zum Apothekengesetz vom 15. Juli 1952 (Bay StAnz Nr. 30) nur als Richtzahl gemeint ist. Sie konnte je nach den Ortsverhältnissen unterschritten werden. Sollte sie bei der Apotheke in Untersteinbach, bei der es sich um die im Interesse einer geordneten Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln gelegene Fortführung einer Apotheke handelte, möglicherweise zu niedrig angesetzt worden sein, so folgt daraus noch nicht, daß die Regierung unter den Verhältnissen in Traunreut einen ähnlich milden Maßstab hätte anlegen müssen. Daß die Regierung sich ihre Entscheidung nicht leicht gemacht und das Für und das seitens der angehörten übrigen beteiligten Apotheker befürwortete Wider eingehend, auch unter Berücksichtigung der zu erwartenden künftigen Entwicklung abgewogen hat, zeigt die Begründung der Versagungsbescheide. Unter diesen Umständen kann eine fahrlässige Pflichtverletzung auch nicht unter Berücksichtigung des vom Berufungsgericht gewürdigten Umstandes bejaht werden, daß sich entgegen der ursprünglichen Annahme nachträglich eine zweite Apotheke in Traunreut als lebensfähig erwies. Bei dieser Würdigung des Berufungsgerichts handelt es sich im übrigen um eine Erwägung, die im wesentlichen auf dem dem Revisionsrichter verschlossenen tatsächlichen Gebiet liegt. Eine Verletzung des § 286 ZPO durch das Berufungsgericht, wie die Revision meint, liegt in diesem Zusammenhang nicht vor.

4.) Von ihren schuldlos eingenommenen Standpunkt, Art. 3 ApothekenG sei gültig, kamen die Beamten der Regierung,

wiederum ohne Fahrlässigkeit, im Falle Traunstein zur Anwendung von Art. 2 Abs. 3 dieses Gesetzes. Nach dieser Bestimmung war dann, wenn sich an einem Ort mehr Apotheker um die Betriebserlaubnis für neu zu errichtende Apotheken bewarben, als nach Art. 3 Apotheken errichtet werden konnten, nach sorgfältiger Prüfung aller Anträge den Bewerbern den Vorzug zu geben, die die beste Gewähr zur Führung eines im Hinblick auf die ordnungsmäßige Arzneiversorgung der Bevölkerung einwandfreien und leistungsfähigen Apothekenbetriebes boten; die Entscheidung war dabei unter Würdigung aller sachdienlichen Umstände, insbesondere der Zeugnisse über die fachliche Befähigung sowie über Umfang und Dauer der Betriebserfahrung, zu treffen. Bei dieser Auswahl haben die Beamten der Regierung nach Ansicht des Berufungsgerichts, wenn nicht mit vollem Recht, so zumindest in vertretbarer Weise dem Bewerber P. den Vorzug vor dem Kläger gegeben. Die Revision beanstandet die Erwägung des Berufungsgerichts, es bestehe entgegen der Behauptung des Klägers kein Grund für die Annahme, daß P. nur als Strohhmann vorgeschoben worden sei, und rügt als eine Verletzung des § 286 ZPO, für die Wahrheit dieser Behauptung sei nicht nur auf die im angefochtenen Urteil behandelte Äußerung des Apothekers G. in Traunstein, "man" könne sich zur Sicherung gegen fremde Apotheken eines Strohhmannes bedienen, sondern auch auf die weitere unter Beweis gestellte Behauptung des Klägers vor dem Berufungsgericht abzustellen gewesen, daß Frau G., die Inhaberin der in Traunstein bestehenden "P. Apotheke", eine geborene Pauer sei und daß schließlich der Mitbewerber P. die Apotheke an G. abgegeben habe.

Demgegenüber ist zu bedenken, daß die entscheidende Frage hier dahin geht, ob die Beamten der Regierung bei ihrer Auswahl nicht erkannten, daß der Mitbewerber P. lediglich als Strohhmann vorgeschoben worden war, obwohl sie dies bei Wahrung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt

hätten erkennen müssen. Das Berufungsgericht kann hier nur unter dem Gesichtspunkt das Gesetz verletzt haben, daß ihm bei der Würdigung des Verhaltens der Beamten ein Rechtsverstoß unterlaufen ist. Die Verwandtschaftsverhältnisse brauchten jedoch für die Beamten der Regierung umso weniger einen Verdachtsgrund für eine Strohmann-Eigenschaft abzugeben, als sich die Apotheken-Inhaberin Gertrud G. bei ihrer Anhörung zu dem Antrag P. gegen die Errichtung einer neuen Apotheke wegen Gefährdung ihrer Existenz ausgesprochen hatte und kein hinreichender Anhalt für eine Vermutung nach der Richtung bestand, es handele sich hier um eine nicht ernst gemeinte Erklärung. Die Erklärung sagt auch nichts über ein vom Kläger erwähntes Konkurrenzverbot zugunsten der P. Apotheke und zu Lasten des Mitbewerbers P.; sie bringt vielmehr zum Ausdruck, die P. Apotheke könne die subjektiven Gründe und Voraussetzungen des Mitbewerbers P. zur Errichtung einer Apotheke vom rein persönlichen Standpunkt aus voll verstehen und wolle sie würdigen. Wenn, wie der Kläger unter Beweisantritt behauptete, sein Mitbewerber P. nach Erteilung der Betriebserlaubnis sodann am 1. November 1957 mit dem Ehemann von Frau Gertrud G. eine Kommanditgesellschaft zum Betrieb der neuen Apotheke gründete und sodann am 15. Januar 1962 aus der Gesellschaft austrat, bei welcher Gelegenheit der Ehemann G. die Apotheke als Alleininhaber übernahm, so ist daraus noch kein hinreichend sicherer Schluß darauf abzuleiten, daß die Beamten der Regierung bei ihrer Auswahl unter den Mitbewerbern eine Strohmann-Eigenschaft des Mitbewerbers P. hätten erkennen und der Bemerkung des Klägers in seiner Eingabe an die Regierung vom 6. April 1957 größeres Gewicht hätten beimessen sollen, die dahin ging, der Ehemann G. habe den Kläger, der ihm eine finanzielle Beteiligung an seinem Objekt angetragen habe, wissen lassen, er müsse den Kollegen P. notfalls an eine vertragliche Bindung gericht-

lich erinnern, daß er am Ort keine Apotheke gründen dürfe, bislang sei aber in dieser Richtung nichts geschehen, vielleicht solle dieser Schritt erst nach der Lizenzerteilung an P. vollzogen werden, wobei sich dann ein Schadensersatzanspruch ganz gut gegen eine eventuelle Beteiligung u.a.m. aufwiegen lasse.

Unter diesen Umständen bedurfte es nicht der Erhebung des vom Kläger angetretenen Beweises; ebensowenig brauchte sich das Berufungsgericht im einzelnen mit dem Verwandtschaftsverhältnis G. - P. auseinanderzusetzen. Dabei ist zugunsten der Beamten der Regierung noch zu bedenken: Sie hatten bei ihrer Auswahl unter den Bewerbern (oder hätten dies nach Ansicht des Klägers tun sollen) weitgehend von äußeren Tatsachen auf innere Eigenschaften und eine bestimmte Einstellung eines Menschen zu schließen. Der Einfluß der besonderen Haltung des Beurteilers läßt sich hierbei nicht gänzlich ausschließen, ein Schuldvorwurf ließe sich daher einem Beamten nur machen, wenn er etwas getan hat, was einem sorgfältig prüfenden Menschen als unvertretbar erschiene (Urt. v. 2. Mai 1955 III ZR 285/53 S. 12/13; vgl. auch Urt. v. 10. April 1958 III ZR 208/56 S. 9). Das kann man hier angesichts der einschlägigen Ausführungen des angefochtenen Urteils und bei Berücksichtigung aller Rügen der Revision nicht sagen.

5.) Insoweit das angefochtene Urteil dem Kläger einen Entschädigungsanspruch versagt, meint die Revision, einem entschädigungspflichtigen Eingriff in den eingerichteten Gewerbebetrieb müsse es gleichstehen, wenn wie hier, einem Freiberufstätigen die Ausübung seiner Befähigung unmöglich gemacht werde. Sie wird mit diesem Vortrag dem bereits vom Berufungsgericht hervorgehobenen Umstand nicht gerecht, daß der Kläger sowohl, wenn er entgangenen Mehrverdienst aus dem Apothekenbetrieb, als auch wenn er nutzlos

erbrachte Aufwendungen für die beabsichtigten Apothekenbetriebe zum Ersatz stellt, betriebsbezogene Schäden geltend macht, die im Blick nicht auf das Recht einer freien Entfaltung der Persönlichkeit, sondern darauf zu würdigen sind, daß der Kläger einen Gewerbebetrieb, dessen Führung er erwartet hatte, nicht hat betreiben können. Eine Entschädigung wegen Eingriffs in einen Gewerbebetrieb kann der Kläger aber nicht aus dem Grund beanspruchen, daß ihm die erforderliche Erlaubnis zu der Errichtung einer Apotheke zu Unrecht versagt worden sei (vgl. Urteil vom 20. September 1962 III ZR 98/60 = NJW 1962, 2347 = MDR 1962, 967).

Alles in allem erweist sich mithin die Revision als unbegründet. Sie ist daher mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Dr. Pagendarm	Bundesrichter Dr. Arndt ist beurlaubt und ortsab- wesend; er ist an der Lei- stung der Unterschrift ver- hindert.	Dr. Hußla
	Dr. Pagendarm	

Gähtgens

Dr. Reinhardt