

Verkündet am 14. Februar 1955
[REDACTED], Justizangestellter als
Urkundsbeamter der Geschäfts-
stelle

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

In dem Rechtsstreit

der Stadtgemeinde S [REDACTED], vertreten durch den Oberbürger-
meister,

Beklagten, Berufungsbeklag-
ten und Revisionsklägerin,

- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Kürschnermeister Hans W [REDACTED] in S [REDACTED], L [REDACTED]
[REDACTED]strasse [REDACTED],

Kläger, Berufungskläger
und Revisionsbeklagten,

- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof.Dr. [REDACTED] -

hat der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 14. Februar 1955 unter Mit-
wirkung des Senatspräsidenten Prof.Dr.Geiger sowie der
Bundesrichter Rietschel, Dr.Wolany, Dr.Beyer und Dr.Hußla

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil
des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Nürn-
berg vom 17. Juli 1953 aufgehoben und die Sache
zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung,
auch über die Kosten der Revision, an das Beru-
fungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger hatte in dem Anwesen des Bäckermeisters So[REDACTED] in S[REDACTED] einen Laden zum Verkauf von Pelzwaren und Textilien gemietet. Am 23. November 1945 erließ der Landrat des Landkreises Schwabach folgende, in dem gemeinsamen Mitteilungsblatt der Militärregierung, des Landrats und des Bürgermeisters der Beklagten veröffentlichte Anordnung:

"Beschlagnahme von Geschäftsräumen.

Auf Grund des Reichsleistungsgesetzes beschlagnahme ich zugunsten des Bürgermeisters der Stadt Schwabach sämtliche leerstehenden oder nicht zu Verkaufszwecken benützten Läden und die dazugehörigen Geschäftsräume.

Die in Betracht kommenden Räume sind dem Bürgermeister der Stadt S[REDACTED] bis spätestens 30. 11. 1945 zu melden. Sie dürfen ohne Genehmigung des Bürgermeisters oder der dafür bestimmten Stelle der Stadtverwaltung nicht vermietet werden. Der Bürgermeister ist berechtigt, diese Räume an einzelne Firmen nach Massgabe der Dringlichkeit und des volkswirtschaftlichen Bedürfnisses selbstständig zu vergeben. Der zivilrechtliche Mietvertrag wäre dann durch die beiden Parteien selbstständig abzuschliessen."

Unter dem 29. Januar 1946 richtete der Bürgermeister der damals noch kreisangehörigen beklagten Gemeinde an den Bäckermeister So[REDACTED] ein Schreiben, in dem es heisst:

"Der Landrat S[REDACTED] hat sämtliche freistehenden oder nicht ihrem eigentlichen Zweck dienenden Ladenräume in S[REDACTED] zu Gunsten der Stadt Schwabach beschlagnahmt.

Die Zuweisung der einzelnen Läden erfolgt durch mich nach Massgabe der Dringlichkeit und des volkswirtschaftlichen Bedürfnisses. Unter Anwen-

dung dieser Verfügung wurde der Laden in Ihrem Anwesen in S [REDACTED], I [REDACTED] str. [REDACTED], den der zurzeit inhaftierte Kürschnermeister W [REDACTED] innehatte, der Firma Heinz R [REDACTED] K.G., N [REDACTED], M [REDACTED] str. [REDACTED], mit Wirkung vom 15. Februar 1946, zugeteilt.

Die Firma führt hauptsächlich Galanterie- und Haushaltwaren; sie hat, wie glaubhaft versichert wurde, in diesen Artikeln ein grösseres Lager zur Verfügung, das sie nur deswegen an die Bevölkerung nicht verkaufen kann, weil ihr die entsprechenden Verkaufsräume fehlen.

Für die Zulassung dieser Firma in S [REDACTED] spricht das allgemeine öffentliche Interesse, da innerhalb der Bevölkerung Haushaltartikel dringendst benötigt werden."

Zu dieser Zeit war der linke Teil des Ladens von dem Kläger an ein Übersetzungsbüro untervermietet. In dem rechten Teil wurde das Geschäft des damals bis zum 9. Juli 1946 in einem Internierungslager befindlichen Klägers von seiner Ehefrau und seiner Tochter weitergeführt. Auf Grund des Schreibens wurde der Laden des Klägers für die Firma R [REDACTED] geräumt, die ihrerseits den Laden nach einem im Juli 1951 ergangenen Räumungsurteil räumte.

Der Kläger behauptet, der Verlust des Ladens habe dazu geführt, dass er in seinem in anderen Räumen wieder eröffneten Geschäftsbetrieb nur geringere Umsätze habe erzielen können. Er nimmt die Beklagte, deren Beamte seiner Meinung nach pflichtwidrig gegen ihn vorgegangen sind, auf Ersatz eines Betrages von 10.000 DM aus dem von ihm für die Zeit von 1946 bis einschliesslich Juni 1951 auf insgesamt 11.433,50 DM berechneten Gewinnentgang nebst 4 % Zinsen ab Klagezustellung in Anspruch. Die Beklagte hat den Klaganspruch nach Grund und Höhe bestritten. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das

Oberlandesgericht hat auf die Berufung des Klägers dahin entschieden, dass das Urteil des Landgerichts aufgehoben und die Sache zur weiteren Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht zurückverwiesen wird. Mit der Revision erstrebt die Beklagte die Aufhebung des oberlandesgerichtlichen Urteils und die Zurückweisung der von dem Kläger eingelegten Berufung. Der Kläger bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht hat, wie die Gründe seines Urteils zeigen, den Klaganspruch im Gegensatz zum Erstgericht dem Grunde nach für berechtigt gehalten. Zur Zurückweisung der Sache ist es auf Grund der von ihm ausdrücklich genannten Vorschrift des § 538 Abs 1 Nr 3 ZPO gekommen. Auf Grund dieser Bestimmung konnte jedoch vorliegend nur dann auf Zurückweisung erkannt werden, wenn das Berufungsgericht den Grund des Anspruchs bejahte, was im Entscheidungssatz des Urteils auszusprechen war, und durfte die Zurückweisung nur über den noch streitigen Betrag des Anspruchs erfolgen. Nicht etwa konnte das Berufungsgericht, wenn es die Klagabweisung des Erstgerichts mißbilligte, sich der Entscheidung über den Grund des Anspruchs entziehen. Ob das Revisionsgericht auf die Revision der Beklagten den vom Berufungsgericht versäumten Ausspruch in der Urteilsformel nachholen kann, braucht hier nicht entschieden zu werden; denn das angefochtene Urteil kann ohnehin nicht bei Bestand gelassen und der

Ausspruch sodann in einem neuen Berufungsurteil nachgeholt werden. Dass die Beklagte durch das Urteil des Berufungsgerichts auch in der vorliegenden Fassung beschwert ist, ergibt sich bereits aus der in dem Urteil ausgesprochenen Aufhebung des klagabweisenden erstrichterlichen Urteils.

II.

Zutreffend hat das Berufungsgericht angenommen, dass der ordentliche Rechtsweg für den auf eine Amtshaftung der Beklagten gestützten Klaganspruch eröffnet und der mit der Amtshaftungsklage befasste Richter befugt und verpflichtet ist, nicht nur über die Rechtsgültigkeit, sondern auch über die Rechtmässigkeit des von der Klage beanstandeten Verwaltungsakts zu befinden. Die Bestimmung des Art 34 GrundG, die unmittelbar geltendes Recht darstellt, erklärt den Rechtsweg für eine Amtshaftungsklage für zulässig. Davon, dass der Kläger den Weg erschleichen will, wie die Revision meint, kann keine Rede sein. Der Kläger hat vielmehr in schlüssiger Weise ein Verhalten der Beamten der Beklagten behauptet, das geeignet ist, den Tatbestand einer schuldhaften Amtspflichtverletzung und die Verantwortlichkeit der Beklagten für diese zu begründen. Bei der sachlichen Prüfung der Klage hat der Richter davon auszugehen, ob eine Amtspflicht schuldhaft verletzt worden ist oder nicht, nicht aber von dem Verwaltungsakt als solchen. Dass demgemäss die Rechtmässigkeit des Verwaltungsakts der richterlichen Entscheidung unterstellt ist, ist heute ein gesichertes Erkenntnis höchstrichterlicher Rechtsprechung.

III.

Das Berufungsgericht hat in den Urteilsgründen eine Haftung der Beklagten nach § 839 BGB, Art 131 WeimVerf bejaht. Es erachtet die Verfügung des Bürgermeisters für nicht rechtswirksam, weil sie entgegen § 23 RLG weder dem Kläger noch dessen Ehefrau zugestellt worden sei, und auch deswegen für nicht rechtmässig, weil ihr jede rechtliche Grundlage gefehlt habe; sie habe nämlich einen nicht leerstehenden Geschäftsraum betroffen und könne daher in der - nach Meinung des Berufungsgerichts ebenfalls der Rechtsgrundlage entbehrenden - Anordnung des Landrats keine Grundlage finden. Das Berufungsgericht nimmt weiter an, bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt hätte der Bürgermeister der Beklagten erkennen müssen, dass ihn jene allgemeine Anordnung zu seinem Vorgehen nicht berechtige.

Dem Berufungsgericht ist bei Würdigung des Revisionsvorbringens mit Einschränkungen darin zuzustimmen, dass Beamte der Beklagten ihnen gegenüber dem Kläger obliegende Amtspflichten schuldhaft verletzt haben.

Zunächst ist, insbesondere gegenüber den Ausführungen der Revision, klarzustellen: Die Anordnung des Landrats stellte eine Beschlagnahme zur Sicherstellung von Leistungen dar, wie eine solche § 25 RLG vorsieht. Das ergibt der Wortlaut der Verfügung, mit der "beschlagnahmt" wird, ferner ihr sachlicher Gehalt; sie will ganz allgemein ohne Bezeichnung bestimmter Leistungsempfänger eine Grundlage für künftige Inanspruchnahmen in jeweils eintretenden Einzelfällen schaffen. Der Bürgermeister der Beklagten, der unter Berufung auf die Anordnung tätig wurde, führte

nicht, wie die Beklagte es hinstellt, lediglich als Vollzugsorgan eine Weisung aus; er traf vielmehr im Rahmen der Anordnung eine selbständige Verfügung. Diese konnte für den Betroffenen eine eigene schadenstiftende Handlung bilden und für die Beklagte über § 839 BGB eine eigene Verantwortlichkeit auslösen.

Die Anordnung des Landrats lief darauf hinaus, grundsätzlich eine Zwangsbewirtschaftung von gewerblichen Räumen einzurichten. Hierzu bot jedoch weder das Reichsleistungsgesetz, noch ein anderes Gesetz eine Ermächtigung. Das Reichsleistungsgesetz liess nur einen Zugriff im Einzelfall nach näherer Massgabe seiner Bestimmungen zu. Die allgemeine Notlage des deutschen Volkes nach dem Verlust des 2. Weltkrieges, der allgemeine Mangel an Wohn- und Gewerberaum, stellte keinen Notstand im Sinn des Reichsleistungsgesetzes dar, der seine Anwendung zu rechtfertigen vermochte. Nur unter besonderen Umständen konnten allerdings örtliche Verhältnisse, etwa in einer besonders schwer vom Luftkrieg heimgesuchten Großstadt, auf dem Gebiet des Wohn- und Gewerberaums einen Notstand herbeiführen und die Inanspruchnahme tatsächlich unbenützter Räume für das Funktionieren des öffentlichen Lebens im Gebiet der Gemeinde zu einer nach dem Reichsleistungsgesetz zu behandelnden Aufgabe machen (siehe hierzu im einzelnen: Urteil des Senats vom 28. Juni 1954 - III ZR 118/53; WUBa VGII in NJW 1947/48 S 357, 1949 S 239; Hamb OVG in MDR 1949 S 575). Dafür, dass ein Fall der letzteren Art hier vorgelegen hätte, bietet der Sachverhalt keinen Anhalt.

Die Verfügung des Bürgermeisters nennt zwar ihre Rechtsgrundlage nicht ausdrücklich. Sie verweist aber auf

die Anordnung des Landrats, die ihrerseits das Reichsleistungsgesetz als ihre Rechtsgrundlage angibt, und fand in dem Reichsleistungsgesetz ein Gesetz vor, das sich einer Bedarfsstelle, wenn auch in den aufgezeigten Grenzen, als Rechtsgrundlage für eine Inanspruchnahme von Wohn- und Geschäftsräumen darbieten konnte. Die Beklagte beruft sich zur Rechtfertigung ihres Vorgehens auf das Reichsleistungsgesetz und kann kein anderes Gesetz bezeichnen, das ihr als Rechtsgrundlage geeignet erschienen wäre. Das Vorgehen der Beamten der Beklagten ist daher nach den Maßstäben des Reichsleistungsgesetzes zu bemessen. Das bedeutet, dass es sich grundsätzlich an die im Gesetz selbst vorgesehenen Schranken zu halten hatte. Eine Freistellung von jenen Beschränkungen, wie sie § 1 Abs 2 des Bayer. Flüchtlingsnotgesetzes vom 14. Dezember 1945 (Bay GVBl 1946 S 4) vorsah, griff vorliegend zu ihren Gunsten nicht ein. Hieraus folgt zweierlei:

a) Die Anforderung der Leistung muss dem Leistungspflichtigen kundgetan werden. Das braucht nicht notwendig durch Zustellung einer Verfügung geschehen; es kann unter Umständen genügen, wenn der Inhalt der schriftlich niedergelegten Verfügung dem Betroffenen zur Einsicht vorgelegt wird (siehe im einzelnen BGHZ 4, 10 [20, 21]). Es genügt auch, wenn die Leistungsanforderung an einen Mitbesitzer gerichtet wird (BGHZ 4, 77 [78, 79]). Hier hat der Vermieter und Hauseigentümer Sommer der Ehefrau des Klägers von der ihm schriftlich zugegangenen Verfügung Kenntnis gegeben. Ob darin eine ausreichende Kundmachung der Verfügung mit Wirkung gegen den Kläger liegt, braucht indes nicht entschieden zu werden.

b) Als sachlichrechtliche Grundlage kam nämlich für die Inanspruchnahme der Räume und deren Überlassung an die Firma R. nur die Vorschrift des § 5 RLG in Betracht. Die §§ 3 a und 3 b des Gesetzes schieden aus; weder der Landrat noch die Beklagte könnten für die in diesen Vorschriften bezeichneten Leistungen als leistungsberechtigte Bedarfsstellen (§ 2 des Gesetzes) überhaupt in Frage kommen. Nach der Bedarfsstellenbekanntmachung vom 11. Januar 1944 konnten im Bereich des § 3 a des Gesetzes nur die in jedem Einzelfall gemäss § 2 Abs 2 besonders bestimmten Bedarfsstellen die jeweils besonders bestimmten Leistungen verlangen; zur Abverlangung der in § 3 b (Gruppe A) bezeichneten Leistungen bei gewerblichen Unternehmen waren nach der Bekanntmachung nur die Reichsstatthalter, Landesregierungen, Oberpräsidenten und in gewissen Grenzen die Regierungspräsidenten befugt. Im Anwendungsbereich des § 5 RLG konnten dagegen die unteren Verwaltungsbehörden, insbesondere also nach § 3 der 1. DVO zum RLG vom 23. Oktober 1939 die Landräte und Oberbürgermeister nicht-kreisangehöriger Gemeinden Leistungen anfordern, wobei hier der Bürgermeister der Beklagten sich zur Inanspruchnahme von Gewerberäumen auf Grund der Anordnung des Landrats, sei es auch zu Unrecht, für zuständig erachten mochte. Abwegig ist die von der Revision verfochtene Meinung der Beklagten, ihre Zuständigkeit würde sich aus §§ 20, 21 RLG herleiten lassen. Es fehlt offensichtlich daran, dass die Beklagte ihrerseits von dem Landrat als Bedarfsstelle anstelle einzelner Leistungspflichtiger in Anspruch genommen worden war.

Nach § 5 des Gesetzes waren gewerbliche Räume nur insoweit zur Verfügung zu stellen, als der Unterkunftgeber

in der Benützung der für seine Betriebsbedürfnisse unentbehrlichen Räume nicht gehindert wurde. Auch die Anordnung des Landrats bezog sich nur auf leerstehende oder nicht zu Verkaufszwecken benutzte Geschäftsräume. Der Laden des Klägers war aber für ihn nicht entbehrlich, sondern wurde teils als einziger für den Kläger verfügbarer Gewerberaum zu Verkaufszwecken benutzt, teils war er untervermietet. Ohne Erfolg verfolgt die Beklagte mit der Revision ihren Standpunkt weiter, der Laden des Klägers müsse im Hinblick auf die Auswirkungen des Gesetzes Nr 8 der amMilReg als leerstehend angesehen werden. Der Kläger fiel freilich als Mitglied der NSDAP unter das am 26. September 1945 in Kraft getretene Gesetz (vgl Ziff 1, 3, 6 des Gesetzes, Ziff 2 b und e der AVO Nr 1 zu diesem Gesetz). Er durfte daher in seinem Geschäft nur in der Stellung eines gewöhnlichen Arbeiters tätig werden (Ziff 1 des Gesetzes, Ziff 2 d der AVO). Eine Beschränkung dieser Art trat für den Betroffenen gleichzeitig mit dem Gesetz in Kraft. Nur nach Massgabe von Ziff 4 d der AVO konnte während des in Ziff 5 des Gesetzes vorgesehenen Vorstellungsverfahrens ein Betroffener in widerruflicher Weise seine Tätigkeit einstweilen weiter ausüben. Der Kläger und seine Ehefrau wurden nun in dem Vorstellungsverfahren durch Beschluss des zuständigen Prüfungsausschusses vom 3. Januar 1946 wegen ihrer politischen Haltung als selbständige Geschäftsinhaber abgelehnt. Dies teilte der Landrat in einem vom 6. März 1946 datierten, also nach der Verfügung des Bürgermeisters vom 29. Januar 1946 liegenden Bescheid mit. Der Zweck des Militärregierungsgesetzes war aber nach seinen Eingangsworten der, den Einfluss nationalsozialistischer Weltanschauung in Deutschland auszuschalten. Das Gesetz wollte nicht den betreffenden Personen ihr Eigentum

entziehen. Dass Ziff 3 des Gesetzes im Falle der Zuwiderhandlung gegen Bestimmungen des Gesetzes die Schliessung eines Geschäfts vorsah, hat damit nichts zu tun. Der Kläger hatte daher nach dem Inkrafttreten des Gesetzes die auch in dem Bescheid des Landrats vom 6. März 1946, hervor gehobene Möglichkeit, sein Geschäft durch einen geeigneten Treuhänder weiterführen zu lassen. Unter diesen Umständen ging es nicht an, den Laden des Klägers als leerstehend zu behandeln.

Soweit es um die unter b) behandelte Pflichtwidrigkeit geht, hat der für sie verantwortliche Beamte der Beklagten schuldhaft gehandelt. Sie hätte einem pflichtgetreuen Durchschnittsbeamten nicht unterlaufen dürfen. Die Frage, ob der Laden des Klägers leerstand, erforderte eine genaue Prüfung. Diese Notwendigkeit ergab sich nicht nur aus der Anordnung des Landrats, sondern auch aus der Bestimmung des § 5 RLG und dem in ihr zum Ausdruck gekommenen allgemeinen Erfordernis, dass das Handeln der Verwaltung im Rahmen der Verhältnismässigkeit bleiben muss, dass also die Verwaltungsbehörde erwägen muss, ob der mit ihrem Handeln erstrebte Erfolg im Verhältnis zu der Schwere des Eingriffs bei dem Betroffenen steht. Auf diese Schranken hatte der Bürgermeister der Beklagten genau zu achten. Dabei hatte seine Überlegung im Februar 1946 dahin zu gehen, dass, soweit nicht eine Sondervorschrift wie das Bayer. Flüchtlingsnotgesetz eingriff, nach dem Reichsleistungsgesetz keine weitergehenden Eingriffe vorgenommen werden durften, als sie ohnehin im weitesten Umfang der Gesetzgeber des Dritten Reiches zugelassen hatte. Verfügte der Bürgermeister nicht selbst über die nötigen Rechtskenntnisse und Einsichten, so musste er sich, wenn

er die erforderliche Sorgfalt (§ 276 BGB) aufbringen wollte, an geeigneter Stelle Rat holen.

Für allen Schaden und damit für den Gewinnentgang (§ 252 BGB), den der Kläger durch die aufgezeigte Pflichtwidrigkeit erlitt, hat daher die Beklagte nach § 839 BGB in Verbindung mit den Staatshaftungsbestimmungen einzustehen. Ist dem so, so braucht nicht entschieden zu werden, ob das Vorgehen der Beklagten noch unter einem anderen Gesichtspunkt als schuldhaft pflichtwidrig angesprochen werden muss. Namentlich kann offenbleiben, inwieweit der Bürgermeister der Beklagten sich zu seiner Entlastung auf die Anordnung des Landrats berufen könnte, ob er sich für zuständig halten durfte oder ob er ohne Fahrlässigkeit die allgemeine Notlage in Deutschland nach dem Zusammenbruch damals als einen nach dem Reichsleistungsgesetz zu bekämpfenden öffentlichen Notstand werten durfte. Auch kann offengelassen werden, inwieweit der Richter im Amtshaftungsstreit nachprüfen kann, ob die Inanspruchnahme des Ladens des Klägers gerade zu Gunsten der Firma Roehler dem Reichsleistungsgesetz entsprach.

Die Revision greift nun mit der Rüge aus § 286 ZPO die von der Beklagten im Schriftsatz vom 17. Juni 1953 S 3 aufgestellte und mit Beweis vertretene Behauptung auf, die Militärregierung habe sich persönlich um den Fall des Klägers angenommen und die Inanspruchnahme seiner Räume gefordert. Auf diese Behauptung ist das Berufungsgericht nicht eingegangen. Seiner Sachbehandlung kann nicht gefolgt werden. Die Militärregierung konnte den Bürgermeister von dem Erfordernis der Bekanntgabe des Verwaltungsakts an den Kläger sowie von der Einhaltung der aufgezeigten sachlich-

rechtlichen Beschränkung der Inanspruchnahme befreien. Hätte also die Militärregierung die behauptete Anordnung erlassen, bevor die Verfügung des Bürgermeisters erging, so könnte das Vorgehen des Bürgermeisters als ein nicht zu beanstandender Vollzug des Befehls der Militärregierung angesehen werden. Läge dagegen die Anordnung der Militärregierung zeitlich nach der Verfügung des Bürgermeisters, so müsste sich mit Sicherheit feststellen lassen, dass die deutsche Behörde der Anordnung der Militärregierung in einer nicht zu beanstandenden Weise nachgekommen wäre. Dann hätte dieser Umstand für die Zeit nach seinem Eintritt die Weiterführung des Geschäfts und damit die Möglichkeit der Gewinnerzielung zunichte gemacht. Dieses hypothetische Ereignis wäre zu berücksichtigen, da der hypothetische Ursachenzusammenhang hier an Umstände (die politische Belastung des Klägers und das Ges Nr 8 MilReg) anknüpft, die schon zur Zeit der Verfügung des Bürgermeisters in den Verhältnissen des Klägers begründet waren (vgl hierzu Urteil des Senats vom 7. Oktober 1954 - III ZR 197/53 - S 19 mit Nachweisen). Da insoweit eine Schadensersatzpflicht der Beklagten entfallen könnte, kann das den Klaganspruch bejahende Urteil mit der vorliegenden Begründung nicht aufrecht erhalten werden.

In der neuen Verhandlung, zu der die nicht zu umgehende Zurückverweisung der Sache führen wird, muss das Berufungsgericht noch folgendes erwägen: Die Beklagte hatte sich darauf berufen, dass nicht nur der Kläger und seine Ehefrau als selbständige Geschäftsinhaber abgelehnt worden waren, sondern auch darauf, dass die Tochter Margot des Klägers nicht als Treuhänder für den Geschäftsbetrieb hätte tätig werden dürfen. Wäre das Geschäft des Klägers mit Rücksicht

hierauf zum Erliegen gekommen oder hätte einem Treuhänder aus den Geschäftseinnahmen eine Vergütung in solcher Höhe gezahlt werden müssen, dass das Geschäft einen Überschuß nicht abgeworfen hätte, so könnte gemäss dem Gesagten ebenfalls der Klaganspruch entfallen.

Von der Aufhebung des Urteils und der Zurückverweisung der Sache kann, wie im folgenden auszuführen ist, auch nicht deswegen abgesehen werden, weil das Berufungsurteil aus einem anderen Grunde aufrechterhalten oder die Klage bereits jetzt abgewiesen werden könnte.

IV.

1. Da nur eine fahrlässige Pflichtwidrigkeit ihrer Beamten in Frage steht, kann die Beklagte gemäss § 839 Abs 1 Satz 2 BGB dann nicht auf Schadensersatz belangt werden, wenn der Kläger auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag. Die Darlegung, dass und inwieweit dies nicht möglich ist, gehört nach der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs zur Klagebegründung. Der Geschädigte muss nicht nur darlegen und beweisen, dass er gegenwärtig, d.h. zur Zeit der Klageerhebung, keinen anderen Ersatz erlangen kann, sondern auch, dass er eine frühere Ersatzmöglichkeit nicht schuldhaft versäumt hat.

Zu Unrecht hat die Beklagte geltend gemacht, der Kläger hätte die Firma R. [REDACTED] auf Räumung des Ladens oder den Hauseigentümer Sommer auf Besitzzeinträumung verklagen sollen. Denn diese Ansprüche gehen nicht auf Ersatz des Gewinnentgangs und stellen daher keine anderweite Ersatzmög-

lichkeit dar. Sie sind nur nach der Richtung bedeutsam, ob der Kläger nicht durch ihre Geltendmachung den Gewinnentgang mindern oder beseitigen konnte. Diese Frage beurteilt sich, wie vorsorglich bemerkt sein soll, auch nicht nach § 839 Abs 3 BGB; denn letztere Vorschrift bezieht sich nur darauf, dass der Geschädigte einen Rechtsbehelf nicht ergriffen hat, der sich unmittelbar gegen die schädigende Amtshandlung wendet. Die Frage ist vielmehr ausschliesslich nach § 254 BGB zu bemessen. Denn ist die Darlegung, dass der Kläger schuldhaft nicht gegen die Firma R [REDACTED] oder gegen Sommer vorgegangen ist, keine Entstehungsvoraussetzung für den Klaganspruch, sondern ein Entlastungsgrund für den Beamten. Diesem und gegebenenfalls der an seiner Stelle haftenden Körperschaft obliegt die Darlegungs- und Beweislast. Aus dem Vorbringen der Beklagten ist nicht zu ersehen, dass der Kläger sich von einem Vorgehen gegen die Firma R [REDACTED] oder gegen Sommer einen Erfolg versprechen konnte, also schuldhaft etwas verabsäumt hat.

Eine anderweite Ersatzmöglichkeit wäre dagegen vorhanden, insoweit der Kläger von der Firma R [REDACTED] eine Entschädigung für den angeblich erlittenen Gewinnausfall verlangen konnte oder noch kann. Hierzu wird im Zusammenhang unter V 1 das Erforderliche ausgeführt werden.

2. Vergeblich versucht die Beklagte, ihre Amtshaftung mit dem Hinweis auf § 839 Abs 3 BGB abzuwenden. Das Berufungsgericht erklärt die Bestimmung mit der rechtsirrigen Begründung, gegen einen formell nichtigen Verwaltungsakt sei ein Rechtsmittel nicht notwendig, für unanwendbar. Nach der Bestimmung kommt es darauf an, ob der Schaden durch Ge-

brauch eines Rechtsmittels abgewendet werden kann. Dies kann auch dadurch geschehen, dass ein nichtiger Verwaltungsakt, der wie hier tatsächliche Wirkungen hat, durch formelle Aufhebung aus der Welt geschafft wird. Die Bestimmung des § 839 Abs 3 BGB ist jedoch nur eine besondere Ausgestaltung des mitwirkenden Verschuldens im Sinn des § 254 BGB. An einem solchen fehlt es hier. Nach dem Reichsleistungsgesetz stand dem Betroffenen ein förmliches Rechtsmittel nicht zu Gebote. Die Ehefrau des Klägers hat, nachdem die Verfügung des Bürgermeisters der Beklagten ergangen war, unverzüglich Vorstellungen beim Landratsamt erhoben und den Bescheid erhalten, es sei nichts zu machen. Wenn sie unter den obwaltenden Umständen von weiteren Schritten absah, so hat sie damals nicht fahrlässig gegen das Gebot des eigenen Interesses gehandelt. Das Bayer.Gesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit vom 25. September 1946 (GVBl S 181) eröffnete nicht schlechthin die Möglichkeit, vor dem Inkrafttreten des Gesetzes abgeschlossene Verwaltungsakte der verwaltungsgerichtlichen Prüfung zu unterstellen. Wenn der Kläger den in der von der Beklagten benannten Entscheidung des Bayer.Verwaltungsgerichtshofs vom 5. Mai 1949 (VGHE n.F. 2, 39) aufgezeigten Weg nicht alsbald beschritt, so kann hierin eine schuldhaft mitverursachung des im Streit stehenden Schadens nicht gefunden werden. Es konnte nicht mit hinreichender Sicherheit damit gerechnet werden, dass der Kläger, von dem Zeitpunkt an gerechnet, in dem jene Entscheidung veröffentlicht und bekannt wurde, bis zum Juli 1951, bis zu dem er einen Schaden einklagt, eine ihm günstige abschliessende Entscheidung im verwaltungsgerichtlichen Verfahren erstreiten werde.

3. Die von der Beklagten erhobene Einrede der Verwir-

kung greift nicht durch. Das ergibt sich aus dem unter V 3 Gesagten. Ob ein dem Kläger nach § 839 BGB zustehender Schadensersatzanspruch im Hinblick auf § 852 BGB verjährt ist, wie das Berufungsgericht annimmt, die Revision dagegen verneint, kann bei dem gegenwärtigen Stand der Sache offengelassen werden. Denn der Kläger könnte nach Massgabe des unter III Gesagten Ansprüche haben, die von der in § 852 BGB angeordneten Verjährung nicht betroffen werden.

V.

Wie bereits angedeutet, kommt die Amtshaftung der Beklagten nicht als der alleinige Klagegrund in Betracht. Der Kläger selbst hat sich im Rechtsstreit beiläufig auf einen Anspruch aus Aufopferung nach § 75 EinlALR oder aus enteignungsgleichem Eingriff berufen.

1. Zunächst ist zu prüfen, ob dem Kläger etwa aus § 26 RLG ein den Klaganspruch tragender Anspruch zusteht. Gemäss § 26 RLG hat die Bedarfsstelle für die in Anspruch genommene Leistung grundsätzlich eine Vergütung (Abs 1 des Gesetzes) und für Schäden, die infolge oder gelegentlich der Leistung eintreten, eine Entschädigung zu gewähren (Abs 3 des Gesetzes). Führt der Eingriff zu einem Gewinnentgang aus einem eingerichteten und in Gang befindlichen Betrieb, so bildet der Entgang des Gewinns einen Verlust im Sinne des § 26 Abs 3 RLG und rechtfertigt das Begehren nach Ersatz des Gewinnentgangs als einen Entschädigungsanspruch im Sinn dieser Bestimmung (Urteil des erkennenden Senats vom 28. Juni 1954 - III ZR 118/53 -, insoweit in BGHZ 14, 111 nicht abgedruckt). Sollte die Beorderungsver-

fügung mangels Bekanntgabe an den Kläger nichtig gewesen sein, so würde dies dem Anspruch nicht entgegenstehen. Hat nämlich eine Behörde wie hier die Inanspruchnahme von Gegenständen auf das Reichsleistungsgesetz gestützt und über die Gegenstände tatsächlich so verfügt, wie wenn sie wirksam nach diesem Gesetz in Anspruch genommen worden wären, so hat sie auch im Fall der Unwirksamkeit der Inanspruchnahme dem Betroffenen mindestens in gleicher Weise Entschädigung zu leisten, wie sie im Fall einer wirksamen Inanspruchnahme nach dem Reichsleistungsgesetz zu leisten wäre (LM Nr 12 zu § 26 RLG).

Nun hat hier die Beklagte als Bedarfsstelle die Leistung nicht für sich, sondern für einen Dritten, die Firma R■■■■■, in Anspruch genommen. Letztere hat daher nach § 26 Abs 4 Satz 1 RLG in erster Linie dem Kläger eine Vergütung nach Abs 1 sowie eine Entschädigung nach Abs 3 des Gesetzes zu entrichten. Aus § 26 Abs 4 Satz 2 RLG ergibt sich jedoch, dass das Risiko für die Zahlung dieser Beträge grundsätzlich nicht der Leistungspflichtige, sondern die Bedarfsstelle zu tragen hat. Dies trifft insbesondere zu, wenn feststeht, dass der Dritte keine Zahlung leistet oder leisten wird, und wenn auch die Höhe der Entschädigung feststellbar ist. In einem solchen Fall braucht auch das in § 26 Abs 4, § 27 RLG vorgesehene Verfahren nicht durchgeführt zu werden (vgl Urteile des Senats vom 17. Mai 1954 - III ZR 22/53; 28. Juni 1954 - III ZR 118/53; 21. Oktober 1954 - III ZR 87/53). Tatsächliche Feststellungen über die Leistungsfähigkeit und den Leistungswillen der Firma Roehler hat das Berufungsgericht nicht getroffen.

In seinem bereits genannten Urteil vom 28. Juni 1954

- III ZR 118/53 - hat der Senat für einen insoweit gleichgelagerten Fall entschieden, dass die von dem Dritten gemäss § 26 Abs 4 Satz 1 an den Leistungspflichtigen zu gewährende Entschädigung auch den Gewinn einschliesst, der dem Leistungspflichtigen durch die Inanspruchnahme seiner gewerblichen Räume entgangen ist. Dann wäre dem Kläger unter diesem Gesichtspunkt eine anderweite Ersatzmöglichkeit im Sinn des § 839 Abs 1 Satz 2 BGB eröffnet worden. Nach § 26 Abs 4 Satz 2 RLG hätte dann die Beklagte den Kläger für den entgangenen Gewinn nur zu entschädigen, wenn die Firma R. nicht zahlungsfähig oder zahlungswillig ist. Eine erneute Entscheidung der Frage, ob die von dem Dritten nach § 26 Abs 3 und 4 zu leistende Entschädigung auch den von dem Leistungspflichtigen erlittenen Gewinnausfall einschliesst, ist indes zur Zeit nicht geboten. Die Entscheidung könnte sich, wenn die unumgängliche Klärung des Streitfalls in tatsächlicher Hinsicht erreicht ist, völlig erübrigen.

2. Für den Fall, dass das Vorgehen des Bürgermeisters des Beklagten durch eine vorhergegangene Anordnung der Militärregierung nicht gedeckt und rechtswidrig ist, stellt es einen rechtswidrigen, enteignungsgleichen Eingriff in den Rechtskreis des Klägers dar. Dann ist der Kläger, wie der Senat in der Entscheidung vom 10. Juni 1954 (BGHZ 13, 395) dargelegt hat, nicht auf die Geltendmachung von ihm nach dem Reichsleistungsgesetz gegen die Beklagte zustehenden Ansprüchen beschränkt. Er kann vielmehr unter dem Gesichtspunkt des enteignungsgleichen Eingriffs (BGHZ 6, 270 [290/91]) für den Entzug seines Gewerberaums von der Beklagten eine Entschädigung verlangen. Die Beklagte ist nämlich, da der Laden des Klägers und die anderweitige Verwertung des Raumes

dem Wohle der Gemeindeangehörigen und der Funktionierung des öffentlichen Lebens im Gebiet der Beklagten, somit der Erfüllung einer Aufgabe der Beklagten, dienen sollte, durch den Eingriff begünstigt worden und damit das Subjekt der aus einem enteignungsgleichen Tatbestand abgeleiteten Entschädigungspflicht (BGHZ 11, 248 [251]; vgl auch BGHZ 13, 371). Auch dieser Entschädigungsanspruch umfasst einen Gewinnentgang, den der Kläger aus dem Eingriff in seinen eingerichteten Gewerbebetrieb erlitten hat (Urteil des Senats vom 10. Juni 1954 - III ZR 89/53 -, insoweit in BGHZ 13, 395 nicht veröffentlicht).

3. Der Bestand der unter 1 und 2 behandelten Ansprüche wird in gleicher Weise wie der aus § 839 BGB abgeleitete Schadensersatzanspruch des Klägers davon berührt, wenn eine nachträgliche Anordnung der Militärregierung oder das MilRegGes Nr 8 mit seinen Auswirkungen den klägerischen Betrieb zum Erliegen gebracht oder eine Gewinnerzielung aus ihm unmöglich gemacht hätte. Dagegen versagt diesen Ansprüchen gegenüber die von der Beklagten erhobene Einrede der Verjährung. Weder der Anspruch aus § 26 RLG noch der Anspruch auf Entschädigung aus einem enteignungsgleichen Eingriff unterliegt der dreijährigen Verjährung des § 852 BGB oder einer kürzeren Verjährung. Dass die Versäumung der in § 27 Abs 1 Satz 4 RLG bestimmten Frist die Geltendmachung der Ansprüche aus § 26 RLG vor den ordentlichen Gerichten nicht verwehrt, ist in der Rechtsprechung des Senats anerkannt (vgl u.a. BGHZ 5, 202). Ebenfalls greift die Einrede der Verwirkung, diese auch im Hinblick auf einen Schadensersatzanspruch des Klägers aus § 839 BGB, nicht durch. Die Revision rügt zu Unrecht, das Berufungsgericht habe diese Einrede im Urteil völlig übergangen (§ 551 Nr 7 ZPO).

Denn die in Ziff 6 des Urteils enthaltenen Ausführungen sind nicht nur bezüglich der Einrede der Verjährung gemacht, sondern beziehen sich sinngemäss auch auf die Einrede der Verwirkung. Sachlich ist dem Berufungsgericht im Ergebnis beizutreten. Auch wenn der Kläger sich sagen lassen müsste, er habe eine längere Zeit für die Geltendmachung seiner Rechte ungenützt verstreichen lassen, würde er hier nicht arglistig handeln, wenn er erst später mit seinen Rechten hervortritt. Die Verwirkung ist nichts anderes als ein Anwendungsfall der Grundsätze von Treu und Glauben. Nur dann kann sie bejaht werden, wenn nach der Gesamtheit der in Betracht zu ziehenden Umstände der Kläger gegen das Gebot von Treu und Glauben verstossen hat. Im gegebenen Fall kann es jedoch dem Kläger nicht verargt werden, wenn er zunächst eine Konsolidierung der allgemeinen Verhältnisse abwarten wollte und darauf vertraute, die Beklagte werde ihren etwa bestehenden Verpflichtungen, sei es auch nicht unverzüglich, nachkommen.

VI.

Das gewonnene Ergebnis geht somit dahin: Die Sache ist zu einer Endentscheidung noch nicht reif, sondern muß zur Herbeiführung der erforderlichen tatsächlichen Klärung, namentlich hinsichtlich des Erlasses des behaupteten Militärregierungsbefehls und der Auswirkungen des MilRegGes Nr 8 an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden (§§ 564, 565 ZPO).

Bei der neuen Verhandlung und Entscheidung wird das Berufungsgericht noch zu beachten haben: Nach Art 5 des Gesetzes Nr 35 des Hohen Kommissars der Vereinigten Staaten

für Deutschland darf, wie gegenüber der Revision zu bemerken ist, das Berufungsgericht Beweis über das Bestehen, den Inhalt und den Zweck der von der Beklagten behaupteten Anordnung der Besatzungsmacht erheben. Die Beweiserhebung darf jedoch nach Art 5 des Gesetzes nur zwecks Vorlage an die Besatzungsbehörden stattfinden. Wenn allerdings das Gericht seiner Entscheidung eine Anordnung der Besatzungsmacht zugrunde legen will, über deren Bestehen, Inhalt, Rechtsgültigkeit oder Zweck es keine Zweifel hat, so bedarf es nach Art 3 Abs 2 des AHKGes Nr 13 der Vorlegung an die Besatzungsbehörden nicht. Die Zurückweisung offenkundig unberechtigter Zweifel eines Beteiligten zu einer Inzidentfrage ist ganz allgemein keine Entscheidung im Sinne der letztgenannten Bestimmung (so BVerfG in NJW 1953, 657 [659] und die ständige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs). Der Kläger wird ferner noch nähere Angaben darüber zu machen haben, ob der von ihm verlangte Teilbetrag den Gewinnentgang zu Beginn oder zu Ende der gesamten Schadenszeit ausgleichen soll, oder ob die Klage etwa den Schaden in der einen oder anderen Richtung hilfsweise geltend machen will. Sonst bleibt bei der Entscheidung über die Teilklage unklar, für welche Zeit ein Anspruch zugesprochen oder ab-erkannt wird. Ferner darf das Berufungsgericht den vom

Kläger geltend gemachten Zinsanspruch auch im Grundurteil nicht völlig übergehen. Sache des Berufungsgerichts, dem insoweit die weitere Entscheidung überlassen wird, ist es auch, über die Kosten der Revision zu befinden, sei es auch in der Form, dass es die Entscheidung gegebenenfalls dem Bettragsverfahren vorbehält.

Dr.Geiger

Rietschel

Wolany

Dr.Beyer

Dr. Hußla