

Verkündet
laut Protokoll
am 2. Mai 1955
[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 Stadt W[REDACTED] E[REDACTED], vertreten durch den Rat der Stadt,

Beklagten, Berufungsbeklagten,
Revisionsklägerin und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt JR Dr. [REDACTED] -

g e g e n

1. den Gastwirt Otto H [REDACTED] in E[REDACTED], H[REDACTED]-
straße [REDACTED],

Kläger, Berufungskläger und Revisions-
beklagten,

2. den Gastwirt Hermann H [REDACTED] in E[REDACTED], H[REDACTED]-
straße [REDACTED],

Kläger, Berufungskläger und Revisions-
kläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 2. Mai 1955 unter Mitwirkung des
Senatspräsidenten Prof. Dr. Geiger sowie der Bundesrichter
Dr. Pagendarm, Rietschel, Dr. Kreft und Dr. Wolany

für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers Hermann H [REDACTED] gegen
das seine Berufung zurückweisende Urteil des
Oberlandesgerichts in Hamm (Westf.) vom 5. Oktober
1953 wird zurückgewiesen.

Im übrigen wird das angefochtene Urteil auf die Revision der Beklagten im Kostenpunkt und insoweit, als es der Berufung des Klägers Otto H. [REDACTED] stattgegeben hat, aufgehoben. In diesem Umfang wird die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revisionen - an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Dem Kläger zu 2) gehörte das inzwischen von ihm veräusserte Grundstück Hauptstrasse [REDACTED] in W[REDACTED]-E[REDACTED], auf dem sich das "C[REDACTED]-Hotel" befand. Die Kläger waren Inhaber der Gaststätte "C[REDACTED]-Hotel"; bis zum 31. Mai 1949 hatte der Kläger zu 2) eine vorläufige Schankerlaubnis, durch Urkunde vom 30. Mai 1949 wurde dem Kläger zu 1) die Erlaubnis zum Betrieb der Gastwirtschaft erteilt.

Am Vormittag des 24. Juli 1949 kamen in die Gaststätte zwei Männer und zwei Frauen, denen man ansah, daß sie die Nacht durch gezecht hatten. Sie bestellten auch hier wieder alkoholische Getränke. Später wurde der in Abwesenheit der Kläger in der Gastwirtschaft tätige Kellner von einem der Gäste gebeten, einer der beiden Frauen zum Ausruhen und Frischmachen ein Zimmer zu geben; er wies ihr nach Rücksprache mit der in der Schenke anwesenden zunächst widersprechenden Ehefrau des Kläger zu 2) eines von den beiden vorhandenen Fremdenzimmern an. Kurze Zeit danach begab sich auch der Mann, der um die Bereitstellung des Raumes gebeten hatte, in das Zimmer. Es kam zwischen der Frau und ihm zum Geschlechtsverkehr. Die Frau erstattete Anzeige wegen Notzucht. Die Kriminalpolizei, die auch ein Verfahren gegen den Kellner wegen Kuppelei eingeleitet hatte, unterrichtete Ende August 1949 die für die Erlaubniserteilung zuständige Abteilung der Beklagten über den Vorfall.

Am 15. September 1949 fasste der Beschlussausschuss der Beklagten nach mündlicher Verhandlung den Beschluss, dem Kläger zu 1) die Erlaubnis zu entziehen. Am gleichen Tage ordnete der Oberstadtdirektor der Beklagten die vorläufige Schliessung des Betriebs an. Durch Beschluss vom 29. September 1949 wurde diese Massnahme vom Beschlussausschuss bestätigt. Im verwaltungsgerichtlichen Verfahren



wurde aber dieser Beschluss durch Bescheid vom 6. Oktober 1949 aufgehoben. Danach wurde der Betrieb wieder weitergeführt.

Die Klägen behaupten, dass ihnen durch die vorläufige Schliessung des Betriebs ein Schaden von 29.036 DM entstanden sei (Verderb von Waren: 331,50 DM; Aufwendungen im Beschwerdeverfahren: 515,25 DM; Rückgang der Kundschaft, Unmöglichkeit einer anderweitigen Unternehmenspacht: Verlust eines Rohgewinns von 23.607,15 DM; Zinsaufwand für die Errichtung eines eigenen neuen Unternehmens: 4.552,10 DM). Sie behaupten weiter, dass die vorläufige Schliessung gesetzwidrig gewesen und schuldhaft angeordnet worden sei. Im Beschlussausschuss hätten auch politische Gründe eine Rolle gespielt. Der Oberstadtdirektor selbst habe erklärt, dass das Vorgehen des Ausschusses ihm nicht gefalle, er habe sich aber dennoch nicht widersetzt, weil er mit dem Ausschuss nicht in Schwierigkeiten geraten wollte. Der Gewerbedezernent beim Regierungspräsidenten habe am 19. September eine Aufhebung der vorläufigen Schliessung angeordnet; dieser Anweisung sei der Oberstadtdirektor aber schuldhaft nicht nachgekommen. Auch die Bestätigung der Schliessungsverfügung stelle eine Amtspflichtverletzung dar.

Mit der vorliegenden Klage begehren die Kläger einen Teilbetrag ihres Schadens und haben beantragt,

die Beklagte zur Zahlung von 2.000 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 1. August 1951 zu verurteilen.

Die Beklagte hat um Klageabweisung gebeten. Sie bestreitet, dass ihre Organe, die die Vorgänge gewissenhaft geprüft hätten, eine Amtspflichtverletzung begangen hätten und dass dem Kläger zu 1) der behauptete Schaden entstanden sei; den

Anspruch des Klägers zu 2) hält sie von vornherein für unbegründet, weil dieser nicht Inhaber der Konzession gewesen sei.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat die Berufung des Klägers zu 2) zurückgewiesen und auf die Berufung des Klägers zu 1) unter Zurückweisung des Rechtsmittels im übrigen dahin erkannt, dass sein in der Berufungsinstanz gestellter Hilfsantrag, die Beklagte zur Zahlung von 2.000 DM nebst Zinsen an ihn, den Kläger zu 1), zu verurteilen, dem Grunde nach gerechtfertigt sei.

Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf volle Klageabweisung weiter. Der Kläger zu 2) bittet mit seiner Revision, auch seinen Schadensersatzanspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt zu erklären. Die Beklagte beantragt Zurückweisung dieser Revision, der Kläger zu 1) Zurückweisung der Revision der Beklagten.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht hat den Schadensersatzanspruch des Klägers zu 1) aus drei Gründen für dem Grunde nach berechtigt angesehen: die Anordnung der vorläufigen Schliessung (15. September 1949) durch den Oberstadtdirektor stelle eine schuldhaftes Amtspflichtverletzung dar; auch die Nichtbefolgung der Anweisung des Gewerbedezernenten beim Regierungspräsidenten (Anweisung vom 19. September 1949), dass diese Massnahme aufzuheben sei, sei dem Oberstadtdirektor als eine schuldhaftes Verletzung seiner Amtspflichten vorzuwerfen; schliesslich sei auch die Bestätigung der

Schliessungsverfügung durch den Beschlussausschuss (29. September 1949) als eine schuldhafte Amtspflichtverletzung anzusehen.

1. Die Behauptung der Beklagten, dass der Oberstadtdirektor mit seiner Verfügung vom 15. September 1949 nur eine Anordnung des Beschlussausschusses, dass der Betrieb sofort zu schliessen sei, ausgeführt habe, sieht das Berufungsgericht nicht als erwiesen an und führt weiter aus, dass selbst dann, wenn die Behauptung richtig wäre, dem Oberstadtdirektor der Vorwurf einer schuldhaften Amtspflichtverletzung nicht erspart werden könnte; er hätte als das für die Massnahme aus § 22 Abs 2 Satz 1 GaststG allein zuständige Organ die Voraussetzungen dieser Vorschrift selbständig prüfen müssen. In der Unterlassung dieser Prüfung sei in erster Linie eine schuldhafte Amtspflichtverletzung zu erblicken, in zweiter Linie aber auch darin, "dass infolge völlig unzureichender Prüfung der tatsächlichen Voraussetzungen und unzutreffender Auslegung der §§ 12 Abs 1 Ziff 2 und 22 Abs 2 Satz 1 des Gaststättengesetzes die Zulässigkeit und Notwendigkeit der vorläufigen Schliessung zu Unrecht bejaht worden ist".

Diese Entscheidung ist, wie der Revision zugegeben werden muss, nicht frei von Rechtsirrtum.

a) Dass der Oberstadtdirektor seine Schliessungsverfügung ohne eine eigene Prüfung der Voraussetzungen hierfür erlassen hat, wird von der Beklagten selbst vorgetragen und vom Kläger nicht bestritten. Dieser Sachverhalt ist deshalb der ganzen weiteren Würdigung des Vorgehens des Oberstadtdirektors vom 15. September 1949 zugrunde zu legen.

Hat sich der Oberstadtdirektor, ohne dass eine Entschliessung des städt. Beschlussausschusses des Inhalts, dass der Betrieb sofort einzustellen sei, vorgelegen hätte, so verhalten, so liegt eine schuldhaftes Amtspflichtverletzung auf der Hand: dass die beschlossene Erlaubnisentziehung nicht ohne weiteres auch eine vorläufige Schliessung erheischte, sondern diese nur im Wege eines eigenen Verwaltungsaktes auf Grund einer selbständigen Prüfung und Entschliessung angeordnet werden konnte, ergab sich klar aus dem Gesetz und musste von jedem Durchschnittsbeamten erkannt und beachtet werden. Bei einer eigenen Entschliessung wäre der Oberstadtdirektor, wie er selbst ausgeführt hat, nicht so streng gegen den Kläger zu 1) vorgegangen; deshalb müsste seine eben behandelte Unterlassung auch als kausal für die behaupteten Schädigungen angesehen werden.

Lag aber ein entsprechender Beschluss des Beschlussausschusses vor und hat der Oberstadtdirektor diesen deshalb zur Ausführung gebracht, weil er sich hierzu für verpflichtet hielt - von dieser Behauptung der Beklagten muss ausgegangen werden; sie wird vom Kläger nicht bestritten, wenn er ausführt, der Oberstadtdirektor habe erklärt, er könnte sich dem Ausschuss nicht widersetzen, weil eine solche Erklärung der Behauptung der Beklagten nicht widerspricht -, so kann dem Beamten ein schuldhaftes Verhalten nicht vorgeworfen werden.

Das Berufungsgericht kommt zu einem anderen Ergebnis von der Annahme aus, dass im Bereiche der staatlichen Auftragsangelegenheiten auch unter der Herrschaft der revidierten Gemeindeordnung in der Fassung des Gesetzes von Nordrhein-Westfalen vom 3. November 1948 die den Ortspolizeibehörden

- den Ämtern für öffentliche Ordnung - zustehenden Befugnisse allein vom Oberstadtdirektor wahrzunehmen gewesen seien. Ob die Revision mit ihren hiergegen gerichteten Angriffen Recht hat, braucht nach der objektiven Seite hin nicht entschieden zu werden. Auf alle Fälle muss es, selbst wenn es objektiv unrichtig gewesen wäre, als entschuldbar angesehen werden, wenn in der Verwaltung der Beklagten in der hier fraglichen Zeit davon ausgegangen worden ist, dass die Willensbildung hinsichtlich aller in der Gemeindeverwaltung zu erledigenden Angelegenheiten, auch der Auftragsangelegenheiten, dem Gemeinderat oder den von ihm aus seiner Mitte heraus gebildeten Ausschüssen zukomme; denn in den Grundbestimmungen über die Zuständigkeit, wie sie die §§ 32 und 34 der revidierten Gemeindeordnung enthielten - nach denen die Verwaltung der Gemeinde voll und ausschliesslich dem Rat oblag und der Oberstadtdirektor nur als ein ausführendes Organ anzusehen war -, war keine Unterscheidung zwischen den eigenen Angelegenheiten der Gemeinde und den staatlichen Auftragsangelegenheiten gemacht worden; mit der Tendenz der in der britischen Zone eingeführten Neuordnung stand es durchaus im Einklang, wenn den aus den Wahlen hervorgegangenen Organen ein möglichst weiter Einfluss eingeräumt wurde; der Beklagten muss auch zugute gehalten werden, dass ihre Ansicht in einem ihr zur Verfügung stehenden Kommentar als die richtige bezeichnet wurde (vgl. Odenbreit, Die Gemeindeordnung in Nordrhein-Westfalen 8. Aufl. Fußnote zu § 2); schliesslich war sogar in einem Erlass des Innenministers des Landes Nordrhein-Westfalen vom 11. Juni 1947 - III 4 a - darauf hingewiesen worden, dass der Rat der Gemeinde in Auftragsangelegenheiten ebenso zuständig sei wie in den Selbstverwaltungsangelegenheiten.

Bei Berücksichtigung all dieser Umstände kann man die von dem Oberstadtdirektor der Beklagten vertretene Ansicht,

dass er an Beschlüsse des vom Gemeinderat eingesetzten Beschlussausschusses auch bei staatlichen Auftragsangelegenheiten gebunden gewesen sei, nicht als einer vernünftigen Grundlage entbehrend und deshalb unvertretbar ansehen. Liess sie sich aber nach Lage der Dinge vertreten, dann kann dem Beamten kein Vorwurf daraus gemacht werden, wenn er sein praktisches Verhalten nach dieser Grundlage ausrichtete.

b) Es kommt somit darauf an, ob die Behauptung der Beklagten, dass der Beschlussausschuss die sofortige Einstellung des Betriebes beschlossen habe, zutrifft oder nicht. Es geht nicht an, mit dem Berufungsgericht zu sagen, dass der Beweis für die Behauptung nicht erbracht sei. Die Revision rügt mit Recht eine Verletzung des § 286 ZPO. Das Berufungsgericht kommt zu seinem Ergebnis allein auf Grund einer Würdigung des über die Sitzung vom 15. September 1949 später angefertigten Protokolls; es meint, den Worten "mit sofortiger Wirkung" könne kein Beweiswert beigelegt werden, weil an dieser Stelle radiert worden sei. Die Beklagte hat sich aber zum Beweise für die Richtigkeit ihrer Behauptung nicht nur auf dieses Protokoll, sondern auch auf das Zeugnis mehrerer Ausschussmitglieder berufen. Ausserdem hat sie auch das Protokoll der Sitzung vom 12. September 1949 vorgelegt, aus dem sich ergibt, dass bereits an diesem Tage der Ausschuss - ohne mündliche Verhandlung - einstimmig beschlossen hatte, die Konzession "ab sofort" zu entziehen; schliesslich ist von dem Ausschuss auch in seinem Bestätigungsbeschluss vom 29. September 1949 ausdrücklich angeführt worden, dass dem Konzessionsinhaber nach der mündlichen Verhandlung vom 15. September 1949 bei der Verkündung des Entziehungsbeschlusses auch "die sofortige Schliessung" eröffnet worden sei. Bevor dieses ganze, von der Beklagten vorgelegte Beweismaterial ge-

würdigt und bevor - gegebenenfalls - die von ihr benannten Zeugen vernommen worden sind, ist es nicht möglich, ihre Behauptung als nicht bewiesen zu bezeichnen.

2. Die danach erforderliche weitere tatsächliche Aufklärung lässt sich nicht vermeiden; denn die Entscheidung des Berufungsgerichts - ohne Prüfung der noch offenen Frage - aus anderen Gründen aufrecht zu erhalten, ist nicht möglich.

a) Es bedürfte keines Eingehens auf die erwähnte tatsächliche Frage, wenn bereits in dem von der Beklagten behaupteten Beschluss des Beschlussausschusses, den Betrieb sofort zu schliessen, eine zum Schadensersatz verpflichtende Amtspflichtverletzung zu erblicken wäre. Das ist aber nicht der Fall.

aa) Sollte der Beschlussausschuss seine Zuständigkeit zu Unrecht auch für die hier fragliche, in § 22 Abs 2 Satz 1 GaststG vorgesehene Massnahme angenommen haben, so könnte seinen Mitgliedern kein schuldhaftes Verhalten vorgeworfen werden, wie schon bei der Würdigung des Verhaltens des Oberstadtdirektors dargelegt worden ist.

bb) Die sofortige Schliessung konnte nur beim Vorliegen bestimmter gesetzlicher Voraussetzungen in Erwägung gezogen werden: es mussten Tatsachen festgestellt sein, welche die Annahme rechtfertigten, dass der Erlaubnisinhaber die erforderliche Zuverlässigkeit nicht besitze (§§ 22 Abs 2 Satz 1, 12 Abs 2 Ziff 1, 2 Abs 1 Ziff 1 GaststG).

(1) Der Beschlussausschuss hat seine Entscheidung auf die Tatsachen der Verletzung der Aufsichtspflicht und der Nichtbeachtung der Meldevorschriften gestützt. Diese

werden in dem Beschlusausspruch als massgebend angegeben. Dass er diese für ihn entscheidenden Tatsachen nicht genügend festgestellt habe, lässt sich dem Beschlusausschuss nicht vorwerfen.

Dass der Kläger wiederholt die Meldevorschriften nicht beachtet habe, ist in seiner Anwesenheit dem Beschlussausschuss von dem Beamten der Polizei berichtet worden. Der Kläger hat die Tatsache als solche weder nach dem Sitzungsprotokoll bestritten noch auch im Laufe des vorliegenden Rechtsstreits ernstlich in Abrede gestellt; wieso dem Beschlusausschuss ein Vorwurf daraus gemacht werden könnte, dass er von der Richtigkeit der polizeilichen Vorwürfe ausgegangen ist, lässt sich nach dem Gesagten nicht ersehen.

Die Verletzung der Aufsichtspflicht folgert der Ausschuss aus dem Vorfall vom 24. Juli 1949. Insoweit mögen zwar die Fragen, ob bei dem Geschlechtsverkehr von dem Gast Gewalt angewendet worden sei und ob der Kellner ihm aktiv und unmittelbar behilflich gewesen sei, um ihn auf das Zimmer gelangen zu lassen, angesichts der sich widersprechenden Aussagen der Beteiligten noch nicht genügend geklärt gewesen sein. Fest stand aber: dass das Zimmer auf Bitten des mit dem Kellner bekannten Gastes gegeben worden ist; dass die Hergabe des Zimmers der im Lokal anwesenden Ehefrau eines der Kläger, die vom Kellner als "Chefin" angesehen wurde, nach Lage der ihr bekannten Umstände als bedenklich erschien; dass ein Meldezettel nicht ausgefüllt wurde; dass sich der Kellner jedenfalls nicht darum, was der Gast, der das Zimmer bestellt hatte, trieb, als er sich aus dem Schankraum entfernt hatte, gekümmert hat.

Der in der Sitzung des Beschlussausschusses anwesende Kläger hat sich nicht dahin verteidigt, dass er Anweisung gegeben gehabt hätte, Zimmer nur in unbedenklichen Fällen abzugeben, oder dass er wenigstens nach Kenntnis von dem geschilderten Vorfall den Kellner ernstlich verwarnt hätte. Seine Erklärung ging nur dahin, es solle dem Kellner mehr Glauben geschenkt werden als den beiden anderen beteiligten Personen. Dass schon das, was der Kellner selbst zugestanden hat, für einen Gaststättenbetrieb zu missbilligen wäre, hat er nicht irgendwie zum Ausdruck gebracht. In den polizeilichen Ermittlungsakten, deren Inhalt den Ausschuss zu seiner hier in Frage stehenden Entscheidung veranlasst hat, war vermerkt, dass der Kläger dem ihn gleich am nächsten Tage befragenden Polizeibeamten erklärt habe, er sei gegen 11 Uhr in das Lokal gekommen, habe das weinende Mädchen gesehen, sich aber um die Angelegenheit nicht weiter gekümmert; in diesen Akten war auch die Niederschrift über die spätere förmliche Vernehmung des Klägers enthalten, bei welcher er erklärt hatte, dass er nicht einmal wisse, ob für das Zimmer etwas bezahlt worden sei.

(2) Wenn der Ausschuss aus all diesen Tatsachen gefolgert hat, dass der Erlaubnisinhaber nicht die erforderliche Zuverlässigkeit besitze, so kann dies nicht als eine derart fehlsame Beurteilung des vorliegenden Materials angesprochen werden, dass den Ausschussmitgliedern der Vorwurf eines leichtfertigen Vorgehens nicht zu ersparen wäre.

Der Schluss von äusseren Tatsachen auf eine innere Eigenschaft und eine bestimmte Einstellung eines Menschen lässt sich nicht nach allgemeinverbindlichen Gesichtspunkten ziehen. Der Einfluss der besonderen Haltung des Beurteilers lässt sich hierbei nicht gänzlich ausschalten. Ein Schuld-

vorwurf lässt sich dem Beamten bei derartigen Würdigungen deshalb nur dann machen, wenn er etwas getan hat, was einem sorgfältig prüfenden Menschen als unvertretbar erscheinen muss. Das kann man aber hier nicht sagen.

Die eigene Einlassung des Klägers zu dem Vorfall vom 24. Juli 1949 liess erkennen, dass er sich, wie es seinen eigenen Worten entspricht, jedenfalls nicht viel darum "gekümmert" hat. Für die wiederholte Nichtbeachtung der Meldevorschriften - trotz vorhergehender polizeilicher Belehrung - hatte er überhaupt keine Erklärung, sondern nur die Ausrede, dass von einem Hotelbetrieb nicht die Rede sein könne, weil bloss zwei Fremdenzimmer vorläufig zur Verfügung stünden.

Die vom Gesetz geforderte allgemeine Zuverlässigkeit verlangt, dass "die Gewähr für eine ordnungsmässige, den gesetzlichen und polizeilichen Anforderungen entsprechende Führung des Betriebs" gegeben ist (vgl. Michel, Kommentar zum Gaststättengesetz 4. Aufl II 2 zu § 2). Zu den gesetzlichen Anforderungen gehört auch die Beachtung der Meldevorschriften. Der Beschlussausschuss hat bei seiner Entscheidung nicht nur auf die Einstellung des Klägers zu dem Vorfall vom 24. Juli 1949 abgestellt, sondern die gleiche Bedeutung den wiederholten Gesetzesverstössen hinsichtlich der Meldepflicht beigelegt. Gerade die letzte Tatsache konnte einen Mangel an Gesetzestreue vermuten lassen. Berücksichtigt man, dass in den Ausführungsbestimmungen des PrMdJ zum Gaststättengesetz vom 5. Juni 1930 (MinBliV 541) in der Fassung der Runderlasse vom 5. September, 2. März 1934 und 27. Juli 1936 (MinBliV 860, 904; 454, 1067), die auch im vorliegenden Falle zu beachten waren, ausdrücklich angeordnet war: "Die an die persönliche Zuverlässigkeit zu stellenden Anforde-

rungen sind auf das strengste innezuhalten" (Abschnitt II zu § 3), so muss man auch die im vorliegenden Fall geübte Strenge, selbst wenn man sie objektiv nicht für angebracht halten möchte, als immerhin subjektiv vertretbar bezeichnen.

cc) Beim Vorliegen der im Vorhergehenden erörterten Voraussetzungen hatte die Behörde nach ihrem Ermessen zu entscheiden, ob sie von der Möglichkeit der vorläufigen Schliessung Gebrauch machen solle oder nicht. Die Ansicht des Berufungsgerichts, dass die vorläufige Schliessung nur dann in Betracht kommen könne, wenn der Ausgang des Erlaubnisentziehungsverfahrens nicht abgewartet werden könnte, entbehrt der gesetzlichen Grundlage. Entscheidend ist vielmehr nur, ob die Massnahme der Behörde im öffentlichen Interesse geboten erscheint.

Dass im vorliegenden Falle aus sachfremden Erwägungen gehandelt worden wäre, ist nicht ersichtlich. Der Kläger hat zwar behauptet, es hätten auch politische Gründe mitgespielt, konnte aber hierzu nur hinsichtlich eines Ausschussmitglieds und auch dies nur in der Form eines Verdachts ohne nachprüfbare konkrete Anhaltspunkte nähere Ausführungen machen. Da der Ausschuss aus sieben Mitgliedern bestanden und seinen Entschluss einstimmig gefasst hat, braucht dem Vorbringen des Klägers nicht weiter nachgegangen zu werden.

Ob das Ermessen der Behörde richtig ausgeübt worden ist, kann im Verfahren der ordentlichen Gerichte nicht nachgeprüft werden. Dass die Entscheidung als willkürlich anzusehen wäre, ergibt sich aus dem Vortrag des Klägers nicht. Von einer derartigen Würdigung des Vorgehens der Beklagten gehen auch die Entscheidungen der Verwaltungsgerichte nicht aus. Deshalb kann von einem zum Schadensersatz verpflichtenden Ermessensmissbrauch nicht gesprochen werden.

Nach alledem kann man auch nicht sagen, dass der Beschlussausschuss, wenn er die alsbaldige Schliessung angeordnet haben sollte, seine ihm dem Kläger gegenüber obliegenden Amtspflichten schuldhaft verletzt hätte.

b) Es ist aber auch nicht möglich, dem Kläger den geltend gemachten Schadensersatzanspruch ohne Rücksicht auf die noch näher aufzuklärenden tatsächlichen Vorgänge aus einem der beiden anderen Gründe, die das Berufungsgericht angeführt hat, zuzusprechen.

Abgesehen davon, dass auf die Nichtbeachtung der Anweisung des Gewerbebezernenten, von der das Berufungsgericht ausgeht, und auf die Bestätigung der vorläufigen Schließung nicht der ganze geltend gemachte Schaden, sondern nur der nach diesen Zeitpunkten eingetretene zurückgeführt werden könnte, halten die Ausführungen des Berufungsgerichts auch sachlich einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

aa) Der Berufungsrichter geht zutreffend davon aus, dass die Beklagte auch für schuldhaftes Amtspflichtverletzungen der Ausschussmitglieder eintreten müsste; auch diese sind Beamte im Sinn der Haftungsvorschriften des § 839 BGB, Art 34 GrundG. Die Revision hat aber Recht, wenn sie die Annahme des Berufungsgerichts, der Ausschuss habe "den Sachverhalt nicht ausreichend geprüft", und seine Mitglieder hätten zumindest fahrlässig gehandelt, als sie zustimmten, "so scharf gegen den Kläger zu 1) vorzugehen", als rechtsirrtümlich bezeichnet. Die Begründung hierfür ergibt sich aus dem, was bereits oben für den Fall, dass der Beschlussausschuss von vornherein die sofortige Schliessung verfügt haben sollte, ausgeführt worden ist. Dass in der Zwischenzeit zwischen dem 15. und 29. September 1949 Momente aufgetreten wären, die zugunsten des Klägers ge-

sprochen hätten und am 15. September noch nicht bekannt gewesen wären, trifft nicht zu.

bb) Soweit die Nichtbefolgung der vom Berufungsgericht festgestellten Anweisung des Gewerbedezernenten beim Regierungspräsidenten vom 19. September 1949, gegen den Kläger "ergriffene Massnahmen aufzuheben, bis die Angelegenheit genügend geklärt ist", in Betracht kommt, kann die verfahrensrechtliche Rüge der Revision, daß der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts über das Vorliegen einer Anweisung nicht zu billigen sei, zwar im wesentlichen nicht für begründet erachtet werden; dass die Feststellung, dass der Dezernent eine Anweisung erteilt und nicht wieder zurückgenommen habe, unter Verletzung verfahrensrechtlicher Vorschriften zustande gekommen wäre, ist nicht ersichtlich. Wohl aber muss der Revision zugestanden werden, dass der Berufsrichter auch die näheren tatsächlichen Umstände dieser "Anweisung" hätte beachten müssen. Der Zeuge Lange hat - und seine Aussage haben sich beide Parteien zu eigen gemacht - bekundet, dass er bei der Vorsprache der beiden Beamten der Beklagten, bei der über die Rechtslage gesprochen und die Befugnis zu einer Anweisung von den Beamten der Stadt in Abrede gestellt worden sei, schliesslich auch erklärt habe: "Sie sollten tun, was sie für richtig hielten. Er könne sie daran nicht hindern". Seine Anweisung lautete ausserdem von vornherein dahin, die Massnahmen sollten aufgehoben werden, "bis die Angelegenheit genügend geklärt ist", ohne dass angegeben worden wäre, was noch zu klären sei.

Ob für den Fall, dass der Oberstadtdirektor die vorläufige Schliessung ohne eine entsprechende Anordnung des Beschlussausschusses aus einem eigenen selbständigen Entschluss heraus verfügt haben sollte, die Nichtbefolgung

der eben erwähnten Anweisung als schuldhaft anzusehen wäre, kann dahingestellt bleiben; in diesem Fall würde nämlich, wie bereits ausgeführt, schon der Erlass der Verfügung als solcher zur Haftung führen, sodass es auf die weitere Amtspflichtverletzung nicht mehr ankäme.

Ist aber das andere richtig, dass der Beschlussausschuss die sofortige Betriebseinstellung angeordnet hatte, dann kann dem Oberstadtdirektor nach Lage der Umstände nicht ein schuldhaftes Verhalten deshalb vorgeworfen werden, weil er sich nicht zu einer Rücknahme seiner ausführenden Verfügung entschlossen hat. Von seiner Rechtsanschauung aus musste er sich für hierzu nicht befugt halten. Dass seine Rechtsansicht in der Unterhaltung mit dem Dezernenten des Regierungspräsidenten so weit als nicht richtig dargestellt worden wäre, dass ihm das weitere Festhalten an ihr zum Vorwurf gereichen müsste, ist nicht ersichtlich. Im Gegenteil ergibt sich aus dem Ausspruch des Dezernenten, die Beamten der Stadt sollten das tun, was sie für richtig hielten, dass die von ihnen vertretende Rechtsauffassung nicht als gänzlich unmöglich erschienen ist; es ging bei der Sache selbst nicht um eine nackte Widersetzlichkeit, sondern um die Frage, ob der Regierungspräsident überhaupt zu einer Anweisung befugt sei, wenn der Beschlussausschuss bereits gesprochen hat, und ob der Oberstadtdirektor zu einer Abhilfe aus eigener Zuständigkeit schreiten könne oder nicht.

Eine Vorlage seiner Anweisung an den Ausschuss hat der Dezernent beim Regierungspräsidenten vom Oberstadtdirektor nicht gefordert. Dass dieser auch von sich aus nicht auf einen solchen Gedanken gekommen ist, kann ihm nicht zum Verschulden gereichen. Er wusste, dass der Aus-

schuss in einer mündlichen Verhandlung in Anwesenheit des Klägers die erhobenen Vorwürfe geprüft hatte; welche weitere Aufklärung er dem Ausschuss nahelegen sollte, war nicht ersichtlich. In der Anweisung des Dezernenten war aber die vorläufige Schliessung nicht als solche für unvertretbar bezeichnet worden, sondern es wurde nur verlangt, dass man mit ihr bis zu einer genügenden Klärung der Angelegenheit warten sollte. Bei Beachtung all dieser Umstände lässt es sich nicht sagen, dass der Oberstadtdirektor sich über die Sorgfaltsanforderungen, die an den pflichtgetreuen Durchschnittsbeamten zu stellen sind, hinweggesetzt hätte, als er sich entschloss, einfach die weitere Prüfung und Entscheidung des Ausschusses im Bestätigungsverfahren abzuwarten.

3. Die Prüfung der Tatfrage; ob der Oberstadtdirektor die Schliessungsverfügung ohne eine entsprechende Anordnung des Beschlussausschusses erlassen hat, würde sich erübrigen, wenn die Klage auch in dem Fall, dass der eben genannte Sachverhalt zutreffen sollte, dennoch aus anderen Gründen als unbegründet zu erachten wäre. Aber auch das trifft nicht zu.

a) Die Revision meint zu Unrecht, die Klage sei auf Grund der Vorschrift des § 839 Abs 1 Satz 2 BGB abzuweisen; ihr Vorwurf, dass der Berufungsrichter die Anwendbarkeit dieser Vorschrift zu Unrecht verneint habe, ist unbegründet.

In Betracht kommt nur eine etwaige Haftung des Kellners. Der Berufungsrichter geht mit Recht davon aus, dass auf diesem Wege eine auch nur teilweise Deckung des geltend gemachten Schadens nicht zu erwarten ist. Der Vorschrift

des § 839 Abs 1 Satz 2 BGB ist genügt, wenn der Kläger zur Überzeugung des Gerichts dartut, dass eine anderweitige Ersatzmöglichkeit nicht vorhanden ist. Das Gericht hat sich sein Urteil selbst zu bilden, es kann nicht fordern, dass der Kläger zuvor einen Prozess führen müsste, um darzutun, dass sein Vorbringen richtig sei. Den Ersatzanspruch gegen den Kellner müsste der Kläger, da er nur unter dem Gesichtspunkt der Verletzung einer aus dem Arbeitsvertrag fließenden Pflicht begründet sein könnte, vor dem Arbeitsgericht geltend machen. Wenn dieses aber bereits die Entlassung des Kellners für ungerechtfertigt erklärt hat, so ist die Aussicht, dass der Kläger mit der Schadensersatzklage durchdringen würde, so gering, dass von einer anderweitigen Ersatzmöglichkeit nicht gesprochen werden kann.

b) Die vorliegende Klage kann sich möglicherweise aus folgenden Erwägungen - jedenfalls insoweit, als der aus der Schliessung des Betriebes entsprungene Schaden in Frage steht - als unbegründet erweisen:

In der Klage ist vorgetragen worden, dass beide Kläger "Inhaber" der geschlossenen Gastwirtschaft gewesen seien. Auch in der Revisionsschrift des Klägers zu 2) ist davon die Rede, dass er Mitinhaber gewesen sei. Unstreitig ist zwischen den Parteien, dass der Betrieb nur auf den Namen des Klägers zu 2) angemeldet gewesen ist und dass auch die städtischen Steuerforderungen nur gegen ihn gerichtet worden sind. In einem Schriftsatz ist darüber hinaus ausgeführt worden, dass der führende Inhaber überhaupt nur der Kläger zu 2) gewesen sei, der seinerseits den Kläger zu 1) an dem Unternehmen beteiligt habe.

Dies alles spricht dafür, dass die Gaststätte auch von dem Kläger zu 2) betrieben worden ist und dass auch dieser "Unternehmer" des Betriebes war. Wird aber eine Gastwirtschaft von zwei Personen als Unternehmern betrieben, so bedürfen beide der Erlaubnis; der wirkliche Betrieb ist in solchen Fällen nicht ein Einzelbetrieb, d.h. ein Betrieb des einen Mitunternehmers, der allein die Erlaubnis erwirkt hat, sondern ein Gesellschaftsbetrieb, und als solcher - wenn nicht beide Mitunternehmer die Erlaubnis haben - "kein rechtmässig ausgeübter, sondern hat als ein ohne Erlaubnis begonnener ... zu gelten" (PrOVG 92, 201 mit weiteren Nachweisen aus der Rechtsprechung; Michel aaO II 2 zu § 1). Trifft die erwähnte Voraussetzung auch im vorliegenden Falle zu, so könnte sich auch der Kläger zu 1) "nicht auf die ihm ... erteilte Schankerlaubnis berufen, weil ein Betrieb, bezüglich dessen er Risiko und Verantwortung mit einem anderen teilte, nicht derselbe war, für den er die Erlaubnis erhalten hatte" (PrOVG 92, 205/6). Ob auch der Kläger zu 2) Mitunternehmer war, hängt von den besonderen Verhältnissen des Falles ab; er wäre als solcher anzusehen, wenn er "an Gewinn und Verlust sowie mitverantwortlich an der Vertretung und Geschäftsführung beteiligt" gewesen wäre (PrOVG 92, 201). Dies zu entscheiden, ist Sache des Tatsachenrichters.

In dem Fall, dass ein unerlaubter Betrieb geschlossen worden ist, könnte nicht gesagt werden, dass die Beklagte rechtswidrig dem Kläger einen Schaden zugefügt hätte; denn zur Schliessung eines unerlaubten Betriebes war sie ohne weiteres befugt (vgl § 22 Abs 1 GaststG). Würde es aber an der Rechtswidrigkeit der Schliessung fehlen, dann wären auch keine Schadensersatzansprüche entstanden.

Nach alledem muss das angefochtene Urteil, soweit es den Anspruch für begründet erklärt hat, auf die Revision der Beklagten aufgehoben und die Sache insoweit zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

II.

Die Revision des Klägers zu 2) ist dagegen als unbegründet anzusehen. Das Berufungsgericht hat seine Klage abgewiesen, weil der Beklagten bei ihren Massnahmen nach dem Gaststättengesetz ihm gegenüber Amtspflichten nicht obgelegen hätten.

Dieser Entscheidung ist beizutreten. Die Revision übersieht, dass zu den Dritten, denen gegenüber dem Beamten Amtspflichten obliegen, nicht alle Personen zählen, die durch seine Massnahme irgendwie benachteiligt werden, sondern nur diejenigen Dritten, "deren Belange nach der besonderen Natur des Amtsgeschäfts durch dieses berührt ... werden" (RGZ 138, 309 und öfters). Im vorliegenden Fall handelte es sich bei allen in Betracht kommenden Amtsgeschäften um ein Vorgehen gegen den Erlaubnisinhaber; ihrer Natur nach konnten sie somit auch nur ihn berühren.

Deshalb muss die Revision des Klägers zu 2) als unbegründet angesehen werden.

Die Kostenentscheidung hinsichtlich beider Revisionen bleibt dem Berufungsgericht vorbehalten.

Dr. Geiger

Dr. Pagendarm

Rietschel

Dr. Kreft

Wolany