

III ZR 14/59

Verkündet
am 29. Februar 1960

Fieser,
Justizangestellter
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 Friedberg, vertreten durch den Magistrat, dieser
vertreten durch den Bürgermeister,

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsklägerin,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

Frau I. [REDACTED] Li. [REDACTED], F. [REDACTED], V. [REDACTED]
[REDACTED],

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsbeklagte,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

hat der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 14. Januar 1960 unter Mitwirkung der
Bundesrichter Dr. Pagendarm, Dr. Weber, Dr. Kreft, Dr. Beyer
und Gähtgens

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil
des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Frank-
furt am Main vom 6. November 1958 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und
Entscheidung - auch über die Kosten des Revisions-
rechtszuges - an das Berufungsgericht zurückverwie-
sen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Ehemann der Klägerin hatte im Sommer 1953 in F[REDACTED] im Stadtteil Fa[REDACTED] eine nach amerikanischem Muster aufgezogene "Mambo-Bar", in der überwiegend Angehörige amerikanischer Truppenteile mit ihren Mädchen verkehrten, eröffnet. Da die Einwohner des Stadtteils vielfach durch amerikanische Soldaten, angeblich Besucher der Bar, in deren Nähe belästigt wurden und sich in der Öffentlichkeit Szenen abspielten, die öffentliches Ärgernis erregten, kam es zu wiederholten Beschwerden der Bevölkerung. In einer Protestversammlung am 9. Oktober 1954 wurde eine Resolution gefaßt und von 878 Einwohnern des Stadtteils F[REDACTED]-Fa[REDACTED] unterschrieben, mit der die Stadtverwaltung dringend um Abhilfe gebeten wurde. Anfang November 1954 verbot die US Militärpolizei den amerikanischen Soldaten für 90 Tage den Besuch der Bar. Daraufhin meldete der Ehemann der Klägerin am 7. November 1954 den Schankwirtschaftsbetrieb bei der Beklagten ab.

Am 24. November 1954 meldete die Klägerin gemäß § 14 der Gewerbeordnung bei der Steuerstelle der Beklagten die Eröffnung einer Trinkhalle im Grundstück V[REDACTED] an. Nach einer Besichtigung der für die Trinkhalle vorgesehenen Räume untersagte der Bürgermeister - Gewerbeabteilung - mit Verfügung vom 25. November 1954 die Eröffnung und Inbetriebnahme der Trinkhalle vornehmlich mit der Begründung, daß die Toilettenanlage in ihrem derzeitigen Zustand eine Gefahr für die Sittlichkeit, und zwar sowohl für die Gäste des Lokals als auch für die im Hause wohnenden Personen, bedeute. Mit einer Verfügung vom 30. November 1954 untersagte der Bürgermeister als Ortpolizeibehörde die Eröffnung und Inbetriebnahme so lange, bis drei im einzelnen angegebene Auflagen, die sich

- 3 -

auf den Ausbau der Toilettenanlage bezogen, erfüllt seien. Nachdem die Klägerin diese Auflagen erfüllt und der Beklagten hiervon Mitteilung gemacht hatte, eröffnete sie die Trinkhalle am 4. Dezember 1954.

Die Polizeistunde war für Trinkhallen allgemein auf 22.00 Uhr festgesetzt.

Durch Schreiben vom 7. Dezember 1954 teilte die Klägerin der Steuerstelle der Beklagten als Ab- und Anmeldung gemäß § 14 der Gewerbeordnung mit, daß sie mit Wirkung vom 4. Dezember 1954 eine Schankwirtschaft, nicht mehr eine Trinkhalle betreibe. Der Bürgermeister als Ortspolizeibehörde untersagte durch polizeiliche Verfügung vom 18. Dezember 1954 die Eröffnung einer Schankwirtschaft, mit der die Festsetzung der Polizeistunde auf 24.00 oder 1.00 Uhr verbunden war, aus verkehrs- und sittenpolizeilichen Gründen und stellte anheim, die Anmeldung einer Trinkhalle zu wiederholen.

Die Klägerin focht die Verfügungen der Beklagten im Verwaltungsverfahren an. Sie erwirkte ein rechtskräftiges Urteil des Verwaltungsgerichts Darmstadt vom 25. November 1955, durch welches die Verfügungen der Beklagten vom 25. und 30. November 1954 für unzulässig erklärt und die Verfügung vom 18. Dezember 1954 aufgehoben wurden.

Nunmehr fordert die Klägerin Schadensersatz von der Beklagten. Sie ist der Meinung, der Bürgermeister habe durch die Untersagung des Betriebes in der Zeit vom 25. November bis zum 3. Dezember 1954 sowie durch die Herabsetzung der Polizeistunde in der Zeit vom 6. Dezember 1954 bis zum 25. November 1955 seine Amtspflichten ihr gegenüber schuldhaft verletzt. Von dem ihr hierdurch entstandenen Schaden hat die Klägerin einen Teilbetrag von 10.000 DM geltend gemacht.



Die Beklagte hat um Abweisung der Klage gebeten. Sie hat ein Verschulden ihrer Beamten bestritten, da diese sich nach den Ereignissen um die Mambo-Bar mit Rücksicht auf die Erregung in der Bevölkerung in einer rechtlich sehr schwierigen Lage befunden hätten und ihnen deshalb kein Vorwurf gemacht werden dürfe, wenn sie der Klägerin gegenüber zwar verfahrensmäßig fehlerhaft, aber inhaltlich richtig gehandelt hätten. Die Beklagte hat sich ferner darauf berufen, daß ihre Ersatzpflicht jedenfalls auch deshalb entfalle, weil die Klägerin es versäumt habe, den Schaden durch ein Rechtsmittel abzuwenden. Schließlich hat die Beklagte die Höhe des Klagsanspruches bestritten.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Oberlandesgericht den Klageanspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Mit der Revision erstrebt die Beklagte die Abweisung der Klage, hilfsweise die Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. Die Klägerin bittet, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Zutreffend und in Übereinstimmung mit der ständigen Rechtsprechung des Senats (vgl. BGB - RGRK 11. Aufl. zu § 839 Anm. 116) ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, daß das Zivilgericht bei der Prüfung der Rechtswirksamkeit und Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsaktes an die Entscheidung gebunden ist, die ein Verwaltungsgericht über diese Frage getroffen hat. Ohne Sachprüfung ist daher nach dem Urteil des Verwaltungsgerichts Darmstadt vom 25. November 1955 zu Grunde zu legen, daß die polizeilichen Verfügungen der Beklagten vom 25. und 30. November 1954 und 18. Dezember 1954 unzulässig waren. In der

Würdigung der Frage jedoch, ob mit dem unzulässigen Verwaltungsakt ein Rechtsverstoß schuldhaft begangen (LM Nr. 46 zu Art. 14 GG) und hierdurch der Klägerin ein Schaden entstanden ist (BGHZ 20, 379), ist das Zivilgericht frei und hat sich ohne Bindung an die Gründe der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung sein eigenes Urteil zu bilden.

Das Berufungsgericht hat eine vorsätzliche Amtspflichtverletzung des Bürgermeisters verneint, weil nicht zu widerlegen sei, daß er auf gesetzmäßigem Wege habe einschreiten wollen. Auch dem ist zuzustimmen. Die Akten der beklagten Stadtverwaltung, deren Inhalt die Parteien vorgetragen haben, lassen keinen Zweifel daran, daß Magistrat und Bürgermeister die befürchtete Wiederholung der Vorgänge um die Mambo-Bar unter allen Umständen verhindern wollten, sie belegen jedoch auch das unverkennbare Bemühen, sich mit den erforderlichen Maßnahmen im Rahmen der Gesetze zu halten.

Das Berufungsgericht hat jedoch eine fahrlässige Amtspflichtverletzung des Bürgermeisters angenommen. Insoweit hat die Revision der Beklagten, die eine Verletzung des § 286 ZPO sowie des materiellen Rechts rügt, Erfolg und führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils.

I.

1) Das Landgericht, das mit Rücksicht auf die Schwierigkeit der tatsächlichen Lage und der eingreifenden Rechtsfragen einen Fehlgriff in der Wahl der Mittel nicht als ein Verschulden der Stadtverwaltung angesehen hat, konnte von seinem Standpunkt aus mit Recht von einer Prüfung des geltend gemachten Anspruches absehen. Wenn aber das Berufungsgericht (hiervon abweichend) ein Verschulden bejahte, so durfte es den

Klageanspruch nicht ohne eine Prüfung, ob und in welcher Richtung der Klägerin durch die unzulässigen Verwaltungsmaßnahmen ein Schaden entstanden ist, dem Grunde nach für gerechtfertigt erklären. Das angefochtene Urteil läßt jede Sachprüfung hierzu vermissen, obwohl insoweit bedeutsame Unklarheiten bestehen.

2) Die Klägerin hat zum Schaden in der Klageschrift - weitere Erörterungen zu diesem Punkt haben in den Vorinstanzen nicht stattgefunden - ausgeführt, ihr Schaden ergebe sich daraus, daß ihre Gaststätte wegen der unberechtigten Verfügungen der Beklagten in der Zeit vom 25. November bis zum 3. Dezember 1954 zunächst überhaupt nicht und in der Folgezeit vom 6. Dezember 1954 bis zum 25. November 1955 nur in beschränktem Umfange (mit einer unzulässigerweise angeordneten Polizeistunde um 22.00 Uhr) habe geführt werden können, so daß nur ein geringerer Umsatz und damit auch ein geringerer Gewinn erzielt worden sei. Zur Darlegung der Höhe dieses Schadens hat die Klägerin das Gewinnergebnis des ersten Betriebsjahres mit dem höheren Gewinn des folgenden Jahres verglichen und hieraus einen Schaden von 17.620 DM errechnet. Sodann hat die Klägerin darauf hingewiesen, daß noch ein weiterer Schaden hinzukomme, der sich aus den Kosten des zu Unrecht geforderten Ausbaues der Toilette (224,90 DM), Säumniszuschlägen bei öffentlichen Abgaben, dem Verlust von 600 DM beim Notverkauf eines Kraftwagens, den Kosten der Rechtsvertretung und eines Privatgutachtens ergebe; sie hat jedoch abschließend erklärt, es solle zunächst nur von dem unmittelbaren, mit 17.620 DM errechneten Schaden ausgegangen werden, von dem sie vorerst einen Teilbetrag von 10.000 DM geltend mache.

In Streit steht hiernach nur die Einbuße an Geschäftsgewinn in der Zeit vom 25. November 1954 bis zum 25. (später 30.)

November 1955, also in der Zeit rund eines Jahres, die die Klägerin als einen Schaden und einen Anspruch ansieht. Bei richtiger Betrachtung setzt sich jedoch diese von der Klägerin angenommene Gesamteinbuße aus zwei selbständigen Schadensposten zusammen und verteilt sich auf zwei Ansprüche; denn diese Gesamteinbuße beruhte - auch nach dem Vortrage der Klägerin - auf verschiedenen Amtshandlungen seitens der Beklagten, die sich auf das geschäftliche Vorhaben der Klägerin, später auf den Betrieb in verschiedener Richtung und in verschiedenen Zeitabschnitten auswirkten.

a) Mit den Verfügungen vom 25. und 30. November 1954 untersagte die Beklagte die Eröffnung und Inbetriebnahme einer Trinkhalle, solange nicht hinsichtlich der beanstandeten Toilettenanlage Wandel geschaffen sei. Die Folge dieser Verfügungen, deren spätere zur Vervollständigung und Ergänzung der früheren diene, und die sich demgemäß inhaltlich als ein einheitliches Vorgehen gegenüber der Klägerin darstellen, - in diesem Sinne sind sie von dem Verwaltungsgericht gewürdigt worden und so werden sie auch von den Parteien verstanden - war, daß die Klägerin den angemeldeten Betrieb einer "Trinkhalle" überhaupt erst beginnen konnte, nachdem sie die Auflagen am 4. Dezember 1954 erfüllt hatte; ihr entging mithin für die Zeit vom 25. November bis zum 3. Dezember 1954 jede Einnahme aus dem beabsichtigten Unternehmen.

b) Mit der Verfügung vom 18. Dezember 1954 wurde der Klägerin die Eröffnung einer "Schankwirtschaft", die sie am 7. Dezember 1954 angezeigt hatte, untersagt. Der Sinn dieser Verfügung war - wie das Verwaltungsgericht im einzelnen ausgeführt hat und wovon auch die Parteien ausgehen - der, daß der Klägerin verboten wurde, ihre Gaststätte länger als bis 22.00 Uhr offenzuhalten, d.h. es wurde die Polizeistunde

für ihren Betrieb auf 22.00 Uhr festgesetzt. Nach dem Vortrage der Klägerin bedeutete diese Verfügung die schriftliche, in die Form einer beschwerdefähigen Entscheidung gekleidete Festlegung des Zustandes, daß bereits seit dem 6. oder 7. Dezember 1954 allabendlich um 22.00 Uhr Polizeibeamte auf Anweisung des Bürgermeisters in ihrer Gaststätte erschienen seien, um den Betrieb zu schließen. Diese zeitliche Beschränkung der gewerblichen Tätigkeit, die nach dem bindenden verwaltungsgerichtlichen Urteil unzulässig war, mußte sich nach dem Vortrage der Klägerin in einer Verringerung ihres Gewinns auswirken.

3) Macht die Klägerin hiernach mit der Klage die schädigenden Folgen aus verschiedenen ihr gegenüber getroffenen Maßnahmen der Beklagten geltend, die für sie in getrennten Zeitabschnitten nach Entstehung und Ausmaß verschiedene Folgen zeitigten, so ist es nicht gerechtfertigt, von einem einheitlichen Schadensersatzanspruch und einem einheitlichen Schaden der Klägerin zu sprechen. Vielmehr setzt sich der Gesamtschaden der Klägerin aus mehreren Posten mit rechtlicher Selbständigkeit, die zu ihrer Begründung jeweils eines besonderen Tatsachenvortrages bedürfen, zusammen; sie stellen sich als zwei selbständige prozessuale Ansprüche dar. Die Geltendmachung eines Teilbetrages von einer Mehrheit selbständiger Ansprüche erfordert jedoch eine Abgrenzung der verschiedenen Ansprüche, die entweder dadurch herbeigeführt werden kann, daß für jeden einzelnen Anspruch die Teilbeträge angegeben werden, die zusammen den Betrag des Klageantrages ausmachen, oder dadurch, daß die einzelnen Ansprüche unter Bezifferung eines jeden Anspruches in ein Rangverhältnis zueinander gebracht werden (LM Nr. 7 zu § 253 ZPO). Das ist hier in den Tatsacheninstanzen nicht geschehen. Die Klägerin hat vielmehr lediglich ihre vermeintliche Geschäftseinbuße im ganzen angegeben, ohne erkennen zu lassen, in welcher Höhe sie jeden einzelnen Anspruch annimmt und in

welcher Weise der geltend gemachte Teilbetrag auf die beiden selbständigen Klageansprüche aufgeteilt werden soll. Einem solchen Klagebegehren fehlt die notwendige Bestimmtheit; dies ist als Fehlen einer echten Prozeßvoraussetzung auch ohne eine entsprechende Rüge in der Revisionsinstanz zu beachten (BGHZ 11, 181, 184). Vor der gebotenen Klarstellung hätte ein Grundurteil, bei dem zweifelhaft blieb, ob das Gericht beide Ansprüche oder nur einen von ihnen für gerechtfertigt hielt, wieweit also die Bindung des Gerichts für das Nachverfahren geht, nicht erlassen werden dürfen.

Der Prozeßbevollmächtigte der Klägerin hat in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat erklärt, daß er die Klageforderung in erster Linie aus der Betriebsuntersagung bis zum 3. Dezember 1954, hilfsweise aus der Vorverlegung der Polizeistunde herleite, und zwar jeweils bis zur vollen Höhe des geltendgemachten Teilbetrages. Damit ist allerdings geklärt, was die Klägerin begehrt, nicht jedoch, welchen Teilbetrag und welchen Anspruch das Berufungsgericht dem Grunde nach für berechtigt gehalten hat. Der erkennende Senat hat in BGHZ 11, 192 ausgeführt, daß die notwendige Klarstellung des Klagebegehrens bei einer Teilklage, mit der ein Teilbetrag aus mehreren selbständigen Ansprüchen geltend gemacht wird, noch in der Revisionsinstanz herbeigeführt werden kann, wenn die Einzelansprüche als solche nach Grund und Betrag eindeutig bestimmt sind; dabei ist in den Entscheidungsgründen (aaO S. 195) ausdrücklich offen geblieben, wie zu entscheiden wäre, wenn die Einzelansprüche als solche - sämtlich oder teilweise - der notwendigen Bestimmtheit nach Grund und Höhe ermangeln. Der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat in seinem Urteil vom 30. April 1955 (LM Nr. 11 zu § 253 ZPO) entschieden, daß die Abgrenzung in der Revisionsinstanz jedenfalls dann nicht nachgeholt werden könne, wenn die Ansprüche im Rahmen der geltend gemachten Klageforderung nur

zum Teil dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt worden sind und überdies an der Schlüssigkeit einer Einzelforderung Bedenken bestehen. Der Rechtsgedanke, der beiden Entscheidungen zugrunde liegt, schließt eine Sachentscheidung des Revisionsgerichts im vorliegenden Fall aus. Denn hier bedarf der Klarstellung nicht nur, was die Klägerin begehrt, sondern vor allem, worüber das Berufungsgericht entschieden hat, und hierfür genügt die prozessuale Erklärung der Klägerin nicht. Über diese Unklarheit könnte möglicherweise hinweggegangen werden, wenn sich beide Ansprüche oder auch nur der Hauptanspruch als gerechtfertigt erwiesen. Das ist jedoch nicht der Fall. Da das Berufungsgericht verkannt hat, daß es im vorliegenden Rechtsstreit um eine Mehrheit von Ansprüchen mit zum Teil verschiedenen rechtlichen und tatsächlichen Voraussetzungen geht, hat es - wie die Revision der Beklagten zutreffend rügt - wesentliche Punkte außer Betracht gelassen. Dadurch sind Unklarheiten in dem Verfahren und in der Entscheidung verblieben, die ohne eine weitere, dem Revisionsgericht gemäß § 561 ZPO verwehrte, tatsächliche Erörterung nicht behoben werden können, wie sich aus den folgenden Ausführungen (Abschnitt II) ergibt.

II.

Der Anspruch, der aus dem Verbot der Betriebseröffnung mit den Verfügungen vom 25. bzw. 30. November 1954 hergeleitet wird, ist nicht hinreichend erörtert worden.

Das Berufungsgericht hat insoweit ausgeführt: In der Verfügung vom 30. November 1954, die als eine auf Rückfrage der Klägerin ergangene Ergänzung der Verfügung vom 25. November 1954 anzusehen sei, habe der Bürgermeister die nach § 11 des Gaststättengesetzes (GastG) an sich zulässigen Auflagen gemacht, allerdings in der (unzulässigen) Weise, daß der Betrieb der

Wirtschaft zunächst untersagt und erst nach Erfüllung der Auflagen gestattet wurde. Bei einigermaßen sorgfältigem Lesen des § 11 GastG hätte jedoch der Bürgermeister, selbst ein Nicht-Jurist, erkennen müssen, daß solche Auflagen vor der Erteilung der Erlaubnis unzulässig seien, auch die Erteilung der Erlaubnis nicht von der Erfüllung von Auflagen abhängig gemacht werden dürfe, vielmehr Auflagen nur "bei" oder "nach" der Erlaubnis gemacht werden dürften.

Damit hat das Berufungsgericht die Frage einer Pflichtwidrigkeit und eines Verschuldens behandelt. Ein Anspruch aus § 839 BGB setzt jedoch weiter einen "daraus" entstandenen Schaden voraus; insoweit läßt das angefochtene Urteil jede Erörterung und Feststellung vermissen. Das Vorbringen der Klägerin, die zur Begründung eines Schadens lediglich ihr Einkommen in der Zeit von Ende November 1954 bis Ende November 1955 mit der Höhe des Einkommens des folgenden Jahres vergleicht, ist nicht geeignet, diese Lücke zu schließen. Inso- weit hat das Berufungsgericht folgendes nicht beachtet:

Das Verwaltungsgericht hat allerdings die Verfügungen vom 25. und 30. November 1954 für unzulässig erklärt, jedoch nicht, weil die Auflagen, die sich auf den Ausbau der Toilettenanlage richteten, als unzulässig angesehen worden wären, sondern allein deswegen, weil die Beklagte der Klägerin nicht die Eröffnung des Betriebes bis zur Erfüllung der Auflagen habe untersagen dürfen. Die Beklagte habe - so führt das verwaltungsgerichtliche Urteil (Bl. 18) aus - zwar die Auflagen machen, sie aber nicht mit dem Verbot der Ausübung des Betriebes bis zur Erfüllung der Auflagen verbinden dürfen. Die Klägerin selbst ist den Auflagen nachgekommen, sie hat gegen deren Berechtigung nichts Beachtliches vorgebracht. Mit Rücksicht auf den seitens der Klägerin, der Bevölkerung und der Beklagten erwarteten Besucherkreis der Gaststätte kann auch an der Notwendigkeit eines Ausbaues der Toilette, durch den jede Begegnung der Besucher mit den Bewohnern des Hauses vermieden wurde, nicht gezweifelt werden. Das Berufungsgericht konnte daher

nach dem gegenwärtigen Sachstand mit Recht die Auflagen als an sich zulässig bezeichnen (vgl. hierzu auch Michel, Gaststättengesetz, 4. Aufl. 1952, zu § 11 Anm. II).

Der Fehler auf Seiten der Bediensteten der Beklagten lag mithin nicht darin, daß sie der Klägerin einen entsprechenden Ausbau der Toilette auferlegten. Dies war vielmehr auch bei ordnungsmäßiger Handhabung zulässig. Fehlerhaft wurde ihre Maßnahme - wie das Verwaltungsgericht richtig ausgeführt hat - nur dadurch, daß sie an die zulässigen Auflagen das unzulässige Verbot knüpften, den Betrieb vor der Erfüllung der Auflagen zu eröffnen. Die inhaltlich richtige und zulässige Auferlegung des Ausbaus der Toilette wurde durch ihren verfahrensmäßigen Zusammenhang mit der unzulässigen vorläufigen Betriebsuntersagung ebenfalls unzulässig. Durfte aber die Beklagte der Klägerin dieselben Auflagen im Zusammenhang mit der Erteilung der Erlaubnis oder - falls der Betrieb nicht erlaubnispflichtig war (vgl. Kappesser, Rechtskartei für das Hotel- und Gaststättengewerbe, 2. Aufl., T 1 Nr. 2) - auch ohne eine solche machen, so entsteht die Frage, ob die Sachlage bei ordnungsmäßiger Handhabung für die Klägerin eine andere gewesen wäre, d.h. ob die Klägerin durch das ordnungswidrige Verfahren einen Schaden erlitten hat. Die Klägerin hätte - wenn ihr zulässigerweise nur die Auflagen ohne das vorläufige Betriebsverbot gemacht worden wären - zwar die Erlaubnis zum Betriebe der Gaststätte gehabt, den Betrieb aber nur führen dürfen, wenn sie den Auflagen nachkam (§ 12 Abs. 2 Nr. 5, § 29 Nr. 1 GastG), sie hätte also auch bei richtiger Sachbehandlung den Betrieb tatsächlich nicht eröffnen können, bevor die Toilette den Auflagen entsprechend ausgebaut war.

Allerdings hat schon das Reichsgericht (RGZ 169, 353, 358) ausgesprochen, daß Amtshaftungsansprüchen aus verfahrensmäßig fehlerhaften Handlungen einer Behörde nicht

entgegengehalten werden könne, die Maßnahme hätte bei Beachtung der Verfahrensvorschriften rechtsgültig vorgenommen werden können, und die Behörde würde auch bei ordnungsmäßigem Vorgehen nicht anders entschieden haben. Anders jedoch liegt es, wenn die Behörde bei pflichtgemäßem Vorgehen die fragliche Maßnahme - wenn auch auf verfahrensmäßig anderem Wege - hätte treffen müssen (BGB - RGRK zu § 839 Anm. 50), wenn also im vorliegenden Fall die Beklagte pflichtgemäß jedenfalls der Klägerin den Ausbau der Toilettenanlage hätte aufgeben müssen, und zwar wegen Gefährdung der Sittlichkeit zum sofortigen Vollzug mit Rücksicht auf die besonderen Umstände, die die Beklagte u.a. auf Bl. 2 der Berufungserwiderung behauptet und unter Beweis gestellt hat. Das Berufungsgericht hätte - wie die Revision mit Recht rügt - dieser Frage nachgehen müssen. Erst nach weiterer Sachaufklärung läßt sich entscheiden, ob der Klägerin durch die Verzögerung der Betriebseröffnung bis zum 4. Dezember 1954 überhaupt ein Schaden entstanden ist oder ob sich möglicherweise der Schaden auf den Zeitraum vom 25. bis zum 30. November 1954, bis die Auflagen genau bestimmt waren, begrenzt.

Hiernach muß das angefochtene Urteil aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden (§§ 564, 565 ZPO).

III.

1) Hinsichtlich des weiteren Anspruchs, den die Klägerin aus der zeitlichen Begrenzung ihres Betriebes nach dem 6. Dezember 1954 herleitet, hat das Berufungsgericht ausgeführt: Die Verfügung vom 18. Dezember 1954 sei nach dem eigenen Vortrag der Beklagten vor dem Verwaltungsgericht nicht als Untersagung der Schankwirtschaft, sondern als Vorverlegung der Polizeistunde auf 22.00 Uhr anzusehen. Eine solche Maßnahme sei nach den in Betracht kommenden Bestimmungen nur unter bestimmten

Voraussetzungen, letztlich nur wegen einer Unzuverlässigkeit des Gastwirts, zulässig. Die in der Verfügung vom 18. Dezember 1954 angegebenen Gründe, die Verkehrslage des Grundstücks und die Angrenzung nicht versperrter und unbeleuchteter Höfe, rechtfertigten eine Vorverlegung der Polizeistunde nicht; das sei auch für jeden Nichtjuristen erkennbar. Überdies dürfe die Polizeistunde nach § 5 der Hessischen Verordnung über die Polizeistunde vom 18. November 1954 (GVBl. 269) - in Kraft getreten am 1. Januar 1955 - nur "vorübergehend" auf einen früheren Zeitpunkt festgesetzt werden. Der Bürgermeister habe es versäumt, die unbefristet angeordnete Vorverlegung der Polizeistunde unmittelbar nach dem 1. Januar 1955 aufzuheben.

2) Da das angefochtene Urteil aus verfahrensrechtlichen Gründen schon wegen des nunmehr in erster Linie geltend gemachten Anspruchs aufgehoben werden muß, entziehen sich die insoweit behandelten Rechtsfragen einer abschließenden Beurteilung des Revisionsgerichts. Jedoch kann für die künftige Behandlung der Sache soviel gesagt werden:

Zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, daß jeder Beamte - gleichgültig, ob er rechtskundig ist oder nicht - die zur Führung seines Amtes notwendigen Rechts- und Verwaltungskonntnisse besitzen oder sich verschaffen muß. Er handelt fahrlässig, wenn er bei gehöriger Aufmerksamkeit, bei Beachtung der für einen Beamten im Verkehr erforderlichen Sorgfalt in der Lage ist, seine Handlungsweise als einen Verstoß gegen seine Amtspflichten zu erkennen. Ein Verschulden liegt in der Regel vor, wenn er klare und eindeutige Bestimmungen nicht beachtet. Jedoch ist ein Verschulden in der Regel zu verneinen, wenn eine unrichtige Anwendung und Auslegung von Gesetzesbestimmungen in Frage steht, die für die Auslegung Zweifel in sich tragen, Unklarheiten über die Tragweite des

Wortlauts enthalten und durch eine höchsttrichterliche Rechtsprechung noch nicht geklärt sind (RGZ 133, 137, 142; 135, 110, 116; BGHZ 30, 19, 22). In einem solchen Fall kann einem Beamten, der zwar unrichtig, aber nach gewissenhafter Prüfung der zu Gebote stehenden Hilfsmittel und auf Grund vernünftiger Überlegung gehandelt hat, aus seinem Fehlgreifen kein Vorwurf gemacht werden (BGB - RGRK 11. Aufl. zu § 839 Anm. 47).

Die Lage, in der sich die Beklagte damals befand, wird gekennzeichnet durch den letzten Absatz des verwaltungsgerichtlichen Urteils, wo es heißt:

"Das erkennende Gericht hat bei seiner Entscheidung nicht verkannt, daß sich die Anfechtungsgegnerin (Stadt Friedberg) im Hinblick auf die früher durch den Betrieb der Mambo-Bar verursachten Mißstände - gleichviel auf wessen Verschulden sie zurückzuführen waren - in einer rechtlich sehr schwierigen Situation befand, als die Anfechtungsklägerin (Frau L.), die Ehefrau des Inhabers der Mambo-Bar, kurze Zeit, nachdem sich sogar die Besatzungsbehörden veranlaßt gesehen hatten, über die Mambo-Bar ein off limits auf die Dauer von 90 Tagen zu verhängen, ihre Absicht zur Eröffnung des hier fraglichen Betriebs kundtat. Die damals noch in vollem Umfang geltenden Bestimmungen der Militärregierung über die Gewerbebefreiheit nahmen der Anfechtungsgegnerin jeden Einfluß auf die Errichtung der neuen Gaststätte, insbesondere besaß die Anfechtungsgegnerin keine rechtliche Handhabe, zunächst die Zuverlässigkeit der Anfechtungsklägerin und ihres Ehemannes zu überprüfen und ggf. die - damals nur im Hinblick auf die Bestimmungen der Militärregierung nicht erforderliche - Erlaubnis zum Betrieb der Schankwirtschaft zu versagen. Zu einer Prüfung der Zuverlässigkeit hätte aber sonst gerade hier Veranlassung bestanden, da es durchaus wahrscheinlich war, daß die Verlegung des Betriebes das Nachziehen des seitherigen Kundenkreises der Mambo-Bar zur Folge haben würde. Inwieweit diese Gesichtspunkte im Zusammenhang mit dem Umstand, daß die Anfechtungsgegnerin

mit der Verfügung vom 18. Dezember 1954 - trotz fehlender Rechtsgrundlage - eine Maßnahme angewandt hat, die die Anfechtungsklägerin nicht zu sehr beeinträchtigte und nicht in offenbarem Mißverhältnis zu dem beabsichtigten Erfolg - Vermeidung einer Wiederholung der bei dem Betrieb der Mambo-Bar aufgetretenen Mißstände und Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung - stand, in einem etwaigen Rechtsstreit wegen Geltendmachung der von der Anfechtungsklägerin behaupteten Schadensersatzansprüche zu berücksichtigen sein werden, kann hier nicht geprüft werden".

In der Tat war die Lage, aus der heraus die Beklagte handeln mußte, ungewöhnlich schwierig; einmal, weil die Rechtsfrage, welchen Einfluß das Besatzungsrecht auf das zulässige Ausmaß der Prüfung eines Bedürfnisses, der Zuverlässigkeit des Gastwirts und der Eignung der Räume habe, ungeklärt war, eine Rechtsfrage, für deren Klärung auch die führenden Erläuterungsbücher nichts Hinreichendes brachten (vgl. Rohmer/Eyermann, Kommentar zum Gaststättengesetz, 2. Aufl. 1952, zu § 2 Anm. 3 S. 34; Michel, Gaststättengesetz, 4. Aufl. 1952, zu § 1 Anm. IX 2), zum anderen wegen der politischen Tragweite der Angelegenheit für das Verhältnis der Stadt zu der Besatzungsmacht und ihrer Garnison, und schließlich wegen der von der Beklagten behaupteten, hier zu unterstellenden polizeilichen Bedeutung, worüber erst die künftige Beweisaufnahme völlige Klarheit erbringen wird. Wenn - wie die Beklagte behauptet hat - alle Anzeichen dafür sprachen, daß die Gaststätte (wenigstens in den späten Abendstunden) in einer Weise geführt werden würde, durch die die öffentliche Ordnung gefährdet werden könnte, so könnte allerdings ein bloßes Zuwarten für eine verantwortungsbewußte Ordnungsbehörde unzumutbar sein; es wäre nicht zu beanstanden, wenn der Bürgermeister, nachdem er sich Rechtsrat bei dem rechtskundigen Sachbearbeiter des Landratsamts geholt hatte, sich entschlossen hätte, von dem schonendsten Mittel zur Beseitigung der von ihm angenommenen Polizeiwidrigkeit, der Vorverlegung der Polizeistunde, Gebrauch zu machen.

3) Soweit das angefochtene Urteil der Stadtverwaltung vorwirft, es sei versäumt worden, die Verfügung vom 18. Dezember 1954 unmittelbar nach dem 1. Januar 1955 aufzuheben, wird zu bedenken sein:

Nach § 5 der Hessischen Verordnung über die Polizeistunde vom 18. Dezember 1954, die am 1. Dezember 1954 verkündet und am 1. Januar 1955 in Kraft getreten ist (GVBl. 269), kann der Gemeindevorstand den Beginn der Polizeistunde für einzelne Unternehmen vorübergehend auf einen früheren Zeitpunkt, frühestens auf 19.00 Uhr festsetzen, soweit dies zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung wegen der Führung des Betriebes erforderlich ist. Ob diese Voraussetzung sachlich vorlag, wird die künftige Erörterung ergeben. Jedenfalls widersprach die Verfügung vom 18. Dezember 1954 - wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat - dem am 1. Januar 1955 in Kraft tretenden Polizeistundenrecht insofern, als die Vorverlegung der Polizeistunde zeitlich unbeschränkt angeordnet war. Daraus ergab sich allerdings die Notwendigkeit, die Verfügung vom 18. Dezember 1954 nach dem 1. Januar 1955 zu befristen, nicht jedoch - wie das Berufungsgericht meint - ohne weiteres die Notwendigkeit, die Verfügung aufzuheben. Etwas Anderes ergibt auch nicht der vom Berufungsgericht weiter angeführte § 9 des Hessischen Polizeigesetzes vom 10. November 1954 (GVBl. 203), der ebenfalls am 1. Januar 1955 in Kraft getreten ist und lautet:

"Fallen nach Erlass einer polizeilichen Verfügung, die fortdauernde Wirkung ausübt, die Voraussetzungen für ihre Aufrechterhaltung fort, so kann der Betroffene die Aufhebung der Verfügung verlangen".

Wenn - was hier bis zum Ergebnis der Beweisaufnahme zu unterstellen ist - die Vorverlegung der Polizeistunde zur

Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung wegen der Führung des Betriebes erforderlich gewesen wäre, so war diese Maßnahme jedenfalls auch solange berechtigt, wie der polizeiliche Zweck dieses gebot. Der Stadtverwaltung könnte daher aus der Nichtaufhebung der Verfügung ein Vorwurf erst von dem Zeitpunkt an gemacht werden, zu dem sie hätte erkennen müssen, daß der Zweck der polizeilichen Maßnahme erreicht sei. Über diesen Zeitpunkt, der nach dem 1. Januar 1955 liegen kann und für den Grund des Anspruchs wesentlich ist, wird sich das Berufungsgericht nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme schlüssig werden müssen.

IV.

Einer Erörterung der weiteren Rechtsrüge, das Berufungsgericht habe § 839 Abs. 3 BGB zu Unrecht nicht angewendet, bedarf es zur Zeit nicht. Denn diese Rüge bezieht sich lediglich auf den zweiten Anspruch der Klägerin (Vorverletzung der Polizeistunde), während die Klägerin nach ihrer Erklärung die Klageforderung in erster Linie aus dem ersten Anspruch (Untersagung der Betriebseröffnung) herleitet.

Hiernach muß das angefochtene Urteil auf die Revision der Beklagten aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden. Dem Berufungsgericht ist die Entscheidung über die Kosten des Revisionsrechtszuges übertragen worden, weil

erst seine künftige Entscheidung ergeben wird, inwieweit das Rechtsmittel der Beklagten sachlich Erfolg haben kann.

Dr. Pagendarm

Dr. Weber

Kreft

Bundesrichter Dr. Beyer ist
beurlaubt und ortsabwesend;
er ist an der Leistung der
Unterschrift verhindert.

Gähtgens

Dr. Pagendarm