

Verkündet
am 24. Juni 1958
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 Stadtgemeinde Mülheim-Ruhr, vertreten durch ihren Rat,

Beklagten, Berufungsbeklagten, Anschlußberufungsklägerin
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die Ehefrau Mia P [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED],

Klägerin, Berufungsklägerin, Anschlußberufungsbeklagte
und Revisionsebeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 23. Juni 1958 unter Mitwirkung des
Senatspräsidenten Prof. Dr. Geiger sowie der Bundesrichter
Dr. Weber, Dr. Arndt, Dr. Wolany und Dr. Hußla

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil
des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in
Düsseldorf vom 3. Januar 1957 wird zurückge-
wiesen.

Die Beklagte hat die Kosten des Revisionsver-
fahrens zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kaufmann B. hatte in einem gemieteten Verkaufslokal, das sich in einer längere Zeit zuvor ohne baupolizeiliche Genehmigung errichteten Baracke am V. platz in M. befand und von B., wiederum ohne baupolizeiliche Genehmigung, mit neuer Tür und neuem Fenster versehen worden war, ein Wein- und Spirituosen-geschäft betrieben, an dem die Klägerin als stille Gesellschafts-freierin beteiligt war. Nachdem das Gesellschafts-verhältnis zum 30. September 1949 gelöst worden war, suchte die Klägerin für das bisherige Geschäftslokal durch Rechtsanwalt Dr. N. mit Antrag vom 20. August 1949 an den Gewerbeausschuß - z.Hd. von Herrn Direktor H. - sowie mit weiterem Antrag vom 30. August 1949 an das Rechtsamt der Stadtverwaltung um "die Erteilung einer Konzession zur Führung eines Einzelhandelsgeschäfts zum Vertrieb von Spirituosen und Weinen" nach. Mit weiteren Eingaben vom 28. und 30. September 1949 an das Ordnungs-amt beantragte sie "die Genehmigung zum Verkauf von Wein- und Feinkostartikeln". Hinsichtlich des Feinkost-handels nahm sie den Antrag zurück.

Mit Bescheid vom 29. Oktober 1949 versagte das Ordnungsamt die Genehmigung für den Einzelhandel mit Wein, "weil die bauaufsichtliche Genehmigung vor Ausführung der Änderungsarbeiten nicht nachgesucht worden sei und eine nachträgliche Genehmigung nicht erteilt werden könne". Auf Beschwerde der Klägerin hin wies der Re-gierungspräsident in Düsseldorf mit Bescheid vom 12. De-zember 1949 das Ordnungsamt an, unbeschadet der Bestimmungen der Bauordnung und des § 11 des Bauflichtliniengesetzes

die Genehmigung zu erteilen. Das Ordnungsamt erteilte nunmehr mit Bescheid vom 23. Dezember 1949, zugestellt am 2. Januar 1950, die Genehmigung für den Einzelhandel mit Wein. Begonnen hatte die Klägerin mit dem Weinverkauf bereits am 22. Dezember 1949. Mit Beschluß vom 10. Februar 1950 erteilte der Beschlüssausschuß der Stadt schließlich auch die Erlaubnis für den Kleinhandel mit Trinkbranntwein und Likören in Verbindung mit dem Weinhandel. Den Spirituosenverkauf nahm die Klägerin am 15. Februar 1950 auf.

Die Klägerin fordert von der Beklagten Schadensersatz, weil deren Beamten ihre Gesuche schuldhaft amtspflichtwidrig falsch und verzögerlich bearbeitet hätten und ihr infolge der Verzögerung der Genehmigungen Verdienst entgangen sei.

Das Landgericht hat die Beklagte unter Klagabweisung im übrigen zur Zahlung von 250 DM verurteilt, weil die Genehmigung zum Einzelhandel mit Wein bei ordnungsmäßiger Sachbehandlung zum 15. Oktober 1949 hätte erteilt werden müssen. Die Klägerin habe durch die Verzögerung 2 1/2 Monate lang einen Verdienstaussfall von monatlich 100 DM erlitten.

Im Berufungsverfahren hat die Klägerin geltend gemacht, ihr sei ein Gesamtschaden von 9.000 DM entstanden. Sie hat unter Klagerweiterung beantragt, die Beklagte zur Zahlung einer vom Gericht nach § 287 ZPO festzusetzenden Entschädigung von mindestens 7.500 DM zu verurteilen. Die Beklagte hat im Wege der Anschlußberufung volle Klagabweisung gefordert.



Das Berufungsgericht hat unter Abweisung der Anschlußberufung der Beklagten der Berufung der Klägerin stattgebend den Klaganspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Dieses Urteil hat der erkennende Senat in seinem Revisionsurteil vom 13. Juli 1954 - III ZR 122/53 - unter Zurückweisung der Sache an das Berufungsgericht aufgehoben. In seinem zweiten Berufungsurteil hat das Berufungsgericht das landgerichtliche Urteil durch Zurückweisung der Anschlußberufung der Beklagten aufrecht erhalten und die im Berufungsverfahren erhobenen weitergehenden Klagansprüche unter Aufgliederung auf Verdienstausfall aus dem Wein- und aus dem Branntweinhandel sowie auf Ersatz von Anwalts- und Reisekosten dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Dagegen richtet sich die Revision der Beklagten, mit der sie ihren Klagabweisungsantrag weiter verfolgt. Die Klägerin bittet, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Die Revision rügt in erster Linie, das Berufungsgericht sei unvorschriftsmäßig besetzt gewesen (§ 551 Ziff. 1 ZPO). Bei der Entscheidung habe Landgerichtsrat Dr. Richter als Berichterstatter mitgewirkt. Dieser sei dem erkennenden Senat des Oberlandesgerichts über ein Jahr lang zur Bewältigung eines nicht nur vorübergehenden Geschäftsandranges als Hilfsrichter zugewiesen gewesen. Es sei ferner nach dem Akteninhalt zweifelhaft, ob der ständige Vorsitzende des erkennenden Senates einen bestimmenden Einfluß auf die gesamte Geschäftslage ausgeübt habe, ob der Senat nicht vielmehr

in mehrere Gruppen aufgestellt gewesen sei, in deren einer Oberlandesgerichtsrat Ba [REDACTED] ständiger Vorsitzender gewesen sei. Dieser sei im ersten Berufungsverfahren in dieser Sache Berichterstatter gewesen und habe in der zweiten Berufungsverhandlung den Vorsitz geführt und auch den Berichterstatter bestimmt.

1) Nach der vom Senat beigezogenen Erklärung des Oberlandesgerichtspräsidenten in Düsseldorf war Landgerichtsrat Dr. Richter - während der Dauer des zweiten Berufungsverfahrens - an das Oberlandesgericht abgeordnet vom 18. November bis 31. Dezember 1954 als Urlaubsvertreter, vom 1. Januar bis 31. März 1955 als Verwalter einer wegen Geschäftsandrangs bewilligten Hilfsrichterstelle und vom 1. April 1955 bis zum 31. März 1957 als Verwalter einer für Sonderbelastung bewilligten Hilfsrichterstelle. Seit dem 1. April 1957 ist er planmäßiger Oberlandesgerichtsrat.

Die Annahme der Revision, daß Dr. Richter im 1. Zivilsenat des Oberlandesgerichts länger denn ein Jahr tätig war, ist nach den Geschäftsverteilungsplänen des Oberlandesgerichtes richtig. Seine Zuweisung zum Oberlandesgericht als Urlaubsvertreter ist nicht zu beanstanden. Da seine Zuweisung wegen Geschäftsandranges nur drei Monate gewährt hat, ist die Annahme gerechtfertigt, daß es sich um eine vorübergehende Häufung der Geschäfte gehandelt hat. Das gilt auch für die weitere Zuweisung aus Anlaß einer Sonderbelastung. Denn eine solche ist ihrem Wesen nach etwas Vorübergehendes. Die Zuweisung eines Hilfsrichters zur Bewältigung einer vorübergehenden Häufung der Geschäfte und zur Erledigung einer Sonderbelastung ist nicht unzulässig.

Daß - von Landgerichtsrat Dr. R. [REDACTED] abgesehen - dem Oberlandesgericht Düsseldorf wegen eines nicht nur vorübergehenden Bedürfnisses Hilfsrichter zugewiesen worden wären, und daß ein Mißverhältnis zwischen der Zahl der Planrichter und der Hilfsrichter bestanden habe, macht die Revision nicht geltend.

2) Die Vermutung der Revision, daß der 1. Zivilsenat des Oberlandesgerichts in mehrere Sitzgruppen aufgeteilt gewesen sei und der ordentliche Vorsitzende in ihm einen bestimmenden Einfluß auf die gesamte Geschäftslage nicht ausgeübt habe, trifft nicht zu. Nach der Auskunft des Oberlandesgerichtspräsidenten war der ordentliche Vorsitzende des 1. Zivilsenates vom November 1954 an erkrankt und konnte deshalb den Vorsitz in der auf den 3. Februar 1955 anberaumten Berufungsverhandlung nicht führen. Es war sachgemäß, wenn die weitere Verhandlung der Sache in den Händen seines Vertreters, des Oberlandesgerichtsrates Ba. [REDACTED], blieb. Daß der ordentliche Senatsvorsitzende die Sache auch weiterhin im Auge behalten hat, ergibt sich aus mehreren von ihm in den Akten getroffenen Verfügungen und Verkündungen.

Die Rüge der Revision, der 1. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf sei nicht ordnungsmäßig besetzt gewesen, ist somit unbegründet.

II.

1) In seinem ersten Berufungsurteil hatte das Oberlandesgericht das Hauptverschulden der mit der Bearbeitung der Anträge der Klägerin befaßten Beamten der Beklagten darin erblickt, daß das Ordnungsamt die nach § 2 Abs. 1 des Einzelhandelschutzgesetzes vom 12. Mai 1933 (RGBl I 262) erforderliche Ausnahmegenehmigung für die Übernahme

des Einzelhandelsgeschäfts mit Wein durch seinen Bescheid vom 29. Oktober 1949 deshalb versagt hat, weil die baupolizeiliche Genehmigung zu Änderungsarbeiten an Geschäftsraum nicht nachgesucht worden sei und eine nachträgliche Genehmigung nicht erteilt werden könne. Dieser Umstand aber habe die Versagung der erbetenen Genehmigung nicht gerechtfertigt.

Der erkennende Senat hat in seinem ersten Revisionsurteil (II. S. 7 ff) dazu ausgeführt: Die Frage, ob und wo eine Verkaufsstelle vorhanden war, habe nur so lange Bedeutung gehabt, als die Errichtung eines Einzelhandelsgeschäfts wegen Übersetzung des betreffenden Handelszweiges abgelehnt werden konnte. Das sei hier zur fraglichen Zeit nicht mehr möglich gewesen. Die Frage der Verkaufsstelle habe daher nicht mehr geprüft zu werden brauchen. Wohl aber habe die Zuverlässigkeit der Klägerin in Bezug auf die Ausübung des Gewerbes geprüft werden müssen (DVO vom 10. Februar 1949 zum Gesetz über vorläufige Regelung gewerblicher Genehmigungen und Schließungen vom 7. Dezember 1948 (NRWGVBl 1949 S. 41). Hier hätte der Mangel solcher Zuverlässigkeit deshalb angenommen werden können, weil die Klägerin nach den Akten des Ordnungsamtes davon unterrichtet gewesen sei, daß die baupolizeiliche Genehmigung für die Errichtung und die Veränderung der Baracke gefehlt habe und sie trotzdem darauf beharrt habe, die Verkaufsstelle dort zu belassen, wo Basten sie betrieben hatte.

Das Berufungsgericht hat nunmehr nach Beweiserhebung festgestellt, es fehle jeder Anhaltspunkt dafür, daß die Klägerin den Mangel der baupolizeilichen Genehmigung gekannt habe. Es müsse im Gegenteil als bewiesen ange-

sehen werden, daß er ihr nicht bekannt gewesen sei. Denn nicht einmal Frau C., eine Schwester B.s, die mit Baurat T., einem Architekten der Beklagten, vor Errichtung des Geschäfts über das Geschäftslokal verhandelt gehabt habe, sei davon unterrichtet gewesen, daß Baugenehmigung nicht erteilt war. Zweifel an der Zuverlässigkeit der Klägerin in Bezug auf die Ausübung des Gewerbes hätten aber zur Zeit der Bearbeitung ihrer Gesuche auch gar nicht bestanden. Verwaltungsrat Tr. vom Ordnungsamt habe sich am 3. November 1949 dem Rechtsamt gegenüber dahin geäußert, daß gegen die Erteilung der Erlaubnis - zum Branntweinhandel - in persönlicher Hinsicht keine Bedenken bestünden. Er habe als Zeuge jetzt bekundet, daß er die Klägerin nicht für unzuverlässig gehalten habe. In ähnlicher Weise hätten sich als Zeugen der Beigeordnete Br. und der Vorsitzende des für die Erteilung der Erlaubnis zum Branntweinhandel zuständigen Beschlusses, der Stadtverordnete H., geäußert.

Die Revision rügt demgegenüber, das Berufungsgericht habe verkannt, daß es durch die Ausführungen des Senats in seinem ersten Revisionsurteil gebunden gewesen sei. Dort sei ausgesprochen, daß im Verhalten des Ordnungsamtes eine schuldhaftes Amtspflichtverletzung nicht zu finden sei und die Klägerin deshalb aus der Verzögerung, die die Eröffnung des Einzelhandels mit Wein durch die Notwendigkeit der Beschwerdeführung gegen den ablehnenden Bescheid des Ordnungsamtes vom 29. Oktober 1949 erfahren habe, Schadensersatzansprüche unter dem Gesichtspunkt der Amtshaftung nicht herleiten könne. Damit sei insoweit - so meint die Revision - durch das erste Revisionsurteil schon rechtskräftig entschieden. Diese Rüge ist unbegründet.

Es kann der Revision zugegeben werden, daß die Formulierung im ersten Revisionsurteil den Eindruck erwecken könnte, als habe der Senat die Frage, ob Amtshaftungsansprüche aus der Versagung der Genehmigung für den Einzelhandel mit Wein durch das Ordnungsamt hergeleitet werden könnten, bereits endgültig verneint. Das ist indessen nicht der Fall. Selbst tatsächliche Feststellungen darüber zu treffen, ob die Klägerin den Mangel der baupolizeilichen Genehmigung zur Errichtung und zur Änderung der Baracke kannte, war nicht Aufgabe des Senates. Mit den Ausführungen im ersten Revisionsurteil sollte nicht mehr gesagt sein, als daß die Akten des Ordnungsamtes dafür sprächen, daß die Klägerin das Fehlen der baupolizeilichen Genehmigung gekannt habe, daß solchenfalls aus dem Beharren darauf, gerade in dieser Baracke ihr Geschäft zu betreiben, auf Mangel an Zuverlässigkeit hätte geschlossen werden können, und daß unter diesem Gesichtspunkt betrachtet die Versagung der Genehmigung durch das Ordnungsamt keine schuldhaftes Amtspflichtverletzung darstellen würde. Endgültig entschieden war damit noch nichts. Es kann deshalb dahinstehen, ob es überhaupt möglich ist, durch Ausführungen in den Gründen eines Revisionsurteiles, das nach seinem Tenor ein Grundurteil unter Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht in vollem Umfang aufhebt, hinsichtlich eines einzelnen von mehreren, der Klage zugrundeliegenden Sachverhalten mit der Folge zu entscheiden, daß dieser Entscheidung Rechtskraftwirkung i.S. von § 322 ZPO zukommt, wie die Revision das annimmt.

Das Berufungsgericht war allerdings nach § 565 Abs. 2 ZPO an die rechtliche Beurteilung gebunden, daß die Ver-

sagung der Einzelhandelsgenehmigung mit Wein nicht schuldhaft amtspflichtwidrig war, wenn begründete Zweifel an der Zuverlässigkeit der Klägerin das Ordnungsamt bei seiner Entschließung bestimmten. An die auf die Akten des Ordnungsamtes gestützten tatsächlichen Annahmen des ersten Revisionsurteils war das Berufungsgericht aber nicht gebunden. Neue tatsächliche Feststellungen hinsichtlich der Kenntnis der Klägerin vom Fehlen der baupolizeilichen Genehmigung und hinsichtlich der Frage, ob sie als unzuverlässig angesehen worden sei, durfte das Berufungsgericht treffen.

Da Baurat T. nach seiner Zeugenaussage aus Entgegenkommen gegen Frau G., die den Mangel seiner baupolizeilichen Zuständigkeit nicht kannte, Skizzen für die Veränderung der Baracke hatte anfertigen lassen, und den Rat gegeben hatte, die Baracke zu mieten, konnte das Berufungsgericht unbedenklich feststellen, daß die Beteiligten - aus dem Verhalten des Baurates auf dessen Zuständigkeit schließend - vom tatsächlichen Fehlen einer baupolizeilichen Genehmigung nichts wußten.

Wenn ferner, wie das Berufungsgericht auf Grund seiner Beweisaufnahme festgestellt hat, beim Ordnungsamt gegen die Zuverlässigkeit der Klägerin Bedenken überhaupt nicht bestanden, dann entfällt eine weitere tatsächliche Annahme, von der der erkennende Senat in seinem ersten Revisionsurteil ausgegangen ist, als er die Frage einer Amtspflichtverletzung des Ordnungsamtes behandelte.

§ 565 Abs. 2 ZPO steht den jetzigen Feststellungen des Berufungsgerichts und der daraus gezogenen rechtlichen Folgerung, daß das Ordnungsamt mit Versagung seiner Genehmigung zum Weinhandel amtspflichtwidrig gehandelt habe,

also nicht entgegen. Daß das Fehlen einer baupolizeilich genehmigten Verkaufsstelle die Versagung der Ausnahme-genehmigung zur Übernahme des Einzelhandelsgeschäftes mit Wein nicht rechtfertigte, hat der Senat in seinem ersten Revisionsurteil schon zum Ausdruck gebracht (S. 7 ff).

Die Revision hat hierzu in der mündlichen Verhandlung geltend gemacht, das Ordnungsamt sei verpflichtet gewesen, den Bedenken, die bei der Baupolizei bestanden hätten, Rechnung zu tragen. Es habe als städtische Dienststelle dem städtischen Bauamt nicht in den Arm fallen dürfen, indem es seinerseits die erbetene Erlaubnis gab. Deren Versagung sei also zu Recht erfolgt.

Das ist nicht richtig. Aus dem Einzelhandelsschutzgesetz und dem Gesetz zur vorläufigen Regelung gewerblicher Genehmigungen und Schließungen vom 7. Dezember 1948 i.V. mit dem Zweiten Gesetz dazu vom 7. Juni 1949 (NRWGVBl 1948, 302 und 1949, 116) ergab sich eindeutig, was das Ordnungsamt hinsichtlich des Einzelhandels mit Wein zu prüfen hatte und daß die dazu erforderliche Genehmigung nur beim Fehlen der Sachkunde und der Zuverlässigkeit der Klägerin abgelehnt werden durfte (vgl. Heinig, Das Einzelhandelsschutzgesetz, 2. Aufl. S. 147).

Mit der Erteilung einer Genehmigung wurde freilich der Frage nicht vorgegriffen, ob die Baupolizei ihrerseits hinsichtlich des Verkaufsraumes polizeiliche Maßnahmen ergreifen könnte. Die Entschliebung in dieser Richtung lag aber allein bei der Baupolizei. An die organisatorische Aufteilung der Zuständigkeiten war das Ordnungsamt gebunden. Es durfte nicht seine Auf-

gaben mit den Aufgaben der Baupolizei verquicken. Das war hier umso weniger zulässig, als Basten in dem Raum, in dem auch die Klägerin ihr Geschäft betreiben wollte, schon ein Einzelhandelsgeschäft mit Wein und Spirituosen betrieben hatte, ohne daß die Baupolizei etwa durch Schließung der Verkaufsstelle eingeschritten wäre. Mit der Erteilung einer Genehmigung durch das Ordnungsamt wurde die Möglichkeit baupolizeilichen Einschreitens auch nicht irgendwie erschwert. Insbesondere hätte die Klägerin nicht geltend machen können, die Genehmigung zum Betrieb des Einzelhandelsgeschäftes in der Baracke sei ihr erteilt worden, sie müsse also entschädigt werden, wenn die Baupolizei die Schließung des Verkaufsraumes fordern würde. Denn die Erteilung der Genehmigung durch das Ordnungsamt würde von vornherein unter dem Vorbehalt baupolizeilicher Maßnahmen gestanden haben, wie das in der Beschwerdeentscheidung des Regierungspräsidenten zutreffend zum Ausdruck gekommen ist.

Die von der Revision in der mündlichen Verhandlung in diesem Zusammenhang angeführten verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen betreffen Erlaubniserteilungen nach dem Gaststättengesetz. Nach diesem Gesetz (§ 2 Abs. 1 Ziff. 3 u. 4) ist allerdings zu prüfen, ob die zum Betrieb des Gewerbes bestimmten Räume nach Beschaffenheit und Lage den polizeilichen Anforderungen genügen und ob die Verwendung für den Betrieb des Gewerbes den öffentlichen Interessen nicht widerspricht. Die Erlaubnis zum Handel mit Branntwein nach dem Gaststättengesetz hat der zuständige Beschlußausschuß der Klägerin aber ohne Beanstandung des Verkaufsraumes erteilt. Das Einzelhandelsschutzgesetz und die genannten nordrhein-westfälischen Gesetze, auf Grund deren das Ordnungsamt zu

entscheiden hatte, enthielten aber, wie gesagt, entsprechende Bestimmungen über die Berücksichtigung der Beschaffenheit des Verkaufsraumes nicht. Gerade aus dem Unterschied der gesetzlichen Regelung wird deutlich, daß der Gesetzgeber den für die Erteilung von gewerblichen Genehmigungen zuständigen Stellen jeweils ganz bestimmte Fragen zur Prüfung übertragen, damit deren Zuständigkeit aber auch auf diese Fragen begrenzt hat.

Es ist deshalb nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht eine Amtspflichtverletzung des Verwaltungsrates Tr. [REDACTED] darin gesehen hat, daß er der Frage des Verkaufsraumes und der baupolizeilichen Genehmigung nachgegangen ist in der rechtsirrtümlichen Annahme, diese Frage sei für ihn noch von Bedeutung.

Seine Auffassung, daß Verwaltungsrat Tr. [REDACTED] auch fahrlässig gehandelt habe, leitet das Berufungsgericht insbesondere daraus her, daß er die ausdrücklichen Hinweise in den Runderlassen des Wirtschaftsministers vom 20. März und 11. August 1949 (MinBl. NRW S. 290 u. 798) nicht beachtet habe. Aus diesen sei eindeutig hervorgegangen, daß die Prüfung der Übersetzung des Gewerbebezweiges nunmehr fortgefallen sei und es auf die Frage des Verkaufslokals nicht mehr ankomme. Der Vorwurf schuldhaften Verhaltens ist aber schon deshalb begründet, weil Tr. [REDACTED], als Leiter des Ordnungsamtes, die Grenzen seiner Zuständigkeit kennen mußte.

Die Revision hat schließlich noch geltend gemacht, das Verlangen der Klägerin nach Erteilung der Genehmigung zum Betrieb eines Einzelhandelsgeschäftes in der ohne baupolizeiliche Genehmigung veränderten Baracke

habe - auch wenn das Ordnungsamt verpflichtet gewesen sei, die Genehmigung ohne Rücksicht auf diesen Mangel zu erteilen - eine unzulässige Rechtsausübung dargestellt. Die Klägerin habe keinen Anspruch auf Ersatz eines Vermögensschadens, wenn der Vermögenswert erst auf der Grundlage eines gesetzwidrigen Zustandes hätte erlangt werden können. Dem ist entgegenzuhalten, daß nicht die Klägerin, sondern Basten die Baracke verändert hatte und daß sie nach der tatsächlichen Feststellung des Berufungsgerichtes den Mangel der baupolizeilichen Genehmigung dazu - jedenfalls bei Antragstellung - nicht kannte. Auf Weisung des Regierungspräsidenten ist die erbetene Genehmigung schließlich auch erteilt worden. Bei dieser Sachlage kann nicht davon die Rede sein, daß ihr Begehren eine unzulässige Rechtsausübung darstelle.

2) In seinem ersten Revisionsurteil hat der Senat ausgeführt (III S. 9 ff), Schadensersatzansprüche der Klägerin könnten begründet sein, wenn die Bearbeitung ihrer Anträge schuldhaft antspflichtwidrig verzögert worden sei. Die Klägerin hatte in dieser Hinsicht in erster Linie Vorwürfe gegen das Rechtsamt der Beklagten deshalb erhoben, weil dieses die Anträge vom 20. u. 30. August 1949 auf Erteilung einer Konzession zur Führung des Einzelhandelsgeschäftes zum Vertrieb von Spirituosen und Weinen hinsichtlich des Weinhandels nicht sogleich an das Ordnungsamt zur eigenen zuständigen Entscheidung weitergeleitet habe, da es selbst nur zur Vorbereitung der Entscheidung des Beschlüssausschusses über die Erlaubnis zum Handel mit Branntwein zuständig gewesen sei. In dieser Beziehung hatte der Senat in

seinem ersten Revisionsurteil tatsächliche Feststellungen darüber für erforderlich erklärt, wie die Anträge vom 20. und 30. August 1949 gemeint gewesen seien, wie das Rechtsamt sie aufgefaßt habe und nach den tatsächlichen Gegebenheiten habe auffassen dürfen (U S. 12).

Das Berufungsgericht hat nunmehr ausgeführt, aus den Anträgen vom 20. und 30. August sei ganz eindeutig zu ersehen gewesen, daß die Klägerin sowohl die Erlaubnis zum Branntweinhandel, als auch die Genehmigung zur Übernahme des Einzelhandelsgeschäfts zum Verkauf von Wein erstrebte. Das ergebe sich allein schon aus dem Wortlaut der Anträge. Es sei ohne jede Bedeutung, daß Rechtsanwalt Dr. N. den Ausdruck Konzession verwendet habe, der üblicherweise - wenn auch ungenau - für die Erlaubnis nach dem Gaststättengesetz gebraucht werde, während die Zulassung einer Ausnahme nach dem Einzelhandelsschutzgesetz meist als Genehmigung bezeichnet werde. Denn nach § 3 Abs. 2 des Gaststätten-gesetzes sowie nach der Verordnung über die Erteilung von Erlaubnissen für den Kleinhandel mit Branntwein vom 19. Juli 1948 (NRW GVBl S. 242) sei die Genehmigung für den Einzelhandel mit Wein überhaupt die Voraussetzung für die Erteilung der Erlaubnis zum Branntweinhandel gewesen. Also hätte auch zuerst der Antrag auf Genehmigung des Weinhandels geprüft und beschieden werden müssen. Für die - im ersten Revisionsurteil als möglich unterstellte - Annahme, das Rechtsamt sei bei der Behandlung der Anträge davon ausgegangen, daß zwar zur Teilentscheidung hinsichtlich des Weinhandels das Ordnungsamt zuständig sei, die Prüfung des Bedürfnisses für den Branntweinhandel aber vordringlich sei, liege

nicht der geringste Anhaltspunkt vor und sei von der Beklagten auch nichts vorgetragen worden. Im übrigen sei das Rechtsamt diejenige Stelle einer Stadtverwaltung, die über Rechtsfragen am besten unterrichtet sei und in der Lage sein müsse, Anträge sachgemäß zu bearbeiten und notfalls an die zuständige Stelle weiterzuleiten, zumindest in Zweifelsfällen den Antragsteller zu hören, zu belehren und ggf. zu einer anderen ordnungsmäßigen Adressierung seiner Anträge zu veranlassen. Daran vermöge auch der Umstand nichts zu ändern, daß der Antrag von einem Rechtsanwalt eingereicht worden sei, der oft in Konzessionssachen auftrete.

Das Rechtsamt habe - was im ersten Revisionsurteil gleichfalls als möglich bezeichnet worden war - auch nicht etwa aus der Bezeichnung der Klägerin als Teilhaberin B. gefolgert, daß eine Offene Handelsgesellschaft vorliege, aus der B. ausscheiden wolle und daß es deshalb um die Weiterführung eines Einzelhandelsgeschäfts als Einzelunternehmen gehe, die nicht genehmigungspflichtig sei. Ein solcher Irrtum sei bei den Sachbearbeitern überhaupt nicht entstanden. Diese hätten vielmehr die "Errichtung des Geschäfts" von Anfang an als genehmigungspflichtig angesehen und behandelt.

Mit diesen Ausführungen hat das Berufungsgericht die im ersten Revisionsurteil noch für erforderlich erklärten tatsächlichen Feststellungen nunmehr getroffen. Was es in rechtlicher Beziehung hinsichtlich der Aufgaben des Rechtsamtes und des Verschuldens seiner Sachbearbeiter an der verzögerlichen Behandlung des Antrages auf Erteilung der Genehmigung zum Einzelhandel mit Wein

ausführt, ist nicht zu beanstanden.

a) Die Revision meint, das Berufungsgericht habe hier wiederum gegen § 565 Abs. 2 ZPO verstoßen. Das ist nicht richtig. Denn im ersten Revisionsurteil ist der Senat davon ausgegangen, daß eine schuldhafte Amtspflichtverletzung des Rechtsamtes sehr wohl vorliegen könne, wenn die noch für erforderlich gehaltenen tatsächlichen Feststellungen ergeben würden, daß das Rechtsamt richtig verstandene Anträge falsch behandelt habe. Gegen die im ersten Revisionsurteil getroffene rechtliche Beurteilung, die allein das Berufungsgericht band, hat dieses also nicht verstoßen.

b) Die Revision macht aber, unter Hinweis auf § 286 ZPO, weiter geltend, das Berufungsgericht habe bei seinen Feststellungen die Ausführungen der Beklagten in ihrem Schriftsatz vom 28. Juni 1955 völlig übergangen.

Diese Rüge ist unbegründet. Nicht dem Vorsitzenden des Beschlußausschusses He [REDACTED] wird vom Berufungsgericht ein Vorwurf daraus gemacht, daß er den an ihn persönlich gerichteten Antrag vom 20. August 1949 als Antrag auf die Erteilung einer Erlaubnis zum Handel mit Spirituosen angesehen und deshalb an die Stelle weitergeleitet hat, der die Vorbereitung der Entscheidungen des Beschlußausschusses oblag. Deshalb kam es auf eine Vernehmung He [REDACTED] als Zeugen nicht an. Es mag sein, daß ebenso wie He [REDACTED] auch der Geschäftsführer des Beschlußausschusses den von He [REDACTED] an ihn abgegebenen Antrag vom 20. August lediglich auf die Erteilung der Erlaubnis zum Handel mit Spirituosen bezogen hat, was deshalb verständlich wäre, eben weil der Antrag an He [REDACTED] adressiert worden war und dieser es lediglich mit der Erlaubnis zum

21

Spirituosenhandel zu tun hatte. Dem Rechtsamt ging aber nicht nur der Antrag vom 20. August zu, sondern ein weiterer Antrag vom 30. August, und das Berufungsgericht stellt nicht entscheidend auf die Behandlung des Antrages vom 20. August ab, sondern darauf, daß auch der Antrag vom 30. August nicht als Antrag auch auf Erteilung der Genehmigung zum Einzelhandel mit Wein behandelt und insoweit ordnungsmäßig an das Ordnungsamt zur zuständigen Entschließung abgegeben worden ist. Darauf, wie der Geschäftsführer des Beschlusausschusses den an He [REDACTED] adressierten Antrag vom 20. August aufgefaßt hat und auffassen durfte, kommt es also nicht entscheidend an, deshalb brauchte das Berufungsgericht auch den allein dafür benannten Geschäftsführer des Beschlusausschusses nicht als Zeugen zu vernehmen. Denn der Vorwurf des Berufungsgerichts richtet sich nicht gegen den Geschäftsführer des Beschlusausschusses im Rechtsamt, sondern gegen das Rechtsamt als solches, das der Adressat des Antrages vom 30. August 1949 war, und von dem das Berufungsgericht - mit Recht - einen Überblick über die Verteilung der Zuständigkeiten innerhalb der Stadtverwaltung und eine Weiterleitung des Antrages an das zuständige Ordnungsamt verlangt.

c) Schließlich macht die Revision in diesem Zusammenhang geltend, das Berufungsgericht habe zwar unter dem Gesichtspunkt des § 839 Abs. 1 Satz 2 ein haftungsbegründendes Verschulden des Rechtsanwalts der Klägerin nicht darin gesehen, daß er zwei getrennt zu bearbeitende Anträge in eine Urkunde zusammengefaßt habe. Es habe aber die Frage nicht geprüft, ob nicht in der fehlerhaften Antragstellung ein mitwirkendes Verschulden im Sinne von § 254 BGB liege.

Es ist richtig, daß das Berufungsgericht die Vorschrift in § 254 BGB nicht ausdrücklich behandelt hat. Da ein Verschulden, das die Klägerin sich als mitwirkendes Verschulden im Sinne dieser Bestimmung anrechnen lassen müßte, nach Lage der Sache nur in einem ihr zuzurechnenden Verschulden ihres mit der Antragstellung beauftragten Rechtsanwalt liegen könnte, ergeben die Ausführungen zu § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB zugleich, daß das Berufungsgericht auch die Anwendbarkeit des § 254 BGB verneint. Das ist nicht zu beanstanden.

Das Vorbringen der Revision, dem "Korpus" der Anträge vom 20. und 30. August 1949 sei nicht zu entnehmen gewesen, worauf angetragen werde, ist nicht richtig. Daß es sich um den Einzelhandel mit Wein und Spirituosen handelte, ergab außer der eindeutigen Überschrift der Hinweis im Text der Anträge darauf, daß die Klägerin das Einzelhandelsgeschäft in Spirituosen und Weinen leite und daß sie die Besitzerin des Verkaufslokales sei. Im übrigen hat das Berufungsgericht festgestellt, daß bei den Sachbearbeitern ein Irrtum darüber, was beantragt war, gar nicht entstanden ist.

Die Rügen der Revision sind nach alledem nicht geeignet, die Annahme des Berufungsgerichts zu erschüttern, daß das Rechtsamt es schuldhaft amtspflichtwidrig unterlassen habe, die Anträge der Klägerin, soweit sie auf Genehmigung des Einzelhandels mit Wein abzielten, dem Ordnungsamt unverzüglich zur zuständigen Erledigung zustellen oder doch der Antragstellerin nahe zu legen, das Ordnungsamt unmittelbar anzugehen.

III.

Das Berufungsgericht hat des weiteren erörtert, wann die Klägerin den Handel mit Wein und wann den mit Branntwein hätte beginnen können, wenn ihre Anträge sachgemäß behandelt worden wären. Es handelt sich dabei um tatrichterliche Würdigungen nach §§ 286/287 ZPO, die der Nachprüfung im Revisionsverfahren nur beschränkt zugänglich sind.

1) Hinsichtlich des Weinhandels kommt das Berufungsgericht zu folgendem Ergebnis: Wenn das Rechtsamt den Antrag vom 30. August am 8. September 1949 dem Ordnungsamt nicht nur zur Stellungnahme unter dem Gesichtspunkt des Branntweinhandels zugeleitet hätte, sondern ordnungsgemäß zur zuständigen Entschließung wegen der Genehmigung des Einzelhandels mit Wein, und wenn das Ordnungsamt dann nicht fahrlässig zu Unrecht der Frage der Baugenehmigung Bedeutung beigelegt, sondern, richtig verfahren, den Antrag alsbald, d.h. spätestens bis zum 12. September 1949 der Industrie- und Handelskammer zur gutachtlichen Äußerung übersandt hätte, dann würde deren positive Antwort spätestens am 16. September 1949 vorgelegen haben. Dann aber würde das Ordnungsamt bei richtigem Verfahren bis zum 23. September die Genehmigung für den Einzelhandel mit Wein erteilt und die Ausfertigung ihrer Entscheidung der Klägerin bis zum 30. September 1949 ausgehändigt haben. Am 1. Oktober 1949 würde die Klägerin dann also mit dem Verkauf von Wein begonnen haben.

Die Revision meint demgegenüber, die Unterlassung des Rechtsamtes, die Anträge alsbald an das Ordnungsamt

weiterzuleiten, sei dadurch behoben worden, daß Rechtsanwalt Dr. N. sich wegen der Erteilung der Genehmigung zum Verkauf von Wein am 28. September 1949 unmittelbar an das Ordnungsamt gewendet habe. Demzufolge hätte die Behandlung der Anträge durch das Ordnungsamt "mit dem Abmaß betrachtet" werden müssen, daß die Erledigung allenfalls um einen Monat früher hätte bewirkt werden können. Das Datum der Genehmigung vom 2. Januar 1950 würde sich dann auf den 2. Dezember 1949 zurückverschieben.

Hierbei übersieht die Revision die Verzögerung des Genehmigungsverfahrens, die beim Ordnungsamt dadurch eingetreten ist, daß es die Genehmigung zu Unrecht versagte und die Klägerin erst mit ihrer Beschwerde vor dem Regierungspräsidenten ihr Ziel erreichte. Es müssen aber bei Beantwortung der Frage, wann die Klägerin bei ordnungsmäßigem Verfahren die erbetene Genehmigung erhalten hätte, sowohl das fehlerhafte Verhalten des Rechtsamtes als das des Ordnungsamtes hinweggedacht werden.

2) Hinsichtlich des Branntweinhandels führt das Berufungsgericht aus, die Erteilung dieser Erlaubnis sei für den der Klägerin wohlgesinnten Vorsitzenden des Beschlusausschusses, Stadtrat He., nur deshalb schwierig gewesen, weil die Genehmigung für den Einzelhandel mit Wein die Voraussetzung für die Erlaubniserteilung nach dem Gaststättengesetz zum Branntweinhandel gewesen sei. Wäre aber die Genehmigung zum Einzelhandel mit Wein - wie bei ordnungsmäßigem Verfahren erforderlich - bereits am 23. September 1949 erteilt worden, dann würde He. auf Drängen der Klägerin, an dem es nicht gefehlt haben würde, alles getan haben, um das Verfahren in seinem Beschlusausschuß voranzutreiben. Der Antrag

würde dann bereits in der Sitzung dieses Ausschusses vom 17. Oktober 1949 behandelt und genehmigt worden sein. Die zum Handel mit Branntwein erforderliche Genehmigung des Regierungspräsidenten würde, da man die Klägerin wegen des Weihnachtsgeschäfts nicht lange hätte warten lassen, am 15. November 1949 vorgelegen haben. Spätestens am 30. November 1949 würde die Klägerin die Erlaubnis dann in Händen gehabt haben und sie würde statt am 15. Februar 1950 schon am 1. Dezember 1949 außer Wein auch Spirituosen verkauft haben.

Die Revision kommt demgegenüber wiederum darauf zurück, daß die Genehmigung zum Einzelhandel mit Wein allenfalls einen Monat früher, also am 2. Dezember 1949 hätte erteilt werden können.

Daß aber nicht vom 2. Dezember 1949 als dem Tag ausgegangen werden darf, an dem die Genehmigung zum Einzelhandel mit Wein bei ordnungsmäßigem Verfahren erteilt worden wäre, wurde schon ausgeführt. Ist nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht dafür den 23. September 1949 angenommen hat, so ist auch seine Feststellung nicht zu bemängeln, daß die Erlaubnis zum Handel mit Branntwein in der Sitzung des Beschlußausschusses vom 17. Oktober erteilt worden wäre. Dann aber kann dahinstehen, wie stark die Sitzung dieses Ausschusses vom 16. Dezember 1949 belastet war auf die die Revision abstellt. Für die Richtigkeit der Annahme des Berufungsgerichts, daß die Genehmigung des Regierungspräsidenten nicht lange hätte auf sich warten lassen, spricht die Tatsache, daß der Regierungspräsident als Vertreter des öffentlichen Interesses, nachdem der Beschlußausschuß am 10. Februar 1950 zugunsten der Klägerin ent-

schieden hatte, der Beklagten am 23. Februar 1950 fernmündlich mitteilte, er sehe von der Einlegung eines Rechtsmittels ab, der Genehmigungsbeschluß solle nach Möglichkeit umgehend ausgefertigt werden.

Die Revision hat hierzu vorgebracht, der Regierungspräsident habe als Vertreter des öffentlichen Interesses hinsichtlich der Erlaubnis zum Branntweinhandel nur deshalb so rasch EntschlieÙung fassen können, weil ihm der Sachverhalt aus der Beschwerde der Klägerin gegen die Versagung der Genehmigung im Einzelhandel mit Wein bereits bekannt gewesen sei. Dem ist entgegenzuhalten, daß das Berufungsgericht seine tatrichterliche Annahme, der Regierungspräsident würde sich rasch entschieden haben, in nicht zu beanstandender Weise mit dem Hinweis darauf begründet, die Klägerin würde gedrängt haben und man würde sie wegen des Weihnachtsgeschäftes nicht lange haben warten lassen.

Nach alledem ist die Berechnung der Tage, an denen die Klägerin bei ordnungsmäßiger Bearbeitung ihrer Anträge den Handel mit Wein und Spirituosen hätte beginnen können, nicht zu beanstanden. Die Aufstellung über "den normalen Ablauf eines Konzessionsverfahrens nach dem Gaststättengesetz", den die Beklagte in der Revisionsverhandlung überreicht hat, kann nicht beachtet werden, weil es sich dabei um neues tatsächliches Vorbringen handelt, das im Revisionsverfahren nicht zulässig ist.

3) Unbedenklich ist die Annahme des Berufungsgerichtes, daß die Klägerin infolge der Verzögerung des Weinverkaufes vom 1. Oktober bis 22. Dezember 1949 jedenfalls einen Verdienstaussfall von 250 DM erlitten habe, zu dessen Ersatz das Landgericht die Beklagte schon verurteilt hat, und daß darüber hinaus ein weiterer Verdienstaussfall in hohem Maße wahrscheinlich sei.

54

4) Auch darin ist kein Rechtsfehler zu erblicken, daß das Berufungsgericht den Anspruch der Klägerin auf Ersatz der Aufwendungen für die Zuziehung von Rechtsvertretern und für Reisen zwischen Mülheim und dem Sitz des Regierungspräsidenten in Düsseldorf dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt hat. In welchem Umfang diese Aufwendungen im einzelnen durch Amtspflichtverletzungen der Beamten der Beklagten verursacht worden sind, durfte das Berufungsgericht unbedenklich der Entscheidung im Höheverfahren überlassen. Das angefochtene Urteil ist somit nicht zu beanstanden. Deshalb ist die Revision der Beklagten zurückzuweisen. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

Dr. Geiger Dr. Weber Dr. Arndt Wolany Dr. Hußle