

2384 090

13

Nachschlagewerk: ja

Antliche Sammlung: nein

GaststättenG v. 28. April 1930, RGBI I 146, §§ 1, 8;
GG Art. 12

- a) Soweit die Bestimmungen der §§ 1, 8 GaststättenG die Erlaubnis zum Betrieb einer Gast- oder Schankwirtschaft von dem Vorhandensein eines entsprechenden Bedürfnisses abhängig machen, sind sie mit Art. 12 Abs. 1 GG nicht vereinbar.
- b) Die gaststättenrechtliche Erlaubnis zum Betrieb einer Gast- oder Schankwirtschaft befreit lediglich von den entgegenstehenden gewerberechtlichen Verboten, läßt aber die aus sonstigen Rechtsgründen dem Betrieb gesetzten Schranken unberührt.

BGB § 839 B

Zur Frage des Verschuldens von Verwaltungsbeamten bei der Auslegung von Gesetzen.

BGH, Urt. v. 18. September 1959 - III ZR 73/58

OLG Hamburg

III ZR 73/58

Verkündet
am 18. September 1959
[REDACTED], Justiz-Assistent
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

der Freien und Hansestadt H [REDACTED], vertreten
durch das Bezirksamt H [REDACTED]-[REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägerin
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

die F [REDACTED] - Vertrieb GmbH, vertreten durch
ihren Geschäftsführer Hans [REDACTED], R [REDACTED] in B [REDACTED],
K [REDACTED] Str. [REDACTED]

Klägerin, Berufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

hat der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 18. September 1959 unter
Mitwirkung des Senatspräsidenten Prof. Dr. Geiger sowie
der Bundesrichter Dr. Pagendarm, Dr. Weber, Dr. Kreft
und Dr. Hußla

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird
das Urteil des I. Zivilsenats des Hanseati-
schen Oberlandesgerichts zu Hamburg vom
28. Februar 1958 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhand-
lung und Entscheidung, auch über die Kosten
der Revision, an das Berufungsgericht zurück-
verwiesen.

Von Rechts wegen

13

- 2 -

Tatbestand:

Die Klägerin, die einen Großhandel mit Getränken betreibt, vertreibt u.a. zwei Aperitive unter der Bezeichnung "Mo[REDACTED]" und "Mon[REDACTED]". Zu Werbungszwecken veranstaltete sie u.a. auch in H[REDACTED]er Warenhäusern und Einzelhandelsgeschäften sogenannte Probeausschänke in der Weise, daß sie durch entsprechend geschulte Damen den einkaufenden Personen einen kostenlosen Probetrunk anbot und gleichzeitig Gelegenheit gab, diese Aperitive in Flaschen zu kaufen.

Die Beklagte, die diese Art der Werbung zunächst nicht beanstandet hatte, stellte sich im Sommer 1955 auf den Standpunkt, die Klägerin benötige für jeden Probeausschank eine Genehmigung nach § 8 des Gaststättengesetzes (GaststG), da ihre Werbetätigkeit alle Voraussetzungen eines vorübergehenden Betriebes einer Schankwirtschaft erfülle. Die Klägerin legte gegen einen Bescheid, der die Genehmigung gegen Zahlung einer Gebühr erteilte, Einspruch ein. Die Beklagte wies den Einspruch zurück. Die Klägerin gab sich damit zufrieden, weil für sie die sie zwar stark belastende Gebührenerhebung nicht das Entscheidende war, und beantragte in der Folgezeit für jeden Probeausschank bei den zuständigen Bezirksämtern der Beklagten eine Genehmigung nach § 8 GaststG.

Nachdem die Klägerin im Gebiet des Bezirksamtes H[REDACTED]-W[REDACTED] in jeweils verschiedenen Lebensmittelgeschäften in den Jahren 1953, 1954 und 1956 bereits mehrere derartiger Werbeaktionen durchgeführt hatte, lehnte das Bezirkswirtschaftsamt H[REDACTED]-W[REDACTED] einen Antrag, eine weitere Werbeaktion bei dem Kaufmann Ba[REDACTED]



zu gestatten, durch Bescheid vom 12. Juni 1956 ab. Die Ablehnung wurde damit begründet, daß ein vorübergehendes Bedürfnis für den Ausschank des Aperitifs nicht anerkannt werden könne. Mit derselben Begründung lehnte auch das Bezirkswirtschaftsamt H[REDACTED]-N[REDACTED] durch Bescheid vom 16. Juni 1956 einen in diesem Bezirk gestellten Genehmigungsantrag ab. Die Klägerin legte gegen beide Bescheide Einspruch ein. Die Entscheidung über den Einspruch gegen den Bescheid vom 16. Juni 1956 wurde jedoch bis zur Entscheidung über den Einspruch gegen den Bescheid vom 12. Juni 1956 ausgesetzt.

In der mündlichen Verhandlung über den Einspruch gegen den Bescheid vom 12. Juni 1956, die am 6. August 1956 stattfand, widersprach der Vertreter der Fachbehörde der Beklagten (Behörde für Wirtschaft und Verkehr) grundsätzlich jedem Probeausschank der Klägerin und kündigte an, daß die Beklagte auch jeden weiteren Antrag der Klägerin auf Genehmigung eines Probeausschanks gemäß § 8 GaststG ablehnen werde. Durch Bescheid vom 26. Oktober 1956 wies der Einspruchsausschuß des Bezirksamts H[REDACTED]-W[REDACTED] den Einspruch der Klägerin mit im wesentlichen folgender Begründung zurück:

Voraussetzung für die Gestattung, deren der Probeausschank gemäß § 8 GaststG bedürfe, sei, daß ein vorübergehendes Bedürfnis anerkannt werden könne. Der Begriff des vorübergehenden Bedürfnisses in § 8 GaststG sei mit dem Bedürfnisbegriff in § 1 GaststG nicht identisch. Mit dem Bedürfnisbegriff des § 1 GaststG habe die Berufszulassung, mit dem § 8 GaststG aber die Berufsausübung geregelt werden sollen. Von einem vorübergehenden Bedürfnis könne aber hier deshalb nicht gesprochen werden, weil der "Mon[REDACTED]"-Aperitif in H[REDACTED] als eingeführt angesehen werden müsse. Der beabsichtigte Probeausschank sei nicht mehr geeignet, dem Interesse der Bevöl-

13

kerung an einem neuen Getränk Rechnung zu tragen, da er nur den Umsatz der Klägerin steigern solle. Dieser erkennbare Zweck werde von § 8 GaststG nicht mehr gedeckt; er könne durch andere Werbung ebenso erreicht werden, wie die Umsatzentwicklung im ausschließlich auf Bild- und Schriftwerbung angewiesenen Branntweinhandel beweise.

Selbst wenn eine Bedürfnisprüfung nach § 8 GaststG nur noch im Falle einer konkreten Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung zulässig sei, müsse der Antrag abgelehnt werden. Sachlich könne der beabsichtigte Ausschank nicht mehr als vorübergehender Ausschank eines neuen Getränkes angesehen werden; er stelle die Fortsetzung eines schon vor längerer Zeit begonnenen Ausschanks, wenn auch in anderen Räumen, dar, der mit dem Sinn und Zweck des § 8 GaststG nicht zu vereinbaren sei. Vom Standpunkt der Klägerin aus sei der beabsichtigte Ausschank bereits eine ständige Einrichtung geworden, so daß nicht von einem vorübergehenden Zweck gesprochen werden könne. Hinzu komme, daß die Fortsetzung des Probeausschanks jedenfalls im Bezirk W. im Hinblick auf die Zahl der vorangegangenen Gestattungen andere Wirtschaftszweige in nicht vertretbarer Weise benachteiligen und damit die bestehenden Wettbewerbsverhältnisse ungünstig beeinflussen würde.

Das von der Klägerin angerufene Landesverwaltungsgericht H. hob antragsgemäß die Bescheide vom 12. Juni und 26. Oktober 1956 durch Urteil vom 16. Januar 1957 auf und zwar im wesentlichen mit der Begründung, das Verlangen, ein vorübergehendes allgemeines Bedürfnis für den beabsichtigten Probeausschank nachzuweisen, sei mit Art. 12 Abs. 1 GG nicht vereinbar. Dieses Urteil ist rechtskräftig geworden.

Die Klägerin verlangt nunmehr von der Beklagten Schadensersatz mit folgender Begründung:

Durch die Verweigerung der beantragten Probeauschank-Genehmigungen hätten die zuständigen Beamten der Beklagten eine ihr, der Klägerin gegenüber obliegende Amtspflicht verletzt. Die Rechtswidrigkeit ihres Verhaltens stehe auf Grund des verwaltungsgerichtlichen Urteils vom 16. Januar 1957 rechtskräftig fest. Die Beamten der Beklagten hätten auch schuldhaft gehandelt, weil sie sich über die ihnen bekannte höchst-richterliche Rechtsprechung, nach der für die Prüfung eines Bedürfnisses für die Erteilung von Schankkonzessionen kein Raum mehr sei, hinweggesetzt hätten. Zudem hätten die maßgeblichen Beamten ermessensmißbräuchlich gehandelt, wenn sie in die Wettbewerbsverhältnisse privater Wettbewerber über § 8 GaststG hätten eingreifen und einheimische Wettbewerber gegen auswärtige Konkurrenten einseitig hätten bevorzugen wollen.

Infolge der Unmöglichkeit, die Werbung in H. in der geplanten Weise weiter fortzuführen, sei der Absatz der Aperitife zurückgegangen und ihr, der Klägerin, ein erheblicher Schaden entstanden. Sie schätze den Minderverbrauch auf 20 000 Flaschen; an jeder Flasche würde sie 0,70 DM verdient haben.

Die Klägerin hat dementsprechend vor dem Landgericht beantragt, die Beklagte zur Zahlung von 14 000 DM nebst Zinsen zu verurteilen.

Die Beklagte, die um Abweisung der Klage gebeten hat, hat demgegenüber geltend gemacht:

Der vom Landesverwaltungsgericht aufgehobene Einspruchsbescheid sei nicht rechtswidrig gewesen, zumindest hätten die verantwortlichen Beamten nicht schuldhaft gehandelt. Die Klägerin habe zwar im Einspruchsverfahren auf die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsge-

richts zu § 1 GaststG hingewiesen. Noch ungeklärt aber sei gewesen, ob diese Rechtsprechung auch auf die in § 8 GaststG geregelten Fälle habe übertragen werden können. Über diese Frage hätten auch bei sorgfältiger Prüfung Meinungsverschiedenheiten bestehen können.

Das Landgericht hat durch Zwischenurteil den Klageanspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Die Berufung der Beklagten gegen dieses Urteil blieb ohne Erfolg.

Mit ihrer Revision verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Abweisung der Klage weiter. Die Klägerin bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im wesentlichen ausgeführt:

Die Rechtswidrigkeit der beiden Bescheide der Beklagten (vom 12. Juni und 26. Oktober 1956) stehe für das Zivilgericht auf Grund des Urteils des Landesverwaltungsgerichts bindend fest.

Die Bediensteten der Beklagten hätten in mehrfacher Hinsicht schuldhaft gehandelt. Einmal hätten sie in fahrlässigem Rechtsirrtum angenommen, eine Gestattung nach § 8 GaststG von der Prüfung eines (vorübergehenden) Bedürfnisses abhängig machen zu können. Insoweit aber sei die Rechtslage durch die der Beklagten bekannte Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts schon lange vor den hier in Rede stehenden Bescheiden klargestellt gewesen (Urteile vom 15. Dezember 1953 = NJW 1954, 524, vom 17. Dezember 1953 = NJW 1954, 1013 und vom 14. Dezember 1954 = NJW 1955, 763). Seit der

zuletzt genannten Entscheidung, in der das Bundesverwaltungsgericht die seiner Rechtsprechung zustimmenden Autoren genannt und seine Ansicht auch gegenüber der zweifelnden Ansicht des Obergerwaltungsgerichts Münster (NJW 1954, 1621) aufrecht erhalten habe, könne von einer gesicherten Rechtsprechung und einer einhelligen Meinung im Schrifttum gesprochen werden. Selbst das Obergerwaltungsgericht Münster habe bereits mehrere Monate vor Erlass der hier interessierenden Bescheide seinen gegenteiligen Standpunkt aufgegeben und sich der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts angeschlossen gehabt (DVBl 1956, 138/9 = Heft 4 vom 15. Februar 1956). Richtig sei, daß das Bundesverwaltungsgericht sich vor allem mit der Vereinbarkeit der Bestimmung des § 1 Abs. 2 GaststG mit dem Grundgesetz auseinandergesetzt habe. Aus dieser Beschränkung könne die Beklagte aber nicht für sich in Anspruch nehmen, ihre Bediensteten hätten diese Rechtsprechung zu § 1 GaststG nicht ohne weiteres auch zu § 8 GaststG übernehmen können, zumal sich im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 15. Dezember 1953 (NJW 1954, 524) die allgemeine Wendung finde: "Zur Frage der Vereinbarkeit der Bedürfnisprüfung im G a s t s t ä t t e n - r e c h t". Wenn die Bediensteten der Beklagten geglaubt haben sollten, diese Rechtsprechung zu § 1 GaststG nicht entsprechend bei § 8 GaststG anwenden zu können, so hätten sie gegenüber den Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichts beachtliche Argumente anführen müssen, um sich dem Vorwurf eines fahrlässigen Rechtsirrtums zu entziehen. Solche beachtlichen Argumente vermöge der Senat aber nicht zu erkennen. Die Bediensteten der Beklagten würden mit den an sie gestellten Anforderungen auch nicht "überfordert". Die

Frage, die zur Entscheidung gestanden habe, sei, wie der Beklagten bekannt gewesen sei, von grundsätzlicher Art gewesen. Dementsprechend sei in der Verhandlung über den Einspruch der Klägerin auch ein Vertreter der Fachbehörde der Beklagten (Behörde für Wirtschaft und Verkehr) erschienen gewesen. Zwischen dieser Verhandlung und dem Erlaß des Einspruchsbescheides seien etwa 2 1/2 Monate vergangen und mithin Gelegenheit genug gewesen, die einschlägigen Gerichtsentscheidungen, Erläuterungsbücher und Stellungnahmen in Fachzeitschriften einzusehen und durchzuarbeiten.

Selbst wenn man mit der im Einspruchsbescheid vertretenen Auffassung davon ausgehe, Voraussetzung für eine Gestattung nach § 8 GaststG sei gewesen, daß "ein vorübergehendes Bedürfnis anerkannt werden könne", so seien die weiteren Erwägungen des Einspruchsbescheides nicht nur bindend rechtswidrig, sondern es sei auch insoweit ein Verschulden der Bediensteten der Beklagten festzustellen, weil sie ermessensmißbräuchlich gehandelt hätten.

Die Beklagte habe schließlich noch geltend gemacht: Wie sich aus dem Bescheid vom 12. Juni 1956 ergebe, sei die beantragte Gestattung auch deshalb abgelehnt worden, weil der "Mon[REDACTED]"-Aperitif nach einem Gutachten des Hygienischen Instituts vom 7. März 1956 nicht den gesetzlichen Bestimmungen entsprochen habe; die Neben- oder zusätzliche Tätigkeit der Klägerin passe nicht in die vom Bundesverwaltungsgericht herausgearbeitete Begriffsbestimmung des "Berufs".

Dazu sei zu sagen: Schon der Einspruchsausschuß habe das Gutachten des Hygienischen Instituts nicht als Versagungsgrund gelten lassen. Der Einspruchsaus-

schuß habe aber den Probeausschank als unter § 8 GaststG fallend anerkannt. Im Amtshaftungsprozeß habe das (Zivil-)Gericht, da die Rechtswidrigkeit der Bescheide bindend mit der vom Landesverwaltungsgericht gegebenen Begründung feststehe, nur zu prüfen, ob die Bediensteten der Beklagten schuldhaft gehandelt hätten. Ob die Bescheide mit anderer Begründung möglicherweise als nicht rechtswidrig und nicht schuldhaft hätten Bestand haben können, sei unerheblich. Überdies habe das Landesverwaltungsgericht festgestellt, daß die Klägerin mit ihren Probeausschänken den Beruf eines Gastwirts im Sinne des Gaststättengesetzes ausübe. Das stehe für das Zivilgericht nicht nur bindend fest, sondern stehe auch in Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts.

II. 1.) Die Revision wendet sich zunächst dagegen, daß das Berufungsgericht sich in der Frage der Rechtswidrigkeit der vom Landesverwaltungsgericht aufgehobenen Bescheide an die Entscheidung des Landesverwaltungsgerichts gebunden gefühlt habe. Die Revision vertritt dazu die Auffassung: die Bindung nach § 80 MilRegVO Nr. 165 gehe nur so weit, daß feststehe, daß die Bescheide aufgehoben worden seien und eine Anweisung an die Behörde erfolgt sei, die Erlaubnis zu erteilen. Es folge aus dieser Aufhebung nicht, daß die Bescheide rechtswidrig seien. Das jetzige Klagebegehren stelle einen völlig anderen Klaggrund als das im Verwaltungsprozeß dar, der im einzelnen belegt werden müsse. Das ist jedoch nicht richtig.

Der Senat hat in ständiger Rechtsprechung entschieden, daß ein rechtskräftiges Urteil eines Verwaltungsgerichts, durch das auf Anfechtungsklage hin ein

Verwaltungsakt aufgehoben worden ist, zugleich die rechtskräftige Feststellung der Rechtswidrigkeit dieses Verwaltungsakts enthält und daß die Zivilgerichte an diese Feststellung im Rahmen ihrer Rechtskraftwirkung gebunden sind, wenn sie unter denselben Parteien über einen Anspruch auf Entschädigung wegen dieses Verwaltungsakts zu entscheiden haben (BGHZ 9, 329; 10, 220 ua.). Gegenüber der den Ausführungen der Revision zugrundeliegenden Auffassung, daß die Bindung sich allenfalls auf die Entscheidung als solche, aber nicht auf deren Gründe, mithin auch nicht auf die Frage der Rechtswidrigkeit des angefochtenen Verwaltungsakts beziehen könne, ist darauf hinzuweisen, daß der durch das verwaltungsgerichtliche Urteil erfolgten Aufhebung des Verwaltungsakts die Feststellung seiner Rechtswidrigkeit immanent ist, so daß auch insoweit die Begründung an der Rechtskraft des Urteilsspruchs teilhaben muß (BGHZ 9, 329, 331). Der Umstand, daß der Klaggrund im Verwaltungsstreitverfahren und im Amtshaftungsprozeß verschieden ist, vermag an dieser Bindung nichts zu ändern. Jedenfalls ist in beiden Verfahren materielle Voraussetzung für eine erfolgreiche Klage, daß der in Rede stehende Verwaltungsakt rechtswidrig ist.

Aus welchem Grunde die Beklagte gegen die Entscheidung des Landesverwaltungsgerichts nichts mehr unternommen hat und sie hat rechtskräftig werden lassen, ist in diesem Zusammenhang entgegen der Auffassung der Revision ohne Bedeutung. Es kommt insoweit lediglich auf die Tatsache an, daß die verwaltungsgerichtliche Entscheidung Rechtskraft erlangt hat. Das Berufungsgericht ist deshalb mit Recht davon ausgegangen, daß die Rechtswidrigkeit der durch das verwaltungsgerichtliche Urteil

vom 16. Januar 1957 aufgehobenen Bescheide der Beklagten in bindender Weise festgestellt sei.

Im vorliegenden Fall sind die Zivilgerichte an die verwaltungsgerichtliche Entscheidung aber nicht nur in der Frage der Rechtswidrigkeit der aufgehobenen Bescheide gebunden, sondern die Bindung geht noch weiter: Zwar ist das Zivilgericht im Schadensersatzprozeß an die Gründe des verwaltungsgerichtlichen Urteils, aus denen das Verwaltungsgericht die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts hergeleitet hat, grundsätzlich nicht gebunden. Das Zivilgericht kann daher u.a. auch bei der Frage, ob durch die in bindender Weise als rechtswidrig festgestellte Ablehnung einer Erlaubniserteilung ein Schaden entstanden ist, aus einer von der des Verwaltungsgerichts abweichenden Beurteilung der Rechtslage zu dem Ergebnis kommen, daß der Kläger auf die Erlaubniserteilung keinen Anspruch hatte (vgl. BGHZ 20, 379). In dem vorliegenden Fall sind jedoch die Zivilgerichte auch in der Entscheidung dieser Frage nicht mehr frei. Denn das Verwaltungsgericht hat nicht nur die angefochtenen Bescheide der Beklagten als rechtswidrig aufgehoben, sondern es hat darüber hinaus die Verpflichtung der Beklagten ausgesprochen, der Klägerin den beantragten Probeausschank ihres "Mon[REDACTED]"-Aperitifs im Einzelhandelsgeschäft des Kaufmanns Adolf Ba[REDACTED] zu gestatten. Angesichts dieser vom Verwaltungsgericht urteilsmäßig und rechtskräftig ausgesprochenen Verpflichtung der Beklagten, die vom Kläger erbetene Gestattung zu erteilen, ist den Zivilgerichten eine andere rechtliche Beurteilung dieser Frage verwehrt, so daß für die Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreits, ohne daß den Gerichten insoweit noch eine eigene Nachprüfung zustünde, davon ausgegangen werden muß, daß die Versa-

gung der Erlaubnis für den von der Klägerin beabsichtigten Probeausschank bei dem Kaufmann Ba[REDACTED] rechtswidrig war und daß die Klägerin einen Anspruch auf Erteilung der beantragten Erlaubnis hatte.

Die Bindung der Zivilgerichte an das verwaltungsgerichtliche Urteil hat aber für die Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreits nicht die umfassende Bedeutung, die das Berufungsgericht ihm beigelegt hat. Das Berufungsgericht hat verkannt, daß die Entscheidung des Verwaltungsgerichts sich lediglich auf den Probeausschank bei dem Kaufmann Ba[REDACTED] bezieht, daß aber der Klageanspruch darauf gestützt wird, daß der Klägerin durch das Verhalten der Beklagten die weitere Durchführung ihrer Werbeaktion, mithin die Vornahme von Probeausschänken in weiteren Geschäften schlechthin unmöglich gemacht worden sei. Der Schaden, der der Klägerin daraus erwachsen ist, daß sie den Probeausschank im Geschäft Ba[REDACTED] nicht durchführen konnte, bildet nur einen geringen Bruchteil des mit der Klage geltend gemachten Gesamtschadens. Soweit der Schadensersatzanspruch daraus hergeleitet wird, daß die Beklagte es durch ihr Verhalten der Klägerin unmöglich gemacht habe, Probeausschänke ihrer Aperitifs in anderen Geschäften als dem des Kaufmanns Ba[REDACTED] durchzuführen, liegt mithin eine die Zivilgerichte in der Frage der Rechtswidrigkeit der Erlaubnisversagung bindende verwaltungsgerichtliche Entscheidung nicht vor. Damit ist jedoch für die Beklagte im Ergebnis nichts gewonnen.

Das Verwaltungsgericht ist ohne weiteres davon ausgegangen, daß die Veranstaltung eines "Probeausschanks" durch die Klägerin den Betrieb einer Schankwirtschaft im Sinne des Gaststättengesetzes dargestellt habe. Ge-

gen diese Auffassung können aber insofern Bedenken begründet sein, als die Klägerin im Rahmen des Probeausschanks keine Getränke verkauft und nicht aus dem Ausschänken selbst, d.h. aus dem Umsatz von im Glas und zum Genuß auf der Stelle angebotenen Getränken Gewinne erzielen wollte, die Klägerin vielmehr durch das Ausschänken zum Genuß auf der Stelle lediglich den Anreiz zum späteren Kauf ihres Erzeugnisses in geschlossenen Flaschen bei dem Kaufmann, in dessen Räumen der Probeausschank stattfand, oder in anderen Geschäften geben wollte. Aber selbst wenn man hier davon ausgehen will, daß es sich bei dem Probeausschank um einen unter das Gaststätten-gesetz fallenden Betrieb einer Schankwirtschaft gehandelt habe, so ist doch jedenfalls im Ergebnis dem Verwaltungsgericht darin beizupflichten, daß die Erlaubnis für einen Probeausschank, wie er von der Klägerin durchgeführt werden sollte, nicht von der Bejahung eines entsprechenden Bedürfnisses abhängig gemacht werden durfte.

Die Zulassung zu einem bestimmten Beruf kann gemäß Art. 12 Abs. 1 GG - soweit nicht überragend wichtige Gemeinschaftsinteressen etwas anderes erfordern - schlechterdings nicht abhängig gemacht werden von objektiven Voraussetzungen, die nicht jeder Bewerber potentiell erfüllen kann (BVerfGE 7, 377, 406 ff = NJW 1958, 1035). Soweit es in § 1 GaststG um die Zulassung zu dem Beruf eines Gast- oder Schankwirts geht, darf deshalb die Erlaubnis nicht mehr mit der Begründung versagt werden, daß es an einem entsprechenden Bedürfnis fehle. Auch Beschränkungen der Freiheit der Berufsausübung sind nur insoweit verfassungsgemäß, als vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls sie zweckmäßig erscheinen lassen und sofern nicht durch diese Freiheit

weniger einschränkende Maßnahmen die Gefahren, denen durch die in Rede stehenden Regelungen begegnet werden soll, wirksam bekämpft werden können (BVerfG aaO). Hieran gemessen kann aber auch eine Bedürfnisprüfung im Rahmen des § 8 GaststG selbst auf der Grundlage der Auffassung, daß es sich hier um die Regelung der Berufsausübung handele, nicht mehr als zulässig anerkannt werden. Die Freiheit der Berufsausübung eines Schankwirts einschränkende Maßnahmen können zwar gerechtfertigt erscheinen, soweit sie dem Alkoholmißbrauch zu steuern geeignet sind und derselbe Erfolg durch weniger einschränkende Maßnahmen nicht erzielt werden kann. Die Bedürfnisprüfung aber ist, wie das Bundesverwaltungsgericht in BVerwGE 1, 48, 52 (= NJW 1954, 524) bereits zutreffend ausgeführt hat, kein geeignetes Mittel, um die Volksgesundheit vor den Gefahren des Alkoholmißbrauchs zu schützen. Da ein sonstiger Grund, der in legitimer Weise eine Bedürfnisprüfung im Rahmen des § 8 GaststG rechtfertigen könnte, nicht ersichtlich ist, kann auch die Ablehnung eines Antrages auf Erlaubnis zum vorübergehenden Betrieb einer Schankwirtschaft nach Maßgabe der genannten Gesetzesbestimmung nicht mehr mit mangelndem Bedürfnis begründet werden.

Deshalb steht nicht nur auf Grund des verwaltungsgerichtlichen Urteils die Rechtswidrigkeit der Versagung der Erlaubnis für einen Probeausschank bei dem Kaufmann Ba[REDACTED] fest, sondern es ist auch davon auszugehen, daß die Erklärung der Beklagten, sie werde - aus denselben Gründen, aus denen heraus sie die Erlaubniserteilung für das Geschäft Ba[REDACTED] abgelehnt habe - alle von der Klägerin etwa noch weiter beabsichtigten Anträge auf Erlaubniserteilung für Probeaus-

schänke in Geschäften ebenfalls ablehnen, unzulässig und rechtswidrig war.

2.) Da sich die Bindung der Zivilgerichte an die verwaltungsgerichtliche Entscheidung nur auf die objektive Rechtswidrigkeit der durch sie aufgehobenen Bescheide (Verwaltungsakte) und nur darauf beziehen kann, daß der Klägerin - objektiv - ein Anspruch auf Gestattung des beabsichtigten Probeausschanks zustand, sind die Zivilgerichte in der Beurteilung der Frage, ob gegen die verantwortlichen Beamten der Beklagten aus der Versagung der Gestattung ein Schuldvorwurf erhoben werden kann, frei und an die Rechtsauffassung des Verwaltungsgerichts nicht gebunden (Urteil des Senats vom 14. November 1955 III ZR 143/54 = LM Art. 14 GG mit weiteren Nachweisen). Die Zivilgerichte sind in der Prüfung der Verschuldensfrage daher auch insoweit frei, als es um die - vom Verwaltungsgericht in bindender Weise als rechtswidrig erklärte - Verweigerung der Erlaubnis für einen Probeausschank bei dem Kaufmann Ba[REDACTED] geht.

Wenn eine Amtspflichtverletzung darin besteht, daß eine Gesetzesbestimmung unrichtig ausgelegt worden ist, so ist ein Verschulden zu bejahen, wenn die Auslegung bei einer gewissenhaften Prüfung der Rechtslage, zu der je nach den Umständen des Falles die Verwendung von Erläuterungsbüchern, Fachzeitschriften und sonstigen Hilfsmitteln oder die Einholung einer Auskunft bei sach- und rechtskundigen Stellen erforderlich werden kann, als offenbar unrichtig und mit der Rechtsprechung der Obersten Gerichte in Widerspruch stehend hätte erkannt werden müssen. Hingegen muß ein Verschulden verneint wer-

den, wenn die in Betracht kommenden Gesetzesbestimmungen nicht eindeutig sind und für die Auslegung Zweifel in sich tragen und die von dem Beamten vertretene Rechtsauffassung zwar unrichtig, jedoch nach gewissenhafter Prüfung der zu Gebote stehenden Hilfsmittel gewonnen und auf vernünftige Überlegungen gestützt ist; dies gilt insbesondere dann, wenn die gesetzlichen Bestimmungen noch neu, die Zweifelsfragen noch unausgetragen sind und der Beamte sich gegebenenfalls für seine Auffassung auf beachtliche Stimmen in der juristischen Literatur und (oder) der Rechtsprechung berufen kann (RGZ 133, 137, 142; 135, 110, 116; HRR 1938 Nr. 1008; BGHZ 30, 19, 22). An diesen Grundsätzen gemessen, haben die Vorinstanzen mit Recht ein Verschulden der für die hier interessierenden Bescheide verantwortlichen Beamten der Beklagten bejaht.

In der ersten Zeit nach dem Inkrafttreten des Grundgesetzes herrschte über die Frage, welche Bedeutung und Tragweite der Vorschrift des Art. 12 GG im einzelnen beizumessen sei, weithin Unklarheit und Unsicherheit. Insbesondere wurde die Frage, ob und inwieweit Bedürfnisprüfungen für die Zulassung zu bestimmten Berufen und gewerblichen Betätigungen und zur Regelung der Berufsausübung noch statthaft seien, nicht einheitlich beantwortet. Jedoch war - wie das Berufungsgericht im einzelnen bereits zutreffend dargelegt hat - zur Zeit des Erlasses der hier interessierenden Bescheide durch die für die Verwaltungspraxis maßgebliche Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts eindeutig klargestellt, daß die in den einschlägigen Bestimmungen des Gaststättengesetzes noch vorgesehenen Bedürfnisprüfungen mit Art. 12 GG unvereinbar seien. Bereits am 15. De-

zember 1953 war die grundlegende, in BVerwGE 1, 48 sowie u.a. in NJW 1954, 524 veröffentlichte Entscheidung ergangen, in der das Bundesverwaltungsgericht den im § 1 Abs. 2 GaststG erfordernten Bedürfnisnachweis als mit Art. 12 Abs. 1 GG nicht vereinbar bezeichnet hatte. Darüber hinaus waren die weiteren vom Berufungsgericht erwähnten Entscheidungen bekannt geworden, in denen das Bundesverwaltungsgericht an den Grundsätzen der Entscheidung vom 15. Dezember 1953 festhielt und sich eingehend mit der noch abweichenden Auffassung des Obergerichtes Münster auseinandersetzte. Das hatte dazu geführt, daß auch dieses Gericht seinen bisherigen Standpunkt aufgegeben und sich in seiner bereits mehrere Monate vor dem Bescheid vom 12. Juni 1956 veröffentlichten Entscheidung vom 31. August 1955 (= DVBl 1956, 138) zu § 14 Abs. 5 Nr. 6 des Milchgesetzes der Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts grundsätzlich angeschlossen hatte. Insoweit hatte sich mithin zu der Zeit, als die den Antrag der Klägerin ablehnenden Bescheide ergingen, eine feste und einheitliche verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung herausgebildet. Diese Rechtsprechung mußte den zuständigen Beamten der Beklagten bekannt sein und war es auch.

Richtig ist zwar, daß die Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts die Bedürfnisprüfung nach Maßgabe des § 1 Abs. 2 GaststG und nicht die hier interessierende Bedürfnisprüfung gemäß § 8 GaststG betrafen. Dementsprechend stellen die Beklagte und vor allem auch die Revision darauf ab, daß sich aus der Verfassungswidrigkeit des § 1 Abs. 2 GaststG noch nicht ohne weiteres auch die Verfassungswidrigkeit der in § 8 GaststG vorgesehenen Bedürfnisprüfung ergebe, daß zumindest die Beamten der

Beklagten auch unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts die Auffassung hätten vertreten können, daß im Rahmen einer Entscheidung über einen Antrag auf Gestattung zum vorübergehenden Betrieb einer Gast- oder Schankwirtschaft gemäß § 8 GaststG die Frage des Bedürfnisses noch zu prüfen sei. Das ist jedoch nicht richtig. Bei einer sorgfältigen Prüfung der vom Bundesverwaltungsgericht für seine Entscheidungen gegebenen Begründung, wie sie insbesondere im Rahmen der Einspruchsentscheidung geboten war, hätte den Beamten der Beklagten klar werden müssen, daß die Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichts über die Tragweite der grundgesetzlichen Vorschrift des Art. 12 GG nicht ausschließlich zu beziehen waren auf die Bestimmung des § 1 Abs. 2 GaststG, sondern daß sie in ihrer Allgemeinheit auch für in sonstigen Bestimmungen noch vorgesehene Bedürfnisprüfungen von Bedeutung waren. Dementsprechend hatte auch bereits das Obergerverwaltungsgericht Münster in der oben erwähnten Entscheidung in DVBl 1956, 138 die vom Bundesverwaltungsgericht aufgestellten Grundsätze ohne weiteres herangezogen, als es über die Frage der Verfassungsmäßigkeit des im Milchgesetz aufgestellten Erfordernisses einer Mindestumsatzmenge zu befinden hatte. Den Beamten der Beklagten hätte mithin nicht entgehen dürfen, daß das Bundesverwaltungsgericht, wenn seine Entscheidungen sich auch ausdrücklich nur auf § 1 Abs. 2 GaststG bezogen und § 8 GaststG nicht ausdrücklich erwähnt wurde, doch ganz allgemein die Bedürfnisprüfung im Rahmen des Gaststättenrechts schlechthin für verfassungswidrig ansah. Das Bundesverwaltungsgericht hatte in BVerwGG 1, 48 (= NJW 1954, 524) im einzelnen dargelegt, daß auch Art. 12 Abs. 1 GG gesetzliche Vorschriften über die Berufszulassung nicht aus-

schließe, sondern sie unter dem Gesichtspunkt der Regelung der Berufsausübung zulasse, daß aber der nach Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG gestatteten gesetzlichen Regelung der Berufsausübung durch Art. 19 Abs. 2 GG eine unverrückbare und enge Grenze gesetzt worden sei, so daß auch die Beibehaltung einer "Bedürfnisprüfung im Gaststättengewerbe" nicht mehr zulässig sei. Darüber hinaus ist in NJW 1955, 763, 764 ausdrücklich darauf hingewiesen, daß Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG alle "beruflichen Verästelungen in gleicher Weise als gleichwertig in vollem Umfange" schütze und einem Bewerber der allmähliche Ausbau eines einmal erwählten Berufes durch Hinzunahme weiterer Tätigkeiten nicht verwehrt werden könne. Eine sinnvolle Auswertung dieser Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts mußte ergeben, daß auch eine Gestattung nach § 8 GaststG - selbst als Regelung der Berufsausübung aufgefaßt - von dem Vorhandensein eines entsprechenden Bedürfnisses nicht mehr abhängig gemacht werden durfte. Bei dieser Sachlage könnte das Festhalten der Beamten der Beklagten an der gegenteiligen Auffassung nur dann entschuldigt werden, wenn sie für ihre Auffassung eine sorgfältige, sich mit den Gedankengängen des Bundesverwaltungsgerichts kritisch auseinandersetzende Begründung gegeben hätten. Das ist aber nicht der Fall. Es braucht deshalb auch der Frage nicht weiter nachgegangen zu werden, ob den verantwortlichen Beamten nicht auch deshalb ein Schuldvorwurf gemacht werden muß, weil sie verkannt haben, daß die §§ 1 und 8 GaststG ausschließlich das Bedürfnis für den Konsumenten, aber nicht ein Bedürfnis im Rahmen des Wettbewerbes der Gast- und Schankwirte untereinander im Auge haben.

Wenn sonach den für die Bescheide vom 12. Juni und 26. Oktober 1956 verantwortlichen Beamten bereits als schuldhafte Amtspflichtverletzung zugerechnet werden muß, daß sie das Vorliegen eines Bedürfnisses als eine zulässige und von ihnen zu prüfende Voraussetzung für die von der Klägerin beantragte Gestattung nach § 8 GaststG angesehen haben, dann kann ebenfalls offen bleiben, ob ihre Entscheidung für den Fall, daß die Gestattung von der Anerkennung eines - vorübergehenden - Bedürfnisses abhängig zu machen war, gerechtfertigt gewesen wäre oder ob sie sich insoweit - wie das Berufungsgericht meint - eines Ermessensmißbrauchs schuldig gemacht haben. Es braucht deshalb auf die in diesem Zusammenhang von der Revision erhobenen Bedenken gegen das Berufungsurteil nicht weiter eingegangen zu werden.

3.) Das Berufungsgericht hat gegenüber dem Vorbringen der Beklagten, die Erlaubnisverweigerung sei auch deshalb gerechtfertigt gewesen, weil nach dem Ergebnis des Gutachtens des Hygienischen Instituts in H[REDACTED] der "Mon[REDACTED]"-Aperitif nicht den gesetzlichen Bestimmungen entsprochen habe und deshalb überhaupt nicht habe ausgeschänkt werden dürfen, lediglich darauf verwiesen, daß die Rechtswidrigkeit der ablehnenden Bescheide auf Grund des verwaltungsgerichtlichen Urteils für die Zivilgerichte bindend feststehe. Aber auch insoweit ist verkannt, daß sich die Bindung des verwaltungsgerichtlichen Urteils lediglich auf die Ablehnung der Erlaubniserteilung für einen Probeausschank in dem Geschäft Ba[REDACTED] bezieht. Das Berufungsgericht hätte deshalb doch in eine eigene Prüfung darüber eintreten müssen, ob tatsächlich die in diesem Zusammenhang von der Beklagten geltend gemachten Gründe die

Versagung der Erlaubniserteilung für weitere Probeausschänke hätten rechtfertigen können.

4.) Die Revision macht schließlich noch geltend, daß der Klägerin durch das Verhalten der Beklagten angesichts dessen, daß die Getränke, die die Klägerin hätte ausschänken wollen, nicht hätten ausgeschänkt werden dürfen, zumindest kein Schaden im Rechtssinne entstanden sei. Einmal habe der zum Ausschank vorgesehene "Mon[REDACTED]"-Aperitif laut Gutachten des Hygienischen Instituts in H[REDACTED] nicht den gesetzlichen Bestimmungen entsprochen und zum anderen stelle der unentgeltliche Ausschank des Aperitifs einen Verstoß gegen § 1 der Zugabeverordnung dar.

Diesem Vorbringen ist das Berufungsgericht mit dem Hinweis, daß das Landesverwaltungsgericht mit bindender Wirkung für die Zivilgerichte die Rechtswidrigkeit der die Gestattung versagenden Bescheide festgestellt habe, nicht gerecht geworden, und zwar auch nicht insoweit, als es um die Erlaubnis für den Probeausschank in dem Geschäft Ba[REDACTED] geht. Das verwaltungsgerichtliche Urteil hat die Verpflichtung der Beklagten ausgesprochen, "der Klägerin einen Probeausschank ihres "Mon[REDACTED]"-Aperitifs im Einzelhandelsgeschäft des Kaufmanns Adolf Ba[REDACTED], W[REDACTED]er Chaussee [REDACTED], zu gestatten". Damit steht fest, daß der Klägerin die gaststättenrechtliche Erlaubnis zum Ausschank ihres "Mon[REDACTED]"-Aperitifs im Ba[REDACTED]'schen Geschäft erteilt werden mußte. Diese Erlaubnis bedeutete aber lediglich ein Freistellen von den dem Ausschank entgegenstehenden gaststättenrechtlichen Verböten, während alle der Durchführung des Ausschanks aus sonstigen Rechtsgründen etwa entgegenstehenden Schranken bestehen blieben und durch

die "Erlaubnis" nicht beseitigt wurden. Mit der gaststättenrechtlichen Erlaubnis wurde mithin noch nichts Entscheidendes über die vom Verwaltungsgericht überhaupt nicht geprüfte Frage gesagt, ob das Inverkehrbringen des "Mon[REDACTED]"-Aperitifs, für dessen Kauf durch den Probeausschank geworben werden sollte, unter lebensmittel- und branntweinmonopolrechtlichen Gesichtspunkten zulässig war. Sollte das Inverkehrbringen tatsächlich unzulässig gewesen sein, so würde die Klägerin aus dem durch die Versagung der beantragten Gestattung angeblich verursachten Minderverkauf ihres Aperitifs weder einen Schadensersatzanspruch noch eine Entschädigung aus dem Gesichtspunkt des enteignungsgleichen Eingriffs herleiten können. Denn der Entgang eines Gewinns, der nur in Widerspruch zu bestehenden gesetzlichen Bestimmungen hätte gezogen werden können, stellt einen Schaden im Rechtssinne nicht dar und kann dementsprechend nicht ersetzt verlangt werden (vgl. die Entscheidung des Senats in LM Art. 14 GG Nr. 56).

Da das Berufungsgericht das Vorbringen der Beklagten unter diesem Gesichtspunkt nicht geprüft und die in diesem Zusammenhang notwendigen tatsächlichen Feststellungen nicht getroffen hat, muß das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen werden.

Weil das Berufungsurteil bereits aus den zuvor erörterten Gründen aufgehoben werden muß, besteht keine ausreichende Veranlassung, bereits jetzt auf die Frage einzugehen, ob der von der Klägerin beabsichtigte Probeausschank, wie die Revision meint, gegen § 1 der Zugabeverordnung verstoßen haben würde und welche Bedeutung gegebenenfalls diesem Umstand für die Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreits beizumessen wäre.

Die Entscheidung über die Kosten der Revision ist dem Berufungsgericht vorzubehalten.

Dr. Geiger

Dr. Pagendarm

Dr. Weber

Dr. Kreft

Dr. Hußla