

am 22. November 1962

Scheibl
Justizobersekretär
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

des Apothekers Wilhelm E. in F. (M.), Gr.
Bo. Straße ,

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

gegen

das L. H., v. d. s. Mi.,
di. v. d. d. He. St. f.
A., V. u. G., di. v.
d. d. R. in W.,

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

hat der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche Verhandlung vom 22. November 1962 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Pagendarm sowie der Bundesrichter Dr. Kreft, Dr. Hußla, Gähtgens und Dr. Reinhardt

für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des
1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Frankfurt
am Main vom 5. Januar 1961 wird zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten des Revisionsverfahrens
zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger, der seit 1949 eine Apotheke in T [REDACTED] (Bezirk K [REDACTED]) betreibt, sprach am 4. Dezember 1952 bei dem R [REDACTED] in W [REDACTED] wegen der Lizenzierung einer Apotheke vor, die er auf dem damaligen Trümmergrundstück in F [REDACTED] a. M [REDACTED], Sta [REDACTED]straße [REDACTED], errichten wollte. Er überreichte damals dem zuständigen Sachbearbeiter, Regierungsoberinspektor N [REDACTED], einen schriftlichen, vom 29. November 1952 datierten Antrag. Oberinspektor N [REDACTED] hielt die beigegebenen Unterlagen für unvollständig und händigte dem Kläger ein Merkblatt aus, das die zu erfüllenden Erfordernisse aufzählte, darunter die Beibringung von Beschreibungen und Plänen über die vorgesehenen Apothekenräume. Der Kläger reichte mit Schreiben vom 11. Dezember 1952, eingegangen am Tage darauf, zwei noch fehlende Unterlagen (Entnazifizierungsbescheid und Gesundheitszeugnis) ein sowie anstelle der Beschreibung und Pläne eine Erklärung, wonach der von ihm nach erhaltener Lizenz zu errichtende Neubau alle zum Betrieb einer Apotheke notwendigen Räume vorsehen werde.

Zu jener Zeit hatte der Bundestag (und zwar im Sommer 1952) das Gesetz über die vorläufige Regelung der Errichtung neuer Apotheken - sog. Apothekenstopgesetz - beschlossen, das die Gewerbefreiheit für Apotheken beseitigen sollte, und hatte die Bundesregierung (mit Schreiben vom 25. November 1952) den amerikanischen Hohen Kommissar um Aufhebung oder Abänderung der dem beabsichtigten Gesetz entgegenstehenden Omgus-Direktiven gebeten. Ferner hatte am 20. November 1952 Obermedizinalrat L [REDACTED] von der Abteilung Ö [REDACTED] G [REDACTED] im He [REDACTED] Min [REDACTED] d. I [REDACTED] den Re [REDACTED] in W [REDACTED] fernmündlich angewiesen, Anträge auf Erteilung von Lizenzen zur

Errichtung neuer Apotheken dilatorisch zu behandeln, da man eine Erklärung der amerikanischen Behörde über die Gewerbebefreiheit für Apotheken erwarte.

Am 11. Dezember 1952 setzte die zuständige Abteilung des R [REDACTED] den Lizenzantrag des Klägers auf die Tagesordnung des auf den 19. Dezember 1952 einberufenen sog. Lizenzausschusses. In der nach der Zeitfolge der Antragstellung geordneten Liste von zehn Anträgen befand sich der am 4. Dezember 1952 in unvollständiger Form eingegangene Antrag des Klägers als Antrag vom 29. November 1952 an fünfter Stelle; in der Spalte "Bemerkungen" war angegeben: "Pläne fehlen, Zeugnisse nicht beglaubigt". Die Einschaltung des Ausschusses, dem der zuständige Fachreferent des R [REDACTED] als Vorsitzender, ferner der zuständige Regierungspharmazierat sowie je ein Apothekenleiter und Apothekenmitarbeiter angehörten, ging auf den Erlaß des He [REDACTED] M [REDACTED] d. I [REDACTED] vom 15. April 1950 (idF vom 25. Juli 1950) zurück. Der Erlaß hatte es als aus praktischen Gründen empfehlenswert bezeichnet, einen solchen Ausschuß vor der Erteilung einer Erlaubnis zur Errichtung, zum Erwerb oder zur Verlegung einer Apotheke gutachtlich zu hören.

Die Sitzung des Ausschusses wurde aber abgesagt, nachdem sich von den fünf eingeladenen Mitgliedern vier - drei wegen Fehlens einer Vertretung, einer mit einer seit langem festgelegten wichtigen Besprechung - entschuldigt hatten. Ein neuer Termin wurde - zwei der eingeladenen Mitglieder hatten in ihren Schreiben zu erkennen gegeben, daß ein Termin zwischen Weihnachten und Neujahr nicht genehm sei - für Anfang Januar 1953 geplant, jedoch nicht mehr abgehalten. Am 23. Dezember 1952 hatte nämlich der amerikanische Hohe Kommissar der Bitte der Bundesregierung entsprochen und erklärt, den Mi [REDACTED] d. L [REDACTED] sei mitgeteilt worden, die OMGUS-Direktiven seien als dahingehend



abgeändert anzusehen, daß sie die Anwendung der am 1. Oktober 1945 geltenden Lizenzierungsbestimmungen für Apotheken gestatteten. Ein entsprechendes Schreiben vom 23. Dezember 1952 erhielt der Herr [REDACTED] Müller. Dies hatte der Herr [REDACTED] Müller dem [REDACTED] I. mit Fernschreiben vom 31. Dezember 1952 zusammen mit der Weisung bekanntgegeben, ab sofort Lizenzierungsanträge für Apotheken nicht mehr zu bearbeiten.

Mit Bezug auf diese Weisung teilte der Herr [REDACTED] unter dem 6. Januar 1953 dem Kläger mit, seinem Antrag könne vorerst nicht entsprochen werden. Daraufhin beantragte der Kläger mit Schreiben vom 7. Januar 1953 beim Herrn [REDACTED] Müller dem [REDACTED] I., unverzüglich den Herrn [REDACTED] anzuweisen, ihm die verlangte Lizenz zu erteilen, und erhob mit einem weiteren Schreiben vom selben Tag bei dem Herrn [REDACTED] Dienstaufsichtsbeschwerde mit der Begründung, sein Antrag sei durch den Herrn [REDACTED] unnötig verzögert worden. Ebenfalls am 7. Januar 1953 beantragte der Kläger die Lizenzen für drei weitere Apotheken, die er in [REDACTED] errichten wollte. Das vorgesehene Apothekenstopgesetz wurde am 13. Januar 1953 verkündet und mit Wirkung vom 15. Januar 1953 in Kraft gesetzt. -Später wurde es vom Bundesverfassungsgericht mit Urteil vom 30. Mai 1956 mangels hinreichender Bestimmtheit seines Inhalts für nichtig erklärt.- Mit Bescheid vom 24. März 1953 lehnte der Herr [REDACTED] sämtliche Lizenzanträge des Klägers unter Berufung auf das Schreiben des amerikanischen Hohen Kommissars vom 23. Dezember 1952 und auf das Apothekenstopgesetz vom 13. Januar 1953 ab. Der Kläger beschritt nach erfolglosem Einspruch den Verwaltungsrechtsweg. Das Verwaltungsgericht gab seiner Anfechtungsklage statt, der Hessische Verwaltungshof wies sie dagegen am 26. November 1958 ab, im wesentlichen unter Berufung auf das Hessische vorläufige Apothekengesetz vom 6. März 1957. Gegen die Nichtzulassung

der Revision hat der Kläger beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde eingelegt.

Im vorliegenden Verfahren macht der Kläger geltend, wenn nicht die Beamten des In[REDACTED] und des R[REDACTED] schuldhaft Amtspflichten ihm gegenüber verletzt hätten, wäre ihm die nachgesuchte Lizenz für die Apotheke in der Sta[REDACTED]straße nicht versagt worden und hätte er am 1. Oktober 1953 diese Apotheke eröffnet, aus der er jährlich einen Reingewinn von mindestens 40 000 DM gezogen haben würde. Um einen teilweisen Ausgleich des Gewinnentgangs zu erlangen, bittet der Kläger, das beklagte L[REDACTED] als den Dienstherrn der verantwortlichen Beamten zur Zahlung von 7 000 DM nebst Zinsen zu verurteilen. Diese Summe stehe ihm, so hat der Kläger gemeint, nicht nur aus dem Gesichtspunkt der Amtshaftung zu, sondern auch als eine Entschädigung für einen enteignungsgleichen Eingriff; mit dem Eingehen der letzten noch erforderlichen Unterlagen am 12. Dezember 1952 habe er eine öffentlich-rechtliche Anwartschaft auf unverzügliche Erteilung der Lizenz erworben; in diese Anwartschaft sei durch Versagung der Lizenz und durch das im Interesse der Länder ergangene, später für nichtig erklärte Apothekenstopgesetz vom 13. Januar 1953 eingegriffen worden.

Die Vorinstanzen haben zu Ungunsten des Klägers erkannt. Dieser verfolgt mit der Revision seinen Klaganspruch in der Form weiter, daß er ihn dem Grunde nach zugesprochen wissen will. Das beklagte Land bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I.

Das angefochtene Urteil befaßt sich zunächst mit der Frage, ob Beamte des Innenministeriums und des R [REDACTED] schuldhaft ihre Amtspflichten gegenüber dem Kläger verletzt und dadurch eine Pflicht des beklagten L [REDACTED] zum Ersatz der eingeklagten Schäden ausgelöst haben. Es verneint dies, ohne daß die Revision mit ihren Rügen dieses Ergebnis zu beseitigen vermag. Hierzu ist im einzelnen unter Einhaltung der Reihenfolge in den Gründen des angefochtenen Urteils auszuführen:

1.) Was die vom Mi [REDACTED] empfohlene Einschaltung eines Lizenzausschusses betrifft, so erachtet das Beruungsgericht die Empfehlung für statthaft, wobei es u.a. erwägt, es sei seitens des insoweit behauptungs- und beweispflichtigen Klägers nichts dafür dargetan, daß die Anhörung des Ausschusses, die in früheren Fällen ebenfalls erfolgt sei, etwa nur zum Zwecke der Verzögerung oder aus einem anderen nicht vertretbaren Grund erfolgt sei. Das angefochtene Urteil meint hierzu: Damals habe eine verfahrensrechtliche Regelung über die Erteilung von Apothekenlizenzen gefehlt, die erkennbar eine abschließende Konkretisierung des anzuwendenden Verfahrens hätte bedeuten sollen; ein Beamter sei, falls er wie hier eine von ihm verlangte Entscheidung nicht aus eigener Sachkunde zu treffen vermöge, berechtigt und verpflichtet, sich die Sachkunde durch Sachverständige vermitteln zu lassen.

Demgegenüber reicht das Vorbringen der Revision nicht hin, um die in dem Ministerialerlaß enthaltene Empfehlung der Bildung und Anhörung des Ausschusses als eine schuldhaft - schuldhaft im Sinne der Fahrlässigkeit - Pflichtverletzung eines Ministerialbeamten ansprechen zu können. Eine

vorsätzlich schuldhafte Pflichtverletzung scheidet nach den Feststellungen des angefochtenen Urteils von vornherein aus. Die Revision wirft dem Min[REDACTED] vor, seine Maßnahme habe eine unnötige, mit sachlichen Erwägungen nicht zu rechtfertigende Erschwerung der staatlichen Verwaltungstätigkeit herbeigeführt; ein Beamter müsse selbst über die für sein Arbeitsgebiet nötige Sachkunde verfügen, die Voraussetzungen, die einen Anspruch auf Erteilung der Betriebserlaubnis verschafft hätten, seien keineswegs technischer Art gewesen und hätten die Fachkenntnisse eines Apothekers nicht erfordert, überdies hätten die bei dem R[REDACTED] bestellten Pharmazieräte dem Sachbearbeiter die entsprechenden Aufschlüsse geben können.

Es ist jedoch zu bedenken: Nach den Grundsätzen der Militärregierung (vgl. Bekanntmachung vom 3. Februar 1949 in Hess.GVBl 1949, 6) war "die Gewerbelizenzierung aufgehoben, außer in Angelegenheiten, die die öffentliche Gesundheit, öffentliche Sicherheit und Wohlfahrt berühren, und in diesen auch nur dann, wenn die Normen für solche Sicherungen in dem Gesetz ausdrücklich genannt und klar bezeichnet sind." Unter Tätigkeiten, die die öffentliche Gesundheit usw. betreffen, fiel auch das Apothekengewerbe (vgl. Schreiben der Militärregierung für Deutschland an die Dienststellen der Militärregierungen vom 28. März 1949 betreffend Lizenzierung - abgedruckt bei Reuß, Die Gewerbe-freiheit S. 53 mit Anlage -). Von diesen Grundsätzen geht der Ministerialerlaß vom 15. April 1950 aus und befaßt sich sodann mit den Voraussetzungen und Nachweisen für die Erteilung der Erlaubnis sowie mit den Gründen für ihre Versagung. Eine Empfehlung, einen Ausschuß bei der Prüfung der angeführten Erfordernisse und Versagungsgründe, sieht man diese alle zusammengekommen, gutachtlich zu hören, erschien unter den damaligen Zeitverhältnissen sehr wohl vertretbar. Hier greifen mehrere Überlegungen ein: Einmal bot

die Frage, wie sich die von der Besatzungsmacht angeordnete Gewerbebefreiheit im einzelnen auf das Apothekenrecht, auf die Konzessionierung einer Apotheke und die vorhergehende Prüfung auswirkte, besondere rechtliche Schwierigkeiten. Ein Fehlgreifen in einer rechtlich schwierigen, bislang höchststrichterlich nicht geklärten Frage kann einem Beamten grundsätzlich nicht zum Verschulden gereichen (vgl. u.a. III ZR 98/60 vom 20. September 1962 in "Der Betrieb" 1962, 1466 mit weiteren Nachweisen). Dabei ist zu bedenken, daß der Ministerialerlaß unter dem Abschnitt "Versagungsgründe" die Gründe für die Versagung der Erlaubnis zur Errichtung einer Apotheke nicht abschließend behandelt. Dort ist nicht mehr und nicht weniger gesagt, als daß die Erlaubnis versagt werden muß, wenn der Bewerber nicht zuverlässig (vorbestraft) ist oder nach seinem Gesundheitszustand als Leiter einer Apotheke ausscheidet. Daneben kommt nach dem Erlaß - denn nur dann erscheint seine Regelung sinnvoll - als Versagungsgrund auch in Betracht, daß der Bewerber die in dem Abschnitt "Voraussetzungen für die Erteilung einer Erlaubnis" aufgezählten Erfordernisse nicht erfüllt, z.B., nicht urkundlich nachweist, daß er nach der Bestallung fünf Jahre in einer öffentlichen Apotheke oder in einer Anstaltsapothek e tätig war, nicht länger als zehn Jahre diesem Dienst entfremdet ist und unmittelbar vor der Bewerbung mindestens ein Jahr wieder in einer öffentlichen Apotheke gearbeitet hat (vgl. Ziff. 4 des eben genannten Abschnitts). Dieser Nachweis (vgl. auch Ziff. 1 in Abschnitt "Antragstellung") dient dazu oder konnte doch jedenfalls als dazu dienlich angesehen werden, die Sachkunde des Bewerbers zu überprüfen, die in mehr oder minder großem Umfang durch eine praktische Betätigung erworben werden kann. Von der Zulässigkeit einer solchen Überprüfung durfte das Min[] beim Erlaß seiner Entschließung ausgehen (vgl. auch Reuß aaO S. 26, 28 sowie Schreiben des US Decartelization Element des Bipartite Control Office an die Arbeitsgemeinschaft der Apothekenkammern, F[], vom 7. Juni 1949 betr. Grundsätze zur Regelung in Bezug auf Apotheker abgedruckt bei Reuß, aaO S. 62; und

für bayerische Verhältnisse III ZR 98/60 vom 20. September 1962 S. 9). Zum anderen ist es grundsätzlich ein Ausfluß der einem Staat eigenen Organisationsgewalt, wenn er vorbereitende Hilfstätigkeiten, um die es bei der in dem Erlaß empfohlenen Anhörung eines Ausschusses im Verhältnis zu dem über die Konzession befindenden Beamten geht, einem Gutachter oder Gutachtergremium überträgt; eine beratende Mitwirkung seitens Erwerbs- und Berufsgruppen oder bereits bestehender Firmen bei der Genehmigung neuer Firmen war nach dem Schreiben der Militärregierung für H. an den Mi. vom 27. Juli 1948 betreffend Genehmigung neuer Firmen (abgedruckt bei Reuß aaO S. 46) nicht unzulässig. Nicht zuletzt durfte es das Min. als eine demokratischen Grundsätzen entsprechende Regelung betrachten, wenn die von einer Apothekenlizenzierung berührten Kreise Gelegenheit erhielten, ihr Für und Wider im Rahmen des Gesetzes durch einen anzuhörenden Ausschuß, dem unter anderem Apothekeninhaber und angestellte Apotheker angehörten, gegenüber der entscheidenden Stelle zur Sprache zu bringen.

Wenn die Revision meint, auf dem Umweg über den Ausschuß habe durch eine Hintertür die Anhörung von Nachbarapotheken und der Landesapothekenkammer, wie sie vor der Gewerbefreiheit vorgenommen worden sei, der Sache nach wieder eingeführt und aufrecht erhalten werden sollen, so kann ihr hier, soweit sie sich mit diesem Vorbringen nicht ohnehin auf das der Revision verschlossene Gebiet der tatsächlichen Würdigung begibt, nicht gefolgt werden. Sofern die Revision beanstandet, der Erlaß vom 15. April 1950 lasse Überlegungen vermissen, wie im Falle des Nichtfunktionierens des Ausschusses vorzugehen sei, hat sie gegen sich: Auch der von der Revision befürchtete Fall einer Stimmengleichheit der Ausschußmitglieder konnte dem über die Erlaubniserteilung entscheidenden Beamten wertvolle Hinweise für seine Entscheidung geben, zumindest ihm die Einholung eines

Obergutachtens angezeigt erscheinen lassen. Wenn der Ministerialerlaß für den von der Revision weiter erörterten Fall, daß eine Sitzung des Ausschusses nicht zustande komme, keine Regelung traf, so fehlt es auch insoweit an einem Verschulden der Ministerialbeamten; sie konnten schuldlos davon ausgehen, daß in einem solchen Falle der Sachbearbeiter des R [REDACTED] die ihm geboten erscheinenden weiteren Schritte ergreifen werde. Hier ist noch herauszustellen: Der Kläger konnte nicht beanspruchen, die Erlaubnis binnen weniger Tage zu erhalten; er durfte lediglich eine Entscheidung über die nachgesuchte Erlaubnis binnen einer angemessenen Frist erwarten. Dabei kann die Frage, ob eine Angelegenheit von der Behörde innerhalb angemessener Frist bearbeitet und erledigt wird, nicht allein nach dem persönlichen Interesse des von dieser Angelegenheit betroffenen Bürgers beantwortet werden (vgl. III ZR 9/61 vom 16. April 1962 S. 15/16 = VersR 1962, 735 = WM 1962, 848). Auch unterlag der Umfang der zu treffenden zulässigen Ermittlungen und der Zeitpunkt ihres Abschlusses dem pflichtgemäßen Ermessen des Sachbearbeiters (III ZR 165/60 vom 21. Dezember 1961 S. 28 = VersR 1962, 421 = WM 1962, 398).

Daß die Ministerialbeamten aus Art. 12 GG keine Bedenken gegen die in dem Ministerialerlaß getroffene, vorstehend behandelte Regelung ableiteten, kann ihnen keinesfalls als Verschulden angelastet werden. Welche Tragweite diese Verfassungsbestimmung in Bezug auf die Errichtung neuer Apotheken hat, war eine schwierig zu beurteilende Frage, die erst später zu klärenden höchstrichterlichen Entscheidungen geführt hat. Die Revision ist demnach mit Recht hierauf nicht mehr zurückgekommen.

Ist demnach die Herausgabe des Ministerialerlasses vom 15. April 1950, soweit er hier interessiert, nicht als eine schuldhafte Pflichtwidrigkeit anzusehen, so kann dahingestellt

bleiben, ob der Erlaß, wie das beklagte L. vorgetragen hat, die Billigung der Militärregierung gefunden hat und zumindest mit Rücksicht hierauf bereits objektiv in Ordnung gegangen ist. Denn bereits dann, wenn es an einem Vorschulden fehlt, ist eines der Tatbestandsmerkmale nicht erfüllt, an die das Gesetz (§ 839 Abs. 1 Satz 1 BGB) eine Schadensersatzpflicht des Beamten oder des an seiner Stelle haftenden Dienstherrn aus Amtshaftung knüpft.

Durften die Beamten des Min. die Einschaltung eines Lizenzausschusses für statthaft erachten, so durften dies, wie bereits das Berufungsgericht annimmt, erst recht die Beamten des R. tun. Die Behauptung des Klägers, die Beamten des R. in Wiesbaden hätten in "anderen Fällen" über ein Gesuch auf Erlaubnis zur Errichtung einer Apotheke ohne vorherige Anhörung des Ausschusses entschieden, hat das Berufungsgericht für nicht schlüssig erachtet; der Kläger habe nach dieser Richtung nur den Fall des Apothekers Vollkammer aus W. genannt, ohne erkennen zu lassen, inwiefern der Fall dem seinen gleichgelagert gewesen, jedoch in sachfremder Weise unterschiedlich behandelt worden sei. Die Revision macht hierzu geltend, der Kläger habe die vermißte Vergleichung in dem nach Schluß der Berufungsverhandlung eingereichten und vom Berufungsgericht nicht mehr berücksichtigten Schriftsatz vom 27. Dezember 1960 dahin gezogen, daß zumindest bei bekannten Apothekern und bei Anwesenheit des Leiters der Medizinalabteilung die Genehmigungsurkunde noch am Tage der Antragstellung oder an dem folgenden Tag habe fertiggestellt werden können, das Berufungsgericht hätte diesen Vortrag in Anwendung von § 139 ZPO bereits in der mündlichen Verhandlung herbeiführen müssen. Das Berufungsgericht durfte aber davon ausgehen, daß der den Kläger vertretende Anwalt, wenn er dazu imstande wäre, von sich aus alles vortrage, was dazu dienen könne, eine wirklich ungleiche Behandlung aufzuzeigen; dabei war zu berücksichtigen, daß entgegen der Auffassung des Klägers in seinem

Schriftsatz die Überprüfung sich nicht lediglich auf die Approbationsurkunde, das polizeiliche Führungszeugnis und den Staatsangehörigkeitsausweis sowie das amtsärztliche Zeugnis und den Spruchkammerbescheid beschränkte, sondern daß gemäß dem Ministerialerlaß die Überprüfung in weit größerem Umfang, als der Kläger annimmt zu erfolgen hatte, so daß die Überprüfung eines scheinbar gleichliegenden Falles daher einen Unterschied ergeben konnte. Bei Berücksichtigung dieser Überlegung kann der Fall Vollkammer auch nicht ein Indiz für sachfremde Erwägungen im Falle des Klägers abgeben. Daß im übrigen der Ausschuß in Wirklichkeit nur beratend hinzugezogen wurde, ist im angefochtenen Urteil bindend festgestellt.

2.) Das Berufungsgericht hält zwar die von Dr. Lo [REDACTED] am 20. November 1952 fernmündlich gegebene Weisung, bereits vorliegende Lizenzanträge dilatorisch zu behandeln, für eine schuldhaft Pflichtverletzung, weil die Behandlung bereits eingegangener Anträge nicht im Hinblick auf eine bevorstehende Gesetzesänderung verzögert und auf diese Weise die Anwendung geltenden Rechts unterbunden werden dürfe; es legt aber des näheren dar, daß die angenommene Pflichtverletzung für den eingeklagten Schaden nicht ursächlich geworden sei. Es fehle an der Behauptung des Klägers, daß bei Anhörung des Lizenzausschusses der Antrag früher als auf die Tagesordnung der Ausschußsitzung vom 19. Dezember 1952 hätte gesetzt werden können, der Kläger selbst bezweifle nicht, daß eine Anberaumung eines früheren Termins außerhalb des üblichen Turnus gelegen haben würde; zudem habe der Zeuge N [REDACTED] bekundet, ergebe sich auch zweifelsfrei aus den Unterlagen für die Sitzung vom 19. Dezember 1952, daß man beim R [REDACTED] trotz der ministeriellen Weisung die bereits vorliegenden Anträge in der gleichen Weise wie frühere Anträge weiterbearbeitet habe.

Nun kann die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe nicht beachtet, daß nach dem Beweis des ersten Anscheins zugunsten des Klägers anzunehmen sei, eine ministerielle Weisung werde von den nachgeordneten Beamten befolgt werden und daß mit Rücksicht hierauf das beklagte I. hätte nachweisen müssen, der Sachbearbeiter des R. denten habe der Weisung nicht gefolgt, auf sich beruhen. Denn entscheidend stellt das Berufungsgericht nicht auf die Beweislast ab, sondern darauf, daß nach der Zeugenaussage N. und den Sitzungsunterlagen die Anträge weiterbearbeitet worden seien, daß ferner - dem trägt die Revision nicht genügend Rechnung - insbesondere auch eine Ausschusssitzung am 19. Dezember 1952 dem üblichen Turnus entsprochen habe. Zuzugeben ist der Revision, daß der Zeuge wörtlich nicht das bekundet hat, was als seine Bekundung im angefochtenen Urteil wiedergegeben ist. Aus seiner Aussage ist aber, wie die Revisionserwiderung mit Recht vorträgt, zu entnehmen - und dies will das Berufungsgericht sagen -, daß der Antrag des Klägers bearbeitet wurde und in der Sitzung am 19. Dezember 1952 behandelt worden wäre, wäre die Sitzung nicht aufgehoben worden. Daraus, wie aus der Tagesordnung der Sitzung konnte das Berufungsgericht ohne Rechtsverstoß zu dem von ihm gewonnenen Ergebnis gelangen. In diesem Zusammenhang sei gegenüber der Revision noch bemerkt: Sie verlangt von dem beklagten I. mit dem Nachweis, der Sachbearbeiter des R. habe die ministerielle Weisung negiert, den Beweis einer Negative. An einen solchen Beweis können aber nach ständiger Rechtsprechung (vgl. auch VII ZR 237/56 vom 13. Mai 1957 S. 13) keine hohen Anforderungen gestellt werden.

3.) Da der Lizenzantrag des Klägers trotz des Fehlens von Bauplänen weiterbehandelt worden ist, hat das Berufungsgericht mit Recht die Frage als nicht erheblich bezeichnet, welche Bewandtnis es mit den dem Kläger abverlangten Bauplänen gehabt habe.

4.) Die Behauptung des Klägers, die für den 19. Dezember 1952 zusammengerufenen Mitglieder des Lizenzausschusses hätten abgesagt, nur um Zeit bis zu dem Inkrafttreten des Apothekenstopgesetzes zu gewinnen, hält das Berufungsgericht für nicht schlüssig, um sodann darzulegen, die Klagebehauptung, der Regierungspräsident habe diese Absagen untätig hingenommen, entbehre jeder Substantiierung; der Kläger habe nicht behauptet, daß der R. [REDACTED] eine etwaige Unrichtigkeit der vorgebrachten Entschuldigungsgründe hätte erkennen müssen, habe es auch an jeder präzisen Behauptung fehlen lassen, welche Maßnahmen mit Aussicht auf Erfolg der R. [REDACTED] hätte ergreifen sollen, um ein Scheitern der Sitzung am 19. Dezember 1952 zu verhindern; der R. [REDACTED] habe es auch nicht pflichtwidrig unterlassen, den Ausschuß auf eine Sitzung zwischen dem 19. und 31. Dezember 1952 einzuberufen.

Die Revision gelangt demgegenüber in näheren Ausführungen zu dem Schluß, der Sachbearbeiter des R. [REDACTED] hätte nach dem Eingehen der fadenscheinigen Absagen der Ausschußmitglieder selbst die für den 19. Dezember 1952 vorgesehene Tagesordnung erledigen müssen. Indessen durfte der Sachbearbeiter nach dem bereits Ausgeführten annehmen, daß das Gesuch des Klägers einer weitergehenden Prüfung, als dieser für zulässig hielt, zu unterziehen sei. Hiervon ausgehend durfte er es als eine seinem Ermessen unterliegende Frage ansehen, ob er nunmehr ohne Anhörung des Ausschusses prozedieren wolle oder nicht. Er hätte von seinem Ermessen einen derart fehlsamen Gebrauch gemacht, daß eine schuldhaftige Pflichtverletzung bejaht werden könnte (vgl. hierzu BGB RGRK § 839 Anm. 35, 49), läßt sich keinesfalls sagen.

5.) Was die ministerielle Weisung vom 31. Dezember 1952 anlangt, von der Bearbeitung der Lizenzierungsanträge für Apotheken ab sofort abzuschrenken, so läßt das Berufungs-

gericht offen, ob der Erlass rechtmäßig oder rechtswidrig war, verneint aber für den letzteren Fall ein Verschulden des verantwortlichen Beamten mit der Begründung: Der Beamte habe auch bei gewissenhafter Interpretation das Schreiben der Militärregierung vom 23. Dezember 1952 dahin verstehen dürfen, daß mit dem Schreiben die am 1. Oktober 1945 in Kraft gewesenen Konzessionsvorschriften wiederum gelten sollten; deren Unvereinbarkeit mit Art. 12 GG habe der Beamte damals nicht erkennen müssen.

Demgegenüber hat die Revision bei ihrem mündlichen Vortrag nichts vorgebracht, was eine anderweite Beurteilung ermöglichen und geboten erscheinen lassen könnte.

Soweit es darum geht, daß ein Beamter des R [REDACTED] [REDACTED] der ministeriellen Weisung vom 31. Dezember 1952 nachgekommen ist, ist gestützt auf die zutreffenden Ausführungen des angefochtenen Urteils eine schadensursächliche und schuldhafte Pflichtverletzung abzulehnen.

6.) Der ablehnende Bescheid des R [REDACTED] vom 24. März 1953 bildet nach Auffassung des Berufungsgerichts keine schuldhafte Pflichtverletzung. Diese Ansicht wird von der Revision nicht angegriffen, läßt auch einen vom Revisionsgericht zu beachtenden Rechtsirrtum nicht erkennen.

II.

Dem Berufungsgericht ist jedenfalls im Ergebnis darin beizutreten, daß der Kläger die Klagesumme auch nicht als Entschädigung für einen enteignungsgleichen Eingriff beanspruchen kann.

Der Kläger fordert die Klagesumme als Ersatz von Gewinn, den er, wie er behauptet, bei Erteilung der Lizenz aus dem Betrieb der Apotheke nach deren Ausbau und Eröffnung gezogen haben würde. Nach den für eine Enteignungsentschädigung geltenden Grundsätzen muß indessen von hoher Hand in einen Gewerbebetrieb eingegriffen worden sein, damit der von dem Eingriff Betroffene Ersatz von entgangenem Geschäftsgewinn verlangen kann. Daran fehlt es hier von vornherein deswegen, weil der Kläger die Apotheke auf dem Grundstück Stalburgstr. 2 erst geplant hatte. Zudem wäre der Betrieb der Apotheke, so lange er nicht lizenziert war, unerlaubt und darum nicht schutzwürdig gewesen. Unterstellt, der Kläger hätte einen Anspruch auf Erteilung der Lizenz gehabt, so kann doch die Versagung der Lizenz für sich allein als die bloße Nichterfüllung eines Anspruchs eine Entschädigung nach Enteignungsgrundsätzen nicht rechtfertigen. Für all dies kann auf das bereits erwähnte, einen rechtsähnlichen Fall behandelnde Urteil des Senats vom 20. September 1962 - III ZR 98/60 - verwiesen werden.

Die von der Revision ausgelöste Überprüfung des Urteils kann mithin der Klage nicht zum Erfolg verhelfen. Die Revision muß daher mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückgewiesen werden.

Dr. Pagendarm

Dr. Kreft

Dr. Hußla

Gähtgens

Dr. Reinhardt