

BUNDESGERICHTSHOF
IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

III ZR 80/93

Verkündet am:
23. März 1995
F r e i t a g
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 16. Februar 1995 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Rinne und die Richter Dr. Engelhardt, Dr. Werp, Dr. Deppert und Schlick

für Recht erkannt:

Auf die Rechtsmittel der Parteien werden das Urteil des 22. Zivilsenats in Darmstadt des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 18. Mai 1993 teilweise aufgehoben und das Schlußurteil des Landgerichts Darmstadt - 9. Zivilkammer - vom 9. Oktober 1991 teilweise abgeändert.

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 445.092,77 DM nebst 8 % Zinsen aus diesem Betrag vom 25. März 1986 bis zum 9. Dezember 1991 und 8 % Zinsen aus 395.092,77 DM seit dem 10. Dezember 1991 zu zahlen.

Im übrigen werden die Klage abgewiesen und die weitergehenden Rechtsmittel der Parteien zurückgewiesen.

Von den Kosten des ersten Rechtszuges haben der Kläger 56 % und die Beklagte 44 % zu tragen, von den Kosten der Rechtsmittelzüge der Kläger 39 % und die Beklagte 61 %.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Kläger nimmt die beklagte Stadt wegen amtspflichtwidriger Versagung einer Nutzungsänderungsgenehmigung auf Schadensersatz in Anspruch.

Der Kläger beantragte im November 1982 die baurechtliche Genehmigung einer "Spielothek" in Räumlichkeiten, in denen zuvor ein Einzelhandelsgeschäft betrieben wurde. Im Dezember 1982 mietete er das Anwesen an.

Die Beklagte lehnte die beantragte Nutzungsänderungsgenehmigung im Januar 1983 ab. Nach erfolglosem Widerspruchsverfahren hob das Verwaltungsgericht den ablehnenden Bescheid auf und stellte fest, daß die Versagung der Genehmigung rechtswidrig sei. Nach Rechtskraft der Entscheidung erteilte die Beklagte im Dezember 1988 die beantragte Genehmigung.

Im vorliegenden Rechtsstreit hat der Kläger geltend gemacht, er hätte die Spielothek bei ordnungsgemäßer Bescheidung seines Antrags ab März 1983 betreiben können, und im ersten Rechtszug zuletzt für die Zeit bis einschließlich Juli 1988 als Schadensersatz 937.580 DM nebst Zinsen verlangt. Die Beklagte ist dem entgegengetreten.

Das Landgericht hat den Klageanspruch zunächst dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt; das Urteil ist rechtskräftig geworden. Im weiteren Verfahren hat das Landgericht die Beklagte verurteilt, an den Kläger 278.334 DM



nebst Zinsen zu zahlen; im übrigen hat es die Klage abgewiesen.

Das Oberlandesgericht hat die dagegen eingelegte, auf Zahlung weiterer 453.025,97 DM nebst Zinsen gerichtete Berufung des Klägers zurückgewiesen. Auf die Berufung der Beklagten hat es die landgerichtliche Entscheidung dahin abgeändert, daß es die Beklagte zur Zahlung von 165.556,05 DM nebst Zinsen an den Kläger verurteilt hat.

Hiergegen richten sich die Revision des Klägers und die Anschlußrevision der Beklagten.

Entscheidungsgründe

Revision und Anschlußrevision sind teilweise begründet.

I.

Aufgrund des rechtskräftig gewordenen Grundurteils des Landgerichts steht fest, daß die beklagte Stadt dem Kläger wegen amtspflichtwidriger Versagung der von ihm im November 1982 beantragten Nutzungsänderungsgenehmigung dem Grunde nach zum Schadensersatz verpflichtet ist (§ 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG). Im vorliegenden Betragsverfahren geht es allein noch um die Höhe des dem Kläger zu ersetzenden Schadens.

Hiervon ist das Berufungsgericht zutreffend ausgegangen.

II.

Das Berufungsgericht hat auch im Ausgangspunkt frei von Rechtsirrtum angenommen, daß die Beklagte den Kläger im Wege des Schadensersatzes (§§ 249 ff BGB) so zu stellen hat, wie er bei pflichtgemäßem Verhalten der Behörde gestanden hätte. Zwischen den Parteien ist insoweit jetzt außer Streit, daß der Kläger die Spielothek bei rechtzeitiger Erteilung der beantragten Nutzungsänderungsgenehmigung am 1. März 1983 hätte eröffnen können. Es geht mithin, wie das Berufungsgericht zutreffend erkannt hat, hinsichtlich der Höhe des zu ersetzenden Schadens um die Ermittlung der Differenz zwischen der Vermögenslage des Klägers, wie sie sich aufgrund der Amtspflichtverletzung der Bediensteten der Beklagten tatsächlich darstellt, und der Vermögenslage, wie sie sich bei pflichtgemäßem Verhalten der Beklagten und Eröffnung der Spielothek durch den Kläger am 1. März 1983 entwickelt hätte, und zwar für die Zeit von März 1983 bis einschließlich Juli 1988, für die der Kläger Schadensersatz begehrt.

III.

Die Revision des Klägers macht mit Recht geltend, daß das Berufungsgericht die vorgenannten Grundsätze der Scha-

densberechnung, von denen es an sich zutreffend ausgegangen ist, nicht in allen Punkten frei von Rechtsfehlern auf den vorliegenden Sachverhalt angewandt hat.

1. Das Berufungsgericht hat einen über das Jahr 1985 hinausgehenden Schadensersatzanspruch des Klägers verneint, weil es für die Zeit ab 1986 an der Aktivlegitimation des Klägers fehle.

Dagegen wendet sich die Revision mit Erfolg.

Das Berufungsgericht ist insoweit unangegriffen davon ausgegangen, daß der Kläger außer der hier in Rede stehenden Spielothek seinerzeit bereits drei weitere Spielhallen betrieb, die er in den Jahren 1983 bis 1985 in einem Einzelunternehmen zusammengefaßt hatte und ab 1986 in drei GmbH ver selbstständigte. Unstreitig hätte der Kläger ab diesem Zeitpunkt auch die fragliche (vierte) Spielothek als selbständige GmbH geführt.

Die Revision rügt mit Recht, daß ein solcher Wechsel in der Rechtsform entgegen der Annahme des Berufungsgerichts nicht notwendigerweise deshalb zum Verlust eines Schadensersatzanspruchs des Klägers führen mußte, weil ab 1986 ein Schaden nur der GmbH hätte entstehen können.

Zur Gründung einer (vierten) GmbH ist es nicht gekommen. Die tatsächlichen Aufwendungen, um deren Ersatz es geht, wurden nicht von einer GmbH, sondern vom Kläger erbracht. Der ansonsten bei der GmbH eingetretene Schaden hat sich unmittelbar in der Person des Klägers selbst

verwirklicht. Im übrigen könnte nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs dem Kläger als Alleingesellschafter einer Kapitalgesellschaft ein Schaden der Gesellschaft zugerechnet werden (vgl. Senatsurteil vom 6. Oktober 1988 - III ZR 143/87 = WM 1988, 1851, 1852 = BGHR StrEG § 7 Vermögensschaden 1, auch Senatsurteil BGHZ 106, 313, 315, jeweils m.w.N.). Insoweit gilt (vgl. Senat aaO m.w.N.), daß der Alleingesellschafter Ersatz für Nachteile an seinem Vermögen verlangen kann, d.h. seiner Gesellschaftsbeteiligung, wobei dieser Schaden allerdings durch Einbußen im Gesellschaftsvermögen vermittelt wird. Auch als Geschäftsführer der GmbH kann der Kläger (eigenen) Schaden gehabt haben. Daß sich solche Nachteile hier nicht in der Person des Klägers als alleinigen Gesellschafters und Geschäftsführers der (fiktiven) GmbH ausgewirkt hätten, kann entgegen der Annahme der Revisionserwiderung nach dem vom Berufungsgesicht festgestellten Sachverhalt nicht angenommen werden. Es entspricht ungeachtet der rechtlichen Verschiedenheit zwischen der Kapitalgesellschaft und ihrem Alleingesellschafter der wirtschaftlichen Wirklichkeit, daß der alleinige Gesellschafter einer GmbH unmittelbar wirtschaftlich berührt wird, wenn seine Gesellschaft einen Verlust erleidet oder einen Gewinn erzielt. Entscheidet sich ein Gewerbetreibender dafür, seinem Unternehmen aus haftungs-, steuerrechtlichen oder anderen Gründen die Rechtsform einer GmbH zu geben, dann erscheint diese Einmanngesellschaft für die schadensrechtliche Beurteilung praktisch als ein in besonderer Form verwalteter Teil des dem Alleingesellschafter gehörenden Vermögens. Entsteht diesem "Sondervermögen" ein Nachteil, so muß es regelmäßig so angesehen werden, als treffe der Scha-

den den Alleingesellschafter persönlich (vgl. BGHZ 61, 380, 383, 384 sowie Senatsurteil vom 6. Oktober 1988 aaO m.w.N.).

Ein Schadensersatzanspruch des Klägers für die Zeit ab 1986 scheitert damit nicht an der fehlenden Aktivlegitimation, wie das Berufungsgericht angenommen hat. Dem Kläger kann vielmehr desungeachtet auch für die Zeit ab 1986 ein Schadensersatzanspruch zustehen.

2. Das Berufungsgericht hat entschieden, der Kläger könne die von ihm aufgrund des im Dezember 1982 abgeschlossenen Mietvertrags gezahlte Miete nicht (gesondert) als Schaden ersetzt verlangen, weil die Mietaufwendungen bereits bei der Ermittlung des ihm zuerkannten entgangenen Gewinns berücksichtigt worden seien und bei einer Verurteilung der Beklagten zur Zahlung der Mietaufwendungen neben dem entgangenen Gewinn dem Kläger die Mietzahlungen zweimal gutgebracht würden.

Auch dagegen wendet sich die Revision mit Erfolg.

Ob und inwieweit ein nach §§ 249 ff BGB zu ersetzender Vermögensschaden vorliegt, beurteilt sich, wie ausgeführt, nach einem Vergleich der infolge des haftungsbegründenden Ereignisses tatsächlich eingetretenen Vermögenslage mit derjenigen, die ohne jenes Ereignis eingetreten wäre. Dabei ist eine Gesamtschadensbilanz aufzustellen. Nicht zulässig ist es, aus dem Gesamtzusammenhang einzelne Schadensposten herauszugreifen und ohne Rücksicht auf ihn isoliert als Schaden geltend zu machen (vgl. Senatsbeschluß vom 21. Dezember 1989 - III ZR 285/88 = BGHR BGB § 249 Vermögensschaden 6).

Die Schadensberechnung des Berufungsgerichts ist rechtsfehlerhaft, wie die Revision mit Recht geltend macht. Das Berufungsgericht hat nicht bedacht, daß bei der Ermittlung des entgangenen Gewinns nur fiktive Posten einander gegenübergestellt werden, während die Mietaufwendungen hier unstreitig tatsächlich entstanden sind. Das Berufungsgericht hat dem Kläger im Ergebnis (nur) entgangenen, d.h. fiktiv errechneten Gewinn zugesprochen, ohne dem Umstand Rechnung zu tragen, daß der Kläger tatsächlich Miete gezahlt hat. Es mußte ihm die infolge der Amtspflichtverletzung entgangenen Einnahmen aus der Spielothek zusprechen, und zwar abzüglich ersparter Aufwendungen, zu denen die Miete nicht gehörte, weil sie tatsächlich gezahlt wurde. Der dem Kläger aufgrund der Amtspflichtverletzung entstandene Schaden besteht darin, daß der Kläger im Vertrauen auf die ihm von der Beklagten zu erteilende, aber nicht erteilte Nutzungsänderungsgenehmigung (zum Vertrauen auf die Rechtmäßigkeit der Verwaltung vgl. auch Senatsurteil vom 27. Juni 1968 - III ZR 71/66 = WM 1968, 1168, 1169) für die Zeit ab 1. März 1983 Mietaufwendungen hatte, ohne daß ihm zugleich - nach Behauptung des Klägers höhere - (Netto-)Einnahmen aus der Spielothek zugeflossen sind.

Einer Einbeziehung der Mietaufwendungen des Klägers in eine Gesamtschadensberechnung steht entgegen der Annahme der Revisionserwiderung nicht entgegen, daß das Landgericht in seinem Grundurteil ausgeführt hat, die Beklagte "hafte gegenüber dem Kläger nicht für die von ihm behaupteten Mietzinsausfälle". Damit ist der Anspruch des Klägers auf Ersatz der Mietaufwendungen im Rahmen einer anzustellenden Gesamtschadensberechnung nicht rechtskräftig aberkannt. In

Rechtskraft erwachsen ist nur der Entscheidungssatz des landgerichtlichen Urteils, daß die Klage dem Grunde nach gerechtfertigt ist. Die von der Revisionserwiderung angeführte Formulierung in den Entscheidungsgründen betrifft nach dem Zusammenhang der Ausführungen im übrigen aber auch nicht den hier streitigen Zeitraum ab 1. März 1983.

IV.

Die Anschlußrevision der Beklagten hat nur hinsichtlich eines Teils des zuerkannten Zinsanspruchs Erfolg.

Soweit die Beklagte mit der Anschlußrevision geltend macht, das Berufungsgericht habe seiner Schadensberechnung das vom Landgericht eingeholte Sachverständigengutachten nicht ohne erneute Befragung des Sachverständigen zugrunde legen dürfen, ist dem nicht zu folgen. Der Senat hat die von der Anschlußrevision gerügten Verfahrensmängel geprüft und nicht für durchgreifend erachtet. Von einer weiteren Begründung wird abgesehen (§ 565 a ZPO).

Soweit die Anschlußrevision sich in materiellrechtlicher Hinsicht gegen die Schadensberechnung des Berufungsgerichts wendet, greift dies, wie noch auszuführen sein wird, nur hinsichtlich eines Teils des Zinsausspruchs durch. In der Hauptsache hat das Berufungsgericht die Höhe des dem Kläger zu leistenden Schadensersatzes nicht zum Nachteil der Beklagten rechtsfehlerhaft ermittelt.

V.

Der Senat kann, wie mit den Parteien in der mündlichen Revisionsverhandlung erörtert, in der Sache selbst entscheiden, weil diese zur Endentscheidung reif ist (§ 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO). Weitere tatsächliche Feststellungen sind nicht zu treffen. Auf der Grundlage der vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen in Verbindung mit dem vorliegenden Sachverständigengutachten kann über den geltend gemachten Schadensersatzanspruch abschließend entschieden werden.

1. Die beklagte Stadt hat dem Kläger infolge der amts-pflichtwidrigen Versagung der Nutzungsänderungsgenehmigung 445.092,77 DM Schadensersatz zu zahlen. Dieser Betrag errechnet sich wie folgt:

Mit dem Berufungsgericht und dem Sachverständigengutachten ist davon auszugehen, daß der Kläger in der hier fraglichen Spielothek (Betriebsfläche 113 m²) ein Ergebnis erzielt hätte, das pro Betriebsflächeneinheit demjenigen in seinen drei anderen Spielotheken (Betriebsfläche zusammen 430 m²) entspricht.

Für die drei Vergleichsbetriebe hat der Sachverständige folgende Gewinne vor Mietaufwendungen und Ertragsteuern ermittelt:

1983	407.545 DM
1984	573.958 DM
1985	461.445 DM

1986	433.580 DM
1987	263.151 DM
1988	197.695 DM

Dem sind jeweils 40.000 DM als vom Sachverständigen geschätzter und abgesetzter kalkulatorischer Unternehmerlohn wieder hinzuzusetzen. Für die Jahre 1983 bis 1985, in denen der Kläger die Betriebe als Einzelunternehmen führte, hat das Berufungsgericht dies ohne Rechtsirrtum bereits korrigiert, weil auch dieser Betrag erwirtschaftet worden und dem Kläger als tätigem Betriebsinhaber zugeflossen ist. Dies gilt aber auch für die Jahre 1986 bis 1988, in denen die Vergleichsbetriebe in der Rechtsform der GmbH geführt wurden. Zwar hat der Sachverständige insoweit hinsichtlich des Ergebnisses der GmbH selbst ein Geschäftsführergehalt zu Recht gewinnmindernd berücksichtigt. Dieses Gehalt wäre aber andererseits dem Kläger persönlich als alleinigem (Gesellschafter-)Geschäftsführer der GmbH wiederum zugeflossen.

Es ist mithin von folgenden Beträgen auszugehen:

1983	447.545 DM
1984	613.958 DM
1985	501.445 DM
1986	473.580 DM
1987	303.151 DM
1988	237.695 DM

Auf die Betriebsfläche der streitigen Spielothek umgerechnet ergibt sich (: 430 x 113):

1983	117.610,65 DM
1984	161.342,45 DM
1985	131.775,07 DM
1986	124.452,41 DM
1987	79.665,26 DM
1988	62.464,03 DM

Unter Berücksichtigung von 18 % Gewerbesteuer entsprechend dem Sachverständigengutachten (errechnet unter Abzug der auf die Spielothekfläche entfallenden anteiligen Miete, die der Sachverständige unangegriffen mit jährlich 51.240 DM angenommen hat) verbleiben:

1983	105.663,93 DM
1984	141.524,01 DM
1985	117.278,76 DM
1986	111.274,18 DM
1987	74.548,71 DM
1988	60.443,71 DM

Für die Jahre 1983 und 1988, in denen nur zehn Monate (ab 1. März 1983) bzw. sieben Monate (bis zum 31. Juli 1988) Betriebsdauer zu berücksichtigen sind, sind diese Beträge wie folgt zu berichtigen (10/12 bzw. 7/12):

1983	88.053,28 DM
1988	35.258,83 DM

Die dem Kläger infolge der Amtspflichtverletzung der Beklagten in der Zeit vom 1. März 1983 bis zum 31. Juli 1988

entgangenen (Netto-)Einnahmen aus der streitigen Spielothek betragen hiernach:

1983	88.053,28 DM
1984	141.524,01 DM
1985	117.278,76 DM
1986	111.274,18 DM
1987	74.548,71 DM
1988	<u>35.258,83 DM</u>
	567.937,77 DM

Hierauf muß sich der Kläger, wie das Berufungsgericht für die Zeit bis Ende 1985 ohne Rechtsirrtum entschieden hat, aus dem Gesichtspunkt der Vorteilsausgleichung, der auch für die Zeit ab 1986 gilt, die erhaltenen Zwischenmieteinnahmen anrechnen lassen. Das sind für die Zeit vom 1. März 1983 bis zum 31. Juli 1988 unstreitig (anteilige, d.h. auf die Räumlichkeiten der Spielothek entfallende) 122.845 DM.

Es verbleiben:

567.937,77 DM
<u>122.845,-- DM</u>
445.092,77 DM

Hiervon ist (unter dem Gesichtspunkt ersparter Aufwendungen) Körperschaftsteuer nicht abzuziehen. Für die Zeit von 1983 bis 1985, in der der Kläger ein Einzelunternehmen betrieb, hat das Berufungsgericht dies bereits ohne Rechtsirrtum ausgeführt, weil eine Einzelfirma nicht der Körper-

schaftsteuer unterliegt. Dies gilt aber auch für die Zeit ab 1986. Zwar wäre bei einer Umwandlung in eine GmbH Körperschaftsteuer angefallen. Gleichwohl liegt insoweit ein vom Kläger auszugleichender Vorteil nicht vor, weil der Kläger den ihm zuerkannten Schadensersatz nach § 24 Nr. 1 a EStG zu versteuern hat und nach § 36 Abs. 2 Nr. 3 EStG die Körperschaftsteuer auf die Einkommensteuer angerechnet würde (vgl. BGHZ 53, 132, 138; 74, 103, 116 sowie Blümich/Stuhrmann § 36 EStG Rn. 22 ff). Auf die jeweiligen Steuerbeträge kommt es dabei nicht an. Ein auf den Schaden an sich anrechenbarer Steuervorteil wird grundsätzlich durch die den Geschädigten hinsichtlich der Schadensersatzleistung treffende Steuerpflicht ausgeglichen, ohne daß die Beträge im Einzelfall festgestellt zu werden brauchen (vgl. BGH aaO sowie Senatsurteil vom 14. Januar 1993 - III ZR 33/92 = NJW 1993, 1643 m.w.N.).

2. An Zinsen kann der Kläger 8 % verlangen, wie vom Oberlandesgericht entschieden.

Soweit die Revision des Klägers demgegenüber mit dem Revisionsantrag höhere Zinsen verlangt, ist die Revision in Ermangelung einer Begründung (§ 554 ZPO) unzulässig.

Auf die Anschlußrevision der Beklagten ist der Zinsanspruch des angefochtenen Urteils aber, wie bereits ausgeführt, teilweise zu ändern. Das Berufungsgericht hat zwar frei von Rechtsirrtum entschieden, daß das Schuldverhältnis durch die am 9. Dezember 1991 zur Abwendung der Zwangsvollstreckung erfolgte Zahlung des Haftpflichtversicherers der Beklagten von 50.000 DM insoweit nicht erloschen ist. Die

Zahlung führte aber dazu, was das Berufungsgericht nicht beachtet hat, daß in dieser Höhe die Verpflichtung der Beklagten zur Zahlung von Verzugs- und Prozeßzinsen entfiel (vgl. BGH, Urteil vom 24. Juni 1981 - IVa ZR 104/80 = BGHWarn 1981 Nr. 194 = NJW 1981, 2244 f).

Rinne

Engelhardt

Werp

Deppert

Schlick