

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: nein

2170 058

GG Art. 14 Bb

Ein Apotheker kann nicht aus dem Grunde, weil ihm die erforderliche Konzession zu der Errichtung und zu dem Betrieb einer Apotheke zu Unrecht versagt worden ist, eine Enteignungsentschädigung wegen Eingriffs in einen Gewerbebetrieb beanspruchen.

BGH, Urt. v. 20. September 1962 - III ZR 98/60

OLG Bamberg
LG Würzburg

III ZR 98/60

Verkündet
am 20. September 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 Dr. Günther T [REDACTED]
in A [REDACTED], G [REDACTED] str. [REDACTED],

Klägers, Berufungsklägers
und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Freistaat B a y e r n, vertreten durch die
Finanzmittelstelle Würzburg des Landes Bayern,

Beklagten, Berufungsbeklagten
und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 20. September 1962 unter Mit-
wirkung des Senatspräsidenten Dr. Pagendarm sowie der
Bundesrichter Dr. Kreft, Dr. Arndt, Dr. Hußla und
Dr. Reinhardt

für Recht erkennt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil
des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Bamberg
vom 14. Januar 1960 wird zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten des Revisionsver-
fahrens zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger, der im August 1939 die Bestallung als Apotheker erhalten hatte, beantragte am 11. August 1951 die Zulassung zur Eröffnung einer Apotheke in A [REDACTED] [REDACTED]. Die Regierung von Unterfranken (im folgenden kurz Regierung) wies den Antrag am 30. November 1951 unter Bezugnahme auf die EntschlieÙung des Bayerischen Staatsministeriums des Innern vom 20. Mai 1949 über das Apothekenwesen, hier Errichtung und Betrieb von Apotheken - StaatsAnz.Nr.21 - (im folgenden ME 1949), u.a. mit der Begründung ab, der Gesuchsteller habe den Nachweis der in der EntschlieÙung vorgesehenen dreijährigen Tätigkeit in öffentlichen Apotheken nicht erbracht. In der EntschlieÙung heiÙt es: Nach den Richtlinien der Militärregierung vom 18. Dezember 1948 und 5. April 1949 sei grundsätzlich Gewerbefreiheit eingeführt; von diesem Grundsatz seien jedoch u.a. Betätigungen ausgenommen, wenn sie im notwendigen Zusammenhang mit dem öffentlichen Gesundheitswesen stünden. Hier dürfe nur eine Sachkenntnis gefordert werden. Errichtung und Betrieb einer neuen sowie die Übernahme einer bestehenden Apotheke bedürfe auch künftig der Zulassung; die Zulassung dürfe nicht versagt werden, wenn der Antragsteller nachweise, daß er selbst eine deutsche oder eine ihr gleichgestellte Bestallung (Approbation) als Apotheker besitze und vor dem Zeitpunkt der Antragstellung mindestens drei Jahre als Apotheker in öffentlichen Apotheken tätig gewesen sei. Einspruch und Dienstaufsichtsbeschwerde des Klägers wurden, ersterer von der Regierung, letztere vom Innenministerium zurückgewiesen. Auf die vom Kläger anhängig gemachte verwaltungsgerichtliche Klage hob das Verwaltungsgericht am 5. März 1953 die Bescheide der Regierung auf. Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof sowie das Bundesverwaltungsgericht, dieses mit Urteil vom 11. Oktober 1956 I C 130.54, bestätigten diesen Spruch. Der Verwaltungsgerichtshof nahm an, die von der Militärregierung erlassenen

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



Gewerbefreiheits-Direktiven hätten in Bayern die Gewerbefreiheit eingeführt, sie hätten es zwar zugelassen, den Nachweis der Befähigung des Apothekers vor Erteilung der Erlaubnis zur Neuerrichtung einer Apotheke und damit auch den Nachweis einer Tätigkeit als Apotheker in öffentlichen Apotheken von bestimmter Dauer zu verlangen, für eine dahingehende Neuregelung durch die deutschen Stellen habe aber der Erlaß einer Ministerialentschließung nicht genügt, sondern sei nach den Bestimmungen der Bayerischen Verfassung von 1946 der Erlaß eines Gesetzes notwendig gewesen. Ebenso nahm das Bundesverwaltungsgericht an, daß die Gewerbefreiheits-Direktiven der Militärregierung entgegenstehendes deutsches Recht, auch auf dem Gebiete des Apothekenwesens, aufgehoben hätten. Zu einer Nachprüfung der Ansicht, daß die Ministerialentschließung für den Nachweis einer dreijährigen Tätigkeit in öffentlichen Apotheken keine gesetzliche Grundlage bilde, erklärte sich das Bundesverwaltungsgericht aus verfahrensrechtlichen Gründen außerstande.

Inzwischen hatte das Innenministerium den Kläger am 1. Juli 1955 auf Grund des Bundesgesetzes über die vorläufige Regelung der Errichtung neuer Apotheken vom 13. Januar 1953 (BGBl I 9) idF der Gesetze vom 4. Juli 1953 (BGBl I 469) und 10. August 1954 (BGBl I 256) dahin beschieden, daß ihm ab Rechtskraft des Bescheides die Errichtung und der Betrieb einer Apotheke in Aschaffenburg bewilligt werde. Den Bescheid hatte das Ministerium aber, nachdem ihn Mitbewerber und ein Nachbarapotheker angefochten hatten und das Bundesverfassungsgericht am 30. Mai 1956 das betreffende Bundesgesetz sowie das weitere Gesetz vom 23. Dezember 1955 (BGBl I 840) für nichtig erklärt hatte, am 11. Juli 1956 wieder aufgehoben. Der Kläger erhielt sodann endgültig am 20. Dezember 1956 die Betriebserlaubnis, am 28. Februar 1957 den Eröffnungs-

bescheid und eröffnete die Apotheke am 8. März 1957.

Der Kläger verlangt mit der vorliegenden Klage von dem Beklagten den Ausgleich der Schäden, die ihm dadurch entstanden seien, daß ihm die Lizenz auf seinen Antrag vom 11. August 1951 nicht bereits, wie dies seiner Meinung nach hätte erfolgen sollen, am 30. November 1951 erteilt worden wäre. Er hat zuletzt vor dem Oberlandesgericht beantragt, den Beklagten zu verurteilen, an ihn 126 773,31 DM nebst näher bezeichneten Zinsen zu zahlen. Die Klagessumme setzt sich zusammen aus:

Verdienstentgang;

Mietschaden: Der Kläger habe zwecks Erlangung der Lizenz die für den Betrieb der Apotheke erforderlichen Räume anmieten müssen und insofern nutzlose Aufwendungen gehabt;

~~Zinsschaden und Wechselspesen:~~ Er habe im Jahre 1951 die für die Apotheke erforderliche Einrichtung angeschafft und hätte als Heimatvertriebener den Anschaffungspreis mit einem bei der Erteilung der Lizenz ihm gewährten Flüchtlingsproduktivitätskredit begleichen können und den Kredit nur niedrig zu verzinsen brauchen; infolge der Versagung der Lizenz habe er den Kredit nicht bekommen können und an seine Gläubiger hohe Verzugszinsen entrichten sowie beträchtliche Wechselspesen aufbringen müssen;

Mehraufwendungen und erhöhte Unkosten in folgender Richtung: Der Kläger habe infolge der Versagung der Lizenz seinen Buchsachverständigen in weit höherem Maße heranziehen müssen; infolgedessen habe er diesem hohe Vergütungen zu zahlen gehabt und, weil er die laufenden Rechnungen des Buchsachverständigen nicht habe begleichen können und dieser daher seinerseits Bankkredit

habe in Anspruch nehmen müssen, diesem beträchtliche Zinsen zahlen müssen;

schließlich habe der Kläger infolge der Versagung der Lizenz erst im Jahre 1958 von seinem bisherigen Wohnort Frankfurt nach Aschaffenburg umziehen können und habe in der Zwischenzeit, in der er in Aschaffenburg eine Drogerie geführt habe, täglich unter entsprechenden Fahrtkosten und mit zusätzlichen Verpflegungskosten zwischen Frankfurt und Aschaffenburg hin-und herfahren müssen.

Landgericht und Oberlandesgericht haben zu Ungunsten des Klägers entschieden. Dieser verfolgt mit der Revision seinen Antrag weiter, während der Beklagte um Zurückweisung der Revision bittet.

Entscheidungsgründe:

Vorweg sei bemerkt: Mit der vom Berufungsgericht ausgesprochenen Zurückweisung der Berufung des Klägers ist in voll ausreichender Weise auch dem geänderten Klagebegehren, wie es der Kläger erstmals im Berufungsvorfahren verfolgt hat, der Erfolg versagt worden.

I.

Der Kläger stützt seine Klage u.a. auf eine Amtshaftung des Beklagten aus § 839 BGB i.V.m. den Staatshaftungsbestimmungen. Da der hierauf gegründete Schadensersatzanspruch weiter trägt als etwa eine Entschädigungsforderung aus enteignungsgleichem Eingriff, die nur einen angemessenen Ausgleich für eine an dem Objekt des Eingriffs selbst entstandene Vermögenseinbuße gewährt, ist es nicht zu beanstanden, wenn das Berufungsgericht zunächst den Schadensersatzanspruch abgehandelt hat.

27

Die Überprüfung des angefochtenen Urteils kann sich insoweit darauf beschränken, ob das Berufungsgericht mit Recht ein Verschulden auf seiten der Beamten des Beklagten verneint hat. Denn wenn ein Verschulden fehlt, dann mangelt es an einem der Tatbestandsmerkmale, die erfüllt sein müssen (§ 839 Abs.1 Satz 1 BGB), damit der vom Kläger geltend gemachte Schadensersatzanspruch entsteht. Darüber, ob ein Beamter schuldhaft seine Amtspflicht verletzt hat, ist von dem mit einer Schadensersatzklage aus Amtshaftung befaßten Zivilrichter selbständig und eigenverantwortlich zu entscheiden. Insoweit können die vom Kläger erwirkten verwaltungsgerichtlichen Urteile eine Bindung nicht ausüben. Das ist vom Berufungsgericht zutreffend angenommen worden und ist ständige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs.

1.) Der Kläger wirft vor allem den Beamten des Innenministeriums als Verschulden vor, sie hätten, nachdem die Militärregierung die Gewerbefreiheit in Bayern eingeführt habe, ohne eine gesetzliche Grundlage für die Erteilung einer Erlaubnis zur Eröffnung und zum Betrieb einer Apotheke das Erfordernis einer dreijährigen Tätigkeit als Apotheker in öffentlichen Apotheken eingeführt. Daß die sachbearbeitenden Beamten hierbei nicht vorsätzlich gehandelt haben, ergibt sich aus den tatsächlichen Feststellungen des angefochtenen Urteils (S.38). Was aber ein Verschulden in Form einer Fahrlässigkeit, d.h. einer Außerachtlassung der den Beamten nach den Anschauungen des Verkehrs abzuverlangenden Sorgfalt (§ 276 BGB) betrifft, so kann, wie die nachstehenden Ausführungen zeigen, den Beamten höchstens ein Irrtum bei der Beurteilung einer schwierigen Rechtslage unterlaufen sein. Insoweit kommt auch einem Ministerialbeamten zugute, was der erkennende Senat wiederholt, so in neuerer Zeit in III ZR 218/60 vom 5. Februar 1962 und III ZR 7/61 vom 28. Mai 1962 ausgesprochen hat, nämlich: Einem Beamten gereicht eine ob-

ektiv unrichtige Gesetzesauslegung grundsätzlich nicht zum Verschulden, wenn der Inhalt der gesetzlichen Regelung nicht klar und bestimmt ist, sondern zweifelhaft sein kann und noch keine Klärung durch eine höchstrichterliche Rechtsprechung erfahren hat; kann die nach sorgfältiger Prüfung gewonnene Rechtsansicht des Beamten als rechtlich vertretbar angesehen werden und hält er an ihr bis zur Klärung der Rechtslage durch die dazu berufenen Gerichte fest, so kann ihm jedenfalls der Umstand nicht rückschauend zum Verschulden angelastet werden, daß seine Rechtsauffassung später von den Gerichten mißbilligt worden ist; eine unrichtige Gesetzesauslegung ist dann eine schuldhaftes Amtspflichtverletzung, wenn sie gegen den klaren, bestimmten und völlig eindeutigen Wortlaut des Gesetzes verstößt oder wenn die Auslegung sich in Gegensatz zu einer gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung stellt.

Gemessen an diesen Grundsätzen hat das Berufungsgericht mit Recht ein Verschulden der Ministerialbeamten angesichts der Lage, wie sie bei Erlass der ME 1949 vorfanden, verneint. In dieser Beziehung ist zu erwägen:

Das Berufungsgericht geht zutreffend von den Schreiben der Militärregierung vom 18. Dezember 1948 und 31. Januar 1949 aus und verweist weiter auf die Schreiben der Militärregierung vom 16., 17., 28. und 31. März 1949 sowie vom 5. April 1949. In einem weiteren Schreiben vom 21. Februar 1949 hatte das Amt der Militärregierung für Bayern die deutsche Dekartellisierungsstelle darauf hingewiesen, daß das vom Innenministerium noch geübte Verfahren der Lizenzerteilung für Apotheken den Bestimmungen der Militärregierung widerspreche. Zusammengenommen ergeben die genannten Schreiben der Militärregierung so viel, daß grundsätzlich Gewerbefreiheit bestehen solle, daß aber gewisse Berufe und Gewerbe, darunter Apotheken,

zwar lizenziert werden dürften, daß aber dabei nur eine beschränkte Prüfung stattfinden dürfe, nämlich, wie es in wechselnder Ausdrucksweise hieß, "hinsichtlich der Befähigung oder der Sachkunde, der fachlichen Ausbildung, des Vorhandenseins der beruflichen Anforderungen".

Das Berufungsgericht führt aus, daß die Natur dieser Direktiven zunächst unklar gewesen sei und diese noch im Mai 1949 von mancher Seite, wenn auch nicht von dem sachbearbeitenden Ministerialbeamten, dem Zeugen H [REDACTED] - dessen persönliche Ansicht freilich nicht die ihr von der Revision beigegebene Bedeutung haben mußte -, als unverbindliche Richtlinien angesehen worden seien. Indessen braucht dem nicht nachgegangen zu werden. Denn selbst wenn die Direktiven der Militärregierung, wie das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 11. Oktober 1956 ausführt, unzweifelhaft die zuwiderlaufenden bayerischen Lizenzierungsvorschriften aufgehoben haben sollten (vgl. zu dieser Frage auch BVerwG in DVBl 1956, 451; Hess. VGH in VerwRspr 3, 722 sowie das in der Sache des Klägers ergangene Urteil des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs S. 29), so konnten doch über das Ausmaß der Einwirkung der Richtlinien der Militärregierung auf das in Bayern geltende Recht Zweifel auftauchen und ließ sich daran denken, die Erlaubnis zur Eröffnung und zum Betrieb einer Apotheke mit einer längeren Praxis als Apotheker in öffentlichen Apotheken in Beziehung zu setzen; denn eine längere praktische Erfahrung vermag sehr wohl eine Sachkunde zu vermitteln, und das Vorhandensein einer fachlichen Ausbildung sowie das Vorliegen einer Befähigung durften nach den Richtlinien der Militärregierung zur Voraussetzung der Lizenzierung einer Apotheke gemacht werden. Zwar heißt es im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 11. Oktober 1956, das Erfordernis der dreijährigen Tätigkeit in öffentlichen Apotheken greife weit über die von der Besatzungsmacht vorgesehenen Zulassungs-

voraussetzungen hinaus. Diese Ausführungen beziehen sich auf die Frage, ob das Bundesverwaltungsgericht als Revisionsgericht sich mit dem von der Ministerialentschließung geforderten Nachweis der dreijährigen Tätigkeit deswegen befassen könne, weil die Entschließung insoweit sogen. verdecktes Besatzungsrecht enthalte. Das lehnt das Urteil ab, weil die landesrechtliche Ministerialentschließung eine selbständige deutsche Rechtsschöpfung darstelle. Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof hat aber als Berufungsgericht in seinen einschlägigen - nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts in der Revisionsinstanz nicht nachprüfaren - Ausführungen ausgesprochen, unter dem Gesichtspunkt des Nachweises der Fähigkeit habe auch der Nachweis einer vor der Antragstellung auf Erteilung der Erlaubnis zur Neuerrichtung einer Apotheke liegenden Tätigkeit als Apotheker in öffentlichen Apotheken von bestimmter Dauer vorgeschrieben werden können; nur habe hierfür der Erlaß einer Ministerialentschließung nicht genügt. Die Auffassung der Ministerialbeamten, daß das in Rede stehende Erfordernis sachlichrechtlich mit den Direktiven der Militärregierung vereinbar sei, kann auch danach nicht etwa von vornherein von der Hand gewiesen werden. Hinzu kommt noch: Einmal mochte das Erfordernis einer längeren Ausbildung umso mehr angezeigt erscheinen, als befürchtet werden konnte, daß der Ausbildungsstand der Apotheker unter den Einflüssen der Kriegs- und Nachkriegsverhältnisse gelitten habe. Zum anderen hatte, wie das angefochtene Urteil darlegt, in Bayern vor dem Eingreifen der Militärregierung das Betriebsberechtigungsalter eines Apothekers, Realapotheken ausgenommen, bei der Erteilung der Konzession eine besondere Bedeutung dahin erlangt, daß nur Apotheker mit langjähriger praktischer Erfahrung eine Apotheke betreiben konnten. Diese Handhabung ging auf die Kgl. Verordnung über das Apothekenwesen vom 27. Juni 1913 (GVBl 343) zurück, die ihrerseits auf Grund des Bayerischen Ge-

werbegesetzes aus dem Jahre 1868 ergangen war. Das angefochtene Urteil meint allerdings, die Verordnung gehe, was das Betriebsberechtigungsalter des Apothekers bei der Konzession anlangt, über die gesetzliche Ermächtigung hinaus. Indessen kommt, zumindest was die subjektive Seite anlangt, für die Ministerialbeamten in Betracht, daß die Regelung der Verordnung, wie das angefochtene Urteil feststellt, in Bayern jahrzehntelang angewendet wurde, ferner, daß das Urteil des Verwaltungsgerichtshofes ohne weiteres von einer Rechtsgültigkeit der Verordnung ausgeht (vgl. S. 20, 21, auch 29 und 30 des Urteils). Demgegenüber kann die Revision mit ihrer Forderung, der Zeuge Hopfner hätte die Rechtsgültigkeit der Verordnung vom 27. Juni 1913 vor Erlass der ME 1949 überprüfen müssen, ein Verschulden nicht aufzeigen, ganz abgesehen davon, daß der Zeuge eine entsprechende Ermächtigung für die ME 1949 seitens der Militärregierung annehmen durfte. Übrigens hat auch das Bayerische Apothekengesetz vom 16. Juni 1952 in Art. 2 eine Wartezeit vorgesehen, was bereits das angefochtene Urteil betont, und der von der Bundesregierung vorgelegte Entwurf eines Gesetzes über das Apothekenwesen (BT Drucks. 2. Wahlperiode 1953 Nr. 1233) sah die Errichtung neuer Apotheken nur auf Grund einer Personalkonzession vor, die im Wege der Ausschreibung erteilt werden und wobei grundsätzlich das Betriebsberechtigungsalter Berücksichtigung finden sollte. Wenn später Bundesverwaltungsgericht und Bundesverfassungsgericht einen anderen Standpunkt einnahmen, so kann daraus nicht rückblickend auf ein Verschulden der Ministerialinstanz bei Erlass der ME 1949 geschlossen werden.

Darüber hinaus haben, wie das angefochtene Urteil ausdrücklich feststellt, Beamte der Militärregierung der von dem Zeugen H. im Entwurf fertiggestellten vorläufigen Regelung zugestimmt und eigens erklärt, die bayerische Regierung sei in den Anforderungen, die sie an den

Apotheker bezüglich des Betriebes einer Apotheke stelle, völlig frei und könne ihn zur Führung einer Apotheke erst dann zulassen, wenn er nach seiner Approbation einige Jahre in seinem Beruf gearbeitet habe. Außerdem hat das Berufungsgericht aus entsprechenden Aktenvermerken von Ministerialbeamten geschlossen, die Militärregierung von Bayern habe die ME 1949 inhaltlich, wenigstens was die dreijährige Praxis betreffe, gebilligt. Daß es, wie die Revision meint, diesen Schluß nur dann hätte ziehen können, wenn das Ministerium der Militärregierung vorher vorgetragen gehabt hätte, für das Erfordernis der dreijährigen Tätigkeit bestehe eine deutsche Rechtsgrundlage überhaupt nicht, und daß daher die Militärregierung das Ministerium gerade zum Erlaß einer dahingehenden Bestimmung hätte ermächtigen müssen, kann der Revision nicht zugegeben werden. Daß der Zeuge H. [REDACTED] die ME 1949 sorgfältig bearbeitet hat, ergeben im übrigen die Feststellungen auf Seite 36 und 37 des angefochtenen Urteils.

Schließlich ist es auch verständlich, wenn der Zeuge die Zulassung neuer Apotheken im Rahmen der Direktiven der Militärregierung beschränkt sehen wollte, sowohl im Interesse der öffentlichen Gesundheit im allgemeinen als auch im Interesse geordneter bayerischer Verhältnisse angesichts dessen, daß in anderen Bundesländern - das angefochtene Urteil nennt Württemberg - die Apotheken nach wie vor in Konzessionsverfahren ausgeschrieben wurden und die Gefahr bestand, mit Rücksicht hierauf würden die Bewerber in übermäßiger Zahl nach Bayern einströmen. So hat auch der Bundesgesetzgeber - freilich bei geänderter Rechtslage - in den Gesetzen über die vorläufige Regelung der Errichtung neuer Apotheken vom 13. Januar 1953 (BGBl I 9) und vom 23. Dezember 1955 (BGBl I 480) eine Bedürfnisprüfung im Interesse der Volksgesundheit für notwendig erachtet.

Soweit der Kläger den Ministerialbeamten vorwirft, sie hätten die ME 1949 nicht als Verwaltungsentscheidung, sondern nur als Rechtsverordnung erlassen dürfen und hätten die Verordnung im Bayerischen Gesetz- und Verordnungsblatt verkünden sollen, mag die Frage, inwieweit eine etwaige Säumnis in diesen Beziehungen für die eingeklagten Schäden ursächlich ist, offen bleiben. Auf jeden Fall fehlt es auch hier an einer Fahrlässigkeit der Ministerialbeamten.

Die ME 1949 ist, worin dem Berufungsgericht beizupflichten ist, ihrem Inhalt nach insoweit eine Rechtsverordnung, als sie eine allgemein verbindliche Regelung auch im Verhältnis der Apotheker zum Beklagten enthält und hier die Zulassung des Apothekers von einer dreijährigen Praxis abhängig macht. Der Umstand, daß die EntschlieÙung als Rechtsverordnung nicht im Bayerischen Gesetz- und Verordnungsblatt verkündet worden ist, kann, wenn die Veröffentlichung im Staatsanzeiger in objektiver Hinsicht wirklich fehlerhaft gewesen sein sollte, den verantwortlichen Beamten bei Würdigung der Ausführungen auf Seite 40 des angefochtenen Urteils nicht als eine schadensursächliche Fahrlässigkeit angelastet werden, zumal die Frage der Publikationsart nicht einfach zu beurteilen war. Im übrigen zeigen die Ausführungen des Berufungsgerichts, die einen vom Revisionsgericht zu beachtenden Rechtsirrtum nicht ersehen lassen, zur Genüge, daß der Zeuge H. der Auffassung war und sein durfte, auf Grund der Besprechungen mit den Sachbearbeitern der Militärregierung zum Erlaß einer einstweiligen Regelung im Verordnungsweg ohne Rücksicht auf eine Grundlage im deutschen Recht ermächtigt zu sein. Durfte aber der Zeuge H. annehmen, sich auf eine entsprechende Anordnung oder Ermächtigung der Militärregierung berufen zu können, so kann, weil Besatzungsrecht, auch nach dem Inkrafttreten des

Grundgesetzes, deutschem Recht vorging, hinsichtlich einer Regelung durch eine Verordnung weder aus den vom Berufungsgericht herangezogenen Bestimmungen der Bayerischen Verfassung noch aus Art.12 Abs.1 Satz 2 GG, wonach die Berufsausübung "durch Gesetz" geregelt werden kann, ein ungünstiger Schluß auf das Vorliegen eines Verschuldens gezogen werden. Übrigens traten die Vorschriften des Grundgesetzes über die Gesetzgebung nach Art.122 des Ges. erst mit dem ersten Zusammentritt des Bundestages (7. September 1949) in Kraft.

Ebensowenig schlägt die Rüge der Revision durch, die ME 1949 verletze den Gleichheitsgrundsatz des Art.3 GG insofern, als sie eine dreijährige Tätigkeit in einer öffentlichen Apotheke fordere und eine Tätigkeit etwa in einer Wehrmachts-oder Krankenhausapotheke nicht genügen lasse. Es mag dahinstehen, inwieweit die Ministerialbeamten ihr Vorgehen nicht durch eine Stellungnahme der Militärregierung als gedeckt ansehen durften. Eine Verletzung des Gleichheitssatzes kann jedenfalls nur dann bejaht werden, wenn ein vernünftiger, aus der Natur der Sache folgender oder sonstwie sachlich einleuchtender Grund nicht zu finden ist (vgl. aus neuerer Zeit III ZR 165/60 vom 21. Dezember 1961). Was die Revision hierzu vorbringt, kann, soweit es neuer, tatsächlicher Natur ist, vom Revisionsgericht nicht beachtet werden. Nach dem Akteninhalt ist im übrigen davon auszugehen, daß die Beamten eine Tätigkeit in einer Wehrmachtsapotheke, wie sie der Kläger aufzuweisen hat, der Tätigkeit in einer öffentlichen Apotheke nicht ohne weiteres gleichsetzen zu können glaubten, weil erstere häufig nur eine einseitige pharmazeutische Tätigkeit darstelle und nicht die für den Betrieb einer Apotheke erforderliche Sachkunde vermittele, insbesondere was kaufmännische Dinge und die Abrechnung mit den öffent-

lichrechtlichen Krankenkassen betrifft. Dann aber scheidet eine schuldhafte Setzung einer Ungleichheit aus. Darin, daß die Regelung eines Bundeslandes von der eines anderen abweicht, liegt noch keine Ungleichheit.

Was das Verhalten der Ministerialbeamten in der Zeit nach dem Erlaß der ME 1949 angeht, so ist noch hervorzuheben:

Das angefochtene Urteil führt mit einer auf tatsächlichem Gebiet liegenden Begründung aus, die Ministerialbeamten hätten auf Grund ihrer Besprechung mit dem Zeugen Bergson am 21. Dezember 1951 nicht anzunehmen brauchen, die ME 1949 widerspreche der Auffassung der Militärregierung. Dabei hat das Berufungsgericht nicht verkannt, daß Bergson wenigstens nach dem Eindruck eines der Zeugen mit einer gewissen Berechtigung aufgetreten sei. Es betont aber - und dies kommt den Ministerialbeamten zugute -, daß für die Ministerialbeamten letztlich die Militärregierung in Bayern die maßgebende Stelle gewesen sei.

Im übrigen durften die Ministerialbeamten die Klärung der vorstehend erörterten schwierigen Rechtsfragen durch den Bayerischen Verwaltungsgerichtshof und, nachdem die Revision zugelassen und eingelegt worden war, durch die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts abwarten. Dies durften sie umso eher, als zugunsten des Klägers der ministerielle Bescheid vom 1. Juli 1955 ergangen war, der allerdings später nicht ausgeführt werden konnte.

Ihren Vorwurf, daß das Innenministerium die am 1. Juli 1955 dem Kläger erteilte Bewilligung nicht wie

geschehen am 11. Juli 1956 habe widerrufen dürfen, hat die Revision in der mündlichen Verhandlung fallen gelassen. Der Vorwurf würde auch, weil das Schadensersatzverlangen in den Vorinstanzen nicht auf ihn gestützt war, eine in der Revisionsinstanz nicht zulässige Klagänderung darstellen.

2.) Den Beamten der Regierung macht die Klage zum Vorwurf, sie hätten schuldhaft pflichtwidrig die ME 1949 zum Nachteil des Klägers angewendet. Wie weit dem angefochtenen Urteil gefolgt werden kann, wenn es das Vorliegen einer Amtspflichtverletzung bereits in objektiver Hinsicht verneint, kann wiederum offen bleiben. Keinesfalls ist der Vorwurf eines fahrlässigen Verhaltens begründet. Das ergibt sich aus dem zu 1) einschlägig Gesagten und aus der Überlegung, daß von den Beamten der Regierung keine größeren Rechtskenntnis und keine höhere Sorgfalt verlangt werden konnte als von den Beamten des Ministeriums. Die Ausführungen des angefochtenen Urteils auf Seite 18, 19 und 42 ergeben zudem, daß die Beamten der Regierung aus der Einleitung zur ME 1949 schließen konnten, die Entschlieung finde ihre Grundlage in den Richtlinien der Militärregierung. Die Beamten konnten nicht wissen, was im einzelnen zwischen der Militärregierung und dem Ministerium verhandelt worden war, und durften insoweit auf ein sachgemäßes Vorgehen des Ministeriums bauen. Wenn die Revision gemäß Bl. 14 der Revisionsbegründung auf die Direktiven der Militärregierung vom 19. Dezember 1948, bekannt gemacht in einer Bayerischen Ministerialentschließung vom 20. Januar 1949, abhebt, so wird sie dem nicht gerecht, daß die Gegebenheiten sich in der Zeit bis zum Erlaß der Ministerialentschließung vom 20. Mai 1949 geändert haben konnten.

dt

Den Vorwurf, die Regierung hätte auf das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 11. Oktober 1956 schneller reagieren, sich nicht erst zwei Monate Zeit lassen und sodann nach weiteren zwei Monaten den Eröffnungsbescheid erteilen sollen, hat die Revision in der mündlichen Verhandlung nicht aufrecht erhalten. Der Vorwurf braucht daher auf seine Berechtigung nicht geprüft zu werden. Gegen die Berechtigung dieses Vorwurfs möchte die naheliegende Annahme sprechen, die Beamten hätten den am 11. Dezember 1956 erfolgten Eingang des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts mit Begründung abwarten dürfen, angesichts des kurzen noch verbliebenen Zeitraumes und bei dem Fehlen besonderer Umstände könne daher eine schuldhaft verzögerte Sachbehandlung durch die Regierung nicht bejaht werden.

3.) Soweit Ausführungen der Revision über schuldhaftes Pflichtverletzungen der Ministerialbeamten oder der Regierungsbeamten unter 1) und 2) nicht eigens abgehandelt sind, geben sie keinen Anlaß zu einer anderweiten Beurteilung und vermögen einen Schuldvorwurf gegen die Beamten nicht überzeugend zu begründen.

II.

Vergeblich sucht die Revision den Klaganspruch als einen Entschädigungsanspruch aus enteignungsgleichem Eingriff und aus Aufopferung zu rechtfertigen.

Wenn sie darauf verweist, der Kläger habe einen Anspruch auf Erteilung der ihm zu Unrecht versagten Konzession gehabt, so kann dieser Tatbestand für sich allein gesehen einen Entschädigungsanspruch nach Enteignungsgrundsätzen nicht rechtfertigen. Denn die bloße Nichterfüllung eines Anspruchs ist, wie der Bundesgerichtshof in gefestigter Rechtsprechung annimmt, kein

enteignender Akt. Dem Betroffenen wird nicht, wie dies Wesensmerkmal einer Enteignung ist, etwas genommen, sondern etwas nicht gegeben. In Betracht kommen kann insoweit nur, ob die Versagung der Konzession gegenüber dem Kläger einen unrechtmäßigen Eingriff in einen Gewerbebetrieb darstellt, der dann freilich den durch den Eingriff Begünstigten zur Gewährung einer Entschädigung verpflichten würde.

Demgegenüber liegt es nicht fern, dem Entschädigungsbegehren den in der Entscheidung des Senats vom 23. Januar 1961 III ZR 8/60 = BGHZ 34, 188 niedergelegten Gedankengang entgegenzuhalten, nämlich: Es müsse sich, wenn ein entschädigungspflichtiger, enteignender (rechtmäßiger) oder enteignungsgleicher (rechtswidriger) Eingriff vorliegen soll, um einen Eingriff in bereits vorhandene konkrete Werte handeln; es müsse also, wenn ein entschädigungspflichtiger Eingriff in den Gewerbebetrieb vorliegen soll, ein Betrieb bereits eingerichtet sein, es genüge dagegen nicht, daß der von der Versagung einer erforderlichen Betriebserlaubnis Betroffene, wenn der Betrieb bisher weder durch den Inhaber noch von einer an seiner Stelle hierzu befugten dritten Person betrieben wurde, die sachlichen Mittel, die im Betrieb verwendet werden sollen, zusammengetragen und aufgehäuft hatte, etwa die gewerblichen Räume sich beschafft, Einrichtungsgegenstände und die zum Verkauf bestimmten Waren angeschafft hatte; kurz: es müsse grundsätzlich in den wirkenden Organismus des Betriebs eingegriffen werden, damit eine Entschädigungspflicht nach Enteignungsgrundsätzen wegen (Teil-)Enteignung des Betriebes bejaht werden könne. Doch braucht dieser Gedankengang nicht zu Ende beschritten zu werden. Denn das Verlangen des Klägers nach einer Enteignungsentschädigung scheitert auf jeden Fall daran: So lange einem Apotheker die zu der Errichtung und zu

dem Betrieb der Apotheke erforderliche Konzession nicht erteilt ist, mag er einen Anspruch darauf haben, daß ihm bei Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen die Konzession erteilt werde. Er hat aber, so lange ihm die Konzession nicht erteilt ist, kein Recht auf den Betrieb der Apotheke. Sein unerlaubt eröffneter Betrieb kann wegen Fehlens der Konzession rechtmäßig von der öffentlichen Hand geschlossen, er selbst vor dem Strafrichter wegen unerlaubter Führung der Apotheke zur Verantwortung gezogen werden. Insofern ist ein nichtkonzessionierter Apothekenbetrieb nicht schutzwürdig (vgl. hierzu den im Urteil vom 20. Dezember 1956 III ZR 113/55 = LM GG Art. 14 Nr. 56 entschiedenen Fall, der sich im übrigen von dem vorliegenden Streitfall dadurch unterscheidet, daß es dort nicht um die Versagung einer Konzession, sondern um die Inanspruchnahme von Räumen eines konzessionspflichtigen Gewerbebetriebes ging). Ist dem aber so, dann kann der Kläger den Umstand, daß er auf Grund seiner Vorbereitungen die Apotheke nach der Konzessionserteilung sofort hätte betreiben können, nicht dazu verwenden, um von der öffentlichen Hand eine Entschädigung wegen Versagung der Konzession unter dem Gesichtspunkt zu verlangen, es sei in einen eingerichteten oder einem solchen gleichzustellenden Betrieb eingegriffen worden.

Erstmals in der Revisionsverhandlung hat der Kläger darauf abgehoben, ein entschädigungspflichtiger Eingriff in seinen Gewerbebetrieb sei auch von den Ministerialbeamten vorgenommen worden, und zwar bereits durch den Erlass der ME 1949, ferner durch die Zurückweisung der Dienstaufsichtsbeschwerde. Mit diesem - übrigens bei Zugrundelegung des Gesagten auch sachlichrechtlich verfehlten - Vortrag kann der Kläger nicht gehört werden. Dabei mag auf sich beruhen, ob der Kläger mit dem Vor-

bringen nicht eine in der Revisionsinstanz unstatthafte Klagänderung vornehmen will. Auf keinen Fall ist die Finanzmittelstelle, die für den Beklagten im Rechtsstreit als gesetzlicher Vertreter aufgetreten ist, befugt, den Beklagten bei der Abwehr der so begründeten Entschädigungsforderungen zu vertreten. Die Finanzmittelstellen sind im allgemeinen nicht zur Vertretung des Beklagten vor dem Zivilgericht berufen, wenn eine oberste Staatsbehörde Ausgangsbehörde ist (vgl. die Bayerische Vertretungsverordnung vom 8. August 1950 (GVBl S. 115), die bei Erhebung der Klage in Kraft war). Das in einem solchen Falle grundsätzlich zur Vertretung des Beklagten berufene Staatsministerium der Finanzen hat im gegenwärtigen Rechtsstreit die Finanzmittelstelle nur insoweit zur Vertretung ermächtigt, als eine Amtspflichtverletzung eines Beamten des Innenministeriums in Frage steht, nicht aber, soweit es um einen enteignenden Eingriff geht. Das ist von Amts wegen zu beachten. Kommen nämlich für die Vertretung einer beklagten Partei mehrere gesetzliche Vertreter in Betracht, so muß die beklagte Partei durch jeden dieser gesetzlichen Vertreter im Prozeß vertreten sein (vgl. III ZR 188/59 vom 1. Dezember 1960 mit weiteren Belegen). Wieso zugunsten des Klägers, wie dieser meint, angesichts einer den Beklagten angeblich treffenden prozessualen Arglist etwas Abweichendes gelten soll, ist nicht zu ersehen, wobei bemerkt sei, daß der Beklagte nicht in Rechnung stellen mußte, der Kläger werde Entschädigungsansprüche mit der vorstehend wiedergegebenen Begründung ernsthaft verfechten.

Soweit die Revision einen Aufopferungsanspruch des Klägers mit der Begründung verfißt, die Versagung der vom Kläger nachgesuchten Konzession stelle einen Eingriff in das grundgesetzlich verbürgte Recht der freien Berufswahl und das Recht auf freie Entfaltung

der Persönlichkeit dar, mag dahinstehen, inwieweit diese Rechte einen Entschädigungsanspruch zu begründen geeignet sind. Die Revision scheitert an der Überlegung: Der Kläger, der laut seinem eigenen Vortrag nach der Versagung der Konzession anderweit berufstätig gewesen ist und eine Medizinaldrogerie betrieben hat, stellt Schäden zum Ausgleich, die er unmittelbar oder mittelbar durch den Entgang von Geschäftseinnahmen aus der Apotheke oder in Gestalt unnützer Aufwendungen für den beabsichtigten, aber nicht konzessionierten Apothekenbetrieb erlitten haben will. Die Schäden sind in diesem Sinne betriebsbezogen und im Blick nicht auf das Recht einer freien Entfaltung der Persönlichkeit, sondern darauf zu würdigen, daß der Kläger einen Gewerbebetrieb, dessen Führung er erwartet hatte, nicht hat betreiben können. Es kommt daher unter dem Gesichtspunkt der Enteignung oder Aufopferung allein eine Entschädigung für einen enteignenden (enteignungsgleichen) Eingriff in einen Gewerbebetrieb in Betracht.

III.

Verfehlt ist es schließlich, wenn die Revision das Klagebegehren mit einem dem Kläger zustehenden Folgenbeseitigungsanspruch begründen will. Wie der Senat wiederholt entschieden hat (in neuerer Zeit in III ZR 176/59 vom 28. April 1960), hängt die rechtliche Behandlung eines als Folgenbeseitigungsanspruch bezeichneten Anspruchs davon ab, welcher Art das Klagebegehren in Wirklichkeit ist. Hier verlangt der Kläger nicht die Rückgängigmachung eines Verwaltungshandelns, sondern einen Ausgleich für ein seiner Meinung nach unrichtiges und pflichtwidriges Verwaltungshandeln. Das ist nichts anderes als die Geltendmachung eines Amtshaftungsanspruchs (I) oder eines Entschädigungsanspruchs (II). Ein solcher Anspruch steht aber dem Kläger nicht zu.

Das gleiche ist gegenüber dem Vortrag der Revision zu erwägen, der Gleichheitsgrundsatz sei insofern verletzt, als der Kläger nicht den Apothekern gleichgestellt sei, die gleich ihm im Jahre 1951 die Voraussetzungen für die Erteilung einer Apothekenkonzession erfüllt und anders als er die Lizenz erhalten hätten, der Kläger müsse daher wie diese anderen Apotheker gestellt werden. Auch hier geht es um die Gewährung eines Schadensausgleichs aus einer ungleichen Behandlung, der nur über einen Amtshaftungs- oder einen Entschädigungsanspruch zu erreichen ist.

Die Vorschrift des Art.19 Abs.4 GG endlich, auf die sich der Kläger in der Revisionsverhandlung bezog, gewährleistet unter bestimmten Voraussetzungen den Rechtsweg, gibt aber unter keiner Voraussetzung eine sachlich-rechtliche Anspruchsgrundlage.

IV.

Die Revisionsrügen greifen daher nicht durch. Da im übrigen ein beachtlicher Irrtum zu Lasten des Klägers dem angefochtenen Urteil nicht entnommen werden kann, ist die Revision zurückzuweisen und der Kläger gemäß § 97 ZPO mit den Kosten des Revisionsverfahrens zu belasten.

Dr.Pagendarm

Dr.Kreft

Dr.Arndt

Dr. Hußla

Dr.Reinhardt