

V ZR 45/51

24
2362 099

Verkündet am 20. Juni 1952
Hoffmeister, Justizangestellter
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 Herbert L. [REDACTED] in W. [REDACTED]-E. [REDACTED],
N. [REDACTED] strasse [REDACTED],

Klägers, Berufungs- und Revisionsklägers,

- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Justizrat
Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die Stadt W. [REDACTED], vertreten durch den Rat der Gemeinde
als Stadtvertretung des Stadtkreises W. [REDACTED],

Beklagte, Berufungs- und Revisionsbeklagte,

- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 20. Juni 1952 unter Mitwirkung des
Senatspräsidenten Prof. Dr. Pritsch und der Bundesrichter
Dr. v. Normann, Dr. Heck, Schuster und Dr. Oechßler

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 5. Zivil-
senats des Oberlandesgerichts in Düsseldorf vom
2. März 1951 wird auf Kosten des Klägers zurück-
gewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Elefantenapotheke in W[REDACTED]-Ba[REDACTED], U[REDACTED]-[REDACTED], war durch Kriegseinwirkung zerstört worden. Die Inhaberin der Realkonzession, Frau Ida R[REDACTED], nahm eine Verpachtung an den Kläger in Aussicht. Da die Beklagte den Wiederaufbau der Apotheke an dem früheren Platze U[REDACTED] wegen einer geplanten Erweiterung dieser Strasse abgelehnt hatte, richtete der Kläger am 7. Oktober 1947 an die Beklagte den Antrag, ihm für die Errichtung der Apotheke den freistehenden Raum des früheren Theaterrestaurants in dem grossenteils zerstörten Stadttheater zur Verfügung zu stellen. Während der hierüber geführten Verhandlungen schloss der Kläger am 17. November 1947 mit Frau R[REDACTED] einen Apothekenpachtvertrag ab. Am 24. November 1947 stellte ihm der Oberbaurat B[REDACTED] der Beklagten eine Bescheinigung aus, die der Kläger der Apothekerkammer vorlegen sollte, um zum Bezug bewirtschafteter Arzneimittel zugelassen zu werden; es hiess in dieser Bescheinigung:

"Herr Apotheker L[REDACTED] hat den Antrag gestellt, ihm im beschädigten Stadttheater Ba[REDACTED] Räume zur Einrichtung einer Apotheke zur Verfügung zu stellen. Gegen die Verpachtung entsprechender Räumlichkeiten bestehen seitens der zuständigen Stellen der Stadt W[REDACTED] keine Bedenken. Der Vertragsabschluss zwischen der Stadt und Herrn Apotheker L[REDACTED] kann in etwa 10 bis 12 Tagen erfolgen."

An einem nicht genau festgestellten Tage besichtigten Oberbaurat B[REDACTED] und der Kläger die Räume. Dabei regte B[REDACTED] an, den ehemaligen Küchenraum des Theaterrestaurants und ein Zwischengeschoss in den Plan einzubeziehen, und

- 3 -

zwar sollte der Zwischenstock Wohnungen für den - ledigen - Kläger, einen verheirateten Gehilfen und einen ebenfalls verheirateten Hausmeister, die Kellerräume die gesetzlich vorgeschriebenen Arznei-, Säure- und Giftkeller aufnehmen. Der Kläger reichte daraufhin am 29. November 1947 einen weiteren Antrag auf Überlassung auch dieser Räume bei dem Liegenschaftsamt der Beklagten ein. Dieser Antrag beginnt mit den Worten:

"Meinem Antrag vom 7.10.1947 an das Liegenschaftsamt betr. Vermietung der Räume des früheren Theaterrestaurants im zerstörten Stadttheater Ba[REDACTED] zur Errichtung der Elefantenenpotheke wurde stattgegeben....."

Etwa zur selben Zeit, nach seiner Behauptung am 27. November 1947, liess der Kläger durch die Baufirma H[REDACTED] mit vorbereitenden Bauarbeiten beginnen. Für das erweiterte Projekt liess er durch den Architekten K[REDACTED] einen Antrag auf Baugenehmigung mit Bauplan fertigen; den vom 20. Dezember 1947 datierten Bauantrag reichte der Kläger dem Beigeordneten Dr. H[REDACTED] persönlich ein.

Inzwischen hatte am 20. Dezember 1947 die kommunistische Fraktion in der Stadtvertretung an den Hauptausschuss der Stadtvertretung eine Anfrage gerichtet, in der um Auskunft über die beabsichtigte Vermietung von Räumen im Stadttheater "zur Errichtung eines Ladens und einer Wohnung" gebeten wurde. Daraufhin veranlasste Dr. H[REDACTED] die sofortige Bearbeitung des Bauantrages vom 20. Dezember 1947. Am 2. Januar 1948 wurde dieser Antrag nach Genehmigung durch das Bauleitungsamt dem Kläger zurückgegeben und ihm anheingestellt, eine Förderungsbescheinigung des Sozialministeriums beizubringen. Diese Bescheinigung wurde



dem Kläger am 5. Januar 1948 erteilt. Am 7. Januar 1948 veranlasste Dr. Hü[REDACTED] die Einstellung der Bauarbeiten, soweit sie über reine Sicherungsmassnahmen hinausgingen.

Es kam nun am 14. Januar 1948 zu einer Besprechung des Klägers mit Oberstadtdirektor Dr. Br[REDACTED]. Im Anschluss an diese Unterredung übermittelte der Kläger Dr. Br[REDACTED] eine vom selben Tag datierte Erklärung, in der er unter anderem schrieb:

"Sollte die Errichtung der Elefantapothek im Westflügel des Ba[REDACTED] Stadttheaters genehmigt werden, gebe ich vor Vertragsabschluss mit dem städtischen Liegenschaftsamt folgende Erklärung ab:....."

Die nun folgende Erklärung ging dahin, der Kläger sei bereit, sowohl die vorgesehenen Betriebsräume wie die 3 Wohnungen im Falle einer Kündigung nach 3 - 4-jähriger fester Vertragsdauer widerspruchslos zu räumen.

In der Sitzung des Hauptausschusses vom 20. Januar 1948 beantragte Dr. Hü[REDACTED] namens der Stadtverwaltung die Ablehnung des Antrages vom 29. November 1947 mit der Begründung, der jetzige Antrag gehe über die ursprüngliche Planung weit hinaus. Darauf beschloss der Hauptausschuss, den Abschluss eines Vertrages mit dem Kläger abzulehnen; er empfahl jedoch der Stadtverwaltung, für die Apotheke anderweit Raum zu schaffen.

Am 22. Januar 1948 wandte sich der Justitiar der Apothekerkammer, Rechtsanwalt Dr. S[REDACTED], fernmündlich an Dr. Br[REDACTED] wegen dieser Entscheidung des Haupt-

ausschusses. Nach der Behauptung des Klägers soll Dr. Er [REDACTED] bei diesem Ferngespräch die Ablehnung unwahrer-
weise damit begründet haben, dass das Theater wieder
aufgebaut werde und man schon beim Wiederaufbau sei;
auch den Vorschlag Dr. S [REDACTED], dem Kläger wenig-
stens den Raum des eigentlichen Theaterrestaurants ohne
die Zusatzräume zu überlassen, habe Dr. Er [REDACTED] abge-
lehnt.

Der Kläger verhandelte nunmehr mit der Beklagten
über den Plan, die Apotheke in den Räumen des dem Stadt-
theater gegenüberliegenden "W [REDACTED] Hofes" unter-
zubringen; diese Verhandlungen blieben ergebnislos. Am
1. Juni 1948 erteilte die Beklagte dem Kläger eine be-
fristete Genehmigung zum Wiederaufbau der Apotheke auf
dem alten Grundstück Unterdörnen 50. Der Kläger begann
diesen Bau, konnte ihn jedoch nicht zu Ende führen, da
ihm nach der Währungsreform die Mittel fehlten und die
städt. Sparkasse die Gewährung eines Kredites ablehnte.-
Die Kosten der von dem Kläger durch die Firma H [REDACTED]
ausgeführten Bauarbeiten hat ihm die Beklagte vor Klag-
erhebung erstattet.

Mit der Klage verlangt der Kläger von der beklagten
Stadtgemeinde Ersatz des ihm erwachsenen Schadens in
Höhe von 20 000 DM nebst näher bezeichneten Zinsen. Er
stützt die Klage einmal auf Vertrag. Zwar sei ein
schriftlicher Mietvertrag nicht zustandegekommen. Es
sei jedoch ein Mietvertrag auf unbestimmte Dauer zw-
schen den Parteien stillschweigend dadurch geschlossen
worden, dass alle beteiligten städtischen Dienststellen
- Liegenschafts-, Kultur- und Bauamt - schon vor dem

29. November 1949 seinen Antrag genehmigten, dass B. ihn aufforderte, seinen Antrag auf Keller und Zwischenstock zu erstrecken, ihm anriet, Baumaterialien anzuschaffen, ihm ferner gestattete, mit Bauarbeiten zu beginnen und dazu sogar der Firma H. Arbeitskräfte vermitteln liess, und ihm schliesslich die Bescheinigung vom 24. November 1947 ausstellte. - Jedenfalls aber haftete die Beklagte aus Verschulden bei Vertragsschluss. Die Stadtverwaltung habe ihre Pflichten gegenüber dem Kläger vor allem dadurch verletzt, dass sie selbst in der Sitzung des Hauptausschusses vom 20. Januar 1948 beantragt habe, den Antrag des Klägers vom 29. November 1947 abzulehnen. Damit habe sie sich in Widerspruch zu ihrem früheren Verhalten gesetzt, wie es in dem Vorgehen des Oberbaurat B. seinen Ausdruck gefunden habe. Nach dem ganzen Verhalten der Beamten der Beklagten habe der Kläger sich darauf verlassen dürfen, dass es zum Abschluss eines Mietvertrages kommen werde. - Um sich ganz dem Ausbau des Stadttheaters widmen zu können, habe der Kläger seine Stellung als Provisor aufgegeben. Dazu komme das Honorar des Architekten K. mit 4897 RM = 489.70 DM. Schliesslich habe die Beklagte ihm den Dienstaussfall zu ersetzen, der ihm dadurch entstanden sei, dass die Elefantapothek infolge des Verhaltens der Beklagten 9 1/2 Monate lang nicht habe eröffnet werden können; der Verdienstentgang belaufe sich auf 2500.-- DM monatlich oder insgesamt 22.500 DM.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie bestreitet sowohl den Abschluss eines Mietvertrages wie auch eine Haftung aus Verschulden beim Vertragsschluss.

Landgericht und Oberlandesgericht haben die Klage abgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kläger seinen Klageantrag weiter. Die Beklagte hat um Zurückweisung des Rechtsmittels gebeten.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht prüft das Klagvorbringen zunächst unter dem Gesichtspunkt der Verletzung eines Mietvertrages, nach Verneinung des Abschlusses eines Vertrages auch unter dem Gesichtspunkt des Verschuldens bei Vertragsverhandlungen. Dabei unterscheidet das Berufungsgericht zwei seiner Ansicht nach tatsächlich und rechtlich getrennte Vorgänge: 1) den Antrag des Klägers vom 7. Oktober 1947 auf Vermietung des Raums des Theaterrestaurants selbst, und 2) den Antrag vom 29. November 1947, der zusätzlich den Zwischenstock und den Kellerraum einbezog.

I.

Im Tatbestand des Berufungsurteils wird unter den unbestrittenen Tatsachen aufgeführt, dass bis zum 29. November 1947 ein Vertrag noch nicht geschlossen worden sei. Damit will das Berufungsgericht offenbar nur sagen, es sei kein schriftlicher Mietvertrag zustandegekommen. Denn nach den im Tatbestand des Berufungsurteils in Bezug genommenen Schriftsätzen des Klägers in der Berufungsinstanz hatte er ausdrücklich behauptet, es sei mündlich ein Mietvertrag auf unbestimmte Zeit geschlossen worden, und das Berufungsgericht setzt sich in den Gründen seiner Entscheidung mit dieser Behauptung auseinander.

Das Berufungsgericht verneint, dass auf der Grundlage des Antrages vom 7. Oktober 1947 ein mündlicher Mietvertrag geschlossen worden sei. Es gelangt zu dieser Überzeugung vor allem aufgrund des Wortlauts der von B. am 24. November 1947 ausgestellten Bescheinigung, wonach "der Vertragsschluss in etwa 10 bis 12 Tagen erfolgen" könne. Bevor es zu einem Abschluss auf den Antrag vom 7. Oktober 1947 hin gekommen sei, so führt das Berufungsgericht weiter aus, habe der Kläger am 29. November 1947 seinen zweiten, erweiterten Antrag eingereicht. Dadurch sei der erste Antrag überholt worden. Auch der zweite Antrag habe nicht zu einem Vertragsschluss geführt, denn vor einer Entscheidung der Stadtverwaltung über diesen Antrag habe der Hauptausschuss der Stadtvertretung aufgrund der nach § 16 der Satzung der Beklagten ihm zustehenden Befugnis die Sache an sich gezogen und den Abschluss eines Vertrages abgelehnt. Der Kläger habe selbst den Standpunkt, dass noch kein Vertrag geschlossen worden sei, eingenommen, wenn er in seiner "Erklärung" an Oberstadtdirektor Br. vom 14. Januar 1948 ausdrücklich sage: "Sollte die Errichtung der Apotheke genehmigt werden, so gebe ich vor Vertragsschluss folgende Erklärung ab:....". Somit habe auch der zweite Antrag nicht zum Abschluss eines Vertrages geführt.

Die Revision bestreitet nicht mehr, dass auf den Antrag vom 29. November 1947 ein Abschluss nicht zustandegekommen ist. Sie macht aber geltend, die Ansicht des Berufungsgerichts, auch der erste Antrag vom 7. Oktober 1947 habe nicht zu einem Abschluss geführt, beruhe

auf Rechtsirrtum. Das Berufungsgericht habe übersehen, dass nach § 37 der Deutschen Gemeindeordnung in der für die Britische Zone geltenden revidierten Fassung in Verbindung mit § 3 der noch geltenden 2. Durchführungsverordnung zur DGO vom 25. März 1936 (RGBl I, 272) Geschäfte der laufenden Verwaltung ohne erhebliche geldliche Bedeutung - und um ein solches habe es sich gehandelt - der Schriftform nicht bedürften. § 13 Abs 2 der Satzung der Beklagten bestimme das ausdrücklich. Die Stadtverwaltung habe daher für die Beklagte ohne Zustimmung des Hauptausschusses einen Mietvertrag abschliessen können. Es sei auch unter Beweis gestellt gewesen, dass sie andere, ebenfalls Räume des Theaters betreffende Mietverträge (mit der CDU, der Arbeiterwohlfahrt und mit der Firma Sch[REDACTED] & Re[REDACTED]) selbständig abgeschlossen habe. - Ein Vertragsschluss ergebe sich schon daraus, dass die Stadtverwaltung die Aufnahme der Bauarbeiten gekannt und gebilligt und sie durch Vermittlung von Arbeitskräften für die Firma H[REDACTED] unterstützt habe. Irgend ein Vorbehalt sei nicht gemacht worden, auch nicht der, dass die Entscheidung dem Hauptausschuss vorbehalten bleiben müsse. - Den späteren Vorgängen sei nichts Gegenteiliges zu entnehmen. Die Anfrage der KED vom 20. Dezember 1947 habe eine Auskunft erbeten, "ob mit dem Liegenschaftsamt ein Mietvertrag geschlossen worden sei und ob die Genehmigung vorliege". In der Sitzung des Hauptausschusses vom 20. Januar 1948 habe die Stadtverwaltung diese Frage nicht direkt beantwortet. Dr. H[REDACTED] habe den Vorschlag, den Antrag abzulehnen, mit der Begründung gemacht, dass der Antrag über die ursprüngliche Planung hinausgehe. Dass ein Vertrag abgeschlossen

sei, habe HÜ [REDACTED] nicht verneint. - Für den Abschluss eines Vertrages sei in dem Schriftsatz des Klägers vom 16. Juni 1950 (S 7 ff, Bl 99 ff GA) Beweis angetreten worden. Diese Beweise hätte das Berufungsgericht erheben müssen. Durch die Unterlassung habe das Berufungsgericht gegen § 286 ZPO verstossen; die getroffenen Feststellungen beruhten auf unzureichender Aufklärung des Sachverhalts.

Diese Angriffe der Revision sind nicht begründet. Dass die Stadtverwaltung allein ohne die Zustimmung des Hauptausschusses und, soweit es sich um Angelegenheiten von geringerer Bedeutung handelte, ohne Schriftform Mietverträge abschliessen konnte und in anderen Fällen abgeschlossen hat, wie zugunsten der Revision unterstellt werden mag, steht der Annahme des Berufungsgerichts nicht entgegen, dass ein solcher Abschluss tatsächlich nicht zustandegekommen ist. Es ist der Revision zuzugeben, dass das Berufungsgericht die Tatsachen, denen der Kläger den Abschluss eines Mietvertrages entnehmen zu können glaubt, nur unvollständig würdigt. Diese Tatsachen wären aber durchweg nicht geeignet gewesen, eine andere Beurteilung zu rechtfertigen. Dass die drei in Betracht kommenden Abteilungen der Stadtverwaltung - Liegenschafts-, Kultur- und Bauamt - je für sich dem Abschluss eines Mietvertrages nach Massgabe des Antrages vom 7. Oktober 1947 zustimmten, ersetzt den Abschluss eines solchen Vertrages noch nicht; es handelte sich bei den Äusserungen dieser Abteilungen offensichtlich um Stellungnahmen für den inneren Dienstbetrieb, die eine Verpflichtung der Beklagten nicht begründen konnten.

und nicht begründen sollten. Ebenso wenig ist es ein schlüssiger Beweis für den Abschluß eines Mietvertrages, daß die Beklagte der Aufnahme der Bauarbeiten seitens des Klägers zustimmte und ihn dabei unterstützte. Das Berufungsgericht legt mit Recht besonderes Gewicht auf die Bescheinigung des Oberbaurats B., in der dieser am 24. November, also 3 Tage vor Beginn der Bauarbeiten, ausdrücklich feststellt, der Mietvertrag könne in 10 bis 12 Tagen abgeschlossen werden. Das Berufungsgericht hätte noch erwähnen können, daß der Kläger in seinem Schriftsatz vom 16. Juni 1950 (S. 6) selbst vortragen hatte, der Leiter des Liegenschaftsamtes, Direktor P., habe Oberbaurat B. am 24. November fernmündlich mitgeteilt, der Vertragsschluß werde in etwa 10 bis 12 Tagen erfolgen; darauf gehe die erwähnte Bescheinigung zurück. Vor allem vermag der Kläger nicht eine bestimmte Behauptung darüber aufzustellen, wann und wodurch der Abschluß eines Vertrages zustande gekommen sei. Zudem fehlte nach dem eigenen Vortrag des Klägers eine Einigung über die Dauer des Vertrages, die für die Beklagte keinesfalls gleichgültig sein konnte. Daß der Kläger in der Einleitung seines Antrages vom 29. November 1947 ausführt, seinem Antrag vom 7. Oktober 1947 sei stattgegeben worden, beweist nur, daß der Kläger selbst den Stand der Dinge unzutreffend beurteilte, reicht aber zum Beweis des Abschlusses eines Vertrages nicht aus.

Andere Tatsachen, aus denen der Abschluß eines Vertrages sich ergeben könnte, hat der Kläger in dem von der Revision angeführten Schriftsatz vom 16. Juni 1950

nicht vorgetragen. Er hat dort selbst ausgeführt, "im Vertrauen darauf, daß der Mietvertrag zustandekam, und das Projekt durchgeführt werden könnte, wurde am 27. November 1947 mit den Bauarbeiten begonnen"; nachdem B. der Aufnahme der Bauarbeiten zugestimmt hatte, habe der Kläger sich mit aller Kraft an den Wiederaufbau gemacht "im Vertrauen darauf, daß der Mietvertrag zustandekommen würde"; "nachdem am 27. November 1947 die Bauarbeiten begonnen hatten, wäre es sicherlich zu dem allseits beabsichtigten Vertragsabschluß gekommen, wenn nicht Ende Dezember eine Anfrage der KPD-Fraktion an den Hauptausschuß erfolgt wäre". Die von dem Kläger vermißte Erörterung dieser Ausführungen hätte dem Berufungsgericht keinen Anlaß zu einer anderen Beurteilung geben können. Auch die in diesem Schriftsatz (S 7 ff) enthaltenen Beweisangebote, deren Übergehung die Revision rügt, waren nicht geeignet, eine andere Beurteilung zu rechtfertigen, da sie sich sämtlich auf Vorgänge bezogen, die nach dem 29. November 1947 lagen und den zweiten, erweiterten Antrag des Klägers betrafen. Die Verfahrensrüge der Revision ist daher unbegründet, soweit es sich um Ansprüche aus Vertrag handelt.

II.

In zweiter Linie wird die Klage auf Verschulden bei Vertragsschluß gestützt. Auch hier unterscheidet das Berufungsgericht zwischen dem Antrag vom 7. Oktober und dem erweiterten Antrag vom 29. November 1947; für den letzteren verneint es ein Verschulden bei Vertragsschluß, für den ersteren läßt es diese Frage offen,

verneint aber die Ursächlichkeit eines etwaigen Verschuldens für den eingeklagten Schaden.

Die Revision hat dieses Vorgehen angegriffen. Wenn das Berufungsgericht die beiden Anträge getrennt ins Auge fasse, so übersähe es, daß es sich um einen einheitlichen Lebensvorgang handle, dessen Entwicklung zwar verschiedene Stadien durchlaufen habe, der aber doch nur einheitlich gewürdigt werden könne. Dieser Angriff ist nicht gerechtfertigt. Das Berufungsgericht hat keineswegs verkannt, daß der Antrag vom 29. November 1947 eine Fortentwicklung des Antrages vom 7. Oktober gewesen ist, und daß es sich nicht um einen völlig anderen Plan gehandelt hat. Das Berufungsurteil hat dem aber Rechnung getragen. Bei der Prüfung, ob ein Vertrag überhaupt geschlossen worden ist, hat es erörtert, daß nach Einreichung des zweiten Antrages auch auf der Grundlage des ersten Antrages ein Vertrag nicht mehr zustande gekommen sei. In gleicher Weise betrachtet es auch die Frage der Haftung aus Verschulden bei Vertragsschluß nicht nur für jeden der beiden Anträge für sich, sondern es erwägt auch, ob nicht in der Behandlung des zweiten Antrages wenigstens ein Verschulden bezüglich der Behandlung des ersten Antrages inbegriffen sei, und ob nicht das Gesamtverhalten der Beklagten den Tatbestand des Verschuldens bei Vertragsschluß erfülle. Wenn es bei dieser Betrachtung die einzelnen Abschnitte der Entwicklung trennt, so ist das nicht zu beanstanden.

1.) Für die Behandlung des Antrages vom 29. November 1947 gelangt das Berufungsgericht in eingehender Prüfung

des Sachverhalts zu einer Verneinung eines Verschuldens der Beklagten und ihrer Beanten. Es führt aus:

Der zuständige Beigeordnete Dr. Hü[REDACTED] habe dem Kläger, als dieser ihm den erweiterten Antrag überreicht habe, sofort unmißverständlich Bedenken gegen das neue Projekt zum Ausdruck gebracht. Dies ergebe das Zeugnis des Dr. Hü[REDACTED], es werde auch durch den eigenen Vortrag des Klägers bestätigt. Wenn Dr. Hü[REDACTED] nach Eingang der Anfrage der Fraktion der KPD die beschleunigte Bearbeitung des Bauantrages veranlaßt habe, so liege darin weder eine Billigung dieses Antrages noch ein Beweis für das vom Kläger behauptete doppelte Spiel dieses Zeugen, denn die Bearbeitung des Bauantrages vom 20. Dezember 1947 sei eine formelle Voraussetzung dafür gewesen, daß der Hauptausschuß sich mit dem Fall habe befassen können. Entsprechendes gelte, wenn dem Kläger am 2. Januar 1948 anheimgestellt worden sei, eine Förderbescheinigung des Sozialministeriums beizubringen. Im Gegenteil habe der Kläger aus der Anweisung des Zeugen Hü[REDACTED] vom 7. Januar, alle über seine Sicherungsarbeiten hinausgehenden Baumaßnahmen einzustellen, erschen können, daß es nunmehr allein auf die Entscheidung des Hauptausschusses ankomme; das habe der Kläger auch zugegeben. Unter diesen Umständen könne Dr. Hü[REDACTED] kein Vorwurf daraus gemacht werden, daß er in der Sitzung des Hauptausschusses vom 20. Januar 1948 die Ablehnung des erweiterten Antrages des Klägers beantragt habe. Die in diesem Antrage vorgesehene Aufnahme von drei Mietern, davon zwei mit Familie, in das Theatergebäude habe - so meint das Berufungsgericht - schon wegen des Mieterschutzes für Wohnräume die eige-

nen Pläne der Stadtverwaltung für die Wiederverwendung des Gebäudes als Theater erheblich beeinträchtigen müssen. Wenn Dr. Hübner bei dieser Sachlage vorgeschlagen habe, den Antrag des Klägers abzulehnen, so liege darin kein Verstoß gegen Treu und Glauben. Eine Befürwortung des zweiten Antrages sei dem Kläger von irgend einer maßgebenden Instanz der Beklagten nicht zugesichert worden.

Die Revision rügt auch hier die Verletzung des §. 286 ZPO dadurch, daß die in dem Schriftsatz vom 16. Juni 1950 angebotenen Beweise nicht erhoben worden seien. Sie rügt außerdem Verletzung des materiellen Rechts. Entscheidend sei, daß die maßgebenden Beamten der Stadt dem Hauptausschuß nicht hätten vorschlagen dürfen, die Zustimmung zu dem Abschluß eines Mietvertrages zu verweigern, nachdem der erweiterte Plan gerade auf Veranlassung von Oberbau- rat B. in Angriff genommen worden sei. Wer in einem andern fahrlässig unbegründete Hoffnungen auf einen Geschäftsabschluß erwecke und ihn dadurch zu Aufwendungen veranlasse, hafte aus vorvertraglichem Verschulden. Des habe das Berufungsgericht verkannt.

Diese Rügen greifen nicht durch. Das Verschulden der Beklagten sieht der Kläger darin, daß die Stadtverwaltung in Widerspruch zu ihrem früheren Verhalten dem Hauptausschuß die Ablehnung des Antrages vom 29. November vorgeschlagen habe. Dieser Vorwurf ist nicht begründet. Es war Sache der Stadtverwaltung, welche Vorschläge sie dem Hauptausschuß machen wollte. Eine Rechtspflicht gegenüber dem Kläger bestand insoweit nicht. Auch erhellt nicht,

daß ein anderer Vorschlag der Stadtverwaltung zu einem dem Kläger günstigeren Ergebnis im Hauptausschuß geführt hätte. Zudem kommt es auf diese internen Vorgänge bei der Beklagten nicht an. In Frage steht nur, ob die von dem Hauptausschuß beschlossene und von der Stadtverwaltung ausgeführte Ablehnung des Antrags des Klägers mit dem vorangegangenen Verhalten der Vertreter der Beklagten im Widerspruch stand. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts trifft dies hinsichtlich des Beigeordneten Dr. Hü[REDACTED] nicht zu: Er hat sofort dem Kläger seine Bedenken zu erkennen gegeben. Daß die von ihm angeordnete Bearbeitung des Bauantrages vom 20. Dezember 1947 einen Wechsel dieser Auffassung nicht zum Ausdruck brachte, führt das Berufungsgericht mit zutreffenden Erwägungen aus; dasselbe gilt von der Empfehlung, eine Förderungsbescheinigung des Sozialministeriums beizubringen. - Es bleibt das Verhalten des Oberbaurats B[REDACTED]. Es ist zu Gunsten des Klägers davon auszugehen, daß B[REDACTED] es war, der die Erweiterung des Projekts veranlaßt und damit bei dem Kläger die Hoffnung auf eine Genehmigung des erweiterten Antrages erweckt hat. Insbesondere mag unterstellt werden, daß der Kläger dadurch veranlaßt worden ist, den Architekten K[REDACTED] zuzuziehen. Aber damit ist eine Haftung der Beklagten aus Verschulden beim Vertragsschluß noch nicht begründet. Eine solche Haftung würde nach der Rechtsprechung voraussetzen, daß B[REDACTED] schuldhaft die objektiv unbegründete Hoffnung auf eine Genehmigung erweckte und den Kläger dadurch in erkennbarer Weise zu Aufwendungen veranlaßte, die dem Abschluß eines Mietvertrages dienen sollten, aber bei Ausbleiben dieses Abschlusses nutzlos waren.

(RGZ 143, 219 [222]). Dem Berufungsurteil läßt sich aber weder entnehmen, daß die Hoffnung auf eine Genehmigung des neuen Antrages von vornherein objektiv unbegründet war, noch daß Bauch schuldhaft unbegründete Hoffnungen in dieser Richtung erweckt hätte. Welche Stellung die Stadtverwaltung dem neuen Plane gegenüber einnehmen werde, war damals noch nicht vorauszusehen; daß Bauch allein über die Genehmigung nicht zu entscheiden hatte, war dem Kläger aus seinen bisherigen Verhandlungen mit den anderen beteiligten Stellen der Stadtverwaltung bekannt. Das Berufungsgericht hätte in diesem Zusammenhange noch darauf hinweisen können, daß B. nach der Niederschrift über seine Vernehmung bezeugt hat, den Kläger darauf hingewiesen zu haben, daß der neue Plan noch der Genehmigung bedürfe. Das Berufungsgericht nimmt mit Recht an, daß der Kläger auf sein eigenes Risiko hin handelte, wenn er bei dieser Sachlage einen Architekten beizog und seine bisherige Stellung aufgab.

An dieser Beurteilung hätten auch die in dem Schriftsatz vom 16. Juni 1950 angebotenen Beweise nichts ändern können. Der Kläger hatte dort darauf hingewiesen, daß der Bauantrag vom 20. Dezember 1947 als Bauherrn ausdrücklich "Herbert L. im Auftrage der Stadtverwaltung W." bezeichne; das Berufungsgericht stellt hierzu fest, daß diese Wendung von B. und dem Kläger ohne Wissen und Veranlassung der Beklagten gebraucht worden sei, daher nicht gegen sie verwertet werden könne. Unerheblich ist die weitere Behauptung, der erweiterte Antrag vom 29. November beruhe auf einer Auflage des Direktors P., auch insoweit gilt, daß damit die Beklagte sich noch nicht

festgelegt hatte. Sodann hatte der Kläger dort vorge-
tragen, vor der Sitzung des Hauptausschusses habe in
einer Dezernentenbesprechung die irrtümliche Annahme,
der Kläger habe auch die erste Etage in den Mietver-
trag einbeziehen wollen, zu einer ablehnenden Einstel-
lung geführt; am 14. Januar 1948 habe er Herrn La [REDACTED]
und durch dessen Vermittlung auch Oberstadtdirektor
Br [REDACTED] über diesen Irrtum aufgeklärt. Auch bei dieser
Dezernentenbesprechung handelte es sich um interne Vor-
gänge innerhalb der Stadtverwaltung, aus denen der Kläger
ein Verschulden der Beklagten ihm gegenüber nicht herlei-
ten kann; übrigens hätte die von ihm am 14. Januar 1948
gegebene Aufklärung die Ursächlichkeit des behaupteten
Irrtums für die weitere Behandlung der Angelegenheit be-
seitigt. In Betracht käme höchstens das Vorbringen des
Klägers, nach Einschaltung des Hauptausschusses sei An-
laß gewesen, ihn auf die damit verbundene Gefährdung des
Projekts hinzuweisen; das sei nicht geschehen. Es kann
aber kein Zweifel darüber sein, daß der Kläger von der
Befassung des Hauptausschusses mit der Angelegenheit als-
bald Kenntnis erhalten hat. Das Berufungsgericht hat mit
Recht angenommen, daß dies spätestens durch die Einstel-
lung der Arbeiten am 7. Januar 1948 der Fall gewesen
ist.

2.) Das Berufungsgericht erörtert weiter, ob nicht
die Beklagte in der Zeit nach der Einreichung des zwei-
ten Antrages, also nach dem 29. November 1947, wenig-
stens hinsichtlich der Behandlung des ersten Antrages
ein Verschulden treffe. Hierzu führt es aus: Der Kläger
habe Dr. Hü [REDACTED] gegenüber nicht zum Ausdruck gebracht,
daß er für den Fall der Ablehnung des erweiterten Antra-

ges wenigstens auf einer Entscheidung über den ursprünglichen Antrag vom 7. Oktober 1947 bestehe. Das gehe schon daraus hervor, daß der Kläger sich nach der Entscheidung des Hauptausschusses dem Projekt "W. [REDACTED] Hof" zugewandt habe. Zudem ergebe die Fassung der Niederschrift über die Sitzung des Hauptausschusses vom 20. Januar 1948, daß dieser die Vermietung von Räumen des Theatergebäudes an den Kläger überhaupt abgelehnt habe.

Diese Ausführungen lassen einen Rechtsirrtum nicht erkennen. Der Kläger hatte noch vorgetragen, Rechtsanwalt S. [REDACTED] habe in seinem Ferngespräch mit Oberstadtdirektor Dr. Br. [REDACTED] vom 22. Januar 1948 gebeten, dem Kläger wenigstens den ursprünglich vorgesehenen Raum zu geben. Bremme habe aber darauf hingewiesen, daß der Hauptausschuß jede Vermietung an den Kläger grundsätzlich abgewiesen habe, und der Wahrheit zuwider erklärt, die Wiederherstellung des Theaters sei bereits eingeleitet. Das Berufungsgericht hat diese Behauptung gewürdigt, aber die Ursächlichkeit dieses Vorgangs für den eingeklagten Schaden verneint.

Dem Berufungsgericht ist weiter darin beizutreten, daß es unerheblich ist, wenn der Plan, die Elefantenapotheke im "W. [REDACTED] Hof" unterzubringen, scheiterte. Auch daß die Beklagte am 1. Juni 1948 schließlich die Genehmigung erteilte, die Apotheke an der alten Stelle im Unterdörnen 50 wieder aufzubauen, vermag das Bild nicht zu ändern. Es ist nicht ersichtlich, daß die Beklagte den Kläger durch diese Pläne etwa absichtlich hingehalten hätte. Ebensowenig erhellt, daß ihm dadurch ein Scha-

den entstanden wäre, daß er auf eine Verwirklichung dieser Pläne vertraut hätte; ein solcher Schaden wäre jedenfalls nicht Gegenstand des Rechtsstreits gewesen.

3.) Hinsichtlich der Verhandlungen in der Zeit vor dem 29. November 1947 läßt das Berufungsgericht die Frage eines Verschuldens bei Vertragsschluß offen, verneint aber, daß durch ein solches Verschulden dem Kläger ein Schaden verursacht worden sei. Der Anspruch auf Ersatz des entgangenen Gewinns werde mit Nichterfüllung des Vertrages begründet, scheide also aus, da ein Vertrag nicht geschlossen worden sei. Die Aufgabe der bisherigen Stellung des Klägers sei nach dem Vortrag in der Klagschrift nicht auf die Verhandlungen über den ersten Antrag zurückzuführen; der Kläger sei nach seinen eigenen Ausführungen hierzu dadurch bewogen worden, daß er sich ganz für die Verwirklichung des erweiterten Planes vom 29. November habe einsetzen wollen. Dasselbe gelte von der Beauftragung des Architekten K[REDACTED]. Auch diese Kosten seien nach dem eigenen Vortrag des Klägers durch den Antrag vom 29. November 1947 verursacht worden. Weitere Schadensposten habe er nicht angeführt; die Kosten der von ihm eingeleiteten Bauarbeiten habe ihm die Beklagte bereits erstattet.

Die Revision wendet sich zunächst dagegen, daß das Berufungsgericht dem Kläger nur das negative Interesse zubilligt. Die Revision verweist darauf, daß das Reichsgericht in den Entscheidungen RGZ 103, 47 und 137, 76 den Ersatz des positiven Interesses zugelassen habe. Das Reichsgericht hat jedoch dort ausgeführt, Art und Umfang der

Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß richte sich nach den allgemeinen Grundsätzen des § 249 BGB; der in Anspruch Genommene sei verpflichtet, den Zustand herzustellen, der ohne das schuldhafte Verhalten bestehen würde. Aus Verschulden bei Vertragsschluß könne ein Anspruch auf das positive Interesse sich nur dann ergeben, wenn ohne das Verschulden ein Vertrag zustandegekommen wäre; regelmäßig sei der Schadensersatz auf den Vertrauensschaden beschränkt. Es kommt also darauf an, ob ohne das Verschulden des Beklagten ein Mietvertrag wenigstens im Rahmen des Antrages vom 7. Oktober 1947 geschlossen worden wäre. Das Berufungsgericht verneint dies. Der Kläger will offenbar geltend machen, daß bei einem korrekten Verhalten der Stadtverwaltung in der Hauptausschußsitzung vom 20. Januar 1948 wenigstens der Antrag vom 7. Oktober 1947 angenommen worden wäre, wenn der Sachverhalt vollständig vorgetragen und auf die moralische Verpflichtung der Beklagten hingewiesen worden wäre. Das Berufungsgericht stellt jedoch fest, daß, nachdem durch die Intervention der Fraktion der KPD die Sachlage sich zugespitzt hatte, der Hauptausschuß jede Vermietung an den Kläger abgelehnt hat. Weiter stellt es fest, daß der Antrag vom 7. Oktober durch den Antrag vom 29. November überholt worden war und der Kläger nicht hatte erkennen lassen, daß er im Falle der Ablehnung des erweiterten Antrages auf seinem ursprünglichen Antrag bestehe. Diese Feststellungen sind von der Revision nicht angegriffen worden; sie tragen die angegriffene Entscheidung, soweit es sich um das von dem Kläger verlangte Erfüllungsinteresse handelt. Es bedarf daher keiner Entscheidung darüber, ob gegenüber öffentlichen Körperschaften ein Anspruch auf Ersatz des

Erfüllungsschadens unter dem Gesichtspunkt des Verschuldens beim Vertragsschluß überhaupt erhoben werden kann.

Sodann bezweifelt die Revision, daß der Anspruch auf entgangenen Gewinn nicht zu dem negativen Interesse gehöre. Die Revision verweist hierzu auf die Entscheidung des Reichsgerichts Warn 33 S 373 und führt aus: Gerade weil der Kläger auf den Ausbau des Theatergrundstücks vertraut habe, sei ihm der Verdienstausschlag entstanden, denn die nach Vereitelung dieser Absicht unternommenen Pläne hätten infolge der Währungsreform nicht durchgeführt werden können. Dieser Angriff geht fehl. Der eingeklagte Gewinn ist dem Kläger dadurch entgangen, daß er den Ausbau des Theaters nicht vornehmen konnte; dieser Anspruch setzt also die Feststellung voraus, daß ohne das behauptete Verschulden beim Vertragsschluß ein Mietvertrag zustandegekommen wäre, und diese Feststellung hält das Berufungsgericht, wie ausgeführt, nicht für möglich.

Weiter rügt die Revision, das Berufungsgericht habe übersehen, daß die Zuziehung des Architekten K [REDACTED] sich auch auf den Raum des eigentlichen Theaterrestaurants bezogen habe. Selbst wenn die Auffassung des Berufungsgerichts zutreffend wäre, müßte zumindest der sich hierauf beziehende Teil des Architektenhonorars erstattet werden. Auf Frage hätte der Kläger hierfür eine gesonderte Kostenabrechnung vorgelegt und Beweis für ihre Richtigkeit angeboten; § 179 ZPO sei verletzt. - Auch diese Rüge ist nicht begründet. Das Berufungsgericht stellt auf Grund des eigenen Vorbringens des Klägers fest, daß

die Zuziehung des Architekten erst durch den zweiten Antrag veranlaßt worden ist; der Antrag vom 7. Oktober ist hierfür nicht ursächlich gewesen.

Schließlich macht die Revision geltend, das Berufungsgericht habe außer acht gelassen, daß der Kläger außer den in dem angefochtenen Urteil erörterten Schadensposten noch weitergeltend gemacht habe; schon in der Klage habe er vorgetragen, daß er Material angeschafft, Bautrupps eingesetzt und mit den Bauarbeiten begonnen habe, und in seinem Schriftsatz vom 16. Juni 1950 habe er nochmals darauf hingewiesen. Diese Rüge übersieht, daß die Beklagte unbestritten die Kosten dieser Bauarbeiten den Kläger vor Klagerhebung erstattet hat; die Klage ist auf diese Aufwendungen weder in der Klagschrift noch später gestützt worden.

III.

In letzter Linie rügt die Revision, das Berufungsurteil habe den weiteren Klaggrund der Haftung aus unerlaubter Handlung nicht erörtert, es entbehre insoweit einer Begründung und verstoße gegen § 551 Nr 7 ZPO.

Es ist richtig, daß das Berufungsurteil auf diesen Klaggrund nicht eingeht. Er ist im Tatbestande des Berufungsurteils nicht erwähnt; die dort in Bezug genommenen Schriftsätze des Klägers in der Berufungsinstanz, insbesondere die Berufungsbegründung, enthielten jedoch ausdrücklich die Erklärung, daß die Klage auch auf unerlaubte Handlung gestützt werde; dabei wurde auf §§ 826,

839 BGB, Art 34 GrundG hingewiesen; die Anführung von Art 153 der Weimarer Reichsverfassung (anstelle von Art 131) beruht offenbar auf einem Versehen. Dieser Klaggrund war ein selbständiges Angriffsmittel im Sinne des § 146 ZPO, und wenn das Berufungsurteil auf diese Klagbegründung nicht einging, so liegt darin ein Revisionsgrund im Sinne des § 551 Nr 7 ZPO. Dieser Verstoß nötigt aber nur dann zur Aufhebung und Zurückverweisung, wenn das übergangene Angriffsmittel geeignet war, der Klage zum Erfolge zu verhelfen (RGZ 156, 113 und die dort § 119 angeführten Entscheidungen; RGZ 160, 338 § 343; 170, 328 § 331 f). Daran fehlt es im vorliegenden Fall.

Auszugehen ist davon, daß das von dem Kläger beanstandete Verhalten der Beamten der Beklagten bei den Verhandlungen über den Abschluß eines Mietvertrages sich nicht auf die Betätigung der öffentlichen Gewalt bezog, sondern sich im Bereiche des privaten Rechtsverkehrs abspielte. Es ist daher kein Raum für die Anwendung des § 839 BGB. Zwar wird die Ansicht vertreten, der gegenüber Art 131 der Weimarer Reichsverfassung geänderte Wortlaut des Art 34 Satz 1 GrundG ("Ausübung eines öffentlichen Amtes" statt bisher "Ausübung öffentlicher Gewalt") bedeute eine Erstreckung der Haftung nach Art 34 auf nicht hoheitliche (fiskalische) Maßnahmen, so daß für letztere jetzt die strengere öffentlich-rechtliche Verbandshaftung, nicht mehr die schwächere privatrechtliche Haftung nach §§ 31, 89, 831 BGB gegeben sei (so vor allem Giese, Anm 2 zu Art 34). Diese Ansicht findet aber in der Entstehungsgeschichte des Art 34 keine Stütze;

vielmehr ist anzunehmen, daß die Abweichung des Wortlauts von dem des Art 131 der Weimarer Reichsverfassung keine Änderung des rechtlichen Gehaltes bedeutet (so Mangoldt, Anm 2 zu Art 34; Menzel im "Bonner Kommentar", Art 34 Anm 3 und das dort aufgeführte Schrifttum). Für den vorliegenden Fall kommt danach eine Haftung der Beklagten aus unerlaubter Handlung nur insoweit in Betracht, als sie sich die Handlungen ihrer Beamten nach Maßgabe der §§ 31, 89, 831 BGB zurechnen lassen muß, wenn diese sich unerlaubter Handlungen im Sinne der §§ 823 ff BGB schuldig machen. Die Voraussetzungen einer solchen Haftung sind jedoch nicht gegeben. § 823 BGB scheidet aus, wie der Kläger offenbar nicht verkennt. Aber auch der Tatbestand des § 826 BGB ist nicht gegeben. Der Kläger sieht eine unerlaubte Handlung darin, daß Dr. Hü [REDACTED] in Widerspruch zu dem Verhalten des Oberbaurats B [REDACTED] durch seinen Antrag in der Hauptausschußsitzung vom 20. Januar 1948 die Ablehnung des Antrages vom 29. November 1947 herbeigeführt habe. Voraussetzung einer Haftung aus § 826 BGB wäre, daß Dr. Hü [REDACTED] durch sein Verhalten in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise dem Kläger vorsätzlich Schaden zugefügt hätte. Bei der Prüfung des Verhaltens des Dr. Hü [REDACTED] unter dem Gesichtspunkt des Verschuldens bei Vertragsschluß stellt das Berufungsgericht fest, daß ihm ein Verschulden nicht zur Last fällt. Damit ist auch ein Verschulden im Sinne des § 826 BGB der Sache nach verneint. Abgesehen davon würde der vom Berufungsgericht festgestellte Mangel der Ursächlichkeit des Verhaltens von Dr. Hü [REDACTED] für den von dem Kläger geltend gemachten Schaden bei Anwendung des § 826 BGB ebenfalls zur Abweisung der Klage führen müssen.

Die Revision will eine Amtspflichtverletzung der Beamten der Beklagten anscheinend auch darin sehen, daß ihm der Aufbau der Apotheke an der alten Stelle - U [REDACTED] - zunächst verweigert worden ist. Wie die spätere Abänderung dieser Entscheidung beweise, sei diese Verweigerung willkürlich gewesen. Dieses Vorbringen war aber nicht Gegenstand des Rechtsstreites; die Klage war hierauf nicht gestützt. In der Revisionsinstanz kann diese Klagbegründung nicht mehr nachgeschoben werden. - Unbegründet ist es schließlich, wenn die Revision weiter ausführt, aus dem Verbot, an der alten Stelle wieder aufzubauen, ergebe sich eine Rechtspflicht der Beklagten, dem Kläger zum Wiederaufbau an einer andern Stelle Gelegenheit zu geben. Eine solche Verpflichtung ist nicht anzuerkennen.

Der von der Revision gerügte Verfahrensverstoß gibt somit keinen Anlaß zu einer Aufhebung der angefochtenen Entscheidung. Die Revision war daher mit der aus § 97 ZPO sich ergebenden Kostenfolge zurückzuweisen.

Dr. Pritsch Dr. v. Normann Dr. Heck Schuster Dr. Oechßler