

handelnden Abschnitt II, sondern in dem von Umfang, Ausübung und Verlust der Gewerbebefugnisse handelnden Abschnitt III des Titels II der Gewerbeordnung findet, ergibt sich, daß er nicht bloß auf genehmigungspflichtige, sondern auch auf nichtgenehmigungspflichtige gewerbliche Anlagen Anwendung finden soll. Notwendige Voraussetzung seiner Anwendung aber ist, daß der zu untersagende Betrieb zu Recht besteht. Es folgt dies, abgesehen davon, daß die Gewerbeordnung den § 51, wie bereits erwähnt, unter die den Verlust der Gewerbebefugnisse betreffenden Vorschriften gestellt hat, schon allein aus der rechtlichen Natur der Enteignung als einer aus Gründen des Gemeinwohls gegen Entschädigung stattfindenden Entziehung bestehender Rechte. Danach beschränkt sich die Anwendbarkeit des § 51 auf gewerbliche Anlagen, zu deren Betrieb der Unternehmer durch die erteilte Genehmigung ein Recht erlangt hat, und auf solche nicht genehmigungspflichtige gewerbliche Anlagen, deren Betrieb, wenn er auch mit Nachteilen für das Gemeinwohl verbunden ist, sich doch innerhalb der durch die Gesetze und polizeilichen Vorschriften gezogenen Grenzen bewegt. Nichtgenehmigungspflichtige Betriebe aber, welche den Gesetzen oder polizeilichen Vorschriften zuwiderlaufen, bilden keinen Gegenstand der Enteignung und die Befugnis der Polizeibehörden, gegen solche Betriebe bis zu ihrer völligen Untersagung einzuschreiten, um dem Gesetze Geltung zu verschaffen, wird durch den § 51 nicht berührt.¹⁾

3. Wann liegt eine „Untersagung der Benutzung einer gewerblichen Anlage“ i. S. des § 51 GewO. vor? Hierüber führt RGZ. 19 S. 360/61 aus:

„... Als Abweichung von allgemeinen Rechtsgrundsätzen muß aber der § 51 GewO. streng ausgelegt werden, und dies, in Verbindung mit der Stellung des Paragraphen in dem III. Abschnitte des Gesetzes unter der Überschrift: Umfang, Ausübung und Verlust der Gewerbebefugnisse, zwischen den Vorschriften über das Erlöschen der Genehmigung zum Gewerbebetriebe wegen nicht eingehaltener Frist zu dessen Beginnen (§ 49 a. a. D.) und über Zurücknahme von Approbationen (§ 53 a. a. D.), führt zu der Auffassung, daß unter „gewerblichen Anlagen“ im § 51 nur die zum Betriebe eines Gewerbes getroffenen baulichen und sonstigen Einrichtungen in ihrer Gesamtheit zu verstehen sind, dergestalt, daß Entschädigungspflicht eintritt, wenn die polizeiliche Anordnung (direkt oder indirekt, vgl. Entsch. des OVG. Bd. 10 S. 271) die Ausübung des Gewerbebetriebes an der einmal gewählten Stelle ganz unmöglich macht, nicht aber schon dann, wenn die Benutzung eines einzelnen Teiles einer Gesamtanlage (einer einzelnen Maschine, eines Maschinenteiles, eines bestimmten Gebäudeteiles zu gewissen Verrichtungen) untersagt wird, ohne daß dadurch der Betrieb im ganzen in Frage gestellt wird. Wann das eine oder das andere vorliegt, kann (beispielsweise wenn eine Gesamtanlage den Betrieb mehrerer, nicht untrennbarer, Gewerbszweige umfaßt und nur die Ausübung eines derselben untersagt wird) zu Zweifeln Anlaß geben, welche aus den tatsächlichen Verhältnissen des Einzelfalles zu entscheiden sind. Vorliegend jedoch genügt zur Nichtanwendung des § 51 die Feststellung des Berufungsrichters, daß es

¹⁾ Hiernach kann die Polizei gegen derartige nicht genehmigungspflichtige Betriebe gemäß § 10 II 17 WR. einschreiten, wenn sie z. B. widerliche Gerüche über die Nachbarschaft verbreiten: „Wie in dem Gutachten der wissenschaftlichen Deputation für das Medizinalwesen vom 28. Juli 1886 (Entsch. des OVG. Bd. XIV S. 326) ausgeführt ist, wirkt bei der Notwendigkeit reiner Luft für die menschliche Gesundheit die länger andauernde Verunreinigung der Luft gesundheitsgefährlich.“ (OVG. a. a. D. bei Kampf. S. 126).

sich um die Einstellung des Betriebes der Fabrikanlage der Klägerin, d. h. um die Einstellung der Pulverfabrikation in dem Etablissement zu Aue nicht handele, schon deshalb, weil die eigene Darstellung der Klägerin ergibt, daß sie zur Fortsetzung des Betriebes in seiner Gesamtheit nur das Lagerhaus an eine von der Chaussee entferntere Stelle hat verlegen müssen.¹⁾

§ 51 GewD. liegt aber nicht vor, wenn ein Gewerbebetrieb, dessen Eröffnung gestattet worden ist, nachträglich deshalb untersagt wird, weil er nach baupolizeilichen Vorschriften an der gewählten Stelle nicht hätte gestattet werden dürfen. So RGZ. 50 S. 4 ff. zu folgendem Rechtsfall:

„In dem sächsischen Dorf C. bestand seit 1894 eine Ortsbauordnung, in welcher in § 26 bestimmt war, daß in gewissen in dem Bebauungsplane vorgesehenen Straßen nur villenartige Gebäude nebst den dazugehörigen Nebengebäuden errichtet werden dürfen. Die Kläger erwarben im Jahre 1895 ein Grundstück an einer dieser Straßen und errichteten darauf zwei Gebäude, die nach ihrer äußeren Gestaltung der erwähnten Vorschrift entsprachen; es wurden auch die Bauzeichnungen von der Baupolizeibehörde — Amtshauptmannschaft Pirna — genehmigt. In dem einen der Gebäude richteten die Kläger eine Kehlleistenfabrik ein, bei der sie außer anderen Maschinen eine Kehlholemaschine und eine Kreissäge, die durch Elektrizität getrieben wurden, verwendeten; sie meldeten auch ihre Absicht, die Kehlleistenfabrikation zu betreiben, vor Eröffnung des Betriebes bei der Gewerbepolizeibehörde an. Das starke Geräusch, das durch die gebrauchten Maschinen verursacht wurde, und der durch die Feuerungsanlagen erzeugte Rauch veranlaßten mehrere Nachbarn zu Beschwerden bei der Amtshauptmannschaft; die von dieser getroffenen Anordnungen vermochten indes die Belästigung der Nachbarn nicht genügend zu beseitigen. Diese verlangten deshalb schließlich, unter der Behauptung, daß die ganze Anlage gegen § 26 der Ortsbauordnung verstoße, die Untersagung des Betriebes. Die Amtshauptmannschaft gab diesem Antrage jedoch nicht statt, und die Kreishauptmannschaft Dresden, deren Entscheidung von den Nachbarn angerufen wurde, entschied in gleichem Sinne, wobei sie aussprach, aus § 26 der Ortsbauordnung sei nicht zu entnehmen, daß auf dem davon betroffenen Terrain in äußerlich villenähnlichen Gebäuden Gewerbe der in Frage stehenden Art nicht betrieben werden dürften. Die belästigten Nachbarn wandten sich darauf an das sächsische Ministerium des Innern, und dieses entschied dahin, es hätte die Genehmigung zum Betriebe der Fabrik nach § 26 der Ortsbauordnung nicht erteilt werden dürfen, da die dort getroffene Bestimmung dahin zu verstehen sei, daß in dem betreffenden Ortsteile nur Gebäude errichtet werden dürften, die nicht bloß nach ihrer Gestaltung und Größe, sondern auch nach der Art ihrer Benutzung den Charakter des Ortsteiles als einer Garten- und Gartenhausanlage, der ihm habe gewahrt bleiben sollen, nicht beeinträchtigten. Infolge dieser Entscheidung wurde der Weiterbetrieb der Fabrik von der Amtshauptmannschaft untersagt.

Die Kläger erhoben insolgedessen Anspruch auf Schadensersatz gegen den sächsischen Staatsfiskus, wobei sie sich in erster Instanz allein auf § 50 GewD., in zweiter Instanz aber zugleich darauf beriefen, daß nach den insoweit bestehenden Landesgesetzen die Entscheidung der Kreishauptmannschaft Dresden eine endgültige, das Ministerium des Inneren also nicht zu-

¹⁾ Vgl. auch RGZ. 80 S. 303.

ständig gewesen sei, diese Entscheidung aufzuheben oder abzuändern; das Vorgehen des Ministeriums wollten sie deshalb als einen unzulässigen, den Staat zum Schadensersatz verpflichtenden Eingriff in ihr Vermögen angesehen wissen.

Die Klage wurde in erster und zweiter Instanz abgewiesen; das Berufungsgericht verneinte, daß der Klageanspruch aus § 51 GewD. abgeleitet werden könne; im übrigen ließ es dahingestellt, ob das Ministerium durch seine Entscheidung die ihm durch die sächsischen Gesetze gezogenen Grenzen seiner Zuständigkeit überschritten habe, da, wenn dies auch anzunehmen sein sollte, der Anspruch der Kläger auf Schadensersatz nur begründet sein würde, wenn die Entscheidung des Ministeriums als grobe Fahrlässigkeit anzusehen wäre, was keineswegs der Fall sei.

Die von den Klägern eingelegte Revision, die lediglich Verletzung des Gewerberechtes rügte, wurde zurückgewiesen aus den nachfolgenden Gründen:

... „Der § 51 GewD. setzt voraus, daß die in Frage stehende gewerbliche Anlage im Einklange mit den bestehenden gesetzlichen Vorschriften, und zwar sowohl mit den speziell gewerberechtlichen, als auch mit denjenigen, die sich aus partikularrechtlichen Bestimmungen ergeben, durch welche für gewisse Ortsteile aus Rücksicht auf deren bauliche Gestaltung die Errichtung von gewerblichen Anlagen ausgeschlossen oder Beschränkungen unterworfen wird (vgl. in letzterer Beziehung das Urteil des erkennenden Senates vom 18. März 1901, Rep. VI 332/00), errichtet worden ist,

vgl. Reger, *Entsch. der Gerichte und Verwaltungsbehörden* Bd. 5 S. 413; *Jurist. Wochenschrift* 1894 S. 577 Nr. 7; *Entsch. des preuß. Oberverwaltungsgerichtes* vom 13. Juni 1892, bei *Marcinowski, Gewerbeordnung* 6. Aufl. S. 159 Bem. 4,

und bestimmt, daß auch bezüglich einer solchen Anlage die Fortbenutzung durch die höhere Verwaltungsbehörde untersagt werden könne, wenn sich ergibt, daß der Fortbetrieb überwiegende Nachteile oder Gefahren für das Gemeinwohl mit sich bringe. Für den Fall, daß die Behörde von diesem Rechte Gebrauch macht, wird dem Besitzer der Anlage ein im Rechtswege verfolgbarer Anspruch auf Entschädigung zugesprochen.

Ein Fall, wie ihn § 51 hiernach im Auge hat, liegt unzweifelhaft nicht vor. Allerdings hat die Amtshauptmannschaft Pirna als die in 1. Instanz zuständige Behörde die Auffassung gewonnen, daß der Betrieb der Fabrik der Kläger weder nach den gewerberechtlichen Vorschriften, noch nach den Bestimmungen der C. er Ortsbauordnung zu beanstanden sei, und dem ist die Kreisauptmannschaft zu Dresden in ihrer Entscheidung vom 1. Mai 1896 beigetreten. Es haben sich hierbei indes die Personen, die sich durch den Fabrikbetrieb benachteiligt glaubten, nicht beruhigt, sondern die Entscheidung der höchsten sächsischen Verwaltungsbehörde angerufen, und diese hat sich zur Entscheidung für zuständig und die Beschwerde für begründet erachtet, weil sie angenommen hat, daß der Fabrikbetrieb der Kläger gegen die in § 26 der C. er Ortsbauordnung enthaltenen baupolizeilichen Bestimmungen verstoße. Das Ministerium hat sonach nicht, von dem in § 51 GewD. den höheren Verwaltungsbehörden eingeräumten Recht Gebrauch machend, eine den Gesetzen gemäß errichtete Anlage im öffentlichen Interesse wieder beseitigen wollen; es ist vielmehr die Frage, ob die Anlage der Kläger gegenüber den für C. bestehenden besonderen Bestimmungen statthaft sei, Gegenstand der Entscheidung dreier Instanzen geworden und in letzter Instanz verneint worden.

Für die daraus sich ergebende Folgerung, daß hier eine Sachgestaltung, wie sie in § 51 GewD. geregelt ist, nicht vorliegt, und deshalb die dort ge-

troffene, die Gewährung von Schadensersatz betreffende, Bestimmung jedenfalls nicht unmittelbar anwendbar erscheint, ist es ohne Bedeutung, ob die Behörde, welche hier in dritter Instanz entschieden hat, nach den insofern maßgebenden landesrechtlichen Vorschriften zu einer Nachprüfung und Änderung der Entscheidung der Kreishauptmannschaft zuständig, und bzw. ob ihre Entscheidung sachlich richtig gewesen ist. Das Berufungsgericht durfte daher, ohne sich einer Rechtsverletzung schuldig zu machen, beide Fragen unentschieden lassen.

Nicht zutreffend ist es aber auch, wenn die Revision meint, es müsse, wenn diese Fragen, oder die eine oder die andere von ihnen, zu verneinen wären, die Entschädigungspflicht des Beklagten um deswillen angenommen werden, weil — durch einen Schluß a majore ad minus — gefolgert werden müsse, daß, wenn bei einer gemäß dem Gesetze erfolgten Unterdrückung eines Gewerbebetriebes Entschädigung zu gewähren sei, dies um so mehr der Fall sein müsse, wenn ein solcher unter Verletzung von Kompetenzbestimmungen, also unrechtmäßig, untersagt worden sei. Die Bestimmung des § 51 GewD. ist eine Sonderbestimmung mit einem speziellen Tatbestande und gestattet eine ausdehnende, bzw. analoge Anwendung, wie sie die Revision im Auge hat, nicht.

Vgl. Entsch. des RG. in Zivilf. Bd. 19 S. 360 ff., Bd. 26 S. 342; Jurist. Wochenschr. 1896 S. 376 Nr. 36; Fischer, Zeitschr. f. die sächs. Verwaltung Bd. 7 S. 92 ff. verb. mit Bd. 6 S. 227 ff.

Aus den Bestimmungen des Reichsrechtes, das als revisibles materielles Recht hier allein in Betracht kommt, kann hiernach, da weder § 51 GewD. einschlägt, noch eine sonstige für den Klageanspruch verwertbare reichsgesetzliche Vorschrift besteht, der Klageanspruch nicht gestützt werden.“

Die Untersagung muß von der „höheren Verwaltungsbehörde“ ausgehen. Geht sie — mit Unrecht — von einer unteren Verwaltungsbehörde aus, so liegt § 51 GewD. nicht vor:

„Die Vorschrift des § 51 a. a. D. . . ist subsidiär. Sie läßt ausnahmsweise ein freies Ermessen der Behörde über die Zulässigkeit des Fortbestandes eines dem Gemeinwohle überwiegend nachteiligen oder gefährlichen Betriebes da zu, wo die sonstigen Vorschriften, nach welchen aus konkret vorgeesehenen Gründen einem Betriebe die (gerade für Betriebe bedenklicher Art erforderliche) Konzession entzogen werden kann, versagen, und als Ausgleichung für diese Unterwerfung jedes Gewerbetreibenden unter das freie Ermessen der Behörde, und für die Unmöglichkeit, alle die Umstände, welche eine Anwendung dieses Ermessens notwendig machen können, vorausszusehen oder gar zu vermeiden, konnte die Zusage einer Entschädigung dem Gesetzgeber als geboten erscheinen. Aber gerade wegen des bei der Schließung eines Betriebes im Falle des § 51 a. a. D. zugesagten Entschädigungsanspruches mußte die Anwendung der Vorschrift mit einer weiteren Garantie, als dem bloßen Beschwerderechte des Gewerbetreibenden, umgeben werden, und diese Garantie ist gefunden worden in der Auswahl der zur Anwendung der Vorschrift berufenen Behörde. Diese Vorschrift ist daher zur Gewinnung eines allgemeinen Rechtssatzes nicht geeignet, am wenigstens zur Gewinnung des Rechtssatzes, daß nicht nur die durch das Gesetz berufene, sondern auch irgendeine andere Behörde die Macht habe, dadurch daß sie — unbefugterweise — einen Gewerbebetrieb auf Grund des § 51 a. a. D. schließe, den Staat oder sonst jemand mit der Verpflichtung zum Schadensersatz zu belasten. Eine derartige Befugung einer nicht dazu befugten Behörde mag außer dem Beschwerderechte

unter Umständen eine Vertretungspflicht des unbefugt verfügenden Beamten herbeiführen können, nicht aber eine vermögensrechtliche Belastung des Staates oder eines Dritten. Mit dem an dieser Stelle vom Berufungsrichter zur Anwendung gebrachten Satze, daß die Gesetzmäßigkeit einer polizeilichen Verfügung vom Richter nicht zu prüfen sei, läßt sich dessen Ansicht nicht decken. Auf das Bestehen einer von unzuständiger Seite erlassenen Verfügung hat freilich der Richter keine Einwirkung; aber er kann sie auch, wenn sie zu seiner Kognition gelangt, nur so beurteilen, wie sie vorliegt, und kann ihr deshalb nicht Rechtswirkungen beilegen, welche das Gesetz nur mit den Verfügungen bestimmt bezeichneter Behörden verknüpft.“ (RGZ. 26 S. 342/43). Vgl. auch RGZ. 61 S. 12 ff.

Zweifelhaft ist, ob die Unterjagung des Gesamtbetriebes eines Unternehmens Voraussetzung des Schadenersatzanspruches ist, deren Prüfung dem mit diesem Anspruche befaßten Gerichte obliegt, oder ob es sich nicht vielmehr um einen Tatbestand handelt, welcher von der höheren Verwaltungsbehörde als Erfordernis für den Unterjagungsbeschluß aus § 51 GewD. festzustellen wäre. Eine Unterjagung auf Grund des § 51 dürfte dann nur in dem Falle ausgesprochen werden, in welchem jener Tatbestand für gegeben unterstellt würde; ist der Unterjagungsbeschluß unter Bezugnahme auf § 51 GewD. ergangen, so könnte die Frage, ob die Unterjagung eines gesamten Betriebes vorliegt, nicht mehr von den ordentlichen Gerichten aufgeworfen werden, vielmehr würde der einmal erlassene Unterjagungsbeschluß unter allen Umständen die Entschädigung des Unternehmens zur Folge haben, deren Feststellung der Höhe nach dem Gerichte obliegt. Das RGZ. 80 S. 303 hat diese Frage nicht entschieden, man wird sich aber dafür entscheiden müssen, daß die Gerichte das Vorliegen der Voraussetzungen des § 51 GewD. selbstständig zu prüfen und zu entscheiden haben, da eine gesetzliche Bestimmung darüber fehlt, daß sie an die diesbezügliche Entscheidung der Verwaltungsbehörde gebunden wären.

4. Wer ist im Falle des § 51 GewD. schadenersatzpflichtig? Das Gesetz schweigt. Das RG. 80 S. 305 ff.¹⁾ führt zu dieser Frage folgendes aus:

„Über die Person des Schadenersatzpflichtigen im Falle des § 51 GewD. trifft das Gesetz keine Bestimmung. Da es auch an einer anderen anwend-

¹⁾ Der Rechtsfall war folgender: Die Klägerin hatte seit etwa 60 Jahren in B. eine Patronen- und Zündhütchenfabrik betrieben, deren Gebäude und Räume sich auf mehrere Straßen verteilten. Auf dem Grundstücke an einer dieser Straßen wurde das zur Fällung der Zündhütchen erforderliche Knallquecksilber hergestellt und wurden die Zündhütchen gewaschen und getrocknet; die Metallverarbeitung, Herstellung von Kupferkapseln und Patronen erfolgte auf den anderen Grundstücken, die auch die Pack-, Kontor- und Wohnräume enthielten. Das Grundstück, auf welchem das Quecksilber hergestellt wurde, war von Wohn- und Fabrikgebäuden umgeben und an einer Seite vom Bahnkörper der vormals Rheinischen Bahn begrenzt. Durch rechtskräftigen Beschluß des Bezirksausschusses zu D. wurde der Klägerin auf Grund des § 51 GewD. die fernere Benutzung des ersten Grundstückes — auf welchem das Quecksilber herge-