



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

III ZR 470/16

Verkündet am:  
20. April 2017  
K i e f e r  
Justizangestellter  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja  
BGHZ: ja  
BGHR: ja

---

GG Art. 100 Abs. 1, Art. 125a Abs. 1; GewO § 6a; VwVfG § 42a; BGB § 839 Abs. 1  
Ca, D, E, Fm

- a) Der Senat ist - wie für eine Vorlage an das Bundesverfassungsgericht nach Art. 100 Abs. 1 GG i.V.m. § 80 BVerfGG erforderlich - von der Verfassungswidrigkeit des § 6a Abs. 2 GewO wegen mangelnder Gesetzgebungskompetenz des Bundesgesetzgebers nicht überzeugt.
- b) Die Gaststättenbehörde ist verpflichtet, den anwaltlich nicht vertretenen Antragsteller auf den Eintritt der Genehmigungsfiktion gemäß § 6a Abs. 1 und 2 GewO, § 31 GastG hinzuweisen, wenn sie ihm zuvor mitgeteilt hat, dass sein Antrag auf Erteilung einer Gaststättenerlaubnis noch nicht beschieden werden könne, und insoweit um etwas Geduld gebeten hat.
- c) Der Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens setzt voraus, dass derselbe Erfolg effektiv herbeigeführt worden wäre; die bloße Möglichkeit, ihn rechtmäßig herbeiführen zu können, reicht nicht aus. Daher greift der Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens nicht, wenn das alternative Verhalten dem in Kenntnis der rechtlichen Problematik gebildeten Willen der Behörde widerspräche (Bestätigung von Senat, Urteile vom 3. Februar 2000 - III ZR 296/98, BGHZ 143, 362 und vom 11. Dezember 1997 - III ZR 52/97, NJW 1998, 1307; BGH, Urteil vom 2. November 2016 - XII ZR 153/15, WuM 2017, 18).

BGH, Urteil vom 20. April 2017 - III ZR 470/16 - OLG Stuttgart  
LG Stuttgart

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 20. April 2017 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Herrmann, die Richter Hucke, Tombrink und Dr. Remmert sowie die Richterin Dr. Arend

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Stuttgart - 4. Zivilsenat - vom 17. August 2016 wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Revisionsrechtszugs hat die Beklagte zu tragen.

Von Rechts wegen

#### Tatbestand

- 1 Die Klägerin macht Schadensersatzansprüche aus Amtshaftung im Zusammenhang mit einer von der beklagten Stadt versagten Gaststättenerlaubnis geltend.
- 2 Die Klägerin ist Inhaberin einer von ihr seit dem 1. März 2013 in S. betriebenen Spielhalle. Für diese hatte sie am 6. Juni 2011 eine Spielhallenerlaubnis beantragt, die ihr am 31. Mai 2012 von der Beklagten erteilt wurde. Die Klägerin beantragte am 17. November 2011 bei der Beklagten zudem eine Erlaubnis, die Betriebsstätte auch als Gaststätte nutzen zu dürfen, und zwar dahingehend, dass dieselben Räumlichkeiten von 8.00 Uhr bis 22.00 Uhr als

Spielhalle und von 23.00 Uhr bis 5.00 Uhr als Barbetrieb genutzt werden sollten.

3 Die Beklagte bat am 9. Dezember 2011 das Regierungspräsidium als zuständige Aufsichtsbehörde um Stellungnahme zu der von der Klägerin beantragten Gaststättenerlaubnis. Mit Schreiben vom 21. Dezember 2011 und 5. Januar 2012 informierte sie die Klägerin über den Sachstand und bat um etwas Geduld. Das Regierungspräsidium teilte mit Schreiben vom 21. Februar 2012 der Beklagten mit, eine Gaststättenerlaubnis für die wechselnde Nutzung der Spielhalle als Gaststätte müsse im Hinblick auf das Landesnichtraucherschutzgesetz (LNRSchG) abgelehnt werden. Am 20. März 2012 wurden die betroffenen Räume vom Baurechtsamt der Beklagten abgenommen. Mit an die Klägerin gerichtetem Bescheid vom 1. Juni 2012 versagte die Beklagte die beantragte Gaststättenerlaubnis, weil das Rauchen in der beantragten Gaststätte nach § 7 LNRSchG unzulässig, hingegen während der Zeit der Nutzung als Spielhalle uneingeschränkt zulässig sei, weshalb der Raum, der als Spielhalle genutzt werde, nicht geeignet sei, um darin eine Gaststätte zu betreiben.

4 Am 29. November 2012 trat das Landesglückspielgesetz (LGlüG) in Kraft. Es verbietet während der von 0.00 Uhr bis 6.00 Uhr dauernden Sperrzeit den Betrieb einer Schank- oder Speisewirtschaft in den Räumen einer Spielhalle (§ 43 Abs. 5 LGlüG).

5 Die von der Klägerin gegen den ablehnenden Bescheid der Beklagten vom 1. Juni 2012 ergriffenen Rechtsbehelfe blieben ohne Erfolg. Durch Urteil des Verwaltungsgerichts Stuttgart vom 13. September 2013 (GewArch 2014, 93) wurde ihre Klage, soweit sie auf Verpflichtung zur Erteilung der begehrten Gaststättenerlaubnis gerichtet war, mit der Begründung abgewiesen, der Be-

scheid vom 1. Juni 2012 sei rechtmäßig, weil im Hinblick auf die Regelung im Landesglückspielgesetz die gesetzlichen Voraussetzungen für die begehrte Gaststättenerlaubnis nicht vorlägen.

6 Das Landgericht hat die auf Ersatz des entgangenen Gewinns für das erste Betriebsjahr der Gaststätte in Höhe von 151.680,33 € gerichtete Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat - nach Vernehmung von Zeugen und Einholung eines Sachverständigengutachtens - das Urteil des Landgerichts auf die Berufung der Klägerin teilweise abgeändert und die Beklagte zur Zahlung von 17.700 € verurteilt. Im Übrigen hat es die Berufung der Klägerin zurückgewiesen.

7 Mit der vom Berufungsgericht für die Beklagte zugelassenen Revision begehrt diese die vollständige Abweisung der Klage.

#### Entscheidungsgründe

8 Die zulässige Revision hat keinen Erfolg.

#### I.

9 Das Berufungsgericht hat, soweit vorliegend von Bedeutung, ausgeführt:

10 Der Klägerin stehe gegen die Beklagte ein Schadensersatzanspruch gemäß § 839 Abs. 1 Satz 1 BGB i.V.m. Art. 34 GG zu. Die Beklagte habe ihre Amtspflichten gegenüber der Klägerin dadurch verletzt, dass sie mit Bescheid vom 1. Juni 2012 trotz der zwischenzeitlich eingetretenen Genehmigungsfiktion

des § 6a GewO rechtswidrig die Erteilung der Gaststättenerlaubnis abgelehnt habe.

11            Zwar hätten die Voraussetzungen für die Erteilung der Gaststättenerlaubnis nicht vorgelegen. Es sei der Versagungsgrund des § 1 des Gaststättengesetzes für Baden-Württemberg (LGastG) i.V.m. § 4 Abs. 1 Nr. 2 GastG (Bund) gegeben gewesen, weil der beabsichtigte Betrieb der Gaststätte gegen § 7 LNRSchG verstoßen habe. Dennoch sei der ablehnende Bescheid vom 1. Juni 2012 rechtswidrig gewesen, weil mit Ablauf des 17. Februar 2012 die Erteilung der Erlaubnis durch die Beklagte gemäß § 6a Abs. 1 und 2 GewO i.V.m. § 1 LGastG, § 31 GastG (Bund) fingiert worden und deshalb für einen Ablehnungsbescheid kein Raum mehr gewesen sei.

12            Die rechtswidrige Versagung der Gaststättenerlaubnis stelle eine schuldhaftige Verletzung der Amtspflicht zu gesetzmäßigem Verhalten dar. Die im Jahr 2009 eingeführte Vorschrift des § 6a GewO habe den Bediensteten der Beklagten bekannt sein müssen. Soweit diese beim Erlass des Bescheids vom 1. Juni 2012 davon ausgegangen seien, die Genehmigungsfiktion sei noch nicht eingetreten, weil erst mit Erteilung des Schlussabnahmescheins durch die Baurechtsbehörde die Entscheidungsreife des Gaststättenerlaubnisanspruchs eingetreten sei, widerspreche diese Auffassung sowohl der höchstrichterlichen Rechtsprechung als auch der gaststättenrechtlichen Literatur, die den Bediensteten der Beklagten habe bekannt sein müssen.

13            Letztere hätten die gegenüber der Klägerin bestehenden Amtspflichten ferner dadurch verletzt, dass sie die Klägerin nicht gemäß § 25 Abs. 1 Satz 1 LVwVfG zeitnah auf die eingetretene Genehmigungsfiktion hingewiesen und/oder das Erlaubnisverfahren nicht eingestellt und dies der Klägerin mitge-

teilt hätten. Daraus, dass nach § 42a Abs. 3 LVwVfG auf Antrag des Antragstellers der Eintritt der Genehmigungsfiktion schriftlich zu bescheinigen sei, folge nicht, dass es ohne einen entsprechenden Antrag eines Hinweises an den Antragsteller nicht bedürfe. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme sei der Streithelfer der Beklagten, ein Rechtsanwalt, seinerzeit hinsichtlich des Gaststättenerlaubnisverfahrens noch nicht mandatiert und die Klägerin insoweit noch nicht anwaltlich vertreten gewesen.

14 Die Amtspflichtverletzungen seien für den der Klägerin durch das Unterlassen des Gaststättenbetriebs entgangenen Gewinn ursächlich geworden. Die unterbliebene Mitteilung der Erledigung des Erlaubnisverfahrens durch die Genehmigungsfiktion sei für den seit dem 1. April 2012 eingetretenen Schaden kausal, der rechtswidrige Bescheid vom 1. Juni 2012 für den Schaden ab diesem Zeitpunkt.

15 Der von der Beklagten erhobene Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens in Gestalt der Ablehnung der Gaststättenerlaubnis vor Eintritt der Genehmigungsfiktion greife nicht durch. Zwar sei die Grundbedingung dieses Einwands erfüllt, dass dasselbe Ergebnis auch rechtmäßig herbeigeführt werden können. Jedoch habe das als rechtmäßiges Alternativverhalten geltend gemachte Vorgehen dem damals erkennbaren Willen der Behörde widersprochen. Diese habe angesichts der als schwierig eingeschätzten Rechtsfrage zur Wechselnutzung der Räume nicht ohne rechtliche Rückversicherung beim Regierungspräsidium entscheiden wollen.

16 Der Einwand der Beklagten, sie habe die fingierte Genehmigung zurücknehmen können, sei unbegründet. Hierauf könne sich eine Behörde nicht berufen, wenn sie die rechtswidrige, aber wirksame Erlaubnis nicht zurückgenom-

men habe. Zudem könne nicht - wie erforderlich - festgestellt werden, dass die Beklagte in Ausübung ihres Ermessens (§ 48 Abs. 1 Satz 1 LVwVfG) die fingierte Erlaubnis auch tatsächlich zurückgenommen hätte.

17 Für den Zeitraum ab dem 1. Juli 2012 sei die Klage indessen zur Zeit unbegründet, weil der Klägerin insofern ein Schadensersatzanspruch gegen den Streithelfer zustehe, so dass eine anderweitige Ersatzmöglichkeit im Sinne von § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB bestehe. Der Streithelfer sei Anfang Juni 2012 in Bezug auf das gaststättenrechtliche Erlaubnisverfahren von der Klägerin mandatiert worden und habe bis Ende Juni 2012 erkennen und die Klägerin darauf hinweisen müssen, dass die Genehmigungsfiktion eingetreten sei. Dagegen habe ihn zuvor noch keine entsprechende Belehrungspflicht getroffen. Vor dem 1. Juni 2012 habe lediglich ein auf die Spielhallenerlaubnis beschränktes Mandat bestanden. Bei dessen Bearbeitung hätten sich dem Streithelfer die - im Gaststättenrecht, nicht aber für das Spielhallenerlaubnisverfahren geltende - Genehmigungsfiktion des § 6a GewO und ein aus deren Unkenntnis seiner Mandantin entstehender Schaden nicht aufdrängen müssen.

18 Der im Zeitraum vom 1. April bis 30. Juni 2012 der Klägerin entstandene Schaden sei nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme auf 17.700 € zu schätzen. Der Sachverständige habe die Gästezahl der Gaststätte von 150 pro Öffnungstag zutreffend ermittelt.

## II.

19 Auf die Revision der Beklagten ist das angefochtene Urteil entgegen der Ansicht der Klägerin einer uneingeschränkten Prüfung zu unterziehen, soweit zum Nachteil der Beklagten entschieden worden ist. Das Berufungsgericht hat

die Revision im Tenor des Berufungsurteils für die Beklagte unbeschränkt zugelassen. Zwar kann sich eine Beschränkung der Rechtsmittelzulassung auch aus den Entscheidungsgründen ergeben (z.B. Senat, Urteile vom 2. Februar 2017 - III ZR 41/16, juris Rn. 19 und vom 15. Mai 2014 - III ZR 368/13, WM 2014, 1146 Rn. 11; BGH, Urteile vom 13. November 2012 - XI ZR 334/11, WM 2013, 24 Rn. 7 und vom 11. Mai 2012 - V ZR 193/11, NJW 2012, 2648 Rn. 5). Dies muss sich allerdings klar und eindeutig aus den Gründen des Urteils ableiten lassen. Unzureichend ist es, wenn das Berufungsgericht lediglich eine Begründung für die Revisionszulassung nennt, ohne weiter erkennbar zu machen, dass es sie auf den durch die Rechtsfrage betroffenen Teil des Streitgegenstands hat beschränken wollen (z.B. Senatsurteile vom 15. Mai 2014 aaO und vom 8. März 2012 - III ZR 191/11, NZS 2012, 546 Rn. 6; jeweils mwN).

20 Mit seiner Ausführung, die Frage, ob die Genehmigungsbehörde jedenfalls den Antragsteller, der sich dessen nicht bewusst sei, auf den Eintritt der Genehmigungsfiktion hinzuweisen habe, sei von der Rechtsprechung bislang nicht entschieden worden, hat das Berufungsgericht die Zulassung der Revision nur erläutert, ohne sie erkennbar auf die erwähnte Frage einschränken zu wollen. Abgesehen davon wäre eine Beschränkung der Revisionszulassung auf die Amtspflichtverletzung, die das Berufungsgericht in dem unterlassenen Hinweis auf die eingetretene Genehmigungsfiktion gesehen hat, und für die allein die vorstehende Rechtsfrage von Bedeutung ist, nicht zulässig. Das Berufungsgericht hat zwar die Möglichkeit, die Revision hinsichtlich eines Teils des Streitgegenstands zuzulassen, der Gegenstand eines Teil- oder Zwischenurteils sein könnte oder auf den der Revisionskläger selbst sein Rechtsmittel beschränken könnte (st. Rspr.; vgl. nur Senat, Urteil vom 2. Februar 2017 aaO Rn. 23 und Beschluss vom 16. Dezember 2010 - III ZR 127/10, WM 2011, 526 Rn. 5; jeweils mwN). Voraussetzung hierfür ist eine Selbständigkeit des von der Zulas-

sungsbeschränkung erfassten Teils des Streitstoffs in dem Sinne, dass dieser in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht unabhängig von dem übrigen Prozessstoff beurteilt werden und auch im Falle einer Zurückverweisung kein Widerspruch zu dem nicht anfechtbaren Teil des Streitstoffs auftreten kann (z.B. Senat, Beschluss vom 16. Dezember 2010 aaO mwN; BGH, Urteil vom 4. Juni 2003 - VIII ZR 91/02, WM 2003, 2139, 2141).

21            Diese Voraussetzung ist vorliegend im Hinblick auf die vom Berufungsgericht angenommenen Amtspflichtverletzungen - Nichterteilung eines Hinweises auf den Eintritt der Genehmigungsfiktion und Versagung der Gaststättenerlaubnis durch Bescheid vom 1. Juni 2012 - nicht gegeben. Beide Amtspflichtverletzungen hängen von dem Eintritt der Genehmigungsfiktion gemäß § 6a GewO i.V.m. § 1 LGastG, § 31 GastG (Bund) ab. Auch die Frage des rechtmäßigen Alternativverhaltens in Gestalt des Erlasses eines Versagungsbescheides vor Eintritt der Genehmigungsfiktion ist bei beiden Amtspflichtverletzungen einheitlich zu beantworten. Verneinte der Senat die Amtshaftung der Beklagten wegen Nichterteilung eines Hinweises aufgrund des fehlenden Eintritts der Genehmigungsfiktion oder des begründeten Einwands rechtmäßigen Alternativverhaltens, entstünde im Verhältnis zu der vom Berufungsgericht angenommenen Amtshaftung wegen des Versagungsbescheides, die auf der Genehmigungsfiktion und der Unbegründetheit des Einwands rechtmäßigen Alternativverhaltens beruht, ein Widerspruch. Beide Amtspflichtverletzungen können nicht getrennt voneinander beurteilt werden. Dementsprechend kann die Revisionszulassung nicht auf eine der Amtspflichtverletzungen beschränkt werden.

III.

22 Die Revision ist unbegründet. Der Klägerin steht gegen die Beklagte ein Schadensersatzanspruch aus Amtshaftung gemäß § 839 Abs. 1 Satz 1 BGB i.V.m. Art. 34 Satz 1 GG in dem vom Berufungsgericht zuerkannten Umfang zu.

23 1. Das Berufungsgericht hat zu Recht eine Amtspflichtverletzung der Be-  
diensteten der Beklagten gegenüber der Klägerin darin gesehen, dass sie diese  
nicht zeitnah auf den Eintritt der Genehmigungsfiktion gemäß § 6a Abs. 1 und 2  
GewO i.V.m. § 1 LGastG, § 31 GastG (Bund) hingewiesen haben.

24 a) Die von der Klägerin beantragte Gaststättenerlaubnis galt vorliegend  
mit Ablauf des 17. Februar 2012 als erteilt.

25 Nach § 1 LGastG in der am 1. März 2010 in Kraft getretenen Fassung  
vom 10. November 2009 gilt das Gaststättengesetz (Bund) in der Fassung vom  
20. November 1998, zuletzt geändert durch Art. 10 des Gesetzes vom 7. Sep-  
tember 2007, mit den im Landesgaststättengesetz genannten Ergänzungen als  
Landesrecht fort, also auch § 31 GastG (Bund). Nach dieser Bestimmung fin-  
den auf die den Vorschriften des Gaststättengesetzes (Bund) unterliegenden  
Gewerbebetriebe die Vorschriften der Gewerbeordnung Anwendung, soweit  
nicht im Gaststättengesetz (Bund) besondere Bestimmungen getroffen worden  
sind. Zu den in § 31 GastG (Bund) in Bezug genommenen Normen der Gewer-  
beordnung gehört mithin auch die durch das Gesetz zur Umsetzung der Dienst-  
leistungsrichtlinie im Gewerberecht und in weiteren Rechtsvorschriften vom  
17. Juli 2009 (BGBl. I S. 2091, 2092) in die Gewerbeordnung eingefügte und  
am 28. Dezember 2009 in Kraft getretene Vorschrift des § 6a GewO. Dort ist in  
Absatz 2 bestimmt, dass die in Absatz 1 geregelte Genehmigungsfiktion auch

für Verfahren nach dem Gaststättengesetz (Bund) gilt, solange keine landesrechtlichen Regelungen bestehen.

26           aa) Die Verweisung von § 1 LGastG über § 31 GastG (Bund) auf § 6a GewO genügt entgegen der Auffassung der Revision dem verfassungsrechtlichen Gebot der Normenklarheit.

27           (1) Danach müssen gesetzliche Regelungen so gefasst sein, dass der Betroffene seine Normunterworfenheit und die Rechtslage so konkret erkennen kann, dass er sein Verhalten danach auszurichten vermag. Soweit die praktische Bedeutung einer Regelung nicht nur von der Geltung und Anwendung einer Einzelnorm abhängt, sondern vom Zusammenspiel von Vorschriften unterschiedlicher Regelungsbereiche, müssen die Klarheit des Norminhalts und die Voraussehbarkeit der Ergebnisse der Normanwendung gerade auch im Hinblick auf dieses Zusammenwirken gesichert sein (BVerfGE 108, 52, 75). Eine Vorschrift, die auf andere Normen verweist, muss hinreichend bestimmt sein und erkennen lassen, welche Vorschriften im Einzelnen maßgebend sein sollen (BVerfGE 26, 338, 367 mwN).

28           (2) Diesen Anforderungen wird die Verweisung in § 1 LGastG über § 31 GastG (Bund) auf § 6a GewO gerecht (a.A. Weißenberger, DÖV 2012, 385, 391; Glaser, GewArch 2013, 1, 3).

29           Entgegen der Auffassung der Revision enthält die vorgenannte Normenkette nicht ein "endloses Hin- und Herverweisen". Sie endet in dem Verweis in der - gemäß § 1 LGastG als Landesrecht fortgeltenden - Vorschrift des § 31 GastG (Bund) auf § 6a GewO. Soweit die Geltung der Genehmigungsfiktion auch für gaststättenrechtliche Verfahren in § 6a Abs. 2 Halbsatz 2 GewO von

fehlenden landesrechtlichen Regelungen abhängig gemacht wird, liegt dem die Fortgeltung des Gaststättengesetzes als Bundesrecht zugrunde (vgl. hierzu BT-Drucks. 16/13190 S. 3). Gaststättengesetz und Gewerbeordnung verweisen in dieser Konstellation einheitlich als Bundesrecht auf (etwaiges) Landesrecht. Hat die Verweisung auf die Gewerbeordnung - wie vorliegend - ihren Ursprung im Landesrecht, ist eine (Rück-)Verweisung auf das Landesrecht sinnwidrig. Denn der baden-württembergische Gesetzgeber hat durch die uneingeschränkte Verweisung auf das - zum Zeitpunkt des Erlasses des Landesgesetzes vom 10. November 2009 durch das (Bundes-)Gesetz zur Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie im Gewerberecht und in weiteren Rechtsvorschriften vom 17. Juli 2009 geänderte - Gaststättengesetz des Bundes deutlich gemacht, dass dieses einschließlich des Verweises auf die Gewerbeordnung in § 31 GastG, als Landesrecht fortgelten soll (vgl. § 1 LGastG; LT-Drucks. 14/4850 S. 16). Eine eigenständige Regelung zu einer gaststättenrechtlichen Genehmigungsfiktion hat er nicht getroffen. Daraus wird deutlich, dass die in § 6a Abs. 1 und 2 GewO bestimmte gaststättenrechtliche Genehmigungsfiktion auch für Baden-Württemberg gelten soll. Dies schließt eine Rückverweisung auf Landesrecht aus.

30 Ein Verstoß gegen das Gebot der Normenklarheit ergibt sich auch nicht daraus, dass der baden-württembergische Landesgesetzgeber im Rahmen der Verweisung in § 1 LGastG unmittelbar nur die Regelungen des Gaststättengesetzes (Bund) in Bezug genommen hat (a.A. Weißenberger und Glaser; jeweils aaO). Infolge des Verweises auf das Gaststättengesetz (Bund) in § 1 LGastG muss der Rechtsanwender davon ausgehen, dass das gesamte Gaststättengesetz des Bundes nunmehr als Landesrecht gilt. Zweifel, ob dies auch im Hinblick auf § 31 GastG (Bund) und die darin enthaltene Verweisung auf die Gewerbeordnung zutrifft, bestehen nicht. Ebenso, wie es vormals dem Anwender von Bundesrecht zumutbar war, die Verweisung in § 31 GastG (Bund) zu finden

und ihr zu folgen, ist dies nunmehr auch dem Anwender des Landesgaststättenrechts zumutbar. Spezielle Kenntnisse sind hierfür nicht erforderlich.

31           bb) Die sich somit aus § 1 LGastG, § 31 GastG (Bund) vorliegend ergebende Anwendbarkeit von § 6a Abs. 2 GewO scheidet entgegen der Auffassung der Revision auch nicht deshalb aus, weil § 6a Abs. 2 GewO wegen fehlender Gesetzgebungskompetenz des Bundesgesetzgebers verfassungswidrig ist. Eine Vorlage an das Bundesverfassungsgericht nach Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG i.V.m. § 80 BVerfGG ist nicht veranlasst.

32           (1) Durch das am 1. September 2006 in Kraft getretene Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 28. August 2006 (BGBl. I S. 2034) ist die Gesetzgebungskompetenz für das Gaststättenrecht gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG auf die Länder übergegangen. Nach Art. 125a Abs. 1 GG gilt Recht, das als Bundesrecht erlassen worden ist, aber wegen der Änderung des Art. 74 Abs. 1 GG nicht mehr als Bundesrecht erlassen werden könnte, als Bundesrecht fort. Es kann durch Landesrecht ersetzt werden. Wenn nach dieser Maßgabe fortgeltendes Bundesrecht an veränderte Verhältnisse angepasst werden soll, bleibt hierfür der Bund bis zu einer landesrechtlichen Ersetzung im Sinne von Art. 125a Abs. 1 Satz 2 GG zuständig (vgl. Uhle in Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 125a Rn. 27 mwN [September 2016]; Wolff in v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 6. Aufl., Art. 125a Rn. 23; Dreier/Stettner, Grundgesetz, 2. Aufl., Art. 125a Rn. 10 mwN; BeckOK/Seiler, GG, Art. 125a Rn. 4 [Stand: 01.12.2016]; vgl. zu Art. 125a Abs. 2 GG: BVerfGE 112, 226, 250; 111, 10, 31). Allerdings ist die Anpassungskompetenz des Bundes auf schlichte Einzelanpassungen des Rechts an veränderte Verhältnisse, das heißt auf eine Fortschreibung des geltenden Rechts beschränkt. Eine grundlegende Neukonzeption des fortgeltenden Regelwerkes ist nicht möglich (Uhle in Maunz/Dürig aaO

Rn. 28 mwN; BeckOK/Seiler aaO; vgl. zu Art. 125a Abs. 2 GG: BVerfG jeweils aaO).

33 (2) Ob es sich bei der mit Wirkung vom 28. Dezember 2009 durch § 6a Abs. 2 GewO in das Gaststättenrecht neu eingeführten Genehmigungsfiktion - wie die Revision meint - um eine grundlegende und damit nicht der Anpassungskompetenz des Bundes unterliegende Neukonzeption handelt, ist im Schrifttum umstritten.

34 (a) Teilweise wird vertreten, durch die erstmalige Etablierung der Figur der Genehmigungsfiktion erfahre der Ablauf des gaststättenrechtlichen Genehmigungsverfahrens einen grundlegenden Wandel. Während der Antragsteller bisher erst nach Erlass eines feststellenden Verwaltungsakts die Befugnis zum Betrieb einer Schank- und Speisewirtschaft erhalten habe, trete dieselbe Wirkung nun möglicherweise alleine durch Zeitablauf ein. Dies spreche dafür, bei der Einführung einer Genehmigungsfiktion eine nur den Ländern zustehende wesentliche Umgestaltung der gaststättenrechtlichen Genehmigungspflicht anzunehmen, so dass der Erlass von § 6a Abs. 2 GewO nicht auf Art. 125a Abs. 1 GG habe gestützt werden können (Weißenberger aaO S. 389 f; Glaser aaO; Pielow/Storr, Gewerbeordnung, 2. Aufl., § 6a Rn. 5).

35 (b) Nach anderer Auffassung handelt es sich bei § 6a Abs. 2 GewO nicht um eine Neukonzeption, sondern nur um eine Fortschreibung des geltenden Rechts zur Anpassung an veränderte Verhältnisse. § 6a Abs. 2 GewO passe lediglich die fortgeltenden bundesrechtlichen Bestimmungen an die zwingenden Vorschriften der Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt (Dienstleistungsrichtlinie; ABI. Nr. L 376 vom 27.12.2006, S. 36 ff) an, ohne ein

von der bisherigen Regelung abweichendes eigenes Regelungskonzept zu implementieren (BeckOK/Unger, Gewerberecht, § 6a GewO Rn. 6 [Stand: 01.09.2016]; Stenger in Landmann/Rohmer, Gewerbeordnung, § 6a Rn. 24 [Stand: August 2016]; Ennuschat in Tettinger/Wank/Ennuschat, Gewerbeordnung, 8. Aufl., § 6a Rn. 13).

36 (c) Der Senat neigt der letztgenannten Auffassung zu. Er ist jedenfalls von der Verfassungswidrigkeit der Regelung in § 6a Abs. 2 GewO nicht überzeugt, wie es Voraussetzung für eine Vorlage an das Bundesverfassungsgericht zur konkreten Normenkontrolle nach Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG i.V.m. § 80 BVerfGG ist (vgl. BVerfGE 79, 256, 263; 9, 237, 240 f; Senat, Urteil vom 7. Juli 2016 - III ZR 28/15, NJW 2017, 829 Rn. 34). Die insoweit verbleibenden Zweifel genügen hierfür nicht.

37 Der Senat verkennt nicht, dass mit der erstmaligen Einführung einer Genehmigungsfiktion im gaststättenrechtlichen Erlaubnisverfahren eine erhebliche Änderung dieses Verfahrens verbunden ist. Bei einer allein auf den Inhalt der Änderung ausgerichteten Betrachtungsweise ist - unter Berücksichtigung der eng auszulegenden Anpassungskompetenz des Bundes (vgl. BVerfGE 111, 10, 31) - fraglich, ob es sich lediglich um eine Modifikation der bestehenden Regelung handelt.

38 Andererseits ist zu bedenken, dass der Bundesgesetzgeber die gaststättenrechtliche Genehmigungsfiktion in Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie (DLR) eingeführt hat. Nach Art. 13 Abs. 4 DLR gilt die Genehmigung als erteilt, wenn der Antrag auf Erteilung der Genehmigung nicht binnen der nach Art. 13 Abs. 3 der Richtlinie festgelegten oder verlängerten Frist beantwortet wird. Eine andere Regelung kann nur vorgesehen werden, wenn dies durch einen zwin-

genden Grund des Allgemeininteresses gerechtfertigt ist. Ein solcher Grund wurde vom deutschen Gesetzgeber nicht erkannt. Er ist - angesichts der Möglichkeit der Fristverlängerung (Art. 13 Abs. 3 Satz 3, Abs. 4 Satz 1 DLR) - auch sonst nicht ersichtlich. Die Einführung der gaststättenrechtlichen Genehmigungsfiktion in § 6a Abs. 2 GewO war daher durch das Unionsrecht geboten. In einer derartigen Konstellation, in der durch die Anpassung des übergangsweise fortgeltenden Bundesrechts an zwingendes Unionsrecht nicht wesentlich in die Gesetzgebungskompetenz des - gleichermaßen an das Unionsrecht gebundenen - Landesgesetzgebers eingegriffen wird, erscheint es vertretbar, eine grundlegende Neukonzeption des betroffenen Rechtsgebiets zu verneinen und eine Gesetzgebungskompetenz des Bundes im Sinne einer Fortschreibung des geltenden Rechts zur Anpassung an veränderte Verhältnisse, nämlich an neues Unionsrecht, anzunehmen.

39 cc) Die gemäß § 6a Abs. 1 und 2 GewO i.V.m. § 1 LGastG, § 31 GastG (Bund) am 17. Februar 2012 ablaufende Entscheidungsfrist wurde von der Beklagten nicht gemäß § 42a Abs. 2 Satz 3 LVwVfG verlängert.

40 Nach der vorgenannten Landesnorm kann eine Frist, nach deren Ablauf eine beantragte Genehmigung als erteilt gilt, einmal angemessen verlängert werden, wenn dies durch die Schwierigkeit der Angelegenheit gerechtfertigt ist. Es ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden, vielmehr naheliegend, dass das Berufungsgericht die Mitteilungen der Beklagten an die Klägerin vom 21. Dezember 2011 und 5. Januar 2012 nicht als wirksame Fristverlängerungen im Sinne von § 42a Abs. 2 Satz 3 LVwVfG ausgelegt hat. Will die zuständige Behörde die gesetzliche und hinsichtlich ihres Ablaufs eindeutig bestimmbare Frist des § 6a Abs. 1 und 2 GewO gemäß § 42a Abs. 2 Satz 3 LVwVfG verlängern, so ist es aus Gründen der Rechtssicherheit zugunsten des Adressaten der

Fristverlängerung geboten, dass das sich aus ihr ergebende neue Fristende gleichermaßen eindeutig bestimmbar ist. Diesem Erfordernis kann durch Mitteilung sowohl des neuen Fristendes als auch des konkreten Verlängerungszeitraums Genüge getan werden (vgl. Stelkens in Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 8. Aufl., § 42a Rn. 83; VG Dessau, BeckRS 9998, 41515 [zu § 140 Abs. 1 Satz 2 SachsAnhGO aF]). Die an die Klägerin gerichteten Schreiben der Beklagten vom 21. Dezember 2011 und 5. Januar 2012 enthielten solche Angaben nicht. Ihnen ist allenfalls zu entnehmen, dass das Erlaubnisverfahren angesichts der noch nicht vorliegenden Antwort des Regierungspräsidiums und der noch nicht erfolgten, von der Beklagten indes für erforderlich gehaltenen baurechtlichen Abnahme noch einige Zeit in Anspruch nehmen wird. Konkrete Angaben zu einem Verlängerungszeitraum im Sinne von § 42a Abs. 2 Satz 3 LVwVfG oder einem - nach Verlängerung - neuen Ende der Frist gemäß § 6a Abs. 1 und 2 GewO fehlen hingegen ebenso wie eine Bezugnahme auf § 6a GewO oder § 42a Abs. 2 Satz 3 LVwVfG. Damit erfüllen die Schreiben nicht die - ohne weiteres erkennbaren - Grundvoraussetzungen einer Fristverlängerung im Sinne von § 42a Abs. 2 Satz 3 VwVfG i.V.m. § 6a Abs. 1 und 2 GewO.

41            b) Zu Recht hat das Berufungsgericht eine Amtspflichtverletzung der Be-  
diensteten der Beklagten darin gesehen, dass sie die Klägerin nicht zeitnah  
nach Eintritt der Genehmigungsfiktion auf diesen hingewiesen haben.

42            aa) Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats kann bei besonde-  
ren tatsächlichen Lagen und Verhältnissen eine Belehrungspflicht des Beamten  
gegenüber dem einen Antrag stellenden oder vorsprechenden Bürger beste-  
hen. Eine solche Pflicht, einen Gesuchsteller über die zur Erreichung seiner  
Ziele notwendigen Maßnahmen belehrend aufzuklären, kann sich insbesondere  
ergeben, wenn der Beamte erkennt oder erkennen muss, dass der Betroffene

seine Lage in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht nicht richtig zu beurteilen vermag, besonders wenn der Betreffende sonst Gefahr läuft, einen Schaden zu erleiden. Der Beamte darf nicht "sehenden Auges" zulassen, dass der bei ihm vorsprechende Bürger Schäden erleidet, die der Beamte durch einen kurzen Hinweis, eine Belehrung mit wenigen Worten oder eine entsprechende Aufklärung zu vermeiden in der Lage ist (vgl. nur Senat, Urteile vom 3. Juli 2014 - III ZR 502/13, NJW 2014, 2642 Rn. 25; vom 3. März 2005 - III ZR 186/04, VersR 2006, 76 und vom 9. Oktober 2003 - III ZR 414/02, NVwZ 2004, 638, 639; BeckOGK/Dörr, BGB, § 839 Rn. 195 [Stand: 01.12.2016]; jeweils mwN).

43           bb) Nach Maßgabe dieser Rechtsprechung oblag es vorliegend den Bediensteten der Beklagten, die Klägerin auf den mit Ablauf des 17. Februar 2012 erfolgten Eintritt der Genehmigungsfiktion gemäß § 6a Abs. 1 und 2 GewO i.V.m. § 1 LGastG, § 31 GastG (Bund) hinzuweisen. Sie mussten als Bedienstete der für das gaststättenrechtliche Erlaubnisverfahren zuständigen Behörde sowohl den Eintritt der Genehmigungsfiktion als auch die mangelnde Kenntnis der Klägerin hiervon erkennen. Letzteres gilt jedenfalls deshalb, weil sie der Klägerin auf deren Anfrage hin mehrfach, zuletzt mit Schreiben vom 5. Januar 2012, mitgeteilt hatten, dass ihr Antrag wegen der noch fehlenden Antwort des Regierungspräsidiums und Auskunft des Baurechtsamtes noch nicht beschieden werden könne, und insoweit um Geduld gebeten hatten. Sie mussten davon ausgehen, dass die - anwaltlich im Gaststättenverfahren zu diesem Zeitpunkt noch nicht beratene (siehe dazu nachfolgend dd) - Klägerin infolge dieser Schreiben weiterhin auf die angekündigte endgültige Bescheidung ihres Antrags wartete und den Gaststättenbetrieb nicht vorher aufnahm, obwohl ihr dies nach Eintritt der Genehmigungsfiktion rechtlich möglich gewesen wäre. Zugleich war für die Bediensteten der Beklagten erkennbar, dass der Klägerin durch die nicht erfolgende Aufnahme des Gaststättenbetriebs ein erheblicher

Schaden drohte, der durch einen kurzen Hinweis auf den Eintritt der Genehmigungsfiktion vermieden werden konnte. Jedenfalls angesichts dieser besonderen Verhältnisse hatten sie die Pflicht zur Erteilung eines entsprechenden Hinweises.

44 cc) Entgegen der Auffassung der Revision kann aus § 42a Abs. 3 LVwVfG nicht geschlossen werden, dass eine Mitteilung über den Eintritt einer Genehmigungsfiktion nur auf Initiative des Begünstigten zu erfolgen hat.

45 Nach dieser Vorschrift ist auf Verlangen demjenigen, dem der Verwaltungsakt nach § 41 Abs. 1 LVwVfG bekannt zu geben wäre, der Eintritt der Genehmigungsfiktion schriftlich zu bescheinigen. Damit soll sichergestellt werden, dass der Adressat der Fiktionswirkung ein Dokument erhält, das es ihm ermöglicht, den Fiktionseintritt zu beweisen (vgl. zu § 42a Abs. 3 VwVfG (Bund): Regierungsentwurf eines Vierten Gesetzes zur Änderung verwaltungsverfahrenrechtlicher Vorschriften, BT-Drucks. 16/10493 S. 16; Stelkens in Stelkens/Bonk/Sachs aaO § 42a Rn. 92; Pautsch in Pautsch/Hoffmann, VwVfG, 1. Aufl., § 42a Rn. 11). Das "Verlangen" des Begünstigten im Sinne von § 42a Abs. 3 LVwVfG ist mithin allein Voraussetzung für die Erteilung einer schriftlichen Bescheinigung zum Nachweis des Fiktionseintritts. Eine Beschränkung der behördlichen Pflichten auf solche Belehrungen und Hinweise, die vom Begünstigten ausdrücklich verlangt werden, liegt hierin hingegen nicht. Sie wäre auch mit dem Sinn und Zweck solcher Pflichten, die - wie ausgeführt - gerade im Fall des Unvermögens des Betroffenen zur richtigen Beurteilung der tatsächlichen und rechtlichen Lage bestehen, nicht zu vereinbaren. Denn der Antragsteller, der die Genehmigungsfiktion im gaststättenrechtlichen Erlaubnisverfahren nicht kennt, ist nicht in der Lage, eine Belehrung darüber zu verlangen, ob sie in seinem Fall eingetreten ist.

46 dd) Ein Hinweis der Beklagten gegenüber der Klägerin auf den Eintritt der Genehmigungsfiktion war entgegen der Auffassung der Revision auch nicht deshalb entbehrlich, weil die Klägerin durch den Streithelfer anwaltlich beraten war.

47 (1) Zwar ist ein Beteiligter, der durch einen Rechtsanwalt vertreten wird, in geringerem Umfang zu beraten und zu belehren (BeckOK/Herrmann, VwVfG, § 25 Rn. 10 [Stand: 01.01.2017]; Pautsch, aaO § 25 Rn.6). Vorliegend war die Klägerin indes nach den - von der Revision nicht angegriffenen - Feststellungen des Berufungsgerichts im Gaststättenverfahren noch nicht zum Zeitpunkt des Eintritts der Genehmigungsfiktion, sondern erst nach Bekanntgabe des Bescheids vom 1. Juni 2012 durch den Streithelfer anwaltlich vertreten.

48 (2) Allerdings hat der Rechtsanwalt den Mandanten auch innerhalb eines eingeschränkten Mandats vor Gefahren zu warnen, die sich bei ordnungsgemäßer Bearbeitung aufdrängen, wenn er Grund zu der Annahme hat, dass sein Auftraggeber sich dieser Gefahr nicht bewusst ist (BGH, Urteile vom 26. Juni 2008 - IX ZR 145/05, NJW-RR 2008, 1594 Rn. 15 und vom 29. November 2001 - IX ZR 278/00, NJW 2002, 1117, 1118; jeweils mwN). Eine etwaige hieraus folgende Hinweispflicht des - bereits im Spielhallenverfahren mandatierten - Streithelfers gegenüber der Klägerin vermag jedoch, wie das Berufungsgericht zutreffend erkannt hat, die Beklagte nicht von der Pflicht zur Belehrung über den Eintritt der Genehmigungsfiktion zu befreien. Sie durfte sich nicht darauf verlassen, dass der Streithelfer die Klägerin außerhalb des ihm erteilten Mandats beraten würde. Vielmehr oblag es zuvörderst der Beklagten selbst, die Klägerin über die Beendigung des Gaststättenerlaubnisverfahrens durch Eintritt der Genehmigungsfiktion zu belehren und auf diese Weise zugleich den durch

ihre Schreiben vom 21. Dezember 2011 und 5. Januar 2012 hervorgerufenen Eindruck zu beseitigen, vor Abschluss des Verfahrens müssten zunächst die Antwort des Regierungspräsidiums und die Auskunft des Baurechtsamtes abgewartet werden.

49           Darüber hinaus bestanden für den Streithelfer vor der Mandatierung auch mit dem Gaststättenerlaubnisverfahren kein Anlass und keine Verpflichtung, sich mit dem Eintritt der gaststättenrechtlichen Genehmigungsfiktion zu befassen und die Beklagte hierauf hinzuweisen. Ein solcher Anlass könnte zwar angenommen werden, wenn der Streithelfer vor seiner Mandatierung im Gaststättenverfahren Kenntnis davon gehabt hätte, dass beide Verfahren, das heißt auch das Spielhallenverfahren, durch die im Gaststättenrecht liegende Problematik des Nichtraucherschutzes verzögert wurden. Eine entsprechende Kenntnis des Streithelfers ist indes - entgegen den Ausführungen der Revision - nicht festgestellt. Das - ihm ausweislich seines Schriftsatzes vom 20. April 2012 an das Verwaltungsgericht Stuttgart bekannte - Schreiben der Beklagten an die Klägerin vom 5. Januar 2012 vermittelte dem Streithelfer eine solche Kenntnis nicht. Gleiches gilt für den Schriftsatz der Beklagten vom 26. Januar 2012 in dem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht Stuttgart. Bekannt war dem Streithelfer, wie sich aus seinem Schriftsatz vom 20. April 2012 ergibt, lediglich die beabsichtigte (Wechsel-)Nutzung sowohl als Spielhalle als auch als Gaststätte. Aus dieser Kenntnis folgt jedoch nicht die anwaltliche Pflicht, sämtliche rechtlichen Aspekte des - noch nicht mandatierten - Gaststättenverfahrens einschließlich des Nichtraucherschutzes und des Eintritts der gaststättenrechtlichen Genehmigungsfiktion zu prüfen.

50           2.     Zu Recht hat das Berufungsgericht in dem Versagungsbescheid der Beklagten vom 1. Juni 2012 eine weitere Amtspflichtverletzung der Bediensteten

der Beklagten gegenüber der Klägerin gesehen. Mit Ablauf des 17. Februar 2012 galt - wie vorstehend ausgeführt - die von der Klägerin beantragte Gaststättenerlaubnis gemäß § 6a Abs. 1 und 2 GewO i.V.m. § 1 LGastG, § 31 GastG (Bund) als erteilt. Sie durfte daher von der Gaststättenbehörde nicht mehr versagt werden. Der dennoch ergangene Versagungsbescheid vom 1. Juni 2012 war rechtswidrig. Insoweit wird zur Vermeidung von Wiederholungen auf die zutreffenden Ausführungen des angefochtenen Urteils Bezug genommen (unter II A 2 b bb (3) [S. 40 der Entscheidungsgründe]).

51 3. Das Berufungsgericht hat auch zutreffend angenommen, dass die Bediensteten der Beklagten die ihnen gegenüber der Klägerin obliegenden Amtspflichten fahrlässig verletzt haben. Der hiergegen gerichtete Angriff der Revision, die Beklagte habe davon ausgehen dürfen, dass sie mit ihren an die Klägerin gerichteten Schreiben vom 21. Dezember 2011 und 5. Januar 2012 die Entscheidungsfrist im Sinne von § 6a Abs. 1 und 2 GewO wirksam nach § 42a Abs. 2 Satz 3 LVwVfG verlängert habe, ist unbegründet. Denn die vorgenannten Schreiben der Beklagten erfüllen, wie auch die Bediensteten der Beklagten erkennen mussten, nicht die an eine Fristverlängerung gemäß § 42a Abs. 2 Satz 3 LVwVfG i.V.m. § 6a Abs. 1 und 2 GewO zu stellenden Mindestanforderungen (siehe oben zu 1 a cc).

52 4. Der von der Klägerin geltend gemachte Schaden ist den Amtspflichtverletzungen der Beklagten zuzurechnen. Der von der Beklagten erhobene Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens greift nicht durch.

53 a) Die Berufung des Schädigers auf rechtmäßiges Alternativverhalten, das heißt der Einwand, der Schaden wäre auch bei einer ebenfalls möglichen, rechtmäßigen Verhaltensweise entstanden, kann nach der Rechtsprechung des

Bundesgerichtshofs für die Zurechnung eines Schadenserfolgs beachtlich sein (z.B. Senat, Urteile vom 19. März 2008 - III ZR 49/07, NVwZ 2008, 815 und vom 3. Februar 2000 - III ZR 296/98, BGHZ 143, 362, 365 f mwN; BGH, Urteile vom 2. November 2016 - XII ZR 153/15, WuM 2017, 18 Rn. 24 mwN; vom 25. November 1992 - VIII ZR 170/91, BGHZ 120, 281, 285 f und vom 24. Oktober 1985 - IX ZR 91/84, BGHZ 96, 157, 171 ff; BeckOGK/Dörr aaO Rn. 491 ff mwN). Entscheidend ist der Schutzzweck der jeweils verletzten Norm (Senat, Urteil vom 3. Februar 2000 aaO S. 365; BGH, Urteile vom 2. November 2016 und vom 25. November 1992, jeweils aaO, und vom 24. Oktober 1985 aaO S. 173). Bei Amtshaftungsansprüchen hat der Bundesgerichtshof rechtmäßiges Alternativverhalten insbesondere berücksichtigt, wenn der Behörde ein Verfahrensfehler unterlaufen war und sie bei einem ordnungsgemäßen Verfahren zu der gleichen Entscheidung hätte kommen müssen oder sofern sie selbst eine fehlende Rechtsgrundlage pflichtgemäß hätte schaffen müssen (Senat, Urteil vom 3. Februar 2000 aaO mwN; BeckOGK/Dörr aaO Rn. 492, 498.1 mwN). Denn der Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens setzt voraus, dass derselbe Erfolg effektiv herbeigeführt worden wäre; die bloße Möglichkeit, ihn rechtmäßig herbeiführen zu können, reicht nicht aus (BGH, Urteile vom 2. November 2016 aaO und vom 25. November 1992 aaO S. 287; jeweils mwN). Daher greift der Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens auch dann nicht, wenn das alternative Verhalten dem in Kenntnis der rechtlichen Problematik gebildeten Willen der Behörde widerspräche (Senat, Urteil vom 3. Februar 2000 aaO S. 366; BeckOGK/Dörr aaO Rn. 498).

Die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass der Schaden auch bei rechtmäßigem Alternativverhalten eingetreten wäre, trifft regelmäßig den Schädiger (z.B. Senat, Urteil vom 11. Dezember 1997 - III ZR 52/97, NJW 1998,

1307, 1308; BGH, Urteil vom 25. November 1992 aaO S. 287; BeckOGK/Dörr aaO Rn. 491).

55            b) Das Berufungsgericht hat die vorgenannten Voraussetzungen des Einwands rechtmäßigen Alternativverhaltens zutreffend erkannt und verneint.

56            Die Würdigung, ob der Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens durchgreift, ist im Wesentlichen dem Tatrichter vorbehalten (Senat, Beschluss vom 26. Februar 2015 - III ZR 204/13, juris Rn. 1). Der Nachprüfung durch das Revisionsgericht unterliegt nur, ob die Würdigung des Tatrichters vollständig und rechtlich möglich ist und nicht gegen Denkgesetze und Erfahrungssätze verstößt (vgl. BGH, Urteil vom 27. November 2007 - X ZR 18/07, WM 2008, 494 Rn. 20; vgl. zur tatrichterlichen Beweiswürdigung z.B. Senat, Urteil vom 21. Januar 2016 - III ZR 171/15, juris Rn. 17).

57            Gemessen an diesem eingeschränkten Prüfungsmaßstab ist die Würdigung des Berufungsgerichts, der von der Beklagten erhobene Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens greife nicht durch, nicht zu beanstanden.

58            aa) Nach den - von der Revision nicht angegriffenen - Feststellungen des Berufungsgerichts hat die Beklagte geltend gemacht, die Ablehnung der Gaststättenerlaubnis vor Eintritt der Genehmigungsfiktion wäre rechtmäßig gewesen und der Schaden der Klägerin in diesem Fall ebenso entstanden. Die Versagung der Erlaubnis noch vor dem Eintritt der Genehmigungsfiktion mit Ablauf des 17. Februar 2012 widerspricht indes, wie das Berufungsgericht zutreffend erkannt hat, dem damals erkennbaren Willen der zuständigen Behörde der Beklagten und kann daher nach den vorstehend ausgeführten Grundsätzen nicht als Alternativverhalten berücksichtigt werden. Die Bediensteten der Beklagten

wollten aufgrund der als schwierig und ungeklärt bewerteten Rechtsfrage, ob die beantragte Wechselnutzung derselben Räume als Spielhalle und Gaststätte zulässig war, über den Antrag der Klägerin nicht ohne Einholung der rechtlichen Einschätzung des Regierungspräsidiums entscheiden. Sie fragten deshalb dort am 9. Dezember 2011 entsprechend an. Da das Antwortschreiben des Regierungspräsidiums bei der Beklagten erst nach Ablauf der Frist gemäß § 6a Abs. 1 und 2 GewO eintraf, kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Beklagte die beantragte Gaststättenerlaubnis - bei aus ihrer Sicht ungeklärter Rechtslage - schon vor Ablauf der vorgenannten Frist und damit vor Erhalt der rechtlichen Einschätzung des Regierungspräsidiums versagt hätte. Dies gilt selbst dann, wenn die Bediensteten der Beklagten den bevorstehenden Eintritt der Genehmigungsfiktion erkannt hätten. Denn eine ungeklärte Rechtslage konnte allein keine hinreichende Grundlage für eine Versagung der beantragten Erlaubnis sein.

59 Es kann entgegen der Auffassung der Revision auch nicht zugrunde gelegt werden, dass die Beklagte, wenn ihr der Fristenlauf bewusst gewesen wäre, die Frist nach § 42a Abs. 2 Satz 3 LVwVfG verlängert hätte, so dass sie den Antrag nach Eingang der Mitteilung des Regierungspräsidiums noch innerhalb der (verlängerten) Frist hätte ablehnen können. Eine solche Fristverlängerung als Bestandteil rechtmäßigen Alternativverhaltens hat die Beklagte nach den Feststellungen des Berufungsgerichts in ihrem Instanzvortrag nicht geltend gemacht. Auch die Revision zeigt entsprechenden Sachvortrag nicht auf.

60 bb) Revisionsrechtlich unbedenklich sind auch die Ausführungen des Berufungsgerichts, die Möglichkeit der Rücknahme der fingierten Genehmigung durch die Beklagte begründe ebenfalls nicht den Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens.

61 Das Berufungsgericht hat nicht festzustellen vermocht, dass die Beklagte bei pflichtgemäßem Verhalten - im Vergleich zur rechtswidrigen Versagung der Erlaubnis - denselben Erfolg durch die Rücknahme der fingierten Erlaubnis nicht nur hätte herbeiführen können, sondern ihn - wie erforderlich (siehe oben zu a) - auch herbeigeführt hätte. Dies ist nicht zu beanstanden.

62 Bei der Rücknahme eines rechtswidrigen Verwaltungsakts gemäß § 48 Abs. 1 LVwVfG handelt es sich um eine Ermessensentscheidung. Die Beklagte musste mithin die fingierte Erlaubnis nicht schon deshalb zurücknehmen, weil sie rechtswidrig war. Es erscheint auch nicht zwingend, dass ihr Ermessen insofern auf "Null" reduziert war beziehungsweise dass sie das Ermessen aus anderen Gründen erkennbar im Sinne einer Rücknahme ausgeübt hätte. So war nach ihrem eigenen Instanzvortrag die Rechtslage zu der von der Klägerin beantragten Wechselnutzung der Spielhalle weder eindeutig noch klar (Klageerwiderung vom 15. Mai 2014, S. 2 f, 7). Auch nach Eingang der Stellungnahme des Regierungspräsidiums und Durchführung der - aus ihrer Sicht erforderlichen - baurechtlichen Abnahme Ende März 2012 zögerte sie noch mehr als zwei Monate, bevor sie mit Bescheid vom 1. Juni 2012 die beantragte Gaststät-  
tenerlaubnis schließlich versagte. Die Beklagte mag, wie der Bescheid belegt, nach eingehender Prüfung den beantragten Gaststättenbetrieb für rechtswidrig gehalten und sich daher im Rahmen der gebundenen Entscheidung nach § 4 Abs. 1 GastG (Bund) i.V.m. § 1 LGastG zur Versagung der Erlaubnis verpflichtet gesehen haben. Hieraus kann indes nicht ohne weiteres geschlossen werden, dass sie in der hiervon zu unterscheidenden Situation einer bereits bestehenden (fingierten) Genehmigung diese in Ausübung ihres Ermessens gemäß § 48 Abs. 1 LVwVfG zurückgenommen hätte. Die Revision zeigt Instanzvortrag der Beklagten zu Umständen, aus denen auf eine entsprechende Ermes-

sensausübung geschlossen werden kann, nicht auf. Die tatrichterliche Würdigung des Berufungsgerichts, eine solche Ermessensausübung der insofern beweisfällig gebliebenen Beklagten lasse sich vor dem Hintergrund der von ihr als unklar eingeschätzten Rechtslage nicht feststellen, ist daher - insbesondere unter Zugrundelegung des eingeschränkten revisionsrechtlichen Prüfungsmaßstabes - nicht zu beanstanden.

63 5. Soweit das Berufungsgericht den der Klägerin im Zeitraum vom 1. April bis zum 30. Juni 2012 entstandenen Schaden gemäß § 287 Abs. 1 ZPO auf 17.700 € geschätzt hat, hält auch dies dem Angriff der Revision stand.

64 Das Berufungsgericht hat insbesondere nicht den unterschiedlichen Besucherkreis von Spielhalle und Gaststätte unberücksichtigt gelassen. Vielmehr hat es unterstellt, dass die Besucher der Spielhalle einerseits und die Besucher der Bar andererseits verschiedene Personengruppen darstellen (S. 63 der Entscheidungsgründe). Es ist in tatrichterlicher Würdigung des Ergebnisses der Beweisaufnahme davon ausgegangen, dass trotz der vorgenannten unterschiedlichen Besucherkreise nicht mit einer geringeren als der vom Sachverständigen angegebenen Frequentierung der Bar zu rechnen gewesen sei.

65 Dies ist - unter Anwendung des im Hinblick auf die tatrichterliche Beweiswürdigung eingeschränkten revisionsgerichtlichen Prüfungsmaßstabes - nicht zu beanstanden. Verfahrensfehler sind dem Berufungsgericht entgegen der Auffassung der Revision nicht unterlaufen. Es hat sich auch im Hinblick auf die unterschiedlichen Besucherkreise von Spielhalle und Bar auf das Gutachten des Sachverständigen und dessen Äußerungen in seiner zweitinstanzlichen Anhörung gestützt. Soweit die Revision - erstmals - vorträgt, die S. Partyszene (als Zielgruppe für den Barbetrieb der Gaststätte) wolle sich aus

Imagegründen von Spielhallenbesuchern deutlich abgrenzen, haben die Beklagte und der Streithelfer weder entsprechenden Instanzvortrag gehalten noch den Sachverständigen hierzu befragt. Gegenstand der Befragung des Sachverständigen durch den Vertreter des Streithelfers zu den unterschiedlichen Besuchergruppen von Spielhalle und Bar war vielmehr, ob Werbemaßnahmen, die in der Spielhalle stattfinden, Besucher ansprechen, die später die Bar besuchen wollen. Auf diese - auf die Werbung für die Bar bezogene - Frage hat der Sachverständige auf die unterschiedlichen Namen von Spielhalle ("Casino M.

" ) und Bar ("Bar M. ") sowie die seit Jahren bestehende Bekanntheit des Objekts und des Discjockeys hingewiesen. Unter Verwertung dieser Stellungnahme sowie der vom Sachverständigen in seinem Gutachten (S. 9) angeführten Innenstadtlage mit Discotheken, Trend-Lokalen und Clubs in der Umgebung ist das Berufungsgericht - nachvollziehbar - zu dem Schluss gelangt, dass es trotz der unterschiedlichen Besuchergruppen von Spielhalle und Bar keine "Anlaufphase" mit einer geringeren als der vom Sachverständigen angenommenen Frequentierung der Bar gegeben hätte. Mangels entsprechenden Sachvortrags der Beklagten und des Streithelfers bestand kein Anlass, den Sachverständigen zu einem etwaigen "Abgrenzungswillen" der Barbesucher von den Spielhallenbesuchern zu befragen und hierauf in der Beweiswürdigung einzugehen.

- 66      6. Die Klägerin vermag auch nicht, wie das Berufungsgericht ebenfalls zutreffend erkannt hat, für den vor dem 1. Juli 2012 eingetretenen Schaden auf andere Weise Ersatz zu erlangen (§ 839 Abs. 1 Satz 2 BGB). Entgegen der Auffassung der Revision steht der Klägerin ein entsprechender Schadensersatzanspruch gegen den Streithelfer wegen Verletzung der diesem obliegenden anwaltlichen Hinweispflichten nicht zu. Der Streithelfer war vor Mandatierung (auch) im gaststättenrechtlichen Erlaubnisverfahren und entsprechender Einar-

beitung, das heißt vor Anfang Juli 2012, nicht verpflichtet, die Klägerin auf den Eintritt der gaststättenrechtlichen Genehmigungsfiktion hinzuweisen. Insoweit wird auf die vorstehenden Ausführungen (unter 1 b dd) Bezug genommen.

Herrmann

Hucke

Tombrink

Remmert

Arend

Vorinstanzen:

LG Stuttgart, Entscheidung vom 19.08.2014 - 15 O 55/14 -

OLG Stuttgart, Entscheidung vom 17.08.2016 - 4 U 158/14 -