
Datum: 18.01.2007
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 7. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 7 U 136/05
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2007:0118.7U136.05.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 5 O 56/05

Tenor:

Auf die Berufung des Beklagten wird das am 30.08.2005 verkündete Grund- und Teilurteil der 5. Zivilkammer des Landgerichts Köln – 5 O 56/05 – teilweise abgeändert.

Der Klageantrag wird dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt, soweit der Kläger Entschädigung dafür verlangt, dass ihm die Genehmigung zur Wahrnehmung von Aufgaben des Krankentransports im Erftkreis gem. §§ 18 ff. RettG NRW für vier Krankentransportwagen nicht bis zum 1.1.1998 erteilt worden ist.

Im Übrigen – Entschädigung, weil die Genehmigung nicht schon im Jahr 1997 erteilt worden ist – wird die Klage abgewiesen.

Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen.

Zur Verhandlung und Entscheidung über die Anspruchshöhe wird die Sache an das Landgericht zurückverwiesen. Diesem bleibt ferner die Entscheidung über die Kosten, auch die des Berufungsverfahrens, vorbehalten.

Die Revision gegen dieses Urteil wird nicht zugelassen.

Gründe:

I.

1

2

3

Der Kläger macht gegen den Beklagten Schadenersatzansprüche wegen der aus seiner Sicht nicht rechtzeitigen Erteilung einer Genehmigung zur Wahrnehmung von Aufgaben des Krankentransports im Erftkreis geltend.

Die Firma A B C, deren Alleininhaber seit 1.6.1998 der Kläger ist, betreibt seit 1992 Krankentransportunternehmen mit Sitz in B und firmierte ursprünglich unter „D B“ (Inhaberin war die spätere Ehefrau des Klägers), dann unter A B (Inhaberin war die Ehefrau des Klägers, Geschäftsführer der Kläger). Im Oktober 1995 trat der Kläger neben seiner Ehefrau als Gesellschafter in die Gesellschaft ein, die nunmehr unter A B C oHG firmierte. Die Anmeldung des Ausscheidens von Frau E C als Gesellschafterin erfolgte im Jahr 1998 mit Wirkung zum 01.06.1998. Der Kläger führte den Betrieb unter der Firma A B C fort. Im November 2001 gründete der Kläger die A F GmbH.

4

Mit Schreiben vom 23.09.1996 beantragte die A B C oHG (demnächst: A B oHG) eine Genehmigung für den Krankentransport mit Krankenwagen für den Erftkreis; eine Angabe zu der Zahl der Krankentransportwagen enthält das Schreiben nicht. Mit Schreiben vom 08.04.1997 und 21.05.1997 bat die A B oHG um Sachstandsmitteilung. Daraufhin teilte der Beklagte mit Schreiben vom 26.05.1997 mit, dass er den Oberstadtdirektor in B als die für den Unternehmenssitz zuständige Behörde um Stellungnahme gebeten habe. Mit Schreiben vom 05.06.1997 bat die Firma A B oHG unter Bezugnahme auf den Antrag vom 23.09.1996 um baldige Genehmigung und um Benachrichtigung, falls weitere Angaben oder Unterlagen erforderlich sein sollten. Hierauf reagierte der Beklagte in der Folgezeit nicht. Am 30.09.1998 erhob die A B oHG Untätigkeitsklage gegen den Beklagten beim Verwaltungsgericht Köln. Mit Bescheid vom 22.12.1998 lehnte der Beklagte den Antrag vom 23.09.1996 ab. Zur Begründung bezog er sich auf § 19 Abs. 4 Rettungsgesetz, da zu erwarten sei, dass durch die Genehmigung das öffentliche Interesse an einem funktionsfähigen Rettungsdienst beeinträchtigt würde; die Versorgung der Bevölkerung mit Leistungen des Krankentransports sei gedeckt; eine weitere Zulassung von Unternehmen hätte zwangsläufig Gebührenerhöhungen zur Folge. Gegen den Bescheid vom 22.12.1998 legte die A B oHG mit Schreiben vom 07.01.1999 Widerspruch ein, den sie am 09.11.1999 damit begründete, dass die Sicherung der Monopolstellung des öffentlichen Rettungsdienstes mit Artikel 12 Grundgesetz nicht vereinbar sei. Mit Schreiben vom 28.01.2000 stellte die A B oHG klar, dass sich ihr Antrag auf die Genehmigung von 4 Krankentransportwagen beziehe. Mit Bescheid vom 10.02.2000 wies die Bezirksregierung den Widerspruch zurück.

5

Das Verwaltungsgericht Köln verpflichtete den Beklagten durch Urteil vom 05.09.2001, den Antrag vom 23.09.1996 auf Erteilung einer Genehmigung zur Wahrnehmung von Aufgaben des Krankentransports gemäß §§ 18 ff. Rettungsgesetz für 4 Krankentransportwagen unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu bescheiden. Zur Begründung führte das Verwaltungsgericht aus, dass der Bescheid vom 22.12.1998 in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 10.02.2000 rechtswidrig sei und die Klägerin in ihren Rechten verletze. Der Beklagte habe den Genehmigungsantrag nicht gemäß § 19 Abs. 4 Rettungsgesetz ablehnen dürfen. Er habe keinen Nachweis dafür erbracht, dass in seinem Zuständigkeitsbereich ein bedarfsgerechter und flächendeckender Rettungsdienst bestehe, bei dem die Eintreffzeiten bei der Notfallrettung in dem nach der Rechtsprechung erforderlichen Mindestumfang erreicht würden. Ohne einen solchen Nachweis könne die Funktionsschutzklausel des § 19 Abs. 4 Rettungsgesetz keine Anwendung finden.

6

Im November 2001 gründete der Kläger die A F GmbH. Der Beklagte erteilte der A F GmbH am 26.06.2002 die Genehmigung für zwei Krankentransportwagen. Die GmbH nahm den Geschäftsbetrieb zum 01.07.2002 auf. Unter dem 26.09.2002 und 08.01.2003 wurde jeweils

7

ein weiterer Krankentransportwagen genehmigt. Schon am 23.09.2002 hatte die GmbH die Erteilung von vier weiteren Genehmigungen beantragt. Der Beklagte setzte das Verfahren im Blick auf einen abzuwartenden Beobachtungszeitraum aus. Nach erfolglosem Widerspruch erhob die GmbH Klage beim Verwaltungsgericht. In dem parallel seitens der GmbH eingeleiteten einstweiligen Anordnungsverfahren schlossen die GmbH und der Beklagte einen Vergleich, in dem sich der Beklagte verpflichtete, die Genehmigung für zwei weitere Krankentransportwagen zu erteilen. Das Verfahren wurde in der Hauptsache übereinstimmend für erledigt erklärt. Die Genehmigungen wurden am 26.05.2004 und 13.07.2004 erteilt. Seither hatte die A F GmbH sechs Krankenwagen im Einsatz. Am 09.05.2005 erteilte der Beklagte zwei weitere Genehmigungen.

Mit der Klage verlangt der Kläger den Ersatz entgangenen Gewinns.

8

Er hat die Auffassung vertreten, die Genehmigung des Antrags vom 23.09.1996 habe bis zum 01.01.1997 erfolgen müssen. Er hätte dann den Betrieb zum 01.06.1997 aufnehmen können. Der Schaden belaufe sich für den Zeitraum vom 01.06.1997 bis 01.07.2002 – das sind fünf Jahre und ein Monat – auf 2.209.037,00 €, bezogen auf 4 Krankentransportwagen. Zu berücksichtigen sei aber auch, dass es zu einer entsprechend frühzeitigen Aufstockung um 2 weitere Fahrzeuge gekommen wäre, wenn der Betrieb am 1.6.1997 hätte aufgenommen werden können. Der Kläger hat behauptet, Alleingesellschafter der A F GmbH zu sein, und die Ansicht vertreten, der der GmbH entgangene Gewinn stelle auch für ihn einen Vermögensnachteil dar.

9

Der Beklagte hat die Aktivlegitimation bestritten; anspruchsberechtigt sei allenfalls die A F GmbH. Er hat ferner geltend gemacht, an einer Pflichtverletzung fehle es jedenfalls bis zur Konkretisierung des Antrags durch Schreiben vom 28.1.2000, denn zuvor sei der Antrag schon deshalb abweisungsreif gewesen, weil er den Anforderungen des § 20 RettG NW nicht genügt habe. Da am 28.1.2000 schon das Widerspruchsverfahren bei der Bezirksregierung anhängig gewesen sei, fehle es auch an seiner Passivlegitimation. Außerdem falle dem Kläger ein anspruchsausschließendes Mitverschulden zur Last; die Untätigkeitsklage hätte er schon 1 ½ Jahre früher erheben müssen; zu einer weiteren Verzögerung sei es gekommen, weil der Kläger seinen Widerspruch erst 10 Monate nach dessen Einlegung begründet habe; ferner hätte er zwecks Vermeidung des – vermeintlichen – Schadens einen Antrag nach § 123 Abs. 1 VwGO stellen müssen. Schließlich hat der Beklagte die Verjährungseinrede erhoben.

10

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes und der erstinstanzlich gestellten Anträge wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils verwiesen.

11

Das Landgericht hat den Klageantrag dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt, soweit der Kläger Entschädigung dafür verlangt, dass ihm die Genehmigung zur Wahrnehmung von Aufgaben des Krankentransports im Erftkreis gemäß §§ 18 ff. Rettungsgesetz NRW für vier Krankentransportwagen nicht bis zum 01.04.1997 erteilt worden ist und im Übrigen – bezüglich des Zeitraums 1.1. bis 31.3.1997 - die Klage abgewiesen. Dagegen richtet sich die Berufung des Beklagten. Er wiederholt und ergänzt sein erstinstanzliches Vorbringen und bezweifelt die Zulässigkeit des Grundurteils. Er bestreitet erneut die Aktivlegitimation des Klägers und seine Passivlegitimation. Inhaberin eines Ersatzanspruches könne – so die Auffassung des Beklagten – nur die A F GmbH sein. Der Beklagte verweist darauf, dass die Genehmigung nach dem Rettungsgesetz streng personengebunden und nicht übertragbar sei. Eine Bindungswirkung des Urteils des Verwaltungsgerichts komme mit Rücksicht auf die fehlende Personenidentität auf der Klägerseite nicht in Betracht.

12

Der Beklagte beantragt,	
unter Abänderung des angefochtenen Teil- und Grundurteils die Klage kostenpflichtig abzuweisen,	14
hilfsweise, das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache an das Landgericht zurückzuverweisen,	15
Sicherheit auch durch die Bürgschaft einer deutschen Großbank, Genossenschaftsbank oder öffentlichen Sparkasse zuzulassen,	16
die Revision zuzulassen.	17
Der Kläger beantragt,	18
die Berufung des Beklagten zurückzuweisen,	19
ihm zu gestatten, erforderliche Sicherheiten auch durch Bürgschaft einer deutschen Großbank oder öffentlichen Sparkasse zu erbringen.	20
Im Wege der Eventualanschlussberufung beantragt er, das Grundurteil zu bestätigen mit der Maßgabe, dass Zahlung an die A F GmbH zu leisten ist. Beide Parteien beantragen die Zurückweisung der Sache an das Landgericht, sofern zur Forderungshöhe entschieden werden muss.	21
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen. Der Senat hat Beweis erhoben durch Einholung von schriftlichen Zeugenaussagen, auf die Bezug genommen wird. Die Akten 9 K 8088/98 VG Köln und 41 HRA 12913 und 42 HRB 41535 AG Köln haben vorgelegen und sind zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemacht worden.	22
II.	23
Die prozessual bedenkenfreie Berufung des Beklagten hat in der Sache nur zum Teil Erfolg.	24
Der Kläger hat gegen den Beklagten dem Grunde nach einen Anspruch auf Schadenersatz aus §§ 839 BGB, 39 Abs. 1 Ziffer b OBG, weil der Beklagte seinen Antrag vom 23.09.1996 auf Genehmigung von Aufgaben des Krankentransports nicht bis zum 01.01.1998 positiv beschieden hat. Ab dem 22.12.1998 findet das Begehren des Klägers seinen rechtlichen Grund neben § 839 BGB auch in § 39 Abs. 1 Ziff. b) OBG. Die Versagung der Genehmigung zur Wahrnehmung von Aufgaben des Krankentransports ist eine Maßnahme i.S.d. § 39 OBG. Bezüglich der Zeit bis zum 22.12.1998 liegt eine pflichtwidrig - schuldhafte Verzögerung (= Amtspflichtverletzung) betreffend die Bearbeitung des Antrags vor. Es ist nicht ansatzweise ersichtlich, warum über diesen nicht wenigstens bis Ende 1997 entschieden worden ist.	25
1.	26
Das Landgericht hat zu Recht ein Grund- und Teilurteil erlassen. Die Entscheidung ist prozessual nicht zu beanstanden. Die Parteien haben in erster Instanz sowohl über den Grund als auch die Höhe des geltend gemachten Anspruchs gestritten. Der Kläger hat die Auffassung vertreten, die Genehmigung zur Wahrnehmung von Aufgaben des Krankentransports im Erftkreis habe bis spätestens 01.01.1997 erteilt werden müssen (Seite 8 der Klagebegründung). Demgemäß hat er mit dem Hilfsantrag die Feststellung begehrt,	27

dass der Beklagte zum Ersatz aller Schäden verpflichtet ist, die dadurch entstehen, dass die Genehmigung nicht bis spätestens 01.01.1997 erteilt worden ist. Das Landgericht hat bei seiner Entscheidung den Zeitraum bis zum 31.03.1997 als unbegründet angesehen und die entsprechende Teil-Abweisung mit einem der Klage im Übrigen stattgebenden Grundurteil verbunden. Durch die Verbindung des Teilurteils mit dem Grundurteil über den Anspruchsrest entfällt die Abhängigkeit von der Restentscheidung (Zöller/Vollkommer, ZPO, 26. Aufl., § 301 Rnz. 7 a). Die vom Beklagten vertretene Ansicht, das Landgericht habe die Klage abgewiesen für einen Zeitraum, für den der Kläger – wegen der von ihm eingeräumten notwendigen Vorbereitungszeit von 5 Monaten ab Erteilung der Genehmigung – gar keine Ansprüche geltend gemacht habe, beruht auf einem Missverständnis des Urteils. Diesem ist ohne weiteres zu entnehmen, dass der Kläger so gestellt werden soll, als sei ihm die Genehmigung am 1.4.1997 erteilt worden - woran sich dann die notwendige Vorbereitungszeit bis zur Aufnahme des Geschäftsbetriebs anschloss.

2. 28

Der Kläger ist aktivlegitimiert. Er ist befugt, im eigenen Namen sowohl den ihm als Einzelkaufmann entstandenen Schaden als auch den der A F GmbH geltend zu machen. 29

a) 30

Der Kläger war ab Oktober 1995 neben seiner Ehefrau Gesellschafter der A B oHG. Seine Ehefrau ist mit Wirkung zum 01.06.1998 aus der Gesellschaft ausgeschieden. Es gibt grundsätzlich wegen der Sozietätskonstruktion der Personengesellschaften anders als bei juristischen Personen keine Ein-Mann-Personengesellschaft. Scheidet aus einer Personengesellschaft – wie hier – der zweitletzte Gesellschafter aus, endet das Gesellschaftsverhältnis durch Konfusion. Die Gesellschaft erlischt ohne Auseinandersetzung, und der verbleibende Gesellschafter wird im Wege der Anwachsung ihr Gesamtrechtsnachfolger. Eine Liquidation ist wegen der Gesamtrechtsnachfolge entbehrlich (K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., § 11 V 3 a und § 8 IV). Der Kläger hat mit Wirkung zum 01.06.1998 alle Ansprüche der A B oHG erworben, ohne dass es einer Abtretung bedurfte. Dies gilt auch für Ansprüche im Zusammenhang mit der Bescheidung des Antrags vom 23.09.1996, die der Kläger als Einzelkaufmann – Rechtsnachfolger der oHG – im eigenen Namen geltend machen kann. 31

b) 32

Der Kläger ist auch befugt, Ansprüche der A F GmbH im eigenen Namen geltend zu machen und insoweit Zahlung an sich zu verlangen. Die GmbH ist am 17.12.2001 ins Handelsregister eingetragen worden. Ausweislich der Registerakten 42 HRB 41535 AG Köln ist der Kläger Alleingesellschafter und Geschäftsführer der A F GmbH. In der Rechtsprechung des BGH ist anerkannt, dass der geschäftsführende Alleingesellschafter einer Kapitalgesellschaft den Vermögensnachteil seiner Gesellschaft im eigenen Namen geltend machen kann, weil die Ein-Mann-Gesellschaft für die schadensrechtliche Beurteilung praktisch als ein in besonderer Form verwalteter Teil des dem Alleingesellschafter gehörenden Vermögens angesehen wird (BGH – 3. Zivilsenat -, NJW-RR 89, 684; BGH, NJW-RR 95, 864, zur Schadenszurechnung bei einer Amtspflichtverletzung; BGH – VI. ZS -, NJW 77, 1283, 1284; NJW 74, 135, 134, 135; kritisch K. Schmidt a. a. O., § 40 III 4). Der Gesellschafter kann in einem solchen Fall nicht nur Zahlung an die Gesellschaft, sondern Zahlung an sich persönlich verlangen. Dieser ständigen Rechtsprechung des BGH schließt sich der Senat an. 33

Im Übrigen kommt es für den überwiegenden Teil des Schadenszeitraums auf diese Rechtsprechung nicht einmal an. Die A F GmbH wurde erst im November 2001 gegründet, war daher vorher nicht existent und konnte mithin keinen Schaden erleiden. Geschädigt wurde bis zum 31.5.1998 die A B oHG, deren Ansprüche auf den Kläger übergegangen sind, und ab 1.6.1998 der Kläger unmittelbar. Wäre die Genehmigung zeitgerecht erteilt worden, hätte der Kläger entweder in eigener Person oder, wenn der Beklagte – wie später geschehen – den Krankentransport durch eine GmbH erlaubt hätte, durch eine zu gründende GmbH von der Genehmigung Gebrauch machen können. Tatsächlich gab es aber vor November 2001 keine solche GmbH. Eine "fiktive" GmbH kann nicht Ersatzberechtigter sein. Einer von der A F GmbH erhobenen Klage hätte der Beklagte für die Zeit vor ihrer Gründung ohne weiteres entgegenhalten können, diese habe mangels Existenz in dem betreffenden Zeitraum keinen Schaden erlitten.

Hiermit erledigt sich zugleich der vom Beklagten mit Rücksicht auf die Ausführungen S. 23 unten, 24 des angefochtenen Urteils gegen die Zulässigkeit eines Grundurteils erhobene Einwand, es fehle an der für ein solches erforderlichen hinreichenden Wahrscheinlichkeit eines Schadens. In Wahrheit ist nicht ernstlich zweifelhaft, dass der Kläger durch die nicht zeitgerecht erteilte Genehmigung mit hoher Wahrscheinlichkeit einen – der Höhe nach noch aufklärungsbedürftigen – Schaden erlitten hat, und zwar nicht nur mittels Minderung des Wertes seines Gesellschaftsanteils an der A F GmbH.

3.

Der Bescheid des Beklagten vom 22.12.1998, durch den der Antrag der A B C oHG auf Erteilung der Genehmigung für den Krankentransport abgelehnt worden ist, ist rechtswidrig und stellt damit zugleich eine Amtspflichtverletzung dar. Das Verwaltungsgericht hat den Bescheid vom 22.12.1998 durch Urteil vom 05.09.2001 aufgehoben und den Beklagten verpflichtet, den Antrag unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu bescheiden. An verwaltungsgerichtliche Entscheidungen, die die Rechtswidrigkeit einer Verwaltungsmaßnahme rechtskräftig feststellen, sind die Zivilgerichte nach einhelliger Auffassung gebunden (Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl., S. 122; BGHZ 113, 17; BGHZ 121, 131). Dem steht nicht entgegen, dass die am 30.09.1998 beim Verwaltungsgericht eingegangene Verpflichtungsklage von der A B oHG erhoben worden ist, die zu diesem Zeitpunkt nicht mehr existent war. An Stelle der A B oHG ist, wie bereits ausgeführt, der Kläger getreten. Er hat die Geschäftsanteile und alle Ansprüche der A B oHG erworben und war Partei des Verfahrens vor dem Verwaltungsgericht. Die Bezeichnung A B oHG in der Klageschrift und im Rubrum des Urteils ist eine bloße unrichtige Parteibezeichnung. Tatsächlich war der Kläger an Stelle der aufgelösten oHG Partei des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens. Die Bindungswirkung bezieht sich auch auf den Zeitraum vor der mündlichen Verhandlung des Verwaltungsgerichts vom 05.09.2001. Eine Änderung der maßgeblichen tatsächlichen Verhältnisse liegt nicht vor, und zwar auch nicht insoweit, als der Kläger erst mit Schreiben vom 28.1.2000 klargestellt hat, dass sich der Genehmigungsantrag auf 4 Krankentransportwagen beziehe – siehe hierzu später.

Der Bescheid des Beklagten vom 22.12.1998 ist auch nach Auffassung des Senats unabhängig von der Frage der Bindungswirkung rechtswidrig. Nach § 19 Abs. 4 Satz 3 Rettungsgesetz sind zwingend die Einsatzzahlen, die Eintreffzeiten und die Dauer der Einsätze sowie die Entwicklung der Kosten und Ertragslage der Entscheidung zugrunde zu legen. Der Bescheid des Beklagten vom 22.12.1998 verhält sich zu den Eintreffzeiten überhaupt nicht. Hierauf kommt es nach dem eindeutigen Wortlaut des § 19 Abs. 4 Rettungsgesetz, der nicht zwischen Rettungsdienst und Krankentransport differenziert, an.

Werden die Hilfsfristen in der Notfallrettung nicht erreicht, steht dies der Anwendung der Funktionsschutzklausel auch dann entgegen, wenn lediglich eine Genehmigung für den Krankentransport beantragt wird.

Die Bezirksregierung hat zwar ausweislich des Widerspruchsbescheides vom 10.2.2000 eine entsprechende Prüfung angestellt, diese war aber aus den S. 7, 8 des Urteils des Verwaltungsgerichts Köln vom 5.9.2001 genannten Gründen, denen sich der Senat anschließt, unzulänglich. Insbesondere ist auch der Senat der Ansicht, dass der Prüfungszeitraum 13. bis 23.1.2000 zu kurz und die Qualifikation des gesamten Erftkreises als ländliches Gebiet verfehlt ist. 39

Der Rechtswidrigkeit des Bescheides vom 22.12.1998 steht nicht entgegen, dass der Antrag der oHG vom 23.09.1996 sich nicht auf eine bestimmte Anzahl von Krankentransportwagen bezieht. Der Beklagte war gehalten, auf die Vervollständigung des Antrags hinzuwirken. Er hat den Antrag nicht etwa wegen der unvollständigen Angabe zurückgewiesen, sondern ausschließlich mit der Begründung, die Voraussetzungen der Funktionsschutzklausel seien vorliegend erfüllt. Er war umso mehr verpflichtet, auf eine für erforderlich gehaltene Vervollständigung des Antrags hinzuwirken, weil die A B oHG mit Schreiben vom 5.6.1997 ausdrücklich um Nachricht gebeten hatte, falls weitere Angaben und Unterlagen erforderlich seien. 40

4. 41

Dem Anspruch des Klägers steht die Vorschrift des § 839 Abs. 3 BGB für einen Zeitraum von neun Monaten entgegen. Die Berufung des Beklagten hat teilweise Erfolg, nämlich insoweit, als das Landgericht den Anspruch für den Zeitraum vom 1.4.1997 bis 31.12.1997 dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt hat. 42

a. 43

Der Kläger hat es versäumt, rechtzeitig eine Untätigkeitsklage gegen den Beklagten zu erheben. Es ist dem Geschädigten nicht gestattet, den Schaden größer werden zu lassen, um ihn dann dem Staat in Rechnung zu stellen. Er ist vielmehr gehalten, Primärrechtsschutz in Anspruch zu nehmen. Unter den Begriff des Rechtsmittels im Sinne des § 839 Abs. 3 BGB fällt auch die Untätigkeitsklage (Ossenbühl, a.a.O. S. 94). Die Klage der A B oHG ist erst am 30.9.1998 bei Gericht eingegangen. Die Klageerhebung ist nach Auffassung des Senats neun Monate zu spät erfolgt. Auf die Sachstandsanfragen vom 8.4.1997 und 21.5.1997 hat der Beklagte mit Schreiben vom 26.5.1997 mitgeteilt, den Oberstadtdirektor in B um Stellungnahme gebeten zu haben. Mit dem Eingang dieser Stellungnahme, in der es offenbar nur um die unproblematische Frage der Zuverlässigkeit des Klägers ging, war zeitnah zu rechnen. Auf das Schreiben des Klägers vom 5.6.1997 hat der Beklagte überhaupt nicht reagiert. Eine Klageerhebung musste zwar nicht sogleich nach Ablauf der Dreimonatsfrist erfolgen. Dem Kläger ist ein angemessener Prüfungs- und Überlegungszeitraum zuzubilligen. Dafür reichte aber die Zeit bis Ende 1997 aus. Die Klage hätte bis Ablauf des Jahres 1997 erhoben werden können und müssen. Für den Zeitraum vom 1.4.1997 bis 31.12.1997 ist die Klage dem Grunde nach nicht gerechtfertigt. 44

b. 45

Die verspätete Begründung des Widerspruchs führt nicht zu einer Anwendung von § 839 Abs. 3 BGB. 46

Der Kläger hat seinen Widerspruch vom 07.01.1999 gegen den Bescheid vom 22.12.1998 zwar erst am 09.11.1999, also nicht zeitnah, begründet. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme steht aber fest, dass sich die verspätete Begründung des Widerspruchs nicht verzögernd auf das verwaltungsgerichtliche Verfahren ausgewirkt hat. Die hierzu schriftlich vernommene Richterin am Verwaltungsgericht Hempel, die als Berichterstatterin für die Terminierung der Untätigkeitsklage zuständig war, hat bekundet, die Dauer des Widerspruchsverfahrens habe wegen der hohen Eingangszahlen und der dadurch bedingten Erhöhung der Verfahrensdauer auf die Dauer des Klageverfahrens keinen Einfluss gehabt; eine zeitnahe Begründung des Widerspruchs und ein früher erlassener Widerspruchsbescheid hätten nicht zu einer früheren Terminierung der Untätigkeitsklage geführt. Die Aussage des Zeugen Rassat zu dem zeitlichen Ablauf des Widerspruchsverfahrens ist unergiebig. Zweifel an der Richtigkeit der Aussage der Zeugin Hempel bestehen nicht.

5. 48

Die Beklagte ist nach § 42 in Verbindung mit § 45 Abs. 1 Satz 2 OBG passivlegitimiert. Gleiches gilt für die Haftung aus § 839 BGB. Der Beklagte war für die Erteilung der Genehmigung für den Betrieb von Krankentransportwagen in seinem Bezirk zuständig und hat diese mit Bescheid vom 22.12.1998 versagt. Der Umstand, dass der Kläger gegen den Bescheid Widerspruch eingelegt hat, ändert nichts daran, dass der Beklagte für die Entscheidung zuständig war und die Genehmigung rechtswidrigerweise versagt hat. Dass der Kläger erst im Lauf des Widerspruchsverfahrens, nämlich mit Schreiben vom 28.1.2000, den Antrag konkretisiert hat, spielt keine Rolle. Das ergibt sich aus den obigen Ausführungen unter 3. a. E. 49

6. 50

Der Anspruch des Klägers ist nicht verjährt. 51

Die Verjährungsfrist beginnt gemäß § 852 BGB a.F. mit der Kenntnis der Schadensbetroffenheit und der Person des Ersatzpflichtigen. Mit Erhalt des Bescheides vom 22.12.1998 hatte der Kläger von allen für die Entscheidung maßgeblichen Tatsachen – insbesondere der unzutreffenden Auslegung der Funktionsschutzklausel durch den Beklagten – Kenntnis. Er war dadurch in die Lage versetzt, eine Feststellungsklage gegen den Beklagten zu erheben. 52

Die Verjährung ist aber durch das verwaltungsgerichtliche Verfahren unterbrochen worden. Die Klage ist am 30.09.1998 beim Verwaltungsgericht eingegangen. Das Urteil ist Anfang November 2001 – einen Monat nach Zustellung – rechtskräftig geworden. 53

Der Unterbrechung steht nicht entgegen, dass die Untätigkeitsklage von der A B oHG erhoben worden ist. Ungenaue oder unrichtige Parteibezeichnungen können nach einhelliger Auffassung ausgelegt werden. Dies gilt im besonderem Maße bei unternehmensbezogenen Geschäften, bei denen im Zweifel der wahre Rechtsträger berechtigt und verpflichtet wird. Im Zeitpunkt der Klageerhebung war der Kläger als Einzelkaufmann tatsächlicher Inhaber des Betriebes, nachdem er das Betriebsvermögen der oHG nach dem Ausscheiden seiner Ehefrau zum 01.06.1998 durch Anwachsung erworben hatte. Kläger und damit Partei in dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren war trotz der unrichtigen Bezeichnung nicht die nicht mehr existente oHG, sondern der an ihre Stelle getretene, durch dieselben Anwälte vertretene Kläger (vgl. BGH NJW 1993, 1654; Zöller-Greger, ZPO 26. Aufl. § 246 Rn. 2 b) als tatsächlicher Inhaber des Betriebes. Der Beklagte hat die oHG, den Kläger und die A F 54

GmbH immer wie ein Rechtssubjekt behandelt. Die Genehmigungen vom 26.06.2002, 26.09.2002 und 08.01.2003 sind der A F GmbH unter Bezugnahme auf den Antrag der A B oHG vom 23.09.1996 erteilt worden.

Nach Art. 229 § 6 Abs. 3 EGBGB, § 852 BGB a. F. lief die Verjährungsfrist mithin Anfang November 2004 ab. Jedoch hat der Versicherer des Beklagten mit Schreiben vom 3.6.2004 (Anlage K 29) bis 31.12.2004 auf die Einrede der Verjährung, soweit noch nicht eingetreten, verzichtet. Am 21.12.2004 wurde der Mahnantrag gestellt, am 14.1.2005, d.h. "demnächst" i.S. des § 167 ZPO, der Mahnbescheid zugestellt. 55

7. 56

Ein Mitverschulden ist dem Kläger nicht zur Last zu legen. Er war nicht gehalten, beim Verwaltungsgericht einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung zu stellen. Ein solcher hätte keine Aussicht auf Erfolg gehabt, weil es im vorliegenden Fall nicht um die erstmalige Wahrnehmung des Grundrechts auf freie Berufsausübung gemäß Artikel 12 GG, sondern wirtschaftlich um eine Betriebserweiterung ging. Im Fall der bloßen Betriebserweiterung kommt eine Vorwegnahme der Hauptsache nach der Rechtsprechung des VG Köln und OVG NRW in der Regel nicht in Betracht (OVG NRW, Beschluss vom 28.08.2002 – 13 B 964/02; VG Köln, Beschluss vom 11.03.2005 – 9 L 1603/04). 57

8. 58

Auf übereinstimmenden Antrag der Parteien wird die Sache gemäß § 538 Abs. 2 Nr. 4 ZPO zur weiteren Verhandlung und Entscheidung über die Anspruchshöhe an das Landgericht zurückverwiesen. Eine Aufklärung der Höhe durch den Senat erscheint nicht angemessen, da diese praktisch in vollem Umfang offen ist und nur feststeht bzw. in dem für den Erlass eines Grundurteils erforderlichen Maß wahrscheinlich ist, dass dem Kläger ein Schaden entstanden ist. Erforderlich ist eine umfassende Sachaufklärung, die, nähme der Senat sie selbst vor, den Parteien eine Tatsacheninstanz vollständig nehmen würde. 59

Die Kostenentscheidung ist dem Landgericht vorzubehalten. Das gilt auch für die Kosten des Berufungsverfahrens, denn von dem Ergebnis der Aufklärung der Anspruchshöhe hängt (auch) ab, in welchem Umfang die Berufung letztlich erfolgreich ist. 60

9. 61

Es besteht kein Anlass, die Revision zuzulassen, da die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen. Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung. Die Fortbildung des Rechts und die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordert keine Entscheidung des Revisionsgerichts. Der Senat weicht auch nicht von höchstrichterlichen oder obergerichtlichen Entscheidungen ab. 62

Streitwert für das Berufungsverfahren: bis 2,5 Mio. Euro 63