

III ZR 82/60

Verkündet
am 10. Juli 1961
Fieser, Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

des Oberingenieurs Adalbert M [REDACTED], L [REDACTED],
G [REDACTED]-Straße [REDACTED],

Klägers, Berufungsklägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Landkreis I [REDACTED]-D [REDACTED] in I [REDACTED], vertreten
durch den Oberkreisdirektor,

Beklagten, Berufungsbeklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche Verhandlung vom 10. Juli 1961 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Prof. Dr. Geiger sowie der Bundesrichter Dr. Arndt, Gähtgens, Keßler und Schäfer für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Celle vom 5. März 1960 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten des Revisionsrechtszuges - an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger betrieb in der Zeit vom 1. Januar 1950 bis zum 10. Oktober 1955 in L[REDACTED] eine Tierkörperbeseitigungsanstalt. Mit der Klage nimmt er den beklagten Landkreis auf Erstattung eines bilanzmäßigen Verlustes der Anstalt für die Zeit vom 1. Januar 1951 bis zum 30. Juni 1953 in Anspruch und erbittet die Feststellung, daß der beklagte Landkreis verpflichtet sei, ihm allen weiteren Schaden zu ersetzen, der durch Nichtzahlung eines Zuschusses und durch Nichtabschluß eines Vertrages nach dem Tierkörperbeseitigungsgesetz und dessen Durchführungsvorschriften entstanden sei. Einen Teilbetrag der bezifferten Klageforderung hat der Kläger an die Firma Handelsgesellschaft H[REDACTED] in H[REDACTED] abgetreten.

Die Tierkörperbeseitigung im Landkreis I[REDACTED]-D[REDACTED] wurde früher in einer Abdeckerei W[REDACTED] ausgeführt, die neuzeitlichen Anforderungen nicht mehr entsprach. Nach dem Kriege plante der beklagte Landkreis die Errichtung einer neuen Tierkörperbeseitigungsanstalt. Etwa im Herbst 1947 trat der Kläger wegen einer Übernahme der geplanten Anstalt mit dem Kreis in Verbindung. Im Laufe der Verhandlungen wurde Einigkeit darüber erzielt, daß die neue Anstalt nicht von dem beklagten Landkreis, sondern von dem Kläger - notfalls mit finanzieller Unterstützung des Kreises und des Landes Niedersachsen - gebaut werden solle. Der Verwaltungsausschuß des Kreises billigte das Vorhaben grundsätzlich am 2. Dezember 1947; der Kläger wurde hiervon am 2. April 1948 verständigt mit dem Zusatz:

"Die Kreisverwaltung ist bereit, falls erforderlich, Sie bei dem Bauvorhaben finanziell zu unterstützen. Nähere Vereinbarungen hierüber müßten dann später noch getroffen werden".

- 3 -

Der Plan kam jedoch vor der Währungsumstellung nicht mehr zur Ausführung. Nach der Währungsreform ergaben sich Schwierigkeiten wegen der Finanzierung. Der Landkreis beschloß deshalb, zunächst nur eine provisorische Neu- anlage zu errichten. Der Kläger bemühte sich auch um dieses Vorhaben. Unter dem 3. April 1949 bat er den be- klagten Landkreis um Übereignung des für die Anstalt vor- gesehenen Grundstücks und fügte hinzu:

"Obwohl mir mit Schreiben vom 2. April 1948 eine finan- zielle Unterstützung des Kreises zugesichert worden ist, verpflichte ich mich, weitere Beträge des Kreises nicht zu beanspruchen, da ich jetzt aus eigener Kraft den Neubau gangfertig auszuführen in der Lage bin Ich verzichte demnach also auf Bürgschaften oder sonstige Hilfe des Kreises zur Errichtung des Neubaus und ver- pflichte mich, diesen wie von der Regierung verlangt und mehrmals vom Kreis entsprechend angemahnt, ohne Verzug zu beginnen und schnellstens gangfertig zu er- stellen. Ich möchte bei dieser Gelegenheit darauf hinweisen, daß Tierkörperverwertungsanstalten bzw. Abdeckereien den Kreisen oft große Sorgen und erheb- liche Kosten bereitet haben. Alle diese Komplikationen hat der Kreis D [REDACTED] nicht zu erwarten, was ich unter Beweis stellen werde".

Bei einer Besprechung am 29. April 1949, an der der Landrat, der Oberkreisdirektor, Vertreter des Landwirtschaftsministeriums und des Regierungspräsidiums teilnahmen, wurde dem Kläger eröffnet, daß er weder für die provisorische noch für die endgültige Neuanlage mit Zuschüssen des Kreises oder Landes rechnen könne; er müsse die Anstalt als Privatmann bauen und betreiben und das damit verbundene Risiko allein über- nehmen. Der Kläger erklärte sich damit einverstanden.



Mitte Mai 1949 verkaufte und übereignete der beklagte Kreis dem Kläger das für die Anstalt bestimmte Grundstück. Dort errichtete der Kläger die provisorische Neuanlage. Vor ihrer Inbetriebnahme fand am 30. Dezember 1949 eine erneute Besprechung in L [REDACTED] statt, an der der Oberkreisdirektor, Vertreter des Regierungspräsidiums und des Landwirtschaftsministeriums sowie der Kläger und seine Ehefrau teilnahmen. Das Ergebnis der Besprechung wurde in einer von den Anwesenden unterschriebenen Niederschrift festgehalten, die u.a. folgende Punkte enthält:

- "1. M [REDACTED] erkennt an, daß er unter Wiederholung seiner früheren Zusage für den provisorischen Bau und die Unterhaltung des provisorischen Betriebes keinerlei Ansprüche an Land und Kreis stellt oder erwartet.

.....

7. Herr M [REDACTED] nimmt zur Kenntnis, daß innerhalb der nächsten drei Jahre der Neubau einer Tierkörperbeseitigungsanstalt nach den Bestimmungen des Tierkörperbeseitigungsgesetzes nicht erfolgen wird, und verpflichtet sich, innerhalb dieser Zeit keine Investitionen vorzunehmen, soweit sie nicht für den endgültigen Neubau Verwendung finden können".

Anfang Januar 1950 begann der Kläger mit dem Betrieb der vorläufigen Anlage. Unter dem 12. Dezember 1950 erteilte der Beschlußausschuß des Regierungspräsidiums in L [REDACTED] die gewerbepolizeiliche Genehmigung für den Betrieb unter der Auflage, bis zum 30. Juni 1951 einen Vertrag gemäß § 7 Abs. 2 des Tierkörperbeseitigungsgesetzes (TKBG) in Verbindung mit § 11 der ersten Durchführungsverordnung abzuschließen, und unter der Bedingung, daß der geplante Neubau

einer Tierkörperbeseitigungsanstalt bis zum 31. Dezember 1952 errichtet und betriebsfertig sei.

Der Kläger erzielte im ersten Betriebsjahr einen Gewinn, jedoch arbeitete die Anstalt seit dem Jahre 1951 mit Verlust.

Durch Beschluß vom 17. Juni 1953 verlängerte der Beschlußausschuß die auf den 31. Dezember 1952 festgesetzte Frist für die Errichtung einer neuen Tierkörperbeseitigungsanstalt bis zum 31. Dezember 1955. Dieser Beschluß wurde auf die Anfechtungsklage des Regierungspräsidenten durch das rechtskräftig gewordene Urteil des Landesverwaltungsgerichts in Braunschweig, 2. Kammer Lüneburg, vom 26. November 1954 aufgehoben. Am 10. Oktober 1955 wurde die Anstalt durch das Ordnungsamt des beklagten Kreises geschlossen mit der Begründung, daß eine ordnungsmäßige Tierkörperbeseitigung nicht mehr gewährleistet sei. In der Folgezeit ließ der beklagte Kreis die in seinem Bezirk anfallenden Tierkörper durch die Anstalt in B [REDACTED] (Kreis U [REDACTED]) beseitigen. Die Zwangsversteigerung des Betriebsgrundstücks des Klägers, die bereits im Jahre 1951 angeordnet worden war, wurde, nachdem ein Versteigerungstermin am 4. Januar 1956 ergebnislos geblieben war, wegen Nichtbetreibens aufgehoben.

Der Kläger hat zur Begründung der Klage vorgetragen: Seit Eröffnung der Anstalt habe er immer wieder auf den Abschluß eines schriftlichen Vertrages, wie er im Tierkörperbeseitigungsgesetz und dessen Durchführungsvorschriften vorgesehen sei, gedrängt. In einem solchen Vertrage hätte der beklagte Landkreis sich zur Zahlung von Betriebszuschüssen verpflichten müssen. So sehe es das Gesetz vor und so sei es üblich und notwendig, weil Tierkörperbeseitigungsanstalten im allgemeinen unrentabel arbeiteten. Trotz vielfacher Vorstellungen und trotz der Auflage im Genehmigungsbeschluß

vom 12. Dezember 1950 habe jedoch der beklagte Kreis dem Verlangen auf Abschluß eines Vertrages nicht entsprochen. In der Zeit vom 1. Januar 1951 bis zum 30. Juni 1953 sei in seinem Betrieb ein Verlust von 18.988,19 DM entstanden, in erster Linie deshalb, weil die Preise für die Erzeugnisse des Betriebes seit 1951 unvorhergesehenerweise beträchtlich gefallen seien. Als Aufgabenträger sei der beklagte Kreis zur Zahlung der benötigten Zuschüsse für den ungedeckten Betriebsaufwand verpflichtet. Diese Zahlungspflicht ergebe sich unmittelbar aus den gesetzlichen Vorschriften, wie auch aus dem in zahlreichen Besprechungen zustande gekommenen Verträge, notfalls aus Geschäftsführung ohne Auftrag. Mindestens in Höhe der eingetretenen Verluste sei der beklagte Kreis auf Kosten des Klägers bereichert, weil er, der Kläger, durch den Betrieb seiner Anstalt den Kreis von seiner gesetzlichen Pflicht zur Tierkörperbeseitigung befreit habe. Schließlich hätten die Bediensteten des beklagten Kreises ihre Amtspflichten dadurch verletzt, daß sie sich geweigert hätten, einen Vertrag mit der gesetzlich vorgesehenen Zuschußpflicht abzuschließen.

Mit der im September 1953 erhobenen Klage hat der Kläger zunächst beantragt, den beklagten Kreis zur Zahlung von 18.988,19 DM nebst Zinsen zu verurteilen und den Kreis weiter dazu zu verurteilen, mit dem Kläger über den Betrieb der Tierkörperbeseitigungsanstalt in L. einen Vertrag gemäß § 11 der 1. DVO-TKBG zu schließen. Der Antrag auf Verurteilung zum Abschluß eines Vertrages ist durch das rechtskräftige Versäumnisurteil des Landgerichts vom 4. Juli 1956 abgewiesen worden. Den Zahlungsanspruch hat das Landgericht durch Urteil vom 3. März 1954 zunächst dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Auf die Berufung des beklagten Kreises hat das Oberlandesgericht das Urteil aufgehoben und die Sache an das Landgericht zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung

zurückverwiesen. In der erneuten Verhandlung vor dem Landgericht hat der Kläger zuletzt beantragt,

1. den beklagten Landkreis zu verurteilen,
 - a) an die Firma Handelsgesellschaft H. in H. 5.512,50 DM nebst 10,5 % Zinsen seit dem 1. August 1953 zu zahlen,
 - b) an den Kläger 13.475,69 DM nebst 10,5 % Zinsen seit dem 1. August 1953 zu zahlen,
2. festzustellen, daß der Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger allen weiteren durch die Nichtzahlung des Zuschusses und den Nichtabschluß des Vertrages im Sinne des § 11 der 1. DVO-TKBG entstandenen Schaden zu ersetzen.

Der beklagte Landkreis hat gebeten, die Klage abzuweisen; er hat erwidert: Die frühere Abdeckerei W. habe bis zum 31. Dezember 1949 immer mit Gewinn gearbeitet. Es habe deshalb von vornherein kein Anlaß bestanden, dem Kläger Zuschüsse zum laufenden Betrieb zuzusagen. Der Kläger habe auch in den Verhandlungen immer wieder erklärt, daß er die Anstalt aus eigenen Mitteln bauen könne, keine Zuschüsse für den Betrieb brauche und das volle Risiko allein tragen wolle. Nur unter diesen Bedingungen seien ihm Errichtung und Betrieb der Anstalt übertragen worden. Wenn dies nicht geschehen wäre, würde der beklagte Kreis schon im Jahre 1950 die Tierkörperbeseitigung der Anstalt in B. übertragen haben, wofür ihm keinerlei Aufwendungen entstanden wären, und von der Errichtung einer Anstalt im Kreis überhaupt Abstand genommen haben. Zuschüsse wären auch für den Betrieb des Klägers nicht erforderlich gewesen, wenn der Kläger die von ihm behaupteten Betriebsmittel gehabt und ordentlich gearbeitet hätte. Es habe sich herausgestellt, daß der Kläger über seine verfügbaren Mittel unrichtige Angaben

gemacht habe. Er sei seiner Verpflichtung, dem Kreis Aufklärung über seine finanziellen Verhältnisse zu geben, nicht nachgekommen. In der Anstalt hätten alsbald untragbare Zustände geherrscht. Der Abschluß eines langfristigen Vertrages mit dem Kläger habe daher nicht verantwortet werden können, abgesehen davon, daß der Kläger auf Zuschüsse des Kreises überhaupt verzichtet habe.

Das Landgericht hat die Klage mit Urteil vom 15. Januar 1958 abgewiesen. Die Berufung des Klägers ist durch das Berufungsgericht zurückgewiesen worden. Mit der Revision verfolgt der Kläger seinen bisherigen Antrag weiter. Der beklagte Kreis bittet, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht hat den Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten vollen Umfanges, auch soweit der Klageanspruch auf Vertrag, Geschäftsführung ohne Auftrag oder ungerechtfertigte Bereicherung gestützt wird, für zulässig erachtet. Insoweit bestehen keine Bedenken.

Die unschädliche Beseitigung der Tierkörper in Tierkörperbeseitigungsanstalten ist den Kreisen als eine öffentliche, in erster Linie auf dem Gebiet der Gesundheits- und Veterinärpolizei liegende Aufgabe (Erhardt, Tierkörperbeseitigungsgesetz, 1940 zu § 5 Anm. 1) zugewiesen worden (§ 5 TKBG). Die Kreise oder Zweckverbände haben für die Errichtung und den vorschriftsmäßigen Ausbau und Betrieb der Anstalten zu sorgen (§ 7 TKBG). Es ist ihnen freigestellt,

neue Anstalten selbst zu errichten oder durch Unternehmer errichten zu lassen, vorhandene Anstalten nach Vereinbarung zu übernehmen oder im bisherigen Besitz betreiben zu lassen (§ 11 Abs. 1 der 1. DVO). Wenn - wie im vorliegenden Fall - die vorhandene Anlage veraltet ist und deshalb eine neue Anlage erstellt werden soll, ergeben sich drei mögliche Wege: Der Kreis kann die Anlage selbst errichten und betreiben oder er kann die Anlage zwar errichten, aber durch einen Pächter (§ 11 Abs. 2 der 1. DVO) betreiben lassen oder er kann Errichtung und Betrieb einem Unternehmer überlassen. Jeder dieser Wege ist geeignet und zugelassen, die öffentliche Aufgabe des Kreises zu erfüllen.

Wird - wie im vorliegenden Fall - der Weg der Errichtung und des Betriebes durch einen privaten Unternehmer gewählt, so bedarf das Rechtsverhältnis einer vertraglichen Ausgestaltung, die die Gewähr dafür bietet, daß der Unternehmer seine Aufgaben dem Zweck des Gesetzes entsprechend erfüllen kann (§ 11 Abs. 2 der 1. DVO), denn nur in diesem Falle kann sich der öffentliche Aufgabenträger von seiner Aufgabe und Verantwortung gegenüber der Allgemeinheit entlasten. Deshalb sieht das Gesetz die Regelung bestimmter Gegenstände in dem Verträge (§ 11 Abs. 2 der 1. DVO) und dessen Genehmigung durch die Aufsichtsbehörde (§ 7 Abs. 2 TKBG) vor, fordert den Nachweis der Eignung des Betriebsleiters (§ 11 Abs. 3 der 1. DVO) und dessen Verpflichtung auf die gewissenhafte Erfüllung seiner Tätigkeit durch Handschlag (§ 7 Abs. 3 TKBG mit § 11 Abs. 3 der 1. DVO).

Bei dieser "Indienststellung" einer wirtschaftlichen Unternehmung (Forsthoff, Verwaltungsrecht, 1. Bd. 8. Aufl., Vorbem. vor § 19 S. 324), ist allerdings der Zusammenhang mit dem öffentlichen Recht unverkennbar, weil es sich eben darum handelt, eine öffentliche Aufgabe der Verwaltung zu

erfüllen. Gleichwohl ist der Vertrag des Aufgabenträgers mit dem Unternehmer kein öffentlich-rechtlicher Vertrag. Hierfür kann allerdings nicht - wie das Berufungsgericht meint - entscheidend sein, daß die Vertragsparteien sich beim Vertragsschluß gleichgeordnet gegenübergestanden hätten. Die Abgrenzung der öffentlich-rechtlichen Verträge von den privatrechtlichen muß vielmehr von der Sache, vom Gegenstand des Vertrages her im Einzelfall getroffen werden, und es ist dabei insbesondere entscheidend, ob durch den Vertrag eine von der gesetzlichen Ordnung abweichende Verschiebung öffentlicher Rechte oder Pflichten stattfindet oder wenigstens beabsichtigt ist (BGHZ 32, 214). Das trifft hier nicht zu. Denn selbst wenn der Kreis einen privaten Unternehmer für seine Zwecke in Dienst stellt, bleibt er der "Aufgabenträger", der sich zwar zur Erfüllung seiner Aufgabe eines anderen bedient, dem aber die Verantwortung gegenüber der Allgemeinheit verbleibt. Der Unternehmer wird nicht zum "beliehenen Unternehmer", der auf Grund staatlicher Delegation staatliche Verwaltungsaufgaben wahrnimmt und staatliche Verwaltungsbefugnisse ausübt (Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 1. Bd. 2. Aufl. § 46 S. 542). Zwar können ausschließliche Herstellungs-, Übernahme- und Veräußerungsrechte - wie die alten "Zwangs- und Bannrechte", die früher vielfach mit den Abdeckereiberechtigungen verbunden waren, - den Charakter verliehener Hoheitsbefugnis haben und die Innehabung verliehener öffentlicher Gewalt ausdrücken (Huber aaO S. 540). Gerade die alten Abdeckereiberechtigungen und die mit ihnen verbundenen Zwangs- und Bannrechte aber wurden durch § 12 TKBG aufgehoben (von Ostertag-Moegle-Braun, Tierkörperbeseitigung 2. Aufl. S. 68; Erhardt zu § 12 Anm. 1). Die gesetzgeberische Absicht war, den Aufgabenträgern volle Freiheit sowohl bei der Errichtung wie im Betrieb zu belassen, um auch Privatkapital heranzuziehen und den privaten Unternehmerbetrieb, der Vorzüge vor dem Regiebetrieb haben kann,

nicht auszuschließen (Erhardt zu § 11 der 1. DVO Anm. 1). Auch diese Absicht steht der Annahme, daß der private Unternehmer durch Beleihung mit Hoheitsrechten in die Verwaltungsorganisation einbezogen würde, entgegen. Ausschließlichkeitsrechte stehen dem privaten Unternehmer nicht kraft hoheitlicher Verleihung, sondern nur soweit zu, als der Aufgabenträger sie ihm vertraglich zugesagt hat. Die öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen des Unternehmers, die sich auf Einrichtung, Ausgestaltung und Betrieb der Anlage sowie die Ausübung seiner Tätigkeit beziehen, ergeben sich aus dem Gesetz und können weiter - wie es auch im vorliegenden Fall geschehen ist - durch die Auflagen der Genehmigungsurkunde (§ 16 GewO) geregelt werden. Für den mit dem Aufgabenträger zu schließenden Vertrag bleibt mithin die Regelung der privatrechtlichen Seite. Es besteht kein Anlaß, Zweifel in die privatrechtliche Natur dieses Vertrages zu setzen, zumal das Gesetz selbst den Unternehmer, der eine kreiseigene Anlage betreibt, als "Pächter" (§ 11 Abs. 2 der 1. DVO) ansieht und damit eine typisch privatrechtliche Rechtsform verwendet.

Soweit Ansprüche aus Vertrag oder aus Verschulden beim Vertragsschluß geltend gemacht werden, ist hiernach der Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten gegeben. Für Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag oder aus ungerechtfertigter Bereicherung ist regelmäßig der Zivilrechtsweg begründet (Soergel-Siebert BGB 9. Aufl. Einl. Anm. 66), es sei denn - was hier nicht zutrifft -, daß ein Hoheitsträger das Geschäft eines anderen Hoheitsträgers geführt hat oder der Anspruch sich kraft des Zusammenhanges mit einem Verwaltungsakt als öffentlich-rechtlicher erweist. Für einen etwaigen Anspruch aus Amtshaftung folgt die Zulässigkeit des Rechtsweges aus Art. 34 GG.

II.

Die Revision weist auf Abweichungen in den Entscheidungsgründen des ersten Berufungsurteils des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts und des vorliegenden zweiten Berufungsurteils des 3. Zivilsenats hin.

Sie sieht eine Verletzung des § 318 ZPO darin, daß das zweite Berufungsurteil vom Bestehen eines Vertrages ausgeht, während das erste Berufungsurteil einen wirksamen Vertragsschluß verneint habe. Die Rüge ist unbegründet. Das Berufungsurteil setzt sich mit dieser Frage ausführlich auseinander. Seine Auffassung, eine Bindung sei nur hinsichtlich der Entscheidung selbst, die auf Aufhebung und Zurückverweisung lautete, nicht aber hinsichtlich der früheren Begründung gegeben, ist zutreffend (Stein-Jonas-Schönke ZPO 18. Aufl. zu § 318 Anm. III; Wieczorek ZPO zu § 318 Anm. B I).

Die Revision sieht weiter eine Verletzung des § 565 Abs. 2 ZPO (in entsprechender Anwendung) darin, daß das Landgericht in seinem zweiten Urteil und das jetzt vorliegende Berufungsurteil einen Anspruch aus Amtshaftung verneint haben, während das erste Berufungsurteil auf die Anspruchsgrundlage der Amtshaftung verwiesen habe. Wieweit das erstinstanzliche Gericht nach Aufhebung seines Urteils und Zurückverweisung an die rechtliche Beurteilung des Berufungsgerichts gebunden ist (vgl. hierzu Stein-Jonas-Schönke zu § 538 Anm. IX 2; Wieczorek zu § 538 Anm. B IV a), bedarf hier keiner Erörterung. Denn das erste Berufungsurteil hatte einen Anspruch aus § 839 BGB nicht bejaht, vielmehr selbst auf Zweifel hinsichtlich der Ursächlichkeit hingewiesen und demgemäß dem Landgericht lediglich die Richtlinie gegeben, als weitere Anspruchsgrundlage noch die Amtshaftung zu erörtern. Dem ist das Landgericht gefolgt. Wenn es gleichwohl nach eingehender Erörterung und mit

ausführlicher Begründung einen Amtshaftungsanspruch verneint hat, so ist dies verfahrensrechtlich nicht zu beanstanden. Ebenso wenig liegt ein Verfahrensfehler des Berufungsgerichts darin, daß es in dem zweiten Berufungsurteil, nachdem nunmehr die Sache unter dem Gesichtspunkt der Amtshaftung eingehend erörtert worden war, mit dem Landgericht einen solchen Anspruch verneint hat.

III.

Das Berufungsgericht ist davon ausgegangen, daß das Tierkörperbeseitigungsgesetz und seine Durchführungsvorschriften einen unmittelbaren gesetzlichen Anspruch auf Zahlung von Zuschüssen oder Erstattung von Betriebsverlusten nicht begründen. § 11 Abs. 2 der 1. DVO enthalte nur eine Anweisung an die Aufgabenträger, in dem mit dem Unternehmer zu schließen- den Verträge Zuschüsse vorzusehen, soweit dies nötig sei. Werde aber in Übereinstimmung mit dem Unternehmer davon abgesehen, eine solche Bestimmung in den Vertrag aufzunehmen - sei es, daß dies von beiden Parteien nicht für erforderlich gehalten werde, oder daß der Unternehmer aus besonderen Gründen Zuschüsse nicht fordere, - so bestehe kein gesetzlicher Anspruch.

Dem ist im Grundsatz zuzustimmen. Denn die angeführte Bestimmung begründet keinen unmittelbaren Anspruch auf Zahlung; sie schreibt lediglich vor, daß eine vertragliche Regelung getroffen werden solle, die den wirtschaftlichen Bedürfnissen Rechnung trägt. Ob gleichwohl - wie das Berufungsgericht meint - der Grundsatz der Vertragsfreiheit uneingeschränkt gilt, kann in diesem Zusammenhang unerörtert bleiben. Die Revision wendet sich nicht dagegen, daß das

Berufungsgericht einen unmittelbaren Anspruch aus dem Gesetz verneint hat. Sie greift lediglich die zusätzliche Begründung des Berufungsgerichts, im Regierungsbezirk L [REDACTED] werde nicht in jedem Falle ein Zuschuß gegeben, mit der Rüge aus § 286 ZPO an, jedoch zu Unrecht. Das Berufungsgericht hat seine Feststellung der Aussage des Regierungsdirektors R [REDACTED] entnommen, der sich auf Grund seiner dienstlichen Kenntniss über die gesamten Verhältnisse im Regierungsbezirk Lüneburg äußern konnte. Ob der Vertrag über die Anstalt Bargdorf, eine von mehreren im Regierungsbezirk L [REDACTED] belegenen Anstalten, eine Zuschußpflicht vorsieht, war in diesem Zusammenhang unerheblich. Von der Vernehmung des hierzu vom Kläger benannten Zeugen Re [REDACTED] konnte das Berufungsgericht hiernach ohne Verfahrensfehler absehen.

IV.

1. Das Berufungsgericht hat angenommen, daß es zu einer vertraglichen Abrede zwischen den Parteien gekommen sei, und hierzu ausgeführt: In der Besprechung am 30. Dezember 1949 seien die Parteien über alle wesentlichen Punkte des noch schriftlich niederzulegenden Vertrages einig gewesen. Einigkeit habe darüber bestanden, daß der Kläger als privater Unternehmer die Anstalt bauen und betreiben solle, allerdings zunächst nur in einer vorläufigen Anlage auf die Dauer von drei Jahren; die Errichtung einer endgültigen Anstalt sei vorgesehen gewesen, sobald die hierfür notwendigen Baugelder vom Land und Kreis zur Verfügung gestellt werden könnten. Inhalt des Vertrages sei also die Übertragung des Notbetriebes für drei Jahre auf den Kläger gewesen. Der Kläger habe keinerlei öffentliche Zuschüsse für Bau und Betrieb der Anstalt gefordert. Der beklagte Kreis habe weiter zugesagt, dem Kläger für den Fall der Errichtung einer endgültigen Anstalt auch

deren Betrieb zu übertragen und im nötigen Falle die entsprechenden Betriebszuschüsse für den ungedeckten Betriebsaufwand vertraglich zu gewähren (Vorvertrag). Dieser Vertrag entbehre allerdings der Form des § 37 Abs. 2 der Deutschen Gemeindeordnung, weil das Protokoll nicht vom Landrat unterschrieben worden sei. Die Einigung sei jedoch mit Billigung des Kreisausschusses und der vertretungsberechtigten Organe des Kreises getroffen, es sei auch drei Jahre lang tatsächlich danach verfahren worden. Unter diesen Umständen wäre es rechtsmißbräuchlich, wenn der beklagte Kreis, zu dessen Gunsten die Form vorgeschrieben sei, sich auf den Formmangel berufen wolle, was er jetzt auch nicht mehr tue.

Im weiteren Verlauf seiner Prüfung ist das Berufungsgericht sodann zu folgendem Ergebnis gelangt:

a) Für die Vertragszeit bis Ende 1952 könne der Kläger aus dem Verträge weder Zuschuß noch Entschädigung für den ungedeckten Betriebsaufwand fordern, weil etwas derartiges nicht vereinbart worden sei.

b) Für die Zeit nach dem 1. Januar 1953 gelte im Grundsatz das gleiche. Eine vertragliche Bindung sei nur durch den Vorvertrag gegeben gewesen, wonach der beklagte Kreis gehalten gewesen sei, im Falle der Errichtung der endgültigen Anlage diese dem Kläger als Unternehmer zu übertragen und nötigenfalls entsprechende Zuschüsse vertraglich zu gewähren. Solche Zuschüsse könne der Kläger aber für die Zeit seit dem 1. Januar 1953 nicht fordern, weil sie nicht vereinbart worden seien, weil die Bedingung des Vorvertrages - eben die Errichtung der Vollanstalt - nicht eingetreten sei und weil der beklagte Kreis spätestens am 26. November 1953 (Klagerwiderrung) rechtswirksam vom Vorvertrage zurückgetreten sei, wozu das Verhalten des Klägers hinreichenden Grund gegeben habe.

2. Die Revision hält die Ansicht, daß überhaupt ein Vertrag zwischen den Parteien zustandegekommen sei, für rechtsirrig. Es kann dahinstehen, ob der Kläger, der sich früher selbst auf einen in zahlreichen Besprechungen mit den Vertretern des beklagten Kreises zustandegekommenen Vertrag sowie auf einen Auftrag und vertragliche Zusagen berufen hat, jetzt vortragen darf, daß ein Vertrag nicht geschlossen worden sei. Jedenfalls hält die Feststellung des Berufungsgerichts über das Zustandekommen einer vertraglichen Einigung den Angriffen der Revision stand.

a) Die Revision wendet ein, es sei sinnwidrig, wenn das Berufungsgericht einen Vertrag auf drei Jahre und einen Vorvertrag für die Zukunft angenommen habe. Vertragszweck sei doch nicht die Erstellung einer provisorischen Anlage gewesen, sondern die Errichtung einer Tierkörperbeseitigungsanstalt schlechthin. Aufgabe des beklagten Kreises sei es gewesen, für eine leistungsfähige Anlage in der Hand eines finanzkräftigen Unternehmers zu sorgen. Solche Verträge könne man nur mit 15jähriger, besser 25jähriger Laufzeit schließen; den hierfür angebotenen Beweis habe das Berufungsgericht nicht erhoben (§ 286 ZPO). Vom Kläger habe nicht erwartet werden können, daß er erhebliche eigene Mittel einsetze, nur um die Anstalt drei Jahre lang betreiben zu können.

Der Revision ist zuzugeben, daß § 11 Abs. 2 der 1. DVO regelmäßig von einer längeren Vertragsdauer ausgeht; im Schrifttum (vgl. v. Ostertag-Mögle-Braun aaO S. 89) wird nach den bisherigen Erfahrungen eine Vertragsdauer von etwa zwischen 10 und 20 Jahren befürwortet. Die Revision verkennt jedoch, daß die vom Berufungsgericht festgestellte vertragliche Regelung im vorliegenden Fall den tatsächlichen Gegebenheiten und der Interessenlage beider Parteien entspricht. Hier fehlte es an der tatsächlichen Möglichkeit, einen langfristigen end-

gültigen Vertrag zu schließen, weil der Kläger nur eine befristete Genehmigung hatte, weil die Mittel zur Errichtung einer Vollanlage weder beim Kreis noch beim Kläger vorhanden waren, und weil nach den Zeitverhältnissen kurz nach der Währungsreform auch keiner der Beteiligten mit Sicherheit voraussagen konnte, wann die Mittel zur Verfügung stehen würden. Unter diesen Umständen konnte, wenn es überhaupt zu einer Einigung kommen sollte, nur ein Provisorium bindend festgelegt werden. Die Revision läßt gegebene Tatsachen außer acht, wenn sie die Dinge so sehen möchte, daß der beklagte Kreis den Kläger zu erheblichen Investitionen veranlaßt und ihm dann die Möglichkeit langfristiger Nutzung genommen habe. Anregung und Veranlassung gingen - wie aus den unstreitigen Tatsachen hervorgeht - nicht von dem beklagten Kreis, sondern von dem Kläger aus. Er bemühte sich darum, den Betrieb der Anlage zu erhalten; er verstand es, die finanziellen Bedenken und das Zögern der Vertreter des Kreises, der Regierung und des Ministeriums durch seine zuversichtlichen Erwartungen und die Zusage, daß er das Risiko allein übernehmen wolle, zu überwinden; ihm lag es daran, mit dem Kreis überhaupt ins Geschäft zu kommen und durch seine Leistung zu überzeugen. Deshalb ging er auf das Provisorium, zu dem sich der Kreis nach der Sachlage allenfalls verstehen konnte, ein, um die ihm günstig scheinende Chance für die Zukunft zu erhalten. Die tatsächlichen Gegebenheiten sprechen nicht gegen, sondern für die vom Berufungsgericht angenommene Zweiteilung.

b) Daß in der Besprechung am 30. Dezember 1949 zwischen den Parteien Einigkeit über den Bau und Betrieb der vorläufigen Anlage, für die der Kläger bereits im Mai 1949 das vorgesehene Betriebsgrundstück erworben hatte, erzielt worden war, hat das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum aus der protokollarischen Niederlegung, die in der Art ihrer Abfassung dem Bild eines Vertragstextes nahekommt, geschlossen. Allerdings

war hierbei die Form des § 37 Abs. 2 DGO nicht gewahrt. Jedoch kann nach fester Rechtsprechung (BGHZ 21, 59, 65; LM zu § 313 BGB Nr. 9) ein unter Verletzung dieser Bestimmung geschlossener Vertrag bindend sein, wenn Treu und Glauben dies gebieten.

Die Revision meint demgegenüber, dieser Grundsatz sei nicht anwendbar, wenn der Vertrag gegen ein gesetzliches Verbot verstoße (§ 134 BGB). Falls die Revision damit sagen will, daß dem § 37 Abs. 2 DGO zugleich eine gesetzliche Zuständigkeitsordnung zugrunde liegt, werden Bedenken durch die Feststellung des Berufungsgerichts ausgeräumt, der Kreis- ausschuß und die vertretungsberechtigten Organe hätten die Einigung gekannt, gebilligt und den dadurch geschaffenen Zustand jahrelang geduldet (vgl. BGB-RGRK 11. Aufl. zu § 125 Anm. 24; Soergel-Siebert BGB 9. Aufl. zu § 125 Anm. 23). Falls die Revision meinen sollte, dem Vertrage fehle die nach § 5 Abs. 2 TKBG erforderliche Genehmigung der Aufsichtsbehörde, so ist dem entgegenzuhalten, daß die Einigung in Anwesenheit und mit Billigung der am 30. Dezember 1949 anwesenden Vertreter des Regierungspräsidenten und des Landwirtschafts- ministeriums zustandegekommen und das Protokoll von ihnen unterschrieben worden ist. Falls die Revision aber meinen sollte, die Einigung vom 30. Dezember 1949 entspreche inhaltlich nicht den zwingenden Erfordernissen eines Vertrages nach § 11 Abs. 2 der 1. DVO, weil sie nichts über Rücklagen des Unternehmers und etwaige Zuschüsse sage, so verkennt sie, daß das Berufungsgericht nur eine feste Bindung für eine beschränkte Dauer von drei Jahren angenommen hat, die sich lediglich auf Bau und Betrieb einer vorläufigen Anlage bezog, während die Regelung der künftigen Vollanlage vorbehalten wurde. Bei einer so kurzen Vertragsdauer konnten vertragliche Bestimmungen über Rücklagen außer Betracht bleiben; sie wurden sinn- gemäß dadurch ersetzt, daß der Kläger die Klarlegung seiner

finanziellen Lage zusagte (Ziff. 2 und 4), und durch die Investierungsbeschränkung, der sich der Kläger unterwarf (Ziff. 7). Die Frage der Zuschüsse ist in Ziffer 1 ausdrücklich behandelt worden, und zwar in der Weise, daß der Kläger für den Bau und auch für den Betrieb der provisorischen Anlage - was das Berufungsgericht auf Grund der Beweisaufnahme festgestellt hat - keinerlei Zuschüsse fordern und erhalten solle. Das genügt dem gesetzlichen Erfordernis. Denn Zuschüsse sind nach § 11 Abs. 2 der 1. DVO nur vorzusehen, "soweit nötig". Die Revision möchte dies allerdings dahin verstanden wissen, daß eine Zuschußpflicht jedenfalls in den Vertrag aufgenommen werden müsse mit der Maßgabe, daß ein Zuschuß "soweit nötig" verlangt werden könne; sie beruft sich dabei auf die Erfahrung, daß eine Tierkörperbeseitigungsanstalt auf die Dauer nicht rentabel sei, und auf § 8 des Mustervertrages, der früheren Fachgruppe Tierkörperverwertung (abgedruckt bei v. Ostertag-Mögle-Braun aaO S. 98 ff).

Das überzeugt jedoch nicht. Nach dem Wortlaut der Vorschrift ist eine Zuschußpflicht nicht schlechthin vorzusehen, sondern sie ist nur vorzusehen, soweit nötig. Der Zweck der Vorschrift nötigt nicht zu einer anderen Auslegung, weil es - wie das Berufungsgericht tatsächlich festgestellt hat - Anstalten gibt, die rentabel arbeiten. Jedenfalls konnte, was die Revision übersieht, bei einem Vertrage, der - vorbehaltlich künftiger Regelung - nur für drei Jahre geschlossen wurde, die Aufnahme einer Zuschußklausel entfallen, wenn der Kläger - wie dies unstreitig wiederholt geschehen ist - erklärte, daß er keinen Zuschuß brauche, und nach der damaligen wirtschaftlichen Lage mit einem rentablen Arbeiten des Betriebes gerechnet werden konnte. Diese letzte Voraussetzung ergibt sich schon daraus, daß der Betrieb im ersten Jahre unstreitig mit Gewinn gearbeitet hat und die Verluste mit dem zweiten Betriebsjahr infolge von Preisänderungen eintraten, die der Kläger selbst als "unvorhergesehen" bezeichnet.

c) Die Revision rügt weiter, das Berufungsgericht habe außer Betracht gelassen, daß der Kläger nach der Auflage Nr. 2 des Genehmigungsbeschlusses vom 12. Dezember 1950 einen Vertrag habe schließen sollen und daß die Parteien in verschiedenen Schriftstücken noch von der Notwendigkeit eines schriftlichen Vertrages gesprochen hätten; nach § 154 Abs. 2 BGB sei daher ein Vertrag nicht geschlossen worden.

Dazu ist zu sagen: Der Bericht des beklagten Kreises vom 7. November 1949 sowie das Schreiben des Klägers vom 19. Dezember 1949, auf die sich die Revision für ihre Auffassung beruft, sind in diesem Zusammenhang belanglos, weil sie vor der Einigung vom 30. Dezember 1949 liegen. Es kann vielmehr nur auf die Auflage des Genehmigungsbeschlusses sowie auf den Bericht des beklagten Landkreises vom 19. Januar 1951 und des Regierungsveterinärrats vom 17. Februar 1951 ankommen, in denen allerdings ausgesprochen ist, daß ein "Vertrag" noch nicht geschlossen sei. Dies aber schließt nicht aus, daß die Parteien in ihrer Einigung vom 30. Dezember 1949 die einstweilige vertragliche Grundlage für ihre vorläufige Zusammenarbeit sahen und fanden. Die Revision läßt auch in diesem Zusammenhang außer acht, daß die Genehmigung zunächst nur auf drei Jahre erteilt worden war (Bedingung Nr. 3), daß die erstellte Anlage ein Provisorium war und die Parteien bei ihren Besprechungen den Beginn der Zusammenarbeit vor Erstellung der Vollanlage ins Auge faßten, das Spätere aber künftiger Einigung überließen. Wenn also in den späteren Schriftstücken von einem "Vertrag" die Rede ist, so bezog sich dies nicht auf die Zeit des Provisoriums; vielmehr war eine Dauerregelung gemeint, eine langfristige, dem "Mustervertrag" der früheren Fachgruppe Tierkörperverwertung entsprechende abschließende vertragliche Regelung. Dafür spricht, daß in der Auflage Nr. 2 der Genehmigungsurkunde von einem "Vertrag gemäß § 7 Abs. 2 des Tierkörperbeseitigungsgesetzes in Verbindung mit § 11 der ersten Durchführungsverordnung" die

Rede ist und daß sich bei den Verwaltungsakten ein Abdruck des "Mustervertrages" befindet. Einen solchen Vertrag haben allerdings die Parteien nie geschlossen. Gleichwohl konnten zwischen ihnen vertragliche Bindungen bestehen, die gerade dem Umstande Rechnung trugen, daß die Genehmigung der vorläufigen Anlage bis zum 31. Dezember 1952 bedingt war, eine endgültige Regelung also erst nach der Erstellung der Vollanlage getroffen werden konnte und sollte; daß dies beabsichtigt war, stellt das Berufungsgericht ausdrücklich fest; unstreitig ist es hierzu jedoch nicht gekommen.

d) Das Berufungsgericht hat sich die - auch von der Revision aufgeworfene - Frage einer ergänzenden Vertragsauslegung selbst gestellt und hierzu ausgeführt: Daß die Notwendigkeit von Betriebszuschüssen erst im Laufe des Jahres 1951 sichtbar geworden sei, weil um diese Zeit die Preise für die Produkte der Anstalt in unvorhergesehener Weise gefallen seien, könne zu einer auslegenden Ergänzung nicht führen. Der Kläger habe das Risiko von Preisschwankungen - nach dem Ergebnis der Besprechungen vom 29. April und 30. Dezember 1949 - uneingeschränkt übernommen, obwohl er auf die gebotenen Zweifel in dieser Richtung hingewiesen worden sei.

Diese dem Protokoll vom 29. April 1949 entnommene tatsächliche Feststellung, der die Revision nichts entgegenzuhalten weiß, ist für die Entscheidung des Revisionsgerichts bindend. Sie schließt eine Ergänzung des Vertragsinhalts in dem Sinne, daß Zuschüsse beim Eintritt der Notwendigkeit gezahlt werden sollten, aus. Denn die Ergänzung durch Auslegung ist stets nur im Rahmen des Vertrages zulässig, sie darf nicht, dem festgestellten Vertragswillen entgegen, zu einer Umänderung des Vertrages führen (BGB-RGRK 11. Aufl. zu § 157

Anm. 10). Auch eine rechtsgestaltende Anpassung durch Richterspruch unter dem Gesichtspunkt des Wegfalls der Geschäftsgrundlage (BGH NJW 1952, 137) muß außer Betracht bleiben; -denn wenn die Parteien die Möglichkeit einer Veränderung bestimmter Umstände voraussetzen, so machen sie deren Existenz und Fortdauer nicht zur Grundlage ihres Vertrages (Soergel-Siebert zu § 242 Anm. 251). Ob der Kläger sich von dem Vertrag wegen überobligationsmäßiger Schwierigkeiten vorzeitig hätte lösen können, bedarf hier keiner Erörterung.

Ein Anspruch auf Leistung aus dem Vertrage steht dem Kläger hiernach für die Zeit bis zum 31. Dezember 1952 nicht zu.

3. Für diese Zeit läßt sich der Anspruch auch nicht - wie die Revision meint - aus einem Verschulden des beklagten Kreises beim Vertragsschluß herleiten. Denn die vorstehend behandelten Gründe, die den Abschluß eines vorläufigen Vertrages für zunächst nur drei Jahre rechtfertigen und erklären, schließen ein Verschulden des Kreises beim Vertragsschluß aus.

4. Im Ergebnis mit Recht hat das Berufungsgericht für die Vertragszeit bis zum 31. Dezember 1952 auch einen Anspruch aus außervertraglichen Rechtsgründen verneint.

a) Ein Anspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag (§ 677 BGB) ist - ohne daß es einer Erörterung bedarf, ob der Kläger nur ein eigenes Geschäft oder wenigstens auch ein Geschäft des beklagten Kreises geführt hat, - jedenfalls deshalb auszuschließen, weil die Geschäftsführung auf einer vertraglichen Einigung beruhte. Demgemäß entscheidet der Vertrag darüber, ob der Kläger Ersatz von Aufwendungen verlangen kann. Ebenso entfällt ein Anspruch aus ungerechtfertigter

Bereicherung (§ 812 ff BGB), weil der Kläger seine Leistung nicht ohne rechtlichen Grund, sondern auf Grund seiner vertraglichen Verpflichtung erbracht hat.

b) Auch ein Schadensersatzanspruch aus einer unerlaubten Handlung ist nicht gegeben. Ob ein Handeln des beklagten Kreises im bürgerlichrechtlichen (§§ 823, 89, 31 BGB) oder im öffentlichrechtlichen Rechtskreis (§ 839 BGB i.V. m. Art. 34 GG) in Rede steht und ob im letzteren Falle § 11 Abs. 2 der 1. DVO-TKBG Amtspflichten gegenüber dem Kläger oder nur gegenüber der Allgemeinheit begründete, bedarf dabei keiner Erörterung. Jedenfalls ist ein Verschulden der Vertreter oder Bediensteten des Kreises nicht nachweisbar. Die Niederschrift über die Verhandlung am 29. April 1949 läßt keinen Zweifel daran, daß die finanziellen Fragen, die wirtschaftlichen Aussichten und Möglichkeiten mit dem Kläger eingehend erörtert worden sind. Seitens der Vertreter der Behörden wurden dem Kläger - das geht auch aus der Niederschrift vom 30. Dezember 1949 hervor - keinerlei Hoffnungen oder Aussichten gemacht; er wurde im Gegenteil vor optimistischen Erwartungen gewarnt. Es war nicht die Aufgabe der Vertreter des Kreises, ihn vor den Folgen seines wirtschaftlichen Wagemutes zu bewahren.

V.

Ist hiernach dem Berufungsgericht darin zuzustimmen, daß dem Kläger Ansprüche für die Betriebszeit bis zum 31. Dezember 1952 weder aus vertraglichen noch aus gesetzlichen Rechtsgründen zustehen, so kann jedoch das Urteil, soweit dem Kläger auch für die folgende Betriebszeit jeder Anspruch versagt worden ist, gegenwärtig nicht bestätigt werden, weil es an tatsächlichen Feststellungen fehlt, die eine abschließende Entscheidung ermöglichten.

Unstreitig hat der Kläger die Anstalt noch bis zum Oktober 1955 betrieben. Sein Zahlungsanspruch bezieht sich auf den Zeitraum bis zum 30. Juni 1953; die Verluste der späteren Zeit werden durch den Feststellungsanspruch umfaßt.

Der Vertrag vom 30. Dezember 1949 lief - wie das Berufungsgericht feststellt - mit dem 31. Dezember 1952 ab. Es bestand nunmehr nur noch der Vorvertrag, der den Kreis verpflichtete, im Falle der Errichtung einer Vollanlage diese dem Kläger als Unternehmer zu übertragen und ihm nötigenfalls Betriebszuschüsse für den ungedeckten Betriebsaufwand vertraglich zu gewähren. Dieser Vorvertrag kann allerdings - darin ist dem Berufungsgericht jedenfalls zuzustimmen - nicht die Grundlage der Klageansprüche für die Zeit nach dem 1. Januar 1953 sein, weil es zur Errichtung der Vollanlage nicht gekommen ist. Ob der Kreis in dem Verhalten des Klägers hinreichenden Grund zum Rücktritt von dem Vorvertrage finden konnte - was das Berufungsgericht angenommen hat, die Revision aber angreift -, bedarf daher keiner Erörterung. Denn Bestand oder Nichtbestand des Vorvertrages, der sich auf den Betrieb einer Vollanlage bezog, können nichts Entscheidendes über die Ansprüche besagen, die der Kläger aus dem Weiterbetrieb der vorläufigen Anlage über den 1. Januar 1953 herleitet.

Gleichwohl ist die Tatsache, daß die Parteien bis zum 31. Dezember 1952 Vertragspartner gewesen waren und auch noch nach dem 1. Januar 1953 - wenigstens bis zu der Rücktrittserklärung des Kreises - durch den Vorvertrag in einer vertraglichen Beziehung zueinander standen, nicht bedeutungslos. Denn sie zeigt, daß die Parteien sich nicht als Fremde gegenüberstanden, daß vielmehr zwischen ihnen gewisse Rücksichten am Platze und geboten waren, wenigstens in der Richtung, durch Klärung des Verhältnisses und der beiderseitigen Standpunkte den anderen Teil vor Schaden zu bewahren. Die

etwaige Außerachtlassung dieser Rücksichten kann Ansprüche begründen. Das Berufungsgericht ist auch bei der Beurteilung dieses Zeitraumes davon ausgegangen, daß der frühere "Verzicht" des Klägers auf Zuschuß und Unterstützung fortgewirkt habe, obwohl der frühere Vertrag abgelaufen war. Demgegenüber ist der Standpunkt des Klägers, mit dem 31. Dezember 1952 sei ein etwaiger früherer Verzicht wirkungslos geworden und der Kreis nunmehr zu einer Handhabung entsprechend § 11 Abs. 2 der 1. DVO verpflichtet gewesen, mit guten Gründen vertretbar. Das Berufungsgericht hat keine Feststellungen getroffen, die eine abschließende Beurteilung ermöglichen. Es steht nur fest, daß der Kläger weiterhin die vorläufige Anlage betrieb, was dem beklagten Kreis tatsächlich zugute kam, und daß der Kreis dies noch geraume Zeit, in der allerdings bereits die gerichtliche Auseinandersetzung im Gange war, duldete und die darin liegenden Dienste des Klägers annahm. Daß der Kläger dabei in der Hoffnung handelte, mit dem Kreis doch noch zu einer Einigung zu kommen, erscheint glaubhaft.

Die Annahme, daß die Parteien das bis zum 31. Dezember 1952 bestehende Vertragsverhältnis stillschweigend fortgesetzt haben könnten, ist auszuschließen. Denn der Kläger hatte seit 1951 wiederholt einen Betriebszuschuß gefordert und damit - sowie durch die Mitteilung des Berichtes seines Wirtschaftsprüfers Dr. E. [REDACTED] - zu erkennen gegeben, daß er ohne einen öffentlichen Zuschuß nicht weiter arbeiten könne. Diese Lage und die daraus fließenden Vorstellungen des Klägers können dem beklagten Kreis nicht verborgen geblieben sein. Denn das Berufungsgericht stellt fest, daß Beauftragte des Kreises im Jahre 1952 den Betrieb des Klägers prüften, allerdings ohne Erfolg, weil sie die Buchführung in Unordnung fanden; es stellt weiterhin fest, daß der Kreisausschuß am 17. März 1952 beschlossen habe, Hilfsmaßnahmen für den Betrieb des Klägers nicht verantworten zu können, und daß der Betrieb durch laufende Zuschüsse zum Betriebsaufwand ab 1. Januar 1953 doch nicht mehr zu retten gewesen wäre.

Dann aber entsteht die Frage, ob der beklagte Kreis, der sowohl die Zuschußbedürftigkeit als auch den fortdauernden Unterstützungswunsch des Klägers kannte, dem Kläger mit der gebotenen Offenheit zu erkennen gegeben hat, daß mit einer Unterstützung von öffentlicher Seite keinesfalls zu rechnen sei. Hierzu war der beklagte Kreis auf Grund der bisherigen Vertragsbeziehungen verpflichtet, wenn der Kläger sich anschickte, seinen Betrieb nach Ablauf der Vertragsdauer fortzusetzen, und der Kreis die Vorteile, die sich hieraus auch für ihn ergeben mußten, annahm. Zweifel, ob der beklagte Kreis in dieser Zeit dem Kläger die gebotene Klarheit gezeigt hat, werden geweckt durch die im ganzen offenbar abwartende Haltung des Kreises. So hatte der Kreisausschuß in seiner Sitzung am 17. März 1952 beschlossen, die weitere Entwicklung, insbesondere das Ergebnis von Zwangsmaßnahmen dritter Stellen, zunächst abzuwarten. Aus dem vorgetragenen Urteil des Landesverwaltungsgerichts vom 26. November 1954 geht hervor, daß die gewerbe-
polizeiliche Schließung des Betriebes Anfang 1953 beabsichtigt war, dann aber tatsächlich zurückgestellt wurde. Das Urteil des Landesverwaltungsgerichts spricht dann weiter allerdings von der "nach wie vor eindeutig ablehnenden Haltung des Kreises", und das Berufungsurteil scheint dies zu bestätigen, indem es in anderem Zusammenhang anführt, der beklagte Kreis habe seit 1952 zu erkennen gegeben, daß er auch für die spätere Zeit keine Zuschüsse geben werde. Durch Tatsachen ist dies jedoch nicht belegt und der Zusammenhang dieser Bemerkung in den Entscheidungsgründen läßt daran zweifeln, ob das Berufungsgericht alle für die Entscheidung wesentlichen Umstände gewürdigt hat, wenn es ohne weiteres angenommen hat, daß der "Verzicht" des Klägers auf öffentliche Hilfe über den 31. Dezember 1952 hinaus gewirkt habe.

Mit Rücksicht auf die erkennbare Erwartung des Klägers bedarf es der tatsächlichen Erörterung, wie der Stand der Verhandlungen zwischen den Parteien um die Wende der Jahre

1952/1953 und in der Folgezeit war. Dies ist gleichermaßen erheblich für die Entscheidung, ob und gegebenenfalls mit welchem Inhalt ein Vertragsverhältnis fortgesetzt wurde, ob seit dem 1. Januar 1953 ein vertragsloser Zustand gegeben war oder ob der Kläger aus den Rechtsgründen des Verschuldens beim Vertragsschluß, der Geschäftsführung ohne Auftrag oder der unerlaubten Handlung Ansprüche geltend machen kann. Soweit es auf Geschäftsführung ohne Auftrag ankommt, wird das Berufungsgericht - entgegen seiner bisherigen Ansicht - zu berücksichtigen haben, daß der Wille des Klägers, sein eigenes Geschäft zu führen und im eigenen Interesse tätig zu werden, eine gleichzeitige Geschäftsbesorgung für den beklagten Kreis nicht ausschließt (BGB-RGRK zu § 677 Anm. 2). Ob - wie das Berufungsgericht weiter meint - der Kläger seine Aufwendungen für den Fortbetrieb der provisorischen Anlage den Umständen nach nicht habe für erforderlich halten dürfen, wird sich angesichts dessen, daß der beklagte Kreis sich der Anstalt weiterhin bediente, erst nach der gebotenen weiteren Erörterung abschließend entscheiden lassen.

Hiernach kann das Berufungsurteil nicht bestehen bleiben, soweit es für die Zeit nach dem 1. Januar 1953 dem Kläger schon jetzt jeden Zahlungsanspruch und die begehrte Feststellung versagt hat. Da eine Erörterung zur Höhe fehlt und nicht ersichtlich ist, wieweit sich die Ansprüche auf die Zeit

vor und nach dem 1. Januar 1953 verteilen, muß das Urteil im Ganzen aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden. Dem Berufungsgericht wird die Entscheidung über die Kosten des Revisionsrechtszuges übertragen.

Dr. Geiger

Dr. Arndt

Gähtgens

Bundesrichter Keßler
ist beurlaubt und
deshalb verhindert,
zu unterschreiben

Schäfer

Dr. Geiger