

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

Ib. ZR 166/64

URTEIL

Verkündet am
22. Februar 1967
Zug,
Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Georg P [REDACTED], B [REDACTED] ([REDACTED]),
H [REDACTED] Straße [REDACTED]

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

P [REDACTED], vertreten durch den Senator für Finanzen, B [REDACTED],
N [REDACTED] Straße [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -.

Der Ib-Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 22. Februar 1967 unter Mitwirkung der Senatspräsidentin Dr. Krüger-Nieland und der Bundesrichter Jungbluth, Dr. Sprenkman, Dr. Mösl und Dr. Simon

für Recht erkannt:

- I. Auf die Rechtsmittel des Klägers werden das Urteil des 9. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 26. Mai 1964 und das Urteil der Zivilkammer 7 des Landgerichts Berlin vom 20. Juni 1963 aufgehoben.
- II. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 60.000,-- DM nebst 4 v.H. Zinsen seit dem 8. April 1963 zu bezahlen.
- III. Die Beklagte hat die Kosten aller Rechtszüge zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger verlangt von der Beklagten Schadensersatz, weil die Beklagte - handelnd durch das Bezirksamt [REDACTED] von B [REDACTED] - den Marktbetrieb auf dem K [REDACTED] Platz in B [REDACTED] nicht zum vereinbarten Zeitpunkt, dem 30. November 1961, beendet habe.

Der Kläger betreibt seit seiner Rückkehr aus der Kriegsgefangenschaft im Jahre 1949 in unmittelbarer Nähe des K [REDACTED] Platzes auf seinem Grundstück in B [REDACTED]

██████████, B██████████ Straße ██████████, einen Wochenmarkt; diesen Markt hatte schon der Vater des Klägers vor dem Kriege unterhalten. Da das Grundstück B██████████ Straße ██████████ nach dem Kriege wegen Kriegseinwirkungen nicht mehr für Marktzwecke brauchbar war, eröffnete die Beklagte 1945/46 auf dem K██████████ Platz einen Wochenmarkt. Sie schloß mit den einzelnen Markthändlern des K██████████ Platzes nach einem Formular einen schriftlichen Vertrag; dieser sollte nach seiner Nr. 8 erlöschen, wenn nach Anordnung anderer behördlicher Dienststellen der Marktstand eingezogen werden muß, und er konnte nach Nr. 9 bis zum 15. eines jeden Monats zum Monatsende gekündigt werden; nach Nr. 13 sind die aufgrund des § 69 GewO erlassene Berliner Marktordnung vom 23. Mai 1952 (BlnGVBl 352) und die nach § 6 des Gesetzes über Gebühren und Beiträge vom 22. Mai 1957 (BlnGVBl 516) erlassene Verordnung über Gebührensätze auf den städtischen Wochenmärkten vom 13. Mai 1961 (BlnGVBl 627) Bestandteil dieser Verträge. Der Wochenmarkt auf dem Kolberger Platz entsprach nicht der Vorschrift des § 3 der Marktordnung, wonach Wochenmärkte, auf denen Lebensmittel feilgehalten werden, in vollem Umfang asphaltiert, betoniert oder gepflastert sein müssen, wobei die Fugen einer Pflasterung auszugießen sind.

Vom Grundstück des Klägers sind 240 qm als Straßenland ausgewiesen; auf Anfrage der Beklagten erklärte sich der Kläger in einem Schreiben an das Bezirksamt W██████████ vom 29. Juni 1961 bereit, diesen Teil für den Straßenausbau abzugeben; er wies darauf hin, daß er die auf diesem Teil befindlichen Marktstände auf den bisher nicht als Markt benutzten Teil seines Grundstücks umsetzen werde, und machte dabei den Vorschlag, das Grundstück gleich so auszubauen, daß auch die Markthändler des K██████████



Platzes aufgenommen werden könnten. Dazu heißt es in dem Schreiben vom 29. Juni 1961:

"Ich befestige mein Grundstück - ca. 2400 qm - neu mit einer Betondecke und lege gleichzeitig die erforderliche Be- und Entwässerung neu an, desgleichen eine Kanalisation für die von mir zu erstellenden Toiletten. Auf Grund vorliegender Kostenanschläge erfordert diese Maßnahme einen Betrag von rund 70.000,- DM, die zu tragen ich bereit bin, wenn das Bezirksamt W[REDACTED] den städtischen Markt auf dem K[REDACTED] Platz nicht mehr betreibt."

Darauf beschloß die Deputation für Wirtschaft und Versorgung bei dem Bezirksamt W[REDACTED] am 8. Juli 1961, den städtischen Markt am K[REDACTED] Platz zum nächstmöglichen Termin aufzuheben, "sobald der Privatmarkt bezugsfertig ist".

Diesen Beschluß teilte das Bezirksamt W[REDACTED] dem Kläger mit Schreiben vom 20. Juli 1961 mit; in diesem Schreiben heißt es:

"Dieser Beschluß ist festgesetzt worden unter der Voraussetzung, daß die jetzigen Rechte der Händler gewahrt werden (Besitzstand), wie Sie es in Ihrem Schreiben und in einer persönlichen Rücksprache bei Herrn Bezirksstadtrat Ko[REDACTED] zugesagt haben. Nachstehend fassen wir noch einmal die einzelnen Punkte zusammen:

- a) Sie übernehmen alle Standinhaber, soweit diese von sich aus keinen Verzicht aussprechen, auf Ihren Privatmarkt und geben diesen Gelegenheit, an den bisher gewohnten Tagen - Mittwochs und Sonnabends - ihre Ware anzubieten, während Sie andererseits dem Publikum die Möglichkeit geben, auf dem Markt einzukaufen.
- b) Sie berechnen für den lfd. m DM 12,50 pro Monat Standmiete. In diesem Preis sind sämtliche Neben-

kosten enthalten. Dieser Preis darf in den nächste zwei Jahren - sofern Ihnen nicht neue, wesentliche Unkosten entstehen- nicht erhöht werden. Sie stellen den Händlern dafür eine überdachte, gegen Witterungseinflüsse gesicherte Bude zur Verfügung.

- c) Den Händlern darf bei der Übersiedlung auf Ihren Markt kein Markttag verloren gehen.
- d) Die Fertigstellung Ihres Marktes geben Sie uns so rechtzeitig bekannt, daß wir die Marktverlegung noch zeitig genug im Amtsblatt der Stadt B[REDACTED] veröffentlichen können.
- e) Sie sagten zu, durch entsprechende Reklame das Publikum auf die Marktverlegung hinzuweisen.

Im übrigen vertrauen wir darauf, daß durch diese Regelung weder für die Markthändler, noch für das Marktpublikum Nachteile entstehen werden. Für Ihre Planung geben wir Ihnen nachstehend eine Aufstellung über die Anzahl und Größe der Stände bekannt: ..

Der Kläger erwiderte mit Schreiben vom 8. August 1961, daß er "mit den ... festgelegten Grundsätzen über die Verlegung des Wochenmarktes vollinhaltlich einverstanden" sei.

Unter dem 25. August 1961 unterrichtete das Bezirksamt W[REDACTED] die Markthändler des K[REDACTED] Platzes von der bevorstehenden Auflösung des Marktes und wies dabei darauf hin, daß der Markt auf dem K[REDACTED] Platz nicht den Vorschriften der Marktordnung vom 23. Mai 1952 entspreche, daß seine marktordnungsgerechte Herrichtung erhebliche Kosten verursache und daß öffentliche Mittel nicht zur Verfügung stünden. Es führte dann weiter aus:

"Die Deputation hat nach Abwägung aller Umstände die Aufhebung des Marktes beschlossen und das Angebot des Herrn F[REDACTED], den Markt auf sein Privatgelände zu übernehmen angenommen. ...

Herr P. [REDACTED] hat sich verpflichtet, alle Standinhaber - soweit diese es wollen - auf seinen Privatmarkt zu übernehmen..."

Mit Schreiben vom 28. August 1961 üermittelte das Bezirksamt W. [REDACTED] dem Kläger eine Abschrift seines Schreibens vom 25. August 1961 an die Markthändler des K. [REDACTED] Platzes und bat nochmals um rechtzeitige Mitteilung von der Fertigstellung des Marktgeländes in der B. [REDACTED] Straße. Mit einem weiteren Schreiben vom gleichen Tage wurde auch dem Verband ambulanter Gewerbetreibender B. [REDACTED] e.V. eine Abschrift des Schreibens vom 25. August 1961 übersandt, wobei das Bezirksamt W. [REDACTED] darauf hinwies, daß mit dem Kläger die im oben erwähnten Schreiben vom 20. Juli 1961 genannten "Bedingungen" festgelegt worden seien.

Der Kläger baute sein Grundstück in der B. [REDACTED] Straße [REDACTED] als Marktgelände weiter aus. Seine Aufwendungen dafür belaufen sich auf 70.000,-- DM. Unter dem 16. Oktober 1961 teilte er dem Bezirksamt W. [REDACTED] mit, daß sein Wochenmarkt in der B. [REDACTED] Straße am 2. Dezember 1961 eröffnet werde. Das Bezirksamt W. [REDACTED] veröffentlichte daraufhin folgende Bekanntmachung vom 1. November 1961 im Amtsblatt von B. [REDACTED] 1961 Seite 1263:

"Der städtische Wochenmarkt im Ortsteil S. [REDACTED], K. [REDACTED] Platz, wird am 30. November 1961 aufgehoben. Nach diesem Zeitpunkt findet auf dem bisherigen Marktgelände kein Marktverkehr mehr statt."

Gleichzeitig wurde diese Bekanntmachung auch an Anschlagssäulen veröffentlicht. Der Marktbetrieb auf dem

K[REDACTED] Platz wurde jedoch nach dem 30. November 1961 nicht eingestellt. Die Beklagte kassierte weiterhin von den Händlern des K[REDACTED] Platzes die Marktstandgelder.

41. Händler des K[REDACTED] Platzes erhoben nämlich am 25. November 1961 gegen die Anordnung über die Beseitigung des Marktes auf dem K[REDACTED] Platz Widerspruch. Der Widerspruch wurde durch Bescheid des Bezirksamtes W[REDACTED] vom 8. Februar 1962 zurückgewiesen. Gegen diesen Widerspruchsbefehl erhoben 67 Händler des K[REDACTED] Platzes im März 1962 Anfechtungsklage bei dem Verwaltungsgericht Berlin. Nachdem die Markthändler bis auf einen ihre Klage auf Anraten des Verwaltungsgerichts zurückgenommen hatten, wurde die Klage des einen Markthändlers H[REDACTED] durch das Urteil des Verwaltungsgerichts Berlin vom 29. Mai 1963 als unbegründet abgewiesen. Die hiergegen bei dem Obergerverwaltungsgericht Berlin eingelegte Berufung wurde mit Urteil vom 12. Mai 1965 zurückgewiesen; die Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision hat das Bundesverwaltungsgericht mit Beschluß vom 19. Oktober 1965 zurückgewiesen.

Das Bezirksamt W[REDACTED] ordnete durch Verfügung vom 27. September 1963 die sofortige Vollziehung des "Verwaltungsaktes vom 1. November 1961 über die Schließung des städtischen Wochenmarktes auf dem K[REDACTED] Platz" an. Der dagegen gerichtete Antrag des Markthändlers H[REDACTED], die aufschiebende Wirkung seiner Anfechtungsklage wiederherzustellen, wurde durch Beschluß des Obergerverwaltungsgerichts Berlin vom 11. Oktober 1963 zurückgewiesen. Auch die Gegenvorstellungen gegen diesen Beschluß wurden zurückgewiesen. Mit Schreiben an die einzelnen Markthändler des K[REDACTED] Platzes vom 11. Oktober 1963 wider-

rief das Bezirksamt W [REDACTED] die Benutzungserlaubnis für die Marktstände auf dem K [REDACTED] Platz und kündigte diese zum 31. Oktober 1963. Der Wochenmarkt auf dem K [REDACTED] Platz wurde geschlossen. Am 1. November 1963 wechselten die Händler des K [REDACTED] Platzes auf den Markt des Klägers in der B [REDACTED] Straße [REDACTED] über.

Der Kläger verlangt Ersatz des Schadens, der ihm dadurch entstanden sei, daß der Markt auf dem K [REDACTED] Platz erst am 31. Oktober 1963 statt am 30. November 1961 beendet worden sei. Zwischen ihm und der Beklagten, so trägt der Kläger vor, sei eine privatrechtliche Vereinbarung zustande gekommen, nach der die Beklagte verpflichtet gewesen sei, den Marktbetrieb auf dem K [REDACTED] Platz mit dem 30. November 1961 zu beenden; mit dieser Verpflichtung sei die Beklagte in Verzug gekommen, da dem Bezirksamt W [REDACTED] die sofortige Vollziehung seiner Anordnung über die Aufhebung des Marktes auf dem K [REDACTED] Platz möglich gewesen sei; die Vereinbarung der Parteien habe als Verpflichtung der Beklagten nicht die Aufhebung des Marktes - als Rechtssetzungsakt -, sondern die tatsächliche Beendigung des Marktbetriebes auf dem K [REDACTED] Platz zum Gegenstand gehabt. Dadurch, daß nach dem 1. Dezember 1961 die Markthändler des K [REDACTED] Platzes ausgeblieben seien, seien ihm Standmieten entgangen. Zur Höhe des Schadens hat der Kläger vorgetragen, daß sich 59 der Markthändler des K [REDACTED] Platzes ihm gegenüber bereit erklärt hätten, ihren Stand auf seinen Platz zu verlegen, wenn der Markt auf dem K [REDACTED] Platz geschlossen werde. Da dies nicht geschehen sei, habe er seitdem einen monatlichen Mietausfall gehabt, den er als Teilanspruch mit 4.400,-- DM für Monatsmieten und mit 600,-- DM für die Tagesmieten geltend macht, und zwar für die Zeit vom 1. Dezember 1961

bis zum 30. November 1962; hilfsweise hat er den geltend gemachten Zahlungsanspruch auch auf den monatlichen Verdienstausschlag in Höhe von 5.000,-- DM in der Zeit vom 1. Dezember 1962 bis zum 31. Oktober 1963 gestützt.

Der Kläger hat beantragt,

die Beklagte zur Zahlung von 60.000,-- DM
nebst 4 v.H. Zinsen seit Klagezustellung zu
verurteilen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen,

Sie meint, sie sei nicht verpflichtet gewesen, dafür zu sorgen, daß die Händler des K [REDACTED] Platzes zur B [REDACTED] Straße überwechseln. Mit der Übersendung der Händlerlisten und der Bekanntmachung vom 1. November 1961 habe sie alles getan, was zur Aufhebung des Marktes auf dem K [REDACTED] Platz erforderlich gewesen sei. Der Widerspruch und die Klage der Händler hätten aufschiebende Wirkung gehabt; die sofortige Vollziehung der Marktaufhebung (§ 80 VwGO) habe nicht angeordnet werden können, da dies weder vom öffentlichen Interesse, noch vom überwiegenden Interesse eines Beteiligten erfordert worden sei. Erst nach dem Urteil des Verwaltungsgerichts vom 29. Mai 1963 habe die Marktaufhebung durchgesetzt werden können, so daß sie, die Beklagte, sich bis dahin jedenfalls nicht in Verzug befunden habe.

Landgericht und Kammergericht haben die Klage abgewiesen. Mit seiner Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, verfolgt der Kläger sein Klagebegehren weiter.

Entscheidungsgründe:

I. 1. Das Berufungsgericht hat den Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten für zulässig angesehen. Es hat dazu ausgeführt, daß nach dem Tatsachenvortrag des Klägers die Parteien eine Vereinbarung getroffen hätten, mit der sich der Kläger verpflichtet habe, sein Marktgelände an der B[RECHEN] Straße so auszubauen, daß die Markthändler des K[RECHEN] Platzes dort mit ihren Marktständen unterkommen könnten, während die Beklagte die Verpflichtung übernommen habe, auf dem K[RECHEN] Platz keinen Marktbetrieb mehr stattfinden zu lassen. Der Kläger mache nicht geltend, daß die Beklagte es unterlassen habe, die "Aufhebung" des Marktes im Sinne der Aufhebung des Marktrechts gemäß § 65 GewO auszusprechen; die Aufhebung des Marktes sei vielmehr durch den Beschluß der Deputation für Wirtschaft und Versorgung bei dem Bezirksamt W[RECHEN] vom 8. Juli 1961 und die Bekanntmachung des Bezirksamtes W[RECHEN] vom 1. November 1961 rechtzeitig vorgenommen worden. Der Kläger leite aber seine Ansprüche daraus her, daß die Beklagte nicht nach der Aufhebung des Marktes den tatsächlichen Marktbetrieb auf dem K[RECHEN] Platz nach dem 30. November 1961 unterbunden habe.

Diese vom Kläger behauptete Verpflichtung sei privatrechtlicher Natur. Denn der Kläger habe zur Beklagten nicht in einem irgendwie gearteten Über- und Unterordnungsverhältnis gestanden, sondern beide Parteien seien sich als gleichberechtigte Marktunternehmer gegenübergetreten. Für die Beurteilung dieses Rechtsverhältnisses komme es nicht darauf an, ob die Beziehungen der Händler des K[RECHEN] Platzes zur Beklagten dem öffentlichen Recht oder dem bürgerlichen Recht zuzurechnen

seien; denn auch wenn diese Beziehungen öffentlich-rechtlich gestaltet seien, würde dies dem Abschluß einer privatrechtlichen Vereinbarung zwischen den Parteien mit dem vom Kläger behaupteten Inhalt nicht im Wege stehen. Die Beklagte habe eine solche Verpflichtung eingehen können; denn sie habe nach der Aufhebung des Marktes auf dem K[REDACTED] Platz die Verträge mit den dortigen Händlern auch dann beenden können, wenn diese Verträge öffentlich-rechtlicher Natur gewesen sein sollten; das ergebe sich schon aus deren Wortlaut, in welchem sowohl das Erlöschen als auch die Kündigung der Verträge vorgesehen gewesen sei.

2. Diese Darlegungen, die von der Revision nicht angegriffen werden, die aber vom Revisionsgericht von Amts wegen nachzuprüfen sind, lassen keinen Rechtsirrtum ersehen; dabei ist das Revisionsgericht für die Beurteilung, ob ein Vertrag dem öffentlichen oder dem bürgerlichen Recht angehört, nicht an eine Auslegung des Berufungsgerichts gebunden, sondern es hat diese Frage selbständig und ohne Bindung an die Auffassung des Berufungsgerichts zu entscheiden (BGHZ 35, 69).

Für die Frage, ob eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit (§ 13 GVG) vorliegt, ist die Natur des Rechtsverhältnisses maßgebend, aus dem der Klageanspruch abgeleitet wird; ist dieser Anspruch nach seiner tatsächlichen Begründung die Rechtsfolge eines Sachverhalts, der nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts für die Entstehung eines solchen Anspruchs Raum läßt, dann handelt es sich um einen bürgerlichen Rechtsstreit (BGHZ 5, 76, 81 ff; 29, 187; 34, 349, 353). Handelt es sich um

die Erfüllung von Aufgaben öffentlich-rechtlicher Körperschaften, dann kommt eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nach § 40 VwGO nur dann und insoweit in Betracht, als die Körperschaft dabei in den Formen des öffentlichen Rechts handelt, das nur ihr als Träger hoheitlicher Gewalt eingeräumt ist (BGHZ 41, 264, 267 m.w.Nachw.); dabei ist nicht in erster Linie auf den Zweck der Tätigkeit abzustellen, der nicht selten ein Handeln sowohl in öffentlich-rechtlichen als auch in privatrechtlichen Formen zuläßt; maßgebend ist vielmehr, ob sich der Träger hoheitlicher Gewalt bei seinem Handeln der besonderen Rechtssätze des öffentlichen Rechts oder der allgemein verbindlichen Rechtssätze der Privatrechtsordnung bedient (BGH aaO).

Diese Grundsätze hat das Berufungsgericht zutreffend auf den vorliegenden Fall angewendet. Es hat mit Recht darauf abgestellt, daß die Parteien sich als gleichberechtigte Marktunternehmer gegenübergetreten sind, wobei es keinen Unterschied macht, daß die Beklagte ihren Markt als "öffentliche Einrichtung" im Sinne der Gemeindeverfassung betrieben hat (vgl. Fuhr, Gewerbeordnung § 65 Anm. 2), während der Kläger einen Privatmarkt unterhält; es ist jedenfalls nicht ersichtlich, daß die Beklagte bei dem von ihr verfolgten Bestreben, ihren den gesundheitspolizeilichen Vorschriften nicht genügenden Markt aufzuheben und den betroffenen Händlern dafür einen Standplatz auf dem Markt des Klägers zu verschaffen, diesem gegenüber hoheitlich tätig geworden wäre. Dabei ist es unerheblich, ob die Beklagte, wenn sie ihren Marktbetrieb auf dem K[REDACTED] Platz tatsächlich einstellen wollte, gegenüber den davon betroffenen Händlern hoheitliche Befugnisse ausüben mußte; denn jedenfalls konnte sie sich

gegenüber dem Kläger privatrechtlich verpflichten, für die Beendigung des Marktbetriebes auf dem K[REDACTED] Platz zu einem bestimmten Zeitpunkt zu sorgen.

II. Das Berufungsgericht hat angenommen, daß zwischen den Parteien eine Vereinbarung zustande gekommen sei, in der sich die Beklagte verpflichtet habe, den Marktbetrieb auf dem K[REDACTED] Platz tatsächlich zu beenden, sobald der Kläger seinen Privatmarkt ausgebaut hatte.

Eine Verpflichtung dieses Inhalts, so führt das angefochtene Urteil aus, ergebe sich zwar nicht ausdrücklich aus dem zwischen den Parteien geführten Schriftwechsel; sie sei ihm jedoch im Wege der Auslegung (§§ 133, 157 BGB) zu entnehmen. Der Kläger habe sich verpflichtet, die Markthändler des K[REDACTED] Platzes auf seinem Markt in der B[REDACTED] Straße aufzunehmen und ihnen dabei bestimmte Bedingungen zu gewähren; das ergebe sich aus dem Schreiben der Beklagten vom 20. Juli 1961, mit dem sich der Kläger im Schreiben vom 8. August 1961 einverstanden erklärt habe; aus dem an die Händler des K[REDACTED] Platzes gerichteten Schreiben der Beklagten vom 25. August 1961, das auch der Kläger erhalten habe, sei für diesen ersichtlich gewesen, daß ihn die Beklagte zur Einhaltung der im Schreiben vom 20. Juli 1961 genannten Bestimmungen für verpflichtet gehalten habe.

Andererseits sei der Beklagten bekannt gewesen, daß der Kläger diese Verpflichtung nur einhalten konnte, wenn er sein Grundstück zu diesem Zweck erheblich ausbaute, wofür er - was er der Beklagten bereits am 29. Juni 1961 mitgeteilt habe - einen Betrag von rund 70.000,-- DM aufgewendet habe. Dies habe der Kläger nur tun können, wenn

er seinerseits aufgrund einer entsprechenden Verpflichtung der Beklagten die Gewähr dafür gehabt habe, daß diese ihrerseits für die Beendigung des tatsächlichen Marktbetriebes auf dem K [REDACTED] Markt sorgen werde; der Beklagten wiederum sei bekannt gewesen, daß der Kläger als "Gegenleistung" für die von ihm aufgewendeten Kosten eine solche Verpflichtung der Beklagten erwarte; zudem sei die Beklagte selbst an der Schließung ihres Marktes interessiert gewesen, da dieser nicht den Vorschriften der Marktordnung entsprochen habe und sie auch nicht die für eine Instandsetzung erforderlichen Beträge habe aufbringen können. Unter diesen Umständen habe der Kläger den Schreiben der Beklagten, mit denen sie ihm den Beschluß über die Aufhebung des Marktes auf dem K [REDACTED] Platz mitgeteilt und ihn zur rechtzeitigen Anzeige der Fertigstellung seines Marktgrundstücks aufgefordert hatte, entnehmen müssen, daß sich die Beklagte zur Beendigung des tatsächlichen Marktbetriebes auf dem K [REDACTED] Platz verpflichtet habe.

Diese Darlegungen, die von der Revision als ihr günstig nicht angegriffen werden, liegen im Rahmen tatrichterlicher Auslegung individueller Willenserklärungen und sind frei von Rechtsirrtum.

III. 1. Das Berufungsgericht führt weiter aus, daß die Beklagte ihrer Verpflichtung zur Beendigung des Marktbetriebes auf dem K [REDACTED] Platz nicht vor dem 31. Oktober 1963 nachgekommen sei; denn mit der "Aufhebung des Marktrechtes" und der dazu ergangenen Bekanntmachung vom 1. November 1961 habe sie noch nicht das hierzu Erforderliche getan. Sie sei aber mit der Erfüllung ihrer Pflicht, den Marktbetrieb tatsächlich zu

beenden, vor dem 31. Oktober 1963 nicht in Verzug geraten, da die Verbindlichkeit vor diesem Zeitpunkt nicht fällig geworden sei (§ 284 Abs. 1 BGB).

a) Die Verpflichtung der Beklagten habe, so legt das angefochtene Urteil weiter dar, nur dahin gehen können, nach der "rechtswirksamen Aufhebung des Marktrechts" oder nach der Vollziehbarkeit dieser Anordnung den tatsächlichen Marktbetrieb auf dem K[REDACTED] Platz zu beenden; erst mit Eintritt dieser Voraussetzungen sei die Verpflichtung fällig geworden. Die Wirksamkeit der Aufhebung des Marktrechts, eines Verwaltungsakts, sei aber durch den Widerspruch und die Anfechtungsklage des Markthändlers Heinke aufgeschoben worden (§ 80 Abs. 1 VwGO); über die Anfechtungsklage sei bei Erlass des angefochtenen Urteils noch nicht rechtskräftig entschieden gewesen. Damit sei die Wirksamkeit des Verwaltungsakts auch gegenüber den anderen Markthändlern in der Schwebe geblieben, so daß der Beklagten nicht entgegengehalten werden könne, sie hätte ihre Anordnung wenigstens gegenüber den Markthändlern durchsetzen müssen, die ihre Anfechtungsklage zurückgenommen hatten.

Es sei auch nicht treuwidrig, daß die Beklagte die sofortige Vollziehung der Marktaufhebung nicht vor dem 27. September 1963 angeordnet habe. Die sofortige Vollziehung eines Verwaltungsakts könne nur angeordnet werden (§ 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO), wenn sie im öffentlichen Interesse oder im überwiegenden Interesse eines Beteiligten liege. Erst nach Erlass des verwaltungsgerichtlichen Urteils (29. Mai 1963) habe die Beklagte mit einiger Sicherheit annehmen können, daß die Aufhebung des Marktes rechtlichen Bestand haben werde und daß damit ihre sofortige

Vollziehung ungeachtet des jahrelangen Verstoßes gegen die Vorschriften der Marktordnung im öffentlichen Interesse berechtigt sei. Auch der zwischen der Urteilszustellung (2. Juli 1963) und der Anordnung der sofortigen Vollziehung (27. September 1963) verstrichene Zeitraum müsse der Beklagten als Überlegungs- und Ausführungsfrist zugebilligt werden.

b) Aber auch wenn man die Fälligkeit der Verpflichtung der Beklagten - so fährt das Berufungsgericht fort - mit der Aufhebung des Marktes zum 30. November 1961 annehmen wolle, liege kein Verzug vor, da die Beklagte das Unterbleiben der Leistung nicht zu vertreten habe (§ 285 BGB). Da die Aufhebung des Marktes angefochten wurde, sei es für die Beklagte ungewiß gewesen, ob ihre Entscheidung rechtlich wirksam sei, so daß deren Durchsetzung für sie ein erhebliches Risiko und die Gefahr von Schadensersatzverpflichtungen mit sich gebracht hätte; sie habe daher nicht schuldhaft gehandelt, wenn sie erst die Entscheidung des Verwaltungsgerichts abgewartet habe, zumal "das öffentliche Interesse nicht unbedingt eine schnelle Vollziehung der Aufhebung des Marktrechts" erfordert habe.

2. Diese Darlegungen halten der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

a) Dem Berufungsgericht kann nicht darin gefolgt werden, daß die Voraussetzungen dafür gefehlt hätten, die Aufhebung des Marktes am K [REDACTED] Platz für sofort vollziehbar zu erklären.

aa) Dem Urteil des OVG Berlin vom 12. Mai 1965 auf die Anfechtungsklage des Markthändlers H [REDACTED] (veröffent-

licht in DVBl 1965, 530) ist darin zu folgen, daß die Aufhebung des Marktes zwar einen Verwaltungsakt darstellte, daß aber dem einzelnen Markthändler keine Rechtsmacht verliehen war, die Beklagte an der Aufhebung des Marktes zu hindern.

Nach § 64 GewO ist grundsätzlich jedermann zum Besuch, Kauf und Verkauf auf den Wochenmärkten zugelassen (Marktfreiheit); die Benutzer, zu denen auch die Markthändler gehören, haben einen Anspruch auf gleichmäßige Benutzung der öffentlichen Einrichtung. Von diesem Recht auf Benutzung eines bestehenden öffentlichen Marktes ist jedoch die in den §§ 64 ff GewO nicht ausdrücklich geregelte Frage zu trennen, ob dem Benutzer ein Recht oder zumindest ein rechtlich geschütztes Interesse daran gewährt worden ist, daß der einmal eingerichtete Markt auch aufrechterhalten wird. Diese Frage ist zu verneinen. Nur solange der Markt als öffentliche Einrichtung besteht, kommt ein "Recht" des Markthändlers in Betracht, in der Benutzung des Marktes nicht rechtswidrig behindert zu werden; dagegen kann die Aufhebung des Marktes vom Benutzer nicht verhindert werden, da diesem insoweit weder ein Recht noch ein rechtlich geschütztes Eigeninteresse eingeräumt ist (OVG Berlin aaO).

Diese Auffassung des Obergerverwaltungsgerichts Berlin enthält rechtlich nichts Neues; vielmehr ist die Ansicht, daß der einzelne Marktbenutzer kein Recht auf das Fortbestehen eines Marktes habe und deshalb gegen die Aufhebung des bisher von ihm besuchten Marktes keinen Rechtsschutz begehren könne, seit dem Urteil des Obergerlandesgerichts Dresden vom 10. Mai 1917 (GewArch 17, 507) in Rechtsprechung und Schrifttum gesicherte Erkenntnis

(BVerwG MDR 1965, 59; OVG Lüneburg GewArch 1957, 178; Landmann/Rohmer/Eyermann/Fröhler, GewO 12. Aufl. § 65 Rdn. 11 - ebenso in der Voraufgabe § 65 Anm. 2 -; Fuhr, GewO § 65 Anm. 1). Es ist also rechtsirrig, wenn das Berufungsgericht davon ausgeht, die Beklagte habe erst nach der Entscheidung des Verwaltungsgerichts eine "gewisse verbindliche Grundlage für die Beurteilung der Rechtslage" gehabt und habe danach erst beurteilen können, ob die tatsächliche Beendigung des Marktbetriebs auf dem K[REDACTED] Platz rechtlich möglich sei. Angesichts der einhelligen Rechtsauffassung darüber, daß dem Marktbesucher - und damit auch dem einzelnen Markthändler - kein Recht auf Aufrechterhaltung des Marktbetriebes zusteht, brauchte die Beklagte nicht mit einer abweichenden Entscheidung der Verwaltungsgerichte zu rechnen und durfte sich danach im Verhältnis zum Kläger nicht darauf beschränken, allein wegen der von H[REDACTED] erhobenen Anfechtungsklage den Markt weiter zu betreiben und dafür weitere Gebühren zu erheben.

bb) Sonach ist die Verpflichtung der Beklagten aus der mit dem Kläger getroffenen Vereinbarung am 1. Dezember 1961 fällig geworden; die Beklagte konnte ihre Verpflichtung dadurch erfüllen, daß sie ihre Anordnung über die Aufhebung des Marktes auf dem K[REDACTED] Platz für sofort vollziehbar erklärte (§ 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO).

Das Landgericht, auf dessen Urteil das Berufungsgericht insoweit Bezug nimmt, hat dazu ausgeführt, es habe an den rechtlichen Voraussetzungen für die sofortige Vollziehung gefehlt; der Kläger sei nicht Beteiligter gewesen, in dessen überwiegendem Interesse die Vollziehung hätte angeordnet werden können; auch das öffentliche Interesse habe die sofortige Vollziehung nicht gefordert,

weil der Markt bereits eine Reihe von Jahren in einem gegen die Marktordnung verstoßenden Zustand bestanden habe; die Interessen des Klägers seien bei der Entscheidung, ob die sofortige Vollziehung anzuordnen war, nicht zu berücksichtigen gewesen.

Diese Darlegungen sind rechtsirrig. Die Vorschriften der Marktordnung über die Ausgestaltung des Marktgrundstücks dienen offensichtlich gesundheitspolizeilichen Zwecken; es soll verhindert werden, daß Lebensmittelreste und Abfälle nach Beendigung des Marktes auf dem Grundstück verbleiben, in Fäulnis übergehen und damit gesundheitliche Gefahren herbeiführen. Wenn schon die Beklagte unter dem Zwang der Verhältnisse ihren öffentlichen Markt jahrelang entgegen diesen Vorschriften betrieb, dann lag es im öffentlichen Interesse, daß dieser Zustand alsbald beseitigt wurde, nachdem in unmittelbarer Nähe ein Grundstück zur Verfügung stand, das den gesundheitspolizeilichen Vorschriften entsprach.

Dabei kann nicht davon die Rede sein, daß der Kläger das öffentliche Interesse in unzulässiger Weise seinem privaten Interesse dienstbar machen wollte; es geht vielmehr allein um die Frage, ob die von der Beklagten dem Kläger gegenüber übernommene privatrechtliche Verpflichtung, den Marktbetrieb zu beenden, sobald die Händler auf dem Grundstück des Klägers aufgenommen werden konnten, fällig geworden war; im Rahmen dieser Betrachtung ist aber entscheidend, ob die Beklagte in der Lage war, im öffentlichen Interesse die sofortige Vollziehung der Marktaufhebung anzuordnen. Dabei kommt es im Rahmen der gegenüber dem Kläger bestehenden privatrechtlichen Verpflichtung - auf die im vorliegenden Fall ~~allen~~ abzustellen

ist - nur darauf an, ob die Beklagte durch gesetzliche Bestimmungen gehindert war, die sofortige Vollziehung der Marktaufhebung anzuordnen, nicht aber darauf, ob sie dazu nach den Grundsätzen pflichtgemäßer Ausübung ihres Ermessens im öffentlichen Interesse verpflichtet war.

Da, wie dargelegt, ein solcher Hinderungsgrund nicht vorlag, kann dahingestellt bleiben, ob die Beziehungen der Beklagten zu den einzelnen Markthändlern öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Natur sind (vgl. dazu BVerwG GewArch 1962, 87, wo die Frage unentschieden bleibt) und ob die Beklagte auch ohne Anordnung der sofortigen Vollziehung der Marktaufhebung aufgrund der mit den Markthändlern bestehenden Verträge von der darin vorgesehenen Kündigungsmöglichkeit hätte Gebrauch machen können, ohne gegen den Grundsatz der Marktfreiheit zu verstoßen.

b) War sonach die Leistung der Beklagten am 1. Dezember 1961 fällig, so kann sie sich auch nicht darauf berufen, die Leistung sei infolge eines Umstandes unterblieben, den sie nicht zu vertreten habe (§ 285 BGB).

Das Verhalten der Beklagten beruht auf Rechtsirrtum. Der Bundesgerichtshof hat an der früheren strengen Rechtsprechung des Reichsgerichts, daß ein Schuldner eine unrichtige Rechtsauffassung auch dann zu vertreten habe, wenn sie nicht auf Fahrlässigkeit beruhe (vgl. z.B. RGZ 130, 23, 28), nicht festgehalten; er hat vielmehr angenommen, daß unverschuldeter Rechtsirrtum den Schuldner dann von den Verzugsfolgen befreit, wenn er ohne Fahrlässigkeit mit einer abweichenden Beurteilung durch die Gerichte nicht zu rechnen brauchte (BGH LM BGB § 285

Nr. 1). Es bedarf aber auch nach dieser Auffassung stets der Darlegung besonderer Umstände, die seine Rechtsauffassung und sein darauf gegründetes Handeln als frei von Fahrlässigkeit erscheinen lassen; es genügt nicht, daß sich der Schuldner seine eigene Rechtsauffassung nach sorgfältiger Prüfung und sachgemäßer Beratung gebildet hat (BGH aaO; BGB-RGRK 11. Aufl. § 285 Anm. 12).

Solche besonderen Umstände hat die Beklagte nicht vorgetragen. Es ist in anderem Zusammenhang bereits dargelegt worden, daß höchstrichterliche Entscheidungen und Rechtslehre übereinstimmend die Meinung vertreten, dem Markthändler stünden keine Rechte gegen die Aufhebung des Marktes zur Seite; wenn die Beklagte gleichwohl die bloße Tatsache einer erhobenen Anfechtungsklage zum Anlaß nahm, ihre Verpflichtung nicht zu erfüllen, den marktordnungswidrigen Zustand aufrechtzuerhalten und weiter Gebühren dafür zu vereinnahmen, dann hat sie das zu vertreten und handelte insoweit auf ihre eigene Gefahr; die Verzugsfolgen konnte sie damit nicht beseitigen.

3. Danach kommt es auf den vom Kläger hilfsweise geltend gemachten Gesichtspunkt nicht mehr an, die Beklagte habe ihm gegenüber die ihr obliegende Pflicht verletzt, ihn über etwaige Schwierigkeiten bei der tatsächlichen Beendigung des Marktbetriebs auf dem K [REDACTED] Platz aufzuklären, und hafte ihm daher aus Verschulden bei Vertragsschluß (culpa in contrahendo).

Auch bedarf es bei der dargelegten Rechtslage keiner Prüfung, ob die Beklagte nach ihren mit dem Kläger getroffenen Vereinbarungen die Garantie für die tatsächliche Beendigung des Marktbetriebes auf dem K [REDACTED] Platz im

Zeitpunkt der Fertigstellung des Privatmarktes übernommen habe und deshalb für den Verdienstausschlag des Klägers auch dann ersatzpflichtig sei, wenn sie kein Verschulden an der Verzögerung hinsichtlich der tatsächlichen Beendigung des Marktbetriebes auf dem K[REDACTED] Platz träge.

IV. Sonach waren auf die Rechtsmittel des Klägers die klageabweisenden Urteile der Vorinstanzen aufzuheben. Das Revisionsgericht war in der Lage, nach dem Klagantrag abschließend zu entscheiden. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob der Schaden des Klägers in dem genannten Ausschlag an Mieteinnahmen besteht oder ob davon für die endgültige Schadensberechnung noch ersparte Unkosten des Marktbetriebs abzuziehen wären; denn jedenfalls hat die Beklagte keine Gesichtspunkte geltend gemacht, die einen Zweifel daran ließen, daß dem Kläger in dem gesamten von ihm angeführten Zeitraum - 1. Dezember 1961 bis 31. Oktober

1963 - auch nach Abzug ersparter Unkosten ein Schaden von insgesamt 60.000,-- DM entstanden ist.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 ZPO.

Krüger-Nieland

Jungbluth

Sprenkman

Mösl

Simon