

Verkündet am
29. Mai 1963

Symalla, Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

der Firma Luise G [REDACTED], Inhaber Salvatore
G [REDACTED] in M [REDACTED], L [REDACTED]straße [REDACTED]/[REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Stadt M [REDACTED], gesetzlich vertreten durch den
Oberbürgermeister,

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Frhr.von [REDACTED] -

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche
Verhandlung vom 29. Mai 1963 unter Mitwirkung der Bundes-
richter Schuster, Dr. Rothe, Dr. Freitag, Dr. Mattern und
Offterdinger

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 1. Zivilsenats
des Obergerichts München vom 9. November 1961
wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Stadt M [REDACTED] überließ der Beklagten in der Großmarkthalle auf ihrem Grundstück T [REDACTED] straße [REDACTED] durch "Zuweisung" vom 12. Januar 1954 den G [REDACTED] platz Nr. [REDACTED] (Halle IV, 47, 19 qm) und den F [REDACTED] Nr. [REDACTED] (65, 79 qm) auf unbestimmte Zeit gegen Zahlung einer monatlichen Gebühr von 6 DM und 0,80 DM je Quadratmeter (283,14 DM und 52,63 DM). Die Zuweisung enthält Vergebungsbedingungen (S. 3 R/4 der Zuweisung). Am Schluß dieser Bedingungen ist vermerkt, daß der Großhändler alle geltenden Bestimmungen sowie die allgemeinen Verfügungen und Anordnungen der Stadtverwaltung als rechtsverbindlich anerkennt, insbesondere die Bestimmungen der Betriebsordnung, der Gebührenordnung und der Richtlinien über die Vergabung von Plätzen, Ständen und Räumen. Die damals geltende Gebührenordnung für die Großmarkthalle und die städtischen Lebensmittelmärkte bestimmt in § 5 Abs. 7 :

"Stellt ein Platz- oder Raumbenützer, der seine Gebühr für den laufenden Monat in voller Höhe entrichtet hat, seine Zahlungen ein, leistet er den Offenbarungseid oder gerät er in Konkurs oder wird das Vergleichsverfahren über ihn eröffnet, so kann die Direktion die Entziehung der überlassenen Plätze, Räume usw. auf den nächsten Monatsersten aussprechen."

Die Anwälte der Beklagten teilten am 28. Januar 1959 den Gläubigern der Beklagten mit, daß die Beklagte zum 25. Januar 1959 ihre Zahlungen eingestellt habe. Darauf verlangte die Direktion der Großmarkthalle mit folgendem Schreiben vom 3. Februar 1959 Verkaufsstand und Platzkeller heraus:

"Es ist uns bekannt geworden, daß die Firma Luise G [REDACTED] ab 25. Januar 1959 die Zahlungen

- 3 -

eingestellt hat. Unter Bezugnahme auf das Ihnen gegen Unterschrift am 14.8.1957 ausgehändigte Rundschreiben vom 1. August 1957, Kündigung von Plätzen und Räumen betreffend, sehen wir uns leider veranlaßt, den Verkaufsstand Nr. ● und Platzkeller Nr. ● zum 28. Februar 1959 zurückzunehmen.

Wir ersuchen Sie, Verkaufsstand und Platzkeller am Samstag, dem 28.2.1959 nach Beendigung der Verkaufszeit besanrein und mit sämtlichen Schlüsseln unserem Aufsichtsbeamten zu übergeben."

Mit vorliogender Klage begehrt die Klägerin, gestützt auf § 985 BGB, die Beklagte zur Räumung und Herausgabe der beiden Räume zu verurteilen. Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.

Das Landgericht hat durch Zwischenurteil die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtswegs verworfen; das Oberlandesgericht hat die Berufung gegen dieses Urteil zurückgewiesen. In der Sache hat das Landgericht der Klage stattgegeben, das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen.

Mit der Revision erstrebt die Beklagte die Abweisung der Klage. Die Klägerin bittet, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

1. Entscheidend ist nach Ansicht des Oberlandesgerichts, ob die Beklagte sich gegenüber der auf § 985 BGB gestützten Herausgabeklage im Hinblick auf das durch die Zuweisung vom 12. Januar 1954 begründeten Nutzungsverhältnis auf ein Recht zum Besitz an den herausverlangten Räumlichkeiten



(§ 986 BGB) berufen kann. Dies sei nicht der Fall, weil das bisher bestehende Nutzungsverhältnis durch das Schreiben vom 3. Februar 1959 wirksam beendet worden sei, und zwar gleichgültig, ob dieses Verhältnis öffentlich-rechtlicher oder bürgerlich-rechtlicher Natur gewesen sei. Im letzteren Fall sei der bürgerlich-rechtliche Vertrag wirksam gekündigt, weil die Bestimmungen der Gebührenordnung Inhalt des Vertrages geworden seien. Im ersten Fall sei das Schreiben vom 3. Februar 1959 als Zurücknahme der Zuweisung, d. h. als Verwaltungsakt anzusehen. Rechtsunwirksam (nichtig) sei dieser Verwaltungsakt jedenfalls nicht; seine Rechtmäßigkeit, die die Beklagte offenbar wegen Ermessensmißbrauchs bezweifelte, sei vom ordentlichen Gericht nicht zu überprüfen. Mangels Nachprüfung seiner Anfechtbarkeit im verwaltungsgerichtlichen Verfahren bestehe der Verwaltungsakt fort. Damit sei die Erlaubnis zur Benutzung beider Räumlichkeiten auch in diesem Fall wirksam widerrufen.

2. Der Revision erscheint die öffentlich-rechtliche Natur des Nutzungsverhältnisses eindeutig; sie rügt, daß das Berufungsgericht das Schreiben vom 3. Februar 1959 als Zurücknahme der Zuweisung, also als einen Verwaltungsakt würdigt. Sie führt aus: Die rechtliche Qualifizierung des Schreibens vom 3. Februar 1959 hänge entscheidend von dem Willen der handelnden Behörde ab. Die Klägerin habe, was das Berufungsgericht unter Verstoß gegen § 286 ZPO übersehen habe, nur eine rechtsgeschäftliche Kündigung, nicht aber eine Zurücknahme der Zuweisung durch hoheitlichen Verwaltungsakt aussprechen wollen. Dies ergebe sich aus dem übereinstimmenden Vortrag beider Parteien (Bl. 32 R, 39, 46, 66, 128, 35 a, 130 und 144 GA); danach habe die Klägerin das Nutzungsverhältnis stets und

ausschließlich als ein privatrechtliches betrachtet. Aus diesem Grund habe die Klägerin ihr Kündigungsschreiben nicht mit einer Rechtsmittelbelehrung (§ 58 VerwGO) versehen. Sei aber die Klägerin bewußt nicht hoheitlich in Ausübung öffentlicher Gewalt tätig geworden, so liege ein Verwaltungsakt überhaupt nicht vor und daher sei auch die Zuweisung nicht widerrufen.

Falls das Berufungsgericht aber die rechtsgeschäftliche Kündigung in einen Verwaltungsakt habe umdeuten wollen, so sei dies unzulässig. Selbst wenn aber eine Umdeutung unterstellt werde, so sei die Klage gleichwohl nicht begründet. Mangels Rechtsmittelbelehrung hätte gegen die Verfügung innerhalb Jahresfrist Widerspruch eingelegt werden können (§ 58 Abs. 2 VerwGO). Der Schriftsatz vom 19. Januar 1960 (Bl. 26/31 GA), in welchem die öffentlich-rechtliche Natur des Nutzungsverhältnisses eingehend dargelegt und vorsorglich die Berechtigung der Klägerin zur Auflösung des Nutzungsverhältnisses mit tatsächlichen und rechtlichen Gründen bestritten worden sei, sei ein Widerspruch. Dieser Widerspruch habe die Rechtskraft des Verwaltungsaktes gehemmt und der Verwaltungsakt sei daher nicht wirksam geworden.

II.

1. Ein Vorstoß gegen § 286 ZPO liegt bei der Würdigung des Schreibens der Klägerin vom 3. Februar 1959 durch das Berufungsgericht nicht vor. Die Revision faßt die angezogenen Rechtsausführungen der Klägerin im Prozeß (wie auch die hierauf bezüglichen Rechtsansichten der Beklagten) irrtümlicherweise als Tatsachenvortrag auf. Allerdings hat die Klägerin

im Prozeß zuerst und später auch in erster Linie die Rechtsansicht vertreten, es handle sich bei der Überlassung der Räume in der Markthalle um ein bürgerlich-rechtliches Nutzungsverhältnis, und zur Begründung des Klaganspruchs daher argumentiert, das Schreiben vom 3. Februar 1959 sei als (bürgerlich-rechtliche) Kündigung aufzufassen. Die Beklagte selbst hat immerhin schon im Schriftsatz vom 11. Februar 1960 (Bl. 38) darauf hingewiesen, daß dieser Vortrag der Klägerin nur den Versuch einer rechtlichen Qualifizierung ihrer eigenen Handlungen, und zwar ausgehend von einer bestimmten rechtlichen Qualifizierung des Nutzungsverhältnisses, darstelle. Entscheidend sind jedoch nicht die Rechtsausführungen, sondern der Sachvortrag der Parteien und die Feststellungen des Tatrichters. Das Landgericht hat das Nutzungsverhältnis als öffentlich-rechtliches angesehen und aus dem Sachvortrag der Klägerin entnommen, daß sie ihren Willen zur Beendigung des Rechtsverhältnisses klar zum Ausdruck gebracht habe, so daß das Rechtsverhältnis durch die "Kündigung" beendet worden sei. In der Berufungsbegründung hat die Beklagte gerügt, es gehe nicht an, daß das Gericht die von der Klägerin bewußt als privatrechtliche Kündigung gewollte Erklärung, das zwischen den Parteien bestehende Mietverhältnis solle zum 28. Februar 1959 seine Beendigung finden, in einen Verwaltungsakt, nämlich den Widerruf der ursprünglich erteilten Nutzungsgenehmigung, umdeute. Im Schriftsatz der Klägerin vom 19. September 1962 (Bl. 146 GA), in dem allerdings weiter am Ausdruck "Kündigung" festgehalten wird, ist demgegenüber vorgetragen, die Klägerin habe klar zu erkennen gegeben, daß sie das Überlassungsverhältnis habe beenden wollen, und dies sei dem Anwalt der Beklagten am 14. April 1959 nochmals ausdrücklich mitgeteilt worden; alsdann wird in diesem Schriftsatz die Möglichkeit eines Ermessensmißbrauchs

erörtert und in rechtlicher Hinsicht ausgeführt, das Landgericht habe über eine öffentlich-rechtliche Vorfrage zum Klaganspruch entschieden. Die Klägerin hat sonach in diesem Schriftsatz das Nutzungsverhältnis zwar als privatrechtliches betrachtet, aber nicht, wie die Revision daraus folgert, vorgetragen, sie habe seinerzeit "nur eine rechtsgeschäftliche Kündigung" aussprechen wollen, vielmehr ging der Tatsachenvortrag dahin, daß das Nutzungsverhältnis ungeachtet der rechtlichen Würdigung aus den darin aufgeführten Gründen zum 28. Februar 1959 beendet sein solle. Von diesem Sachverhalt ging das Berufungsgericht, wie der Zusammenhang der Gründe ergibt, auch in seinen Entscheidungsgründen aus, so daß ein Verstoß gegen § 286 ZPO nicht festgestellt werden kann. Liegt sonach der von der Revision unterstellte Sachverhalt, die Klägerin habe bewußt nicht hoheitlich tätig werden wollen, nicht vor, so entfällt auch die Möglichkeit, das Berufungsgericht habe die Erklärung vom 3. Februar 1959 umdeuten wollen. Unter diesen Umständen konnte das Berufungsgericht in der Tat die rechtliche Natur des Nutzungsverhältnisses dahingestellt lassen.

Es bedarf auch keiner Untersuchung, inwiefern sich ein Verwaltungsakt, der kraft hoheitlicher Gewalt einseitig verbindliche Rechtsfolgen auslöst, und die Kündigung als einseitiges Rechtsgeschäft des privaten Rechts in ihrem Wesen unterscheiden und ob allein der Wille der Behörde dafür maßgebend ist, ob eine Maßnahme dieser oder jener Art vorliegt. Entscheidend ist im vorliegenden Fall, daß der Wille der sowohl öffentlich-rechtlich zuständigen als auch privatrechtlich vertretungsbefugten Behörde inhaltlich auf die Beendigung des Nutzungsverhältnisses in jeder möglichen Art gerichtet

war und die Erklärung von der Beklagten, wie das Berufungsgericht erkennen läßt, nur in diesem Sinn aufgefaßt werden konnte. Daß eine privatrechtliche Kündigung von der Beklagten hingenommen werden mußte und ihre Wirksamkeit im zivilrechtlichen Verfahren zu überprüfen ist, während ein Verwaltungsakt auf seine Rechtmäßigkeit nur im Verwaltungsrechtsweg überprüft werden kann, ändert am Inhalt und Bestand der Willensäußerung nichts. Ebenso hat der Umstand, daß die Erklärung der Klägerin keine Rechtsmittelbelehrung enthielt und die Fristen der verwaltungsrechtlichen Rechtsbehelfe nicht in Lauf gesetzt wurden, auf ihre Wirksamkeit als Verwaltungsakt keinen Einfluß. Daraus brauchte der Berufungsrichter auch nicht zwingend den Schluß zu ziehen, die Behörde hätte nur eine privatrechtliche Willenserklärung abgeben wollen.

2. Der Revision kann aber auch nicht darin gefolgt werden, der Schriftsatz der Beklagten vom 19. Januar 1960 (Bl. 26 GA) stelle einen Widerspruch im Sinn des Vorverfahrens für eine Anfechtungsklage (§ 68 ff VerwGO) dar. Besonderer Ausführungen des Berufungsgerichts bedurfte es darüber nicht. Vorweg könnte es sich allenfalls um einen Einspruch im Sinn des § 38 des Gesetzes über die Verwaltungsgerichtsbarkeit vom 25. September 1946 (GVBl. S. 281) gehandelt haben, da die Verwaltungsgerichtsordnung vom 21. Januar 1960 erst am 1. April 1960 in Kraft getreten ist (§ 195 Abs. 1 VerwGO). Ein Einspruch nach jenem Gesetz hätte allerdings auch aufschiebende Wirkung gehabt (§ 51 Abs. 1 Satz 1 VerwGG) und die Rechtsmittelfrist wäre auch für diesen Rechtsbehelf ohne Belehrung über das Rechtsmittel nicht gelaufen (§ 32 VerwGG).

Selbst wenn man aber von einem bestimmten Antrag absehen wollte, so müßte ein Einspruch doch wenigstens erkennen lassen, daß eine Aufhebung oder Abänderung der Verfügung oder ihre erneute Überprüfung durch die erlassende Behörde gewünscht wird (§ 39 Abs. 1 Satz 1 VerwGG). Diese Voraussetzung ist nicht erfüllt. Der Schriftsatz vom 19. Januar 1960 diente ausdrücklich und eindeutig der Begründung des im Zivilprozeß gestellten Antrags, die Klage abzuweisen. Die Ausführungen unter I in diesem Schriftsatz sollen die Unzulässigkeit des Rechtswegs begründen, unter II sind Ausführungen darüber gemacht, daß die sachlichen Voraussetzungen für eine Kündigung fehlen. Allein der Umstand, daß in diesem Schriftsatz auch die öffentlich-rechtliche Natur des Nutzungsverhältnisses dargestellt und in tatsächlicher Hinsicht die Zahlungseinstellung bestritten ist, ergibt sich nicht, daß die Beklagte durch diesen Schriftsatz von der Direktion der Großmarkthalle die Überprüfung ihrer Verfügung begehrte. Einer solchen Annahme widerspricht auch das weitere Verhalten der Beklagten, die keine Anfechtungsklage erhoben hat. Mangels eines Rechtsmittels der Betroffenen ist die Erklärung vom 3. Februar 1959 somit auch als Verwaltungsakt wirksam. Sie hat das Nutzungsverhältnis beendet, auch wenn es sich, wie die Revision unterstellt werden kann, um ein öffentlich-rechtliches Anstaltsverhältnis gehandelt hat. Ob der Verwaltungsakt formell rechtskräftig ist, ist demgegenüber ohne Bedeutung.

Da die materiell-rechtliche Überprüfung des angefochtenen Urteils auch im übrigen keinen Rechtsverstoß zum Nachteil der Beklagten erkennen läßt, war die Revision mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO als unbegründet zurückzuweisen.

Schuster

Rothe

Dr. Freitag

Mattern

Offterdinger