

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

2024 072

GVG § 13

Begibt sich die öffentliche Hand (hier: Ersatzkasse der gesetzlichen Krankenversicherung) bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben in einen vom Grundsatz der Gleichordnung geprägten Wettbewerb mit privaten Unternehmen (hier: private Krankenkassen), so sind für die Entscheidung über einen von privaten Mitbewerbern erhobenen, auf Verletzung des § 1 UWG gestützten Unterlassungsanspruch die Zivilgerichte zuständig.

BGH, Beschl. v. 22. März 1976 - GSZ 1/75 - OLG Köln

LG Köln

BUNDESGERICHTSHOF

GSZ 1/75

BESCHLUSS

in dem Rechtsstreit

V [REDACTED] der p [REDACTED] K [REDACTED] e.V., gesetzlich vertreten durch seinen Vorstand, bestehend aus Generaldirektor Hermann L [REDACTED], Generaldirektor Dr. Heinz B [REDACTED], Generaldirektor Jürgen I [REDACTED], Generaldirektor Dr. Karl-Heinz M [REDACTED] und Direktor Gerd V [REDACTED] K [REDACTED], B [REDACTED],

Kläger, Revisionskläger und
Revisionsbeklagter,

- Prozeßbevollmächtigte:

Rechtsanwälte Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -

gegen

H [REDACTED]-M [REDACTED] E [REDACTED], Körperschaft des öffentlichen Rechts, vertreten durch ihren Geschäftsführer, [REDACTED] H [REDACTED], S [REDACTED]-K [REDACTED]-Allee [REDACTED],

Beklagte, Revisionsbeklagte und
Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter:

Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der Große Senat für Zivilsachen des Bundesgerichtshofs hat am 22. März 1976 durch den Präsidenten des Bundesgerichtshofs Dr. Dr. h.c. Fischer, den Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofs Dr. Haus, die Vorsitzenden Richter Dr. Krüger-Nieland, Stimpel, Dr. Vogt, Hill, Prof. Dr. Kreft und die Richter Prof. Dr. Nüßgens, Dr. Hiddemann und Dr. Schönberg

beschlossen:

Begibt sich die öffentliche Hand (hier: Ersatzkasse der gesetzlichen Krankenversicherung) bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben in einen vom Grundsatz der Gleichordnung geprägten Wettbewerb mit privaten Unternehmen (hier: private Krankenkassen), so sind für die Entscheidung über einen von privaten Mitbewerbern erhobenen, auf Verletzung des § 1 UWG gestützten Unterlassungsanspruch die Zivilgerichte zuständig.

G r ü n d e

I. Der Kläger ist ein Verband zur Vertretung und Förderung der allgemeinen Interessen der privaten Krankenversicherung und seiner Mitgliedsunternehmen. Die Beklagte, eine Ersatzkasse der ge-



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

gesetzlichen Krankenversicherung und Körperschaft des öffentlichen Rechts, hat seit Juli 1971 Studenten und Schüler zu den nicht kostendeckenden Beitragsätzen ihrer Versicherungsklassen 900 (ohne Angehörige) und 901 (mit Angehörigen) von monatlich 17,-- DM (ursprünglich 11,-- DM) bzw. 19,-- DM (ursprünglich 13,-- DM) aufgenommen; sie hat mit diesen Tarifen, die wesentlich niedriger waren als die kostendeckend kalkulierten Tarife der privaten Krankenversicherer, bei Studenten durch Prospekte und Anzeigen geworben.

Der Kläger hat die Werbung der Beklagten als wettbewerbswidrig beanstandet, weil sie sich auch an Studenten wende, die in keinem Beschäftigungsverhältnis stünden und deshalb nicht berechtigt seien, der gesetzlichen Krankenversicherung freiwillig beizutreten. Hierdurch würden die Aufnahme nicht krankenversicherungsberechtigter Mitglieder durch die Beklagte und die Begründung von Scheinarbeitsverhältnissen zum Zwecke der Aufnahme in die gesetzliche Krankenversicherung begünstigt. Darüber hinaus seien die Tarife 900 und 901 wegen wettbewerbswidriger Preisunterbietung der privaten Krankenversicherer mit öffentlichen Mitteln unzulässig. Sie hielten sich nicht mehr im Rahmen des für die gesetzliche Krankenversicherung geltenden Solidaritätsprinzips. Die Beklagte wolle sich damit nur neue Marktreiche öffnen.

Der Kläger hat beantragt, der Beklagten zu untersagen, Werbeschriften und andere Werbemaßnahmen an Studenten als solche zu richten (Klageantrag zu 1), in Werbeschriften den Eindruck hervorzurufen, sie könne nicht in

einem Beschäftigungsverhältnis stehenden Studenten Krankenversicherungsschutz gewähren (Klageantrag zu 2), damit zu werben, daß Studenten für Beiträge in Höhe von monatlich 17,-- bzw. 19,-- DM (Versicherungsklassen 900 bzw. 901) Versicherungsschutz gewährt werde (Klageantrag zu 3) und Studenten die Mitgliedschaft gegen einen Beitrag von nur 17,-- bzw. 19,-- DM (Versicherungsklassen 900 bzw. 901) und gegen geringere Beiträge als nach Maßgabe ihrer Versicherungsklassen 570 bis 651 zu gewähren (Klageantrag zu 4).

Die Beklagte hat geltend gemacht, der Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten sei unzulässig, weil sie als Träger der gesetzlichen Krankenversicherung öffentliche Aufgaben erfülle und das Klagebegehren auf einen Eingriff in ihre hoheitliche Tätigkeit hinauslaufe. Zudem sei ihr Verhalten wettbewerbsrechtlich nicht zu beanstanden.

Das Landgericht hat die Klage wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat hinsichtlich der Anträge zu 1 und 2 den Rechtsweg für zulässig erachtet und die Sache insoweit an das Landgericht zurückverwiesen; im übrigen hat es die Berufung des Klägers zurückgewiesen.

Beide Parteien haben Revision eingelegt. Der Kläger verfolgt die Anträge zu 3 und 4 weiter, hilfsweise beantragt er, den Rechtsstreit an das zuständige Sozialgericht zu verweisen. Die Beklagte erstrebt die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils hinsichtlich der Anträge zu 1 und 2.

II. Der I. Zivilsenat (I ZR 5/74) möchte die Revision der Beklagten zurückweisen und der Revision des Klägers stattgeben, weil er der Auffassung ist, der Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten sei hinsichtlich aller vier Klageanträge zulässig. Hierbei geht er davon aus, daß ein dem Privatrecht zuzuordnender Wettbewerbsstatbestand vorliege und die Zivilgerichte zu einem Eingriff in das Verwaltungshandeln einer Körperschaft des öffentlichen Rechts dann befugt seien, wenn die Klage eines privaten Mitbewerbers der öffentlichen Hand, wie hier mit den Klageanträgen zu 3 und 4, auf ein Verbot von Handlungen gerichtet sei, die sowohl öffentlichrechtlichen Charakter hätten als auch Wettbewerbsmaßnahmen im Sinne des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb darstellten.

Wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtsfrage hat der I. Zivilsenat dem Großen Senat für Zivilsachen gemäß § 137 GVG folgende Frage vorgelegt:

Ist der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten gegeben für die Klage eines Verbandes zur Förderung gewerblicher Interessen im Sinne von § 13 Abs. 1 UWG (hier: Verband der privaten Krankenversicherung e.V.) gegen eine Körperschaft des öffentlichen Rechts (hier: Ersatzkasse als Träger der gesetzlichen Krankenversicherung), mit der verlangt wird, die Gewährung besonders günstiger, nicht kostendeckender Tarife für nicht krankenversicherungspflichtige, aber zum Eintritt in die gesetzliche Krankenversicherung berechnete Personen (hier: Schüler und Studenten) und die Werbung mit diesen Tarifen zu unterlassen, wenn nach dem Vortrag des Klägers wegen wettbewerbswidriger

Preisunterbietung ein Verstoß gegen § 1
UWG vorliegt?

III. Die Vorlage ist nach § 137 GVG zulässig. Sie hat sich nicht dadurch erledigt, daß inzwischen das Gesetz über die Krankenversicherung der Studenten (KVSG) vom 24. Juni 1975 (BGBl I 1536) ergangen ist. Zwar ist durch dieses Gesetz eine Änderung der Wettbewerbslage insofern eingetreten, als nunmehr - durch Änderung entsprechender Vorschriften der Reichsversicherungsordnung - für alle Studenten die Krankenversicherungspflicht eingeführt (§ 1 Nr. 1 = § 165 RVO nF) und bestimmt worden ist, wie hoch die Beiträge für Studenten in der gesetzlichen Krankenversicherung - einschließlich eines vom Bund zu zahlenden Zuschusses - sind (§ 1 Nr. 22 = neuer § 381 a RVO; § 1 Nr. 8 = § 180 neuer Abs. 3 b RVO). Doch können Studenten, die bei einem Krankenversicherungsunternehmen versichert sind und Vertragsleistungen erhalten, die der Art nach den Leistungen der Krankenhilfe mit Ausnahme des Krankengeldes entsprechen, auf Antrag von der Versicherungspflicht befreit werden (§ 1 Nr. 4 = neuer § 173 d RVO). Hieraus kann entnommen werden, daß zwischen den privaten Krankenkassen und den Ersatzkassen der gesetzlichen Krankenversicherung ein Wettbewerbsverhältnis hinsichtlich der Aufnahme von Studenten weiterhin besteht. Der Kläger hat auch nicht zu erkennen gegeben, daß er die Hauptsache für erledigt erklären werde. Zudem steht offen, ob sich die Beklagte einer Erledigungserklärung anschließen würde.

IV. Der Große Senat bejaht die Vorlagefrage.

1. Die Zulässigkeit des ordentlichen Rechtswegs hängt im Streitfall, für den eine besondere Rechtswegzuweisung nicht besteht, davon ab, ob eine bürgerliche Rechtstreitigkeit im Sinne von § 13 GVG oder eine öffentlich-

rechtliche Streitigkeit im Sinne von § 40 Abs. 1 VwGO, die hier nur eine öffentlichrechtliche Streitigkeit in Angelegenheiten der Sozialversicherung sein könnte (§ 51 Abs. 1 SGG), vorliegt. Bei der Prüfung dieser Frage ist auf die Natur des Klagebegehrens abzustellen. Eine bürgerliche Rechtstreitigkeit liegt danach vor, wenn sich das Klagebegehren als die Folge eines Sachverhalts darstellt, der nach bürgerlichem Recht zu beurteilen ist (BGH GRUR 1956, 227 - Reisebüro; BGHZ 29, 187, 189; 37, 160, 163 - Prüfungsverband; BGH GRUR 1973, 530 - Crailsheimer Stadtblatt).

2. Der Gesichtspunkt, den Zivilgerichten sei ein Eingriff in die hoheitliche oder auch nur schlicht verwaltende Tätigkeit des Staates oder anderer Körperschaften des öffentlichen Rechts verwehrt, hat demgegenüber keine selbständige Bedeutung. Zwar ist in der Rechtsprechung hierauf häufig abgestellt und zum Ausdruck gebracht worden, nicht die Zivilgerichte, sondern die Verwaltungsgerichte seien zur Entscheidung berufen, wenn die Aufhebung eines Verwaltungsaktes begehrt werde oder in sonstiger Weise auf das hoheitliche Handeln eines Verwaltungsträgers Einfluß genommen werden solle (GSZ - BGHZ 34, 99, 105; BGH GRUR 1962, 159, 160 - Blockeis I). Doch liegt dem die Erwägung zugrunde, daß häufig schon aus der begehrten Rechtsfolge und oft gerade aus dieser der öffentlichrechtliche Charakter der Streitsache zu erkennen ist (Stein-Jonas, ZPO, 19. Aufl., vor § 1 II A 4). Der für die Auslegung der §§ 13 GVG, 40 Abs. 1 VwGO maßgebende Grundsatz, daß es für die Rechtswegabgrenzung auf die rechtliche Natur des Anspruchs, also die Anspruchsgrundlage ankommt, bleibt davon unberührt.

3.a) Der vorliegende Fall wird entscheidend dadurch geprägt, daß zwischen den privaten Krankenversicherern, deren Interessen der Kläger wahrnimmt, und den Ersatzkassen der gesetzlichen Krankenversicherung ein Wettbe-

werbsverhältnis besteht. Dies gilt - von der erwähnten Neuregelung der studentischen Krankenversicherung abgesehen - jedenfalls hinsichtlich derjenigen Personen, die zwar eine versicherungspflichtige Tätigkeit ausüben, aber von der Versicherungspflicht befreit sind. Sie haben die freie Wahl zwischen dem Abschluß einer privaten Krankenversicherung und dem Beitritt zu einer Ersatzkasse. Insoweit wenden sich private Krankenkassen und Ersatzkassen an denselben Kreis potentieller Versicherungsnehmer. Dabei besteht kein Verhältnis der Über- oder Unterordnung, sondern ein Gleichordnungsverhältnis. Auch fehlt es, anders als bei wettbewerbsrechtlichen Auseinandersetzungen zwischen RVO-Kassen und Ersatzkassen (BSG 36, 238, 239), an besonderen öffentlichrechtlichen Beziehungen. Dies spricht für einen dem Privatrecht zuzuordnenden Wettbewerbstatbestand.

Dem kann nicht entgegengehalten werden, daß der Erwerb der Mitgliedschaft bei einer Ersatzkasse durch öffentlichrechtliche Normen geregelt ist und auch die Leistungsbeziehungen der Ersatzkassen zu ihren Mitgliedern öffentlichrechtlicher Natur sind (BSG aaO S. 240; Peters, Handbuch der Krankenversicherung, 17. Aufl., RVO § 504, Anm. 2 c). Vielmehr muß zwischen den öffentlichrechtlichen Leistungsbeziehungen zu den Mitgliedern und den wettbewerbsrechtlichen Beziehungen zu privaten Unternehmen unterschieden werden. Beide sind voneinander unabhängig. Insbesondere vermag die öffentlichrechtliche Gestaltung der Leistungsbeziehungen das zu den privaten Mitbewerbern auf der Ebene der Gleichordnung bestehende Wettbewerbsverhältnis seinem Wesen nach nicht zu verändern.

Es kann auch nicht anerkannt werden, daß Nachteile, die private Krankenkassen durch rechtswidrige Werbemaßnahmen von Ersatzkassen erleiden können, nur eine mittelbare Auswirkung hoheitlicher oder schlicht verwaltender Tätigkeit seien. Das

kann jedenfalls dann nicht gelten, wenn es sich um Werbemaßnahmen handelt, die zur Erreichung eines bestimmten Zieles bewußt ergriffen werden, einen gesonderten Einsatz öffentlicher Mittel erfordern und gerade auch gegen die privaten Krankenkassen gerichtet sind, wie das hier nach dem Sachvortrag des Klägers in Betracht kommt. Die Beklagte wollte, wie der Kläger behauptet, mit dem außergewöhnlich niedrigen, nicht mehr im Rahmen des Solidarausgleichs liegenden Tarif, der als Dumping-Preis bezeichnet worden ist, eine möglichst große Zahl von Studenten, die bereits privat versichert waren oder für den Abschluß einer privaten Krankenversicherung in Betracht kamen, zum Eintritt in ihre Ersatzkasse veranlassen, weil vorauszu- sehen war, daß die bevorstehende -inzwischen durchge- führte- Neuregelung der studentischen Krankenversicherung alsbald eine wesentliche Beitragserhöhung bringen werde und Studenten auch später, nach Beendigung der Ausbildung und Eintritt in das Berufsleben, im Hinblick auf die einkommensabhängigen Tarife der Ersatzkassen wichtige Beitragszahler sein würden. Unter solchen Umständen ist die Rechtsprechung zu § 1004 BGB, die verneint, daß für eine auf diese Bestimmung gestützte Unterlassungsklage gegen hoheitliche Maßnahmen oder deren Auswirkungen auf Dritte der Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten er- öffnet sei (vgl. BGHZ 41, 264, 266; BGH NJW 1976, 570), nicht einschlägig. Aus ihr kann nicht hergeleitet werden, daß im Streitfall keine bürgerlichrechtliche, sondern eine öffentlichrechtliche Streitigkeit vorliege.

Für eine privatrechtliche Beurteilung spricht weiter- hin, daß die beanstandete Werbung der Beklagten gedanklich vor der Begründung neuer Mitgliedschaftsverhältnisse liegt und Ziel selbst des Klageantrages zu 4 nicht ist, in be-

stehende Mitgliedschaftsverhältnisse einzugreifen, sondern daß nur verhindert werden soll, daß die Beklagte neue Mitglieder zu dem angegriffenen Sondertarif aufnimmt.

b) Die Rechtsprechung hat bei der rechtlichen Qualifizierung des Wettbewerbsverhaltens der öffentlichen Hand bisher nicht entscheidend darauf abgestellt, ob diese in bezug auf die angebotenen Leistungen zu ihren Mitgliedern, Benutzern oder Abnehmern in einem privatrechtlich oder öffentlichrechtlich gestalteten Leistungsverhältnis stand. Als ausschlaggebend für die Anwendung privaten Rechts und die Zulassung des Rechtswegs zu den ordentlichen Gerichten ist in der Regel angesehen worden, ob ein Verhältnis der Gleichordnung zwischen der öffentlichen Hand und privaten Mitbewerbern gegeben war. So hat das Reichsgericht in einem Falle, in dem es darum ging, daß Schallplattenhersteller unter Berufung auf § 1 UWG und andere Vorschriften des bürgerlichen Rechts von der früheren Reichs = Rundfunk GmbH beehrten, sie solle die Sendung von Schallplatten aus der Produktion der Kläger unterlassen, eine bürgerliche Rechtstreitigkeit angenommen, obwohl außer Frage stand, daß die Reichs = Rundfunk GmbH mit hoheitlichen Aufgaben auf dem Gebiet des Rundfunkwesens betraut war (RGZ 153, 1, 4 ff).

Der Bundesgerichtshof hat im Falle "AKI" (BGHZ 37, 1, 17) zum Ausdruck gebracht, der Annahme eines privatrechtlichen Wettbewerbsverhältnisses zwischen einer Rundfunkanstalt und dem Inhaber eines sogenannten Aktualitätenkinos, der Fernsehsendungen mit Hilfe eines Großprojektors direkt auf die Kinoleinwand übertrug, stehe nicht entgegen, daß die Rundfunkanstalt ihr Sendegut nicht auf privatrechtlicher Ebene, sondern kraft hoheitsrechtlichen Sendemonopols an die Allgemeinheit heranzuföhre; die Rund-

funkanstalt erwerbe das Sendegut auf privatrechtlichem Wege; sie trete in diesem Bereich Mitbewerbern um die Nachfrage des Publikums auf dem Boden der Gleichordnung gegenüber; deshalb sei es ihr nicht verwehrt, sich zur Abwehr von Wettbewerbshandlungen privater Gewerbetreibender auf die Vorschriften des Wettbewerbsgesetzes zu berufen. Aus den gleichen Erwägungen ist in der Entscheidung "Vortragsabend" (BGHZ 39, 352, 355 ff) ausgesprochen worden, eine Rundfunkanstalt verstoße gegen § 1 UWG, wenn sie eine Unterhaltungssendung ohne Wissen des Veranstalters auf Tonband aufnehme, um sie später für Sendezwecke zu verwenden. Dabei ist erneut darauf hingewiesen worden, daß es insoweit nicht auf das hoheitsrechtliche Sendemonopol der Rundfunkanstalt, sondern darauf ankomme, daß sich die Rundfunkanstalt und der Veranstalter des Vortragsabends um die Nachfrage des Publikums nach Unterhaltung auf dem Boden der Gleichordnung gegenüberstünden und das Publikum zwischen unterhaltenden Rundfunksendungen und Unterhaltungsdarbietungen anderer Art frei wählen könne. Schließlich hat der Bundesgerichtshof in der Entscheidung "fix und clever" (GRUR 1968, 314, 316), die den Schadensersatzanspruch einer Filmverleihfirma gegen eine Rundfunkanstalt wegen einer als herabsetzend und geschäftsschädigend empfundenen Filmbesprechung zum Gegenstand hatte, zum Ausdruck gebracht, der Annahme eines privatrechtlichen Wettbewerbsverhältnisses stehe nicht entgegen, daß die Rundfunkanstalt eine ihr kraft Gesetzes zugewiesene öffentlichrechtliche Tätigkeit ausübe; vielmehr sei ein - privatrechtliches - Wettbewerbsverhältnis zwischen der Rundfunkanstalt und dem Filmverleihunternehmen denkbar, soweit sich beide beim Wettbewerb um die Nachfrage des Publikums nach Unterhaltung auf dem Boden der Gleichordnung gegenüberstünden.

Damit ist zugleich vermieden worden, die Rechtswegfrage je nach der prozessualen Stellung der öffentlichen Hand als Kläger oder Beklagter unterschiedlich zu beurteilen. Es wäre das auch wenig einleuchtend, weil Grundlage des Klagebegehrens in solchen Fällen stets das zwischen der öffentlichen Hand und privaten Unternehmen bestehende Wettbewerbsverhältnis ist und es auch nicht im Sinne einer einheitlichen Rechtsentwicklung läge, wenn zwar die öffentliche Hand stets die Möglichkeit hätte, gegen private Mitbewerber nach den Vorschriften des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb und anderen Vorschriften des Wettbewerbsrechts vor den ordentlichen Gerichten vorzugehen, dem privaten Mitbewerber dieser Weg aber - wegen des vermeintlich unzulässigen Eingriffs der ordentlichen Gerichte in die Tätigkeit der öffentlichen Verwaltung - verschlossen sein sollte, wenn die öffentliche Hand die Leistungsbeziehungen öffentlich-rechtlich gestaltet und der Wettbewerbsverstoß auch diese Seite ihrer Betätigung berührt.

c) Diese Beurteilung des Wettbewerbsverhältnisses zwischen Trägern hoheitlicher Gewalt und mit ihnen konkurrierenden privaten Unternehmen hat weitgehend Zustimmung gefunden. Danach unterliegt die öffentliche Hand im Falle einer wirtschaftlichen Betätigung den Schranken des allgemeinen Wettbewerbsrechts unabhängig davon, ob die Leistungsbeziehungen zu ihren Abnehmern, Mitgliedern oder Benutzern privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich gestaltet sind. Ein und dieselbe Handlung kann je nach der Beziehung, in der sie Wirkungen äußert, einmal als hoheitlich, zum anderen als privatrechtlich zu qualifizieren sein. Eine privatrechtliche Qualifizierung ist geboten, wenn die öffentliche Hand, wie hier, zu privaten Mitbewerbern in einem echten Wettbewerbsverhältnis steht, beide sich also als Anbieter auf

dem Boden der Gleichordnung gegenüberstehen und besondere öffentlichrechtliche Beziehungen zwischen ihnen nicht gegeben sind (vgl. Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 11. Aufl., Allg 155 ff; Mestmäcker NJW 1969, 1 ff; Emmerich, Der unlautere Wettbewerb der öffentlichen Hand, 1969, S. 12 ff; ders. JuS 1974, 528 f; Pinger GRUR 1973, 456 ff; Scholz NJW 1974, 781 ff; BayObLG DÖV 1975, 394 ff mit zust. Anm. Püttner; Krauskopf SGB 1975, 130 ff; a.M. Schricker, Wirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand und unlauterer Wettbewerb, 1964, S. 65 ff, 125 ff).

4. Für eine privatrechtliche Beurteilung des Wettbewerbsverhaltens der Beklagten gegenüber privaten Mitbewerbern und die daraus herzuleitende Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte sprechen auch Gesichtspunkte der prozessualen Zweckmäßigkeit, die bei der Entscheidung der Frage, ob die Zivilgerichte oder die Verwaltungsgerichte zuständig sind, in Grenzfällen herangezogen werden können (Stein-Jonas aaO. vor § 1 II A 1; Rimmelspacher, Festschrift für Friedrich Weber, 1975, S. 357, 369 ff). Da die angegriffene Tarifgestaltung der Beklagten in erster Linie darauf gerichtet ist, Wettbewerbsvorteile gegenüber privaten Unternehmen zu erzielen, liegt hierauf der Schwerpunkt der rechtlichen Beurteilung. Dabei müssen - im Verhältnis zu privaten Wettbewerbern - die wettbewerbsrechtlichen Grundsätze des Privatrechts Anwendung finden, die auch sonst für eine Teilnahme der öffentlichen Hand am wirtschaftlichen Wettbewerb maßgebend sind. Fragen des Sozialversicherungsrechts spielen bei dem hier auf § 1 UWG gestützten Klagebegehren nur eine untergeordnete Rolle. Sie haben nur die Bedeutung von öffentlichrechtlichen Vorfragen, über die die ordentlichen Gerichte,

ohne daß die Entscheidung hierüber in Rechtskraft erwächst, auch sonst mit zu befinden haben. Zudem setzt § 1 UWG, auf den es im Streitfall hinsichtlich der Klageanträge zu 3 und 4 ankommt, Sittenwidrigkeit voraus. Dies bedeutet, daß in diesem Rechtstreit, anders als etwa in einer gerichtlichen Auseinandersetzung zwischen einer Ersatzkasse und ihren Mitgliedern über Beitragserhöhungen (vgl. BSG SGB 1971, 432, 433 m. Anm. Breuer), nicht darüber zu entscheiden ist, ob die Tarifgestaltung im einzelnen den Grundsätzen des Sozialversicherungsrechts entspricht, sondern es sich hier nur darum handeln kann, groben Auswüchsen und Mißbräuchen entgegenzutreten. Wird aber das Verwaltungs-handeln der Beklagten in dieser Weise zivilrechtlich überlagert, dann ist es auch zweckmäßig und von der Sache her naheliegend, hierüber die auf Wettbewerbssachen spezialisierten Kammern und Senate der Zivilgerichtsbarkeit entscheiden zu lassen und diese auch für befugt zu halten, Entscheidungen zu treffen, die der Sache nach nicht nur auf das Verbot von Wettbewerbsmaßnahmen hinauslaufen, sondern, wegen der Doppelbedeutung der angegriffenen Maßnahmen, auch den öffentlichrechtlichen Tätigkeitsbereich berühren.

V. Für eine Anrufung des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes nach § 2 RsprEinhG besteht keine Veranlassung.

Die erwähnte Entscheidung BSG 36, 238 betrifft einen anderen Fall. Das Bundessozialgericht hatte darüber zu befinden, ob die Sozialgerichte zuständig sind für eine Wettbewerbsstreitigkeit zwischen einer Ersatzkasse und einer Allgemeinen Ortskrankenkasse, also zwei Trägern

der gesetzlichen Krankenversicherung. Es hat die von ihm angenommene Zuständigkeit der Sozialgerichte insbesondere mit den zwischen zwei Trägern der gesetzlichen Krankenversicherung bestehenden besonderen öffentlichrechtlichen Beziehungen begründet. Wenn es außerdem ausgesprochen hat, die Werbung der Ersatzkasse sei Teil ihrer öffentlichrechtlichen Tätigkeit, so ist damit nicht verneint worden, daß Werbemaßnahmen der Ersatzkassen im Verhältnis zu privaten Mitbewerbern privatrechtlichen Charakter haben und nach allgemeinem Wettbewerbsrecht - unter Beachtung der vom früheren Reichsarbeitsminister erlassenen Richtlinien - zu beurteilen sind.

In dem vom Bundesverwaltungsgericht entschiedenen Fall (BVerwGE 39, 329 = MDR 1972, 804) ging es um die Frage, ob in der Verquickung einer amtlichen mit einer erwerbswirtschaftlichen Tätigkeit einer Gemeinde auf dem Gebiet des Bestattungswesens ein Wettbewerbsverstoß lag. Das Bundesverwaltungsgericht hat nur darüber entschieden, ob es öffentlichrechtlich zulässig war, daß sich die Gemeinde in dieser Weise wirtschaftlich betätigte. Hin-

sichtlich der Frage, ob die Art und Weise, in der die Gemeinde private Geschäfte abschloß, zu einem unlauteren Wettbewerb führe, hat es die Parteien an die Zivilgerichte verwiesen.

Dr. Fischer

Dr. Hauß

Dr. Krüger-Nieland

Stimpel

Vogt

Hill

Kreft

Nußgens

Dr. Hiddemann

Schönberg