

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja

GVG § 13

Für die Klage eines privaten Unternehmens gegen eine Körperschaft des öffentlichen Rechts (Vereinigung von Wettbewerbern des Unternehmens)

- a) auf Unterlassung eines Verwaltungshandelns gegenüber den ihrer öffentlichen Gewalt Unterworfenen,
- b) auf Erteilung der Auskunft zur Vorbereitung eines auf das Verwaltungshandeln gestützten Schadensersatzanspruchs

ist der Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten gegeben, wenn und soweit die Körperschaft dem Unternehmen auf dem Boden der Gleichordnung gegenübersteht und nach dem Vorbringen des Klägers das Verwaltungshandeln ihm gegenüber wettbewerbswidrig ist.

BGH, Beschl. v. 22. März 1976 - GSZ 2/75 - OLG München
LG München I

BUNDESGERICHTSHOF

GSZ 2/75

BESCHLUSS

in dem Rechtsstreit

1. der K [REDACTED] V [REDACTED] B [REDACTED], Körperschaft des öffentlichen Rechts, gesetzlich vertreten durch den Vorstand, dieser vertreten durch die Präsidenten Dr. K [REDACTED] und Prof. Dr. S [REDACTED], M [REDACTED], M [REDACTED]straße [REDACTED],
2. der B [REDACTED] L [REDACTED], Körperschaft des öffentlichen Rechts, gesetzlich vertreten durch den Vorstand Prof. Dr. Hans Joachim S [REDACTED], M [REDACTED], M [REDACTED]straße [REDACTED]

Beklagten und Revisionsklägerinnen,

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

gegen

die Firma M [REDACTED]-S [REDACTED] M [REDACTED] GmbH, gesetzlich vertreten durch die Geschäftsführer Dr. Hans B [REDACTED] und Elisabeth N [REDACTED], M [REDACTED], K [REDACTED] C [REDACTED]straße [REDACTED]

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- 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. Hauß, die Vorsitzenden Richter Dr. Krüger-Nieland, Stimpel, Dr. Vogt, Hill, Prof. Dr. Kreft und die Richter Prof. Dr. Nüßgens, Dr. Hiddemann und Dr. Kellermann

beschlossen:

Für die Klage eines privaten Unternehmens gegen eine Körperschaft des öffentlichen Rechts (Vereinigung von Wettbewerbern des Unternehmens)

- a) auf Unterlassung eines Verwaltungshandelns gegenüber den ihrer öffentlichen Gewalt Unterworfenen,
- b) auf Erteilung der Auskunft zur Vorbereitung eines auf das Verwaltungshandeln gestützten Schadensersatzanspruchs

ist der Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten gegeben, wenn und soweit die Körperschaft dem Unternehmen auf dem Boden der Gleichordnung gegenübersteht und nach dem Vorbringen des Klägers das Verwaltungshandeln ihm gegenüber wettbewerbswidrig ist.

G r ü n d e :

I. Die Klägerin betreibt seit Juni 1972 in München eine sogenannte Auto-Analyzer-Anlage, die klinisch-chemische und hämatologische Untersuchungen aus 15 ccm Blut erstellt. Die Anlage soll der Ärzteschaft Dienstleistungen im Bereich der Blutanalyse bieten.

Die Beklagten sind Körperschaften des öffentlichen Rechts, die Beklagte zu 1 eine kassenärztliche



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



Vereinigung, die Beklagte zu 2 eine Landesärztekammer.
Ab Juli 1972 verbreiteten sie ein Rundschreiben folgenden
Inhalts:

"Der Vorstand der Kassenärztlichen Vereinigung
Bayerns teilt mit:

In letzter Zeit bieten Unternehmen, welche
Autoanalyser betreiben, Kassenärzten an, für
sie die Laboruntersuchungen (z. Z. 20 - 30
Werte) gegen Pauschalentgelt durchzuführen.
Dabei wird den Kassenärzten mehr oder weniger
deutlich zu erkennen gegeben, sie könnten
einige dieser Laborleistungen wie eigene Lei-
stungen gegenüber der KV in Rechnung stellen.

Um die Kassenärzte vor Nachteilen zu bewahren,
weist der Vorstand der Kassenärztlichen Vereini-
gung Bayerns darauf hin, daß der Kassenarzt nur
eigene und solche Leistungen abrechnen darf,
die unter seiner Verantwortung und fortlaufenden
Aufsicht von fachlich weisungsgebundenem Hilfs-
personal erbracht werden. Diese Voraussetzungen
sind bei Leistungserbringung durch "Service-
Firmen" nicht erfüllt. Eine Verrechnung der-
artiger Leistungen ist deshalb ein Verstoß
gegen die kassenärztlichen Pflichten mit allen
sich daraus ergebenden Folgen. Den bayerischen
Kassenärzten wird deshalb dringend nahegelegt,
sich durch derartige Angebote nicht irreführen
zu lassen.

Die Bayerische Landesärztekammer gibt dazu
folgendes bekannt:

Der Vorstand der Bayerischen Landesärztekammer
teilt die Auffassung des Vorstandes der Kassen-
ärztlichen Vereinigung Bayerns. Er stellt dazu
fest, daß die hier wiedergegebenen Grundsätze
nach § 14 Abs. 1 der Berufsordnung generell
gelten, also auch gegenüber selbstzahlenden
Patienten.

Im übrigen betont der Vorstand der Bayerischen
Landesärztekammer, daß das Erbringen von Labor-
leistungen in der Praxis des Arztes unter Ver-
wendung wissenschaftlich anerkannter Labor-
methoden nach wie vor in vollem Umfang den
modernen Anforderungen entspricht."

Die Klägerin hat vorgetragen, das Rundschreiben stelle eine Boykottaufforderung dar; den Ärzten, die keine Blutanalyse im eigenen Laboratorium durchführten, werde nahegelegt, solche Analysen nicht durch die Klägerin, sondern durch Ärzte, d. h. letztlich durch Mitglieder der beiden Beklagten, vornehmen zu lassen, die die erforderlichen Einrichtungen besäßen. Der Inhalt des Rundschreibens werde von den öffentlichen Aufgaben, die den Beklagten obliegen, nicht gedeckt; die in dem Rundschreiben enthaltene Auslegung der Vorschriften über die Abrechnung ärztlicher Leistungen sei unrichtig. Gestützt auf § 25 Abs. 2, § 26 Abs. 1, § 38 Abs. 1 Nr. 1, 8 und 11 GWB, § 1 UWG, § 826 BGB beantragt die Klägerin,

1. beiden Beklagten zu verbieten,

- a) die Kassenärzte "zur Vermeidung von Nachteilen" darauf hinzuweisen, daß Unternehmen, welche Auto-Analyzer betreiben, den Kassenärzten mehr oder weniger deutlich zu erkennen gäben, "sie könnten einige dieser Laboratoriumsleistungen wie eigene Leistungen gegenüber der Kassenärztlichen Vereinigung in Rechnung stellen", der Kassenarzt hingegen dürfe nur eigene und solche Leistungen abrechnen, die unter seiner Verantwortung und fortlaufenden Aufsicht von fachlich weisungsgebundenem Hilfspersonal erbracht würden,
- b) zu behaupten, daß diese Voraussetzungen bei der Leistungserbringung durch Service-Firmen nicht erfüllt seien, daß eine Verrechnung derartiger Leistungen deshalb ein

Verstoß gegen die kassenärztlichen Pflichten mit allen sich daraus ergebenden Folgen sei, daß sich die bayerischen Kassenärzte deshalb durch derartige Angebote nicht irreführen lassen sollten;

2. der Beklagten zu 2 zusätzlich den Hinweis zu verbieten, daß die im ersten Teil des Rundschreibens wiedergegebenen Grundsätze nach § 14 Abs. 1 der Berufsordnung generell gelten, also auch gegenüber selbstzahlenden Patienten;
3. die Beklagten gesamtschuldnerisch zu verurteilen,
 - a) an die Klägerin 300.000 DM nebst Zinsen zu zahlen,
 - b) den darüber hinausgehenden Schaden zu ersetzen, der der Klägerin durch die Verteilung des Rundschreibens entstanden ist und noch entstehen wird;
4. die Beklagten zu verurteilen, der Klägerin darüber Auskunft zu erteilen, an welche Empfänger das Rundschreiben versandt oder sein Inhalt in sonstiger Weise verbreitet wurde.

Das Landgericht hat die Unterlassungsanträge und den Auskunftsantrag wegen Unzulässigkeit des ordentlichen Rechtswegs durch Teilurteil abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat den Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten für zulässig erachtet, den Unterlassungsanträgen stattgegeben und hinsichtlich des Auskunftsanspruchs den Rechtsstreit nach § 538 Abs. 1 Nr. 2 ZPO an das Landgericht zurückverwiesen.

Mit der Revision verfolgen die Beklagten ihren Antrag weiter, die Berufung der Klägerin zurückzuweisen. Die Klägerin beantragt die Zurückweisung der Revision, hilfsweise die Verweisung an das Sozialgericht München (hinsichtlich der Beklagten zu 1) und an das Verwaltungsgericht München (hinsichtlich der Beklagten zu 2), ganz hilfsweise Verweisung hinsichtlich der Beklagten zu 1 an das Verwaltungsgericht München und hinsichtlich der Beklagten zu 2 an das Sozialgericht München.

Durch Beschluß vom 9. Januar 1975 hat der Kartellsenat dem Großen Senat für Zivilsachen gemäß § 137 GVG folgende Rechtsfrage zur Entscheidung vorgelegt:

"Ist für die Klage eines Dritten gegen eine Körperschaft des öffentlichen Rechts (Vereinigung von Wettbewerbern des Dritten) auf Unterlassung und Auskunft wegen ihres Verwaltungshandelns gegenüber den ihrer öffentlich-rechtlichen Gewalt Unterworfenen der Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten gegeben, wenn nach dem Vortrag des Klägers das Verwaltungshandeln gegenüber dem Dritten wettbewerbswidrig ist?"

II. Die Voraussetzungen für die Vorlage an den Großen Senat für Zivilsachen sind gegeben (§ 137 GVG, § 95 Abs. 2 GWB).

III. Der Große Senat bejaht die ihm vorgelegte Frage.

1. a) In Übereinstimmung mit dem Vorlagebeschluß des Kartellsenats ist davon auszugehen, daß die Beklagten nach dem Vortrag der Klägerin das Rundschreiben in Wahrnehmung und zur Durchsetzung der wirtschaftlichen Interessen ihnen angeschlossener Ärzte verbreitet und damit zugunsten der Ärzte, die Laborleistungen erbringen, in den mit der Klägerin bestehenden

Wettbewerb mit dem Ziel eingegriffen haben, die Klägerin zu boykottieren und zu diskriminieren; viele Ärzte sind danach davon abgehalten worden, die Dienste der Klägerin in Anspruch zu nehmen.

Die Klägerin hat damit die Voraussetzungen der §§ 25, 26 GWB, § 1 UWG, § 826 BGB schlüssig dargetan. Der Umstand, daß die Beklagten selbst nicht unmittelbar Wettbewerber der Klägerin sind, steht dieser Würdigung nicht entgegen.

aa) Soweit das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in Betracht kommt, hat der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs ausgesprochen, daß nach dem Sinn und Zweck des Gesetzes, die Freiheit des Wettbewerbs sicherzustellen, "jedwede Tätigkeit im geschäftlichen Verkehr" den Unternehmensbegriff erfüllt (BGHZ 36, 91, 103; zuletzt Urt. v. 19. 9. 74 - KZR 14/73, NJW 1974, 2236). Ärzte sind danach als Unternehmen anzusehen, soweit sie Leistungen nachfragen, die die Klägerin erbringt, und soweit sie derartige Leistungen selbst erbringen (sog. Laborärzte). Hinsichtlich der Beklagten folgt daraus, daß diese Vereinigungen von Unternehmen im Sinne der hier in Betracht kommenden §§ 25, 26 GWB sind, soweit sie in der dort genannten Weise zugunsten ihrer Mitglieder den mit Dritten bestehenden Wettbewerb beeinträchtigen. Daß diese nicht wegen ihrer Rechtsform (als Körperschaften des öffentlichen Rechts) von den Vorschriften des Gesetzes freigestellt sind, zeigen die §§ 98 Abs. 1, 99 ff GWB (ständige Rechtsprechung des Kartellsenats; vgl. insbesondere BGHZ 36, 91; 64, 232, 234).

bb) Soweit § 1 UWG als Anspruchsgrundlage zu prüfen ist, greift der von der Rechtsprechung entwickelte Grundsatz ein, daß eine Handlung zu Zwecken des Wettbewerbs auch derjenige vornimmt, der selbst nicht Wettbewerber ist, sondern lediglich fremden Wettbewerb fördert (BGHZ 19, 299 für die Tätigkeit der staatlichen Kurverwaltung eines Landes).

Das Klagebegehren stellt sich somit nach der ihm gegebenen tatsächlichen Begründung, auf die es in diesem Zusammenhang allein ankommt, als Folge eines Sachverhalts dar, der nach bürgerlichem Recht zu beurteilen ist; zwischen der Klägerin und den Beklagten besteht ein Rechtsverhältnis, das vom Grundsatz der Gleichordnung geprägt ist. Insoweit würden keine Bedenken dagegen bestehen, die Voraussetzungen des § 13 GVG und damit den Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten zu bejahen.

b) Der vorliegende Fall weist jedoch die Besonderheit auf, daß das beanstandete - als wettbewerbswidrig zu unterstellende - Verhalten der Beklagten im Verhältnis zu ihren Mitgliedern hoheitlicher Art ist. Die Rechtsbeziehungen zwischen den Beklagten und den ihr angeschlossenen Ärzten, soweit sie in dem Rundschreiben angesprochen sind, werden vom Grundsatz der Unterordnung unter die öffentliche Gewalt bestimmt und sind damit öffentlich-rechtlicher Natur. Unter dieser Sicht stellen sich die beanstandeten Äußerungen als Verwaltungshandeln dar mit der Folge, daß die in der Revisionsinstanz anhängigen Unterlassungsanträge (Anträge zu 1 und 2) auf die Änderung hoheitlichen Handelns gerichtet sind. Würden Mitglieder der Beklagten sich gegen das Rundschreiben wenden, so handelte es sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit, und der Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten wäre verschlossen (§ 13 GVG, § 40 VerwGO).

2. a) In der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs ist bei der Entscheidung der Frage, ob eine öffentlich-rechtliche oder eine bürgerlich-rechtliche Streitigkeit im Sinne des § 13 GVG vorliegt, vielfach auf die Rechtsfolge abgestellt und dahin entschieden worden, der Zivilrechtsweg sei verschlossen, wenn sich der Klageantrag gegen eine hoheitliche - sei es auch nur eine schlicht verwaltende - Maßnahme der öffentlichen Hand richte (vgl. BGHZ 41, 264, 266; 37, 160, 163; 29, 187, 189; 14, 222, 226; 5, 76, 82; Urt. v. 25. 6. 64 - KZR 4/63, LM RVO § 368 Abs. 1 Nr. 1; Urt. v. 30. 11. 55 - VI ZR 100/54, NJW 1956, 711, 712). Hieraus folgt jedoch nicht, daß der Zivilrechtsweg immer dann verschlossen ist, wenn die Aufhebung eines Verwaltungsakts begehrt oder in sonstiger Weise auf das hoheitliche Handeln eines Verwaltungsträgers Einfluß genommen werden soll. Diesen Entscheidungen liegt nämlich die Erwägung zugrunde, daß schon aus der Rechtsfolge und oft gerade aus dieser der öffentliche Charakter der Streitsache zu erkennen ist. Sie können und wollen nicht den für die Auslegung der §§ 13 GVG, 40 Abs. 1 VerwGO maßgebenden Grundsatz antasten, daß es für die Rechtswegabgrenzung auf die rechtliche Natur des geltend gemachten Anspruchs ankommt.

b) In den hier interessierenden Fällen, in denen die öffentliche Hand am allgemeinen Wirtschaftsleben teilnimmt und privaten Unternehmen als Wettbewerber oder - wie hier - als Vereinigung von Wettbewerbern im Verhältnis der Gleichordnung gegenübertritt, hat die Rechtsprechung demgemäß bei der rechtlichen Qualifizierung des Wettbewerbsverhaltens nicht entscheidend darauf abgehoben, ob die öffentliche Hand hinsichtlich der angebotenen Leistungen zu ihren Mitgliedern, Benutzern oder Abnehmern in einem privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich gestalteten Leistungsverhältnis stand. Als ausschlaggebend für die

Anwendung des privaten Rechts ist vielmehr angesehen worden, ob sich die öffentliche Hand und die privaten Mitbewerber im Verhältnis der Über- und Unterordnung gegenüberstanden oder gleichgeordnet waren.

Das Reichsgericht hat beispielsweise 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 begehrt, sie solle die Sendung von Schallplatten aus der Produktion der Kläger unterlassen, eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit 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 heranzuführen; die Rundfunkanstalt 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 ausgeführt

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 öffentlich-rechtliche 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.

c) Die hier zum Ausdruck kommenden Grundsätze erweisen sich auch als sachgerecht. Sie bewirken, daß die Gerichte anzurufen sind und zu entscheiden haben, die durch besondere Sachkunde und Sachnähe dazu berufen sind; das ist ein Gesichtspunkt, dem bei der Abgrenzung der Rechtswege besondere Bedeutung zukommt (BGHZ 43, 34, 40; 34, 269, 277; 57, 130, 136; vgl. hierzu auch die Entscheidung des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe vom 4. 6. 74 - OBG 2/72, NJW 1974, 2087). Hinsichtlich des Rechtsverhältnisses zum privaten Unternehmen geht es nicht darum, ob der Träger der öffentlichen Verwaltung in rechtswidriger Weise hoheitlich tätig geworden ist - diese Frage stellt sich im vorliegenden Fall dann, wenn sich die Mitglieder der beiden Beklagten gegen deren Vorgehen wenden -,

sondern um die Entscheidung darüber, ob die öffentliche Verwaltung die vom Privatrecht gezogenen Grenzen eingehalten hat, die sie beachten muß, wenn und soweit sie am allgemeinen Rechts- und Wirtschaftsverkehr teilnimmt. Hierbei sind zwar auch Rechtssätze des öffentlichen Rechts mitheranzuziehen. Diese haben aber nur die Bedeutung von Vorfragen, über die die ordentlichen Gerichte auch sonst zu befinden haben. Die Entscheidung, ob sich die öffentliche Hand zur Rechtfertigung ihres Handelns auf die ihr obliegenden öffentlich-rechtlichen Aufgaben berufen kann und aufgrund gesetzlicher Ermächtigung gehandelt hat, die auch nicht in Rechtskraft erwächst, betrifft hier die Begründetheit der Klage; für den Rechtsweg ist sie nicht ausschlaggebend.

Schließlich wird dadurch gleichzeitig eine unerwünschte Aufspaltung der Rechtswegzuständigkeit vermieden:

Derselbe Rechtsweg (zu den Zivilgerichten) ist ohne Rücksicht darauf gegeben, ob sich die öffentliche Hand gegen Übergriffe eines privaten Konkurrenten wendet (in diesem Falle ist die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte unbestritten) oder ob das private Unternehmen gegen das Wettbewerbsverhalten der öffentlichen Hand vorgeht.

Nicht begründet ist die Befürchtung, daß nunmehr die ordentlichen Gerichte immer dann zuständig werden, wenn das von Verwaltungsmaßnahmen der öffentlichen Hand betroffene Unternehmen seinen Klageanspruch auf Vorschriften des bürgerlichen Rechts stützt. Für die Entscheidung, ob eine bürgerlich-rechtliche oder öffentlich-rechtliche Streitigkeit vorliegt, ist nach wie vor die wahre Natur des geltend gemachten Anspruchs maßgebend; es bleibt zu prüfen, durch welche Rechtssätze der Sachverhalt entscheidend geprägt wird. Diese Grundsätze machen es nicht nur unmöglich, den Zivil-

rechtsweg dadurch zu eröffnen, daß ein öffentlich-rechtliches Verhältnis äußerlich in die Form eines bürgerlich-rechtlichen Anspruchs gekleidet wird. Sie gelten auch umgekehrt und schließen aus, daß die öffentliche Hand einerseits auf dem Boden der Gleichordnung mit privaten Unternehmen in Wettbewerb tritt und andererseits sich dem damit begründeten Zivilrechtsweg entzieht, indem sie Wettbewerbshandlungen in die Form von Anweisungen an ihre Mitglieder kleidet.

d) Der eingangs erwähnte, vom Bundesgerichtshof im Anschluß an das Reichsgericht ausgesprochene Grundsatz, der Zivilrechtsweg sei verschlossen, wenn sich der Klageanspruch unmittelbar gegen eine hoheitliche - sei es auch nur eine schlicht verwaltende - Maßnahme richtet, ist durchweg auch nur damit begründet worden, die Gerichte dürften sich nicht im Widerspruch zu dem Prinzip der Gewaltentrennung in die Tätigkeit der Verwaltungsbehörden einmischen. Der Große Senat für Zivilsachen hat jedoch schon in seiner Entscheidung vom 19. Dezember 1960 (BGHZ 34, 99) ausgeführt, dieser Gesichtspunkt könne heute angesichts des Verfassungsprinzips der Rechtsstaatlichkeit und der ausgebauten Kontrolle der öffentlichen Verwaltung nicht mehr als stichhaltig anerkannt werden; dies ergebe sich auch aus Art. 19 Abs. 4 GG. Daraus folgt ebenfalls, daß aus der Rechtsfolge allein nicht auf die Art des Rechtswegs geschlossen werden kann. Es gibt auch weder eine Verfassungsbestimmung noch einen sonstigen Rechtsgrundsatz, dem zu entnehmen ist, daß die Gerichte eines bestimmten Gerichtszweigs bestimmte Rechtsfolgen nicht aussprechen dürfen. Da die verschiedenen Gerichtszweige nach dem Grundgesetz gleichwertig nebeneinanderstehen, ist entscheidend, ob aus den Normen, über die nach der Rechtswegregelung ein bestimmter Gerichtszweig zu entscheiden hat, die erstrebte Rechtsfolge hergeleitet werden kann.

3. Diese Beurteilung steht im Einklang mit der im Schrifttum herrschenden Meinung. Danach soll bei Handlungen eines Hoheitsträgers, die eine Doppelnatur in dem Sinne aufweisen, daß sie im Verhältnis zum Leistungsempfänger als öffentlich-rechtlich, im Verhältnis zum Wettbewerber dagegen als privatrechtlich aufzufassen sind, zwischen dem öffentlich-rechtlichen Innenverhältnis und dem privatrechtlichen Außenverhältnis unterschieden werden und für das privatrechtliche Wettbewerbsverhältnis zwischen der öffentlichen Hand und dem Wettbewerber der Zivilrechtsweg eröffnet sein (Pinger, GRUR 1973, 456; Scholz, NJW 1974, 781; Emmerich, Das Wirtschaftsrecht der öffentlichen Unternehmen, 1969, S. 280 ff; ders. JuS 1974, 528 f; vgl. hierzu ferner Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 11. Aufl., Allg. 155 ff; Mestmäcker, NJW 1969, 1 ff; BayObLG, DÖV 1975, 394 ff mit zust. Anm. Püttner; Krauskopf, SGB 1975, 130 ff). Die Gegenmeinung (vgl. Schricker, Wirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand und unlauterer Wettbewerb, 1964, S. 66 f, 119, 125 ff; Klein, Die Teilnahme des Staates am wirtschaftlichen Wettbewerb, 1969, S. 245) bestätigt das hier gewonnene Ergebnis in gewisser Weise, wenn sie in Fällen dieser Art einerseits Rechtsverhältnisse des öffentlichen Rechts für betroffen erachtet - und demgemäß die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte bejaht -, andererseits aber einräumt, daß die Bestimmungen des Wettbewerbsrechts - entsprechend - anzuwenden seien. Ihre Auffassung, Handlungen einer Körperschaft des öffentlichen Rechts, die sich im Verhältnis zu ihren Mitgliedern als obrigkeitliche Anordnungen darstellten, seien im Außenverhältnis als Maßnahmen schlichter Hoheitsverwaltung anzusehen, läßt die Tatsache außer Betracht, daß die hier zu entscheidende Frage nicht auftaucht, wenn nur mittelbare Auswirkungen hoheitlichen Handelns in Betracht kommen. Im vorliegenden Falle wird der ordentliche Rechtsweg nur für solche Fälle

bejaht, in denen die öffentliche Hand nach dem als richtig zu unterstellenden Vortrag des Klägers am privatrechtlich gestalteten allgemeinen Rechts- und Wirtschaftsverkehr teilnimmt und bestimmte zweckgerichtete Wettbewerbshandlungen zu beurteilen sind. Schließlich ist in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, daß es auch sonst nicht ungewöhnlich ist, ein und dasselbe Verhalten im Verhältnis zu verschiedenen Personen unterschiedlich zu beurteilen, wenn und soweit unterschiedliche Pflichtenbereiche betroffen werden.

4. a) Für die Fälle der hier in Frage stehenden Art ergibt sich daraus, daß der Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten sowohl für den Anspruch auf Unterlassung als auch für den Anspruch auf Auskunftserteilung gegeben ist.

Soweit der Unterlassungsanspruch in Betracht kommt, folgt dies aus dem unter III 1 wiedergegebenen Sachverhalt, der der Entscheidung zugrundezulegen ist. Er zeigt nicht nur, daß die beanstandeten Verwaltungsmaßnahmen Wettbewerbshandlungen in dem erörterten Sinne darstellen, sondern schließt auch die Annahme aus, die Klägerin wolle sich auf dem Umweg über eine bürgerlich-rechtliche Anspruchsgrundlage den an sich unzulässigen Zivilrechtsweg eröffnen.

Der in die Revisionsinstanz gelangte Auskunftsanspruch ist ein Hilfs- und Nebenanspruch zu dem noch vor dem Landgericht anhängigen Schadensersatzanspruch. Er folgt denselben Regeln und ist deshalb ebenfalls privatrechtlicher Art.

b) Nach alledem kann es dahingestellt bleiben, ob - soweit die Frage des Rechtswegs hinsichtlich des Gesetzes

gegen Wettbewerbsbeschränkungen zu beurteilen ist - weitere Gesichtspunkte für die Zulässigkeit des ordentlichen Rechtswegs sprechen, beispielsweise der im Gesetz zum Ausdruck gekommene Grundsatz, in den grundsätzlichen Fragen der Wirtschaftsverfassung unabhängig von der Art der Streitigkeit und dem Gewande, in dem sie erscheinen, jede unterschiedliche Beurteilung von vornherein unmöglich zu machen und außerdem die Entscheidungen darüber bei einigen wenigen, auf diesem Gebiete besonders sachkundigen Spruchkörpern der ordentlichen Gerichte zusammenzufassen. Es bedarf insbesondere keines Eingehens auf die im neueren Schrifttum im Vordringen befindliche Auffassung, daß - abgesehen von den Fällen, in denen die öffentliche Verwaltung aufgrund eines Gesetzes tätig wird - die öffentliche Hand auch dann dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen untersteht, wenn sie hoheitlich tätig wird, weil auch die hoheitlich handelnde öffentliche Verwaltung mit privaten Unternehmen in schutzwürdigen Wettbewerbsbeziehungen stehen kann und insbesondere im Bereich der Daseinsvorsorge die Möglichkeit besteht, sowohl hoheitlich als auch privatwirtschaftlich tätig zu werden, also privatrechtliche und öffentlich-rechtliche Tätigkeit zu vertauschen (vgl. vor allem Emmerich, Das Wirtschaftsrecht der öffentlichen Unternehmen aaO S. 253 ff; Scholz, Wettbewerbsrecht und öffentliche Hand, ZGH 132 [1969] S. 97 ff; Badura, Das Verwaltungsmonopol, 1963, S. 32 ff; Schricker aaO S. 96 ff; Klein aaO S. 251; Schwartz, Die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand im Kartellrecht, 1969, S. 9 ff; Mestmäcker, Die Abgrenzung von öffentlich-rechtlichem und privatrechtlichen Handeln im Wettbewerbsrecht, NJW 1969, 1 ff).

5. Entgegen der Auffassung der Revision erscheint eine Anrufung des Gemeinsamen Senates der obersten Gerichtshöfe des Bundes nach § 2 RsprEinhG nicht geboten.

Ein Fall der "Konkurrentenklage" (BVerwGE 30, 191) liegt nicht vor. Die Entscheidung BVerwGE 39, 329 spricht eher für als gegen die hier vertretene Auffassung.

Soweit der Auskunftsanspruch in Betracht kommt, hat das Bundesverwaltungsgericht zwar in seinem Urteil vom 6. Mai 1960 (BVerwGE 10, 274) bei einer Klage auf Auskunftserteilung (Nennung des Namens eines verantwortlichen Beamten) die Zulässigkeit des Verwaltungsrechtswegs bejaht. Jener Fall unterschied sich aber wesentlich von dem vorliegenden, weil dort das Rechtsverhältnis zwischen dem Kläger und der öffentlichen Hand von dem Grundsatz der Über- und Unterordnung bestimmt war.

Dr. Fischer	Dr. Hauß	Dr. Krüger-Nieland	Stimpel
Dr. Vogt	Hill	Der Vorsitzende Richter Prof. Dr. Kreft ist in den Ruhestand getreten und deshalb nicht mehr in der Lage zu unterschreiben. Dr. Fischer	Nüßgens

Richter am Bundesgerichtshof Dr. Hiddemann ist beurlaubt und deshalb nicht in der Lage zu unterschreiben.
Dr. Fischer

Dr. Kellermann