

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: nein

2427 069

GVG § 13; BGB § 823 Bf; NRW GemeindeO v. 28. Oktober 1952,
GS S. 167, § 69 Abs. 1

- a) Zur Frage der Zulässigkeit des ordentlichen Rechtsweges für eine Klage auf Unterlassung gegen eine Körperschaft des öffentlichen Rechts.
- b) § 69 Abs. 1 NRW GemeindeO ist kein Schutzgesetz im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB.

BGH, Urt.v. 26. Mai 1961 - I ZR 177/60

OLG Hamm (Westf)

LG Hagen

I ZR 177/60

Verkündet
am 26. Mai 1961
Grunau, 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 Stadtgemeinde H[REDACTED], vertreten durch den Rat der
Gemeinde, H[REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die G[REDACTED]-Brauerei, Inhaberin Frau Maria S[REDACTED],
H[REDACTED], S[REDACTED]straße [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der Erste Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 9. Mai 1961 unter Mitwirkung
der Bundesrichter Dr. Bock, Dr. Krüger-Nieland, Dr. Spreng,
Pehle und Ebel

für Recht erkannt:

auf die Revision der Beklagten wird das Urteil
des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in
Hamm (Westfalen) vom 8. Januar 1960 aufgehoben.
Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und
Entscheidung, auch über die Kosten der Revision,
an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

- 2 -

Tatbestand:

Die Klägerin befaßt sich u.a. mit der Herstellung und dem Vertrieb von Blockeis. Die beklagte Gemeinde unterhält im Rahmen des Städtischen Schlachthofbetriebes eine Eiserzeugungsanlage, in der sie ebenfalls Blockeis herstellt; sie gibt dieses Eis, soweit es nicht für Zwecke des Schlachthofs verwendet wird, gegen Zahlung einer in der Gebührenordnung des Schlachthofs festgesetzten Gebühr an die Benutzer des Schlachthofs, nämlich die im Stadtgebiet Hagen und der näheren Umgebung ansässigen Metzger, und auch an andere Interessenten ab. Seit Anfang 1958 handhabt die Beklagte die Abgabe in der Weise, daß sie jährlich eine feste Menge von 18 000 Stangen Eis zum vorgeschriebenen Gebührensatz der der Fleischerinnung angeschlossenen Verwertungsgenossenschaft des Fleischerhandwerks e.G.m.b.H. in H. überläßt und auf von dieser ausgestellte Eiskarten jeweils den einzelnen Interessenten ausliefert.

Im Jahre 1950 wandte sich die Klägerin in der Befürchtung einer unerwünschten Konkurrenz gegen die Absicht der Beklagten, im Städtischen Schlachthof einen neuen Eisgenerator zu errichten. Der Oberstadtdirektor der Beklagten erklärte darauf mit Schreiben vom 18. November 1950, die Eisgewinnung werde auch in Zukunft auf die Menge beschränkt bleiben, die zur Befriedigung des Eigenbedarfs und des Bedarfs der Metzger beim Abtransport des Fleisches aus dem Schlachthof erforderlich sei; er versprach, Vorsorge zu treffen, daß im Schlachthof erzeugtes Eis nicht in anderer Weise abgegeben werde. Im Jahre 1951 wurde die Klägerin wegen vermeintlicher Zuwiderhandlungen gegen diese Zusage vorstellig; der Regierungspräsident in A., der mit der Eingabe befaßt wurde, beschied sie am 14. Dezember 1951 dahin, es sei nichts dagegen

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



einzuwenden, daß der Schlachthof das gewonnene Eis für Zwecke verwende, die der Erhaltung und Förderung der Gesundheit durch einwandfreies Fleisch dienen, wozu auch die Versorgung der den Schlachthof benutzenden Metzger mit Eis zum Abtransport des Fleisches gehöre; dagegen würde es, so meinte er, zu weit gehen, wenn der Schlachthof Eis an private Haushalte u.ä. abgäbe. Im Jahre 1956 führte die Klägerin erneut darüber Beschwerde, daß der Schlachthof Private mit Eis versorge. Der Oberstadtdirektor erwiderte mit Schreiben vom 15. Dezember 1956, die Angelegenheit müsse auch nach seiner Meinung jetzt wieder auf eine klare Grundlage gestellt werden; er habe deshalb veranlaßt, daß die Eisabgabe wieder auf den Rahmen dessen beschränkt werde, was in seinem früheren Schreiben und im Bescheid des Regierungspräsidenten zum Ausdruck gebracht worden sei; den erhobenen Schadensersatzanspruch könne die Beklagte jedoch nicht anerkennen.

Die Klägerin hat vorgetragen, die Beklagte habe sich nicht an die wiederholten Zusicherungen gehalten, sondern in den Jahren 1955 und 1956 in großem Umfange Blockeis an Private abgegeben. Nach einer Pause im Jahr 1957, in welchem die Beklagte der Zusage vom 15. Dezember 1956 nachgekommen sei, habe sie von Anfang 1958 ab unter Einschaltung der Verwertungsgenossenschaft des Fleischerhandwerks die Abgabe an Private wieder, und zwar in verstärktem Umfange aufgenommen; seit dieser Zeit werde die Eiserzeugungsanlage des Schlachthofs zu etwa 90 % für die Versorgung von Privatkunden und Eishändlern ausgenutzt. Zu den Privatkunden, die laufend mit Blockeis versorgt würden, gehörten u.a. die Kantine der Deutschen Bundesbahn, die Eis- und Bierhandlung B., die Blumengroßhandlung S. oHG und die A.-Brauerei in H., die C.-Vertriebsgesellschaft in G., der Bierverleger N. in D. und der Gastwirt P. in H.. Alle diese Bezieher seien früher ihre, der Klägerin

Kunden gewesen, jedoch abgesprungen, weil die von der Beklagten verlangte Gebühr erheblich unter dem üblichen Preis privater Eiserzeuger liege. Das Vorgehen der Beklagten habe zu einem merklichen Rückgang ihres, der Klägerin, Umsatzes geführt. In den Jahren 1955, 1956 und 1958 sei ihr hierdurch ein Verdienstausschlag von 6.460,-- DM erwachsen.

Die Klägerin hat die Beklagte auf Ersatz dieses Schadens und zugleich auf Unterlassung der Lieferung von Eis an Private in Anspruch genommen. Zur Begründung dieser Ansprüche hat sie in erster Linie geltend gemacht, die Beklagte habe durch sachlich nicht gerechtfertigte Unterbietung der branchenüblichen Preise gegen die Regeln des lautereren Wettbewerbs und die allgemeinen sittlichen Gebote verstoßen. Ferner hat sie sich u.a. darauf berufen, daß das Vorgehen der Beklagten einen unmittelbaren rechtswidrigen Eingriff in ihren, der Klägerin, eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb darstelle (§ 823 Abs. 1 BGB); außerdem bedoute ihre Handlungsweise einen Verstoß gegen ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB, nämlich gegen die Vorschrift des § 69 Abs. 1 der Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen, die die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden an bestimmte einschränkende Voraussetzungen knüpfe und damit dem Schutz der privaten Wirtschaft gegen eine Konkurrenz durch wirtschaftliche Unternehmen der öffentlichen Hand diene. Schließlich hat sich die Klägerin auf vermeintliche vertragliche Zusagen der Beklagten und darauf gestützt, daß die beteiligten Beamten ihre Amtspflichten verletzt hätten (§ 839 BGB).

Die Beklagte hat um Abweisung der Klage gebeten. Dem erhobenen Unterlassungsanspruch hat sie entgegengehalten, daß für das erstrebte Verbot von Maßnahmen, die sie im öffentlichen Interesse für erforderlich halte, der Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten nicht gegeben sei. Im übrigen sei die Klage auch sachlich unbegründet. Sie, die Beklagte,

handle nicht zu Zwecken des Wettbewerbs; die Eiserzeugungsanlage des Städtischen Schlachthofs diene vielmehr ausschließlich dem Interesse der Allgemeinheit an der Versorgung mit gesundheitlich einwandfreiem Fleisch; hierzu sei die Versorgung der Metzger mit einwandfreiem, aus keimfreiem Wasser hergestelltem Eis unerlässlich, denn das Eis werde nicht nur als Kühlmittel, das mit dem Kühlgut nicht in Berührung komme verwendet, sondern auch in erheblichem Umfange, insbesondere bei der Herstellung von Brühwurst, in Form von Eisschnee dem Kühlgut selbst zugesetzt und alsdann mitverzehrt. Es gehöre zu den Aufgaben der Gesundheitspflege, die Metzger zu erschwinglichen Preisen mit Eis zu beliefern, um ihnen so einen Anreiz zu geben, im Interesse der Verbraucherschaft von diesem Frischhaltungsmittel ausgiebig Gebrauch zu machen. Es könne daher weder von einem Verstoß gegen die Wettbewerbsregeln oder die guten Sitten noch von einem unzulässigen Eingriff in den Gewerbebetrieb der Klägerin die Rede sein. Sie, die Beklagte, verstoße auch nicht gegen § 69 Abs. 1 GewO.NRW selbst wenn die Eiserzeugungsanlage ein Wirtschaftsbetrieb im Sinne dieser Vorschrift sein und selbst wenn die Verwertungsgenossenschaft des Fleischerhandwerks das Eis nicht nur an Metzger, sondern auch an andere Personen abgeben sollte, was sie, die Beklagte, nicht völlig übersehen könne, so sei das nicht zu beanstanden, denn es sei aus technischen Gründen nicht möglich, die Eiserzeugung auf kurze Zeitabstände dem wechselnden, von den Witterungsverhältnissen abhängigen Bedarf anzupassen; es sei nicht zu vermeiden, daß die Produktion an bestimmten Tagen oder während längerer Zeiträume über den Bedarf hinausgehe; in diesen Fällen sei es zulässig und aus Gründen der Wirtschaftlichkeit geboten, die Überschüsse anderweit zu verwerten. Auch dem sonstigen Vorbringen der Klägerin ist die Beklagte entgegengetreten und hat insbesondere bestritten, daß der behauptete Umsatzrückgang der Klägerin mit dem Eisvertrieb durch den Städtischen

Schlachthof in ursächlichem Zusammenhang stehe und daß die Klägerin einen Schaden in der angegebenen Höhe erlitten habe.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Oberlandesgericht diese Entscheidung abgeändert und die Beklagte verurteilt, die Lieferung an Private zu unterlassen, sowie den Schadensersatzanspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt.

Mit der hiergegen gerichteten Revision verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Abweisung der Klage weiter. Die Klägerin bittet um Zurückweisung der Revision, hilfsweise, falls und soweit Unzulässigkeit des ordentlichen Rechtswege angenommen werden sollte, um Verweisung des Rechtsstreits an das zuständige Verwaltungsgericht.

Entscheidungsgründe:

- I. Das Berufungsgericht beschränkt sich auf eine Beurteilung des Streitstoffes unter dem rechtlichen Gesichtspunkt des § 823 Abs. 2 BGB. Das Ergebnis seiner Prüfung hinsichtlich des erhobenen Unterlassungsanspruchs faßt es einleitend dahin zusammen, daß die Beklagte aufgrund des § 69 Abs. 1 GemO.NRW vom 28. Oktober 1952 in Verbindung mit § 823 Abs. 2 BGB und den Grundsätzen der Rechtsprechung über die vorbeugende Unterlassungsklage verpflichtet sei, die Lieferung des in ihrem Schlachthof erzeugten Eises an Private zu unterlassen. Für die Durchsetzung einer solchen Verpflichtung seien, so meint es, die ordentlichen Gerichte zuständig.

Anschließend führt das Berufungsgericht aus, § 69 Abs. 1 aaO sei als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB anzusehen. Die Vorschrift, nach der die Gemeinden wirtschaftliche Unternehmen nur unter bestimmten einschränkenden Voraussetzungen

errichten, übernehmen oder wesentlich erweitern dürfen,
nämlich nur wenn

- "1. ein dringender öffentlicher Zweck das Unternehmen erfordert und dieser Zweck durch andere Unternehmen nicht besser oder wirtschaftlicher erfüllt werden kann und
2. das Unternehmen nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zu der Leistungsfähigkeit der Gemeinde und zur voraussichtlichen Belastung steht",

diene nicht nur dem Schutz der Gemeinden vor dem mit einer wirtschaftlichen Betätigung verbundenen Risiko, sondern auch den Interessen der privaten Wirtschaft, die vor einer nicht durch dringende öffentliche Zwecke gebotenen Konkurrenz von Gemeindebetrieben bewahrt werden solle.

Das Berufungsgericht vertritt die Auffassung, die Beklagte habe gegen diese Schutzvorschrift verstoßen. Sie habe von 1955 ab mit einer Unterbrechung im Jahr 1957 die Herstellung und den Vertrieb von Blockeis wesentlich erweitert und auch private Kunden beliefert. Diese Erweiterung sei nicht durch einen dringenden öffentlichen Zweck geboten gewesen. Der Hinweis der Beklagten auf die Notwendigkeit der Eiserzeugungsanlage im Interesse der öffentlichen Gesundheitspflege könne nicht überzeugen. Die Beklagte sei daher zur Unterlassung der Belieferung von Privaten und außerdem zum Schadensersatz verpflichtet. Daß sie schuldhaft gehandelt habe, ergebe sich daraus, daß sie die vom Gesetz gezogenen Grenzen überschritten habe, obwohl ihr diese Grenzen aus dem mit der Klägerin geführten Schriftwechsel und aus der Stellungnahme des Regierungspräsidenten geläufig gewesen seien. Es bestehe auch eine für den Erlaß eines Grundurteils hinreichende Wahrscheinlichkeit dafür, daß der Klägerin durch das Vorgehen der Beklagten ein Schaden entstanden sei.

I. 1. Die Revision wendet sich zunächst gegen die Annahme des Berufungsgerichts, daß für den erhobenen Unterlassungsanspruch der Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten zulässig sei. Sie macht geltend, das Berufungsgericht habe den Vortrag der Beklagten über den öffentlich-rechtlichen Charakter des Schlachthofbetriebes, der eine im Dienste der Volksgesundheit stehende Anstalt des öffentlichen Rechts sei, und der ebenfalls im Interesse der öffentlichen Gesundheitspflege errichteten und betriebenen Eiserzeugungsanlage nicht ausreichend gewürdigt und damit gegen die §§ 286. und 551 Ziff. 7 ZPO verstoßen. Es habe außer acht gelassen, daß die Beklagte die Benutzung der Eiserzeugungsanlage ebenso wie die des Schlachthofs selbst, für den nach Maßgabe des Preussischen Schlachthausgesetzes vom 18. März 1868 Benutzungszwang bestehe, nicht privatrechtlich, sondern hoheitlich geregelt habe. Dies gehe u.a. daraus hervor, daß sie das Eis nicht gegen einen nach kaufmännischen Grundsätzen errechneten Preis, sondern gegen eine in der Gebührenordnung für den Städtischen Schlachthof festgesetzte öffentlich-rechtliche Benutzungsgebühr abgabe. Das vom Berufungsgericht ausgesprochene Verbot der Lieferung von Eis an Private bedeute daher einen Eingriff in die hoheitliche Betätigung der beklagten Stadtgemeinde, zu dem nicht die ordentlichen, sondern nur die Verwaltungsgerichte befugt seien.

Dieser Einwand der Revision kann nicht zum Erfolg führen.

2. Die Erwägung, aus der das Berufungsgericht die Zulässigkeit des Rechtsweges bejaht hat, nämlich daß es sich um einen Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit den Grundsätzen über die vorbeugende Unterlassungsklage handle, für dessen Durchsetzung die ordentlichen Gerichte zuständig seien, ist allerdings rechtlich nicht haltbar. Nach feststehender Rechtsprechung kommt es nicht darauf

an, ob der erhobene Anspruch auf bürgerlich-rechtliche Vorschriften oder Grundsätze gestützt wird, sondern darauf, ob das Rechtsverhältnis, aus dem er hergeleitet wird, bei Zugrundelegung des Sachvortrages - nicht der Rechtsmeinung des Klägers privatrechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Natur ist (vgl. u.a. RGZ 162, 181, 191; BGHZ 14, 222, 225, 29, 187, 189 mit weiteren Nachweisungen; BGH IM Nr. 66 zu § 13 GVG).

Richtet sich die Klage gegen eine öffentlich-rechtliche Körperschaft, so ist - abgesehen von den Fällen, für die eine gesetzliche Sonderregelung besteht (z.B. § 839 BGB in Verbindung mit Art. 34 GG; Art. 14 Abs. 3 Satz 4 GG; Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG) - stets vorweg zu prüfen, ob der Sachverhalt, auf den sich der erhobene Anspruch nach seiner tatsächlichen Begründung stützt, dem privatrechtlichen oder dem öffentlich-rechtlichen Bereich angehört. Soweit eine solche Körperschaft im privaten Rechtsverkehr tätig wird, kommt ihr die gleiche Rechtsstellung zu wie jeder anderen Rechtsperson; insoweit ist daher der ordentliche Rechtsweg zulässig. Soll dagegen mit der Klage in eine nicht-privatrechtliche Tätigkeit der Körperschaft eingegriffen werden, so ist in der Regel nur der Verwaltungsrechtsweg gegeben, denn die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte findet da ihre Grenze, wo der Zuständigkeitsbereich der Verwaltungsgerichte beginnt (siehe u.a. BGHZ 14, 222, 225; BGH IM Nr. 29 zu § 549 ZPO; vgl. auch die Entscheidung des großen Senats für Zivilsachen vom 19. Dezember 1960, BGHZ 34, 99, 104 f und die des VI. Zivilsenats vom 20. Juni 1961, VI ZR 210/60).

Ob der den Gegenstand der Klage bildende Sachverhalt dem privatrechtlichen oder dem öffentlich-rechtlichen Bereich angehört, ist nach den Umständen des jeweiligen Einzelfalles zu beurteilen. Handelt es sich wie im Streitfalle

um ein von der öffentlich-rechtlichen Körperschaft betriebenes wirtschaftliches Unternehmen, das nach seinem Gegenstand sowohl in privatrechtlichen als auch in öffentlich-rechtlichen Formen geführt werden kann, so ist nach gesicherter Rechtsprechung nicht die Art der Errichtung und die Zielsetzung des Unternehmens entscheidend; es kommt vielmehr maßgeblich darauf an, ob die öffentlich-rechtliche Körperschaft das Unternehmen im Verhältnis zu seinen Benutzern privatrechtlich organisiert hat oder ob sie es, was grundsätzlich in ihrem freien Ermessen steht, in Ausübung der öffentlichen Gewalt hoheitlich betreibt (s.u.a. BGHZ 9, 373, 387 f; 27, 278, 283; 35, 111 betr. den Nord-Ostsee-Kanal; BGH LM Nr. 66 zu § 13 GVG; RGRK BGB § 839 Anm. 23; vgl. auch Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. Aufl. Bd. 1, S. 51 ff, 159 ff, 518 ff, besonders S. 528). Der letztere Fall wird vor allem dann gegeben sein, wenn die Beteiligten, also etwa die Benutzer einer Anstalt des öffentlichen Rechts, der Körperschaft nicht als gleichberechtigte Partner, sondern in einem Unterordnungsverhältnis gegenüber stehen. Als hoheitliche Betätigung ist nicht nur die obrigkeitliche Gewaltausübung im engeren Sinne, sondern auch die sogenannte schlichtverwaltende Tätigkeit anzusehen (BGH LM Nr. 55 zu § 13 GVG; Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, Allg. 96). Wesentliche Voraussetzung für die Annahme hoheitlichen Handelns ist, daß die öffentlich-rechtliche Körperschaft ihren Willen, das wirtschaftliche Unternehmen hoheitlich zu führen, gegenüber der Allgemeinheit ausdrücklich und deutlich kundgegeben hat (BGHZ 35, 111; s. auch BGHZ 34, 206, 210).

3. Im Streitfall sind zwar Anhaltspunkte dafür gegeben, daß die Beklagte die mit dem Schlachthof verbundene Eiserzeugungsanlage als schlichtverwaltende Tätigkeit hoheitlich

betreibt. Der Teil dieser wirtschaftlichen Betätigung, den die Klage allein zum Gegenstand hat, nämlich die Lieferung von Eis an Private, ist jedoch privatrechtlicher Natur.

Nach dem insoweit übereinstimmenden Vortrag der Parteien kann davon ausgegangen werden, daß die Beklagte den Schlachthof selbst, für den - dies ist für die Revisionsinstanz zufolge einer auf § 139 ZPO gestützten Verfahrensrüge zu unterstellen - Benutzungszwang besteht und für dessen Benutzung Gebühren nach einer amtlichen Gebührenordnung erhoben werden, in den Formen des öffentlichen Rechtes führt. Es mag auch zutreffen, daß der Eiserezeugungsbetrieb als Nebenbetrieb des Schlachthofs an der hoheitlichen Organisation des letzteren teilnimmt. Hierfür kann zwar nicht auf den Benutzungszwang hingewiesen werden, der sich naturgemäß nur auf das hauptsächliche Aufgabengebiet des Schlachthofes und nicht auf die Eiserezeugungsanlage erstreckt, wohl aber auf die von der Klägerin selbst unter dem Gesichtspunkt des wettbewerbswidrigen Verhaltens vorgetragene Tatsache, daß in der amtlichen Gebührenordnung vom 4. März 1955 außer für die eigentlichen Leistungen des Schlachthofes auch für die Lieferung von Blockeis eine Gebühr vorgesehen ist, deren Höhe nach der Behauptung der Klägerin erheblich unter den Selbstkosten liegen soll. Die Revision verkennt jedoch, daß es nicht entscheidend auf die öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Natur des Eiserezeugungsbetriebes im ganzen ankommt, sondern nur darauf, ob der Vertrieb von Eis an Private, d.h. an Haushaltungen und andere nicht zu den Benutzern des Schlachthofs selbst zählende Abnehmer wie z.B. die C [REDACTED]-Vertriebsgesellschaft, eine Eis- und Bierhandlung, eine Blumengroßhandlung, eine Brauerei usw., mit dem sich die Klage allein befaßt, in den Formen des öffentlichen Rechtes ausgeübt wird. Das

ist, wie der für die Beurteilung maßgebende Sachvortrag der Klägerin deutlich erkennen läßt, nicht der Fall.

Schon an einer Stelle der Klageschrift und vielfach in den späteren Schriftsätzen der Klägerin wird die Abgabe von Eis an Privatkunden als "Verkauf" bezeichnet. Dem Einwand der Beklagten, die Eiserzeugungsanlage sei eine im öffentlichen Interesse notwendige Einrichtung, ist die Klägerin stets mit Nachdruck entgegengetreten. Zum Nachweis des Gegenteils hat sie sich u.a. darauf berufen, daß die Beklagte vor einiger Zeit die Eiserzeugungsanlage im ganzen hatte veräußern wollen. Ferner hat sie auf die unstreitige Tatsache Bezug genommen, daß die Beklagte seit Anfang 1958 jährlich eine feste Menge von Eis an die Verwertungsgenossenschaft des Fleischerhandwerks abgibt und dieser die Verteilung überläßt, ohne selbst eine Kontrolle auszuüben, und vorgetragen, diese neue Handhabung verfolge den Zweck, nach außen zu verschleiern, daß das Eis in ganz erheblichem Umfange, nämlich in Höhe von etwa 90 % der Gesamterzeugung, an Private abgegeben werde. Besonders dieser Vortrag und die daran geknüpfte Folgerung, die Beklagte mache sich des unlauteren Wettbewerbs schuldig, läßt erkennen, daß die Klägerin den Eisvertrieb, jedenfalls soweit die Belieferung von Privatkunden in Betracht kommt, nicht nur rechtlich, sondern auch in der tatsächlichen Würdigung des gegebenen Sachverhalts als eine privat-wirtschaftliche Betätigung ansieht, denn wenn die Beklagte, wie sie einräumt, auf jede Kontrolle in der Richtung verzichtet hat, ob die Verwertungsgenossenschaft das in einer festen jährlichen Menge bezogene Eis zu Zwecken verwendet, die im Rahmen der öffentlichen Aufgaben liegen, und wenn die Lieferung an Privatkunden einen Anteil von 90 % der Gesamterzeugung erreicht, so kann ernstlich nicht davon gesprochen werden, daß die Herstellung und der Vertrieb von Blockeis über den Bedarf des Schlachthofs und der diesen benutzenden Metzger hinaus

eine hoheitliche Betätigung sei. Für die Annahme einer privatwirtschaftlichen Tätigkeit spricht insbesondere, daß zwischen der Beklagten und ihren privaten Abnehmern nicht das für eine hoheitliche Tätigkeit kennzeichnende Unterwerfungsverhältnis besteht. Dieser Annahme steht nicht entgegen, daß die Beklagte auch bei der Abgabe des Eises an die Verwertungsgenossenschaft als Entgelt den in der amtlichen Gebührenordnung vorgesehenen Betrag zugrunde legt; diese Handhabung bedeutet nur, daß die Beklagte sich, soweit die Privatverkäufe in Betracht kommen, für eine in Wirklichkeit privatrechtliche Betätigung lediglich der äußeren Formen des öffentlichen Rechts bedient.

Zu dem gleichen Ergebnis führt folgende Erwägung: Voraussetzung für die Annahme einer hoheitlichen Tätigkeit ist, wie bereits hervorgehoben, daß die öffentlich-rechtliche Körperschaft ihren Willen, ein wirtschaftliches Unternehmen in den Formen hoheitlicher Verwaltung zu führen, ausdrücklich und deutlich kundgegeben hat. Diese Voraussetzung ist im Streitfall hinsichtlich der Privatverkäufe nicht gegeben, denn sowohl der Oberstadtdirektor der Beklagten in seinen Schreiben vom 18. November 1950 und 15. Dezember 1956 als auch der Regierungspräsident von Arnsberg in seinem Bescheid vom 14. Dezember 1951 haben zum Ausdruck gebracht, daß die Eisgewinnung des Schlachthofs auf die Befriedigung des Eigenbedarfs und auf die Abgabe an Metzger für den Transport des Fleisches nach der Schlachtung beschränkt und das Eis somit nur für Zwecke verwendet werden solle, die der Erhaltung und Förderung der Gesundheit durch Sicherung einer einwandfreien Beschaffenheit des Fleisches dienten. Im gegenwärtigen Rechtsstreit hat sich die Beklagte auf das öffentliche Interesse an der Gesundheitsförderung insoweit berufen, als es sich um den Eigenbedarf des Schlachthofs und den Bedarf der Metzger für Transportzwecke und für die Herstellung von Brühwurst

handelt. Die Abgabe von Eis an Private liegt daher außerhalb der eigentlichen Aufgaben der Eiserzeugungsanlage und außerhalb der Grenzen, die sich die Beklagte selbst in wiederholten verbindlichen Erklärungen gesetzt hat; hieraus folgt zugleich, daß es an der erforderlichen Kundmachung der Absicht fehlt, den Eiserzeugungsbetrieb über seinen eigentlichen Aufgabenbereich hinaus hoheitlich zu führen.

Insgesamt ist hiernach dem Vortrag der Klägerin in Verbindung mit dem unstreitigen Sachverhalt, auf den sie sich bezogen hat, zu entnehmen, daß sie ihren Unterlassungsanspruch auf einen Tatbestand stützt, der nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts zu beurteilen ist. Der ordentliche Rechtsweg ist daher für zulässig zu erachten. Daß dies auch für den Schadensersatzanspruch gilt, bedarf keiner besonderen Erörterung, und wird auch seitens der Revision nicht in Zweifel gezogen.

- [I. 1. In sachlich-rechtlicher Hinsicht beanstandet die Revision, das Berufungsgericht habe rechtsirrig das Vorliegen eines Verstoßes gegen § 69 Abs. 1 GemO.NRW angenommen. Die Eiserzeugungsanlage der Beklagten gehöre nämlich nicht zu den in dieser Vorschrift behandelten wirtschaftlichen ~~Unternehmungen~~, sondern zu den in § 69 Abs. 2 Nr. 2 aaO erwähnten Einrichtungen der Gesundheitspflege, die den einschränkenden Bestimmungen des Abs. 1 nicht unterworfen seien. Im übrigen sei § 69 Abs. 1 aaO kein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB. Dies ergebe sich schon daraus, daß die Bundesrepublik auf dem Gebiete der Wirtschaft von ihrer Gesetzgebungsbe-
fugnis nach Art. 74 Ziff. 11 GG in umfassender Weise Gebrauch gemacht habe und deshalb für eine ergänzende Gesetzgebung der Länder kein Raum sei. Die Vorschrift diene außerdem nicht dem Rechtsschutz des einzelnen, sondern verfolge den Zweck, die innere Verfassung und Verwaltung der Gemeinden zu schützen. Dieser gesetzgeberischen Absicht würde es wider-

sprechen, wenn jeder Gewerbetreibende mit einer zivilrechtlichen Klage zur Nachprüfung stellen könnte, ob ein wirtschaftliches Unternehmen einer Gemeinde im öffentlichen Interesse erforderlich und für die Gemeinde tragbar ist; diese Prüfung liege bei den staatlichen Aufsichtsbehörden und gegebenenfalls bei den Verwaltungsgerichten. Schließlich trägt die Revision vor, das Berufungsgericht habe das Vorhandensein des Merkmals einer wesentlichen Erweiterung des Unternehmens nicht ausreichend begründet; tatsächlich sei die seit langer Zeit bestehende Eiserzeugungsanlage der Beklagten nach dem Inkrafttreten der Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen vom 28. Oktober 1952 nicht wesentlich erweitert, sondern in Wirklichkeit verkleinert worden; es sei daher, wenn überhaupt, die wesentlich mildere Fassung des entsprechenden § 67 Abs. 1 der vorher geltenden revidierten Deutschen Gemeindeordnung vom 1. April 1946 anzuwenden.

Diesem Revisionsangriff war der Erfolg nicht zu versagen, denn § 69 Abs. 1 GemO.NRW ist in der Tat nicht als ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB anzusehen.

2. Daß das Berufungsgericht seiner Entscheidung die Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen vom 28. Oktober 1952 und nicht die revidierte Deutsche Gemeindeordnung von 1946 zugrunde gelegt hat, gibt zu rechtlichen Bedenken keinen Anlaß, denn die Klägerin leitet ihre Ansprüche lediglich aus tatsächlichen Vorgängen her, die sich nach dem Inkrafttreten der landesgesetzlichen Neuregelung zugetragen haben.

Die seitens der Revision geäußerten verfassungsrechtlichen Bedenken sind gleichfalls nicht begründet. Der Ansicht, der Bundesgesetzgeber habe von seinem Gesetzgebungsrecht in so umfassender Weise Gebrauch gemacht, daß für ergänzende landesrechtliche Vorschriften zum Schutze der privaten Wirtschaft gegen eine Konkurrenz der öffentlichen Hand kein Raum mehr sei, kann nicht beigepröft werden.

Auch der Einwand, der Eiserzeugungsbetrieb der Beklagten gehöre nicht zu den in § 69 Abs. 1 GemO.NRW behandelten wirtschaftlichen Unternehmen, sondern zu den Einrichtungen der Gesundheitspflege im Sinne des § 69 Abs. 2 Nr. 2 aaO, geht fehl. Die letztere Vorschrift könnte allenfalls in Betracht kommen, soweit die Beklagte das Eis für eigene Zwecke herstellt und soweit sie es an die den Schlachthof benutzenden Metzger abgibt, aber nicht hinsichtlich des Eisvertriebs an Private, den die Klage allein zum Gegenstand hat; denn bei diesem Teil ihrer wirtschaftlichen Betätigung spielt die öffentliche Gesundheitsförderung entweder überhaupt keine oder doch eine so geringfügige Rolle, daß das Unternehmen insoweit nicht als eine Einrichtung der Gesundheitspflege angesprochen werden könnte.

3. Auch gegen die Annahme des Berufungsgerichts, der Regelung des § 69 Abs. 1 aaO liege die Absicht des Gesetzgebers zugrunde, die private Wirtschaft vor einer Konkurrenz durch die öffentliche Hand zu schützen, können begründete Einwendungen nicht erhoben werden. Die Darlegungen des Berufungsgerichts zu dieser Frage lassen einen Rechtsfehler nicht erkennen. Sie werden durch die Entstehungsgeschichte der Vorschrift bestätigt, durch die der Gesetzgeber die Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinden gegenüber der seitherigen - von den meisten Bundesländern unverändert übernommenen - Regelung deutlich verschärft hat. Er hat nämlich in die Vorschrift den von der entsprechenden früheren Vorschrift nicht betroffenen Fall der Übernahme eines bestehenden wirtschaftlichen Unternehmens durch die Gemeinde einbezogen und läßt es nicht mehr genügen, daß, wie es früher hieß, "der öffentliche Zweck das Unternehmen rechtfertigt", sondern verlangt, daß ein "dringender öffentlicher Zweck das Unternehmen erfordert". Mit dieser abweichenden Neufassung hat er, wie die Gesetzesmaterialien ergeben, den Wünschen interessier

ter Wirtschaftskreise entsprochen, die bei der parlamentarischen Behandlung des Gesetzentwurfs an ihn herangetragen worden waren (s. u.a. die Landtagsdrucksachen der 2. Wahlperiode Nr. 89, 530, 615 und 673 und die stenografischen Berichte über die Landtagsdebatten vom 22. und 23. April 1952, S. 1855 ff sowie vom 8. und 29. Juli 1952, S. 2264 und 2310 ff). Der Schutzgedanke hat ferner, wie das Berufungsgericht zutreffend hervorhebt, in einem Runderlaß des Innenministers des Landes Nordrhein-Westfalen vom 23. Juni 1953 (MinBl NRW 1953, Spalte 1047 ff) Ausdruck gefunden (s. auch Odenbreit, GemO NRW 10. Aufl. S. 361).

Die gesetzliche Regelung hat hiernach nicht nur die Wirkung, andere, nämlich die Angehörigen der privaten Wirtschaft, vor einer drohenden Beeinträchtigung ihrer Interessen zu schützen, sondern verfolgt, wie es für die Annahme eines Schutzgesetzes zu fordern ist (BGHZ 22, 293, 297), bewußt diesen Zweck; daß sie daneben andere Ziele im Auge hat - besonders das, die Gemeinden vor der Übernahme wirtschaftlicher Risiken zu bewahren, das bei der früheren Regelung der Deutschen Gemeindeordnung allein in Betracht gezogen worden war (s. die amtliche Begründung zu § 67 der Deutschen Gemeindeordnung vom 30. Januar 1935, Reichsanzeiger Nr. 25 bis 28, wiedergegeben bei Goetz, Deutsche Gemeindeordnung, 9. Aufl. S. 430 ff) -, ist für die Beurteilung nicht von Bedeutung. Die Vorschrift schützt auch nicht etwa die Gesamtheit der Staatsbürger im allgemeinen, sondern einen abgrenzbaren Personenkreis und damit zugleich jeden einzelnen, der diesem Kreise angehört (vgl. RGRK BGB § 823 Anm. 103).

4. Es fehlt aber an dem weiteren zwingenden Erfordernis für die Annahme eines Schutzgesetzes, nämlich daran, daß das Gesetz ein bestimmtes, dem Schutzzweck dienendes Ge- oder Verbot enthält (RGRK BGB § 823 Anm. 104). Schon die Stellung des

§ 69 Abs. 1 in dem der Gemeindewirtschaft gewidmeten Teil VI der Gemeindeordnung im Rahmen zahlreicher anderer das Vermögen und die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden betreffender Verwaltungsvorschriften läßt erkennen, daß der Gesetzgeber nur eine - allerdings für die Gemeinden verbindliche - Anweisung für ein bestimmtes verwaltungsmäßiges Verhalten hat geben wollen, aber nicht ein Ge- und Verbot mit der Wirkung, daß jeder Beteiligte hieraus bürgerlich-rechtliche Ansprüche auf Schadensersatz und Unterlassung sollte herleiten und damit die Gesetzmäßigkeit von Verwaltungsmaßnahmen durch Klage vor den ordentlichen Gerichten sollte zur Nachprüfung stellen können. Für die Richtigkeit dieser Auffassung spricht insbesondere, daß das Gesetz die Einhaltung der getroffenen Anordnungen weder durch Straf- noch durch Haftungsvorschriften gesichert, daß es sich vielmehr damit begnügt hat, in § 70 aaO der Gemeinde eine Verpflichtung zur vorherigen Anzeige an die Aufsichtsbehörde aufzuerlegen und sie im übrigen den für alle Zweige der Verwaltungstätigkeit geltenden Aufsichtsvorschriften zu unterstellen (§§ 106 ff aaO). Dieser Regelung liegt offensichtlich die Erwägung zugrunde, daß es bei Vorschriften der hier in Betracht kommenden Art genüge, den Gemeinden verbindliche Anweisungen zu erteilen und deren Einhaltung nötigenfalls im Aufsichtswege durchzusetzen, daß es aber nicht erforderlich sei, die Gemeinden durch ein Ge- oder Verbot im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB - neben der ohnehin nach § 839 BGB in Verbindung mit Art. 34 GG bestehenden Haftung für Amtspflichtverletzungen der Beamten - einer unmittelbaren bürgerlich-rechtlichen Schadensersatzpflicht zu unterwerfen.

Dieser Beurteilung steht nicht entgegen, daß die Rechtsprechung in manchen Fällen verwaltungsmäßige, an öffentlich-rechtliche Körperschaften gerichtete Anordnungen als Schutzgesetze behandelt hat, wie z.B. die Vorschriften des Preußischen Wege-
reinigungsgesetzes vom 1. Juli 1912 (s. BGHZ 27, 278, 283; vgl.

auch BGHZ 32, 352, 355), denn in diesen Fällen hat es sich in der Regel um schutzbedürftige Interessen eines größeren Personenkreises, z.B. um das Interesse der Benutzer öffentlicher Wege an ihrer verkehrssicheren Beschaffenheit, gehandelt. Bei der hier in Betracht kommenden Vorschrift des § 69 Abs. 1 GemO.NRW steht jedoch das eigene Interesse der Gemeinden an einer gesunden Gemeindewirtschaft im Vordergrund und stellt der Schutz des beschränkten Personenkreises der Inhaber von privaten wirtschaftlichen Unternehmen nur einen Nebenzweck von nachgeordneter Bedeutung dar. Diesem Nebenzweck wird durch staatliche Aufsicht und die Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges durchaus genügt. Für die Annahme, der Gesetzgeber habe noch eine weitergehende Sicherung durch eine Schutzvorschrift im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB im Auge gehabt, ist unter diesen Umständen kein Raum.

- IV. Da das Berufungsgericht den Sachverhalt in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht nur unter dem Gesichtspunkt des § 823 Abs. 2 BGB behandelt hat, sieht sich der erkennende Senat zu einer Beurteilung unter den weiter geltend gemachten Gesichtspunkten des § 1 UWG und der §§ 823 Abs. 1 und 826 BGB und des § 839 BGB in Verbindung mit Art. 34 GG nicht in der Lage. Insoweit bedarf es zunächst geeigneter, auf diese gesetzlichen Tatbestände und ihre Anspruchsvoraussetzungen abgestellter tatsächlicher Feststellungen. Die angefochtene Entscheidung war daher aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Bei der

Prüfung unter dem von der Klägerin im Berufungsverfahren in erster Linie geltend gemachten Gesichtspunkt des § 1 UWG werden die Grundsätze zu berücksichtigen sein, die das Reichsgericht in RGZ 138, 174 und die der erkennende Senat in BGHZ 19, 299 - Bad Ems - entwickelt hat.

Bock Krüger-Nieland Spreng Pehle Ebel