

# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

I ZR 12/71

### URTEIL

Verkündet am

24. Mai 1972

Z u g ,  
Justizobersekretär

in dem Rechtsstreit

als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

der Firma H [REDACTED]-Schutzraumtechnik GmbH & Co. KG,  
vertreten durch den Geschäftsführer Wolfgang T [REDACTED],  
H [REDACTED], R [REDACTED]straße 66,

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma A [REDACTED] GmbH, vertreten durch den Geschäftsführer  
Dr. Ing. Christian-August M [REDACTED]-W [REDACTED], H [REDACTED],  
H [REDACTED]weg 66,

Beklagte und Revisionsbeklagte,

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

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 24. Mai 1972 unter Mitwirkung der Senatspräsidentin Dr. Krüger-Nieland und der Bundesrichter Alff, Dr. Schönberg, Dr. Frhr. v. Gamm und **Schwerdtfeger**

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des Hanseatischen Oberlandesgerichts zu Hamburg, 3. Zivilsenat, vom 3. Dezember 1970 wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

#### Tatbestand

Die Parteien sind Wettbewerber in der Einrichtung von Schutzräumen, die von öffentlichen Stellen zur Herstellung ausgeschrieben und vergeben werden. Sie liefern auch die zur Einrichtung der Schutzräume erforderlichen Armaturen und Geräte. Diese stellen sie zum Teil selbst her, zum Teil beziehen sie sie von anderen Herstellern.

Die Beklagte gibt bei der Bewerbung um solche Aufträge an, sie sei bevorzugte Bewerberin im Sinne der von der Bundesregierung beschlossenen und vom Bundeswirtschaftsminister bekanntgemachten "Richtlinien für die bevorzugte

Berücksichtigung von Personen und Unternehmen aus dem Zonenrandgebiet und aus Berlin (West) bei der Vergabe öffentlicher Aufträge" vom 19. Juli 1968 (BANz 1968 Nr. 138). Aufgrund dieser Angabe hat sie bei der Einrichtung eines Schutzraumes in Weinheim an der Bergstraße und auch in anderen Fällen den Zuschlag erhalten.

Die Beklagte hat ihren Sitz in Hamburg. Hier werden die Schutzraumeinrichtungen projektiert. Ihre einzige Fertigungsstätte befindet sich in Lüneburg, das nach der Anlage zu den genannten Richtlinien zum Zonenrandgebiet gehört. Die eigenen Fertigungen der Beklagten in Lüneburg machen 20 bis 25 % des gesamten Wertes des jeweiligen Auftrages aus.

Die Klägerin hat vorgetragen, die Angabe der Beklagten, sie sei in bezug auf die Einrichtung von Schutzräumen bevorzugte Bewerberin im Sinne der genannten Richtlinien, sei unrichtig. Sie stelle die zur Einrichtung der Schutzräume erforderlichen Armaturen und Geräte nur zu einem geringen Teil in ihrer im Zonenrandgebiet gelegenen Fertigungsstätte her. Die Hauptgeräte und Einzelteile, wie insbesondere Belüftungsgeräte, Meßgeräte in schockgeprüfter Ausführung, ABC-Raumfilter, patentierte Ansaugroste, Zuluftventilleitungen des Nicodur-Programmes, Filtersand, Türen, Luken und Brauchwasseranlagen in schockgeprüfter Ausführung würden von beiden Parteien von verschiedenen Herstellern, und zwar fast ausschließlich von denselben Herstellern bezogen. Demgegenüber beschränke sich der Kreis der bevorzugten Bewerber nach § 2 Abs. 2 Satz 1 der Richtlinien auf diejenigen Unternehmer, die die gesamte zur Vergabe gelangende Leistung in ihrer Fertigungsstätte im Zonenrandgebiet oder in Berlin (West) ausführten. Die Beklagte täusche durch ihre unrichtige oder



jedenfalls unvollständige Angabe die Vergabestellen und verschaffe sich auf diese Weise einen nicht gerechtfertigten Wettbewerbsvorteil.

Die Klägerin hat beantragt,

der Beklagten unter Strafandrohung zu verbieten, gegenüber den Vergabestellen der Bundesrepublik Deutschland und der Länder der Bundesrepublik Deutschland im Zusammenhang mit Aufträgen, die die Einrichtung von Schutzräumen betreffen, zu behaupten, sie sei bevorzugter Bewerber nach den am 27. Juli 1968 im Bundesanzeiger 1968 Nr. 138 veröffentlichten Richtlinien für die bevorzugte Berücksichtigung von Personen und Unternehmen aus dem Zonenrandgebiet und aus Berlin (West) bei der Vergabe öffentlicher Aufträge (Bekanntmachung vom 19. Juli 1968).

Die Beklagte hat geltend gemacht, es sei eine öffentlichrechtliche Frage, ob sie bevorzugte Bewerberin im Sinne der genannten Richtlinien sei. Hierüber hätten die Vergabestellen in Ausübung ihrer hoheitlichen Befugnisse zu entscheiden. Deshalb sei der Rechtsweg zu den Zivilgerichten nicht gegeben. Außerdem fehle es am Rechtsschutzinteresse. Die Klägerin könne den Verwaltungsrechtsweg beschreiten, wenn sie mit der Entscheidung der Vergabestellen nicht einverstanden sei. Diese seien an eine im Zivilrechtsweg ergehende Entscheidung nicht gebunden. Zur Sache selbst hat die Beklagte ausgeführt, es entspreche dem Sinn und Zweck der Richtlinien, daß sie sich bei der Bewerbung um Aufträge zur Einrichtung von Schutzräumen als bevorzugte Bewerberin bezeichne. Die Fertigung in ihrem Lüneburger

Werk sei nicht nur nebensächlicher Art. Richtig sei, daß sie Zulieferungen von Drittunternehmern erhalte. Diese hätten aber ihre Betriebe zum weitaus überwiegenden Teil ebenfalls im Zonenrandgebiet. Insgesamt machten ihre Eigenfertigungen und die Fertigungen von Drittunternehmen aus dem Zonenrandgebiet mehr als 80 % des jeweiligen Auftragswertes aus. Die Teile, die sie von den Unterlieferanten erhalte, würden in ihrem Lüneburger Betrieb mit den Eigenfertigungen komplettiert, zusammengebaut bzw. vormontiert.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben, das Oberlandesgericht hat sie abgewiesen.

Mit der Revision verfolgt die Klägerin den Klageantrag weiter. Die Beklagte beantragt die Zurückweisung der Revision.

### Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht geht zutreffend davon aus, daß der Rechtsweg zu den Zivilgerichten gegeben ist (§ 13 GVG).

Die Parteien sind Gesellschaften des Handelsrechts, die sich im Wettbewerb um öffentliche Aufträge zur Einrichtung von Schutzräumen gegenüberstehen. Hieraus ergibt sich die privatrechtliche Natur des mit der Klage geltend gemachten wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanspruchs. Daß die Parteien auch darüber streiten, ob die Beklagte als bevorzugte Bewerberin im Sinne der auf-

grund von § 24 Abs. 3 Satz 3 der Verdingungsordnung für Leistungen Teil A (VOL/A) erlassenen "Richtlinien für die bevorzugte Berücksichtigung von Personen und Unternehmen aus dem Zonenrandgebiet und aus Berlin (West) bei der Vergabe öffentlicher Aufträge" vom 19. Juli 1968 (BAnz 1968 Nr. 138) anzusehen ist, ändert daran nichts; denn es handelt sich dabei um eine öffentlichrechtliche Vorfrage, über die die Zivilgerichte erforderlichenfalls in eigener Zuständigkeit befinden können, (BGH GRUR 1957, 131, 132 - Apothekenpflichtige Arzneimittel; BVerwGE 14, 65, 69 = NJW 1962, 1535, 1536). Ein den ordentlichen Gerichten verwehrter Eingriff in die öffentlichrechtliche Tätigkeit von Verwaltungsbehörden steht nicht in Frage, da die Ausschreibung und Vergabe von öffentlichen Beschaffungs- oder Bauaufträgen dem bürgerlichen Recht zuzuordnen sind. Der Umstand, daß die Vergabestellen um deren Tätigkeit es hier geht, bei der Auftragserteilung von Fall zu Fall auch mit darüber befinden müssen, ob die Beklagte als bevorzugte Bewerberin im Sinne der Richtlinien zuzulassen ist, rechtfertigt keine andere Beurteilung (BVerwG aaO). Es kommt hinzu, daß sich die im vorliegenden Rechtsstreit ergehende Entscheidung allenfalls mittelbar auf die fiskalische Tätigkeit der öffentlichen Vergabestellen auswirken kann.

II. Es fehlt nicht am Rechtsschutzbedürfnis für die Klage. Die Ausführungen des Berufungsgerichts lassen insoweit keinen Rechtsfehler erkennen.

III. Nach Auffassung des Berufungsgerichts verstößt die Beklagte nicht gegen § 3 UWG, wenn sie sich bei der Bewerbung um Aufträge öffentlicher Stellen über die Einrichtung von Schutzräumen als bevorzugte Bewerberin im Sinne der Richtlinien vom 19. Juli 1968 bezeichnet. Die angegriffene Werbeäußerung sei, so führt das Berufungsgericht aus, eine Angabe über geschäftliche Verhältnisse. Die Beklagte weise damit auf ihre Fertigungsstätte im Zonenrandgebiet hin, auf die es nach § 2 Abs. 2 Satz 1 der Richtlinien über die bevorzugte Berücksichtigung ankomme. Daß die Beklagte in ihrer Lüneburger Fertigungsstätte nur Arbeiten im Werte von 20 - 25 % des jeweiligen Auftrages ausführe, rechtfertige nicht die Feststellung, daß ihre Angabe irreführend sei. Es entspreche der Struktur solcher Montageunternehmen und auch der wirtschaftlichen Vernunft, daß sie die zur Einrichtung der Schutzräume erforderlichen Geräte und Einzelteile zu einem großen Teil nicht selbst herstellen könnten, sondern von anderen Herstellern beziehen müßten. Entscheidend sei, daß die Beklagte die für Unternehmen dieser Art typische Eigenfertigung, vor allem die Vormontage, im Zonenrandgebiet vornehme. Eine Irreführung sei auch deshalb nicht zu befürchten, weil die mit sachkundigen Bediensteten besetzten staatlichen Beschaffungsstellen wüßten, in welchem Umfang sich ein solches Unternehmen Rohstoffe und Erzeugnisse technischer Art von Drittunternehmen zu beschaffen pflege oder gar beschaffen müsse, um den Qualitätsanforderungen des Auftrages, der oft die Verwendung bestimmter Fabrikate vorschreibe, gerecht werden zu können.

IV. Die hiergegen gerichteten Angriffe der Revision haben keinen Erfolg.

Das Berufungsgericht geht zutreffend davon aus, daß die Angabe der Beklagten in ihren Angeboten an die öffentlichen Vergabestellen, sie sei bevorzugte Bewerberin im Sinne der genannten Richtlinien, nicht nur die Äußerung einer Rechtsansicht darstellt, sondern auch als eine - objektiv nachprüfbare - Angabe über geschäftliche Verhältnisse der Beklagten im Sinne von § 3 UWG anzusehen ist. Bei der Prüfung der Frage, wie die Vergabestellen, die Angabe der Beklagten auffassen, ist der Inhalt der Richtlinien von Bedeutung. Diese bestimmen in § 1, daß bevorzugte Bewerber Personen und Unternehmen aus dem Zonenrandgebiet und aus Berlin (West) sein sollen. Über den Nachweis der Zugehörigkeit zum bevorzugten Personenkreis heißt es in § 2, es sei nicht vom Wohnsitz bzw. Sitz, sondern von der Lage der Fertigungsstätte auszugehen (Abs. 1 Satz 1). Ohne Rücksicht auf seinen Sitz soll bei der Vergabe von Leistungen (ausgenommen Bauleistungen) bevorzugt werden, wer die zur Vergabe gelangende Leistung in seiner Fertigungsstätte ausführt, die im Zonenrandgebiet oder in Berlin (West) liegt (Abs. 2 Satz 1).

Da die Beklagte ihren Sitz in Hamburg hat, kann sie zum Kreis der bevorzugten Bewerber nur gehören, wenn sie die Voraussetzungen der zuletzt genannten Bestimmung erfüllt, also "die zur Vergabe gelangende Leistung" in ihrer Fertigungsstätte in Lüneburg ausführt, das unstreitig zum Zonenrandgebiet gehört. Die Vergabestellen können daraus aber nicht entnehmen, daß die Beklagte behaupten wolle,

sie führe die gesamte zur Vergabe gelangende Leistung in ihrer Fertigungsstätte in Lüneburg aus. Denn sie wissen selbstverständlich, daß die Montage der Einrichtungsgegenstände an Ort und Stelle, nämlich an der Baustelle des betreffenden Schutzraumes, durchgeführt werden muß. Außerdem ist ihnen aus ihrer Erfahrung bekannt, welcher Teil der Vergütung auf die Montage und den damit verbundenen Transport der einzubauenden Teile zur Baustelle ungefähr entfällt. Was die Herstellung und Lieferung der Armaturen und Geräte angeht, so versteht es sich nach den rechtsirrtumsfreien, von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts in Fachkreisen von selbst, daß die zur Einrichtung solcher Schutzräume erforderlichen Teile, wie insbesondere Belüftungsgeräte, Meßgeräte in schockgeprüfter Ausführung, Raumfilter, patentierte Ansaugroste der Firma Mannesmann, Zuluftventilleitungen des Nicodur-Programmes, Filtersand, Türen und Luken nicht von ein und demselben Unternehmen hergestellt werden können. Entspricht es nach diesen Feststellungen außerdem der Struktur der hier in Rede stehenden Montageunternehmen und der wirtschaftlichen Vernunft, daß sie die erforderlichen Geräte und Einzelteile zu einem großen Teil nicht selbst herstellen, sondern von anderen Herstellern beziehen, dann können auch die fachkundigen Vergabestellen nicht davon ausgehen, daß die Beklagte alle Armaturen und Geräte selbst herstelle. Dies gilt umsomehr, als sie, wie ebenfalls festgestellt ist, wissen, welche Fabrikate verwandt werden und das Berufungsgericht von der Revision unbeanstandet jedenfalls als möglich in Betracht zieht, daß von den Vergabestellen oft auch die Verwendung bestimmter Fabrikate vorgeschrieben wird.

Die Beklagte hat zu ihrer Verteidigung ferner behauptet, die Drittunternehmer, von denen sie Zulieferungen erhalte, hätten ihre Betriebe zum weitaus überwiegenden Teil ebenfalls im Zonenrandgebiet; insgesamt machten ihre Eigenfertigungen und die Fertigungen von Drittunternehmern aus dem Zonenrandgebiet mehr als 80 % des jeweiligen Auftragswertes aus. Die Klägerin hat diese Darstellung, soweit aus den Akten ersichtlich, nicht bestritten, sondern nur geltend gemacht, daß es hierauf aus rechtlichen Gründen nicht ankomme. Es ist aber durchaus möglich, daß die Vergabestellen diesen Umstand berücksichtigen und sich auch aus diesem Grunde sowie im Hinblick darauf, daß es der Sinn und Zweck der hier in Rede stehenden Richtlinien ist, die Wirtschaft im Zonenrandgebiet und in Berlin (West) zu fördern, für befugt halten, die Beklagte als bevorzugten Bewerber anzuerkennen. Jedenfalls kann es unter diesen Umständen nicht als rechtsfehlerhaft angesehen werden, wenn das Berufungsgericht den der Klägerin obliegenden Nachweis der Irreführung der Vergabestellen nicht als erbracht angesehen hat.

Das Berufungsgericht weist auch zu Recht darauf hin, daß die Vergabestellen aufgrund ihrer Amtspflichten zur Prüfung der Voraussetzungen verpflichtet sind, die nach dem Sinn und Zweck der Richtlinien gegeben sein müssen, damit die Beklagte bei der Vergabe von Aufträgen zur Einrichtung von Schutzräumen als bevorzugte Bewerberin berücksichtigt werden kann. Insofern besteht ein wesentlicher Unterschied zu anderen Förderungsrichtlinien, die davon ausgehen, daß der Nachweis der Zugehörigkeit zum bevorzugten Personenkreis durch die Vorlage eines allgemein verbindlichen Ausweises, wie etwa des Flüchtlings-

ausweises oder des Schwerbeschädigtenausweises, erbracht werden kann (vgl. BVerwG aaO). Die Beklagte kann sich daher auch aus diesem Grunde damit begnügen, daß sie bei der Bewerbung um öffentliche Aufträge der hier in Rede stehenden Art angibt, sie sei bevorzugte Bewerberin im Sinne der genannten Richtlinien, und abwarten, ob die fach- und branchekundigen, von Amtswegen zur Prüfung verpflichteten Vergabestellen weitere Darlegungen verlangen.

Auf die weitere von der Revision angegriffene Feststellung des Berufungsgerichts, daß die Beklagte die für ein Unternehmen dieser Art typischen eigenen Fertigungen vor allem die Vormontage, in ihrem Lüneburger Werk ausführe, kommt es aus diesen Gründen im Rahmen des § 3 UWG nicht mehr entscheidend an. Die Revision irrt im übrigen auch, wenn sie geltend macht, daß diese Feststellung im Vortrag der Parteien keine Grundlage habe. Die Klägerin selbst hat schon in der Klageschrift vorgetragen, daß die Beklagte die Armaturen in Lüneburg zusammenbaue. Außerdem hat die Beklagte im Schriftsatz vom 27. Oktober 1969 behauptet und unter Beweis gestellt, die von Unterlieferanten bezogenen Teile würden im Lüneburger Betrieb mit den Eigenfertigungen komplettiert, zusammengebaut bzw. vormontiert. Den Akten kann nicht entnommen werden, daß die Klägerin diesen Vortrag substantiiert bestritten habe.

Über die Auslegung der Richtlinien ist entgegen der Auffassung der Revision im Rahmen des § 3 UWG nicht abschließend zu entscheiden. Denn unter diese Vorschrift fallen Meinungsäußerungen nur insoweit, als sie eine objektiv nachprüfbare Aussage enthalten. Das trifft, wie ausgeführt, für die angegriffene Werbeangabe der Beklagten zwar zu. Den rechtsirrtumfreien Feststellungen des Berufungsgerichts kann aber nicht entnommen werden, daß

die Behörden dadurch irregeführt würden oder auch nur eine der Beklagten zur Last fallende Gefahr der Irreführung bestehe.

V. Ein Verstoß gegen § 1 UWG könnte unter den hier gegebenen Umständen nur darin liegen, daß die Beklagte die Vergabestellen durch die beanstandete Angabe irreführe. Dies trifft jedoch nach den Feststellungen des Berufungsgerichts, wie bereits zu § 3 UWG dargelegt wurde, nicht zu.

VI. Da das Berufungsurteil auch im übrigen keine Rechtsfehler zum Nachteil der Klägerin erkennen läßt, war die Revision mit der Kostenfolge des § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen.

Krüger-Nieland

Alff

Schönberg

v. Gamm

Schwerdtfeger