

Für das Nachschlagewerk!

Nicht für die Amtliche Sammlung!

1. Gesetz: ZPO § 549

Rechtssatz: Bei der Prüfung der Zulässigkeit des Rechtsweges für eine Klage auf Unterlassung zukünftiger Maßnahmen kann das Revisionsgericht eine nach Beendigung der Berufungsinstanz erlassene, dem irrevisiblen Landesrecht angehörende Vorschrift berücksichtigen, aus der sich ergibt, daß die Beklagte eine Körperschaft des öffentlichen Rechts ist.

2. Gesetz: GVG § 13

Rechtssatz: Schlichtverwaltende Tätigkeit einer Körperschaft des öffentlichen Rechts (hier: einer Handelskammer in der früheren Britischen Besatzungszone) durch Warnungen und ähnliche Einwirkungen auf ihre Mitglieder kann öffentlichrechtlicher Natur sein. Ist dies der Fall, so ist für eine Klage auf Unterlassung derartiger Maßnahmen jedenfalls dann nicht der Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten eröffnet, wenn der Verwaltungsweg gegeben ist.

Aktenzeichen: VI ZR 100/54

Urt. des BGH v. 30. November 1955

OLG Hamburg

V e r k ü n d e t
am 30. November 1955
Malessa, Justizsekre-
tär als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

der Handelskammer Hamburg in Hamburg 11, Börse,
vertreten durch ihren Präsidenten,

Beklagten, Berufungsbeklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof.Dr. [REDACTED] -

gegen

die H. [REDACTED] V. [REDACTED] GmbH. in H. [REDACTED],
"K. [REDACTED], B. [REDACTED],

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

hat der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 26. Oktober 1955 unter Mit-
wirkung der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Dr. Meyer,
Hanebeck, Dr. Bode und Dr. Haus

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil
des 2. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandes-
gerichts zu Hamburg, dessen Formel den Parteien
am 28. Januar 1954 zugestellt worden ist, aufgehoben.

Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil
der 3. Zivilkammer des Landgerichts in Hamburg
vom 29. Juli 1953 aufgehoben. Die Sache wird ent-
sprechend dem Hilfsantrage der Klägerin an das
Verwaltungsgericht in Hamburg verwiesen.

Die Klägerin hat die Kosten der Rechtsmittel
zu tragen.

Die Entscheidung über die sonstigen Kosten
des Rechtsstreits bleibt dem Verwaltungsgericht
in Hamburg vorbehalten.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Volksbund für F[REIHEIT] und F[REIHEIT] e.V. sandte am 4. März 1953 ein Schreiben an Inserenten der Klägerin, worin er diesen nahelegte, Inserate in solchen Zeitungen zu unterlassen, "deren politisches Bestreben mit unseren Begriffen von Demokratie und Freiheit nicht übereinstimmt und die es sich sogar zum Ziel gesetzt haben, die bei uns geschaffenen demokratischen Einrichtungen zu beseitigen und durch ein totalitäres Machtsystem zu ersetzen".

Die Beklagte wandte sich ihrerseits im Anschluß an dieses Rundschreiben mit einem Schreiben vom 25. März 1953 an eine Reihe ihrer Mitglieder (etwa 15 bis 20 Firmen), die bei der Klägerin inserierten. Dieses Schreiben hatte folgenden Wortlaut:

"Betr.: Inseratenaufgabe in kommunistischen Zeitungen.

Der Volksbund für F[REIHEIT] und F[REIHEIT] hat am 14.d.Mts. an Firmen, die in der "H[ANFANG] V[ERGLEICH]" inserieren, ein Schreiben gerichtet, in dem mit Recht darauf hingewiesen wird, daß Anzeigenaufträge an kommunistische Blätter einen finanziellen Beitrag zu den Propagandamitteln bedeuten, die von der kommunistischen Partei bewußt gegen die demokratische Ordnung eingesetzt werden. Zu diesen Firmen, die der Volksbund für F[REIHEIT] und F[REIHEIT] angeschrieben hat, gehört auch die Ihre. Wir wären Ihnen dankbar, wenn Sie, wie vom Volksbund für F[REIHEIT] und F[REIHEIT] empfohlen, Ihre Anzeigevergabe einer grundsätzlichen Revision unterziehen wollten."

Die Klägerin erblickt in diesem Schreiben der Beklagten einen unzulässigen Eingriff in den von ihr ausgeübten Gewerbebetrieb mittels rechtswidriger und bewußter Boykottaufforderung. Sie meint, daß die Beklagte auch deshalb verpflichtet sei, derartige Äußerungen, wie sie in dem angeführten Schreiben enthalten sind, zu unterlassen, weil sie, die Klägerin, selbst Mitglied der Beklagten sei. Sie hat gegen die Beklagte Klage erhoben und beantragt,

der Beklagten bei Vermeidung einer vom Gericht fest-



zusetzenden Geld- oder Haftstrafe zu verbieten, auf Dritte dahin einzuwirken, daß sie das Inserieren in der H [REDACTED] V [REDACTED] GmbH unterlassen.

Die Beklagte hat sich auf Unzulässigkeit des Rechtsweges berufen und die Auffassung vertreten, daß sie zu ihrem Vorgehen berechtigt gewesen sei.

Das Landgericht hat die Klage als unzulässig abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Berufungsgericht das Urteil des Landgerichts abgeändert und der Klage stattgegeben. Hiergegen richtet sich die Revision der Beklagten, mit der sie den Antrag auf Abweisung der Klage wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges und aus sachlichen Gründen weiter verfolgt. Die Klägerin hat um Zurückweisung der Revision gebeten und hilfsweise beantragt, die Sache an das Verwaltungsgericht in Hamburg zu verweisen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist begründet.

1. Das Berufungsgericht hat zu Unrecht den Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten für zulässig gehalten. Er wäre gemäß § 13 GVG dann gegeben, wenn es sich um eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit handeln würde, was das Berufungsgericht angenommen hat. Ihm ist zuzugeben, daß für eine Klage auf Unterlassung geschäftsschädigender Maßnahmen, wie sie hier in Frage steht, grundsätzlich die ordentlichen Gerichte zuständig sind. Es bedarf jedoch der Prüfung, wie das Berufungsgericht richtig erkannt hat, ob wegen der Rechtsstellung der Beklagten und der Art der Handlung, die die Klägerin ihr zum Vorwurf macht und deren Unterlassung sie begehrt, etwas anderes gilt.

2. In diesem Zusammenhang ist es ohne Bedeutung, ob

die Beklagte Behördencharakter hat, was das Berufungsgericht unentschieden gelassen hat; denn hierauf kommt es in der Tat nicht an. Nicht nur Behörden nehmen öffentliche Aufgaben wahr, hierzu ist vielmehr jede Körperschaft des öffentlichen Rechts in der Lage, wenn sie eine nicht in das Gebiet des bürgerlichen Rechts fallende Verwaltungstätigkeit im Rahmen der ihr übertragenen öffentlichen Aufgaben entfaltet. Die erste Frage, die sich hier stellt, geht also nicht dahin, ob die Beklagte eine Behörde ist. Wenn sie unter den weiteren Begriff "Körperschaft des öffentlichen Rechts" fällt, kann sie ihr obliegende Aufgaben auf dem Gebiet hoheitlicher Verwaltung durchgeführt haben, auch ohne Behörde zu sein.

a) Dem Berufungsgericht ist allerdings darin zu folgen, daß es zweifelhaft erscheint, ob die Beklagte zur Zeit der Versendung des Briefes vom 25. März 1953 eine Körperschaft des öffentlichen Rechts gewesen ist. Die der Beklagten durch das Hamburger Gesetz betreffend die Handelskammer und die Versammlung Eines Ehrbaren Kaufmanns vom 17. März 1919 (Amts Bl Hamburg 415, 427) verliehene Stellung war bereits durch die Einführung des Führerprinzips während der nationalsozialistischen Herrschaft, die in dem Gesetz vom 4. März 1937 (GVBl Hamburg 19) und in den Verordnungen vom 8. Juni 1938 (VOBl Hamburg 67) und 29. Juni 1939 (VOBl Hamburg 91) ihren Niederschlag fand, beeinflußt worden. Durch den Zusammenbruch und das vom Berufungsgericht erwähnte Eingreifen der Militärregierung waren die Unklarheiten hinsichtlich der rechtlichen Stellung der Beklagten nicht beseitigt sondern eher verstärkt worden. Huber (Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. Aufl Bd.2 S.756 f) vertritt die Auffassung, daß der alte Rechtszustand durch die Bildung entsprechenden Gewohnheitsrechts wiederhergestellt worden sei. Wird hiervon ausgegangen, so könnte sich allerdings noch die weitere Frage stellen, ob ein solches Gewohnheitsrecht bereits zur Zeit der Absendung des Briefes oder doch wenigstens im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht bestanden hat.

b) Es kann indes auf sich beruhen bleiben, welche rechtliche Stellung die Beklagte in den erwähnten Zeitpunkten gehabt hat. Während im allgemeinen das Revisionsgericht Fragen des sachlichen Rechtes nach dem Rechtszustand in einem in der Vergangenheit liegenden Zeitpunkt, gewöhnlich in dem der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht zu beurteilen hat, sofern nicht später erlassene Vorschriften nach ihrem zeitlichen Geltungswillen das streitige Rechtsverhältnis mit erfassen (BGHZ 9, 101), ist für die Zulässigkeit des Rechtsweges immer der Zeitpunkt der Entscheidung des Revisionsgerichts maßgebend (RG Warn 1926, 248 Nr. 167; Rosenberg, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts 6. Aufl. S. 43). Wird also durch einen Akt der Gesetzgebung zwischen Tatsachen- und Revisionsinstanz die Zulässigkeit des Rechtsweges ausgeschlossen oder auch nur ein hierfür maßgeblicher Umstand anders geregelt, so muß dies vom Revisionsgericht berücksichtigt werden. Das Reichsgericht hat allerdings verschiedentlich angenommen (RGZ 134, 17 [24]; RG JW 1927, 1257 [1258]; ähnlich auch Stein-Jonas, ZPO, 17. Aufl. § 549 III A 1 d), daß nur Reichsrecht, heute also Bundesrecht, die von der Zivilprozeßordnung begründete Zuständigkeit des Revisionsgerichts ausschließen könne. Dieser Grundsatz verlangt aber eine notwendige Klarstellung: Es mag richtig sein, daß ein Landesgesetz, das für bestimmte Rechtsverhältnisse den ordentlichen Rechtsweg ausschließt, diese Wirkung nicht für einen Rechtsstreit haben kann, der zur Zeit des Erlasses des Gesetzes bereits in die Revisionsinstanz gelangt ist. Anderes muß aber jedenfalls dann gelten, wenn ein nach der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz ergangenes Gesetz das materielle Landesrecht derart abändert, daß eine Rechtsperson des Privatrechts nunmehr öffentlichrechtliche Körperschaft wird, und wenn es sich um die Entscheidung von Rechtsfragen handelt, die nicht lediglich die Vergangenheit, sondern gerade die zukünftigen Beziehungen der Beteiligten betreffen.

Ist mithin eine auf Unterlassung künftiger Maßnahmen in Anspruch genommene Prozeßpartei nach Erlaß des Berufungsurteils Körperschaft des öffentlichen Rechts geworden, so sind die ordentlichen Gerichte für die sachliche Entscheidung über diesen Anspruch dann nicht zuständig, wenn sie der Klage nicht stattgeben könnten, ohne in den öffentlichen Tätigkeitsbereich der Körperschaft einzugreifen.

c) Der Beklagtenist vom Senat der Hansestadt Hamburg am 9. April 1954 eine neue Vorläufige Satzung (Amtl Anzeiger Hamburg 301) gegeben worden, in der die Beklagte ausdrücklich als Körperschaft des öffentlichen Rechts bezeichnet worden ist. Der Berücksichtigung der neuen Vorläufigen Satzung durch den erkennenden Senat steht nach dem Ausgeführten nicht entgegen, daß sie erst nach dem Erlaß des Berufungsurteils ergangen ist. Er ist auch nicht deshalb gehindert, seiner Entscheidung die Vorläufige Satzung zu Grunde zu legen, weil es sich um eine Vorschrift des Hamburgischen Landesrechtes handelt, auf die gemäß § 549 ZPO die Revision nicht gestützt werden könnte. Die Prüfung der Zulässigkeit des Rechtsweges hat auch im Revisionsrechtszuge von Amts wegen zu erfolgen (Stein-Jonas-Schönke ZPO 17. Aufl § 559 Arm IV 2 a und Note 17 mit Nachweisen). § 549 ZPO bezieht sich aber nach Sinn und Wortlaut nur auf solche Rügen, auf die die Revision "gestützt" wird, die also von der Revision vorgebracht werden müssen, damit sie von dem Revisionsgericht berücksichtigt werden können, sie ist dagegen unanwendbar bei von Amts wegen zu berücksichtigenden Prozeßvoraussetzungen, bei deren Prüfung das Revisionsgericht alle in Betracht kommenden Rechtsvorschriften zu beachten hat, wenn es in zulässiger Weise mit der Sache befaßt worden ist.

Zu diesem Ergebnis führt auch folgende weitere Erwägung: Fehlt eine von Amts wegen zu berücksichtigende Prozeßvoraussetzung, so ist das Gericht, bei dem der Rechtsstreit anhängig ist, auch das Revisionsgericht, zur sachlichen

Entscheidung überhaupt nicht berufen. Wäre aber dem Revisionsgericht, wenn das Berufungsgericht aufgrund der Auslegung eines nicht revisiblen Gesetzes die Zulässigkeit des Rechtsweges bejaht hätte, insoweit eine Nachprüfung des Berufungsurteils untersagt, so würde das Revisionsgericht einen Rechtsstreit selbst dann sachlich entscheiden müssen, wenn die Auslegung des nicht revisiblen Gesetzes durch das Berufungsgericht irrig und der ordentliche Rechtsweg in Wahrheit nicht gegeben wäre. Das Berufungsgericht würde also in einem solchen Falle, wenn die Nachprüfungsmöglichkeit durch das Revisionsgericht verneint würde, entgegen dem wirklichen Recht den Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten bis zum Revisionsgericht eröffnen und dieses zu einer Sachentscheidung zwingen können. Ein solches Ergebnis kann nicht hingenommen werden. Es geht nicht an, daß der Bundesgerichtshof, obwohl die ordentlichen Gerichte zur sachlichen Entscheidung des Rechtsstreites nicht berufen sind, hierzu deswegen verpflichtet sein soll, weil das Berufungsgericht zu Unrecht die Zulässigkeit des Rechtsweges angenommen hat. Der Bundesgerichtshof darf vielmehr unter keinen Umständen sachlich entscheiden, wenn der Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten nicht zulässig ist.

d) Die Vorläufige Satzung der Beklagten, in deren Vorpruch sich der Senat als ihre Oberste Aufsichtsbehörde bezeichnet, regelt freilich nur den Aufbau und insbesondere die Neuwahl der Handelskammer. Sie enthält keine Vorschriften über die gesetzlichen Grundlagen der Handelskammer und ihren Aufgabenbereich. Eine solche Regelung hat der Gesetzgeber offenbar nicht für erforderlich gehalten, er ist vielmehr in tatsächlicher Übereinstimmung mit Huber (aaO), ohne sich allerdings auf Gewohnheitsrecht zu berufen, ersichtlich von der Anwendbarkeit des Gesetzes von 1919 in allen nicht von der Vorläufigen Satzung geregelten Punkten ausgegangen.

Selbst wenn man nicht für entscheidend halten will, daß die Vorläufige Satzung die Beklagte als öffentliche

Körperschaft ansieht, so folgt doch aus einer ganzen Reihe von sonstigen Umständen, nachdem die Zweifel über die Weiter- oder Wiedergeltung des Handelskammergesetzes von 1919 ausgeräumt worden sind, die Rechtsnatur der Beklagten als einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft. Ihre Oberste Aufsichtsbehörde ist, wie bereits erwähnt, der Senat, sie untersteht also unmittelbar der Staatsaufsicht. Sie ist körperschaftlich organisiert, denn sie hat ausschließlich Mitglieder, deren Mitgliedschaft nicht auf freiwilligem Entschluß beruht, sondern gesetzlich geregelt ist. Sie hat zur Bestreitung ihrer Ausgaben neben anderen Einnahmen von ihr selbst festgesetzte Beiträge ihrer Mitglieder, die bei Nichtzahlung in derselben Weise wie staatliche Abgaben eingezogen werden, mag dies zeitweise auch nach Besatzungsrecht nicht zulässig gewesen sein. Ihr stehen also staatliche Machtmittel zur Durchsetzung ihrer Beitragsbeschlüsse zur Verfügung. Ihr Aufgabenkreis ist in § 7 des Handelskammergesetzes dahin zusammengefaßt, daß sie zur Wahrnehmung und Förderung der Interessen des Handels und der Schifffahrt Hamburgs berufen ist. Es handelt sich also um die Interessen des Landes (Stadtstaates) Hamburg, nicht um die der einzelnen am Handel und der Schifffahrt privatwirtschaftlich interessierten natürlichen und juristischen Personen, wenn auch naturgemäß die Interessen der Stadt mit denen ihrer Bürger im wesentlichen übereinstimmen werden. Demgemäß ist auch in der neuen Wahlordnung besonders betont, daß die Kammer die Wirtschaft als Ganzes vertritt. In § 8 des Handelskammergesetzes wird dem Senat aufgegeben, bei der Vorbereitung von einschlägigen Anträgen an die Bürgerschaft eine Begutachtung durch die Handelskammer zu veranlassen. Nach § 13 sind Mitglieder der Handelskammer von dieser in verschiedene amtliche Deputationen und Behörden zu entsenden. Auch für die Ernennung der Handelsrichter hat die Handelskammer das Vorschlagsrecht (§ 14). Innerhalb der Börse, die ihrer Aufsicht untersteht, übt die Handelskammer die Polizeigewalt aus, also nicht etwa nur das bürgerlich-rechtliche Hausrecht (§ 18). Auch in diesen Beziehungen ist sie also aufgabengemäß und aufgrund

besonderer gesetzlicher Bestimmungen Träger staatlicher, hoheitsrechtlicher Machtfunktionen. Es handelt sich sonach bei ihr um einen mitgliedschaftlich organisierten rechtsfähigen Verband, der staatliche Aufgaben mit hoheitlichen Mitteln unter staatlicher Aufsicht wahrnimmt (Begriffsbestimmung der Körperschaft des öffentlichen Rechts bei Forsthoff, Verwaltungsrecht, 3. Aufl I 383). Auch die weitere Voraussetzung, die Entstehung durch staatlichen Hoheitsakt, den greifbaren Verleihungsakt (Forsthoff aaO), ist gegeben. Das folgt nicht nur aus dem bereits angeführten Gesetz, sondern namentlich auch daraus, daß dieses Gesetz selbst wieder in Art 66 der Hamburgischen Verfassung vom 7. Januar 1921 verankert war.

Die vorstehenden Erwägungen führen also zu dem Ergebnis, daß die Beklagte jedenfalls seit dem Erlaß der neuen vorläufigen Satzung, die der erkennende Senat von Amts wegen zu berücksichtigen hat, wieder eine Körperschaft des öffentlichen Rechts ist. Als solche kann sie, wie ausgeführt, hoheitlich tätig werden.

Bei dieser Sachlage bedarf es keiner Stellungnahme zu der Frage, ob auch Personen des Privatrechts hoheitlich tätig werden können, wenn sie mit öffentlichen Aufgaben betraut worden sind.

3. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts, das von seinem Standpunkt aus mit Recht von der Klärung der rechtlichen Stellung der Beklagten abgesehen hat, läßt sich die Zulässigkeit des Rechtsweges vor den ordentlichen Gerichten hier nicht mit der Begründung bejahen, daß die Versendung des Schreibens vom 25. März 1953 kein "Hoheitsakt" gewesen ist. Allerdings kann eine Behörde und ebenso eine Körperschaft des öffentlichen Rechts nicht hoheitlich als Fiskus tätig werden, und aus solchem Handeln sich ergebende Prozesse sind bürgerliche Rechtsstreitigkeiten.

Die Entscheidung hängt also, wie das Berufungsgericht zutreffend erkannt hat, in der Tat davon ab, ob die Beklagte bei der Versendung des Schreibens hoheitlich tätig gewesen ist. Eine hoheitliche Betätigung braucht aber, was das Berufungsgericht offenbar übersehen hat, nicht notwendig obrigkeitlicher Art zu sein. Es gibt vielmehr auch nicht-obrigkeitliche öffentlich-rechtliche Verwaltungsakte, die nicht dem bürgerlichen Recht unterstellt sind (RGZ 158, 257 [261]). Hierzu gehören insbesondere Handlungen, die in den Bereich der sogenannten schlichtverwaltenden Tätigkeit fallen, denn auch insoweit liegt eine öffentlich-rechtliche Betätigung vor. Eine solche schlichtverwaltende Tätigkeit übt eine Körperschaft des öffentlichen Rechts, was hier von Bedeutung sein kann, namentlich dann aus, wenn sie ihren Mitgliedern Anregungen und Empfehlungen zukommen läßt (Huber, aaO I, 53). Das Berufungsgericht hat also geirrt, wenn es angenommen hat, daß ein negatives Kennzeichen, das Nichtvorliegen eines "Hoheitsaktes" im Sinne einer obrigkeitlichen Betätigung vorhanden sein müsse, um die Zulässigkeit des Rechtsweges vor den ordentlichen Gerichten zu bejahen, während es in Wahrheit auf ein positives Merkmal ankommt, nämlich darauf, daß es sich um einen bürgerlichen Rechtsstreit handelt, wobei freilich die sogenannten bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten kraft Tradition einzubeziehen sind, was indes für den hier zu entscheidenden Sachverhalt keine Rolle spielt. Zu untersuchen ist mithin allein die Frage, ob ein bürgerlicher Rechtsstreit vorliegt.

4. Die Klägerin vertritt demgegenüber allerdings die Auffassung, daß die Gerichtsbarkeit der ordentlichen Gerichte hier schon deshalb gegeben sein müsse, weil sonst ein justizloser Hoheitsakt vorliegen würde. Sie meint, es widerspreche unter allen Umständen der Vorschrift des Art 19 Abs 4 GrundG, einen Verwaltungsakt der Nachprüfung durch den Richter zu entziehen. Es kann indes dahingestellt bleiben, ob es justiz-

lose Hoheitsakte überhaupt noch gibt, was, wie die Klägerin selbst nicht verkennt, keineswegs unbestritten ist. Die nicht näher begründete Annahme der Klägerin, die Verwaltungsgerichte seien hier für die Entscheidung nicht zuständig, mit der sie unter Hinweis auf Art 19 Abs 4 GrundG die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte begründen will, ist nämlich unrichtig. Es ist nicht einzusehen, weshalb dann, wenn es sich bei dem Schreiben der Beklagten vom 25. März 1953 um einen Verwaltungsakt handelt, die Verwaltungsgerichte nicht zuständig sein sollten. Vielmehr ist der Klägerin der Rechtsweg vor den Hamburgischen Verwaltungsgerichten eröffnet, wenn ihr der ordentliche Rechtsweg deswegen verschlossen ist, weil die ordentlichen Gerichte zu dem Ergebnis gelangen, daß sie nach dem von ihr vorgetragenen Tatbestand durch die öffentliche Gewalt verletzt worden sei. Das folgt aus Art 61 der Hamburger Verfassung vom 6. Juni 1952 (vgl. hierzu die Entscheidung des erkennenden Senats BGHZ 14, 222 [230]). Hat aber die Klägerin die Möglichkeit, den geltend gemachten Anspruch vor den Verwaltungsgerichten zu verfolgen, so kann ihr die Berufung auf Art 19 Abs 4 GrundG nicht dazu verhelfen, eine sonst nicht bestehende Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte herbeizuführen.

5. Für die Frage, ob ein bürgerlicher Rechtsstreit vorliegt, ist entscheidend, welcher Art das Klagebegehren nach dem zu Grunde liegenden Sachverhalt ist. Was die Klägerin erstrebt, ist ein Eingriff des Gerichts in die zukünftige Tätigkeit einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft. Das ist dann zulässig, wenn es sich um das Verbot einer fiskalischen Tätigkeit handelt, da der Fiskus in dieser Beziehung nicht anders steht als jede andere Person. Dagegen ist es unzulässig, daß ein ordentliches Gericht in ein öffentlich-rechtliches Aufgabengebiet einer hiermit betrauten Stelle durch Verbote eingreift (vgl. das in BGHZ 14, 222

abgedruckte Urteil des erkennenden Senats und die dort erwähnten Entscheidungen des Reichsgerichts RGZ 158, 257 [261]; 162, 181 [191]). Es kommt dabei nicht darauf an, ob der Rechtsgrund, auf den das Verbot gestützt werden soll, bürgerlichrechtlicher Natur ist. Auch im Wege des Schadensersatzanspruches kann ein Begehren auf Unterlassung einer öffentlichrechtlichen Betätigung durch eine öffentliche Körperschaft nicht vor ein ordentliches Gericht gebracht werden. Mit Recht hat das Reichsgericht in RGZ 150, 140 [143] betont: "Den in § 249 BGB ausgesprochenen Grundsatz, daß Schadensersatz durch Herstellung des Zustandes zu leisten ist, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre, können die Gerichte nur soweit verwirklichen, als ihre Befugnisse überhaupt reichen." Zu billigen sind auch seine weiteren Ausführungen in derselben Entscheidung: "Die vorbeugende Unterlassungsklage beschränkt sich auf den Bereich der ordentlichen Gerichtsbarkeit und kann kein Mittel bilden, Beamte auf Unterlassung künftiger Amtshandlungen in Anspruch zu nehmen." Dabei macht es keinen Unterschied, ob sich das Verbot gegen den Staat selbst, gegen einen Beamten oder gegen eine öffentlichrechtliche Körperschaft richtet, sofern dieser die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben vom Staat übertragen worden ist, denn insoweit tritt sie an die Stelle des Staates (RGZ 71, 44 [47]), und ebenso ist es, wie bereits ausgeführt, nicht entscheidend, ob es sich um das Verbot einer obrigkeitlichen oder einer sonstigen Betätigung im Rahmen des öffentlichen Rechts handelt (Rosenberg aaO 38). Vielmehr ist allein maßgebend, daß das Gericht nicht in die (nicht fiskalische) öffentlichrechtliche Tätigkeit einer der genannten Rechtspersonen durch Verbote eingreifen darf.

6. Die Versendung des Schreibens vom 25. März 1953 durch die Beklagte fiel nicht in den Bereich ihrer fiska-

~~lischen Tätigkeit, denn die Befugnis zur Versendung von~~
~~Postsendungen ist dem Staat vorbehalten.~~

lischen Tätigkeit. Der Inhalt des Briefes mag allerdings die wirtschaftlichen Interessen der Empfänger berührt haben, aber die eigentlichen wirtschaftlichen Belange der Beklagten sind durch ihn nicht betroffen worden. Ihr selbst entstanden dadurch, daß einige ihrer Mitglieder in der Hamburger Volkszeitung inserierten, weder wirtschaftliche Vorteile noch Nachteile. Die Möglichkeit, daß die Beklagte mit der Versendung des Schreibens eigene wirtschaftliche Zwecke verfolgt hat, scheidet daher aus. Ebensowenig handelt es sich um eine obrigkeitliche Betätigung, vielmehr fällt die den Gegenstand des Rechtsstreits bildende Handlung, die in der Einwirkung auf Mitglieder durch Erteilung von Anregungen besteht, in den bereits erwähnten Bereich der schlichtverwaltenden Tätigkeit. Dies macht ein Rückblick auf die geschichtliche Entwicklung der Beklagten deutlich:

Die Hamburger Handelskammer ist unter französischer Herrschaft errichtet worden (Peters, Rechtsnatur, Organisation und Aufgaben der deutschen Industrie- und Handelskammern S 8). Nach französischem Recht hatten die Kammern "die Bestimmung, die Bedürfnisse der Fabriken, Handwerke, Künste und die Mittel zu deren Förderung zur Sprache zu bringen", wobei das Aufgabengebiet der Kammern auch im öffentlichen Interesse in mannigfacher Beziehung weiter gefaßt war (zitiert nach Peters aaO S9). Bei der Voreberei- tung des für die gesamten deutschen Kodifikationen maß- geblichen preußischen Handelskammergesetzes von 1870 nannten die Motive (zitiert nach Zorn, Bonner Festgabe für Zitelmann S 175) als Absicht des Gesetzgebers die Ver- mittlung der Beziehungen zwischen den Handelskammern und der Staatsregierung. Im Laufe der Entwicklung, insbesondere bei der stark umkämpften Novelle von 1897 zu dem vorge- nannten preußischen Gesetz von 1870 war nur umstritten, ob die Kammern Behörden oder Selbstverwaltungskörper, öffentlichrechtliche Körperschaften, seien und wieweit

die Rechte der Staatsaufsicht im einzelnen gehen sollten. Aber stets war zweifelsfrei, daß eine ermahnende, wegweisende und empfehlende Tätigkeit gegenüber ihren Mitgliedern zu den wesentlichen Aufgaben der Handelskammern gehört hat (vgl. Peters aaO S 55).

Die Beklagte handelte somit innerhalb des ihr übertragenen öffentlichen Aufgabenbereichs, wenn sie im Einklang mit den Zielen der allgemeinen staatlichen Verwaltung ihren Mitgliedern empfahl, von Anzeigen in kommunistischen Zeitungen abzusehen, zumal da sie nach ihrem eigenen unwidersprochen gebliebenen Vorbringen befürchtete, daß den in derartigen Blättern inserierenden Unternehmen der Entzug von Staatsaufträgen und damit wirtschaftliche Nachteile drohten. Ihre Anregung hatte den Zweck, wirtschaftliche Nachteile von den Empfängern der Briefe abzuwenden und damit den Interessen ihrer Mitglieder zu dienen, und war deshalb öffentlichrechtliche Tätigkeit der Beklagten, weil sie kraft der ihr übertragenen Aufgaben zur wirtschaftlichen Betreuung ihrer Mitglieder berufen war und in diesem Rahmen tätig geworden ist.

7. Für die Frage der Zulässigkeit des Rechtsweges kommt es nicht darauf an, ob die Beklagte hier eine richtige, zweckmäßige oder auch nur zulässige Ausübung ihrer öffentlichrechtlichen Aufgaben vorgenommen hat. Es ist den ordentlichen Gerichten versagt, soweit nicht auf Geldzahlung gerichtete Schadensersatzansprüche zur Erörterung stehen, eine in der Vergangenheit liegende Tätigkeit des Staates oder einer öffentlichrechtlichen Körperschaft in dieser Hinsicht nachzuprüfen. Noch weniger kommt es, wie ausgeführt, in Betracht, daß ein ordentliches Gericht einer derartigen mit öffentlichrechtlichen Aufgaben betrauten Stelle im voraus ein entsprechendes Handeln vorschreiben

oder verbieten könnte. Es liegt allein bei der öffentlich-rechtlichen Körperschaft, in welcher Weise sie ihrer Pflicht zur fachlichen Betreuung ihrer Mitglieder nachkommen zu müssen glaubt, ohne daß ordentliche Gerichte zum Eingreifen berechtigt sind (so für den damaligen Reichsinnungsverband RGZ 162, 181 [191]; ähnlich bezüglich der Landwirtschaftskammern RGZ 71, 44 [48]).

Entscheidend ist also, ob eine Handlung der zu verbietenden Art ganz allgemein gesehen in den amtlichen Tätigkeitsbereich der Beklagten fallen würde. Da das nach dem Ausführten der Fall ist, kann das ordentliche Gericht nicht nachprüfen, ob die konkrete, den Anlaß zur Klage gebende Handlung durch die Aufgabe und das Statut der Beklagten gedeckt war. Eine Entscheidung hierüber wäre nicht ohne sachliche Prüfung möglich, die den ordentlichen Gerichten nicht zusteht, wenn der Rechtsweg nicht eröffnet ist. Eine Ausnahme würde höchstens bei reinen Willkürmaßnahmen anzuerkennen sein (RGZ 162, 181 [191]), wovon im vorliegenden Fall nicht die Rede sein kann.

Demnach ist im vorliegenden Fall der ordentliche Rechtsweg für eine Unterlassungs- und Verbotsklage nicht gegeben.

8. Daran ändert auch nichts, daß die Klägerin Mitglied der Beklagten ist und ihre Ansprüche auf Vertrag oder aus der Mitgliedschaft fließende Rechte stützen zu können glaubt. Wie bereits oben ausgeführt, kommt es nicht darauf an, ob der Anspruch bürgerlichrechtlich begründet wird (Rosenberg aaO S. 39), sondern maßgebend ist allein die Natur des Klageanspruches. Zudem sind gerade die Mitgliedschaftsbeziehungen zwischen den Parteien nicht gewillkürter, bürgerlichrechtlicher, sondern durch Gesetz begründeter öffentlichrechtlicher Natur. Schließlich greift hier auch noch die Erwägung ein, daß bei einer auf die gesamten

Belange der Wirtschaft gerichteten Tätigkeit sich eine öffentlichrechtliche Körperschaft von einer ihr als zweckmäßig und erforderlich erscheinenden Maßnahme nicht schon deshalb abhalten zu lassen braucht, weil sie möglicherweise e i n z e l n e n ihrer Mitglieder zum Schaden gereichen kann (RGZ 162, 181 [190 f]). Mit Recht hat das Reichsgericht in der erwähnten Entscheidung es darauf abgestellt, ob die in Betracht kommende Maßnahme der Körperschaft zweckmäßig und erforderlich erschien, denn es ist, wie ausgeführt, nicht Aufgabe des ordentlichen Gerichts, die Zweckmäßigkeit und Notwendigkeit objektiv nachzuprüfen. Erst recht ist das Gericht nicht zur Entscheidung darüber berufen, ob spätere Maßnahmen gleicher oder ähnlicher Art zweckmäßig und erforderlich sein werden, was vor einem Verbot nachgeprüft werden müßte.

9. In der mündlichen Verhandlung vor dem erkennenden Senat hat die Klägerin den Hilfsantrag gestellt, die Sache an das Verwaltungsgericht in Hamburg zu verweisen. Da dieses Gericht nach dem Ausgeführten zuständig ist, war dem Antrag unter Aufhebung der Urteile der Vorinstanzen gemäß § 81. BVerwGG zu entsprechen. Die Kostenentscheidung ergibt sich aus §§ 91, 97, 276 Abs 3 Satz 2 ZPO. Wie in dem erwähnten Urteil des erkennenden Senats BGHZ 14, 222 [231] für einen in dieser Hinsicht gleichliegenden Fall näher dargelegt worden ist, muß die Klägerin die Kosten der Berufung und der Revision tragen.

Daran würde sich auch dadurch nichts ändern, wenn der Rechtsweg, was offen geblieben ist, erst durch den Erlaß der Vorläufigen Satzung unzulässig geworden sein sollte; denn die Klägerin hat auch noch nach diesem Zeitpunkt sich auf den Standpunkt gestellt, daß der Rechtsweg zulässig sei, und hat einen entsprechenden Hauptantrag gestellt, der unbegründet ist.

Dr. Gelhaar Dr. Meyer Hanebeck

Dr. Bode Dr. Hauß