



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I ZR 1/01

Verkündet am:
3. April 2003
Walz
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ : ja
BGHR : ja

Reinigungsarbeiten

ZPO § 308 Abs. 1

- a) Ein Gericht entscheidet unter Verstoß gegen § 308 Abs. 1 ZPO über etwas anderes, als beantragt ist, wenn es seinem Urteilsausspruch über einen Unterlassungsantrag einen anderen Klagegrund zugrunde legt als denjenigen, mit dem der Kläger seinen Antrag begründet hat.
- b) Wird mit einem Antrag die Untersagung einer bestimmten geschäftlichen Tätigkeit begehrt, stellt das Verbot eines Teils dieser geschäftlichen Tätigkeit prozessual kein Minus zu dem gestellten Unterlassungsantrag dar, wenn seine Begründung von tatsächlichen Voraussetzungen abhängt, die nicht zum Inhalt des Antrags erhoben worden sind.

BGH, Urt. v. 3. April 2003 - I ZR 1/01 - OLG Düsseldorf
LG Düsseldorf

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 3. April 2003 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Ullmann und die Richter Dr. v. Ungern-Sternberg, Prof. Starck, Dr. Büscher und Dr. Schaffert

für Recht erkannt:

Auf die Revision wird das Urteil des Kartellsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 15. November 2000 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als darin zum Nachteil der Beklagten zu 1 erkannt worden ist.

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil der 4. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Düsseldorf vom 28. April 1999 wird insgesamt zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten der Rechtsmittel zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte zu 1 wurde von der Beklagten zu 2, einem Beteiligungsunternehmen der Stadt D. , und der Beklagten zu 3, die ein bundesweit tätiges Reinigungsunternehmen ist, als Mitgesellschaftern mit gleichen Geschäftsanteilen aufgrund eines Gesellschaftsvertrages vom 14. April 1994 gegründet. Als Gegenstand ihres Unternehmens wurde in § 2 des Gesellschaftsvertrages u.a. folgendes bestimmt:

"Gegenstand des Unternehmens sind hochwertige Dienstleistungen im Bereich der Reinigung, Pflege, Sicherheit und Instandhaltung von Gebäuden, Anlagen und Verkehrsmitteln aller Art sowie sonstige Serviceleistungen im logistischen Umfeld. Das Unternehmen wird im Rahmen der Aufgaben der Stadt D. und ihrer eigenen Beteiligungsgesellschaften tätig. Darüber hinaus kann es in gleicher Art und Weise für andere Gebietskörperschaften und öffentliche Institutionen sowie deren Beteiligungsgesellschaften tätig werden, soweit die jeweilige Gebietskörperschaft oder öffentliche Institution oder eine ihrer Beteiligungsgesellschaften Gesellschafter dieses Unternehmens oder eines eigenen Beteiligungsunternehmens ist."

Seit der Gründung der Beklagten zu 1 lassen die Beklagte zu 2 und ihre Tochterunternehmen sämtliche bei ihnen anfallenden Reinigungsarbeiten ohne Ausschreibung von der Beklagten zu 1 durchführen.

Die Klägerin, ein in D. ansässiges Reinigungsunternehmen, hat die Gründung der Beklagten zu 1 als kartellrechtswidrig beanstandet. Sie ist zudem der Ansicht, die gewerbliche Betätigung der Beklagten zu 1 sei mit den Schranken, die § 107 der Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen der erwerbswirtschaftlichen Tätigkeit der Gemeinden setze, nicht vereinbar.

Die Klägerin hat vor dem Landgericht beantragt,

1. festzustellen, daß der zwischen der Beklagten zu 2 und der Beklagten zu 3 geschlossene Gesellschaftsvertrag zur Gründung der Beklagten zu 1 vom 14. April 1994 unwirksam ist;
2. festzustellen, daß die zwischen der Beklagten zu 1 und der Beklagten zu 2, der D. Verkehrsgesellschaft AG, der Stadtwerke D. AG und der Stadt D. geschlossenen Verträge über Reinigungsleistungen in Ausführung des Gesellschaftsvertrages unwirksam sind;
3. die Beklagte zu 1 zu verurteilen, es zu unterlassen, weiterhin aufgrund und im Rahmen ihres Gesellschaftsvertrages tätig zu sein.

Die Beklagten sind der Klage entgegengetreten.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen.

Gegen diese Entscheidung hat die Klägerin Berufung eingelegt, mit der sie ihr Klagebegehren teilweise weiterverfolgt hat.

Die Klägerin hat vor dem Berufungsgericht zuletzt beantragt,

das Urteil des Landgerichts Düsseldorf vom 28. April 1999 abzuändern und

1. festzustellen, daß der zwischen der Beklagten zu 2 und der Beklagten zu 3 geschlossene Gesellschaftsvertrag zur Gründung der Beklagten zu 1 vom 14. April 1994 unwirksam ist;
2. der Beklagten zu 1 zu untersagen,
im geschäftlichen Verkehr gegenüber Gebietskörperschaften und öffentlichen Institutionen oder deren Beteiligungsgesellschaften Dienstleistungen im Bereich der Reinigung, Pflege, Sicherheit und Instandhaltung von Gebäuden, Anlagen und Verkehrsmitteln aller Art sowie sonstige Serviceleistungen im logistischen Umfeld dieser Tätigkeiten anzubieten oder solche Tätigkeiten auszuführen.

Die Beklagten haben beantragt, die Berufung zurückzuweisen.

Das Berufungsgericht hat in der Sache wie folgt entschieden:

Auf die Berufung der Klägerin wird - unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels - das am 28. April 1999 verkündete Urteil der 4. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Düsseldorf teilweise abgeändert und insgesamt wie folgt neu gefaßt:

Der Beklagten zu 1 wird unter Androhung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes von bis zu 500.000 DM, ersatzweise Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, oder Ordnungshaft von bis zu sechs Monaten, im Wiederholungsfalle von bis zu zwei Jahren, untersagt, der Beklagten zu 2 und/oder ihren Tochterunternehmen, nämlich der D. Verkehrsgesellschaft AG und der Stadtwerke D. AG, Dienstleistungen im Bereich der Gebäudereinigung anzubieten und/oder einen Auftrag der genannten Unternehmen zu solchen Diensten anzunehmen oder auszuführen, sofern

1. der Nettoauftragswert des jeweiligen Auftrags 200.000 € erreicht oder übersteigt;
2. die Voraussetzungen für eine Auftragsvergabe im Verhandlungsverfahren ohne vorherige Öffentliche Vergabebekanntmachung nach § 3a Nr. 2 VOL/A (Abschn. 2), nämlich:
 - a) wenn in einem Offenen und einem Nichtoffenen Verfahren keine oder keine wirtschaftlichen Angebote abgegeben worden sind, sofern die ursprünglichen Bedingungen des Auftrags nicht grundlegend geändert werden; der Kommission der Europäischen Gemeinschaften ist auf ihren Wunsch ein Bericht vorzulegen;
 - b) wenn es sich um die Lieferung von Waren handelt, die nur zum Zwecke von Forschungen, Versuchen, Untersuchungen, Entwicklungen oder Verbesserungen hergestellt werden, wobei unter diese Bestimmung nicht eine Serienfertigung zum Nachweis der Marktfähigkeit des Produktes oder zur Deckung der Forschungs- und Entwicklungskosten fällt;
 - c) wenn der Auftrag wegen seiner technischen oder künstlerischen Besonderheiten oder aufgrund des Schutzes eines Ausschließlichkeitsrechts (z.B. Patent-, Urheberrecht) nur von einem bestimmten Unternehmen durchgeführt werden kann;
 - d) soweit dies unbedingt erforderlich ist, wenn aus zwingenden Gründen, die der Auftraggeber nicht voraussehen konnte, die Fristen gemäß § 18a VOL/A nicht eingehalten werden können. Die Umstände, die die zwingende Dringlichkeit begründen, dürfen auf keinen Fall dem Verhalten des Auftraggebers zuzuschreiben sein;
 - e) bei zusätzlichen Lieferungen des ursprünglichen Auftragnehmers, die entweder zur teilweisen Erneuerung von gelieferten Waren oder Einrichtungen zur laufenden Benutzung oder zur Erweiterung von Lieferungen oder be-

stehenden Einrichtungen bestimmt sind, wenn ein Wechsel des Unternehmens dazu führen würde, daß der Auftraggeber Waren mit unterschiedlichen technischen Merkmalen kaufen müßte und dies eine technische Unvereinbarkeit oder unverhältnismäßige technische Schwierigkeiten bei Gebrauch, Betrieb oder Wartung mit sich bringen würde. Die Laufzeit dieser Aufträge sowie die der Daueraufträge darf in der Regel drei Jahre nicht überschreiten;

- f) für zusätzliche Dienstleistungen, die weder in dem der Vergabe zugrundeliegenden Entwurf noch im zuerst geschlossenen Vertrag vorgesehen sind, die aber wegen eines unvorhergesehenen Ereignisses zur Ausführung der darin beschriebenen Dienstleistungen erforderlich sind, sofern der Auftrag an das Unternehmen vergeben wird, das diese Dienstleistung erbringt, wenn sich die zusätzlichen Dienstleistungen in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht nicht ohne wesentlichen Nachteil für den Auftraggeber vom Hauptauftrag trennen lassen oder wenn diese Dienstleistungen zwar von der Ausführung des ursprünglichen Auftrags getrennt werden können, aber für dessen Verbesserung unbedingt erforderlich sind.

Der Gesamtwert der Aufträge für die zusätzlichen Dienstleistungen darf jedoch 50 v. H. des Wertes des Hauptauftrags nicht überschreiten;

- g) bei neuen Dienstleistungen, die in der Wiederholung gleichartiger Leistungen bestehen, die durch den gleichen Auftraggeber an das Unternehmen vergeben werden, das den ersten Auftrag erhalten hat, sofern sie einem Grundentwurf entsprechen und dieser Entwurf Gegenstand des ersten Auftrags war, der entweder im Offenen oder Nichtoffenen Verfahren vergeben wurde. Die Möglichkeit der Anwendung des Verhandlungsverfahrens muß bereits in der Ausschreibung des ersten Vorhabens angegeben werden; der für die nachfolgenden Dienstleistungen in Aussicht genommene Gesamtauftragswert wird vom Auftraggeber für die Anwendung des § 1a Nr. 4 VOL/A berücksichtigt. Das Verhandlungsverfahren darf jedoch nur innerhalb von drei Jahren nach Abschluß des ersten Auftrags angewandt werden;
- h) wenn im Anschluß an einen Wettbewerb im Sinne des § 31a Nr. 1 Abs. 1 VOL/A der Auftrag nach den Bedingungen dieses Wettbewerbs an den Gewinner oder an einen der Preisträger vergeben werden muß. Im letzteren Fall müssen alle Preisträger des Wettbewerbs zur Teilnahme an den Verhandlungen aufgefordert werden;

nicht vorliegen, und

3. der Beauftragung seitens der Beklagten zu 2 und/oder ihrer Tochterunternehmen, nämlich der D. Verkehrsgesellschaft AG sowie der Stadtwerke D. AG, eine Vergabe im Wettbewerb nicht vorausgegangen ist oder nicht vorausgehen soll.

Die weitergehende Klage wird abgewiesen.

Mit ihrer Revision beantragt die Beklagte zu 1, das Berufungsurteil aufzuheben, soweit sie durch dieses beschwert ist, und die Berufung der Klägerin gegen das landgerichtliche Urteil in vollem Umfang zurückzuweisen.

Die Klägerin beantragt, die Revision der Beklagten zu 1 zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hat - soweit für das Revisionsverfahren noch von Bedeutung - ausgeführt, der Berufungsantrag zu 2 der Klägerin (Untersagung des Anbietens und der Ausführens bestimmter Dienstleistungen gegenüber Gebietskörperschaften, öffentlichen Institutionen oder deren Beteiligungsgesellschaften) sei zum Teil nach § 1 UWG begründet.

Ein Verstoß gegen die Vorschriften der Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen, die der erwerbswirtschaftlichen Betätigung der Gemeinden Schranken setzten, liege allerdings nicht vor.

Die Beklagte zu 1 handele jedoch wettbewerbswidrig, weil sie einen Rechtsbruch der Beklagten zu 2 und deren Tochterunternehmen, der D. Verkehrsgesellschaft AG und der Stadtwerke D. AG, ausnutze. Es bestehe die ernstliche Gefahr, daß die Beklagte zu 2 und ihre Tochterunternehmen auch künftig Dienstleistungsaufträge unter Mißachtung der vergaberechtlichen Bestimmungen an die Beklagte zu 1 vergeben würden. Eine entsprechende Gefahr sei dagegen bei der Stadt D. oder anderen Gebietskörperschaften und

öffentlichen Institutionen, die künftig Mitgesellschafter der Beklagten zu 1 werden könnten, nicht anzunehmen.

Die Vergabe öffentlicher Aufträge unter Mißachtung der Vergabevorschriften erfülle den Tatbestand des § 1 UWG. Die Beklagte zu 1 handele unter dem Gesichtspunkt des Vorsprungs durch Rechtsbruch wettbewerbswidrig, wenn sie dies zum eigenen Vorteil ausnutze. Die Beklagte zu 2 und ihre Tochterunternehmen hätten seit 1994 alle Reinigungsaufträge an die Beklagte zu 1 ohne Rücksicht darauf vergeben, ob im Einzelfall eine öffentliche Ausschreibung geboten gewesen sei. Die Beklagte zu 1 habe zumindest billigend in Kauf genommen, dabei auch Aufträge zu erhalten, die öffentlich auszuschreiben gewesen wären.

Das Unterlassungsbegehren der Klägerin sei allerdings zu weit gefaßt. Die Klägerin könne sich nach § 1 UWG nur gegen die Vergabe von Reinigungsarbeiten an die Beklagte zu 1 wenden, da nur bezüglich solcher Dienstleistungen ein Wettbewerbsverhältnis mit dieser gegeben sei. Eine Begehungsgefahr bestehe zudem nur bei Aufträgen der Beklagten zu 2 und ihrer Tochtergesellschaften an die Beklagte zu 1. Insoweit sei der Beklagten zu 1 allerdings auch zu untersagen, bereits erhaltene Reinigungsaufträge auszuführen.

II. Die Entscheidung des Berufungsgerichts kann keinen Bestand haben, weil das Berufungsgericht der Klägerin etwas zugesprochen hat, was diese nicht beantragt hat (§ 308 Abs. 1 ZPO).

1. Der Unterlassungsausspruch des Berufungsgerichts betrifft einen anderen Streitgegenstand als der von der Klägerin zur Entscheidung gestellte Unterlassungsantrag.

a) Entscheidend für die Beurteilung dieser Frage ist nicht allein der Wortlaut von Antrag und Urteilsausspruch. Der Streitgegenstand (der prozessuale Anspruch) wird durch den Klageantrag bestimmt, in dem sich die vom Kläger in Anspruch genommene Rechtsfolge konkretisiert, und dem Lebenssachverhalt (Klagegrund), aus dem der Kläger die begehrte Rechtsfolge herleitet (vgl. BGHZ 117, 1, 5; BGH, Urt. v. 7.12.2000 - I ZR 146/98, GRUR 2001, 755, 756 f. = WRP 2001, 804 - Telefonkarte; Urt. v. 18.7.2002 - III ZR 287/01, BGH-Rep 2002, 939, 940; Urt. v. 30.10.2002 - XII ZR 345/00, NJW 2003, 585, 586; Beschl. v. 10.12.2002 - X ARZ 208/02, NJW 2003, 828, 829, für BGHZ vorgesehen). Wenn ein Gericht seinem Urteilsausspruch einen anderen Klagegrund zugrunde legt als denjenigen, mit dem der Kläger seinen Unterlassungsantrag begründet hat, entscheidet es deshalb (unter Verstoß gegen § 308 Abs. 1 ZPO) über etwas anderes (aliud) als beantragt ist (vgl. Köhler in Köhler/Piper, UWG, 3. Aufl., Vor § 13 Rdn. 267). Dies hat das Berufungsgericht hier getan.

b) Die Klägerin hat mit ihrem Unterlassungsbegehren in beiden Tatsacheninstanzen jeweils einen einheitlichen prozessualen Anspruch geltend gemacht; der im Berufungsverfahren gestellte Antrag war lediglich dem Umfang nach gegenüber dem Antrag vor dem Landgericht eingeschränkt. Ihren Klageantrag hat sie jeweils in zulässiger Weise (vgl. dazu BGHZ 143, 246, 250; BGH GRUR 2001, 755, 757 - Telefonkarte; MünchKomm.ZPO/Lüke, 2. Aufl., § 260 Rdn. 6; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 61. Aufl., § 260 Rdn. 2) auf zwei verschiedene tatsächliche und rechtliche Begründungen gestützt. Zum einen hat sie die Ansicht vertreten, die beanstandete Tätigkeit der Beklagten zu 1 sei kartellrechtswidrig, weil der Gesellschaftsvertrag zur Gründung der Beklagten zu 1 zum Zweck der Beschränkung des Wettbewerbs auf dem Markt für Reinigungsarbeiten vereinbart worden sei (§ 1 GWB). Zum anderen hat sie vor-

gebracht, die Beklagte zu 1 handele wettbewerbsrechtlich unlauter, weil ihre Tätigkeit mit den kommunalrechtlichen Schranken für eine erwerbswirtschaftliche Tätigkeit der Gemeinden nicht vereinbar sei.

c) Der vom Berufungsgericht seiner Entscheidung zugrunde gelegte Vorwurf, die Beklagte zu 1 handele wettbewerbswidrig, weil sie sich von der Beklagten zu 2 und ihren Tochterunternehmen Aufträge für Reinigungsarbeiten ohne Ausschreibungsverfahren erteilen lasse, betrifft demgegenüber einen von der Antragsbegründung der Klägerin im Kern verschiedenen weiteren Lebenssachverhalt und damit einen anderen Streitgegenstand (vgl. BGH, Urt. v. 19.9.1996 - I ZR 76/95, GRUR 1997, 141 = WRP 1997, 83 - Kompetenter Fachhändler; MünchKomm.ZPO/Lüke aaO § 263 Rdn. 14; vgl. auch Musielak/Foerste, ZPO, 3. Aufl., § 263 Rdn. 3). Diesen hat die Klägerin nicht zur Entscheidung gestellt.

d) Ein Unterlassungsantrag kann allerdings nicht nur - wie die Klägerin dies hier getan hat - auf verschiedene Begründungen gestützt werden; es ist auch möglich, daß mit ein und demselben Unterlassungsantrag mehrere Streitgegenstände in das Verfahren eingeführt werden (vgl. z.B. BGH, Urt. v. 16.1.1992 - I ZR 84/90, GRUR 1992, 318, 320 = WRP 1992, 314 - Jubiläumsvverkauf; Urt. v. 7.6.2001 - I ZR 157/98, GRUR 2002, 287, 288 = WRP 2002, 94 - Widerruf der Erledigungserklärung; vgl. weiter Köhler in Köhler/Piper aaO Vor § 13 Rdn. 267). Voraussetzung ist dafür allerdings, daß der Kläger zweifelsfrei deutlich macht, daß er mit seinem Antrag mehrere prozessuale Ansprüche verfolgt (vgl. dazu auch BGH, Urt. v. 2.4.1992 - I ZR 146/90, GRUR 1992, 552, 554 = WRP 1992, 557 - Stundung ohne Aufpreis; Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 8. Aufl., Kap. 46 Rdn. 5). Dies erfordert insbesondere der Schutz des Beklagten, für den erkennbar sein muß, welche pro-

zessualen Ansprüche gegen ihn erhoben werden, um seine Rechtsverteidigung danach ausrichten zu können. Im vorliegenden Fall kann aber ein dem Unterlassungsausspruch des Berufungsgerichts entsprechendes Klagebegehren der Klägerin schon deshalb nicht angenommen werden, weil es - entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung - an einem darauf gerichteten Vorbringen der Klägerin in den Vorinstanzen fehlt.

Die Klägerin hat zwar in der Klageschrift u.a. die Ansicht vertreten, die Gründung der Beklagten zu 1 und die ausschließliche Auftragsvergabe an diese verstoße gegen vergaberechtliche Vorschriften. Sie hat aber in den Vorinstanzen aus diesem Vorbringen, das ihren Feststellungsantrag lediglich zusätzlich stützen sollte, kein selbständiges Unterlassungsbegehren hergeleitet. So weitgehende Unterlassungsanträge, wie sie die Klägerin im landgerichtlichen Verfahren und im Berufungsverfahren gestellt hat, hätten mit diesem Vorbringen auch offensichtlich nicht begründet werden können. Nach der Abweisung der Klage durch das Landgericht hat die Klägerin dementsprechend in ihrer Berufungsbegründung keine Ausführungen zu einer behaupteten Verletzung vergaberechtlicher Vorschriften gemacht. Auch im weiteren Berufungsverfahren bis zur letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht ist die Klägerin in ihren Schriftsätzen nicht mehr auf ihr erstinstanzliches Vorbringen, die Gründung der Beklagten zu 1 und die freihändige Auftragsvergabe an diese verstoße gegen Vergaberecht, zurückgekommen.

2. Das vom Berufungsgericht gegenüber der Beklagten zu 1 ausgesprochene Verbot ist unter dem Gesichtspunkt des Streitgegenstandes auch kein Minus gegenüber dem von der Klägerin gestellten Unterlassungsantrag. Mit ihrem erstinstanzlichen Klageantrag hat die Klägerin begehrt, der Beklagten zu 1 eine geschäftliche Tätigkeit im Rahmen ihres Gesellschaftszwecks vollständig

zu verbieten. Ihr Antrag im Berufungsverfahren war darauf gerichtet, der Beklagten zu 1 einen Teil dieser Tätigkeit zu untersagen, nämlich näher bezeichnete Dienstleistungen (insbesondere im Bereich der Gebäudereinigung), wenn diese für Auftraggeber einer bestimmten Art (Gebietskörperschaften, öffentliche Institutionen oder deren Beteiligungsgesellschaften) erbracht werden sollen. Das vom Berufungsgericht ausgesprochene Verbot ist demgegenüber abhängig vom Vorliegen bestimmter weiterer Voraussetzungen, und zwar derjenigen gesetzlichen Voraussetzungen, unter denen ein Auftrag nur nach Durchführung eines Ausschreibungsverfahrens erteilt werden kann. Ein solches Verbot bezieht sich zwar ebenfalls auf einen Teil der geschäftlichen Tätigkeit der Beklagten zu 1, kann aber prozessual nicht als Minus zu dem von der Klägerin gestellten Unterlassungsantrag behandelt werden, weil seine Begründung von tatsächlichen Voraussetzungen abhängt, die nicht zum Inhalt des Antrags erhoben worden sind (vgl. BAGE 76, 364, 377 = NJW 1995, 1044, 1047; BAG DB 1992, 434; BAG AP BetrVG 1972 § 87 Arbeitszeit Nr. 93; vgl. auch BGH, Urt. v. 7.11.2002 - I ZR 202/00, WRP 2003, 534, 535 = MarkenR 2003, 105 - Mitsubishi).

3. Der Verstoß des Berufungsgerichts gegen § 308 Abs. 1 ZPO ist auch nicht dadurch geheilt, daß die Klägerin die Zurückweisung der Revision beantragt und sich dadurch die Entscheidung des Berufungsgerichts zu eigen gemacht hat. Denn insoweit handelt es sich um eine Klageerweiterung, die im Revisionsverfahren grundsätzlich nicht zulässig ist (vgl. BGH, Urt. v. 29.11.1990 - I ZR 45/89, NJW 1991, 1683, 1684; Urt. v. 10.12.2001 - II ZR 139/00, ZIP 2002, 396, 397 = WM 2002, 342).

Ebensowenig kommt eine Zurückverweisung in Betracht, um der Klägerin Gelegenheit zu geben, nunmehr einen Antrag zu stellen, der dem vom Be-

rufungsgericht ausgesprochenen Verbot entspricht (vgl. dazu auch BGH, Urt. v. 11.11.1993 - IX ZR 229/92, NJW 1994, 442). Das schriftsätzliche Vorbringen der Klägerin in den Tatsacheninstanzen bot - wie dargelegt - keinen Anhaltspunkt dafür, daß die Klägerin einen solchen prozessualen Anspruch geltend machen wollte.

4. Der von der Klägerin im Berufungsverfahren gestellte Unterlassungsantrag, der darauf gestützt war, daß die Betätigung der Beklagten zu 1 kartellrechtswidrig und mit den Schranken, die der erwerbswirtschaftlichen Tätigkeit der Gemeinden gesetzt sind, nicht vereinbar sei, ist vom Berufungsgericht - von der Klägerin nicht mit der Revision angegriffen - abgewiesen worden.

III. Auf die Revision war danach das Berufungsurteil im Kostenpunkt und insoweit aufzuheben, soweit darin zum Nachteil der Beklagten zu 1 erkannt worden ist. Die Berufung der Klägerin gegen das landgerichtliche Urteil war insgesamt zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1, § 97 Abs. 1 ZPO.

Ullmann

v. Ungern-Sternberg

Starck

Büscher

Schaffert