

## Übungsfall zu AllgVerwR Rn 1049

**Sachverhalt<sup>1</sup>:** Die baden-württembergische Stadt S betätigt sich mit ihrem Eigenbetrieb seit geraumer Zeit auf der Grundlage des Eigenbetriebsgesetzes im Bereich des Garten- und Landschaftsbaus. Das Eigenbetriebsgesetz sieht vor, dass der Zweck des Eigenbetriebs in der Erbringung von Leistungen für die Unterhaltung und Pflege des städtischen Vermögens und der städtischen Einrichtungen liegt. Als der Eigenbetrieb nun entgeltliche Pflanzenarbeiten für private Gartenbesitzer durchführt, erleiden die ansässigen Landschafts- und Gartenbaubetriebe empfindliche Umsatzeinbußen und erheben Unterlassungsklage vor dem Zivilgericht.

Sind ihre Klagen begründet?

### Lösungsgesichtspunkte:

#### A. Begründetheit

Die Klage ist begründet, wenn die Stadt S durch ihren Eigenbetrieb gegen wettbewerbsrechtliche Vorschriften verstoßen hat.

#### I. Anspruchsgrundlage

Der Unterlassungsanspruch könnte sich auch aus § 3 UWG i.V.m. § 102 BadWürttGO ergeben. Nach § 3 UWG sind Wettbewerbshandlungen verboten, die gegen die guten Sitten verstoßen; in § 102 BadWürttGO findet sich die Grenze der erwerbswirtschaftlichen Tätigkeit dort, wo die erwerbswirtschaftliche Betätigung der Gemeinde geeignet ist, den freien Wettbewerb wesentlich negativ zu beeinflussen. Insbesondere untersagt § 102 I Nr. 3 BadWürttGO die erwerbswirtschaftliche Betätigung von Gemeinden, wenn der Zweck mindestens ebenso gut und wirtschaftlich durch einen anderen Unternehmer erfüllt werden kann (**Grundsatz der Subsidiarität**). § 102 BadWürttGO schränkt also (auch) im Interesse privater Mitbewerber die erwerbswirtschaftliche Betätigung der Gemeinden ein und ist daher ein Schutzgesetz i.S.d. § 3 UWG.

#### II. Voraussetzungen

Fraglich ist, ob die Voraussetzungen dieser Vorschriften hier vorliegen. Jedenfalls nicht gegen die guten Sitten verstößt es, wenn eine Gemeinde überhaupt wirtschaftlich tätig ist, denn die Verfassungsordnung der Bundesrepublik Deutschland enthält kein Wirtschaftsmonopol für die Privatwirtschaft. Das gilt insbesondere dann, wenn mit derartiger Erwerbswirtschaft ein öffentlicher Zweck verfolgt wird, welcher seine Rechtfertigung im Sozialstaatsprinzip findet, etwa wenn der erzielte Gewinn (mittelbar) gemeinnützig verwendet wird. Eine solche Rechtfertigung findet sich aber dann nicht mehr, wenn der Zweck mindestens ebenso gut und wirtschaftlich durch einen anderen Unternehmer erfüllt werden kann (Grundsatz der Subsidiarität). Des Weiteren findet sich die Grenze der erwerbswirtschaftlichen Tätigkeit einer Kommune dort, wo sie unter Missbrauch ihrer Stellung als öffentlich-rechtliche Körperschaft oder sonst aus der Verbindung hoheitlicher und privatwirtschaftlicher Interessen einen unzulässigen Vorsprung vor ihren Mitbewerbern erlangen oder erstreben, oder wenn sie sich vorsätzlich und planmäßig über die Regelung der entsprechenden Vorschrift der Gemeindeordnung über die Grenzen der wirtschaftlichen Betätigung hinwegsetzen würde.<sup>2</sup>

Vorliegend ist nicht ersichtlich, warum landschaftsgärtnerische Arbeiten nicht ebenso von privaten Unternehmen durchgeführt werden können.

#### B. Ergebnis

Bejaht man demzufolge einen Verstoß gegen den Grundsatz der Subsidiarität, so ist die Abwehrklage nach Auffassung des OLG Karlsruhe gleichwohl unbegründet, denn **die Subsidiaritätsklausel entfalte keine drittschützende Wirkung**.<sup>3</sup> Auch sei nicht ersichtlich, dass die Stadt S in wettbewerbswidriger Weise unter Missbrauch ihrer Stellung als öffentlich-rechtliche Körperschaft oder sonst aus der Verbindung hoheitlicher und privatwirtschaftlicher Interessen am Privatrechtsverkehr teilgenommen habe.

Ähnlich dem OLG Karlsruhe hat für das Bundesland Hessen das LG Kassel entschieden, dass öffentliche Unternehmen gleichsam in Konkurrenz zu privaten Unternehmen auftreten dürfen. Sinn und Zweck der hessischen Gemeindeordnung sei es nicht, Privatunternehmen vor missliebiger Konkurrenz durch kommunale Unternehmen zu schützen. Im Gegensatz zu einigen Bundesländern dürften nämlich kommunale Eigenbetriebe in Hessen nicht nur jene Felder bearbeiten, die von privaten Firmen nicht besetzt werden (was dem Grundsatz der Subsidiarität entspricht), sondern sich vielmehr umfänglich wirtschaftlich betätigen.<sup>4</sup>

Dieser Auffassung hat sich auch der BGH angeschlossen. Ein Verstoß gegen die Subsidiaritätsklausel (hier: Art. 87 BayGO) sei nicht zugleich unlauter und damit sittenwidrig i.S.d. § 3 UWG. Es sei nicht Sinn des Art. 87 BayGO, vor unlauterem Wettbewerb zu schützen. Des Weiteren regle das Wettbewerbsrecht nicht den Marktzutritt, sondern das

<sup>1</sup> Nach LG Offenburg NVwZ 2000, 717 f. (aufgehoben durch OLG Karlsruhe NVwZ 2001, 712 ff.). Vgl. auch BGHZ 150, 343 ff.; BGH NVwZ 2003, 246; *Antweiler*, NVwZ 2003, 1466 ff.

<sup>2</sup> Vgl. OLG Karlsruhe NVwZ 2001, 712, 714.

<sup>3</sup> OLG Karlsruhe NVwZ 2001, 712, 714; zustimmend *Stehlin*, NVwZ 2001, 645, 646. Vgl. auch *Schlacke*, JA 2002, 48, 51 ff.

<sup>4</sup> Vgl. Pressemitteilung LG Kassel NJW 2000 Heft 15, S. L. Vgl. auch *Schink*, NVwZ 2002, 129 ff.

Marktverhalten. Sei die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde somit nicht wettbewerbswidrig, könne der betroffene Privatunternehmer keinen Unterlassungs- oder Schadensersatzanspruch geltend machen.<sup>5</sup>

### C. Bewertung

Diese Judikate haben zu einer ersten (zivilgerichtlichen) Klärung der Grenze wirtschaftlicher Betätigung der öffentlichen Hand geführt. Gleichwohl ist damit die Diskussion noch nicht verstummt. Denn zahlreiche Bundesländer haben mittlerweile Gesetze für Förderung des Mittelstandes verabschiedet und mit ihnen die Subsidiaritätsklausel auf die wirtschaftliche Betätigung der gesamten öffentlichen Hand ausgedehnt. Die aufgezeigten Fragen werden zukünftig also nicht nur die Kommunen betreffen. Ein darüber hinausgehendes Problem besteht darin, dass die Kommunen mit ihren Einrichtungen (Eigenbetriebe etc.) infolge der genannten prekären Finanzlage zunehmend auch **außerhalb des eigenen Gemeindegebiets** tätig sind (vgl. etwa Art. 87 II BayGO). Die Intention der erwerbswirtschaftlich tätigen Kommunen ist dabei klar: Sie möchten die Effizienz ihrer Unternehmen steigern und bisher erlittene Gewinneinbußen wettmachen. Besonders prekär wird die Situation, wenn sie sogar in Bereiche vordringen, die bislang ausschließlich der Privatwirtschaft vorbehalten waren: Dem Wettbewerb um **öffentliche Aufträge**, die von anderen Kommunen vergeben werden. Dies führt zu einer neuen Dimension im Vergaberecht (zur öffentlichen Auftragsvergabe sogleich).<sup>6</sup> Es sollte aber nicht der Blick dafür verloren gehen, dass privatisierte Eigen- und Regiebetriebe sowie in Kapitalgesellschaften umgewandelte öffentliche Betriebe – anders als private Unternehmer – sich zwecks Existenzgründung keine Kredite auf dem freien Kapitalmarkt beschaffen mussten und dass bereits eine Infrastruktur bestand, als das öffentliche Unternehmen privatisiert wurde. Das führt zu einem Wettbewerbsvorteil, der von einem privaten Unternehmer kaum kompensiert werden kann.<sup>7</sup>

Auf der Ebene der Verwaltungsgerichtsbarkeit geht mit dem erwähnten Beschluss des OVG Münster<sup>8</sup> die Diskussion um öffentlich-rechtliche Abwehransprüche gegen kommunalwirtschaftliches Handeln in eine neue Runde. Die Ausführungen des Gerichts zum drittschützenden Charakter des § 107 I S. 1 GemO NRW sind richtungweisend, auch wenn das Gericht im Ergebnis den geltend gemachten Unterlassungsanspruch (vorläufig) abgewiesen hat. Da es jedoch den drittschützenden Charakter der Vorschrift bejaht hat, werden private Konkurrenten der öffentlichen Hand in Zukunft wohl verstärkt versuchen, gegen die wirtschaftliche Betätigung „ihrer“ Gemeinde vorzugehen. Die Examensrelevanz dürfte daher auf der Hand liegen.

---

<sup>5</sup> BGHZ **150**, 343 ff. mit Bespr. v. *Meyer*, NVwZ **2002**, 1075 ff.

<sup>6</sup> Vgl. ausführlich *Burgi*, NVwZ **2001**, 601 ff.; *Horn*, NVwZ **2001**, 647 ff. (zu OLG Düsseldorf NVwZ **2000**, 714). Vgl. auch EuGH NZBau **2001**, 99 ff. und *Meyer*, NVwZ **2002**, 1075 ff.

<sup>7</sup> Diesen Aspekt gänzlich unerwähnt gelassen von BGHZ **150**, 343 ff. und *Scharpf*, NVwZ **2005**, 148 ff; praxisfern *Meyer*, NVwZ **2002**, 1075 ff.

<sup>8</sup> OVG Münster NVwZ **2003**, 1520 ff. mit Bespr. v. *Antweiler*, NVwZ **2003**, 1466 ff.