

Erwerbswirtschaftliche Betätigung: Der Hoheitsträger wird erwerbswirtschaftlich tätig, wenn er in unternehmerischer Weise am Wirtschaftsverkehr teilnimmt bzw. sich an einem privaten Unternehmen (Handelsgesellschaft oder juristische Person des Privatrechts) beteiligt. Beispiele finden sich bei Rn 44.

Bei der Frage nach der Grundrechtsbindung in diesem Bereich muss zunächst geklärt werden, inwieweit die öffentliche Hand hier überhaupt privatrechtlich tätig werden und wie jedes Wirtschaftsunternehmen Gewinne erzielen darf. Verfassungsrechtlich ist es m.E. schwierig, den damit verbundenen Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit, d.h. in die individuellen Interessen privater Wettbewerber zu legitimieren.¹ Das Europäische Gemeinschaftsrecht und das GATT stehen einer erwerbswirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand jedenfalls nicht entgegen.² Das Grundgesetz und die Landesverfassungen enthalten keine klare Aussage für oder gegen die Zulässigkeit erwerbswirtschaftlicher Betätigung. Insbesondere besteht kein ausdrückliches Verbot. Art. 87f I GG enthält zwar den verfassungsrechtlichen Auftrag der Privatisierung des Post- und Telekommunikationssektors, beschränkt sich aber gleichzeitig auf dieses Segment. Auch die Finanzverfassung, die durch die Festlegung eines Abgabenmonopols seitens der Hoheitsträger zwar offensichtlich davon ausgeht, dass die öffentliche Hand ihre Einnahmen lediglich durch die Erhebung von Abgaben erzielen soll, steht einer erwerbswirtschaftlichen Betätigung nicht mit letzter Bestimmtheit entgegen. Ein verfassungsrechtliches Verbot kann sich daher nur noch aus den Grundrechten ergeben. Insbesondere die Rechtsprechung macht geltend, dass die wirtschaftlichen Grundrechte der Art. 12 I und 14 I GG eine Wertentscheidung gerade zugunsten des freien Wettbewerbs trafen, also nicht vor Auftreten eines neuen Konkurrenten schützen.³ Jedenfalls sei die erwerbswirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand verfassungsrechtlich nicht grundsätzlich verboten.⁴

1047

Virulent wird dies insbesondere auf **kommunaler Ebene**. Aufgrund der prekären Finanzlage der Kommunen ist es nachvollziehbar, dass die erwerbswirtschaftliche Betätigung von Gemeinden in den letzten Jahren extrem zugenommen hat. Die Frage nach der rechtlichen Zulässigkeit ist vermeintlich durch die Gemeindeordnungen geregelt.⁵ So dürfen die meisten Kommunen wirtschaftliche Unternehmen (nur) errichten, wenn

1048

- ein öffentlicher bzw. ein **dringender öffentlicher Zweck** das Unternehmen fordert⁶,
- das Unternehmen nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur **Leistungsfähigkeit** der Gemeinde und zum voraussichtlichen Bedarf steht⁷ und
- wenn der öffentliche Zweck nicht ebenso gut und wirtschaftlich oder besser und wirtschaftlicher durch einen privaten Unternehmer erfüllt werden kann (Grundsatz der **Subsidiarität**).⁸

¹ Vgl. dazu OLG Düsseldorf NVwZ **2002**, 248, 249; OLG Karlsruhe NVwZ **2001**, 712 ff.; LG Offenburg NVwZ **2000**, 717 f.; sowie weitergehend Ehlers, Jura **1999**, 212 ff.; Stehlin, NVwZ **2001**, 645 ff.; Horn, NVwZ **2001**, 647 ff.; Henneke, VBIBW **2000**, 337 ff.

² Vgl. Ehlers, Jura **1999**, 212 f.

³ BVerfGE **24**, 236, 251; BVerwG DÖV **1978**, 851, 852; OLG Karlsruhe NVwZ **2001**, 712 ff.

⁴ BGHZ **150**, 343 ff.; BGH NVwZ **2003**, 246; OLG Düsseldorf NVwZ **2002**, 248, 249; OLG Karlsruhe NVwZ **2001**, 712 ff.; LG Offenburg NVwZ **2000**, 717; David, NVwZ **2000**, 738 ff.; Antweiler, NVwZ **2003**, 1466 ff.

⁵ Vgl. z.B. Art. 87 BayGemO; § 100 BbgGO; § 102 BWGO; § 97 I SächsGO; § 108 NdsGO; § 107 I NWGO; § 121 HessGO; § 68 MVKommVerf; § 85 I Nr. 3 RHPfGO; § 97 SachsGO; sowie BVerwGE **39**, 329 (kommunales Bestattungsunternehmen), OVG Münster, NVwZ **1986**, 1045 (kommunale Saunaanlage) sowie OLG Düsseldorf NVwZ **2002**, 248, 249; OLG Karlsruhe NVwZ **2001**, 712 ff.; LG Offenburg NVwZ **2000**, 717 f.; RHPfVerfGH NVwZ **2000**, 801 ff.; Schink, NVwZ **2002**, 129, 130.

⁶ Zum öffentlichen Zweck vgl. OLG Düsseldorf NVwZ **2002**, 248, 249.

⁷ Mit dieser Regelung soll sichergestellt werden, dass die Gemeinde sich mit der erwerbswirtschaftlichen Betätigung nicht übernimmt und Verluste im erwerbswirtschaftlichen Bereich nicht durch Zuschüsse aus dem öffentlichen Haushalt ausgleicht.

Allgemein ist die **Grenze wirtschaftlicher Tätigkeit** von Kommunen angesichts der Vielzahl von öffentlichen Zwecken schwierig zu bestimmen. Die Bestimmung der Grenze zur Unzulässigkeit gewinnt in erster Linie in einer Anfechtungssituation, bzw. bei Nichtvorliegen eines Verwaltungsakts, auch bei einem Unterlassungsbegehren an Bedeutung. Hier ist nach der Rechtsgrundlage zu suchen, die dem betroffenen Bürger einen Unterlassungsanspruch einräumt. Das Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 I GG) schützt grundsätzlich nicht vor Konkurrenz durch die öffentliche Hand (s.o.). Sein Schutzbereich ist nach der Rspr. lediglich bei einer **Monopolstellung** oder einem **Verdrängungswettbewerb** der öffentlichen Hand berührt.⁹ Diese Auffassung greift zu eng. Denn sie übersieht, dass die freien Unternehmer, die von der Kommune Konkurrenz bekommen, nicht lediglich Umsatzeinbußen erleiden, sondern dass die kommunalen Unternehmen auf Steuergelderbasis Geräte anschaffen und eine Logistik aufbauen konnten und damit überhaupt erst in die Lage versetzt wurden, am Markt aufzutreten. Das ist bereits eine Wettbewerbsverzerrung, die nicht zu rechtfertigen ist.

Sehr als bedenklich ist auch die Auffassung des OVG Münster, das über die Abfallentsorgungstätigkeit eines kommunalen Entsorgungsbetriebs zu entscheiden hatte, der über das Gemeindegebiet hinaus tätig war und in Konkurrenz zu privaten Entsorgungsbetrieben trat. Anlass der Streitigkeit war, dass der kommunale Entsorgungsbetrieb seine Dienste zu Preisen anbot, die von keinem seriös kalkulierenden Privatunternehmen erreicht werden konnten. Dies konnte er, weil die Betriebsausstattung von Steuereinnahmen finanziert wurde. Um die Frage nach der Wettbewerbswidrigkeit erst gar nicht aufkommen zu lassen, hat das OVG das fragliche Verhalten schlicht als nichtwirtschaftliche Betätigung der Gemeinde eingestuft (vgl. Art. 107 II GO NRW). Der kommunale Entsorgungsbetrieb sei auf dem Gebiet der Daseinsvorsorge tätig gewesen, die eine öffentliche Aufgabe darstelle. Auf diesem Gebiet könne kein Privatunternehmen erwarten, dass der Staat nicht seiner Verpflichtung nachkomme.¹⁰

Diese Sichtweise ist unhaltbar. Zum einen duldet es die Rechtsprechung, wenn sich der Staat des Mittels des Privatrechts bedient, um sich aus den Zwängen des öffentlichen Rechts zu lösen, dann aber sollen die Regeln des Wettbewerbs nicht gelten, wenn sich der Staat wettbewerbswidrig verhält und auf Unterlassen verklagt wird.¹¹

Von dem soeben beschriebenen Fall abgesehen, lässt sich vereinfacht sagen, dass die Grenzen wirtschaftlicher Betätigung der Kommunen dort zu ziehen sind, wo die öffentliche Hand ihre Machtstellung dazu missbraucht, einen **Auszehrungs- oder Verdrängungswettbewerb** zu betreiben. Als Bewertungsgrundlage können die §§ 138, 242, 315, 826 BGB, §§ 3 UWG und 1 GWB herangezogen werden. Sind deren Voraussetzungen erfüllt, besteht (i.V.m. Art. 12 I, 14 I GG, die über die Figur der „Drittwirkung der Grundrechte“ zur Anwendung gelangen¹²) ein zivilrechtlicher Abwehranspruch gegen die erwerbswirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand. Ein entsprechender **Abwehr- bzw. Unterlassungsanspruch** kann aber auch vor den Verwaltungsgerichten geltend gemacht

⁸ Vgl. dazu BGHZ **150**, 343 ff.; BGH NVwZ **2003**, 246; *Antweiler*, NVwZ **2003**, 1466 ff.; OLG Karlsruhe NVwZ **2001**, 712 ff.; LG Offenburg NVwZ **2000**, 717 f.; OLG Düsseldorf NVwZ **2000**, 111 f. (mit Bespr. v. *Müller*, NVwZ **2000**, 769 ff.); OLG Düsseldorf NVwZ **2000**, 714 ff.; RhIPfVerfGH NVwZ **2000**, 801 ff. (Subsidiaritätsklausel verstößt nicht gegen die kommunale Selbstverwaltung).

⁹ Vgl. OLG Karlsruhe NVwZ **2001**, 712 ff. (Aufhebung von LG Offenburg NVwZ **2000**, 717 f.).

¹⁰ OVG Münster NVwZ **2005**, 1211, 1212.

¹¹ Diesen Aspekt gänzlich unerwähnt gelassen von BGHZ **150**, 343 ff. und *Scharpf*, NVwZ **2005**, 148 ff; praxisfern auch *Meyer*, NVwZ **2002**, 1075 ff.

¹² Zur Drittwirkung der Grundrechte vgl. BGHZ **97**, 312, 316 und *R. Schmidt*, Grundrechte, **Rn 23, 105**.

werden, soweit er auf die Verletzung von Grundrechten gestützt wird oder man den genannten gemeinderechtlichen Bestimmungen **Drittschutz** beimisst.¹³

Hinweis für die Fallbearbeitung: Ist nach dem **Rechtsschutz privater Unternehmer gegen kommunale wirtschaftliche Betätigung** gefragt, muss zunächst die **Rechtswegfrage** geklärt werden. Der BGH erklärt die Zivilgerichte für zuständig. Der Abwehr- bzw. Schadensersatzanspruch müsse – soweit er auf die Normen des BGB, des UWG oder des GWB gestützt werde – vor den ordentlichen Gerichten geltend gemacht werden.¹⁴ Das BVerwG beantwortet die Frage differenziert: Gehe es unbeschadet der gewählten Organisationsform um die Zulässigkeit der wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinde als solche, also um die Frage des „Ob“, handele es sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit, für die der Verwaltungsrechtsweg eröffnet sei. Gehe es demgegenüber um die Frage, wie sich die wirtschaftliche Betätigung auswirke, also um eine wettbewerbsrechtliche Frage i.S.d. „Wie“, seien für einen auf Verletzung der zivilrechtlichen Normen gestützten Unterlassungsanspruch die Zivilgerichte zuständig, weil hier die Berechtigung der verwendeten Wettbewerbsmethode im Mittelpunkt stehe.¹⁵ Überzeugend scheint es zu sein, eine öffentlich-rechtliche Tätigkeit anzunehmen. Denn in gewisser Weise dienen die Vorschriften des Gemeindefirtschaftsrechts dazu, die Gemeinden vor waghalsigen und u.U. verlustreichen Geschäften abzuhalten, deren Folgen dann der Steuerzahler zu tragen hat. Hinzu kommt, dass die Gemeinden keine wettbewerbspolitischen, sondern genuin kommunalpolitische Ziele verfolgen. Geht man daher richtigerweise von der Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs aus, ist in Ermangelung eines Verwaltungsakts die allgemeine Leistungsklage in Form der Unterlassungsklage **statthafte Klageart** (auch vor den Zivilgerichten wäre die Unterlassungsklage statthaft).¹⁶

Zur Bejahung der **Klagebefugnis** muss der Kläger gem. § 42 II VwGO geltend machen, in seinen Rechten verletzt zu sein. Fraglich ist, ob sich ein subjektives öffentliches Recht auf Unterlassung aus den entsprechenden kommunalrechtlichen Bestimmungen über die wirtschaftliche Betätigung ergeben kann. Dies ist nicht der Fall, wenn es sich dabei nur um objektivrechtliche Bestimmungen handelt, die den Betroffenen lediglich reflexartig tangieren. Die Frage ist umstritten.¹⁷ Hilfsweise kann auf die unternehmerischen Grundrechte (Art. 14 I, 12 I, 2 I, 3 I GG) zurückgegriffen werden. Allerdings ist zu beachten, dass die grundrechtserhebliche Eingriffsschwelle nach der Auffassung der Verwaltungsgerichte kaum überschritten wird. Denn in einem marktwirtschaftlich ausgeformten System wie dem der Bundesrepublik Deutschland treffen die unternehmerischen Grundrechte eine Wertung gerade zugunsten des freien Wettbewerbs, schützen also nicht vor Konkurrenz, auch nicht vor Konkurrenz der öffentlichen Hand. Dementsprechend wiesen die Verwaltungsgerichte Unterlassungsklagen überwiegend als unzulässig ab. Etwas anderes kann demnach nur dann gelten, wenn die wirtschaftliche Betätigung einen Auszehrungs- und Verdrängungswettbewerb zur Folge hat bzw. es zu einem gesetzlich nicht abgesicherten Monopol kommt. Nur dann sind die Klagebefugnis und

¹³ Vgl. dazu OVG Münster NVwZ **2003**, 1520 ff.; **2005**, 1211 ff.; *Rennert*, JuS **2008**, 211, 214 f.

¹⁴ BGHZ **150**, 343 ff.; BGH NVwZ **2003**, 246; BGHZ **82**, 375 ff.; vgl. auch OLG Karlsruhe NVwZ **2001**, 712 ff.; LG Offenburg NVwZ **2000**, 717 f.; vgl. auch *Antweiler*, NVwZ **2003**, 1466 ff.; *Thiel/Garcia-Scholz*, JA **2001**, 957, 958 und kritisch *Schink*, NVwZ **2002**, 129, 138 f. Vgl. auch *Schlacke*, JA **2002**, 48 ff.

¹⁵ BVerwGE **39**, 329, 336 f.; vgl. nun aber OVG Münster NVwZ **2003**, 1520 ff.

¹⁶ Wie hier nun auch *Rennert*, JuS **2008**, 211, 214 f.

¹⁷ Vgl. OLG Karlsruhe NVwZ **2001**, 712 ff.; LG Offenburg NVwZ **2000**, 717 f.; *Thiel/Garcia-Scholz*, JA **2001**, 957, 958; *Stehlin*, NVwZ **2001**, 645, 646. Den Drittschutz nunmehr bejahend OVG Münster NVwZ **2003**, 1520 ff.; **2005**, 1211, 1212 (bzgl. Art. 107 I GO NRW). Keinen Drittschutz entfalten jedenfalls die einfachgesetzlichen Bestimmungen der Haushaltsordnungen über die Beteiligung des Staates an Wirtschaftsunternehmen.

der Unterlassungsanspruch wohl zu bejahen. Da nach der Rechtsprechung des OVG Münster die Bestimmungen der (nordrhein-westfälischen) Gemeindeordnung über die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde dem örtlichen Wirtschaftsteilnehmer jedoch ein subjektives Recht auf Einhaltung der rechtlichen Grenzen gewähren¹⁸, braucht – bei Befolgung dieser Auffassung – nicht auf den übergeordneten Verfassungskreis zurückgegriffen zu werden. Zu beachten ist aber, dass das OVG Münster schlicht eine nichtwirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Daseinsvorsorge annimmt, um eine Unterlassungsklage gegen ein wettbewerbswidriges Verhalten eines kommunalen Entsorgungsbetriebs anzuweisen.

Auch wenn in der Vergangenheit die privaten Unternehmer die öffentliche Hand **zivilgerichtlich** wegen Verstoßes gegen § 3 UWG auf Unterlassung bzw. Schadensersatz in Anspruch genommen haben, wurden entsprechende Klagen ebenfalls zumeist abgewiesen. So haben für das Bundesland Baden-Württemberg das OLG Karlsruhe und das LG Offenburg entschieden, dass öffentliche Unternehmen grundsätzlich in Konkurrenz zu privaten Unternehmen auftreten dürften (vgl. § 28 II GG); die Grenze liege lediglich dort, wo sie gegen die guten Sitten i.S.d. § 3 UWG verstießen.¹⁹ Doch ein Sittenverstoß wurde nie angenommen. Im Prinzip dasselbe haben das OLG München hinsichtlich der bayerischen und das OLG Düsseldorf hinsichtlich der nordrhein-westfälischen Gemeindeordnung entschieden.²⁰ Die Entscheidungen stehen als Klausurfälle nebst Lösungsgesichtspunkten zum kostenlosen download auf der Internet-Seite des Verlags zur Verfügung.

Übungsfall

Sachverhalt²¹: 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

¹⁸ OVG Münster NVwZ **2003**, 1520 ff.; **2005**, 1211 ff.

¹⁹ OLG Karlsruhe NVwZ **2001**, 712 ff.; LG Offenburg NVwZ **2000**, 717 f.; vgl. auch *David*, NVwZ **2000**, 738, 739, und *Schink*, NVwZ **2002**, 129, 138 f.

²⁰ OLG München NVwZ **2000**, 835 ff. (aufgehoben von BGHZ **150**, 343 ff.); OLG Düsseldorf NVwZ **2002**, 248, 249.

²¹ 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.

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.²²

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**.²³ 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.²⁴

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 regule das Wettbewerbsrecht nicht den Marktzutritt, sondern das Marktverhalten. Sei die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde somit nicht

²² Vgl. OLG Karlsruhe NVwZ **2001**, 712, 714.

²³ OLG Karlsruhe NVwZ **2001**, 712, 714; zustimmend *Stehlin*, NVwZ **2001**, 645, 646. Vgl. auch *Schlacke*, JA **2002**, 48, 51 ff.

²⁴ Vgl. Pressemitteilung LG Kassel NJW **2000** Heft 15, S. L. Vgl. auch *Schink*, NVwZ **2002**, 129 ff.

wettbewerbswidrig, könne der betroffene Privatunternehmer keinen Unterlassungs- oder Schadensersatzanspruch geltend machen.²⁵

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).²⁶ 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.²⁷

Auf der Ebene der Verwaltungsgerichtsbarkeit geht mit dem erwähnten Beschluss des OVG Münster²⁸ 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.

²⁵ BGHZ **150**, 343 ff. mit Bespr. v. Meyer, NVwZ **2002**, 1075 ff.

²⁶ 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.

²⁷ Diesen Aspekt gänzlich unerwähnt gelassen von BGHZ **150**, 343 ff. und Scharpf, NVwZ **2005**, 148 ff; praxisfern Meyer, NVwZ **2002**, 1075 ff.

²⁸ OVG Münster NVwZ **2003**, 1520 ff. mit Bespr. v. Antweiler, NVwZ **2003**, 1466 ff.