

1. Einführung

Der Betrieb wirtschaftlicher Unternehmen führt nicht selten zur Konkurrenz mit Privatunternehmen der gleichen Branche. Soweit dies Geschäftsbeeinträchtigungen mit sich bringt, geht es um die Rechtsschutzmöglichkeiten des privaten Konkurrenten. Dabei ist zu unterscheiden zwischen dem Rechtsschutz gegen das Wie kommunalwirtschaftlicher Betätigung (2.) und dem Rechtsschutz gegen das Ob kommunalwirtschaftlicher Betätigung (3.).

2. Rechtsschutz gegen das Wie kommunalwirtschaftlicher Betätigung

Private Unternehmen haben gegen die Konkurrenz durch gemeindliche Unternehmen die üblichen wettbewerbsrechtlichen Ansprüche, wenn es um das Marktverhalten der Unternehmen geht. Bei Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen haben Private die Unterlassungs-, Beseitigungs- und Schadensersatzansprüche nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) und dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG). Das GWB soll den Wettbewerb und die Wettbewerbsfreiheit als solche schützen, das UWG soll unlautere Wettbewerbsbehandlungen verhindern bzw. ahnden.

3. Rechtsschutz gegen das Ob kommunalwirtschaftlicher Betätigung

3.1 Rechtsschutz vor den Verwaltungsgerichten

Geht es um die grundsätzliche Zulässigkeit wirtschaftlicher Tätigkeit der Gemeinde, so ist diese als öffentlich-rechtliche Streitigkeit von den Verwaltungsgerichten zu prüfen (§ 40 VwGO). Als Klageart kommt die Allgemeine Leistungsklage gemäß § 43 Abs. 2 VwGO in Betracht. Die Klage ist gerichtet auf Unterlassung der kommunalwirtschaftlichen Betätigung. Klagebefugnis und Rechtsschutzbedürfnis setzen die Geltendmachung der Möglichkeit der Verletzung eigener Rechte des Konkurrenzunternehmens voraus. Im Geltungsbereich der sog. Funktionssperre (z.B. BW, Nds, NRW) ist das umstritten. Die drittschützende Wirkung der Schrankentrias wird in der Literatur teilweise verneint. Im Geltungsbereich der Subsidiaritätsklausel (z.B. Bay, RhPf) sind Klagebefugnis und Rechtsschutzbedürfnis jedenfalls gegeben (vgl. VerfGH RhPf, DVP 2000 S. 361 ff.).

Nach Ansicht des OVG Münster können sich Gemeinden unmittelbar auf die GemO (GO) berufen, um zu erreichen, dass eine Kommune eine unzulässige wirtschaftliche Betätigung unterlässt. In einem Beschluss vom 13. August 2003 (15 B 1137/03) haben die Richter zum ersten Mal der Gemeindeordnung eine Schutzfunktion zugunsten privater Konkurrenten wirtschaftlich tätiger Kommunen entnommen.

Das Gericht schließt sich damit einer seit geraumer Zeit im Vordringen befindlichen Auffassung an, die das seit jeher problematische Verhältnis zwischen kommunal- und privatwirtschaftlicher Betätigung neu zu fassen sucht. Grundsätzlich gestattet § 107 der nordrhein-westfälischen Gemeindeordnung der Kommune eine wirtschaftliche Betätigung nur unter drei kumulativ zu erfüllenden Voraussetzungen: Ein öffentlicher Zweck muss die Betätigung erfordern, diese muss nach Art und Umfang in angemessenem Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Kommune stehen und schließlich darf der öffentliche Zweck – mit Ausnahme bestimmter Tätigkeitsfelder – durch andere Unternehmen nicht besser und wirtschaftlicher erfüllt werden (Subsidiaritätsprinzip).

Das Gericht leitet die drittschützende Wirkung allerdings nicht aus diesem Subsidiaritätsprinzip her. Es verweist vielmehr auf § 107 Absatz 5 der Gemeindeordnung, wonach der Entscheidung über eine wirtschaftliche Betätigung der Kommune eine Marktanalyse zu Risiken und Chancen dieses Engagements vorauszugehen hat. Dabei ist den örtlichen Selbstverwaltungsorganisationen von Handwerk, Industrie und Handel sowie den betroffenen Gewerkschaften Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Das zeigt nach Meinung der Richter, dass die wirtschaftliche Betätigung der Kommune als mögliche Beeinträchtigung der örtlichen Wirtschaft gesehen werde. Daraus wiederum folgert das Gericht, dass die gesetzliche Beschränkung der kommunalen wirtschaftlichen Betätigung dem Schutz der privaten Wettbewerber diene.

Auch wenn der Beschluss, der im Rahmen eines Eilverfahrens erging, den Drittschutz nicht dem Subsidiaritätsprinzip entnimmt, das in den Gemeindeordnungen fast aller Bundesländer enthalten ist, wird ihm maßgebliche Bedeutung über Nordrhein-Westfalen hinaus zukommen. So dürfte das kommunale Bestreben, neue Märkte zu besetzen und neue Geschäftsfelder zu erschließen, durch die Öffnung des verwaltungsgerichtlichen Klagewegs für private Wettbewerber künftig auf spürbare Schwierigkeiten stoßen (siehe hierzu Oster, DVP 2004, S. 168 ff.).

3.2 Rechtsschutz vor den Zivilgerichten

Weniger zurückhaltend wie die Verwaltungsgerichte zeigten sich bei der Gewährung von Rechtsschutz für einen privaten Mitbewerber bisher die Zivilgerichte. Obwohl es zweifelhaft ist, ob das öffentliche Recht überhaupt einen Konkurrentenschutz begründet, haben verschiedene Zivilgerichte hierzu ohne nähere Auseinandersetzung eine konkurrentenfreundliche Position eingenommen und die potenziellen Kläger damit geradezu eingeladen, ihre tatsächlichen oder vermeintlichen Ansprüche vor den Zivilgerichten geltend zu machen (OLG Hamm, NJW 1998 S. 3504; LG Wuppertal, DVBl. 1999 S. 939; LG Offenburg, NVwZ 2000 S. 717; LG München, GewArch 1999 S. 413; OLG München, GewArch 2000 S. 279). Angesichts auch divergierender materieller Prüfungsansätze in der Zivil- und Verwaltungsgerichtsbarkeit bestimmte der Rechtsweg bereits maßgeblich das Ergebnis des Verfahrens. In der zivilgerichtlichen Rechtsprechung wurde ein Verstoß gegen kommunalrechtliche Regelungen als wettbewerbswidrig iSd § 1 UWG angesehen. Zur Ehrenrettung der so urteilenden Gerichte ist allerdings anzumerken, dass diese Tendenz möglicherweise nicht das Ergebnis einer überzeugenden rechtlichen Konstruktion war, sondern eher aus der Not geboren wurde. Denn die Verwaltungsgerichte hatten die privaten Konkurrenten kommunaler wirtschaftlicher Unternehmen weitgehend rechtsschutzlos gelassen.

Der für das Wettbewerbsrecht zuständige 1. Zivilsenat des BGH ist der bisherigen Praxis einiger Oberlandesgerichte entgegen getreten. Der BGH hat mit Urteil vom 25.4.2002 (DVP 2003 S. 32 ff.) entschieden, dass selbst wenn ein Verstoß gegen die kommunalrechtlich gezogenen Grenzen erwerbswirtschaftlicher Betätigung von Gemeinden vorliege, dies nicht die Sittenwidrigkeit iSv § 1 UWG indiziere. Dem Urteil des BGH vom 25.4.2002 kommt richtungs-, weil rechtswegweisende Bedeutung zu. Der BGH hat den Ball dorthin zurückgespielt, wo er eigentlich hingehört: Zu den Stellen der Kommunalaufsicht und in der Konsequenz zu den Verwaltungsgerichten.